CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL COMENTADO

PLENO DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Presidente:

Lic. David Gonzalo Cabezas Flores

Consejales Propietarios:

Dr. Jorge Efraín Campos

Lic. José Ricardo Chigüila Durán

Licda. Nora Victorina Montoya Martínez

Lic. Carlos Arnulfo Cándido

Licda. Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand

Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL. COMENTADO

Elaborado por:
Dr. Juan Carlos Cabañas García
Dr. Oscar Antonio Canales Cisco
Dr. Santiago Garderes

Julio 2010

Presentación

El Consejo Nacional de la Judicatura es el ente al que la Constitución de la República delega la responsabilidad de capacitar a Magistrados y Jueces, una misión que cumple, en los últimos años, con especial énfasis.

Por ello, tras la aprobación y posterior entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, el CNJ ha impulsado una capacitación sobre la nueva normativa para la comunidad jurídica del país y como complemento entrega esta obra comentada, que sin duda, será de vital apoyo para comprender los objetivos que persigue la Ley y los nuevos procesos.

Esta obra coordinada por el Consejo Nacional de la Judicatura constituye un primer esfuerzo por documentar un cambio de legislación que sustituye a más de 100 años de la anterior normativa, una razón por la que el estudio, análisis y revisión del cumplimiento de los objetivos trazados, al momento de aprobar el nuevo Código, debe ser permanente, sobre todo porque la práctica nos puede indicar la necesidad de realizar modificaciones.

Sin duda alguna, los argumentos y explicaciones contenidas en este texto, elaborado desde la óptica y experiencia de los autores, servirán a los miembros de la comunidad jurídica en general, pero especialmente a los operadores judiciales, para clarificar la gama de posibilidades de interpretación que uno o más artículos puedan tener, sin que esto signifique una imposición de criterios.

Los comentarios al Código Procesal Civil y Mercantil han sido elaborados por tres expertos en esta materia:

Dr. Juan Carlos Cabañas García: Magistrado de la Audiencia Nacional de España y experto en Derecho Constitucional.

Dr. Santiago Garderes: Experto de nacionalidad uruguaya quien participó en la capacitación impulsada por el Consejo Nacional de la Judicatura y finalmente formó parte de la comisión de destacados juristas en la selección de Magistrados y Jueces civiles y mercantiles.

Dr. Oscar Antonio Canales Cisco: Experto nacional.

La revisión final del texto estuvo a cargo del procesalista José Antonio Martínez y el Consejo Nacional de la Judicatura, como parte de su responsabilidad, se complace en entregar esta obra a la comunidad jurídica, con la seguridad y confianza que se convertirá en una útil herramienta de consulta, análisis y orientación de la práctica en materia Civil y Mercantil, según las nuevas disposiciones contenidas en el Código y de acuerdo a la Constitución y la realidad salvadoreña.

LIC. DAVID GONZALO CABEZAS FLORES
PRESIDENTE DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

ÍNDICE

LIBRO PRIMERO.
DISPOSICIONES GENERALES 15

1 El Titulo Preliminar. Principios del Proceso y Aplicación de las Normas Procesales.
Artículos 1-20
2 Titulo Primero. Jurisdicción y Competencia de los Tribunales
Artículos 21-57
3 Titulo Segundo. Las Partes Procesales
Artículos 58-89
4 Título Tercero. El Objeto del Proceso
Artículos 90-94
Capítulo Primero. La Pretensión Procesal
Artículos 95-97
Capítulo Segundo. Acumulaciones
Artículos 98-104
Capítulo Tercero. Acumulación de Pretensiones
Artículos 105-125
Capítulo Cuarto. Acumulación de Procesos
Artículos 126-132
Capitulo Quinto. Finalización Anticipada del Proceso
Artículos 133-139
Capítulo Sexto. Caducidad de la Instancia
5 Titulo Cuarto. Actividad Procesal
Artículos 140-148
Capítulo Primero. Lugar, Tiempo y Forma
Artículos 149-159
Capítulo Segundo. Cooperación Judicial Internacional
Artículos 160-168
Capítulo Tercero. Escritos y Expedientes

Artículos 169-192
Capítulo Cuarto. Comunicaciones Judiciales
Artículos 193-211
Capítulo Quinto. Sustanciación del Proceso y Audiencias
Artículos 212-231
Capitulo Sexto. Resoluciones Judiciales
Artículos 232-238
Capitulo Séptimo. Nulidad de las Actuaciones Procesales

LIBRO SEGUNDO.
LOS PROCESOS DECLARATIVOS 235

1 Titulo Primero. Disposiciones Comunes
Artículos 239-245
Capítulo Primero. Clases de Proceso Declarativos
Artículos 246-254
Capítulo Segundo. El Acto de Conciliación
Artículos 255-262
Capítulo Tercero. Diligencias Preliminares
Artículos 263-270
Capítulo Cuarto. Cuestiones Incidentales
Artículos 271-275
Capítulo Quinto. Condena en costas
2 Titulo Segundo. El Proceso Común
Artículos 276-289
Capítulo Primero. Los Actos de Alegación
3 Titulo Segundo. El Proceso Común
Artículos 290-311
Capitulo Segundo. Audiencia Preparatoria
4 Titulo Segundo. El Proceso Común
Artículos 312-329
Capítulo Tercero. Actividad Probatoria
Artículos 330-401
Capítulo Cuarto. Medios Probatorios
5 Titulo Segundo. El Proceso Común
Artículos 402-410
Capítulo Quinto. Audiencia Probatoria
Capítulo Sexto. Alegatos Finales y Sentencia
Artículos 411-417
6 Titulo Tercero. El Proceso Abreviado
Artículos 418-430

7 Título Cuarto. Las Medidas Cautelares
Artículos 431-456

LIBRO TERCERO.
PROCESOS ESPECIALES 485

1 Titulo Primero. El Proceso Ejecutivo
Artículos 457-470
2 Titulo Segundo. Los Procesos Posesorios
Artículos 471-476
3 Título Tercero. Los Procesos de Inquilinato
Artículos 477-488
4 Titulo Cuarto. Los Procesos Monitorios
Artículos 489-500

LIBRO CUARTO.
LOS MEDIOS DE IMPUGNACION 531

1 Titulo Primero. Disposiciones Generales
Artículos 501-502
2 Titulo Segundo. Recurso de Revocatoria
Artículos 503-507
3 Título Tercero. Recurso de Apelación
Artículos 508-518
4 Titulo Cuarto. Recurso de Casación
Artículos 519-539
5 Titulo Quinto. Revisión de Sentencias Firmes
Artículos 540-550

LIBRO QUINTO.
LA EJECUCION FORZOSA 635

1 Titulo Primero. Disposiciones Generales
Artículos 551-591
2 Titulo Segundo. La Ejecución Provisional
Artículos 592-603
3 Título Tercero. La Ejecución Dineraria
Artículos 604-674
4 Titulo Cuarto. La Ejecución de Hacer, No Hacer y Dar Cosa Determinada
Artículos 675-699
5 Titulo Final. Capitulo Único. Disposiciones Finales
Artículos 700-707

LIBRO SEXTO
DISPOSICIONES FINALES 695
Cuantías de las multas
Derogatorias disposición transitoria

ANEXOS 698
1 Tabla de Concordancias (para búsqueda rápida del lector de norma similar del nuevo CPCM y el anterior

ABREVIATURAS

AA.VV.	autores varios
art./arts.	artículo/artículos
B.O.E. España	Boletín Oficial del Estado (España)
c./cs.	caso/casos
cc.	concordante/concordantes
C.C.	Código Civil
C.Com.	Código de Comercio
Cfe.	conforme
C.G.P.	Código General del Proceso (Uruguay)
C.A.D.H.	Convención Americana sobre Derechos Humanos
C.I.D.H.	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte I.D.H.	Corte Interamericana de Derchos Humanos
C.I.D.I.P.	Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado
cit./cits.	citado/citados
C.M.P.C.I.	Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica
C.N.	Constitución de la República
C.P.	Código Penal
C.P.P.	Código Procesal Penal
C.P.C.	Código de Procedimiento Civil (por derogarse)
C.P.C.M.	Código Procesal Civil y Mercantil (nuevo)
C.P.C. Italia	Codice di Procedura Civile (Italia)
C.P.C. La Pampa	Código Procesal Civil de La Pampa Argentina)
C.P.C. Perú	Código Procesal Civil (Perú)
C.P.C.C.N.A.	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina
C.P.C.M.I.	Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica
C.P.P.	Código Procesal Penal
C.S.J.	Corte Suprema de Justicia
C.N.J.	Consejo Nacional de la Judicatura
CT	Código de Trabajo
CTri	Código Tributario
ed.	edición
Ed.	Editorial
E.J.E.A.	Editorial Jurídica Europa-América

esp.	especialmente
f./fs.	foja/fojas
inc./incs.	inciso/incisos
I.I.D.P.	Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal
J.C.	Juzgado de lo Civil
J.M.	Juzgado de lo Mercantil
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil (España)
L.E.N.J.V.D.	Ley del ejercicio notarial de la jurisdicción voluntaria y de otras diligencias
L.I.	Ley de Inquilinato
L.O.P.J.	Ley Orgánica del Poder
L.P.F	Procesal de Familia
LBHES	Ley del Banco Hipotecario de El Salvador
LFNVyAAP.	Ley de la Financiera Nacional de la Vivienda y de las Asociaciones de Ahorro y Préstamo
LGP.	Ley General de Publicidad (España)
LITBMyPS.	Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios
LMCA.	Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje
LOFGR.	Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República
LPEAT.	Ley de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de Tránsito
LPIPA.	Ley de Propiedad Inmobiliaria por Pisos y Apartamientos
LPI.	Ley de Propiedad Intelectual
LSA.	Ley de Simplificación Aduanera
num./nums.	numeral/numerales
ob. cit.	obra citada
p./pp.	página/páginas
p. ej.	por ejemplo
P.G.R.	Procuraduría General de la República
R.D.P.I.	Revista de Derecho Procesal Iberoamericana
R.E. Puerto Rico	Reglas de Evidencia (Puerto Rico)
R.P.C. Puerto Rico	Reglas de Procedimiento Civil (Puerto Rico)

R.U.D.P.	Revista Uruguaya de Derecho Procesal
S.	sentencia
S.C.	Sala de lo Civil, Corte Suprema de Justicia
S.Const.	Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia
S.S.C.	Sentencia de la Sala de lo Civil
S.S. Const.	Sentencia de la Sala de lo Constitucional
s/f.	sin fecha
ss.	siguientes
t.	tomo
trad.	traducción
T.E.D.H.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
T.C.E.	Tribunal Constitucional de España
últ. ob. cit.	última obra citada
v.g.	verbigracia
vol.	volumen
vta.	vuelta
Z.P.O.	Código Procesal Civil (Alemania)

LIBRO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO PRELIMINAR
PRINCIPIOS DEL PROCESO Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES.

CAPÍTULO PRIMERO

PRINCIPIOS PROCESALES

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: Previo: el Título Preliminar. Contenido y finalidad.- I.- Derechos básicos de los justiciables.- II.- Principios que garantizan el carácter rogado del orden jurisdiccional civil y mercantil.- III.- Principios relativos a las obligaciones de los sujetos.- IV.- Principios del procedimiento.

1.2 EL TÍTULO PRELIMINAR, CONTENIDO Y FINALIDAD

El nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, aprobado por Decreto Legislativo nº 712 de 18 de septiembre de 2008 (Diario Oficial nº 224, del 27 de noviembre de 2008), y cuya entrada en vigor ha de producirse el 1 de julio de 2010, tras extenderse su vacatio legis por Decreto Legislativo nº 220, de 11 de diciembre de 2009 (Diario Oficial nº 241, de 23 de diciembre de 2009), siguiendo una sistemática moderna se estructura en cinco Libros que abarcan los distintos ámbitos de la actividad procesal, desde los aspectos comunes hasta las instituciones más específicas, guardando la debida homogeneidad de tratamiento dentro de cada uno. Aparecen así, en orden secuencial, los articulados sobre disposiciones generales; los procesos declarativos ordinarios; los procesos especiales; los medios de impugnación (recursos y revisión de sentencia firme) y la ejecución forzosa.

Se abre a su vez el Libro Primero (Disposiciones Generales) con el "Título Preliminar" que ahora analizaremos, en el que se contiene el marco de referencia para la ordenación de la actividad jurisdiccional a través de la identificación de ciertos principios del proceso, y de las pautas de interpretación y aplicación de las normas del propio Código.

En cuanto a los principios, ha considerado conveniente el legislador situar en el pórtico de sus disposiciones una serie de postulados fundamentales sobre los que se asienta la impartición de justicia civil y mercantil, sin perjuicio de que estos principios encuentran luego su materialización en normas posteriores dispersas tanto en los restantes Títulos de las disposiciones generales, como en los distintos procedimientos.

A efectos metodológicos, resulta posible sistematizar dichos principios en cuatro grandes áreas: a) derechos básicos de los justiciables; b) carácter rogado del proceso y márgenes de configuración y disposición del objeto litigioso; c) pautas exigibles de actuación a los sujetos que actúan en él, y d) ordenación formal de la actividad procedimental. Importa tener presente que todos estos principios se articulan como preceptos jurídicos perfectos y vinculantes, de aplicación directa e inmediata. No se tratan, por tanto, de meras directrices, normas programáticas o admonitivas carentes de eficacia jurídica.

Por el contrario, comportan mandatos vinculantes para jueces y en su medida también para los ciudadanos que intervienen en el proceso (ver arts. 12 y 13), productores de efectos jurídicos tanto en cuanto a su cumplimiento como a su eventual infracción, frente a la que podrá reclamar la parte afectada a través de los medios de impugnación y defensa puestos a su favor por el ordenamiento.

En lo que importa a los fines introductorios de esta obra de comentarios al Código, procede una identificación de los principios incluidos en este Título Preliminar, con una reseña sobre el significado esencial de cada uno, el cual, insistimos, adquiere en cada caso su plenitud con el desarrollo que luego presenta en los distintos procesos regulados en los ulteriores Libros de la ley:

1.3 DERECHOS BÁSICOS DE LOS JUSTICIABLES

1.3.1 Alcance del derecho a la tutela judicial

Se contiene en los siguientes preceptos:

1.3.1.1 Derecho a la protección jurisdiccional (Art. 1):

- **Enunciado:**

"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".

- **Aplicación:**

Se recoge en este primer artículo la definición del derecho a la protección o tutela jurisdiccional, por el que el ciudadano solicita de los tribunales de justicia la composición de un conflicto de intereses irresuelto que tiene con una o más personas. Este derecho guarda cierta similitud en su enunciado con el derecho a la tutela judicial que reconoce por ejemplo el inciso primero del art. 24 de la Costituzione italiana de 1947 ("Todos pueden actuar en juicio para la tutela de sus propios derechos e intereses legítimos") y el apartado primero del art. 24 de la Constitución Española de 1978, a propósito del llamado derecho a la tutela judicial efectiva ("Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y

tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión") . Pero además bien puede decirse que este derecho a la protección jurisdiccional viene a concretar en el plano de la legislación procesal civil, el derecho constitucional al debido proceso recogido en el art. 11 de la Carta Magna salvadoreña.

La Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de 15 de mayo de 2001, dictada a las 10.10 horas (ref 635-2000) manifiesta por ejemplo que "cuando una demanda llega al Juzgador, éste tiene la obligación de seguir el procedimiento establecido en la ley, para salvaguardar el debido proceso legal."; y la Sentencia de la misma Sala de 30 de abril de 2004, dictada a las 10.30 horas (ref. 1730 SS), señala que "el derecho al debido proceso es un derecho instrumentado para la defensa de los derechos y libertades públicas, al servicio de la tutela de los demás derechos fundamentales y debe garantizar instrumentos procesales de protección de los mismos, tal como lo establecen los Arts. 11 y 2 Cn".

Este derecho a la tutela jurisdiccional no garantiza en ningún caso un resultado concreto en términos de una sentencia estimatoria, pero sí garantiza que la actividad judicial tendrá necesariamente un resultado, jurídicamente fundado.

Ese resultado en principio revestirá la forma de una sentencia de fondo que se pronunciará sobre la totalidad de las pretensiones deducidas, ya fueren éstas de índole declarativa, ejecutiva y cautelar, tras la admisión y sustanciación en todas sus fases del procedimiento previsto, a menos que la existencia de un defecto u óbice procesal lleve a dictar una resolución interlocutoria poniendo fin anticipadamente las actuaciones, lo que también deberá motivarse en derecho. Ver últimamente, las SSTC español 17/2008, de 31 de enero, FJ 3; 186/2008, de 26 de diciembre, FJ 2; 5/2009, de 12 de enero, FJ 4; y 196/2009, de 28 de septiembre, FJ 2; todas ellas en cuanto a su aplicación al proceso civil, y las anteriores sentencias que ahí se citan.

Así también lo entiende la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de El Salvador, al proclamar por ejemplo en su Sentencia de 22 de diciembre de 2004, dictada a las 15 horas (ref. apelación 1703 SS) que: "la figura del rechazo '*in limine litis*' [de la demanda], se ha diseñado a fin de no prorrogar el trámite de un proceso que, fatalmente, devendrá en una sentencia desestimatoria, por evidentes vicios insubsanables y que, por su naturaleza, no admiten corrección. Ello, en modo alguno, viola el derecho de acción, ni representa un obstáculo al acceso a la justicia y al debido proceso".

La tutela jurisdiccional se predica conforme a este art. 1º CPCM de ambas partes del proceso y para todas las instancias y grados de jurisdicción, construyéndose en tres etapas, cuya consecución, a su vez, depende estrictamente del cumplimiento de los requisitos legales establecidos por la ley: a) acceso a los tribunales (y que no se produzca, por tanto, la inadmisión a trámite de la demanda o solicitud presentada por el justiciable de manera arbitraria ni inmotivada); b) tramitación del procedimiento respectivo en todas sus fases, y c) dictado de una decisión de fondo (a menos, insistimos, que concurra una circunstancia procesal que lo impida).

1.3.1.2 Obligación de resolver (art. 15):

- **Enunciado:**

"El juez no podrá, bajo ningún pretexto, dejar de resolver, ni aplazar, dilatar o negar la decisión de las cuestiones debatidas en el proceso.

El incumplimiento de las obligaciones contenidas en este Código será sancionado de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica Judicial".

- **Aplicación:**

Como un correlato del derecho a la tutela jurisdiccional del justiciable ya mencionado, el Código sanciona en este otro precepto la conocida prohibición del *non liquet,* a cuya virtud y dando por supuesto que no existen circunstancias de orden procesal que lo impidan, el juez debe proveer siempre a una respuesta de fondo respecto de la pretensión que se le plantea.

No puede el juzgador en consecuencia, suspender el procedimiento sin causa prevista en la ley y acreditada en los hechos. Pero sobre todo, una vez se han completado los trámites del mismo, ha de dictar resolución definitiva en el expediente sin que pueda dejar de resolver ninguno de los puntos controvertidos en ese proceso, aduciendo dudas o ignorancia sobre cómo aplicar o interpretar la ley, ni la presunta injusticia material de la decisión que en su caso tendría que adoptar, como excusa para no hacerlo.

Debe pues resolver el juez o colegio de Magistrados lo que proceda, debe dar una solución al conflicto de intereses planteado, sin que le quepa justificar el silencio como respuesta. El incumplimiento de este deber judicial, como se previene en esta misma norma del Código procesal, llevará aparejada la apertura de las responsabilidades a que haya lugar (civil, penal y administrativa sancionadora) para el juzgador.

1.3.1.3 Principio de gratuidad de la justicia (art. 16):

- **Enunciado:**

"Toda persona tiene derecho a que se le imparta justicia gratuitamente".

- **Aplicación:**

La gratuidad de la justicia se conecta aquí en primer término, con la no exigibilidad en general a quienes actúan en los procesos, del pago al Estado de un impuesto, recargo u otro tipo de imposición económica por el mero hecho de solicitar la actuación de los tribunales. El Estado no cobra por la prestación de la actividad jurisdiccional.

Asimismo, este precepto abre la puerta para la gratuidad de las costas procesales a quienes necesitan litigar y carezcan de recursos económicos, siempre y cuando los solicitantes de

dicho beneficio cumplan con los requisitos y condiciones establecidos normativamente para el otorgamiento del mismo (acreditación de su situación económica real).

1.3.2 Sujeción del proceso a la Constitución y las leyes:

1.3.2.1 Vinculación a la Constitución, leyes y demás normas (art. 2):

- **Enunciado:**

"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, principio o valor constitucional que se considera infringido y las específicas razones que fundamentan.

Las pruebas que se hubieren obtenido, directa o indirectamente, con infracción de derechos o libertades fundamentales, no surtirán efecto".

- **Aplicación:**

El primero de los dos preceptos dedicados a consagrar el principio de legalidad procesal con un alcance amplio, parte así de la Constitución para abrazar también el marco de las normas de rango legal y en su caso reglamentarias.

En este art. 2 se recoge la vigencia del imperio de la legalidad desde el punto de vista del fundamento de todas las decisiones judiciales, el cual no puede ser otro que las fuentes establecidas por el ordenamiento, desterrando así toda tentación de arbitrariedad, voluntarismo y discriminación por motivos subjetivos del juzgador, completado luego con lo establecido en el art. 19.

Ahora bien, tiene un límite la sujeción a la legalidad y es cuando precisamente la norma se muestra contraria a los postulados constitucionales.

En tal situación, faculta al juez de la causa este art. 2 CPCM para inaplicar el dispositivo de que se trate, lo que significa como su nombre indica no que el órgano judicial pueda invalidar la norma ni declarar su nulidad formal con efectos *erga omnes* (potestad ésta que le corresponde a la Sala Constitucional de la Corte Suprema en el ámbito de sus competencias), sino que cualquier juez puede decretar su no aplicación al caso concreto, por apreciar su contradicción con alguno de los derechos fundamentales u otro mandato constitucional, explicándolo así en su resolución judicial, susceptible por lo demás del control por vía de recursos que corresponda.

En segundo lugar, como una subespecie del control de legalidad procesal, aprovecha el párrafo tercero y último de este art. 2 CPCM, para sancionar la prohibición general del uso judicial de las pruebas ilícitas (lo que luego se complementa con lo regulado en el art. 316 párrafo segundo). Se cualifica aquí la ilicitud proscrita como principio rector de todo proceso, desde el plano de su inconstitucionalidad y no por la simple infracción a la legalidad (depurable, desde luego también, en cuanto comporta la inobservancia de un precepto del Código, pero no por el imperativo genérico de este art. 2, sino del más específico art. 316 párrafos primero y tercero CPCM).

Extendiendo además la tara de esa ineficacia, no solamente a las vulneraciones directas, sino también a las indirectas que se causen a los derechos o libertades fundamentales, sobre todo cuando para el descubrimiento de fuentes de prueba se emplean intromisiones ilegítimas a esos derechos fundamentales, que luego se intentan "limpiar" mediante una solicitud posterior al órgano judicial para que capte esa fuente de prueba de manera ortodoxa).

1.3.2.2 Principio de legalidad (art. 3):

- **Enunciado:**

"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".

- **Aplicación:**

En esta otra vertiente de la legalidad procesal, se persigue asegurar que todos los actos del proceso se rijan por lo establecido de manera previa por el Código, sin que puedan relajarse o inaplicarse sus reglas, ni excepcionarse ni modularse el contenido de las mismas a voluntad del juez y de las partes. Con independencia, así, de si el incumplimiento de un requisito procesal permite o no la subsanación, y acarrea o no la pérdida de trámites o la nulidad de lo actuado defectuosamente, cuestiones que ha de resolver cada norma, bajo ningún concepto puede predicarse que las normas procesales son admonitivas ni devienen de cumplimiento voluntario.

Por contra, todas las normas procesales son imperativas, incluso aquellas que otorgan al sujeto la posibilidad de optar entre dos conductas posibles (por ej., fueros territoriales electivos), pues incluso entonces no se hace sino actuar dentro de los límites de lo permitido legalmente.

Por último, cuando falte regulación específica sobre el modo de llevar a cabo un acto de parte, o del juez, dispone este art. 3 del Código que el órgano judicial deberá tener en cuenta, se entiende que por analogía, aquella formalidad que resulte ajustada al contexto del acto y a la finalidad que se persigue con él.

1.3.3 Actuación de las partes dentro del proceso:

1.3.3.1 Principio de defensa y contradicción (art. 4):

- **Enunciado:**

"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".

- **Aplicación:**

Siempre dentro de las garantías procesales, incluye el nuevo Código dos de ellas que incumben respectivamente a los principios de defensa, audiencia y contradicción, de un lado, y a la igualdad procesal del otro. En lo que hace a los tres primeros, aludidos en el art. 4, se define sintéticamente su contenido: ante todo, la defensa entendida como derecho a alegar y probar lo que interese a la pretensión de cada parte en cada estado del procedimiento, lo que implica que no puede negarse injustificadamente el empleo de un trámite u oportunidad procesal previsto en la ley para poder verter alegaciones, solicitar pruebas, intervenir en su práctica cuando la ley lo disponga (piénsese en los interrogatorios orales), formalizar recursos, pedir la ejecución de lo acordado, y adoptar aquellas medidas cautelares que aparezcan legalmente posibles.

La audiencia y la contradicción, a su vez, conciernen a la iniciativa de acción y reacción dentro del proceso, conforme se ocupe la posición respectiva de demandante o demandado, sin perjuicio de reconocer que también este último, el sujeto pasivo, no sólo tiene derecho a oponerse a la pretensión deducida en su contra sino también y dentro de ciertos límites, a introducir asimismo sus propias pretensiones (por ej., por medio de una reconvención); y que también el actor puede necesitar contradecir frente a lo alegado por el demandado, en incidentes y recursos montados por este último. Asimismo, estos tres derechos (defensa, audiencia, contradicción) sólo pueden ceder o verse sacrificados temporalmente cuando por razones de urgencia resulte necesario adoptar una medida provisoria sin escuchar a las partes o al menos a alguna de ella, pero entonces deberá restablecerse *a posteriori* el derecho de audiencia para la verificación o levantamiento de la medida (en tal sentido, habrá que ver el recorrido constitucional futuro de un precepto como el art. 453 CPCM, que de modo genérico suprime el trámite de audiencia previo a la adopción de todas las medidas cautelares).

1.3.3.2 Principio de igualdad procesal (art. 5):

- **Enunciado:**

"Las partes dispondrán de los mismos derechos, obligaciones, cargas y posibilidades procesales durante el desarrollo del proceso.

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".

- **Aplicación:**

La igualdad en el proceso deviene eminentemente una igualdad formal, no material. Las partes entran al litigio rodeadas de unas circunstancias personales propias, que las hace diversas entre sí, y que el proceso en sí mismo no está llamado a modificar (si acaso las consecuencias materiales de la sentencia de fondo).

De lo que se trata en este ámbito que ahora se comenta, más bien, es de que las partes han de gozar de las mismas oportunidades de alegación y prueba dentro del proceso, que los actos de éstos no pueden ir encaminados a favorecer a una sola de ellas; que el juez no ha de prejuzgar el desenlace de la contienda, en fin, en función a la posición de uno y otro contendiente.

En ocasiones, incluso, la ley tiene que introducir ciertos mecanismos de desigualdad material entre partes dentro de la *litis*, justamente con el fin de asegurar aquella igualdad formal. Tal es el caso de figuras tan dispares pero explicables desde esta perspectiva, como el beneficio de justicia gratuita para quien carece de recursos económicos, y la revisión de sentencia firme al demandado que por razones de fuerza mayor no pudo comparecer y defenderse en la instancia.

Debe guardar la norma en estos casos, siempre un sentido de la proporcionalidad, tanto en cuanto al fin buscado como a los efectos que se desprendan de su aplicación, precisamente para no crear un mal mayor que aquel que pretendía corregir.

1.4 PRINCIPIOS QUE GARANTIZAN EL CARÁCTER ROGADO DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL Y MERCANTIL:

1.4.1 Principio dispositivo (art. 6):

- **Enunciado:**

"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".

- **Aplicación:**

Aparecen en este precepto las manifestaciones básicas del principio dispositivo o de justicia rogada, bajo el que se gobiernan los procesos regidos por el CPCM. De manera expresa, se

determina que la iniciativa para la apertura de los procesos corresponde siempre a las partes y no al tribunal, proscribiendo así cualquier tentación de proceso inquisitivo, tanto en la primera instancia como en los grados superiores (recursos) de jurisdicción ("recurrir de las resoluciones que les sean gravosas"). No se olvide, con todo, que dentro del concepto de parte también cabe situar al Ministerio Fiscal y a la Procuraduría General de la República, por lo que la defensa de los intereses públicos no queda descuidada, sólo que la solicitud de composición de los conflictos no puede recaer justamente en quien está llamado a resolverlos, de manera imparcial e independiente, como ocurre con los tribunales de justicia.

Un segundo componente del principio dispositivo, derivado también de este precepto se refiere a la finalización de la contienda a través de la formalización de mecanismos autocompositivos autorizados legalmente. Esto es, el detraimiento del asunto al órgano judicial dejando a las partes, en ocasiones de manera unilateral y en otras de consuno, su terminación voluntaria anticipada.

Esta posibilidad queda pues garantizada como principio del proceso, siempre y cuando como luego precisa el Código, no se conculque con ello la legalidad y los derechos de terceros (ver art. 126 CPCM).

Entremedias, aparece un tercer componente de la justicia rogada, aquí en este art. 6 asomada de manera implícita ("conservará siempre la disponibilidad de la pretensión"): se trata del poder exclusivo de las partes sin cabida de injerencia judicial, para la delimitación del objeto de la controversia. Papel que recae, de manera predominante aunque no exclusiva, en el demandante o en el demandado cuando reconviene), con el enriquecimiento objetivo de la controversia que aportan posibles excepciones procesales y perentorias del sujeto pasivo y de las alegaciones de los eventuales terceros coadyuvantes e intervinientes provocados (en definitiva: partes). Todo lo cual marca el límite de la actuación jurisdiccional en orden a la necesaria congruencia de la sentencia.

1.4.2 Principio de aportación (art. 7):

- **Enunciado:**

"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 contradictorio, de conformidad a lo dispuesto en este Código".

- **Aplicación:**

Con buena técnica procesal, el Código separa como hemos visto en el art. 6 lo que es el principio dispositivo, de aquel otro principio de aportación en este art. 7, que tiene que ver de manera más concreta con la imposición a las partes de la carga de alegación y prueba de los hechos fundantes de sus pretensiones. Si bajo el principio dispositivo descubrimos que son las partes y no el tribunal, quienes determinan sobre qué relación o estado jurídico quieren que se discuta y con qué alcance objetivo, por mor del principio de aportación sabemos ahora también que el órgano judicial tampoco puede ayudar a las partes a confeccionar el relato de los hechos jurídicamente relevantes y que sirven para sostener sus respectivas peticiones de tutela, ni proponer qué medios de convicción pueden resultar más útiles y eficaces para la demostración de la veracidad de aquellas afirmaciones, lo que más adelante tiene su correlato en lo dispuesto en el art. 321 del propio Código.

Y así, sin romper con este estado de cosas, manteniendo el juez una posición esencial de observador externo a la iniciativa de prueba, aunque con plenitud de facultades para proveer eso sí a la práctica de aquellas que pedidas previamente por las partes, aparecen como pertinentes, útiles y no ilícitas, autoriza con todo este art. 7 CPCM en su último párrafo la figura de las llamadas diligencias para mejor proveer, cuya finalidad en todo caso no es la de suplir la negligencia de las partes en su carga de proposición de pruebas, sino la de auxiliar al propio tribunal en la intelección de las pruebas ya practicadas, cuando alguna arroja dudas (periciales oscuras o ambiguas, por ejemplo). Permitiendo en definitiva al juez, ordenar de oficio esas diligencias, sin que las partes puedan oponerse a ello (a lo sumo, recurrir la sentencia si consideran que ha habido exceso de jurisdicción, o que la supuesta diligencia no hace sino sustituir a la parte contraria en su carga probatoria respectiva).

1.5 PRINCIPIOS RELATIVOS A LAS OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS:

1.5.1 Obligación de colaborar (art. 12):

- **Enunciado:**

"Toda persona o autoridad está en la obligación de colaborar con la justicia, cuando sean requeridas para ello. En consecuencia, a quien se niegue a colaborar se le impondrá una multa cuyo monto, según la gravedad del caso, se fijará entre cinco y diez salarios mínimos más altos, vigentes. Si el hecho fuere constitutivo de delito, el juez certificará lo conducente a la Fiscalía General de la República".

- **Aplicación:**

La ley define los distintos modos en que ha de producirse el deber de colaboración al que alude este precepto y que vincula, según el caso, tanto a las partes como a los terceros que deben realizar una actividad o aportar una información útil al proceso (testigos; peritos; terceros que reciben una notificación judicial del demandado; o que deben hacer exhibición de un documento relevante en la *litis*, etc.). No se trata aquí del cumplimiento de una

carga procesal, pues éstas llevan aparejadas consecuencias estrictamente procesales por su inactividad (pérdida de la expectativa de obtener un resultado favorable, interlocutorio o definitivo, de haber actuado), sino de obligaciones de las que el sujeto no puede sustraerse a menos que medie justa causa, con una repercusión sino sancionadora, a través de una multa cuyos límites ya se fijan aquí, y según el supuesto, a la apertura también de responsabilidad penal por obstrucción a la justicia.

1.5.2 Principio de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal (art. 13):

- **Enunciado:**

"Las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, cualquier partícipe en el proceso, deberán actuar con veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal. El juez procurará impedir toda conducta que implique actividad ilícita o genere dilación indebida del proceso.

La infracción de las obligaciones de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal se sancionará con la condena en costas, y con el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiera causado el infractor; sin perjuicio, de que el juez remita a la Sección de Investigación Profesional de la Corte Suprema de Justicia la respectiva certificación sobre la conducta de los abogados intervinientes.

Si la infracción fuese constitutiva del delito de falsedad, el juez certificará lo conducente a la Fiscalía General de la República".

- **Aplicación:**

Por lo que respecta a las partes y a quienes las representan y defienden en juicio (representantes legales, voluntarios, y del abogado que ejercita la postulación), impone el art. 13 amoldar su comportamiento a los deberes de:

a) Veracidad: no se trata tanto de un sentido absoluto del término, pues resulta difícil que las partes por ejemplo no incurran en imprecisiones y errores frecuentes al articular el relato de sus alegaciones acerca de cómo ocurrieron los hechos del caso, lo que explica además que deba existir una fase de prueba (los hechos no se tienen por verdad porque sí, a menos que la otra parte los admita). Se trata en este art. 13, sobre todo, de no amparar el engaño y el falseamiento consciente de los datos relevantes al proceso, empezando por la identificación de la parte contraria en la demanda con el fin de sacar un provecho espurio de la mentira (que la demanda no le esa notificada, etc.). No se puede manipular, confundir ni entorpecer conscientemente la labor del órgano judicial, y si así se hace el sujeto estará incurriendo en una conducta prohibida.

b) Lealtad: es un sinónimo del atributo anterior, su antítesis sería la traición y el fraude. Aunque cada parte mantiene su propia posición en la contienda y no tiene por qué ceder en sus legítimas pretensiones ni compartir su estrategia de defensa con su

oponente, tampoco caben los comportamientos fraudulentos ni el ocultamiento de datos y pruebas. De allí el rígido sistema preclusivo que introduce el Código en materia de prueba documental y pericial, evitando la aparición de éstas por sorpresa o en un momento de las actuaciones en las que el perjudicado no puede reaccionar.

c) Buena fe: alude a una rectitud y honradez en los actos, a comportarse conforme se espera de cada parte. Implica que no se debe sostener aquello que conscientemente se sabe contrario a la ley y a la realidad de las cosas, ni a procurar un perjuicio ilegítimo o ilegal a la contraparte.

d) Probidad procesal: la probidad es sinónimo de honradez, y por tanto de la buena fe procesal.

Según se señala además en este art. 13 CPCM, la infracción de estos estándares de consulta podrá ser repelida de diversas maneras, bien sea mediante la imposición de costas (ver art. 272 párrafo segundo y 273 párrafo primero del Código); sea mediante una condena por daños y perjuicios, y en el caso del abogado su posible responsabilidad civil, penal y deontológica (disciplinaria) siguiendo el juez los conductos oficiales que aquí se prevén para cada situación.

1.6 PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO:

1.6.1 Principio de oralidad (art. 8):

- **Enunciado:**

"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".

- **Aplicación:**

Señala este art. 8 CPCM la regla que luego desarrolla el Código al regular cada uno de los procesos, en el sentido de primar la realización oral (verbal) de las alegaciones y las pruebas, tanto en su intervención por las partes como por el titular del órgano judicial (así la audiencia preparatoria del juicio común, o la de prueba de éste y del abreviado) .

De todos modos, deben dejarse a salvo –y así lo hace esta norma, que no recoge la oralidad absoluta- aquellos actos que por su complejidad la ley prefiere que se presenten por escrito (demanda de los procesos declarativos; interposición de recursos; solicitud de medidas cautelares y ejecución forzosa), frente a aquellos otros donde la oralidad se prevé por motivos de economía procesal (contestación en el juicio abreviado) y se impone atendiendo a la naturaleza convenientemente flexible del acto procesal, en aras a facilitar la búsqueda de la verdad real (desarrollo de los interrogatorios de prueba).

Respecto de todas las comparecencias y vistas que se practiquen oralmente, deberá no obstante guardarse un registro fehaciente de su contenido, como mínimo a través de la figura del acta escrita, y en su caso por instrumentos audiovisuales de grabación (ver arts. 205-206 del Código).

1.6.2 Principio de publicidad (art. 9):

- **Enunciado:**

"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 contrarío 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".

- **Aplicación:**

Contempla el art. 9 del Código, según correctamente especifica, dos clases de publicidad intraproceso: la primera de ellas, reiterada luego en el art. 200, es la de las audiencias orales (párrafos primero y segundo), y es una publicidad que abarca tanto a las partes del litigio como a los terceros.

Supone que el acceso a las vistas no debe ser prohibido o limitado (salvo elementales razones de espacio físico) sino es para proteger un bien jurídico superior, como pueden ser las circunstancias referidas en este párrafo primero ("razones de seguridad nacional, de moral o de orden público, o de protección de la privacidad de alguna de las partes").

Permite esta publicidad de las audiencias el conocimiento simultáneo de lo actuado, y la evitación de cualquier conjura, amaño o artificio en presentar como realizada, una comparecenci materialmente inexistente.

No puede obviarse así lo que todos han visto, y eso significa que quienes han presenciado la vista se convierten en testigos directos de la limpieza y legalidad del proceso.

Cuando, por concurrir alguna de aquellas causas graves se ordena la celebración de la audiencia a puerta cerrada, el tribunal mantendrá como mínimo la garantía de la publicidad a las partes (salvo que la conducta ingobernable de alguna de ellas obligue a que sea desalojada de la sala), sus apoderados y representantes, incluyendo a sus abogados, y dispondrá si se le permite el acceso a alguien más, acaso de manera necesaria (intervención de testigos y peritos).

Finalmente, el último párrafo del precepto se refiere a la segunda modalidad de publicidad, la del conjunto de las actuaciones (físicamente; el expediente), limitada ésta siempre a las partes del proceso, representante en juicio y sus abogados, si bien la norma deja abierta la alternativa a consentir la lectura de los autos a un tercero "que alegue algún interés jurídicamente protegido".

Huelga decir que esto deberá concederse de manera restrictiva, si hablamos de un tercero que no va a pedir su personación como coadyuvante, sino que se va a mantener fuera del debate, pues ni siquiera el mero hecho de que no pretenda *a priori* un propósito indigno puede justificar acceder a una información que por su naturaleza está reservada a las partes del proceso.

Debe entenderse que sólo para salvaguardar el derecho de ese tercero en caso necesario (datos que requiere ante una demanda ajena), o por autorizarlo otra ley, es que se permitirá tal cosa.

1.6.3 Principio de inmediación (art. 10):

- **Enunciado:**

"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".

- **Aplicación:**

Resulta tajante este art. 10 del CPCM al sancionar la llamada inmediación subjetiva judicial (para distinguirla de la objetiva: preferencia de pruebas directas frente a indirectas, a la que también alude por cierto el Código: ver art. 357), entendida como deber del juez de presidir las audiencias y presenciar la práctica de las pruebas de las que luego deberá hacer análisis en su sentencia, además de intervenir en dicho acto en el ejercicio de sus facultades de control (inadmisión de pruebas y preguntas impertinentes) y aclaración (a las partes, testigos y peritos cuando declaran).

Como dice este dispositivo, "so pena de nulidad insubsanable" si así no ocurriere, lo cual remacha luego el art. 200 de manera concordante.

Esto ha de incluir los casos de sustitución del juez antes de dictarse sentencia por cualquier motivo legal (jubilación, traslado, etc.), en cuya tesitura debe repetirse la audiencia probatoria con el nuevo juez (o los magistrados, si era ante una Cámara de Segunda Instancia y se sustituyó alguno).

Con todo, se excepcionan ciertas situaciones que impiden *ad radice* la presencia del juzgador en el acto de prueba, como es la falta de jurisdicción interna, o la necesidad de practicar aquélla en el extranjero a través de los mecanismos de cooperación internacional (ver art. 150 CPCM).

1.6.4 Principio de concentración (art. 11):

- **Enunciado:**

"Los actos procesales se realizarán con la mayor proximidad temporal entre ellos, debiendo el juez concentrar en una misma sesión todos los actos que sea posible realizar; asimismo, procurará decidir en una misma resolución todos los puntos pendientes".

Si una audiencia requiere más de una sesión, se llevará a cabo en los días subsiguientes hasta darla por concluida, pudiéndose ordenar por el juez que la misma continúe en días no hábiles".

- **Aplicación:**

El principio de concentración queda perfectamente definitivo en el art. 11 del Código, desde luego hasta el límite de lo que puede decir una norma. Con todo, la concentración exige luego una labor aplicativa del responsable de administrar justicia, programando para cada proceso concreto los actos y comparecencias orales que resulten menester de acuerdo a esa proximidad temporal que exige la ley (para las audiencias de prueba, ver art. 209), y agotando hasta donde sea posible la resolución de los diversos asuntos pendientes en la misma resolución judicial, salvo cuando la complejidad del tema lo impida (así ocurre con la decisión sobre ciertas excepciones procesales, por ejemplo, en la audiencia preparatoria).

No señala sin embargo el precepto cuál puede ser la sanción derivada del incumplimiento de este mandato, lo que puede dificultar en la práctica su efectividad, más allá de ciertos excesos ya injustificados y en cuanto tales configuradores de dilaciones judiciales contrarias al derecho a una adecuada protección jurisdiccional.

1.6.5 Principio de dirección y ordenación del proceso (art. 14):

- **Enunciado:**

"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; por tanto, será responsable de la ordenación del proceso, así como de cualquier demora ocasionada por su negligencia".

- **Aplicación:**

No persigue tanto este art. 14 CPCM reivindicar, por innecesario, el papel del juez o colegio de Magistrados en su caso como directores del proceso, pues es evidente que la ley no ha

articulado la tutela jurisdiccional en modo tal que sean los particulares los que decidan cuándo, cómo y dónde han de realizarse las actuaciones, sino que corresponde al titular de la potestad judicial dirigir el debate procesal en todo momento.

Luego, lo que aquí en definitiva se pretende establecer, es un aspecto más concreto de esa tareade dirección del juez, y es lo que conecta con el llamado "principio de impulso oficial del procedimiento", que es realmente el que aquí se consagra. A su virtud, pues, ha de ser el órgano judicial (el juez, supervisando la labor del Secretario y del funcionario que lleva el trámite del expediente) y no las partes intervinientes en él, quienes deberán proveer en todo momento a la continuación del trámite procedimental, una vez se constata que concurren los motivos para ello (bien sea porque se concede un plazo y éste ya ha vencido, sea porque la conducta que estaba pendiente para acordar la apertura del nuevo acto ya ha sido materializada, etc.). Sin necesidad, para entendernos, de que las partes tengan constantemente que pedirlo.

No se deben de tramitar los procesos, en definitiva, por fruto del azar ni por la mayor o menor insistencia de los litigantes (sobre todo del actor, que en la mayoría de los casos el interesado en que avance y obtenga una decisión definitiva), sino por un imperativo legal al que debe dar satisfacción de oficio el titular de la jurisdicción, encargado del caso, y sobre el que las partes pueden plantear su reclamación en caso de inobservancia. En el tema del Objeto del proceso y la caducidad de la instancia, veremos las consecuencias de todo esto.

BIBLIOGRAFÍA:

En una obra dedicada específicamente a analizar el contenido y alcance de las disposiciones del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, el análisis de doctrina queda condicionado por la actual falta de publicaciones en torno a las instituciones que éste regula. En virtud de ello, hemos optado siguiendo la metodología de los manuales de la disciplina, por recoger bibliografía española de apoyo, al final de cada uno de los bloques temáticos que nos toca tratar, para quienes quieran profundizar en su estudio desde la perspectiva del derecho comparado, teniendo en cuenta desde luego que se trata tan sólo de una orientación, enunciativa y no exhaustiva, y que la misma debe complementarse con las fuentes de aquel país que se escoja como referencia. En este primer apartado y en relación con el derecho a la protección jurisdiccional y los principios del proceso civil, recomendamos: ARMENTA DEU, Teresa: Lecciones de Derecho Procesal Civil. Proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales; Marcial Pons, cuarta edición, Madrid, 2009; BORRAJO INIESTA, Ignacio, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995; CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos (Coordinador): *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (AA.VV.), Trivium, Madrid, 2000; CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos: "Reforma, calidad de la justicia y tutela judicial de fondo", *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España Vol. II (AA.VV.),* Academia de Jurisprudencia y Legislación y Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, pp. 653-679; "Crónica sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: art.

24.1 CE", en *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?: Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Tribunal Constitucional,* Madrid, 2009, pp. 287-428; *El derecho a la igualdad en la Aplicación Judicial de la Ley,* Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010; "El recurso de amparo que queremos: reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 88, Madrid, 2010, pp. 39-81; CANALES CISCO, Oscar Antonio: *Derecho procesal civil salvadoreño, I.,* UCA, segunda edición, El Salvador, 2003; CORDÓN MORENO, Faustino (Coordinador): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2 Vols (AA.VV.),* Aranzadi, Madrid, 2001; CORDÓN MORENO, Faustino: *Introducción al Derecho Procesal,* EUNSA, tercera edición, Pamplona, 1998; *Manual de Derecho Procesal Civil: apuntes de Cátedra,* Ulzama, Pamplona, 2004; "El derecho a obtener la tutela judicial efectiva", en la obra colectiva *Derechos procesales fundamentales,* CGPJ, Madrid, 2005, pp. 213-244; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor: *Introducción al Derecho Procesal y Derecho Procesal Civil. Parte general,* Tirant Lo Blanch, ambos segunda edición, Madrid, 2005; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Díez-Picazo Giménez, Ignacio y Vegas Torres, Jaime: *Derecho Procesal. Introducción, y Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración,* Editorial Universitaria Ramón Areces, ambos tercera edición, Madrid, 2004; GARBERÍ LLOBREGAT, José: *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* Bosch, Barcelona, 2008; GIMENO SENDRA, Vicente: *Constitución y proceso,* Tecnos, Madrid, 1988; *Derecho Procesal Civil. I.- El proceso de declaración. Parte general,* Cólex, segunda edición, Madrid, 2007 y *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional,* Cólex, Madrid, 2007; LANDONI SOSA, Ángel, GARDERES GASPARRI, Santiago: *Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado con jurisprudencia. Vol. 1 y 2,* Editorial B de F Ltda., Montevideo, 2002; MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil,* Tirant Lo Blanch, 16 edición, Valencia, 2008; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Iniciación al estudio del derecho procesal,* Universidad de Salamanca, 1987; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil,* Aranzadi Thomson Reuters, octava edición, Cizur Menor, 2008 e *Introducción al Derecho Procesal,* Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010; ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: "Notas En torno al concepto de Derecho Procesal", *Actualidad Civil, nº 3,* Madrid, 1993, pp. 621-662.

1.7 REGLAS PARA LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Ámbito material de aplicación del Código.- II.- Interpretación de las disposiciones procesales.- III.- Integración de las normas procesales.- IV.- Aplicación supletoria del Código.

1.7.1 Ámbito material de aplicación del código:

Abre el Capítulo Segundo del Título Preliminar este art. 17, por el que se fijan cuáles son los procesos que han de regirse por las disposiciones del nuevo Código desde el punto de vista objetivo. En el primer criterio, quedan bajo su cobertura todos aquellos procedimientos dirigidos a la resolución de conflictos civiles y mercantiles, lo que a su vez y traducido en una perspectiva orgánica significan los procesos seguidos por los juzgados y tribunales salvadoreños de este orden jurisdiccional, sin perjuicio de la aplicación supletoria del Código a otro tipo de procesos (ver art. 20).

Al tiempo, sin embargo, este mismo precepto aclara que pueden existir otras fuentes normativas reguladoras de los actos de los procesos regidos por el Código, mencionando por ejemplo "lo previsto en tratados internacionales" (ver en este libro, los temas relativos ala competencia judicial, la prueba y la ejecución forzosa), y desde luego a otras leyes o reglamentos nacionales donde se incluya alguna disposición con trascendencia procesal (en esta obra de comentarios iremos aludiendo a varias de ellas).

De otra parte, el mismo art. 17 se refiere a las "diligencias judiciales no contenciosas", las cuales prevé se tramiten de acuerdo a "la respectiva ley de la materia", y en su defecto por las reglas del proceso abreviado "en lo que fueren aplicables".

Teniendo en cuenta esta dicción legal, no se refiere aquí el art. 17 a las actuaciones de aquellas autoridades extrajudiciales eventualmente intervinientes en expedientes con repercusión judicial, como los fedatarios públicos, que éstos pueden realizar por sí mismos, para cuyo menester desde luego se regirán por su normativa propia (ver la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras diligencias).

Tampoco de los casos donde el asunto se vuelva contencioso de manera sobrevenida, pues precisamente de ocurrir así su tratamiento pasa a ser exclusivamente dela competencia jurisdiccional (ver arts. 2, 6, 12, 21, 25 LENJVD). Se trata, distintamente, de actuaciones que aunque conectadas con aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria ("no contenciosas"), se llevan a cabo bajo la orden o el control directos del juez, al hacer falta impetrar su auxilio por la falta de colaboración de los destinatarios del requerimiento del fedatario: así por ejemplo, para lograr el apremio a la entrega de prueba, arts. 4 párrafo segundo, 17 LENJVD, u otras que en el futuro se establecieren. En tales situaciones y como aquí en este art. 17 se ordena, se acudirá para su realización y en lo que resulte preciso, a las normas del proceso abreviado por su rapidez y concentración.

1.8 INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES PROCESALES:

De acuerdo con el art. 18 Código, las disposiciones de éste "deberán interpretarse de tal modo que se procure la protección y eficacia de los derechos de las personas y la consecución de los fines que consagra la Constitución, dentro del respeto al principio de legalidad. En consecuencia, el juez deberá evitar el ritualismo y las interpretaciones que supediten la eficacia del derecho a aspectos meramente formales".

Lo expuesto significa básicamente que el principio de legalidad, siempre presente en la tramitación de las causas judiciales, no puede ser sin embargo la excusa para la vulneración de los derechos de los sujetos que intervienen en ellas, sean partes o terceros, ni motivo para incumplir algún mandato constitucional. No se trata ya de que algún precepto concreto de este Código pudiera reputarse inconstitucional (si así ocurre, deberá ser directamente inaplicado por el juzgador de acuerdo a lo exigido en el art. 2, de cuyo sistema de control obviamente no está eximido el propio Código Procesal), sino de que la aplicación e interpretación que haga el juez de sus preceptos no puede resultar en sí misma tampoco inconstitucional.

En concreto, se refiere este art. 18 al ritualismo y las intelecciones formales o solemnes del acto previsto en la norma, como obstáculo para la efectividad del derecho. Es evidente que no se trata de una censura al elemento rituario o formal de todo acto del proceso, pues tal elemento deviene connatural a la actividad jurisdiccional.

A lo que apunta más bien este principio de salvaguarda de los derechos, es a que cuando el cumplimiento de un requisito estrictamente formal condicione el acceso a una determinada solicitud de tutela, en condiciones tales que resulte en la práctica difícil o imposible su realización (por el plazo tan corto que se concede, por ej.), o bien tal requisito resulta objetivamente inútil a los efectos pretendidos por la norma, se impondrá del juez correspondiente, un juicio de ponderación sobre la necesidad de la exigencia de tal requisito formal.

Con la consecuencia, en su caso, de permitir su flexibilidad para considerarlo subsanable dentro de un plazo razonable, aunque inicialmente no diga nada la ley.

1.9 INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES:

Señala el art. 19 del Código por su parte, cómo afrontar las eventuales lagunas de la ley con el fin de evitar la parálisis de la actividad procesal, o el imprejuzgamiento de las cuestiones que tienen encomendadas los jueces (recuérdese la prohibición del *non liquet*).

En tal sentido, se ordena acudir en primer término a la analogía con lo dispuesto en otras normas del propio Código dirigidas a regular actos semejantes (así, las reglas del juicio común respecto del abreviado y los procesos especiales); en segundo lugar y en su defecto se aplicará "la normativa constitucional" y "los principios que derivan de este Código", con especial importancia, cabe añadir, a los incluidos en este Título Preliminar. En un tercer peldaño,

siempre subsidiario (a falta del anterior) a la jurisprudencia de la Corte Suprema ("la doctrina legal"); en cuarto lugar a la doctrina científica (la de "los expositores del derecho"). Y en quinto y último lugar y si todas las demás no existieren para resolver el problema de que se trate, el juez deberá hacer uso según este art. 19, "de buen sentido y razón natural", que son dos términos sinónimos para referirse al empleo de la lógica, la experiencia, es decir, el sentido común que se le presupone y exige a todo juez.

Como puede entreverse, aparece una diferencia esencial entre los tres primeros criterios y los dos últimos: aquéllos forman parte o, caso de la doctrina legal, se integra como complemento de las fuentes del ordenamiento; mientras que los dos últimos carecen de esta condición y se presentan como meros parámetros de orientación a los que, por eso mismo, no debe acudirse salvo en casos extremos y desde luego previa rígida y contrastada comprobación de que no es posible llegar a la solución del problema a través de los anteriores. Lo contrario traería consigo, fácil es percibirlo, la desjuridificación de los procesos.

1.10 APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO:

Finalmente, el art. 20 consagra el carácter supletorio de (todo) el Código Procesal, para la generalidad de los procesos entablados en los restantes órdenes jurisdiccionales: "en defecto de disposición específica en las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil, las normas de este código se aplicarán supletoriamente".

Es decir, el propio Código se configura como instrumento de cierre del ordenamiento procesal en su conjunto, contribuyendo precisamente a evitar las lagunas legales en los procesos distintos a los que contempla, cuando las leyes específicas no tienen respuesta, o directamente se remiten a lo previsto en él. Particularmente útil resulta esta aplicación supletoria, en todo lo que se refiere al control de la jurisdicción y competencia del órgano judicial, abstención y recusación, notificaciones procesales, requisitos para alcanzar la voluntad de los órganos colegiados, celebración y suspensión de vistas, o la regulación de los distintos medios de prueba, y la adopción de medidas cautelares.

BIBLIOGRAFÍA:

Ver la bibliografía recomendada al final del anterior Título Preliminar.

1.11 JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES. 1. Supuestos de jurisdicción salvadoreña; 2. Límites de la jurisdicción salvadoreña; y, 3. Examen y efectos de la falta de jurisdicción

CONSIDERACIONES GENERALES

Las normas primarias orgánicas de cada Estado distribuyen funciones a las instituciones que componen la estructura estatal; es así como, la Constitución de la República de El Salvador confía la función jurisdiccional al Órgano judicial. Dicha labor, se encuentra contenida en la expresión siguiente: "Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer lo juzgado", art. 172 inciso 1º C.N. De la citada norma se desprende, que el Órgano judicial posee la función de administración de justicia, con exclusividad en materia de litigios.

De ahí la idea, de la configuración del principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional, el cual indica que ningún otro órgano estatal puede invadir la función jurisdiccional asignada al Órgano judicial, así lo entiende reiteradamente la jurisprudencia constitucional salvadoreña.[1] Sentada la idea sobre que debe entenderse actualmente por jurisdicción, se evita la aparente confusión conceptual, frente a la concepción de competencia de la manera que históricamente el C.P.C./1882, concebía respecto ambas instituciones procesales.

1 Se brindan a continuación criterios jurisprudenciales, sobre el ejercicio de la función jurisdiccional: "La exclusividad de la potestad jurisdiccional significa que ningún otro órgano del Gobierno ni ente público distinto al Órgano Judicial, puede realizar el derecho en un caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado". Inconstitucionalidad. Sala de lo Constitucional. Exp. 8-97Ac. 23/03/2001. En ese mismo sentido se reafirma de manera amplia la idea anterior: "....El principio de exclusividad de la jurisdicción no debe ser observado con una visión restrictiva sino dentro del contexto de unidad del ordenamiento jurídico en que se encuentra inmerso. El enfoque clásico, aceptado por la jurisprudencia de esta Sala, parte de una posición dual: una positiva, la cual implica que -*salvo casos excepcionales regulados por la ley*- la autodefensa se encuentra proscrita en el Estado de Derecho salvadoreño, aunque el justiciable tiene a su disposición el derecho de acción para pedir a los tribunales la heterocomposición de los conflictos en los que tenga interés; y una negativa, la cual implica que los tribunales no deben realizar otra función que juzgar y hacer ejecutar lo juzgado...."; ".....Ciertamente, el principio de exclusividad de la jurisdicción es aquel que los justiciables tienen dentro del Estado para que la función de administrar justicia sólo sea brindada por el sujeto que esté autorizado constitucionalmente para la realización de tal cometido, verbigracia para el caso salvadoreño, el Órgano Judicial, conforme lo dispone el artículo 172 C.N. En ese marco, fue el propio Constituyente el que tácitamente vedó a la Administración Pública el ejercicio de jurisdicción, entendida esta última en su doble aspecto: el declarativo o cognoscitivo -*juzgar*- como el ejecutivo -*hacer ejecutar lo juzgado*-..."; ".... Para lo que atañe, esta Sala ha entendido y circunscrito el principio de *exclusividad* de la jurisdicción a la impugnabilidad judicial de los actos administrativos cuando sobre los mismos no quepa formular ya recurso o reclamación administrativa alguna; pero el término "exclusividad" sin más, no debe ni puede ser interpretado como aquel monopolio sobre el conocimiento y decisión en relación con una controversia de carácter netamente administrativa por parte de la jurisdicción, es decir, la resolución de simples controversias legales, porque de ser así, la existencia de la Administración Pública, dentro del andamiaje Estatal, sería estéril, inútil, al no serle posible verificar el cumplimiento y aplicación de aquellas normas jurídicas que reglan las competencias que legal y constitucionalmente les han sido conferidas". S.S.Const. Amparo. Exp. 550-2004. 22/09/04.

El avance legislativo aceptado por la jurisprudencia constitucional queda en evidencia en el C.P.C.M. Además, en esta nueva ley procesal se reconoce el contenido del precepto constitucional citado en párrafos iniciales. En particular, aquella característica esencial de la función jurisdiccional, propia del buen desempeño de las normas procesales; dicho elemento es la indelegabilidad orgánica del ejercicio de la función en estudio.

Tal reconocimiento en la norma procesal secundaria sobre la exclusividad de la jurisdicción se designa en el art. 21 C.P.C.M. Es de reconocer, que debido a la complejidad del concepto de la jurisdicción, puede ser estudiado desde una variedad de perspectivas, desde lo blanco hacia lo negro, en el amplio espectro jurídico, político, filosófico y social, entre otros. Pero estas reflexiones generales serán sustentadas desde el punto de vista jurídico-orgánico.

1.11.1 Supuestos de jurisdicción salvadoreña

La nueva ley procesal civil identifica los supuestos sobre los cuales se extienden la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales civiles y mercantiles salvadoreños. Entre los supuestos legislativos referidos, se distinguen unos de carácter general y absoluto y otros de carácter relativo.

1.11.1.1 Supuestos litigiosos de carácter exclusivo y absoluto.

Supuestos litigiosos de carácter exclusivo y absoluto, conforme al art. 21 C.P.C.M., tenemos los siguientes:

a) En materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles situados en territorio de El Salvador.

b) Sobre la constitución, validez, nulidad o disolución de personas jurídicas que tengan domicilio en El Salvador; o de las decisiones de sus órganos.

c) Pretensiones referidas a la validez o nulidad de inscripciones practicadas en un registro público salvadoreño.

Una vez destacados los supuestos anteriores, cabe destacar, que la nueva ley procesal salvadoreña en el ordinal 1º del art. 21, al someter bajo su jurisdicción litigios en materia de derechos reales, aparentemente se limita a los derechos contenidos en el C.C., particularmente los mencionados en el art. 567 inciso 3º C.C. Lo cierto es, que a pesar de la estrechez legislativa en materia sustantiva, deben incluirse otros supuestos para brindar de forma más plena la protección jurisdiccional a los sujetos procesales.

Estas categorías que deben gozar de protección en sede ordinaria son tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, un tanto inusuales y novedosas al pensamiento jurídico nacional, tales como: primero, supuestos de interés particular como las indemnizaciones sobre el daño moral, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, así como aquellas vulneraciones constitucionales a los derechos individuales, entre otros; y, segundo, supuestos de intereses generales, sean estos colectivos o difusos, como la afectación de derechos de los consumidores

y usuarios o de protección del medio ambiente y salud pública, entre otros.[2] La protección jurisdiccional de los anteriores supuestos se desprende de la naturaleza eternamente residual asignada a la legislación procesal común, para el caso, se le reafirma igual vocación al C.P.C.M.

1.11.1.2. Supuestos litigiosos de carácter relativo

Supuestos litigiosos de carácter relativo, según el art. 22 C.P.C.M., se tienen los siguientes:

a) Cuando las partes se hubieren sometido expresamente o tácitamente a los Tribunales salvadoreños.

b) Cuando el demandado, cualquiera sea su nacionalidad, tuviere domicilio o residencia en El Salvador. Estará en esta situación la persona jurídica extranjera con agencia, filial o sucursal en el país, en lo que corresponde a los actos y contratos celebrados por medio de éstas.

c) Sobre la obligación que deba ser cumplida en el territorio nacional.

d) En casos que la pretensión se funde en un hecho, acto o negocio jurídico ocurrido, celebrado o con efectos en el territorio nacional.

Revisando los anteriores supuestos litigiosos se desprende que los mismos involucran el sometimiento a la jurisdicción salvadoreña derivados de reclamos sobre responsabilidad civil contractual en donde intervienen claramente la voluntad de los otorgantes o los contratantes.

1.11.1.3 Límites de la jurisdicción salvadoreña

En cuanto a la fijación de los límites de la jurisdicción, sostiene la doctrina procesal, poseen una extraordinaria importancia, ya que de los mismos dependen los litigios fuera de dicha esfera.[3]

Las circunstancias aquí referidas son aquellas que provocan la abstención de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales civiles y mercantiles salvadoreños, siendo estos los siguientes:

---

2 La apertura de supuestos para la protección jurisdiccional es aceptada y regulada por la nueva ley procesal patrimonial de manera tácita, por ejemplo, en la exención de la prestación de caución previa adopción de una medida cautelar solicitada sustentada en pretensiones de interés particular y la defensa de intereses generales, según el art. 448 C.P.C.M.. Por otro lado, tanto el art. 35 inciso 1º L.P.C., así como la jurisprudencia constitucional reconocen la indemnización de daños y perjuicios frente al acto reclamado consumado que haya vulnerado derechos fundamentales por la autoridad demandada. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional del Año 2004*, p. 252; *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional del Año 2005*, pp. 147 y 148; Año 2006, pp. 99 y 100.

3 ARAGONESES, P. *Derecho Procesal Civil*, T. 1. AAVV., p. 97. En esa misma idea, la doctrina procesal consultada, agrega que rebasando esos límites, no se desarrolla una actividad válida, al incurrirse en defecto de jurisdicción. Tal afirmación es trasladable a nuestro ordenamiento jurídico nacional, pues la nueva ley procesal, inicialmente rechaza la demanda por improponible, art. 24 y 277; posteriormente se protege a las partes mediante la nulidad de actuaciones, art. 232 (a) C.P.C.M.

a) Las demandas o solicitudes de ejecución formuladas contra sujetos o bienes que posean inmunidad de jurisdicción conforme a las normas del derecho internacional.

b) Atribución con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado, en virtud de un tratado vigente en El Salvador.

c) Falta de atribución en los supuestos litigiosos de carácter relativo.

En cuanto a los sujetos o bienes que gozan de inmunidad de jurisdicción nacional, el catálogo es mucho mayor de lo que pudiera pensarse, basta una breve mirada al conjunto de instrumentos intencionales vigentes en El Salvador para identificar la cantidad considerable de sujetos y bienes que poseen dicha inmunidad en materia civil y mercantil.[4]

1.11.1.4 Examen y efectos de la falta de jurisdicción

Sin lugar a dudas, puede afirmarse que la jurisdicción es un presupuesto procesal relativo al órgano jurisdiccional, de acuerdo al art. 298 C.P.C.M.; por tal razón, constituye obligatoriamente un examen de oficio por el Tribunal desde el primer contacto con la demanda; es decir, luego de la lectura inicial del documento, manteniéndose dicho control aún durante el transcurso del proceso en cualquiera de las instancias; deberá pues revisarse judicialmente las veces que sea necesaria la proponibilidad de la pretensión procesal. La existencia de este defecto procesal genera al inicio del proceso una inminente e inmediata declaración de improponibilidad, cuando la apreciación proviene del funcionario judicial, según lo ordenado en el art. 24 inciso 1º y el art. 277 inciso 1° C.P.C.M.

Puede suceder que la carencia de jurisdicción no sea advertida *in limine* por el funcionario judicial; ante esa posibilidad la ley procesal civil mantiene la vigilancia del Tribunal antes mencionada, a la vez se le reconoce a la parte afectada el derecho de alegar tal defecto en las etapas procesales posteriores. La gravedad del defecto de falta de jurisdicción denunciada por una de las partes o bien apreciada de oficio por el Tribunal, deberá ser tramitado como un incidente procesal especial, citando a las partes a comparecer a una audiencia para tratar dicho asunto, tal y como se desprende de la lectura del art. 24 inciso 2º C.P.C.M.

La denuncia antes referida provoca el efecto suspensivo del procedimiento, hasta el desarrollo de la audiencia incidental, cuyo punto de agenda principal será resolver el pedimento de la falta de jurisdicción salvadoreña.

Entre los efectos principales del reconocimiento de la falta de jurisdicción, se resaltan, los siguientes: a) La conclusión del proceso mediante la declaratoria de improponibilidad; b) Archivo de las actuaciones contenidas en el expediente; c) Posibilidad de impugnación

4 Entre los principales instrumentos que conceden la prerrogativa de inmunidad pueden señalarse entre otros, los siguientes: a) Acuerdo de Sede entre el Ente Operador Regional del Mercado Eléctrico de América Central y el Gobierno de la República de El Salvador; b) Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; c) Convención Interamericana sobre Agentes Consulares; d) Convención Interamericana sobre Funcionarios Diplomáticos; y, e) Convenio Sede entre el Gobierno de la República de El Salvador y el Banco Mundial.

mediante apelación; y d) Esta especie de rechazo de la demanda sea *in limine* o bien en el transcurso de las instancias deja a salvo el derecho material del demandante.

1.11.2 Competencia civil y mercantil

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES: 1. Indisponibilidad de la competencia; 2. Competencia territorial; 3. Competencia objetiva; 3.1. Cuantía, elemento determinante de Juzgado competente y proceso adecuado; 4. Competencia funcional; 5. Competencia de grado cuando sea parte el Estado; 6. Examen de oficio de la competencia; 7. Denuncia de la falta de competencia; 7.1. Decisión sobre la falta de competencia; 8. Conflicto de competencia.

CONSIDERACIONES GENERALES

Para el mejor desempeño en el ejercicio de la función jurisdiccional, surge a la vida jurídica la institución de la competencia judicial, entendiendo por tal, la facultad atribuida a cada Juzgado o Tribunal para juzgar y ejecutar lo juzgado, atendiendo a criterios claramente definidos, los cuales distribuyen dichas facultades, procurando un orden en el ejercicio de la función jurisdiccional.[5] Sobre la base anterior la jurisprudencia salvadoreña ha venido compartiendo la misma idea expuesta.[6]

1.11.2.1 Indisponibilidad de la competencia

Históricamente, se reconoce que las normas que versan sobre la distribución de los criterios de competencia son indisponibles. La negación de alterar las normas competenciales posee un fundamento sólido sustentado en el principio legalidad, art. 3 C.P.C.M., consistente en la imposibilidad de los sujetos procesales de alterar la tramitación del proceso ante Juez competente y conforme a las disposiciones del C.P.C.M.

Esta regla sobre la indisponibilidad aceptada en reiterados pronunciamientos por la jurisprudencia ordinaria nacional fue retomada por la nueva ley procesal en el art. 26 C.P.C.M., en el mismo, se reconoce expresamente que la competencia en general es indisponible; excepto la competencia en razón del territorio.

El anterior pensamiento se regulaba de manera imperfecta en el art. 32 inciso 1° C.P.C., en el cual se expresaba lo siguiente: "Puede prorrogarse la jurisdicción ordinaria; la prórroga se verifica por consentimiento expreso o tácito".

Realmente, el apartado antes citado se refería a la disponibilidad de la competencia territorial. En esa misma línea argumentativa, también la jurisprudencia civil da igual tratamiento

5 CANALES CISCO, O. A. *Derecho Procesal Civil Salvadoreño (I),* p. 98.

6 Téngase en cuenta el siguiente criterio de la jurisprudencia nacional, del cual se extrae lo siguiente: "La jurisdicción no debe confundirse con la distribución de la jurisdicción que configura la competencia, la cual se da en razón de la materia, el territorio, por la calidad de las personas, la cuantía, por jerarquía, etc.". S.S.C. Exp. 1486 S.S. 21/12/02.

interpretativo a la disponibilidad de la competencia territorial, bajo la óptica del C.P.C., cobrando mayor relevancia ante la inclusión legal del criterio aceptado.[7]

Como se adelanto en párrafos anteriores, la nueva legislación procesal patrimonial reconoce la necesaria distribución de facultades, atendiendo a criterios definidos, entre los identificados por la ley, se tienen los siguientes: competencia territorial, competencia objetiva y competencia funcional; dichas expresiones son acordes a las nuevas tendencias legislativas iberoamericanas, así se observa en el texto del art. 45 L.E.C.

1.11.2.2 Competencia territorial

Las normas sobre competencia territorial utilizan distintos elementos para delimitar el conocimiento de un conflicto determinado, siendo el principal, el domicilio del demandado, esto es para facilitar su defensa; también se toma en cuenta, de manera complementaria, la situación del objeto litigioso y el lugar próximo a la recepción de los medios probatorios cuando la pretensión verse sobre administración de bienes. Recuérdese que esta especie de competencia es la única disponible, idea reafirmada aún por la jurisprudencia constitucional.[8]

Una idea relevante para la aplicación de las reglas de competencia territorial, es aquella que reconoce el supuesto de criterios concurrentes de manera simultánea; por ello no deben ser considerados como reglas territoriales excluyentes; más bien, son estimadas como reglas territoriales complementarias, de tal manera que el demandante tendrá, en el mejor de los casos, múltiple elección hacia cual Juzgador presentara su demanda. De lo anterior se entiende, que si el demandado posee un domicilio determinado y fija un domicilio distinto en un instrumento originado de una actividad contractual, ambos criterios no son excluyentes, pues son competentes ambos juzgados para darle tramite a la pretensión.

Para un mejor entendimiento en la aplicación de los criterios territoriales sobre la competencia y procurando abarcar la mayoría de supuestos y determinar el Juzgado competente, el C.P.C.M., separa en dos grupos, siendo estos los siguientes: supuestos generales de territorialidad y los supuestos especiales de territorialidad.

Los casos generales sobre la competencia territorial se identifican y agrupan de la manera siguiente:

7 A continuación se enunciará un criterio jurisprudencial, aunque poco extenso, pero con un gran contenido respecto al tema de la indisponibilidad de la competencia, en lo pertinente expresa lo siguiente: "La competencia territorial es la única competencia que puede prorrogarse". S.S.C. Exp. 1508. 04/04/03.

8 De la jurisprudencia constitucional se extrae un criterio interesante atinente a los comentarios al tema, enfocado desde su perspectiva material; este en lo pertinente se cita lo siguiente: "En materia de procedimientos, la legislación habilita a los Magistrados y Jueces examinar in limine y en todo momento del proceso, el cumplimiento del requisito de su competencia, porque para ellos su observancia no es dispositiva sino asunto de orden público, salvo el caso de la competencia territorial, que es disponible sólo para las partes procesales; esta salvedad relativiza la solución legal en caso de no observarse la regulación de la competencia territorial." S.S.Const. Amparos. Exp. 453-2007. 05/12/08.

a) Domicilio del demandado, este a su vez comprende: a) Domicilio determinado, al ser conocido y fijo, art. 33 inciso 1°; y b) Domicilio indeterminado,[9] cuando no tuviere domicilio, ni residencia en El Salvador, art. 33 inciso 3°.

b) Domicilio contractual, será aquel en que las partes se hayan sometido anticipadamente por instrumentos fehacientes, art. 33 inciso 2°. Para la efectividad de esta regla debe intervenir el común acuerdo de los otorgantes.[10]

c) Domicilio laboral, donde el demandado realiza las actividades laborales; se divide a su vez en los siguientes: a) Título personal, el lugar donde los comerciantes y quienes desarrollan o se haya desarrollado la actividad de tipo profesional relacionada al conflicto, art. 34 inciso 1º; b) Comparecencia por ente, el lugar donde los gestores desarrollen su actividad, art. 34 inciso 4º; y c) Domicilio del establecimiento a cargo del comerciante, art. 34 inciso 1º.

d) Lugar donde la situación o regulación jurídica a que se refiera el proceso haya nacido o deba surtir efectos, art. 33 inciso 2º.

Es ineludible referirnos al concepto de domicilio, de acuerdo a la legislación salvadoreña, en virtud de su inclusión como criterio para fijar competencia territorial en la nueva ley procesal civil. Para este efecto, es preciso recordar el tratamiento del tema en el C.C., el cual entiende como domicilio, lo siguiente: "La residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella", conforme al art. 57 C.C. Dicho cuerpo normativo expone una variedad de supuestos de domicilio, tales como: a) El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, o donde ha manifestado a la autoridad municipal su ánimo de permanecer, determina su domicilio civil o vecindad, art. 60 C.C.; y b) Los empleados públicos tienen su domicilio en el lugar donde desempeñan sus funciones; las personas jurídicas y asociaciones reconocidas por la ley, en el lugar donde esté situada su dirección o administración, salvo lo que dispongan sus estatutos o leyes especiales, art. 64 C. C.

Expuesto el contenido del C.C. en lo relativo al domicilio, puede apreciarse la similitud existente entre el concepto sustantivo y la regla procesal de competencia; lo anterior facilita el mejor entendimiento al concepto en estudio.

Entre los casos especiales de competencia territorial se resaltan y agrupan de la manera siguiente:

9 Aunque parezca elemental el cometario sobre la supresión expresa por la nueva ley procesal patrimonial del criterio reconocido por domicilio múltiple de la manera que estaba contenido en el art. 37 C.P.C. Esta norma completaba el esquema y deduce, respecto a la realidad de aquel demandado que posee varios domicilios de manera simultánea, además de prever que se alegara la preferencia justificada por alguno de los otros domicilios.

10 Sobre la aplicación del domicilio especial contractual, la jurisprudencia civil ha mantenido la opinión siguiente: "El domicilio especial que establece el Código de Procedimientos Civiles para que sea obligatorio, es preciso que esté determinado mediante un contrato bilateral, en el que ambas partes, de común acuerdo convengan fijar domicilio civil especial para los actos judiciales o extra judiciales a que diere lugar el mismo contrato". S.S.C. Exp.173-C-2007. 21/05/2008.

a) Situación del objeto litigioso, este se clasifica en: a) Objeto singular, al plantearse pretensiones sustentadas en derechos reales, art. 35 inciso 1º; y b) Objeto plural, al ejercerse sobre varias cosas o sobre unos inmuebles situados en diferentes lugares; y c) Situación del inmueble arrendado, art. 35 inciso 2º.

b) Domicilio del causante, sobre cuestiones de procesos hereditarios contenciosos, art. 35 inciso 3º.

c) Lugar donde deban presentarse la rendición de cuentas, a su vez se divide en: a) Lugar determinado para la rendición de cuentas; y, b) Lugar no determinado para tal efecto, ambos supuestos regulados en el art. 35 inciso 4º.

d) Conexidad del objeto procesal, en el caso de demandas sobre obligaciones accesorias o que sea complemento de otras anteriores, seguirá a la obligación principal sobre la que recayeren, art. 35 inciso 5º.

e) Acumulación de pretensiones, de varias pretensiones en relación con una o varias personas, art. 36 inciso 1°.

f) Pluralidad de demandados, pretensión dirigida a varias personas de distinto domicilio, art. 36 inciso 2°.

Para una mayor precisión en la identificación del Juzgado o Tribunal competente, es inevitable consultar las leyes orgánicas que establecen la residencia de la oficina judicial, así como los municipios donde ejercen su territorialidad. Junto al C.P.C., se acompañaban varios estatutos jurídicos, entre estos los siguientes: como cuerpo principal la L.O.J.; como leyes orgánicas sueltas, el D.L. N° 262/1998, el cual completa el mapa judicial al proporcionar el lugar de residencia de la oficina judicial y la comprensión territorial; y el D.L. N° 705/1999, cuyo contenido específico es darle creación a la justicia de menor cuantía, mediante Juzgados de igual denominación sólo en el municipio de San Salvador; de igual manera la redistribución de esa especie de justicia hacia los Juzgados de Primera Instancia.

1.11.2.3 Competencia objetiva

Dos son los criterios de idoneidad judicial contenidos en la competencia objetiva, estos tradicionalmente separados, siendo la cuantía y materia. Fácil es colegir, la razón de su denominación general, pues fija competencia atendiendo a criterios verdaderamente objetivos, a diferencia de la competencia territorial antes estudiada, que en principio enfoca como elemento central, a las partes o bien al objeto litigioso.La competencia objetiva en su doble perspectiva, puede ser analizada, en primer lugar por razón de la materia que determina el Juzgado, atendiendo al objeto y la naturaleza de lo solicitado, es decir, al contenido de la relación jurídica; en segundo plano, por razón de la cuantía, atendiendo al valor económico de lo pretendido por el demandante.11

11 LOPEZ ROLDAN, J. M. *Competencia Judicial en Materia Civil.* AAVV, pp. 31 y 40.

Respecto al contenido específico de la competencia material se extrae de la estructura judicial cuyas atribuciones y composición son las siguientes: a) Corte Suprema de Justicia en Pleno, compuesta por sus quince miembros, art. 27 C.P.C.M.; b) Sala de lo Civil, integrada por tres miembros, art. 28 C.P.C.M.; c) Cámaras de Segunda Instancia, formada por dos miembros, art. 29 C.P.C.M.; d) Juzgados de Primera Instancia, a cargo de un titular, art. 30 C.P.C.M.; e) Juzgados de Primera Instancia de Menor Cuantía responsable.

1.11.2.3.1 Cuantía, elemento determinante de Juzgado competente y proceso adecuado

Los elementos competenciales de materia y cuantía son de gran utilidad, no sólo para identificar a los Juzgados competentes de materias distintas, como entre el Juzgado Penal y el Juzgado Civil, sino también, la vía procesal adecuada asignada a juzgados de la misma materia, pero distinta especialización, como el Juzgado de Primera Instancia que tramita los procesos comunes y el Juzgado de Menor Cuantía que atiende los procesos monitorios.

Retomando la última idea del párrafo anterior, la materia y la cuantía aparece nuevamente para determinar la clase de proceso declarativo a seguir, según el art. 239 inciso 2º C.P.C.M., tomándose como base una cantidad divisoria de veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, conforme a los arts. 240 inciso 3º y 241 inciso 1º C.P.C.M. Si el reclamo es superior a dicha cantidad, la pretensión será tramitada en proceso común; en cambio si es menor el reclamo a la cantidad señalada, la pretensión se gestionará en proceso abreviado. En cuanto a los procesos especiales, la elección sobre cual será utilizado, la cuantía es desplazada por la materia contenida en la pretensión.

Si bien es cierto, el demandante es quién elige inicialmente al Juez competente, el demandado define la continuación del Juzgado que le emplazo; dicha impugnación y denuncia sobre la base de la cuantía se regula en los arts. 244 y 303 C.P.C.M.

1.11.3 Competencia funcional

La competencia funcional como criterio de distribución indica que aquel Juzgado ante quién se tramite el objeto principal del proceso, también conocerá de las incidencias que surjan sobre él y para llevar a efecto sus resoluciones, art. 38 C.P.C.M. La nueva ley procesal civil y mercantil regula de manera especial la forma de tramitar el objeto principal y las cuestiones incidentales, sea de carácter procesal o material. Esa forma especial es por pieza separada, es decir, documentándose cada uno en su respectivo expediente, así se interpreta del art. 263 C.P.C.M.

La intención de la norma procesal en cuanto a la tramitación separada y simultanea es útil y práctica; puesto que, pretende evitar la suspensión o retraso del proceso principal por el trámite de alguna cuestión incidental, según el art. 264 C.P.C.M. Como era de esperar, la regla sobre la tramitación separada, no es absoluta, porque la última norma en comento establece la salvedad que la ley puede designar en determinados casos otro trámite incidental distinto.

1.11.4 Competencia de grado cuando sea parte el Estado

La norma de competencia en estudio atiende a una calidad especial inherente al demandado, designándose a un Tribunal particular para su juzgamiento, distinto aquel de sometimiento general de los sujetos procesales. Mediante este criterio distributivo, la nueva ley procesal civil y mercantil reafirma el privilegio concedido por el C.P.C. a favor del Estado de El Salvador, siempre que posea la calidad de demandado en toda clase de procesos y cualquiera sea la materia y cuantía, conforme al art. 39 C.P.C.M.

Esta misma prerrogativa no aplica a la inversa, cuando el Estado sea el demandante; debiendo en este supuesto acudirse a los Tribunales comunes, en consonancia a las reglas generales de competencia.[12]

Los Tribunales asignados de manera particular para juzgar al Estado de El Salvador son los siguientes: en primera instancia las Cámaras de Segunda Instancia de la Capital, art. 29 ordinal 2º; conocerá en apelación la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, art. 28 ordinal 3º; y la Corte Suprema de Justicia en Pleno interviene conociendo del recurso de casación, con exclusión de los Magistrados que integran la Sala de lo Civil, art. 27 ordinal 2º todos del C.P.C.M.

Para evitar una excesiva aplicación del privilegio procesal comentado, fue preciso mencionar a reglón seguido, la exclusión expresa a ciertas instituciones de derecho público tales como: Los municipios, el Instituto Salvadoreño del Seguro Social y entes descentralizados del Estado, a los cuales serán demandados en los Tribunales comunes, art. 39 inciso 2º C.P.C.M.

1.11.5 Examen de oficio de la competencia

Dentro de las atribuciones de dirección y ordenación del proceso, se desprenden el examen y apreciación de oficio de la competencia asignada, art. 40 C.P.C.M. Dicho examen del Tribunal deberá ser ejercido en todo momento, desde la primera lectura de la demanda y en cualquier estado del proceso. En todo caso, la falta de competencia dará como respuesta judicial el rechazo de la demanda por improponible junto a los efectos legales consiguientes.

La apreciación judicial de la falta de competencia produce inmediatamente un pronunciamiento de declaratoria de improponibilidad, sin más trámite, la cual se comunicará notificando al demandante o bien ambas partes, según sea el momento procesal de su apreciación y reconocimiento.

12 En la concesión del privilegio procesal estatal del Juez competente, hubo un salto de calidad del Código de Procedimientos Civiles hacia el Código Procesal Civil y Mercantil; ya que, se suprimieron los supuestos que gozaban distintas personas naturales que ostentan cargos públicos, a quienes el "Fuero en materia penal" se les extendió en materia civil y mercantil, lo cual era injustificable desde un punto de vista constitucional de la igualdad procesal. Entre los privilegios antes mencionados se encontraban los supuestos de los Arts. 50 y 53 C.P.C. De ahora en adelante, con la vigencia de la nueva ley procesal civil y mercantil, aquellos privilegiados serán sometidos a las reglas comunes de competencia.

El rechazo de la demanda por improponible aplica para todos los criterios de competencia, sea territorial, objetiva y funcional; es decir, tanto para los criterios prorrogables como los improrrogables, sin distinción alguna, quedando finalizado el proceso civil y mercantil ante ese Juzgado o Tribunal.

Nota interesante es el tema sobre la posibilidad de la sumisión tácita del demandado, respecto a la competencia territorial en la cual colisionan frontalmente dos fuerzas. Por un lado, la atribución examinadora del Tribunal arriba comentada y por el otro, el derecho del demandado a someterse a la competencia distinta a la que le correspondía inicialmente, contenida en el art. 43 C.P.C.M.

De la lectura de la norma citada se desprende lo siguiente, si el Juez no hubiere apreciado *in limine litis* su falta de competencia por razón del territorio y el demandado no denunciare la incorrección, entonces se habrá prorrogado la competencia. Hasta aquí se demuestra una contradicción en el orden de aparecimiento en los acontecimientos, así: primero, el Juez aplicando su examen oficio y segundo, el demandado consiente o inconscientemente interviene sin alegar la declinatoria.

Según este orden el derecho de la parte esta condicionado a la atribución judicial; es decir, que sólo podría consentirse voluntariamente el derecho a prorrogar la territorialidad, si el Tribunal pasa por inadvertido la falta de aquella.

Ante los anteriores planteamientos sobre la regla de la sumisión tácita e interpretando la ley procesal de tal modo que procure la protección y eficacia de los derechos de la parte demandada, conforme al art. 18 C.P.C.M., deberá entenderse que las reglas de competencia por razón del territorio se aplicarán en defecto de la sumisión del demandado, quién en definitiva posee el derecho de prorrogar la competencia.[13]

1.11.6 Denuncia de la falta de competencia

De igual manera que la legislación procesal atribuye un control judicial al presupuesto de competencia, también aquella le reconoce el derecho al demandado para alegar la falta de competencia. Esa oportunidad de denuncia de parte depende del tipo de defecto que se alegue; así se tienen los casos siguientes: a) Si se denuncia la falta de competencia territorial, sólo podrá alegarse en el plazo para contestar la demanda, sin contestarla, art. 42 inciso 1º C.P.C.M.; y b) Si la denuncia es sobre la falta de competencia objetiva, podrá alegarse en dos momentos: primero, al inicio del proceso, contenida como una excepción procesal; y segundo,

13 Realmente, el verdadero contenido de la norma sobre sumisión tácita es conservar la validez y eficacia de todo proceso civil y mercantil, donde la parte demandada no haya consentido expresamente dicho sometimiento territorial, distinto al que le correspondiere conforme a las normas respectivas. Cabe señalar, que la L.E.C. en el art. 54.1, prescribe lo siguiente: "Las reglas legales atributivas de la competencia sólo se aplicarán en defecto de la sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de determinada circunscripción". La cita del derecho comparado con fuerte influencia en la ley procesal salvadoreña confirma, la conclusión arriba expuesta sobre la preferencia en cuanto al derecho preferente del demandado a disponer de tribunal ante quién someterse sobre la opción judicial de rechazo in limine.

en cualquier estado del proceso, como una cuestión incidental, promoviendo el trámite incidental especial, suspendiéndose el proceso, según lo fijado en el art. 41 inciso 2º C.P.C.M.

Las consecuencias que generen la resolución judicial que decida la denuncia de falta de competencia se relacionan directamente al contenido de la misma, por consiguiente serán estudiadas por separado.

En todo caso, sin importar a cual criterio de competencia se someta a decisión, la consecuencia común que poseen, es aquella producida al desestimarse la cuestión de competencia, siendo esta, la continuación del proceso patrimonial y en su caso quedará sin efecto la suspensión del trámite, acompañada de una condenación en costas procesales a la parte que hubiere planteado la denuncia, arts. 45 inciso 1º y 46 inciso 2º C.P.C.M.

1.11.6 Decisión sobre la falta de competencia

Distintos efectos producen la falta de competencia, cuando la denuncia de parte es estimada judicialmente. Para un mejor entendimiento, los efectos serán enumerados conjuntamente, estos incluirán cualquier clase de competencia cuestionada, en virtud de provocar idénticos efectos.

A continuación se mencionaran los efectos comunes que generan cuando se estima judicialmente la falta de competencia, siendo estos los siguientes: a) Rechazo de la demanda por improponible; b) Pone fin al proceso de manera anticipada; y, c) Remisión oficiosa del expediente al Juzgado que se considere competente.

Por otro lado, resalta la consecuencia distintiva, en que la nueva legislación procesal sólo reconoce el derecho a impugnar la resolución conclusiva mediante el recurso de apelación y el recurso de casación oportunamente, cuando se trata de las competencias objetiva y funcional; en cambio, se niega la posibilidad de utilizar los mismos recursos frente a la decisión estimatoria sobre la falta de competencia territorial.

En el último supuesto señalado, la restricción legal para la utilización de los recursos judiciales se justifica bajo el entendido que la parte disconforme posee aún el derecho constitucional de promover el Conflicto de competencia ante el Juzgador que reciba el expediente rechazado por el Juzgador inicial, art. 47 C.P.C.M.

1.11.7 Conflicto de competencia

Un procedimiento judicial con certificación de partida de nacimiento doble, tanto en la norma constitucional como la norma secundaria, es el Conflicto de competencia, denominada impropiamente como Competencia en el art. 1193 C.P.C. Dicho trámite es del conocimiento de la Corte Suprema de Justicia en pleno, según los arts. 27 ordinal 3º C.P.C.M. y 182 ordinal 2° C.N.

De la manera como se encuentra redactado el art. 47 inciso 1° C.P.C.M., pareciera que el Conflicto de competencia procediere bajo auspicio judicial; lo cierto es, que este incidente

especial, puede además ser promovido como cuestión de competencia, planteado al nuevo Juzgador que recibió el expediente judicial proveniente inicialmente del Juzgado que rechazo la demanda por improponible sustentado en la falta de competencia territorial.

El segundo rechazo de la demanda por la deficiencia indicada en el párrafo anterior viene a constituir un Conflicto de competencia negativa, pues ambos funcionarios judiciales expresan carecer de competencia prorrogable.

Sumamente importante es destacar, que la nueva legislación procesal civil abre la oportunidad de utilizar el procedimiento judicial en estudio, sólo ante la falta de competencia territorial, no así por la falta de competencia objetiva y funcional; ya que, este último supuesto, antes de ser recibido por el nuevo Juzgador por el efecto señalado en el art. 45 inciso 1° C.P.C.M., se concedió a la parte agraviada el derecho a impugnar tal decisión y consecuentemente la posibilidad de reafirmarse la elección de competencia mediante los criterios de los Tribunales de apelación y casación oportunamente.

De no ser así, se incurriría en un doble peregrinaje procesal, lo cual es absolutamente inaceptable.

En la misma línea argumentativa, de haberse aceptado el camino de aplicar el trámite del Conflicto de competencia para todos los criterios distributivos, se hubiese cerrado todo tipo de impugnación ante el rechazo de la demanda por motivos competenciales de la manera que ordenaba el art. 1206 C.P.C.

El desarrollo del procedimiento de la cuestión incidental en estudio se caracteriza por su aparente agilidad. Inmediatamente después de pronunciada la resolución de incompetencia, esto es, luego de recibir el expediente como efecto del primer rechazo del art. 46 inciso 1° C.P.C.M., el segundo Juzgador deberá remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia.

Una vez recibido el expediente por el Tribunal superior se dirimirá el conflicto, con la vista del expediente; en la decisión principalmente se deberá designar al Tribunal que corresponda conocer en definitiva del asunto; como consecuencia a lo anterior, será el envío del expediente al funcionario judicial designado y el llamamiento a las partes para que comparezcan en el plazo de cinco días ante el Tribunal señalado, art. 47 inciso 2° C.P.C.M.

Finalmente, aunque la nueva legislación procesal civil no lo exprese, por lógica se deducen que las resoluciones pronunciadas con ocasión del incidente especial de Conflicto de competencia son irrecurribles, estas comienzan desde aquella en la cual se considera a su vez incompetente el segundo Juzgador.

1.12 COMPETENCIA Y PREJUDICIALIDAD

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES: 1. Indisponibilidad de la competencia; 2. Competencia territorial; 3. Competencia objetiva; 3.1. Cuantía, elemento determinante de Juzgado competente y proceso adecuado; 4. Competencia funcional; 5. Competencia de grado cuando sea parte el Estado; 6. Examen de oficio de la competencia; 7. Denuncia de la falta de competencia; 7.1. Decisión sobre la falta de competencia; 8. Conflicto de competencia.

CONSIDERACIONES GENERALES

Para el mejor desempeño en el ejercicio de la función jurisdiccional, surge a la vida jurídica la institución de la competencia judicial, entendiendo por tal, la facultad atribuida a cada Juzgado o Tribunal para juzgar y ejecutar lo juzgado, atendiendo a criterios claramente definidos, los cuales distribuyen dichas facultades, procurando un orden en el ejercicio de la función jurisdiccional.[14] Sobre la base anterior la jurisprudencia salvadoreña ha venido compartiendo la misma idea expuesta.[15]

1.12 Indisponibilidad de la competencia

Históricamente, se reconoce que las normas que versan sobre la distribución de los criterios de competencia son indisponibles.

La negación de alterar las normas competenciales posee un fundamento sólido sustentado en el principio legalidad, art. 3 C.P.C.M., consistente en la imposibilidad de los sujetos procesales de alterar la tramitación del proceso ante Juez competente y conforme a las disposiciones del C.P.C.M.

Esta regla sobre la indisponibilidad aceptada en reiterados pronunciamientos por la jurisprudencia ordinaria nacional fue retomada por la nueva ley procesal en el art. 26 C.P.C.M., en el mismo, se reconoce expresamente que la competencia en general es indisponible; excepto la competencia en razón del territorio.

El anterior pensamiento se regulaba de manera imperfecta en el art. 32 inciso 1° C.P.C., en el cual se expresaba lo siguiente: "Puede prorrogarse la jurisdicción ordinaria; la prórroga se verifica por consentimiento expreso o tácito". Realmente, el apartado antes citado se refería a la disponibilidad de la competencia territorial. En esa misma línea argumentativa, también la jurisprudencia civil da igual tratamiento interpretativo a la disponibilidad de la competencia

14 CANALES CISCO, O. A. *Derecho Procesal Civil Salvadoreño (I),* p. 98.

15 Téngase en cuenta el siguiente criterio de la jurisprudencia nacional, del cual se extrae lo siguiente: "La jurisdicción no debe confundirse con la distribución de la jurisdicción que configura la competencia, la cual se da en razón de la materia, el territorio, por la calidad de las personas, la cuantía, por jerarquía, etc.". S.S.C. Exp. 1486 S.S. 21/12/02.

territorial, bajo la óptica del C.P.C., cobrando mayor relevancia ante la inclusión legal del criterio aceptado.[16]

Como se adelanto en párrafos anteriores, la nueva legislación procesal patrimonial reconoce la necesaria distribución de facultades, atendiendo a criterios definidos, entre los identificados por la ley, se tienen los siguientes: competencia territorial, competencia objetiva y competencia funcional; dichas expresiones son acordes a las nuevas tendencias legislativas iberoamericanas, así se observa en el texto del art. 45 L.E.C.

1.12.2 Competencia territorial

Las normas sobre competencia territorial utilizan distintos elementos para delimitar el conocimiento de un conflicto determinado, siendo el principal, el domicilio del demandado, esto es para facilitar su defensa; también se toma en cuenta, de manera complementaria, la situación del objeto litigioso y el lugar próximo a la recepción de los medios probatorios cuando la pretensión verse sobre administración de bienes. Recuérdese que esta especie de competencia es la única disponible, idea reafirmada aún por la jurisprudencia constitucional.[17]

Una idea relevante para la aplicación de las reglas de competencia territorial, es aquella que reconoce el supuesto de criterios concurrentes de manera simultánea; por ello no deben ser considerados como reglas territoriales excluyentes; más bien, son estimadas como reglas territoriales complementarias, de tal manera que el demandante tendrá, en el mejor de los casos, múltiple elección hacia cual Juzgador presentara su demanda.

De lo anterior se entiende, que si el demandado posee un domicilio determinado y fija un domicilio distinto en un instrumento originado de una actividad contractual, ambos criterios no son excluyentes, pues son competentes ambos juzgados para darle tramite a la pretensión.

Para un mejor entendimiento en la aplicación de los criterios territoriales sobre la competencia y procurando abarcar la mayoría de supuestos y determinar el Juzgado competente, el C.P.C.M., separa en dos grupos, siendo estos los siguientes: supuestos generales de territorialidad y los supuestos especiales de territorialidad.

Los casos generales sobre la competencia territorial se identifican y agrupan de la manera siguiente:

16 A continuación se enunciará un criterio jurisprudencial, aunque poco extenso, pero con un gran contenido respecto al tema de la indisponibilidad de la competencia, en lo pertinente expresa lo siguiente: "La competencia territorial es la única competencia que puede prorrogarse". S.S.C. Exp. 1508. 04/04/03.

17De la jurisprudencia constitucional se extrae un criterio interesante atinente a los comentarios al tema, enfocado desde su perspectiva material; este en lo pertinente se cita lo siguiente: "En materia de procedimientos, la legislación habilita a los Magistrados y Jueces examinar in limine y en todo momento del proceso, el cumplimiento del requisito de su competencia, porque para ellos su observancia no es dispositiva sino asunto de orden público, salvo el caso de la competencia territorial, que es disponible sólo para las partes procesales; esta salvedad relativiza la solución legal en caso de no observarse la regulación de la competencia territorial." S.S.Const. Amparos. Exp. 453-2007. 05/12/08.

a) Domicilio del demandado, este a su vez comprende: a) Domicilio determinado, al ser conocido y fijo, art. 33 inciso 1°; y b) Domicilio indeterminado,[18] cuando no tuviere domicilio, ni residencia en El Salvador, art. 33 inciso 3°.

b) Domicilio contractual, será aquel en que las partes se hayan sometido anticipadamente por instrumentos fehacientes, art. 33 inciso 2°. Para la efectividad de esta regla debe intervenir el común acuerdo de los otorgantes.[19]

c) Domicilio laboral, donde el demandado realiza las actividades laborales; se divide a su vez en los siguientes: a) Título personal, el lugar donde los comerciantes y quienes desarrollan o se haya desarrollado la actividad de tipo profesional relacionada al conflicto, art. 34 inciso 1º; b) Comparecencia por ente, el lugar donde los gestores desarrollen su actividad, art. 34 inciso 4º; y c) Domicilio del establecimiento a cargo del comerciante, art. 34 inciso 1º.

d) Lugar donde la situación o regulación jurídica a que se refiera el proceso haya nacido o deba surtir efectos, art. 33 inciso 2º.

Es ineludible referirnos al concepto de domicilio, de acuerdo a la legislación salvadoreña, en virtud de su inclusión como criterio para fijar competencia territorial en la nueva ley procesal civil. Para este efecto, es preciso recordar el tratamiento del tema en el C.C., el cual entiende como domicilio, lo siguiente: "La residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella", conforme al art. 57 C.C.

Dicho cuerpo normativo expone una variedad de supuestos de domicilio, tales como: a) El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, o donde ha manifestado a la autoridad municipal su ánimo de permanecer, determina su domicilio civil o vecindad, art. 60 C.C.; y b) Los empleados públicos tienen su domicilio en el lugar donde desempeñan sus funciones; las personas jurídicas y asociaciones reconocidas por la ley, en el lugar donde esté situada su dirección o administración, salvo lo que dispongan sus estatutos o leyes especiales, art. 64 C. C.

Expuesto el contenido del C.C. en lo relativo al domicilio, puede apreciarse la similitud existente entre el concepto sustantivo y la regla procesal de competencia; lo anterior facilita el mejor entendimiento al concepto en estudio.

18 Aunque parezca elemental el cometario sobre la supresión expresa por la nueva ley procesal patrimonial del criterio reconocido por domicilio múltiple de la manera que estaba contenido en el art. 37 C.P.C. Esta norma completaba el esquema y deduce, respecto a la realidad de aquel demandado que posee varios domicilios de manera simultánea, además de prever que se alegara la preferencia justificada por alguno de los otros domicilios.

19 Sobre la aplicación del domicilio especial contractual, la jurisprudencia civil ha mantenido la opinión siguiente: "El domicilio especial que establece el Código de Procedimientos Civiles para que sea obligatorio, es preciso que esté determinado mediante un contrato bilateral, en el que ambas partes, de común acuerdo convengan fijar domicilio civil especial para los actos judiciales o extra judiciales a que diere lugar el mismo contrato". S.S.C. Exp.173-C-2007. 21/05/2008.

Entre los casos especiales de competencia territorial se resaltan y agrupan de la manera siguiente:

g) Situación del objeto litigioso, este se clasifica en: a) Objeto singular, al plantearse pretensiones sustentadas en derechos reales, art. 35 inciso 1º; y b) Objeto plural, al ejercerse sobre varias cosas o sobre unos inmuebles situados en diferentes lugares; y c) Situación del inmueble arrendado, art. 35 inciso 2º.

h) Domicilio del causante, sobre cuestiones de procesos hereditarios contenciosos, art. 35 inciso 3º.

i) Lugar donde deban presentarse la rendición de cuentas, a su vez se divide en: a) Lugar determinado para la rendición de cuentas; y, b) Lugar no determinado para tal efecto, ambos supuestos regulados en el art. 35 inciso 4º.

j) Conexidad del objeto procesal, en el caso de demandas sobre obligaciones accesorias o que sea complemento de otras anteriores, seguirá a la obligación principal sobre la que recayeren, art. 35 inciso 5º.

k) Acumulación de pretensiones, de varias pretensiones en relación con una o varias personas, art. 36 inciso 1°.

l) Pluralidad de demandados, pretensión dirigida a varias personas de distinto domicilio, art. 36 inciso 2°.

Para una mayor precisión en la identificación del Juzgado o Tribunal competente, es inevitable consultar las leyes orgánicas que establecen la residencia de la oficina judicial, así como los municipios donde ejercen su territorialidad. Junto al C.P.C., se acompañaban varios estatutos jurídicos, entre estos los siguientes: como cuerpo principal la L.O.J.; como leyes orgánicas sueltas, el D.L. N° 262/1998, el cual completa el mapa judicial al proporcionar el lugar de residencia de la oficina judicial y la comprensión territorial; y el D.L. N° 705/1999, cuyo contenido específico es darle creación a la justicia de menor cuantía, mediante Juzgados de igual denominación sólo en el municipio de San Salvador; de igual manera la redistribución de esa especie de justicia hacia los Juzgados de Primera Instancia.

1.12.3. Competencia objetiva

Dos son los criterios de idoneidad judicial contenidos en la competencia objetiva, estos tradicionalmente separados, siendo la cuantía y materia. Fácil es colegir, la razón de su denominación general, pues fija competencia atendiendo a criterios verdaderamente objetivos, a diferencia de la competencia territorial antes estudiada, que en principio enfoca como elemento central, a las partes o bien al objeto litigioso.

La competencia objetiva en su doble perspectiva, puede ser analizada, en primer lugar por razón de la materia que determina el Juzgado, atendiendo al objeto y la naturaleza de lo

solicitado, es decir, al contenido de la relación jurídica; en segundo plano, por razón de la cuantía, atendiendo al valor económico de lo pretendido por el demandante.[20]

Respecto al contenido específico de la competencia material se extrae de la estructura judicial cuyas atribuciones y composición son las siguientes: a) Corte Suprema de Justicia en Pleno, compuesta por sus quince miembros, art. 27 C.P.C.M.; b) Sala de lo Civil, integrada por tres miembros, art. 28 C.P.C.M.; c) Cámaras de Segunda Instancia, formada por dos miembros, art. 29 C.P.C.M.; d) Juzgados de Primera Instancia, a cargo de un titular, art. 30 C.P.C.M.; e) Juzgados de Primera Instancia de Menor Cuantía responsable.

1.12.3.1. Cuantía, elemento determinante de Juzgado competente y proceso adecuado

Los elementos competenciales de materia y cuantía son de gran utilidad, no sólo para identificar a los Juzgados competentes de materias distintas, como entre el Juzgado Penal y el Juzgado Civil, sino también, la vía procesal adecuada asignada a juzgados de la misma materia, pero distinta especialización, como el Juzgado de Primera Instancia que tramita los procesos comunes y el Juzgado de Menor Cuantía que atiende los procesos monitorios.

Retomando la última idea del párrafo anterior, la materia y la cuantía aparece nuevamente para determinar la clase de proceso declarativo a seguir, según el art. 239 inciso 2º C.P.C.M., tomándose como base una cantidad divisoria de veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, conforme a los arts. 240 inciso 3º y 241 inciso 1º C.P.C.M. Si el reclamo es superior a dicha cantidad, la pretensión será tramitada en proceso común; en cambio si es menor el reclamo a la cantidad señalada, la pretensión se gestionará en proceso abreviado. En cuanto a los procesos especiales, la elección sobre cual será utilizado, la cuantía es desplazada por la materia contenida en la pretensión.

Si bien es cierto, el demandante es quién elige inicialmente al Juez competente, el demandado define la continuación del Juzgado que le emplazo; dicha impugnación y denuncia sobre la base de la cuantía se regula en los arts. 244 y 303 C.P.C.M.

1.12.4. Competencia funcional

La competencia funcional como criterio de distribución indica que aquel Juzgado ante quién se tramite el objeto principal del proceso, también conocerá de las incidencias que surjan sobre él y para llevar a efecto sus resoluciones, art. 38 C.P.C.M. La nueva ley procesal civil y mercantil regula de manera especial la forma de tramitar el objeto principal y las cuestiones incidentales, sea de carácter procesal o material. Esa forma especial es por pieza separada, es decir, documentándose cada uno en su respectivo expediente, así se interpreta del art. 263 C.P.C.M.

20 LOPEZ ROLDAN, J. M. *Competencia Judicial en Materia Civil.* AAVV, pp. 31 y 40.

La intención de la norma procesal en cuanto a la tramitación separada y simultanea es útil y práctica; puesto que, pretende evitar la suspensión o retraso del proceso principal por el trámite de alguna cuestión incidental, según el art. 264 C.P.C.M. Como era de esperar, la regla sobre la tramitación separada, no es absoluta, porque la última norma en comento establece la salvedad que la ley puede designar en determinados casos otro trámite incidental distinto.

1.12.5 Competencia de grado cuando sea parte el Estado

La norma de competencia en estudio atiende a una calidad especial inherente al demandado, designándose a un Tribunal particular para su juzgamiento, distinto aquel de sometimiento general de los sujetos procesales. Mediante este criterio distributivo, la nueva ley procesal civil y mercantil reafirma el privilegio concedido por el C.P.C. a favor del Estado de El Salvador, siempre que posea la calidad de demandado en toda clase de procesos y cualquiera sea la materia y cuantía, conforme al art. 39 C.P.C.M. Esta misma prerrogativa no aplica a la inversa, cuando el Estado sea el demandante; debiendo en este supuesto acudirse a los Tribunales comunes, en consonancia a las reglas generales de competencia.[21]

Los Tribunales asignados de manera particular para juzgar al Estado de El Salvador son los siguientes: en primera instancia las Cámaras de Segunda Instancia de la Capital, art. 29 ordinal 2º; conocerá en apelación la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, art. 28 ordinal 3º; y la Corte Suprema de Justicia en Pleno interviene conociendo del recurso de casación, con exclusión de los Magistrados que integran la Sala de lo Civil, art. 27 ordinal 2º todos del C.P.C.M.

Para evitar una excesiva aplicación del privilegio procesal comentado, fue preciso mencionar a reglón seguido, la exclusión expresa a ciertas instituciones de derecho público tales como: Los municipios, el Instituto Salvadoreño del Seguro Social y entes descentralizados del Estado, a los cuales serán demandados en los Tribunales comunes, art. 39 inciso 2º C.P.C.M.

1.12.6 Examen de oficio de la competencia

Dentro de las atribuciones de dirección y ordenación del proceso, se desprenden el examen y apreciación de oficio de la competencia asignada, art. 40 C.P.C.M. Dicho examen del Tribunal deberá ser ejercido en todo momento, desde la primera lectura de la demanda y en cualquier estado del proceso. En todo caso, la falta de competencia dará como respuesta judicial el rechazo de la demanda por improponible junto a los efectos legales consiguientes.

21 En la concesión del privilegio procesal estatal del Juez competente, hubo un salto de calidad del Código de Procedimientos Civiles hacia el Código Procesal Civil y Mercantil; ya que, se suprimieron los supuestos que gozaban distintas personas naturales que ostentan cargos públicos, a quienes el "Fuero en materia penal" se les extendió en materia civil y mercantil, lo cual era injustificable desde un punto de vista constitucional de la igualdad procesal. Entre los privilegios antes mencionados se encontraban los supuestos de los Arts. 50 y 53 C.P.C. De ahora en adelante, con la vigencia de la nueva ley procesal civil y mercantil, aquellos privilegiados serán sometidos a las reglas comunes de competencia.

La apreciación judicial de la falta de competencia produce inmediatamente un pronunciamiento de declaratoria de improponibilidad, sin más trámite, la cual se comunicará notificando al demandante o bien ambas partes, según sea el momento procesal de su apreciación y reconocimiento. El rechazo de la demanda por improponible aplica para todos los criterios de competencia, sea territorial, objetiva y funcional; es decir, tanto para los criterios prorrogables como los improrrogables, sin distinción alguna, quedando finalizado el proceso civil y mercantil ante ese Juzgado o Tribunal.

Nota interesante es el tema sobre la posibilidad de la sumisión tácita del demandado, respecto a la competencia territorial en la cual colisionan frontalmente dos fuerzas. Por un lado, la atribución examinadora del Tribunal arriba comentada y por el otro, el derecho del demandado a someterse a la competencia distinta a la que le correspondía inicialmente, contenida en el art. 43 C.P.C.M.

De la lectura de la norma citada se desprende lo siguiente, si el Juez no hubiere apreciado *in limine litis* su falta de competencia por razón del territorio y el demandado no denunciare la incorrección, entonces se habrá prorrogado la competencia. Hasta aquí se demuestra una contradicción en el orden de aparecimiento en los acontecimientos, así: primero, el Juez aplicando su examen oficio y segundo, el demandado consiente o inconscientemente interviene sin alegar la declinatoria. Según este orden el derecho de la parte esta condicionado a la atribución judicial; es decir, que sólo podría consentirse voluntariamente el derecho a prorrogar la territorialidad, si el Tribunal pasa por inadvertido la falta de aquella.

Ante los anteriores planteamientos sobre la regla de la sumisión tácita e interpretando la ley procesal de tal modo que procure la protección y eficacia de los derechos de la parte demandada, conforme al art. 18 C.P.C.M., deberá entenderse que las reglas de competencia por razón del territorio se aplicarán en defecto de la sumisión del demandado, quién en definitiva posee el derecho de prorrogar la competencia.[22]

1.12.7. Denuncia de la falta de competencia

De igual manera que la legislación procesal atribuye un control judicial al presupuesto de competencia, también aquella le reconoce el derecho al demandado para alegar la falta de competencia. Esa oportunidad de denuncia de parte depende del tipo de defecto que se alegue; así se tienen los casos siguientes: a) Si se denuncia la falta de competencia territorial, sólo podrá alegarse en el plazo para contestar la demanda, sin contestarla, art. 42 inciso 1º C.P.C.M.; y b) Si la denuncia es sobre la falta de competencia objetiva, podrá alegarse en dos

22 Realmente, el verdadero contenido de la norma sobre sumisión tácita es conservar la validez y eficacia de todo proceso civil y mercantil, donde la parte demandada no haya consentido expresamente dicho sometimiento territorial, distinto al que le correspondiere conforme a las normas respectivas. Cabe señalar, que la L.E.C. en el art. 54.1, prescribe lo siguiente: "Las reglas legales atributivas de la competencia sólo se aplicarán en defecto de la sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de determinada circunscripción". La cita del derecho comparado con fuerte influencia en la ley procesal salvadoreña confirma, la conclusión arriba expuesta sobre la preferencia en cuanto al derecho preferente del demandado a disponer de tribunal ante quién someterse sobre la opción judicial de rechazo in limine.

momentos: primero, al inicio del proceso, contenida como una excepción procesal; y segundo, en cualquier estado del proceso, como una cuestión incidental, promoviendo el trámite incidental especial, suspendiéndose el proceso, según lo fijado en el art. 41 inciso 2º C.P.C.M.

Las consecuencias que generen la resolución judicial que decida la denuncia de falta de competencia se relacionan directamente al contenido de la misma, por consiguiente serán estudiadas por separado. En todo caso, sin importar a cual criterio de competencia se someta a decisión, la consecuencia común que poseen, es aquella producida al desestimarse la cuestión de competencia, siendo esta, la continuación del proceso patrimonial y en su caso quedará sin efecto la suspensión del trámite, acompañada de una condenación en costas procesales a la parte que hubiere planteado la denuncia, arts. 45 inciso 1º y 46 inciso 2º C.P.C.M.

1.12.8 Decisión sobre la falta de competencia

Distintos efectos producen la falta de competencia, cuando la denuncia de parte es estimada judicialmente. Para un mejor entendimiento, los efectos serán enumerados conjuntamente, estos incluirán cualquier clase de competencia cuestionada, en virtud de provocar idénticos efectos.

A continuación se mencionaran los efectos comunes que generan cuando se estima judicialmente la falta de competencia, siendo estos los siguientes: a) Rechazo de la demanda por improponible; b) Pone fin al proceso de manera anticipada; y, c) Remisión oficiosa del expediente al Juzgado que se considere competente.

Por otro lado, resalta la consecuencia distintiva, en que la nueva legislación procesal sólo reconoce el derecho a impugnar la resolución conclusiva mediante el recurso de apelación y el recurso de casación oportunamente, cuando se trata de las competencias objetiva y funcional; en cambio, se niega la posibilidad de utilizar los mismos recursos frente a la decisión estimatoria sobre la falta de competencia territorial.

En el último supuesto señalado, la restricción legal para la utilización de los recursos judiciales se justifica bajo el entendido que la parte disconforme posee aún el derecho constitucional de promover el Conflicto de competencia ante el Juzgador que reciba el expediente rechazado por el Juzgador inicial, art. 47 C.P.C.M.

1.12.8 Conflicto de competencia

Un procedimiento judicial con certificación de partida de nacimiento doble, tanto en la norma constitucional como la norma secundaria, es el Conflicto de competencia, denominada impropiamente como Competencia en el art. 1193 C.P.C. Dicho trámite es del conocimiento de la Corte Suprema de Justicia en pleno, según los arts. 27 ordinal 3º C.P.C.M. y 182 ordinal 2° C.N.

De la manera como se encuentra redactado el art. 47 inciso 1° C.P.C.M., pareciera que el Conflicto de competencia procediere bajo auspicio judicial; lo cierto es, que este incidente especial, puede además ser promovido como cuestión de competencia, planteado al nuevo

Juzgador que recibió el expediente judicial proveniente inicialmente del Juzgado que rechazo la demanda por improponible sustentado en la falta de competencia territorial.

El segundo rechazo de la demanda por la deficiencia indicada en el párrafo anterior viene a constituir un Conflicto de competencia negativa, pues ambos funcionarios judiciales expresan carecer de competencia prorrogable.

Sumamente importante es destacar, que la nueva legislación procesal civil abre la oportunidad de utilizar el procedimiento judicial en estudio, sólo ante la falta de competencia territorial, no así por la falta de competencia objetiva y funcional; ya que, este último supuesto, antes de ser recibido por el nuevo Juzgador por el efecto señalado en el art. 45 inciso 1° C.P.C.M., se concedió a la parte agraviada el derecho a impugnar tal decisión y consecuentemente la posibilidad de reafirmarse la elección de competencia mediante los criterios de los Tribunales de apelación y casación oportunamente. De no ser así, se incurriría en un doble peregrinaje procesal, lo cual es absolutamente inaceptable.

En la misma línea argumentativa, de haberse aceptado el camino de aplicar el trámite del Conflicto de competencia para todos los criterios distributivos, se hubiese cerrado todo tipo de impugnación ante el rechazo de la demanda por motivos competenciales de la manera que ordenaba el art. 1206 C.P.C.

El desarrollo del procedimiento de la cuestión incidental en estudio se caracteriza por su aparente agilidad. Inmediatamente después de pronunciada la resolución de incompetencia, esto es, luego de recibir el expediente como efecto del primer rechazo del art. 46 inciso 1° C.P.C.M., el segundo Juzgador deberá remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia. Una vez recibido el expediente por el Tribunal superior se dirimirá el conflicto, con la vista del expediente; en la decisión principalmente se deberá designar al Tribunal que corresponda conocer en definitiva del asunto; como consecuencia a lo anterior, será el envío del expediente al funcionario judicial designado y el llamamiento a las partes para que comparezcan en el plazo de cinco días ante el Tribunal señalado, art. 47 inciso 2° C.P.C.M.

Finalmente, aunque la nueva legislación procesal civil no lo exprese, por lógica se deducen que las resoluciones pronunciadas con ocasión del incidente especial de Conflicto de competencia son irrecurribles, estas comienzan desde aquella en la cual se considera a su vez incompetente el segundo Juzgador.

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES. 1. Prejudicialidad penal; 2. Prejudicialidad civil o mercantil; 3. Impugnación contra resolución que decide la prejudicialidad; 4. Casos de excepción a la suspensión preferente del proceso civil y mercantil.

CONSIDERACIONES GENERALES

Institución novedosa constituye la prejudicialidad en materia procesal civil y mercantil; ya que, ni siquiera en las leyes orgánicas salvadoreñas ha sido mencionada aquella; ahora con la vigencia del C.P.C.M., se le confiere un tratamiento legislativo bastante amplio al tema. Lo cierto es, que la inclusión de la prejudicialidad en el nuevo cuerpo normativo responde a problemas de orden práctico sobre la continuación o no del proceso frente al aparecimiento de otros procesos judiciales con elementos conexos, sean anteriores o posteriores, los cuales han sido detectados por la jurisprudencia ordinaria nacional, así como por otros ordenamientos jurídicos extranjeros.[23]

De ahí que un sector de la doctrina española entienda por cuestiones prejudiciales, "aquellas conexas con la cuestión de fondo planteada en el proceso civil que por su naturaleza están atribuidas al conocimiento de juzgados y tribunales de distinto orden jurisdiccional, en el que pueden dar lugar a un proceso y resolución propia".[24]

El tema en estudio es sobre la continuación o no de los procesos judiciales paralelos con un elemento común en el objeto del proceso; en caso de ser ordenado por ministerio de ley, se genera, entre otros, el efecto principal de la suspensión del proceso indicado. Entrando en los comentarios sobre el tratamiento legislativo que brinda el C.P.C.M., en general puede decirse lo siguiente: primero, la prejudicialidad es reconocida en dos sentidos: a) la prejudicialidad penal, y b) la prejudicialidad civil o mercantil; segundo, los motivos que la generan; y tercero, los efectos derivados en cuanto a la denuncia de parte o apreciación judicial oficiosa.

1.12.9 Prejudicialidad penal

Debido a las múltiples implicaciones que manifiesta la responsabilidad penal, la nueva legislación procesal civil y mercantil le otorga a la prejudicialidad penal, el espacio necesario para un mejor entendimiento, de ahí su amplio contenido en la misma norma procesal del art. 48 C.P.C.M.

De entrada, la prejudicialidad penal se regula, como sostiene el art. 48 inciso 1º C.P.C.M., si durante la tramitación del proceso civil o mercantil, puede ser puesta de manifiesto por

23 La LEC/2000 española dedica una sección al tema de las cuestiones prejudiciales, a partir del art. 40 al 43, cuyo tratamiento legal es bastante similar al adoptado por la nueva legislación procesal civil y mercantil salvadoreña.
24 GOMEZ COLOMER, J. L. *El Nuevo Proceso Civil, (Ley 1/2000).* AAVV., p.123.

denuncia de parte interesada, o bien apreciación judicial oficiosa; esta última como resultado de una evaluación general no vinculante para otra autoridad, sobre el hecho que tenga apariencia de delito o de falta que diere lugar a acción penal. En ambos supuestos, el Juzgado o Tribunal bajo dichas circunstancias, lo hará del conocimiento al Fiscal General de la República.

Ténganse en cuenta que hasta este momento el Juzgador únicamente hizo del conocimiento a la institución pública competente la aparente manifestación de un hecho delictivo, sin producirse otros efectos que incidan en la continuación del proceso patrimonial.

Por el contrario, las causas de procedencia a la verdadera prejudicialidad penal conforme a lo escrito en el art. 48 incisos 2º ordinales 1º y 2º C.P.C.M., producirán la suspensión del proceso civil y mercantil, dándole prioridad a la continuación del proceso penal al concurrir las circunstancias siguientes:

a) Habiéndose acreditado la existencia del proceso penal donde se deduzca como un hecho de apariencia delictiva, alguno o algunos que sustenten la pretensión o la resistencia del proceso civil o mercantil; o se deduzca la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados.

b) La influencia de la decisión penal sea decisiva en el asunto civil y mercantil.

Presentes las circunstancias anteriores, deberá acordarse la suspensión del proceso civil y mercantil mediante auto no definitivo debidamente motivado su resolución, art. 48 inciso 3º C.P.C.M. Esta suspensión por regla será posible hasta que el proceso esté pendiente sólo de pronunciarse sentencia; de manera excepcional se acordará inmediatamente al acreditarse la existencia del proceso penal sobre el delito de falsedad y cuando, a juicio del Tribunal el documento pudiera ser determinante para decidir el objeto del proceso patrimonial.

El proceso civil y mercantil suspendido por la prejudicialidad penal podrá reanudarse, de acuerdo a la causa que la originó, la cual puede ser particular o general, así se tiene: la primera como causa particular, si la parte a quién favorece el documento renunciare a su utilización, en consecuencia se ordenará que el mismo sea separado del expediente[25]; la segunda como causa general, la suspensión cesa cuando se acredite la terminación del proceso penal, o se encuentra paralizado por motivos que hayan impedido su normal continuación.[26]

25 Debe tenerse cuidado para evitar una interpretación errónea sobre la clase de renuncia a que se refiere el art. 48 inciso 5º C.P.C.M. La renuncia tratada en esta oportunidad es a la aportación y consecuente proposición del medio de prueba documental; no así de la renuncia de la pretensión conforme al art. 129 C.P.C.M., pues la parte renunciante mantiene la intención de continuar el proceso sea como demandante o demandado.

26 Dentro de las resoluciones pronunciadas en sede penal deberá comprenderse una extensa variedad. Por ejemplo: en las resoluciones de terminación se incluyen, a) Sentencia absolutoria, art. 360 C.P.P.; y, b) Sobreseimiento definitivo, arts. 46, 47, 251 y 308. En los motivos de paralización se incluye: a) Sobreseimiento provisional, arts. 250 y 309; b) Suspensión del procedimiento, arts. 90 y 283; y, c) Rebeldía del imputado, art. 91. Todas las normas citadas del C.P.P.

1.2.10 Prejudicialidad civil o mercantil

Bajo la rúbrica de la prejudicialidad civil o mercantil homogénea resulta poco probable que surja este problema; es decir, supuestos en los cuales un proceso civil dependa de otro proceso de igual naturaleza; pues la ley procesal de reciente vigencia exige el agotamiento de las reglas sobre acumulación de procesos de manera particular a lo observado en los arts. 106 y siguientes C.P.C.M.

Por lo tanto, los supuestos más constantes sobre esta especie de cuestiones, serán aquellos de prejudicialidad heterogénea que involucran procesos de distinta naturaleza; eso sí, excluyendo a los procesos penales, por tener una regulación específica. Esta cuestión heterogénea se encuentra comprendida en el art. 51 inciso 1º C.P.C.M. Aquí pueden mencionarse entre las posibles combinaciones, tales como: el proceso civil que dependa de un proceso de familia; el proceso mercantil que este en manos de un proceso civil.

El procedimiento sobre la prejudicialidad civil es distinto a los cuestionamientos penales, este constituye una cuestión incidental especial y escrito. Dicho cuestionamiento en materia civil y mercantil es promovido únicamente a petición de ambas partes o de una ellas, no así de forma oficiosa. Cuando se promueve por sólo una de las partes, se incluye como trámite la opinión de la parte contraria en el término de tres días. Con la contestación o sin esta se podrá acordar la suspensión del proceso en el estado en que se encuentren, hasta la finalización del otro proceso cuyo objeto es conexo a la cuestión prejudicial.

Nada se expresa en cuanto a la necesidad de acreditar la existencia del proceso conexo, como el hecho que pueda tener influencia decisiva en la resolución para el trámite anterior, ni tampoco quién deberá reanudar el proceso suspendido. Ante el primer vacío de ley debe aplicarse la interpretación analógica lo señalado en el art. 48 inciso 2º ordinal 1º y 2º C.P.C.M. Concluyendo, sí es indispensable acreditar la existencia del otro proceso conexo, como la influencia decisiva en el proceso que se pretende suspender.

1.12.11 Impugnación contra resolución que decide la prejudicialidad

Es razón de igual tratamiento legislativo en torno a la materia de recursos judiciales la resolución que decide las cuestiones prejudiciales penales y la prejudicial civil y mercantil, de igual manera se harán los comentarios simultáneamente. El contenido de la resolución que decide la prejudicialidad marca la procedencia de recurso concedido, por ello se ofrece los postulados siguientes:

a) Contra la resolución que deniegue la suspensión del proceso civil y mercantil procederá la interposición del recurso de revocatoria; sin perjuicio que denegado la petición impugnativa, podrá alegarse en segunda instancia, o bien durante la tramitación de los recursos pertinentes, según el art. 49 inciso 1º y el art. 51 inciso 2º C.P.C.M.

b) Contra el auto que acuerde la suspensión del proceso civil y mercantil procederá el recurso de apelación, art. 49 inciso 2º y art. 51 inciso 2º C.P.C.M. Cabe resaltar, que

a pesar que la resolución impugnada constituye un auto no definitivo, la legislación modifica la procedencia normal del recurso de revocatoria por la apelación.

c) Contra los autos dictados en apelación en los que se acuerde por el Tribunal de apelación o confirme la suspensión dada por el Juzgado de primera instancia, en su caso, procederá el recurso de casación, art. 49 inciso 2º C.P.C.M.[27]

1.12.12 Casos de excepción a la suspensión preferente del proceso civil y mercantil

Conforme a las reflexiones realizadas hasta el momento se puso de manifiesto que uno de los efectos principales del reconocimiento en el tema de la prejudicialidad es la suspensión del proceso civil y mercantil. La anterior regla general posee sus excepciones concretas y determinadas por ley, según el art. 50 inciso 1º C.P.C.M.

Queda sin efecto la suspensión por prejudicialidad, cuando la legislación penal requiera que el asunto se resuelva previamente en la vía civil o mercantil, por ejemplo en el delito de Alzamiento de bienes, que exige el agotamiento de un resultado infructuoso en la búsqueda de bienes, art. 241 inciso 2º C.P. Otro caso interesante es la suspensión del proceso de oficio, cuando la sentencia que deba dictar dependa de lo resuelto en otro proceso que verse sobre una pretensión que no pueda ser decida en el proceso de familia, de acuerdo al art. 27 L.P.F.

Para finalizar, los efectos de las sentencias pronunciadas en los procesos en sede penal y los Tribunales de lo civil y mercantil no producirán efectos de cosa juzgada en otras sedes, salvo que la ley exprese lo contrario, art. 50 incisos 1º y 2º C.P.C.M.

27 El motivo de casación mediante el cual se habilita la revisión de la resolución acordada o conformada por el tribunal de apelación, a pesar que la ley no exprese, viene a constituir un motivo de fondo por infracción de ley por haberse aplicado indebidamente la ley, de acuerdo al art. 522 C.P.C.M.

1.13 ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES. 1. Competencia de la abstención y recusación; 2. Tramitación de la abstención; 3. Tramitación de la recusación; 4. Efectos de la abstención y recusación; 5. Decisión de la cuestión incidental; 6. Recusación de perito: 6.1. Motivos de abstención y recusación; 6.2. Procedimiento aplicable; 6.3. Efectos de la decisión del incidente.

CONSIDERACIONES GENERALES

Mediante los procedimientos judiciales de la abstención y la recusación se vuelve a instaurar por un lado, la necesidad constitucional de la imparcialidad judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional, protegiendo a las personas colocadas en dichos cargos de situaciones donde pueda poner en peligro la imparcialidad señalada; por el otro, el derecho de las partes a ser protegidos jurisdiccionalmente por Juzgadores ajenos a cualquier causa de parcialidad.[28]

La figura de la abstención viene a concentrar y desplazar a los conceptos que ahora se entienden como impedimentos y excusas, según el C.P.C.; por lo tanto, los principios e ideas que inspiraban a la excusa continúan vigentes para entender al concepto de la abstención.

Como se ha venido aclarando, la abstención y la recusación pretenden evitar la eventual parcialidad judicial frente a las partes o la sociedad en un asunto sometido a su conocimiento; por ello, la ley procesal ofrece causas sustentadas en criterios que deberán ser serias, razonables y comprobables. Mediante tales causas legales se permite la separación del funcionario judicial en su labor al caso concreto.[29]

Por la reubicación de la abstención y la recusación en el C.P.C.M. de inmediato se reconoce la naturaleza de la institución, como una cuestión incidental relativa a la competencia; ya no, como recursos extraordinarios, tal como fueron considerados por el recién derogado C.P.C.,

28 La jurisprudencia salvadoreña ha dado su aportación sobre que entiende por la recusación en la expresión siguiente: "La recusación es el medio legal con que cuentan los litigantes para excluir del conocimiento de la causa, en el supuesto de que las relaciones o actitudes del Juez con alguna de las partes o con la materia del proceso sean susceptibles de poner en duda la imparcialidad de sus decisiones." S.C.C. 1ª de lo Civil, 1ª Sección del Centro, San Salvador. 10:30, 25/07/2001. Respecto a la imparcialidad como elemento a respectar en el ejercicio de la función jurisdiccional, se cita la línea jurisprudencial siguiente: "La imparcialidad, no es más que la falta de designio anticipado o de prevención, a favor o en contra de personas o cosas, de lo que resulta la posibilidad de juzgar o proceder con rectitud." I.C.C. 3ª de lo Civil, 1ª Sección del Centro, San Salvador. 15:50. 22/11/2002.

29 El efecto de la necesaria separación del funcionario jurisdiccional por la posible afectación a la imparcialidad es identificado en el criterio siguiente: "El objeto de este recurso es apartar al funcionario judicial recusado, del conocimiento o intervención de un asunto controvertido; tratándose de un funcionario que ejerce jurisdicción, como lo es el caso de un Juez de Primera Instancia, debe de hacerse con expresión de causa y por escrito." S.C.C. 3ª de lo Civil, 1ª Sección del Centro, San Salvador. Exp. 50-RERD-03. 08/08/2003; y S. D Cámara 3ª de lo Civil, 1ª Sección del Centro, San Salvador. 08:40. 17/06/2002.

aunque fuertemente criticados por la doctrina salvadoreña por la inadecuada ubicación.[30] Era inevitable dicha rectificación, desde cualquier perspectiva, aquellas no cumplían con las características elementales de la eliminación, ni la sustitución que gozan la mayoría de recursos judiciales. Ese traslado de calidad de la abstención y la recusación, se ve reflejado también en el C.P.C.M. en los beneficios, en cuanto a la reducción significativa de las causales que las originan, así como la adopción de un sistema de abierto o "Clausus apertus", al incluirse un motivo abierto. Esos motivos que ponen en peligro la imparcialidad son los siguientes: las relaciones del Juez o Magistrado con las partes o los abogados de las partes que les asisten o representen; la relación con el objeto litigioso; por tener interés en el asunto o en otro semejante; y cualquier otra circunstancia seria, razonable y comprobable, todos los motivos contenidos en el art. 52 C.P.C.M.

Como puede apreciarse en la norma procesal citada, las causales son generales, ello no impide la exigencia uniforme que sean las siguientes: serias, razonables y comprobables. No basta, la simple alegación de cualquier causa por el abogado de la parte con la intención de separar al Juzgador del conocimiento de un proceso en particular, sino que lo alegado deberá sustentarse y acreditarse en los criterios antes indicados.[31]

El primer llamado a manifestar la potencial causa de parcialidad es el Juez o Magistrado, al ser la persona idónea sobre el conocimiento de los hechos que pongan en duda su integridad profesional. De la redacción y lectura del art. 52 inciso 1º C.P.C.M., se desprende que la abstención de los Jueces y Magistrados en conocer de un asunto constituye una obligación y jamás una opción de aquellos.

1.13.1 Competencia de la abstención y recusación

Inicialmente, la oportunidad de las partes en plantear el incidente de recusación será el primer momento en que tenga oportunidad para ello; aunque esto, dependerá del momento en que se tenga conocimiento del motivo; porque si fuere desconocido por el recusante, se encuentra habilitado legalmente para plantear dicho incidente hasta antes del pronunciamiento de la sentencia, pero tal circunstancia tendrá que ser acreditada de manera suficiente, siendo este último un requisito de admisibilidad para la tramitación del procedimiento, según el art. 52 inciso 2º C.P.C.M.

30 PADILLA Y VELASCO, R. *Apuntes de Derecho Procesal Civil Salvadoreño*, T. II, pp. 227 y 228. CANALES CISCO, O. A. *Medios de Impugnación en el Proceso Civil Salvadoreño III*, pp. 17 y 18. En las reflexiones del autor, se le niega la categoría de recurso extraordinario a la recusación judicial y le única dentro de la categoría especial denominada como: "Medios de control subjetivo". Dicha categoría la define como la herramienta procesal que tiende a proteger la imparcialidad de Juzgador, o bien corrige al exceso y arbitrariedad de sus actuaciones jurisdiccionales.

31 En la misma línea de pensamiento transita la jurisprudencia al expresar lo siguiente: "Si bien es cierto que, conceptualmente, para que se haga uso de este recurso, basta que el recurrente conciba sospechas de que el recusado no procederá justa y legalmente; no menos cierto lo es que la causal invocada debe de probarse, para que se declare que ha lugar a la recusación y separar al recusado del conocimiento de la causa principal; ello es así por cuanto no puede quedar a la simple arbitrariedad, capricho, antojo o concepción subjetiva del litigante el recusar a un funcionario, en perjuicio de la garantía de audiencia y defensa, de otra índole, el recurso podría constituir o convertirse en un simple ardid para excluir al juzgador de aquel conocimiento." S.C.C. 3ª de lo Civil, 1ª Sección del Centro, San Salvador. Exp. 50-RERD-03. 08/08/2003.

De acuerdo al replanteamiento institucional del C.P.C.M., el incidente en estudio es posible promoverse, aún en la fase de ejecución realizada de acuerdo al Libro Quinto del cuerpo normativo citado, pues inclusive en esa etapa jurisdiccional puede afectarse la imparcialidad, a diferencia del C.P.C., el cual según interpretaciones jurisprudenciales, tanto lo que ahora en adelante se conoce como abstención y la recusación no aplican tal regulación.[32]

Las reglas de la competencia funcional en la abstención y la recusación pueden enunciarse de manera común al seguir la misma línea, aunque la legislación de un tratamiento por separado en los arts. 53 y 54 C.P.C.M. El conocimiento y resolución son asignados al Tribunal jerárquicamente superior a aquel que pretenda abstenerse o recusarse, según sea el caso. Frente a la regla anterior, se desprenden las excepciones legales siguientes:

a) Cuando el funcionario jurisdiccional involucrado sea un Magistrado de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal competente será la misma Sala con los Magistrados restantes.

b) Cuando se abstengan o recusen la mayoría o todos los Magistrados que conforman la Sala de lo Civil, la competencia funcional corresponderá a la Corte Suprema de Justicia en Pleno.

A pesar de la claridad de los anteriores supuestos, aún quedan al margen algunos casos sin regulación expresa; siendo aquellos, cuando la Corte Suprema de Justicia en Pleno conozca del recurso de casación y algunos de los Magistrados que componen al Tribunal, se abstengan o sean recusados por las partes.

Prácticamente, la legislación pertinente deja la respuesta de tales supuestos a la interpretación analógica regulada en el art. 19 C.P.C.M., induciendo a la integración con la normativa que desarrolla las reglas para la fijación de la competencia funcional de tales supuestos en los arts. 53 y 54 C.P.C.M.

1.13.2 Tramitación de la abstención

Se reconoce la limitada regulación del trámite de la abstención, los comentarios pueden agregar otros elementos importantes; como la sustracción legal de la facultad de disposición de las partes, respecto a la manifestación del funcionario jurisdiccional que pretende la abstención, al consignarse que las partes no pueden allanarse para que siga conociendo el funcionario, conforme al art. 52 inciso 4º C.P.C.M.

32 El criterio judicial arriba señalado se ve reflejado en la cita siguiente: "Por lo tanto, si existe sentencia definitiva cuyo cumplimiento está a cargo del funcionario que se excusa, es decir, se trata de un cumplimiento de sentencia ejecutoriada que simplemente se está ejecutando no existe por tanto motivo para establecer que el funcionario será parcial en su proceder pues la decisión definitiva en el juicio ya fue tomada y la misma no puede ser alterada y solo se tiene que cumplir con su fase ejecutiva pues la fase cognoscitiva está ya agotada." S.C.C. 1ª de lo Civil, 1ª Sección del Centro, San Salvador. 22/05/2003.

La principal regulación sobre la abstención es el art. 53 inciso 2º C.P.C.M., del cual se cita textualmente lo siguiente: "La abstención se resolverá sin más trámite, sin que sea necesario aportar prueba". Básicamente, el procedimiento se reduce al mínimo; una vez enviado el escrito motivado por el Juez o Magistrado que pretende la abstención hacia el Tribunal competente, éste último deberá resolver el incidente con la vista del mismo.

Entonces el Tribunal resolverá la abstención contando sólo con la argumentación judicial del inferior jerárquico, sin sujeción de plazo, pero eso sí en el tiempo más breve posible a efecto de no ocasionar demora, art. 14 inciso 2º C.P.C.M.

La resolución que decide el incidente puede tomar dos sentidos, sea estimando o desestimando la causa de abstención invocada, la cual no admite recurso alguno, pues el único interviniente en el incidente fue el Juez o Magistrado inferior en grado. Luego, el Tribunal competente le hará saber al funcionario jurisdiccional que pretendía la abstención el contenido de la resolución. Después de esto, por sanidad procesal la misma decisión será notificada también a las partes.

1.13.3 Tramitación de la recusación

El procedimiento señalado para la recusación se estructura como una cuestión incidental con trámite especial en el art. 55, distinto al marcado en el art. 263 y siguientes C.P.C.M. Dicho apartamiento crea algunos vacíos esenciales para completar la tramitación completa, tales deficiencias irán apareciendo a medida que entremos en materia.

El escrito de recusación será presentado por el abogado de la parte ante el Tribunal que conozca del proceso principal, en esta se expresarán razonadamente los hechos constitutivos del motivo de apartamiento, junto a la documentación probatoria, si la hubiere. Recibido el escrito, el funcionario jurisdiccional recusado pedirá opinión a las partes durante el plazo común de tres días. Las opiniones puede contener: la conformidad de la contraria, se oponga al motivo invocado por el recusante, o bien se adhieren al trámite iniciado, agregando otro motivo más de recusación.[33]

Vencido el plazo anterior, se remitirá de inmediato el expediente de recusación formado al Tribunal competente para su conocimiento y decisión; agregando un informe del recusado donde se pronuncie si confirma o no la existencia de la causa alegada, todo lo anterior según el art. 55 inciso 2º C.P.C.M. Existe una modalidad al trámite anterior, cuando es recusado un Magistrado de la Sala de lo Civil; esta variante se reduce en que el expediente quedará en poder del mismo Tribunal que conoce del proceso principal, dándole cumplimiento al resto del procedimiento indicado en el párrafo anterior, art. 55 inciso 3º C.P.C.M.

33 Es de resaltar que la nueva ley procesal suprime como requisito de admisibilidad para el ejercicio de la recusación, que el abogado posea facultad especial, según lo marcaba el art. 113 ordinal 4º C.P.C. De ahora en adelante bastarán las facultades generales del mandato para que el procurador pueda recusar a los funcionarios jurisdiccionales.

Una vez expuesta la sustanciación reglada de la recusación, es inevitable leer entrelíneas; es decir, debemos ofrecer respuestas a supuestos no regulados en la legislación, entre esos casos pueden mencionarse los siguientes: Acreditación de la causa legal fundada en hechos que requieran medios de probatorios distintos a la documental, tal como la testimonial; lo anterior en consonancia a la apertura de los motivos de recusación que pueden invocarse por las partes, de acuerdo al art. 52 inciso 1º C.P.C.M.

Ante la omisión legislativa subrayada, el panorama se completa con la integración de las normas generales previstas para la tramitación de las cuestiones incidentales, tal y como nos ilustra la parte final del art. 263 inciso 1º C.P.C.M. De tal manera que la regulación aplicable en el supuesto no reglado será la contenida en los arts. 263 al 270 C.P.C.M. Cuando la causa legal de recusación invocada por la parte afectada es consentida por el funcionario jurisdiccional en el informe, el incidente se decidirá sin más trámite.

Fuera de los supuestos anteriores, difícilmente puede configurarse otros de mayor dificultad, en caso de aparecer, estos serán resueltos conforme a las reglas del desarrollo de las cuestiones incidentales como quedo dicho oportunamente.

1.13.4 Efectos de la abstención y recusación

Los efectos producidos por el planteamiento del incidente de abstención y recusación respectivamente pueden dividirse en los momentos: primero, efectos por la interposición del escrito, extraídos de los arts. 52 y 56 C.P.C.M.; y, segundo efectos derivados de la decisión del incidente, contenidos en los arts. 56 y 57 C.P.C.M., los cuales se esbozarán a continuación.

En el primer grupo de efectos por el planteamiento del incidente destacan los siguientes:

Necesaria acumulación de todos los motivos de recusación existentes al tiempo de promover el incidente, tanto de una misma parte, como de todas las partes intervinientes, so pena de rechazo al plantearse con posterioridad.

El planteamiento de la abstención o la recusación no producen el efecto de inhibir del conocimiento o intervención, al Juez conocedor del asunto principal.

El funcionario jurisdiccional no podrá pronunciar resolución final en el proceso o recurso mientras este pendiente la decisión de la recusación o abstención.

Para el segundo grupo de efectos generados por el pronunciamiento de la resolución del incidente, resaltan los siguientes:

Estimada la abstención o la recusación se mandará a separar al Juez o Magistrado del conocimiento, sea en la intervención o resolución final del proceso civil y mercantil.

Si el funcionario a quién se pretenda separar del conocimiento del proceso pronunciare resolución final, se habilita a la parte afectada para alegar de la nulidad de la misma.

El Tribunal competente en el incidente designará quién deberá suplirle en el cargo, según la ley orgánica respectiva.

Desestimada y comunicada la decisión de la abstención o la recusación, el funcionario jurisdiccional deberá continuar con el proceso, desapareciendo la limitación de pronunciar resolución final del proceso, si fuera el caso por el avance del trámite.

De la última enumeración de efectos, se distingue la posible anulación de la resolución final estando aún pendiente la decisión del incidente de recusación y abstención; esto se debe al tratamiento legislativo dado por el C.P.C. utilizaba la figura de la "Queja por atentado", para dejar sin efecto la resolución final. Ahora con la vigencia del C.P.C.M. al suprimir la pena de atentado debió utilizar la "Nulidad de actuaciones procesales", así se logra la misma finalidad deseada, la cual es dejar sin efecto esa resolución final.

1.13.5 Decisión de la cuestión incidental

Como se dijo oportunamente, la decisión dada con ocasión del incidente de abstención y recusación comprenden varios pronunciamientos, entre estos, cuando el contenido es estimatorio del motivo expuesto por el funcionario o alegado por la parte interesada. Así el Tribunal competente de del incidente en estudio, deberá designar el Juez o Magistrado, quién deba seguir conociendo la tramitación del proceso, de conformidad a lo establecido en los arts. 12 incisos 2º y 4º y 23 L.O.J.

Por otro lado, de acuerdo al art. 57 inciso 2º C.P.C.M., si la decisión es desestimatoria del motivo de desvinculación judicial, además de habilitar al Juez o Magistrados a continuar con la tramitación del proceso, se condenará en costas al recusante.

Para concluir, el contenido de la decisión sobre la cuestión incidental, se reconoce expresamente la imposibilidad de impugnación a las partes contra las resoluciones dictadas en el incidente. De ahí la necesaria conformidad con lo decidido, tal restricción legislativa es justificable, pues en caso de duda, si la labor del funcionario jurisdiccional sea afectada su imparcialidad, deberá designarse otro distinto.

1.13.6 Recusación de perito

Si bien es cierto, el C.P.C.M. suprime la institución de la "Tacha de peritos" regulada en el C.P.C., no menos cierto es la persistencia de la justificación de aquella, consistente en la eventual afectación en la credibilidad al momento de ofrecer su opinión facultativa. Esa inevitable realidad es retomada en la nueva ley procesal civil y mercantil por la "Abstención y recusación del perito" en beneficio de las partes, regulada sucintamente en el art. 385 incisos 2º y 3º C.P.C.M. En la regulación citada nos deja con interrogantes sobre la operatividad de la recusación, las cuales pueden ser respondidas por vía interpretación analógica, tales dudas versan sobre los puntos siguientes: los motivos de abstención y recusación, el procedimiento aplicable y los efectos de la decisión del incidente; estas cuestiones serán abordadas a continuación.

1.13.6.1. Motivos de abstención y recusación

Sobre las causas de abstención, el inciso 2º del art. 385 C.P.C.M., no las menciona; aunque debe entenderse, que éstas son las mismas aplicables a la recusación. En cuanto a las causas de recusación del perito mencionadas en el inciso 3º de la anterior norma jurídica, deberán completarse con las precisiones del art. 52 C.P.C.M.

1.13.6.2. Procedimiento aplicable

Esta cuestión incidental se sujetará al trámite señalado como regla general, a partir de los arts. 263 y siguientes del C.P.C.M.; en virtud no fijarse un trámite distinto. Para la competencia funcional deberá entenderse que es atribuida al mismo Juzgador que conoce del objeto principal del proceso. Respecto a la abstención del perito, el trámite será breve, pues invocado el motivo se procederá a nombrar otro perito en el plazo de tres días siguientes a la recepción de la abstención.

1.13.6.3. Efectos de la decisión del incidente.

Planteada la recusación del perito dentro de los tres días siguientes a su designación impide la realización del peritaje hasta que se decida el incidente; las decisiones adoptadas por el Tribunal en la tramitación son irrecurribles; fuera del plazo de recusación del perito, toda solicitud es inadmisible por extemporánea, considerándose consentida la designación del experto.

1.14 LAS PARTES PROCESALES.

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Concepto de parte.- II.- La capacidad para ser parte: concepto y determinación.- III.- La capacidad procesal: concepto y determinación.- IV.- Tratamiento procesal de la falta de capacidad.- V.- La legitimación: 1) Concepto y Clases: 1.1.- Concepto.- 1.2.- Clases: A) Legitimación directa.- B) Legitimación indirecta: B-1. Concepto y supuestos.- B-2. Caracteres.- 2) Tratamiento procesal de la legitimación en general.

1.14.1 Concepto de parte:

Es parte toda persona que actúa dentro de un proceso, para sostener u oponerse a una pretensión deducida en defensa de un derecho o interés legítimo propio, y excepcionalmente ajeno, en la composición del conflicto jurídico planteado.

Desde esta perspectiva, es parte quien formaliza una demanda en ejercicio de una acción determinada, y lo es también aquel contra el que se dirige dicha acción, quedando por ello vinculados por lo que se resuelva judicialmente, tanto desde el plano procesal (efectos de la litispendencia, condena en costas), como materiales, derivados de la cosa juzgada.

Pero es también parte aquella persona que no aparece en principio iniciando la contienda, y que sin embargo por su interés en el resultado del pleito ingresa después al proceso, sea porque es cotitular de la relación material, sea porque se va a ver afectado de manera refleja por la sentencia. Todo ello dentro de las pautas que da la ley para poder intervenir con este carácter.

Para adquirir la condición de parte es preciso que toda persona reúna dos requisitos: la capacidad, en sus dos manifestaciones principales, y la legitimación. Cada una de ellas viene articulada por la ley y las veremos a continuación. Con tales atributos, todavía será necesario sin embargo, su aceptación como tal parte por el juez de la causa. Sólo quien lo solicita y es admitido como parte, o quien viene designado como demandado en una demanda y es tenido como tal por el juez, puede adquirir los derechos y obligaciones inherentes a esa condición. Con esto lo que queremos decir, es que se puede tener derecho o interés directo en el objeto litigioso desde el punto de vista material, pero mientras se permanezca fuera del proceso el sujeto será tercero y no parte.

Si el juez, incluso de manera errónea, le niega dicha personación como parte, aquél seguirá siendo tercero, al menos hasta que esa decisión judicial no sea revocada por otra que así lo declare.

1.14.2 La capacidad para ser parte: concepto y determinación:

La capacidad para ser parte implica la aptitud o posibilidad de una persona, para ser reconocida como sujeto al que un proceso puede vincular en su desarrollo y resultado; es

decir, una persona cuyos derechos o intereses legítimos pueden ser materia de un pleito, que puede actuar dentro del proceso para su consiguiente defensa, y al que afectará la cosa juzgada producida en el mismo.

En principio, esta categoría engloba a toda persona física (natural), y a toda persona jurídica que puedan ser reconocidas como tal por el ordenamiento jurídico. Sin embargo y como ahora veremos, el nuevo Código ha avanzado más allá de esta elemental clasificación, con el fin de otorgar la posibilidad de ser sujeto judicialmente tutelable, a quienes sin cumplir con el estatuto jurídico necesario, comprenden una realidad humana, o jurídica, que se constituye en fuente de derechos y obligaciones cuya protección se considera no puede quedar al margen del ordenamiento procesal. El art. 58 enumera entonces la lista de quienes pueden tener capacidad para ser parte, en el que encontramos nuevos supuestos hasta ahora inéditos:

1.14.2.1 Las personas físicas:

Tanto en este caso, como en el de las personas jurídicas según diremos luego, la capacidad para ser parte se identifica con la propia personalidad civil, de manera que si se cumplen los requisitos establecidos por la ley para ser tenido como persona física, obtendrá automáticamente también la aptitud para ser sujeto de un proceso conforme al 58.1 CPCM. La respuesta a este respecto la ofrece el art. 1 inc. 2º Cn. Según el cual se reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción, no obstante que el art. 72 CC, donde se vincula la adquisición de la personalidad con el nacimiento y la separación del claustro materno del recién nacido, estando vivo.

Al mismo tiempo habrá de estarse a las disposiciones del derecho común para la determinación del fin de la vida humana (arts. 77 y ss.) y con ello de la condición de parte por quien previamente la había adquirido en un proceso. En ese momento se pondrá en marcha el mecanismo de la sucesión procesal (arts. 86-87 CPCM), salvo que no haya nadie que sostenga su posición (que es distinto a que siendo llamados no comparezcan), dando pie a su archivo (art. 128).

1.14.2.3 El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables:

No puede obviarse el hecho, en segundo lugar, de que el propio ordenamiento civil reconoce determinados beneficios al *nasciturus* o concebido no nacido, ante la condición suspensiva de su nacimiento futuro. Así ocurre por ejemplo al otorgársele derechos para suceder por transmisión (art. 963, en relación con el 958 CC), pero también para que el juez civil adopte, ex art. 73 CC, cualquier medida que se entienda necesaria para preservar su salud e integridad física mientras se desarrolla en el claustro materno[34], y también para proteger sus expectativas patrimoniales

34 A cuyo tenor: "La ley protege la vida del que está por nacer. El Juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra".

Ante esta realidad, resulta plausible la solución legislativa de atribuirle capacidad procesal al *nasciturus*, para que puedan defenderse frontalmente sus derechos e intereses legítimos, sin perjuicio de que evidentemente tendrá que integrarse su capacidad de obrar en el proceso por quienes pueden actuar en su nombre.

La atribución de la capacidad para ser parte del *nasciturus* se anuda a la vigencia del hecho que le da sentido, como es la continuación del embarazo, hasta que se produce finalmente el nacimiento. Si esta expectativa se ve frustrada con su muerte durante la gestación, no habría alcanzado la personalidad civil exigida (art. 72 *in fine* CC) y eso también repercutiría en una ausencia de la capacidad para ser parte, que llevaría al archivo del proceso ya abierto ex art. 128 CPCM, o a impedir que éste se incoe, si no ha sido admitida a trámite la demanda aún.

Ahora bien, como veíamos el art. 58.2 del Código expresamente señala que la capacidad para ser parte del concebido no nacido, sólo puede serlo en ejercicio de acciones deducidas "para todos los efectos que le sean favorables", es decir, que se trate de reclamar derechos subjetivos o expectativas de derechos; no obligaciones ni la declaración de pérdida o extinción de derechos.

El contenido de la pretensión determina a su vez que el *nasciturus* está llamado a asumir la posición de parte actora en el proceso, no la de demandado, porque esto último supondría la formalización de una demanda en su contra con el fin de que se dicte una sentencia denegatoria o perjudicial para sus derechos e intereses legítimos, y en tal caso la misma no se puede aceptar porque no habría parte (no puede serlo el *nasciturus*). Ni siquiera la posibilidad de plantear luego una reconvención a favor del *nasciturus* demandado, podría justificar la admisión a trámite de una demanda inicial en su contra.Habrá que esperar si acaso al nacimiento de éste, para que ya pueda ser parte a todos los efectos, favorables y desfavorables, no sólo como actor sino también como demandado.

1.14.2.3 Las personas jurídicas:

Conforme anticipamos antes, la cualidad de parte en este caso ha de venir dada por la acreditación de los requisitos que establece la legislación sustantiva para su nacimiento (personalidad jurídica) dentro de alguna de las modalidades reguladas en derecho público (órganos de las Administraciones públicas, corporaciones, fundaciones) o en derecho privado (asociaciones civiles, sociedades de responsabilidad limitada o anónima mercantiles, etc.), estas últimas constituidas a través de su inscripción en el registro competente (arts. 540 y ss CC, arts. 21 y ss CCom; art. 12 de la Ley de asociaciones y fundaciones sin fines de lucro, etc). También aquí habrá que atender a las causas de extinción de su personalidad, como puede ser la liquidación de la empresa o su absorción por otra, siempre de acuerdo a lo regulado por el ordenamiento material.

1.14.2.4 Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular:

La ley arbitra también aquí, a los estrictos efectos procesales, el reconocimiento de una realidad económica conformada por un conjunto de bienes y obligaciones que originalmente

pertenecían a un titular, persona física o jurídica, y que por razones naturales y de ley han dejado de serlo. Son patrimonios sin titular aunque sólo transitoriamente, pues una vez concluya el proceso correspondiente serán objeto de transmisión o de retorno a su titular anterior.

Mientras tanto, es preciso no solamente que gocen de protección frente a las acciones judiciales abiertas en relación con él, por lo que se implementa esta ficción de considerarlos sujetos.

a) Como ejemplos paradigmáticos aparecen dos: de un lado, el de la herencia yacente, donde conforme al art. 1164 CC, al no haber aparecido herederos solicitando su declaración como tales en los 15 días siguientes a la fecha de la apertura de la sucesión, obliga al juez a acordar la situación de yacencia y adoptar medidas para la conservación de la masa, antes de resolver lo que proceda sobre la titularidad del patrimonio.

b) El segundo caso es el del sujeto quebrado, persona física o jurídica que tras la declaración judicial de quiebra queda privado *ex lege* (art. 503 y concordantes CCom) de la administración y disposición de sus derechos patrimoniales -con excepción de los de índole estrictamente personal o derivados de actividades personales posteriores (art. 507 CCom)-, hasta tanto se proceda a su liquidación y reparto entre los acreedores, o en su caso se sobresea la declaración por prosperar recurso contra la sentencia respectiva. También aquí será necesario integrar la capacidad de obrar de la masa patrimonial.

1.14.2.5 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:

a) En esta categoría se comprende, en primer lugar, el supuesto de las *sociedades irregulares*, que son aquellas que pese a actuar ante terceros como una persona jurídica, carecen de los requisitos para su constitución de acuerdo a una de las formas asociativas que reconoce el ordenamiento (art. 346 CCom), o en todo caso la escritura de constitución no reviste todos las exigencias necesarias (art. 347 CCom), por lo que no ha sido posible inscribirla y con ello tener lugar el nacimiento de su personalidad jurídica.

   Ante la evidencia sin embargo de que la entidad ha actuado en el tráfico jurídico identificándose como tal, adquiriendo derechos y obligaciones y dando lugar también a eventuales conflictos, siendo por ello reconocidas incluso como contribuyentes tributarios[35], el art. 58.5º CPCM, como ya antes lo hiciera el art. 348 del CCom, opta por atribuirles personalidad pero únicamente para poder articular la defensa de sus derechos e intereses. Esto es, sin que ello comporte en absoluto una subsanación sobrevenida de su irregularidad, ni exima de sanciones por su falta de adecuación a

35 Así, el art. 20 LITBMyPS.

la legalidad (ver art. 186 CCom), ni tampoco obste a la exigencia de responsabilidad solidaria de los socios que han participado en su gestión así como la de sus representantes o mandatarios: arts. 348 y 355 CCom).

Se trata, en último extremo, de facilitar más la tutela judicial de los terceros que de la propia entidad, en el sentido de no tener aquéllos que estar demandando a una pluralidad más o menos indeterminada de miembros que estaban detrás de la entidad, sino directamente a ésta y en definitiva al patrimonio que se reconoce como adscrito a ella.

Ahora bien, tanto el art. 348 CCom al decir que la personalidad se concede para la defensa de lo que "los perjudique pero no en lo que pudiere beneficiarles", como este art. 58.4º CPCM de manera aún más clara ("en calidad de demandadas…), limitan dicho reconocimiento a los procesos en que deba la entidad asumir la posición de parte demandada. No, por tanto, para poder ejercitar acciones a su favor, ni siquiera por vía reconvencional (para entendernos, una situación inversa a la que veíamos para el *nasciturus*).

Esto no significa necesariamente que los derechos subjetivos de contenido esencialmente económico que ha podido adquirir la entidad durante el tiempo en que desarrolló su actividad, queden desprotegidos de tutela jurisdiccional (lo que también, por cierto, podría entrañar una ilicitud[36]), sino que para reclamarla habrán de hacerlo a título individual por quienes actuaron en su gestión o representación. En el entendido de que, en esa hipótesis, la parte actora estará constituida por todos y cada uno de ellos actuando con una misma representación procesal, sí, pero como suma de personas físicas (o alguna jurídica, incluso, si figura como miembro), nunca la entidad irregular en cuanto tal.

b) En segundo lugar, y atendiendo a la dicción de la ley, se concede capacidad para ser parte a aquellas "uniones" de individuos que han actuado bajo una afinidad de intereses comunes, sin pretensión de hacerse pasar por persona jurídica, pero a los que distintas leyes atribuyen la aptitud para contraer derechos y obligaciones en orden a la satisfacción de aquellos intereses y de los derechos y bienes jurídicos que les une. De esa aptitud en el plano sustantivo, se deriva entonces conforme a este apartado quinto del art. 58 CPCM, la posibilidad de su defensa judicial directa (capacidad para ser parte). Habrá que estar pues a lo que se disponga en la ley, pues de no haber un cierto reconocimiento de su existencia por ésta, la acción debe dirigirse contra los miembros del grupo.

36 Si fraudulento es que la entidad se haga pasar por legal sin serlo, no lo es menos que sus deudores se proclamen liberados de toda obligación por el hecho de ser aquella irregular, cuando también supieron aprovecharse de ese tráfico jurídico mútuo. Luego, si civilmente también la entidad tiene derechos subjetivos, ha de permitirse su defensa en juicio al menos por quienes en último extremo puedan sufrir un perjuicio patrimonial con ese incumplimiento, como socios que han invertido capital. Todo ello al margen, insistimos, de las sanciones que quepa imponer por el indebido funcionamiento de la sociedad irregular.

b-1. Aparecen así, por ejemplo, las comunidades de propietarios de bienes inmuebles regulados por la LPIPA en las que, como se sabe, coexiste un régimen de comunidad de bienes sobre aquellas zonas y elementos comunes del edificio, y aparte los bienes privativos (apartamiento) de cada propietario. Pues bien, respecto de los elementos comunes, la Asamblea de Propietarios ha de adoptar las decisiones oportunas tanto sobre el régimen de convivencia como sobre todos aquellos asuntos con repercusión económica para la comunidad; decisiones que pueden generar conflictos en vía judicial. Para cuando ello ocurre, el art. 33.g) LPIPA confiere al administrador de la comunidad el "representar en juicio a los propietarios en las acciones relativas a todo el inmueble; debiendo otorgar los correspondientes poderes cuando no fuere abogado", lo que implica un cierto reconocimiento legal en cuanto al funcionamiento peculiar de esta comunidad de bienes, que si bien no resulta bastante para tomarse como reconocimiento de personalidad jurídica, sí lo es para reconducir la situación procesal unitaria de los propietarios al ámbito del apartado 5º del art. 58 CPCM.

Eso sí, teniendo presente como estamos indicando, que este precepto se refiere a la condición de demandadas de estas entidades sin personalidad. Por tanto, para el ejercicio de acciones a favor de la comunidad de propietarios (por ejemplo, contra el impago de la cuota por uno de los condóminos), tendrá que actuar el conjunto de propietarios como suma de individuos, bien que representados por el administrador.

b-2. También en el supuesto del art. 58.5º del Código se halla, en fin, la agrupación de personas jurídicas con sentido temporal y dirigida a la consecución de un objeto específico, cuya envergadura justifica la suma de su capacidad económica y de recursos técnicos y humanos.

Esta agrupación –generalmente de empresas-, reconocida aunque no legitimada en el ámbito tributario[37], conforma un ente sin personalidad jurídica propia generadora de derechos y obligaciones, que en caso de conflicto y en los términos de este mismo precepto del CPCM, permite contestar la demanda –y que ésta se dirija contra dicha agrupación- a fin de desarrollar una defensa común en el proceso de quienes la integran.

1.14.3 La capacidad procesal: concepto y determinación:

Como podrá suponerse, esta segunda manifestación de la capacidad presupone a su vez la existencia de la anterior: sólo quienes sean partes en un proceso pueden actuar dentro de él. La capacidad procesal, o también llamada capacidad de obrar dentro de la *litis*, responde entonces a la pregunta de quién y cómo puede llevar a cabo actos procesales válidos dentro de un proceso susceptibles de engendrar los efectos asignados por ley, de soportar las cargas y obligaciones derivadas de su tramitación, y en su caso, de gozar de los derechos también estrictamente procesales surgidos de él (cobro de costas, por ejemplo).

37 El art. 27 LITBMyPS señala que: "En el caso de agrupamiento de sujetos pasivos señalados en el Art. 20 de esta ley, organizados para un negocio u operación específica o particular, cuando no tiene una personalidad jurídica propia, cada sujeto asociado o partícipe es contribuyente individual del impuesto, en la proporción que le corresponda".

La capacidad procesal comporta entonces el ejercicio, no ya la mera titularidad, de los actos del proceso, y su adquisición efectiva se corresponde en principio con la propia tenencia de la capacidad civil de obrar, de acuerdo a lo que por esto se entiende en el ordenamiento sustantivo tanto para personas físicas (art. 59 CPCM) como jurídicas (art. 60 CPCM), pues en términos prácticos la actividad procesal se presenta como una faceta más de aquella capacidad civil más genérica.

Cuando, por el contrario, una u otra persona adolecen de la falta del pleno ejercicio de dicha capacidad civil, será necesaria la integración también a estos efectos que aquí y ahora nos importa de su capacidad procesal, mediante la actuación de un tercero, que lo hará a nombre de la parte, mediante lo que se conoce como "integración de la capacidad". Lo mismo ocurre cuando se tratan de aquellas figuras donde la ley ha articulado una ficción de personalidad jurídica para mejor defensa de sus derechos: también aquí será precisa la integración. Veamos:

1.14.3.1 En las personas físicas:

Quienes no gocen del pleno ejercicio de sus derechos civiles, ya por razones de su minoría de edad o a virtud de haber sido incapacitados mediante sentencia, deberán actuar a través de quien resulte su representante (art. 59 CPCM). La designación de éste puede ser:

a) Legal: como ocurre con los progenitores que no hubieren perdido la autoridad parental sobre su hijo menor o incapacitado: art. 223 CF, con las excepciones ahí previstas[38]; o que no se haya extinguido por las causas del art. 239 CF (muerte del hijo o del progenitor respectivo; adopción, matrimonio o mayoría de edad del hijo). De no haber progenitores, su defensa la asume la Procuraduría General de la República hasta que pueda nombrarse un representante que pueda intervenir como su defensor judicial (art. 224 CF y 60 CPCM).

b) Judicial: según el régimen de incapacidad o prodigalidad establecido sobre la persona: representación por uno o más tutores o en su caso curador, de entre quienes pueden serlo por cumplir los requisitos necesarios para tal designación (arts. 272 y ss CF), salvo en caso de conflicto de intereses, donde de nuevo será la Procuraduría General la que defienda al sujeto (art. 60 último párrafo CPCM).

Fuera de todo lo anterior, no cabe descartar que una persona física en pleno uso de sus facultades, desee confiar a un tercero la representación de sus intereses en juicio, otorgando un poder de mandato expreso. Estaríamos así ante una representación voluntaria, que aunque no frecuente en la práctica resulta perfectamente válida en Derecho (la parte será siempre el sujeto representado, cuyos derechos e intereses legítimos se ventilan). Esta representación voluntaria por tercero, debe diferenciarse a su vez de la representación judicial del

38 Párrafo segundo del mismo art. 223 CF: "…Se exceptúan de tal representación: 1º) Los actos relativos a derechos de la personalidad y otros que el hijo, de acuerdo con la ley y las condiciones de su madurez, pueda realizar por sí mismo; 2º) Los actos relativos a bienes excluídos de la administración de los padres; y, 3º) Cuando existieren intereses contrapuestos entre uno o ambos padres y el hijo".

procurador/abogado, cuya tarea siempre es preceptiva salvo en los procesos donde se dispensa de ello, como luego veremos al hablar de la postulación.

1.14.3.2 Por el concebido no nacido:

Aunque el Código no señala nada relativo a la capacidad procesal del *nasciturus*, deviene evidente que éste no la posee, y por tanto hace falta su integración a través de quienes, de haber nacido ya, habrían detentado la autoridad parental según las reglas del Código de Familia y en su caso por designación del juez. A ellos parecer referirse el art. 486 CC cuando se habla del curador "de los derechos eventuales del que está por nacer". Si esta designación no se hubiere efectuado, actuaría en defensa de sus derechos la Procuraduría General de la República.

1.14.3.3 En las personas jurídicas:

Mediante la aportación documental junto con el escrito de demanda o de contestación, que acredite la constitución formal (nacimiento) de la asociación o entidad de que se trate, queda cubierto ex art. 61 CPCM el atributo de la capacidad para ser parte en el proceso (a salvo, posibles objeciones derivadas de su falsedad o de la existencia de un hecho posterior que probase su extinción a la vida jurídica). Ahora bien, precisamente por ser persona jurídica, ésta requiere materialmente de la intervención de una o más personas físicas que ejecuten los actos procesales en su nombre. A tales efectos, habrá que estarse a lo que disponga el documento constitutivo, o los estatutos de régimen interno de la entidad, para conocer la identidad del cargo o puesto directivo a quien se atribuye su representación en juicio (salvo posible delegación, también contemplable).

Tratándose de personas jurídicas públicas, su capacidad procesal viene determinada por la ley o reglamento donde esté prevista su creación y funcionamiento, al margen en ciertas formas autónomas o desconcentrada de funciones, de otros instrumentos adicionales (estatutos, similares a los de una entidad privada si fuere el caso). En principio, la representación corresponde a la Fiscalía General de la República, a través de sus miembros (art. 18, apartados b), i), y k) LOFGR[39], aparte de las que también tiene confiadas en procesos administrativos y penales). Eventualmente y donde la ley lo permita, podría serlo mediante la actuación de servicios jurídicos propios de la entidad pública, por ejemplo.

El art. 64 del Código Procesal aclara que cuando el Estado –y ello puede predicarse de los demás niveles de la Administración- actúe en un proceso dentro de los regidos por el CPCM, su papel es el de parte y de ningún modo situado al mismo rango de la autoridad judicial sino

39 En concreto, se señala en dichos apartados del art. 18: "Corresponde institucionalmente a la Fiscalía General de la República, y al Fiscal General como titular de la misma: (…) b) Demandar y ser demandados en representación del Estado. (…).

i) Representar al Estado y a otras entidades públicas en toda clase de juicios, con facultades de transigir, así como en la suscripción de contratos sobre adquisición de inmuebles y de bienes muebles sujetos a licitación. Para tales efectos, las entidades interesadas solicitarán la intervención del Fiscal General, quien actuará en representación del Estado o de dichas entidades cuando tal atribución no le haya sido conferida por ley a otros funcionarios. (…).

k) Ejercer las acciones que sean procedentes para hacer efectivas las responsabilidades civil, penal o administrativa, en las que incurrieren los funcionarios y empleados públicos o municipales".

sometido a su jurisdicción, en igualdad paritaria con los particulares que también actúen en el proceso. Ello al margen del goce de aquellas prerrogativas que le reconozcan la Constitución y las leyes[40], alguna también es aplicable a los demás órganos de la Administración pública[41].

Tener presente asimismo que tanto la Fiscalía General como eventualmente la Procuraduría General, podrían actuar también en materias de orden público, defendiendo la legalidad y no a las Administraciones públicas ni a un particular indefenso. En esa hipótesis una y otra actuarían como parte, en la medida que lo hagan en ejercicio de una competencia expresamente asignada por el ordenamiento: caso por ej. del art. 91 CF para instar la nulidad absoluta de un matrimonio.

Por último, respecto de personas jurídicas extranjeras, se aplicará el mismo tratamiento a efectos del ejercicio de sus poderes de parte que a las nacionales, salvo lo que pudieran disponer convenios internacionales u otras leyes en distinto sentido.

El art. 63 CPCM destaca el supuesto de aquellas que tuvieren sucursales, agencias, delegaciones o en todo caso realicen actividades en El Salvador, aunque lo cierto es que esto último tendrá sobre todo virtualidad cuando se trate de demandar a la persona jurídica extranjera. Sin embargo, también puede ocurrir que sea ella la parte actora, resultando competentes los tribunales nacionales a virtud de alguno de los criterios de conexión de los arts. 21 y 22 CPCM.

Pues bien: en ese caso, y sin que tenga que exigírsele que posea alguna sucursal en El Salvador, la persona jurídica extranjera podrá demandar a otra que también lo sea, o a una empresa nacional.

Para la acreditación documental de su personalidad jurídica, habrá de estarse a los requisitos exigidos por el art. 334 CPCM, en la nueva redacción dada a este precepto por la reforma parcial de 2010.

1.14.3.4 Por las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular:

Aunque el Código no dice expresamente nada sobre su capacidad procesal, es evidente que en los patrimonios autónomos carentes de titular aquélla debe integrarse a través de un tercero, que será la persona identificada por la ley para ejercer su representación en juicio, previa designación judicial de ser necesario: así, el art. 489 CC[42] en relación con el art. 480,

40 Así: la competencia objetiva de la Cámara de Apelación para conocer en primera instancia de las demandas contra el Estado, y funcional de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema para resolver la apelación contra sentencia dictada en tal caso por aquélla (arts. 29 y 39 CPCM); o la formalidad del emplazamiento por esquela al FGR o su agente (art. 190).

41 Ver la prohibición de conciliación previa a la demanda al Estado "y demás Administraciones públicas" (art. 247.1º). También los arts. 590 y ss CPCM sobre especialidades para la ejecución de sentencias que han condenado al Estado, municipio o institución oficial autónoma.

42 Art. 489 CC: "Toca a los curadores de bienes, en todo lo que se refiere a su administración especial, el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus respectivos representados; y las personas que tengan créditos contra los

que se refiere al curador de la herencia yacente; y los arts. 281 y 510 CCom respecto del representante/s del quebrado.

1.14.3.5 Por las uniones y entidades sin personalidad jurídicas:

Finalmente y aquí sí de manera específica, señala el art. 62 del Código que las uniones y entidades sin personalidad jurídica no tienen capacidad procesal por sí mismas, sino que requieren su integración "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". Para estos casos, podrá ser útil que quien vaya a interponer la acción solicite diligencia preliminar al amparo del art. 256.1º CPCM, a fin de conocer previamente la identidad de las personas que actúan en la dirección o gestión de la entidad, o como su representante externo y evitar un posible óbice procesal.

1.14.4 Tratamiento procesal de la falta de capacidad:

1. Tanto la capacidad para ser parte como la capacidad procesal, constituyen vertientes de un presupuesto subjetivo del proceso, uno de sus pilares de validez, por lo que no es posible permitir la apertura y desarrollo de un litigio en el que una de las partes carece de ella, y si esto tiene lugar, deberá declararse su ineficacia[43].

2. Como cuestión de orden público, la capacidad (repetimos: en sus dos manifestaciones) deviene controlable de oficio por el tribunal que conozca del proceso, en cualquier estado y grado del mismo, art. 65 CPCM, empezando desde la inadmisión de la demanda por improponible (art. 277), hasta más allá de la primera instancia puesto que la ausencia de cualquier presupuesto procesal, en este caso subjetivo, no resulta salvada por el mero hecho de que haya recaído sentencia del Juzgado.

3. En segundo lugar, lógicamente, también es controlable la falta de capacidad (para ser parte, o de obrar) a instancia de parte interesada, que generalmente lo será la demandada aunque no siempre (piénsese que tampoco al actor le interesa que el proceso se anule por un error de este tipo, que se halla fuera de su intención).

Si es el demandado, lo hará a través de una excepción procesal en la contestación a la demanda, que se resolvería bien en la audiencia preparatoria del proceso común (arts. 298 a 300 CPCM), o en la audiencia de prueba del abreviado (art. 427 párrafo segundo).

bienes de los últimos, podrán hacerlos valer contra los respectivos curadores".

43 "…La Sala estima que la Cámara no ha infringido el Art. 1553 C., ya que como se ha dicho no entró al fondo del asunto, sino que determinó que en base a los razonamientos antes expuestos, en el proceso falta un presupuesto, para que el juicio exista y es el presupuesto de 'la legitimación en el proceso' [capacidad procesal], ya que la falta de éste produce la inexistencia del mismo, es decir, expresa la Cámara en su sentencia, no se trata de una personería defectuosa, sino que inexistente y al no existir el poder, no existe representación, ya que como ha quedado demostrado el señor G. C. no se encontraba en su sano juicio, se encontraba incapaz a la fecha en que otorgó el poder, no siendo hábil para comparecer en juicio, ni personalmente ni por apoderado…": Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de 2 de diciembre de 2003, dictada a las 10.20 horas (ref. 1397 SS).

Pero además, si no se hubiere suscitado en dichas audiencias, el art. 65 del Código garantiza la posibilidad de abrir un incidente para su resolución que acarrearía, dada su naturaleza, la suspensión del proceso mientras se tramita (art. 265.1º CPCM), y desde luego su archivo definitivo si se estima con lugar.

4. En cuanto a la posible subsanabilidad de este presupuesto, añade el citado art. 65 del Código que la incapacidad para ser parte es insubsanable, mientras que en cambio la incapacidad procesal a su vez deviene subsanable (una vez advertido el defecto en los actos que hemos mencionado). Desde el punto de vista de su naturaleza, lo que dice este precepto resulta cierto por supuesto para ambas facetas de la capacidad.

Ahora bien, esta premisa debe matizarse en cuanto a su aplicación al caso concreto, pues en esa órbita puede deparar a veces resultados distintos, puesto que:

a) Si bien la falta de capacidad para ser parte no se puede suplir, el problema puede concernir en un proceso no a que se intente pasar por parte a alguien –o algo- que no puede serlo según la ley, sino a que falte la acreditación de que realmente se tiene dicho carácter. Piénsese en la demanda que se interpone a nombre de un *nasciturus*, con toda su fundamentación y en efecto quedando patente que se ejercita una acción a su favor, pero sin acreditar junto con dicho escrito de demanda una prueba documental (lo sería hoy de este tipo, por ejemplo, una ecografía, ex art. 343 CPCM) o en su caso informe médico (pericial) adverando el hecho del embarazo. Parece lógico que la demanda no se admita a trámite sin esa prueba.

   Mas, que la prueba se aporte o no, no significa en puridad que quien figura en la demanda como parte actora, no pueda serlo conforme al art. 58.2º del Código, sino que no se ha acreditado su existencia en el caso.

   Otro tanto puede decirse de los patrimonios autónomos, o de las entidades sin personalidad jurídica como parte demandada: debe probarse *ab initio*, al menos, que nos hallamos ante uno de los supuestos reconocidos por la ley para tenerlas como parte pasiva, precisamente para que el juez pueda admitir a trámite una demanda en su contra, y no haya de dirigirse contra las personas físicas que estén detrás de la entidad.

   Todo ello como vemos concierne a la capacidad para ser parte, pero la aportación de la documental para su demostración se puede y debe requerir al interesado, antes de declarar improponible la demanda, y si se presenta se estaría, llámese como se quiera, ante una subsanación o una corrección de una omisión documental.

b) Resulta a su vez que *de facto* la capacidad procesal, puede sin embargo no resultar subsanable en todas aquellas situaciones en las que la parte no acredite el poder de representación correspondiente, ni al principio, ni luego de abrirse trámite de subsanación para ese fin.

Pero es más: cuando se habla de subsanabilidad de la capacidad procesal y si se quiere situar el problema en sus justos términos, hay que exigir que esa capacidad se posea precisamente en la fecha en que se interpone la demanda y no en otra posterior.

De lo contrario es evidente que la demanda se dedujo faltando uno de los presupuestos subjetivos del proceso, y la consecuencia inexorable tendría que ser la improponibilidad, por mucho que *a posteriori* se presentase un documento reflejo de un acto también posterior.

Si, por poner un ejemplo, el señor Eduardo C. R., aparece como representante legal de la entidad "La Felicidad SA", y a la fecha en que se interpuso la demanda en su nombre resulta que no existía ningún estatuto interno ni acuerdo de sus órganos nombrando a aquél como su representante ante los tribunales –o para ese proceso concreto-, la demanda es improponible y eso no puede cambiar porque en una fecha posterior el propio Eduardo C.R. fuese nombrado por un acuerdo de la compañía. En todo caso, tendría que presentarse nueva demanda.

Dicho con otras palabras: un presupuesto procesal existe o no existe, pero el presupuesto en sí mismo no se puede subsanar. Lo que es subsanable, es la acreditación probatoria de su existencia.

5. Finalmente, tener en cuenta que la acreditación de la capacidad procesal se deriva del estudio de la documentación aportada con la demanda o la contestación –o a raíz del pertinente requerimiento judicial para que se aporte-, cuya realidad no queda desvirtuada ni se condiciona a su sucesiva y reiterada afirmación en juicio, por innecesaria[44].

1.14.5 La legitimación:

1.14.5.1 Concepto y clases:

1.14.5.2 Concepto:

A virtud de la legitimación sólo pueden actuar en juicio como parte, quienes defiendan un derecho subjetivo o un interés legítimo propio, lo que conlleva una relación de los sujetos con

44 Con palabras de la reciente Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de 17 de agosto de 2009, dictada a las 11.58 horas (ref. 163-CAC-2008): "Que la legitimación ad proccesum es un presupuesto procesal, que se refiere a la capacidad para estar en juicio, o aptitud que debe concurrir en una persona para intervenir en cualquier clase de juicio. Que la personería corresponde al personero, al sujeto que porta, por decirlo así, la personalidad de otro y puede, por ende, actuar en su nombre y representación para hacer valer los derechos y pretensiones de aquél, lo que le constituye en parte formal (legitimación procesal). Que la legitimación procesal, no está sujeta a frases sacramentales; en ese sentido, el no haber consignado la frase ("actúo en nombre y representación de") que denuncian los recurrentes que omitió la licenciada B. S., no es óbice para considerar que la referida profesional, no está legitimada procesalmente para actuar en el proceso, pues, reiteramos, la legitimación, entendida ésta como la capacidad de actuar y la titularidad para ejercer los derechos procesales que le corresponden como parte actora, ha sido debidamente acreditada en el juicio, en razón de que el poder general judicial con que actúa dicha profesional, agregado a fs. 4, 5 y 6 p.p., constituye prueba suficiente para legitimar su personería. Y considerando, que ha manifestado en la demanda como en los escritos posteriores, que actúa como apoderada de la sociedad cooperativa antes mencionada, entonces, preciso es concluir, que la infracción denunciada no se ha configurado en el caso sub lite…".

el objeto del proceso debatido, y sólo por excepción y en los casos tasados por la ley, para la defensa de un derecho o interés ajeno.

Se configura así la legitimación (antes llamada *legitimatio ad causam*, para distinguirla a su vez de la *legitimatio ad processum* o capacidad procesal[45]), como un presupuesto para poder adoptar una decisión judicial sobre el fondo (objeto) controvertido[46], no como un presupuesto del proceso en sí mismo, salvo excepciones a las que luego aludiremos. La legitimación delimita el elemento subjetivo de la relación jurídica procesal, permitiendo que la acción de los tribunales se ponga en funcionamiento únicamente cuando puede identificarse *prima facie* que quien intenta la acción y aquel contra la que se dirige, son los sujetos concernidos por el estado, situación o relación material devenida en conflicto, que por tanto son ellos quienes necesitan la heterocomposición del mismo. Lo contrario comportaría una injerencia en la esfera jurídica ajena que no puede ser tolerada ni por el ordenamiento ni por los tribunales de justicia.

De lo expuesto se deducen una serie de consecuencias que procede ya destacar:

1. Resulta preciso que en el escrito de demanda que propone la controversia, no solamente se afirme la identidad de las partes sino que se fundamente el por qué de la vinculación subjetiva de ambas con el objeto litigioso (legitimación).

2. La legitimación no constituye por lo general un presupuesto del proceso, porque de ella no pende la validez de éste ni su ausencia por tanto condiciona su eventual nulidad. Resulta

45 "De lo expuesto la Sala estima, que el doctor M. V. ha confundido los conceptos doctrinarios de legitimación procesal y legitimación en la causa o legitimación para obrar; la primera es un presupuesto procesal que se refiere a la capacidad para estar en juicio o aptitud que debe concurrir en una persona para intervenir en cualquier clase de juicio; en cambio, la legitimación en la causa o legitimación para obrar, es la identidad del actor con la persona en cuyo favor está la ley-legitimación activa-, es decir, que está legitimado el actor en la causa, cuando exige un derecho que realmente es suyo; en consecuencia, el señor C. D. en lo personal no es parte legítima en el proceso, ya que como ha quedado resuelto en el juicio, la parte actora legitimada señora M. G. D. de C. desistió de la demanda, por la cual estaba exigiendo el cumplimiento de una obligación que era única y exclusivamente a su favor; así que el doctor M. V., en el concepto que presentó la demanda, ya no es parte en el juicio, por lo que no es procedente admitir el recurso interpuesto por el motivo invocado y así debe declararse…": Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprea, de 24 de marzo de 2003, dictada a las 9.10 horas (ref. 57 Nva SS).

46 A este respecto, ha estatuido la Sala de lo Civil de la Corte, que la legitimación: "Es un requisito de la sentencia de - fondo, que significa tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda; por consiguiente, cuando una de las partes carece de tal calidad, no será posible adoptar una decisión de fondo y el juez deberá limitarse a declarar que se halla inhibido para hacerlo. La legitimación de que se trata es un presupuesto de la pretensión contenida en la demanda y de la oposición que a la misma formula el demandado, para que sea posible la sentencia de fondo, que resuelve sobre ellas. Fundamentalmente, determina no sólo quienes pueden obrar en el proceso con derecho a obtener una sentencia de fondo, sino, además, quienes deben estar presentes, para que sea posible esa decisión. Así, se habla de necesarios contradictores, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurran determinadas personas (como litisconsortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las peticiones de la demanda sea posible. No existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas; y, b) Cuando aquéllos debían ser partes en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso…": Sentencia de 18 de mayo de 2006, dictada a las 10.05 horas (ref. 1663 SS).

En el mismo sentido, Sentencias de la Sala de lo Civil de 12 de febrero de 2004, dictada a las 10.20 horas (ref. 1584 SS); 2 de marzo de 2005, dictada a las 12.20 horas (ref. 1661 SS) y 2 de marzo de 2005, dictada a las 15.30 horas (ref. 1662 SS).

perfectamente posible que el litigio se haya seguido por alguien que, a partir de la prueba recabada en autos, se ha comprobado que no era el sujeto verdadero de la relación material, aunque ésta en efecto exista pero con otros sujetos. En eso se diferencia de la capacidad, que sí es un presupuesto del proceso.

3. La legitimación con mucha frecuencia va unida al análisis mismo de la cuestión de fondo controvertida, lo que implica que no es posible adoptar un criterio seguro sobre si cada una de las partes tiene o no la legitimación que se afirma, hasta tanto no se estudian las pretensiones de fondo para su resolución en sentencia. Mas, lo que sí resulta cierto, es que al acometer este estudio, la conclusión de que una de las partes carece de la debida legitimación ha de traer consigo, necesariamente, el no adoptar una decisión sobre el fondo material, sino que ha de absolverse al demandado (desestimarse la demanda) cuando éste o la parte actora carecen de legitimación. No se deben hacer pronunciamientos que dejen juzgada la cuestión controvertida, porque eso vincularía con efectos de cosa juzgada a quien no ha actuado en el proceso debiendo serlo porque era el titular de la relación material, ni por ende se ha defendido.

4. Hemos advertido sin embargo que existen excepciones por las que el defecto de legitimación puede comprometer la validez de la relación jurídica procesal y con ello la del proceso mismo: en ese caso se halla el litisconsorcio necesario, la legitimación indirecta y la sucesión procesal, como luego explicaremos.

5. Cuando se habla de legitimación en general, se está haciendo referencia a aquella relación del sujeto con el objeto litigioso en grado tal de permitirle aparecer como parte actora o demandada, o para poder incorporarse a un proceso ya abierto en el que, debía (litisconsorcio necesario) o podía (litisconsorcio facultativo), haber estado desde el principio.

Sin embargo, en sentido amplio también se llama legitimación al título que por ley faculta a un tercero no para iniciar un proceso ni para ser demandado en él, pero sí para actuar dentro del mismo una vez abierto, en defensa de un derecho o interés legítimo propio separable de aquel que deviene objeto de controversia, y en apoyo o refuerzo de alguna de las partes (coadyuvante, intervención provocada), como luego veremos.

1.14.5.2 Clases:

1.14.5.2 Legitimación directa:

1. Respecto de la legitimación en sentido estricto, para demandar y ser demandado, preceptúa el art. 66 CPCM en su párrafo primero, que "tendrán legitimación para intervenir como parte en un proceso los titulares de un derecho o un interés legalmente reconocido en relación con la pretensión".

Se recoge así en este dispositivo lo que se conoce como legitimación directa u ordinaria, esto es, aquella donde el legitimado aparece como el sujeto integrado en la propia relación material (en sentido lato: estado jurídico, situación jurídica, o relación de la que emanen derechos y

obligaciones) que ha derivado en conflicto. Siempre que en la demanda, a través en concreto de su fundamentación, se deduzca que los sujetos son los propios de dicha relación, poseerán legitimación para entablar juicio o que se incoe en su contra. Aparte quedarán los problemas eventuales sobre su capacidad para ser parte de uno u otro.

2. El título de legitimación se determina, como bien señala la norma, ya por la afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo, ya por la de un interés legítimo "legalmente reconocido".

Como se sabe, todo derecho subjetivo concede a su titular una facultad de imperio y puede por ello exigir a aquellos a quienes concierna su respeto, el cumplimiento del deber general de abstención a no producir su menoscabo, así como la condena al cumplimiento de las obligaciones que contraiga la otra persona con dicho titular.

La pauta la da el ordenamiento material, sea porque utilice incluso expresamente la palabra "derecho" (o el de obligación), como ocurre en gran parte de los casos, sea porque configure por sus característica tal derecho subjetivo aunque sin llamarlo así[47].

3. En cambio, el interés legítimo, concepto éste surgido en origen en el seno del Derecho Administrativo y expandido desde entonces a todos los ámbitos materiales (incluso el constitucional) y desde luego también al civil y mercantil, se presenta como una posibilidad o expectativa de obtención de ventajas y/o de la evitación de perjuicios, que es lo que viene a conceder la norma que así lo reconozca[47].

En ocasiones la ley material puede hablar de "interés" o de "interesado" para referirse en realidad a derechos subjetivos y a titulares de éstos[48], o a sujetos que tanto pueden tener un derecho como un interés legítimo según su situación personal[49].

Habrá de estarse como decíamos, al contenido de la norma para desentrañar su verdadera naturaleza, si bien no sobre todo a efectos procesales (pues, como vemos, tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo, devienen títulos de legitimación), sino sustantivos (alcance de lo que puede o no conceder el juez).

En algún caso la ley puede hablar de "derecho", pero el contenido de éste no es material sino más bien procesal (derecho de acción), pues consiste en poder exigir una actuación judicial que servirá, con el tiempo, para salvaguardar la expectativa de otros derechos o intereses propios[50].

47 Ver arts. 1194, 1303.2º, 1979.2º, 2219.1º CC.

48 Ver por ejemplo arts. 12, 617 a 619, 686, 703, 705, 709, 732, 863, 870, 938, 995, 1141, 1180, 1209, 1213, 1217 apartados 3º, 6º 8º y 9º, 1222, 1252, 1438, 1454, 2040 a 2042, 2044 y 2045, 2207 CC.

49 Así, art. 80.1º, 80.3º, 678, 950, 968, 975, 1074, 1146, 1155, 1553 CC.

50 Véase el art. 474 párrafo segundo CC: "Además, los acreedores del ausente tendrán derecho para pedir que se nombre curador a los bienes para responder a sus demandas". También el 488 CC, para los actos prohibidos a los referidos curadores: "El dueño de los bienes tendrá derecho para que se declare la nulidad de cualquiera de tales actos...".

1.14.5.2.2 Legitimación indirecta:

1.14.5.2.3 Concepto y supuestos:

Cuando se habla de legitimación indirecta o por sustitución, se parte de una situación de inactividad del sujeto titular del derecho o interés legítimo, quien pudiendo reclamar a su favor un efecto jurídico determinado no lo hace, lo que determina un perjuicio para su propia esfera personal, pero también una repercusión indirecta para ciertos terceros, que tienen a su vez un interés legítimo en que tenga lugar la defensa judicial de aquel derecho o interés.

Ha de ser necesariamente la ley, entonces, la que para tutelar el interés legítimo del tercero, le faculte para poder sustituir al titular del derecho o interés legítimo en su defensa ante los tribunales (o en su caso en vía administrativa), invistiéndole de legitimación para ello:

1.14.5.2.4 Acción subrogatoria:

En ocasiones, el interés legítimo del tercero, que pasa a convertirse en legitimado indirecto, radica en una afectación patrimonial indirecta, derivada de la inactividad del titular en reclamar un crédito a su favor, quien de este modo renuncia tácitamente a acrecer sus activos mediante el cobro de la deuda con lo que podría así pagar a sus propios acreedores. Estos últimos, por autorización legal y previa comprobación de la inactividad del titular, pueden sustituirle procesalmente. De tal modo, se configura así el interés legítimo de los acreedores para defender el derecho ajeno, lo que a su vez facilitará la tutela de su propio crédito al aumentar el patrimonio de su deudor. Es el caso de la llamada acción subrogatoria del art. 1.111 CC español para acciones no personalísimas[51] Y que en el ordenamiento salvadoreño encuentra un cierto reflejo en los arts. 1160 y 1273 párrafo segundo CC, si bien la sustitución que en ambos se describe, parece circunscribirse al solo acto jurídico de aceptación de bienes[52].

1.14.5.2.5 Tutela de intereses colectivos y difusos: consumidores

2.1.- En otras ocasiones, no se tratará de que el tercero se perjudique propiamente por la inactividad del titular, sino de que el tercero es una entidad constituida precisamente para la defensa de los derechos e intereses de un determinado colectivo de personas, y de allí que, entre otras funciones, a través de la sustitución de los titulares a los que va dirigida su acción social, la entidad alcanza uno de sus fines justificativos: ahí radica su propio interés legítimo.

51 A cuyo tenor: "Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona…" (sigue luego la llamada acción revocatoria o pauliana en defensa de sus derechos: "…pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho").

52 Art. 1160 CC: "Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el Juez para aceptar por el deudor. En este caso la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste".

Art. 1273 CC: "No dona el que repudia una herencia, legado o donación, o deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero.

Los acreedores, con todo, podrán ser autorizados por el Juez para sustituirse a un deudor que así lo hace, hasta concurrencia de sus créditos; y del sobrante, si lo hubiere, se aprovechará el tercero".

Una de estas materias es la protección de los intereses y derechos de los consumidores y usuarios. Pueden ser acciones que conciernen a la universalidad de éstos, las cuales tienen por finalidad reprimir prácticas ilícitas empresariales, como por ejemplo inclusión de cláusulas abusivas en contratos de adhesión, campañas publicitarias engañosas, etc. Pueden ser también demandas de reclamación de daños y perjuicios causados a un grupo de consumidores y usuarios, ya sea éste determinado (intereses colectivos) o en su caso indeterminado (intereses difusos). La dificultad de localizar a todos los afectados y menos aún de ponerlos de acuerdo para que demanden conjuntamente, con la consecuencia añadida de indefensión para muchos de ellos si tienen que actuar individualmente por lo antieconómico de la acción, lo que deriva todo ello en impunidad para el responsable, lleva a la ley a instrumentar un sistema de legitimación indirecta en el ejercicio de tales acciones a través de entidades especializadas –públicas o privadas-.

2.2.- En El Salvador, el papel de defensa de los consumidores y usuarios corresponde a la Defensoría del Consumidor. Así, el art. 58.i) LPC confiere a esta última la competencia para "representar directamente o por medio de apoderados a los consumidores, en el ejercicio de sus derechos y facultades ante las instancias administrativas y judiciales". Esa primera modalidad de "representación directa", prescindiendo de un previo apoderamiento del afectado o afectados y desde luego, todo indica también, de su presencia como partes en el proceso correspondiente –que puede serlo no sólo administrativo, sino también judicial- abre la puerta para que podamos hablar materialmente no de una mera representación, sino de una legitimación indirecta en el que la Defensoría asume, con todos los efectos inherentes a la condición de parte actora, el peso del ejercicio de la acción y la concreción del *petitum* a favor de los consumidores tutelados.

2.3.- Distintamente, en España el peso principal de esta legitimación indirecta o en sustitución de los consumidores se hace recaer, sobre todo, en las asociaciones de derecho privado constituidas para su defensa[53], tanto para el ejercicio de acciones en defensa de sus intereses generales (art. 11, apartados 1 y 4 LEC), como para la reclamación de daños y perjuicios a un grupo de consumidores (art. 11, apartados 2 y 3 LEC). Pero también aparece una figura novedosa, introducida por la LEC de 2000, como es "el grupo de afectados" en las reclamaciones de daños a consumidores determinados, permitiéndose que con el acuerdo de la mayoría de ellos -la mitad más uno, para entendernos-, el grupo actúe en nombre de todos[54].

53 La iniciativa del Ministerio Fiscal y del Instituto Nacional del Consumo no es significativa en la práctica en el ejercicio de acciones judiciales, sí el segundo de ellos en el despliegue de potestades administrativas sancionadoras.

54 Acreditándose ante el juez, como decimos, que la demanda se suscribe como mínimo por la mitad más uno de todos los afectados, cuya identidad debe constar previamente a interponer dicha demanda, el grupo tendrá capacidad para ser parte como tal "grupo" (art. 6.1.7º LEC) y de obrar en el proceso a través de quienes hayan sido designados, de hecho o en virtud de pactos, como sus representantes (art. 7.7 LEC) sin importar cuál fuere el número total de afectados (decenas o cientos de personas quizá). El grupo actuará en nombre de todos, es decir, tanto de los que formalizaron la demanda (legitimación directa) como de los que no lo hicieron (legitimación indirecta: art. 11.2 LEC), sin que resulte preciso recabar la conformidad de los ausentes aunque sí se les deberá notificar que se va a presentar la demanda.

Para las reclamaciones a consumidores indeterminados (promovidas, como señalamos arriba, por las entidades especializadas), se prevé la publicidad del proceso en la prensa (art. 15 LEC) para facilitar la personación voluntaria de afectados.

La sentencia en estos procesos colectivos de daños a consumidores, causará siempre cosa juzgada para todos (art. 222.3 LEC).

1.14.5.2.6 Tutela de derechos de propiedad intelectual:

3.1.- De nuevo en el derecho español, son también de este tipo las acciones ejercitadas por las asociaciones de gestión de los derechos de propiedad intelectual, en sustitución de los autores y artistas titulares de los derechos respectivos, quienes ni siquiera pueden, aunque quisieran, interponer su propia acción (art. 150 LPI-Es[55]). El sentido último de esta legitimación no sólo indirecta sino imperativa, dimana de la propia peculiaridad de los derechos de autor, cuya obra puede ser difundida ilegalmente en multitud de formatos e infinidad de lugares simultáneamente (piénsese por ejemplo en la reproducción de obras musicales en establecimientos de ocio como hoteles, restaurantes, etc.). Una acción de defensa por cada titular material, llevaría a una multiplicidad de reclamaciones judiciales con el mismo fin, cuyo tratamiento procesal sería difícil de gestionar por separado.

3.2.- Un caso que se presenta como de legitimación indirecta en el ordenamiento salvadoreño es el previsto en el art. 170 LPI, donde se recoge la facultad del licenciatario de una patente afectado por la perturbación de su derecho por un tercero, a actuar contra interponiendo la correspondiente acción, una vez constatada la inactividad del titular material, al que ha de dirigir requerimiento previo por plazo de un mes, constatándose que éste ni actúa ni le apodera para demandar en su nombre[56]. Pues bien: aún cuando aceptemos sin mayores problemas que, en tal hipótesis, la parte actora es el licenciatario y no el titular, no se trata propiamente de una sustitución procesal porque el licenciatario actúa justo para que cese el hecho lesivo sobre la patente que tiene concedida a través de la licencia de explotación temporal. Esto es, reacciona ante un daño patrimonial propio y no ajeno (legitimación directa).

Ello sin perjuicio de que la sentencia justamente por su contenido puede hacer derivar efectos también para el titular, y sin perjuicio además de que este último puede "apersonarse en autos en cualquier tiempo" mientras no se haya cerrado el proceso por sentencia firme, según le permite el mencionado art. 170 LPI.

---

55 Art. 150 LPI-Es: "Las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales.
Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente".

56 Art. 170 LPI: "Un licenciatario exclusivo cuya licencia se encuentre inscrita, o uno que tenga una licencia obligatoria o de interés público, podrán entablar acción contra cualquier tercero que cometa una infracción del derecho que es objeto la licencia. Para estos efectos, si el licenciatario no tuviese mandato del titular del derecho para actuar, deberá comprobar al iniciarla que le solicitó al titular o propietario que la entablara él y que transcurrido más de un mes y no lo hizo. El licenciatario antes de transcurrido dicho plazo, podrá pedir que se tomen las medidas precautorias establecidas en este capítulo. El titular del derecho objeto de la infracción podrá apersonarse en autos en cualquier tiempo".

Tras lo expuesto, puede concluirse diciendo que este párrafo segundo del art. 66 CPCM constituye una apuesta de futuro del legislador por la introducción de la legitimación indirecta en diversos ámbitos materiales, todavía en este momento no arraigada en el ordenamiento salvadoreño. Pero sin duda útil en materias donde los propios titulares pueden tener dificultades para accionar por sí mismos, sea por razones económicas o de otro tipo, lo que a la larga favorece con su inactividad el abuso de derecho de la parte contraria, y que es lo que de este modo de pretende evitar.

Conviene que tengamos en cuenta a continuación, cuáles son los rasgos distintivos de esta segunda clase de legitimación:

B-2.- Caracteres:

1. Dada la injerencia severa que comporta la legitimación indirecta en la esfera jurídica ajena, ésta debe venir siempre contemplada en la ley, como además impone el art. 66 CPCM ("a quienes la ley permita expresamente..."). Por tanto, el juez no puede aplicar la analogía ni la interpretación extensiva, para "crear" supuestos de legitimación indirecta que no vienen recogidos de manera expresa en una norma.

2. Salvo que la ley disponga otra cosa, las normas que otorgan legitimación indirecta lo hacen para el ejercicio de legitimación activa, no pasiva.

3. La legitimación indirecta no puede confundirse con la representación: en el proceso instado por el legitimado indirecto, la parte actora no es el titular del derecho sino el sustituto. Éste no actúa, procesalmente hablando, en nombre de otro sino en su propio nombre, aunque el objeto litigioso verse sobre un derecho o interés de otra persona (el titular que se mantuvo inactivo).

La presencia del titular del derecho ni es necesaria, ni puede exigirse su autorización previa para que el sustituto pueda actuar: cumplido el presupuesto de acreditar la inactividad del titular material, y existiendo norma legal concediendo la legitimación indirecta al tercero, eso es suficiente.

4. Dentro del proceso, el legitimado indirecto actuará con plenas facultades, sin necesidad de consultar al titular material sobre cada acto procesal que vaya ejecutando, ni necesita su conformidad en cuanto a los términos de la demanda que presente, o de las pruebas que pida, o de la interposición de recurso si recae sentencia desfavorable.

5. El único ámbito que le está vedado al legitimado indirecto, es aquel que suponga la autocomposición del derecho de acción o del derecho subjetivo o interés legítimo litigioso, pues sólo el titular material tiene poder de disposición sobre sus propios derechos y facultades.

Para entendernos: puede el legitimado indirecto desistir en su caso de la demanda (el único efecto es que se cierra ese proceso, pero no condiciona la posibilidad de otro futuro), pero no renunciar a la acción procesal del titular material ni al derecho subjetivo en conflicto, que tampoco le pertenece; así como tampoco formular transacción del objeto litigioso.

6. Una vez admitida a trámite la demanda presentada por el sustituto e incoado el proceso, el titular material podrá personarse en él, si bien no como demandante (porque ya hay uno), ni como codemandante (porque no hay litisconsorcio, ni necesario ni facultativo), sino como coadyuvante de la acción del sustituto.

La entrada del titular material no determina pues que la demanda del sustituto deba archivarse, a menos que de los términos del escrito de personación del titular material, donde éste vierte su pretensión, se desprenda que existe conflicto de intereses con el legitimado indirecto respecto de lo que ha de reclamarse en el proceso: en esa eventualidad, y como estamos hablando de un derecho o interés ajeno al sustituto, éste no puede seguir adelante con una pretensión que se opone a los intereses de su propio titular.

7. En cuanto a los efectos del proceso una vez finalizado (generalmente, sin haberse personado el titular material), al haber llevado el legitimado indirecto la condición de auténtica parte del litigio –a pie de igualdad con el demandado-, asume todos los derechos, cargas y obligaciones inherentes a ello, lo que incluye, por ejemplo, el pago de las costas si se produce condena por desestimación de la demanda. Cuestión distinta es que exista un pacto autónomo entre sustituto y titular material, por el que este último asume en su caso los gastos judiciales producidos en el pleito iniciado por el sustituto a su nombre, pacto cuyo cumplimiento queda en todo caso extramuros de este proceso.

No ocurre así con los efectos de cosa juzgada que produzca la correspondiente sentencia, los cuales repercutirán no sobre el legitimado indirecto, sino sobre el titular material cuyo derecho o interés legítimo ha quedado enjuiciado en esa controversia.

De allí que si el legitimado indirecto, merced a una defectuosa o errónea estrategia jurídica, arruina las expectativas del titular material a una sentencia favorable, por plantear mal el asunto, podría quizá, en un caso extremo (allí donde se viera palmario e inequívoco que la acción se planteó mal) ejercitar una acción de reclamación de daños contra el sustituto.

Pero lo que no puede soslayar, será su vinculación directa con lo resuelto en la sentencia una vez ésta devenga firme (por no impugnable) y con autoridad de cosa juzgada. Ese es el efecto básico del proceso con legitimado indirecto.

2) Tratamiento procesal de la legitimación en general:

Teniendo en cuenta, como ya hemos explicado, que la legitimación no deviene un presupuesto del proceso, sino el presupuesto subjetivo para el enjuiciamiento de la cuestión de fondo, no se precisa en términos generales implementar un control judicial *in limine* sobre su acreditación, lo que en muchos casos puede ser hasta peligroso puesto que mientras no se tienen todos los datos de alegación y prueba, el juez no conoce en su verdadero alcance la conexión subjetiva de cada una de las partes con el objeto en litigio.

Es necesario, eso sí, que el escrito de demanda contenga la afirmación necesaria de esa legitimación, tanto de la activa de quien la interpone, como de la pasiva del demandado; esto

es, que se describa con suficiente claridad cómo y por qué, ambos sujetos designados en la demanda, son a su vez los sujetos de la relación material controvertida.

Si esa afirmación no aparece materialmente, no puede darse por cumplido el requisito, y la demanda tendría un defecto que puede llevar a su inadmisión (art. 278 CPCM).

Si lo hace, pero de sus palabras se desprende inequívocamente que quien ejercita la acción, o contra quien se ejercita, no tiene nada que ver con el objeto litigioso, y no existe tampoco una norma que faculte su legitimación indirecta, entonces la relación jurídico procesal está *a priori* mal constituida y debe inadmitirse la demanda por improponible (art. 277 CPCM).

No habiendo problemas de ese tipo, la demanda será admitida y, como decimos, no cabe efectuar controles a limine, sea en la audiencia preparatoria o en un incidente abierto *ad hoc*. La parte demandada, desde luego, podrá oponer la falta de legitimación suya o del actor en el trámite de contestación a la demanda, pero casi siempre esto no tendrá que tener respuesta hasta la sentencia. Si finalmente se declara por el juez la ausencia de legitimación de alguno de los sujetos, podrá decirse que la demanda se interpuso de manera incorrecta y será desestimada, pero no que el proceso fue inválido, y en todo caso el actor verá castigado su error con la pertinente condena en costas.

Dicho esto, no obstante, existen situaciones límite donde, sin estar fuera del campo de la legitimación, resulta aconsejable desplegar un control de oficio y a instancia de parte, que permita un control *in limine* de ciertos defectos o falta de legitimación. Situaciones donde puede estar comprometido el derecho de defensa de los sujetos, algo pues más prioritario que el abordar con la cautela debida, el análisis del fondo litigioso. Esos casos serían:

a) Donde exista litisconsorcio necesario, y no figuren todos los sujetos de la relación material (veremos esto después), lo que apunta a un defecto de la relación procesal.

b) La invocación de un título de legitimación indirecta: si bien aquí no se trata de que el juez examine *in limine* el contenido o titularidad del derecho subjetivo o interés legítimo que se controvierte (la legitimación directa del titular ausente), sí que debe hacerlo preliminarmente con el sustituto, verificando al menos si: b-1* Existe la norma jurídica expresamente atributiva de esa legitimación indirecta a quien presenta la demanda; y b-2*

   Que el actor acredita documentalmente ser el sujeto al que la norma, en ese ámbito material, inviste de semejante legitimación indirecta.

c) La sucesión procesal: como luego veremos al hablar de esta figura, una vez que se produce la desaparición física o en su caso jurídica de la parte, o tiene lugar la transmisión del objeto en litigio, y ello llega a conocimiento del órgano judicial, se desencadenan trámites y efectos procesales ineludibles que lógicamente sucederán con frecuencia antes de finalizar el procedimiento.

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- La postulación: concepto.- II.- Las formas de acreditación: el poder: 1) Formas de otorgamiento.- 2) Clases y contenido de las facultades del procurador-abogado.- III.- Aceptación del poder.- IV.- Delegación.- V.- Terminación de la representación.- VI.- Representación sin mandato.- VII.- Tratamiento procesal de la postulación.

1.14.6 La postulación: concepto:

En el sistema procesal salvadoreño, la postulación aúna dos funciones distintas: la representación judicial de las partes dentro del juicio (el modo de dirigirse y actuar ante los tribunales), y la defensa jurídica de éstas (la elección de la estrategia más adecuada para sostener la pretensión de fondo favorable a sus intereses, y la exposición de dicho planteamiento, por vías escritas u orales).

En otros sistemas como el español ambas funciones se hallan separadas, de modo que la representación judicial la asume un profesional que es el procurador (organizados sus miembros en Colegios propios y dotados de su estatuto), cuya única función es ésa, mientras la defensa jurídica se confía a su vez a los abogados, que no presentan escritos –tarea ésta del procurador- aunque sí los redactan, y son quienes intervienen oralmente en las vistas programadas.

El nuevo Código identifica ambas funciones en los arts. 67 y ss., pero asignándolas conjuntamente a los abogados, que es el único estamento profesional existente (aparte, claro, de la Procuraduría General de la República y Ministerio Fiscal). Con todo, casi siempre que utiliza el término "procurador" en la ley lo hace, en realidad, para referirse a su faceta de representante judicial, más que la de defensor.

No cabe confundir en todo caso la representación judicial del abogado-procurador, con todas las variantes de representación, legal o voluntaria, que llevan a un tercero a sostener en juicio los derechos e intereses ajenos. Estas últimas, como vimos oportunamente, son instrumentos de integración de la capacidad procesal cuando de manera imperiosa o facultativa el titular no puede desempeñarse por sí mismo como parte dentro de la contienda. Aquí, la representación judicial a la que ahora prestamos atención es la que se requiere siempre para poder actuar ante el juez y ante las demás partes y terceros intervinientes en el proceso.

Desde esa perspectiva, la postulación es un requisito esencial dentro de la debida constitución de la relación jurídica-procesal y su ausencia determina la falta de un presupuesto del proceso, pues en ello va condicionada la efectiva defensa en juicio, que la ley no permite se desarrolle en régimen de autodefensa de los individuos, salvo que alguno de ellos sea abogado y deseare ejercitar su propia defensa y representación.

A tal efecto, el art. 67 del Código establece que la postulación será preceptiva y recaerá en un abogado de la República, "sin cuyo concurso no se le dará trámite al proceso", previendo

cinco supuestos de sujetos excluidos de esta función (los dos primeros con carácter absoluto y los tres siguientes, sometidos a posibles excepciones)[57].

Como situación especial en aquellas personas que no dispongan de recursos suficientes para litigar, y se les reconozca en juicio dicho beneficio, serán defendidas gratuitamente por los agentes de la Procuraduría General dela República, aparte de la exención para constituir aquellos "depósitos y consignaciones que pueda establecer la ley" (art. 75 CPCM).

1.14.6.1 Las formas de acreditación: el poder:

1.14.6.1.1 Formas de otorgamiento:

1.14.6.1.1.1 Poder general:

Señala el art. 68 del Código que el poder en el que ha de contenerse el mandato de representación –y defensa- del procurador (abogado), constará en una escritura pública constituida ante Notario, los arts. 129 a 131 también requieren la comparecencia personal de la parte ante el órgano judicial otorgando verbalmente su voluntad, cuando se trate de la suscripción de mecanismos de autocomposición de la *litis* ya iniciada (vgr., por renuncia, desistimiento y allanamiento), en estos casos el poder puede ser general con cláusula especial, porque se refiere como vemos a facultades concretas que han de aparecer expresamente determinadas, en la escritura pública caben dos tipos de representación: el del poder general y el especial.

En el primer caso, implica que la escritura sólo hace alusión a las facultades y actos comunes de todo proceso (art. 69), pero sin abarcar precisamente aquellos que por imperativo del propio CPCM exigen poder especial, esto es, que exige una mención enunciativa y expresa de las facultades que se otorgan.

El poder general puede otorgarse para un proceso concreto (ya iniciado, o por entablar), sin que por ello deje de ser general –siempre que se enuncie como ya hemos indicado-, o bien puede ser un poder (general) sin determinación de una controversia concreta, lo que significa que podrá servir para ése y para cualquier otro litigio donde haya de actuar su cliente, pues precisamente no está limitado a una causa judicial única. Otra cosa, claro, es que el abogado llegue a plantear un proceso sin el consentimiento previo de su cliente (lo que puede deparar a aquél las responsabilidades consiguientes), y otra cosa será también la posibilidad en cualquier momento del representado de revocar ese poder cuando lo estime conveniente, pero mientras no lo haga, el poder valdrá para todo proceso.

57Conforme al apartado segundo del citado art. 67 CPCM: "No pueden ejercer la procuración: 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 crédito, financieras y organizaciones auxiliares, salvo en asuntos propios de dichas instituciones; y 5° Los abogados que en leyes especiales se les prohíba la procuración".

1.14.6.1.1.2.- Poder especial:

Se habla de poder especial, por el contrario: a) en aquellos casos donde se exija específicamente que se constituya así por una norma (art. 69 párrafo segundo); b) cuando el poder se circunscriba al enunciado de facultades concretas, y c) desde luego siempre, cuando se trate del ejercicio de poderes de autocomposición (disposición) del objeto litigioso, para el que se exige el enunciado expreso de los que se otorgan, exigencia que abarca también a la transacción judicial a pesar de no decir nada al respecto el art. 132 CPCM (como sí ocurre con los otros mecanismos de esta índole).

El Código habla de poder especial para la "finalización anticipada del proceso". Sin embargo, por razones de lógica, no parece que deba comprenderse en esta exigencia la simple información al órgano judicial, cuando suceda, de que se ha producido un hecho extrajudicial pero que tiene implicaciones en el desarrollo de la *litis* (por ejemplo la pérdida o extinción de la cosa litigiosa, o un acto de satisfacción extrajudicial de la pretensión). Son hechos que de afectar al proceso, lo es al margen de los poderes del procurador en juicio, pues no se trata en esta hipótesis de "disponer" nada, sino de incorporar una información extrajudicial al proceso porque la misma resulta útil para su evolución y desenlace, incluso siendo que con ello provoque su finalización anticipada.

1.3.- No resulta incompatible, en fin, un poder general que contenga además determinadas facultades especiales, lo que es incluso lógico que ocurra con frecuencia para así no tener que hacer dos poderes separados, del mismo modo como puede otorgarse el especial una vez iniciado el pleito. Pero sin que quepa, eso sí, que el propio interesado inste la autocomposición del objeto litigioso, pues no es él, salvo en los actos personalísimo de prueba, sino su abogado el que se comunica con el tribunal y precisamente sólo cuando éste a su vez dispone de la representación necesaria para hacerlo.

2) Clases y contenido de las facultades del procurador-abogado:

Como ya hemos señalado, existe por decirlo así una bicefalia o dualidad en las funciones del representante judicial y a su vez defensor de la parte en todo proceso. Sobre ambas incide correctamente el nuevo Código previendo:

a) De un lado, en cuanto a gestión procesal estricta, se le encomienda la presentación de escritos; la recepción de las copias de éstos que le entreguen las demás partes; el recibir las notificaciones que conciernan a su poderdante, inclusive la de la resolución judicial que ponga fin al proceso (sentencia o en su caso auto definitivo: ver art. 176 CPCM),

   Por tanto, el abogado como venimos señalando es el vínculo relacional de su representado con el órgano judicial y con las demás partes, y es una tarea que le corresponde en exclusiva, sin que pueda admitirse la intervención del propio litigante (art. 71). Se exceptúan de esta regla, como es natural (arts. 70 *in fine* y 71 CPCM), aquellos actos que por ley deban entenderse directamente con la parte (art. 177, como

el emplazamiento para contestar a la demanda, y el interrogatorio en audiencia de prueba).

b) Y de otro lado, en cuanto a su papel de consejero y defensor jurídico del litigante, dice el art. 70 del Código que una vez concedido el poder, el procurador "deberá prestar el asesoramiento y defensa jurídica a la parte", se entiende, en todo estado y grado de la causa, mientras no acaezca alguno de los motivos legales para el cese de su actividad a que luego haremos referencia, incluyendo la actuación en los actos orales que se produzcan dentro del procedimiento (arts. 70 y 71).

1.14.6.2 Aceptación del poder:

Atendiendo que el mandato judicial es un contrato bilateral que produce efectos para ambos sujetos de la relación, no basta desde luego con que el justiciable otorgue el poder –acto para el que no se requiere la presencia ni el consentimiento ante notario del profesional que va a ser designado, sólo la manifestación de voluntad del poderdante-, sino que resulta preciso un acto de aceptación de la representación conferida, que sin embargo se materializa sin solemnidades, de manera tácita, en cuanto se constata que el abogado ha empezado a actuar en nombre y en defensa de su representado mediante la presentación del correspondiente poder (art. 70 CPCM).

Así ocurrirá también en los casos en que tenga lugar la sustitución de un profesional por otro por revocación del mandato, al margen de que deba lógicamente acreditarse el conferimiento del nuevo poder.

1.14.6.3 Delegación:

Prevé la ley, por otro lado, la posibilidad de que el procurador pueda delegar sus facultades a favor de otro profesional, inicialmente con vocación temporal aunque a la postre pueda resultar definitiva si los motivos que llevan a la delegación no cambian (motivos que pueden ser de muy amplia índole y de los que no se precisa dar explicación alguna). Lo que importa es que la fórmula de la delegación esté expresamente prevista en el poder, pues supone una ruptura (temporal o definitiva) de la relación representativa en la que, es evidente, el poderdante tiene todo que decir.

La delegación podrá incluir o no el nombre del procurador delegado. En todo caso, si no es así y el nuevo profesional no satisface los requerimientos del cliente, nada impedirá a este último la revocación del poder; que lo será entonces con efectos tanto para el procurador original como para el que asumió la delegación.

1.14.6.4 Terminación de la representación:

Varias pueden ser las circunstancias que provoquen el fin de la relación de mandato judicial, todas ellas por lo demás ajustadas al sentido común y a una situación legal o material que imposibilita su continuidad. Podemos clasificarlas en tres grupos:

1.14.6.5 Causas que conciernen al poderdante:

a) Revocación expresa o tácita del poder

En cualquier momento del proceso. Señala en este segundo caso el Código, que se entenderá hecha la revocación tácita cuando aparezca hecha designación ulterior a favor de otro procurador, que así ha de constar debidamente en el poder que al efecto se presente por este último (art. 73.1 CPCM).

b). Por fallecimiento del poderdante (art. 73.3º CPCM):

Se trata en realidad de una circunstancia que dará pie al cambio de parte en el proceso, de acuerdo a las reglas de la sucesión procesal a cuyas reglas hace remisión este precepto. El efecto sobrevenido de ese fallecimiento, es pues que el procurador que venía actuando en su nombre no puede seguir haciéndolo, hasta que se determine si habrá sustitución de litigante y, de haberla, si éste sigue manteniendo su confianza en dicho procurador o designa a otro. Dice el Código que sea este último, el procurador, el que comunique al tribunal el hecho del fallecimiento, aunque resultará igualmente válido que por ejemplo lo haga la parte contraria, si tiene conocimiento de ello.

1.14.6.6 Causas que conciernen al procurador:

a). Renuncia a seguir ejercitando la representación conferida:

Ni al representado, ni al representante, se les puede obligar a mantener una relación de confianza inexistente o dañada, y por tanto el procurador tiene también el derecho a darla por finalizada unilateralmente. Ahora bien, como esta decisión unilateral no puede dejar indefenso al justiciable, prevé la ley que aquél informe al tribunal sobre su voluntad de abandonar la procura, manteniéndose en el puesto durante diez días mientras se procede a la designación de nuevo procurador.

Si el plazo se superase y no hubiera tenido lugar aún el nombramiento, cesará en el mandato y quedará desligado de más obligaciones. Dice el Código, en el art. 73.2º, que en esta tesitura "el proceso seguirá su curso, debiendo realizar las comunicaciones por edicto". Sin embargo, es evidente que un proceso no puede continuar adelante si una de las partes no está debidamente representada y defendida judicialmente, lo contrario implicaría vulnerar el proceso debido y causar indefensión a la parte.

Por tanto, la ausencia de procurador deberá solventarse de uno de los dos modos siguientes: o impetrando a la parte para nueva designación, o si éste se niega tenerle por desistido de la acción, si es la parte actora, o por rebelde (sobrevenido) si se trata del demandado; es decir, por parte que ha dejado de estar constituida.

El proceso seguirá o no su curso dependiendo de cuál sea esa parte, porque no en vano la rebeldía del demandado lo permite en la medida en que se presume que su no actuación es

voluntaria y con ella no puede obstruir los derechos procesales del demandante. Pero, fuera de ese caso, repetimos, no puede auspiciarse que un proceso continúe sin más, sin dotar de abogado a cada parte y sin embargo tenérsela por constituida.

b). Sustitución de facultades, por voluntad del procurador:

Del mismo modo como en el poder se puede autorizar como veíamos a una delegación de los actos del procurador a favor de un compañero, también cabe que el poder dé a aquél el poder de dejar el asunto de manera definitiva en manos de otro procurador, lo que comporta, conforme al ya citado art. 72 del Código, "el cese de la representación sin posibilidad de reasumirla", y por supuesto el derecho del poderdante a su revocación ulterior en cualquier momento, debiendo en tal caso procederse a nueva designación, que para no constituir fraude de ley conlleva excluir en todo caso de la lista de candidatos precisamente al procurador inicial que dejó el proceso.

c). Suspensión temporal de actividad (art. 73.4º CPCM) o cesación definitiva del procurador en el ejercicio de la profesión (art. 73.2º CPCM):

Se tratan tanto uno como otro, de motivos de apartamiento forzoso de la representación, una vez cumplido el requisito legal (jubilación por edad) o el expediente sancionador o la sentencia declarativa de su responsabilidad, con carácter cautelar o definitivo.

En tal caso, deberá proveer el tribunal a la designación de nuevo procurador en los términos que acabamos de referir.

d). Fallecimiento del procurador:

En este caso, puede que sea el poderdante quien comunique el hecho al tribunal, o que éste último, teniendo conocimiento de ello por otro conducto, requiera al poderdante para que efectúe la designación de procurador en el plazo de diez días. No dice nada más en este punto la ley, con lo que parece debemos aplicar las soluciones ya contempladas arriba, si se supera el plazo y no hay nuevo profesional.

1.14.7 Por causas de naturaleza objetiva:

1. En todos los casos en que deje de actuar como parte en el proceso aquel que ha solicitado los servicios del procurador, deja a éste sobrevenidamente ya sin funciones, sea porque la contienda continúa con otra parte en su lugar (sucesión por transmisión del objeto litigioso), sea porque la misma haya de finalizar a virtud de una autocomposición de la *litis*, da igual que como actor ("por separarse el poderdante de la pretensión...") o como demandado ("por separarse...de la resistencia que hubiere formulado..."), según señala el art. 73.5º del Código.

2. Por haberse completado el procedimiento en el que intervenía, siendo que la resolución que le puso fin no se ha recurrido ni ha provocado el acceso a una nueva instancia o grado jurisdiccional; o cuando se hubiere realizado "el acto para el que se hubiere otorgado el

poder", si se trata de un poder especial restringido al ejercicio de uno o más actos procesales concretos (art. 73.5º *in fine* CPCM).

3. Por último, deviene también de índole objetiva la cesación del vínculo representativo, "por vencimiento del plazo para el cual fue otorgado el poder" (art. 73.6º), en la hipótesis por lo demás no muy frecuente de que el poder se conceda con fecha precisa de caducidad, prescindiendo del estado del proceso. Es posible no obstante que así se contemple, nada hay que cuestionar al respecto pues entra dentro de la soberanía de criterio del poderdante, y de ser así habrá que estar a esa fecha, cuyo cumplimiento obligará o bien a ratificar al mismo procurador en lo que reste de contienda mediante nuevo poder, o a la designación de otro profesional.

1.4.8 Representación sin mandato:

1. Como una prolongación al ámbito de la representación y defensa judicial, de la figura de la gestión de negocios ajenos (ver arts. 2037 y ss CC), el nuevo Código permite de manera excepcional y condicionada, la actuación de un procurador carente de poder y por tanto de autorización para actuar en juicio en nombre de otro, cuya defensa de derechos e intereses no haya podido confiarse ni a dicho abogado ni a otro, y existan motivos de fuerza mayor que justifiquen esa intervención oficiosa.

A este respecto, el art. 74 CPCM habla del supuesto de que la persona defendida "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".

Como puede verse, salvo alguna excepción (como la situación de ausencia) por lo general estaremos hablando de circunstancias cuya apreciación resulta más o menos subjetiva y además se basa en la potencialidad, esto es, en el riesgo o amenaza de la pérdida del derecho o bien, todavía no consumados, sea porque se acerca la fecha de prescripción extintiva para su reclamación (o la adquisitiva a favor de tercero), sea el peligro de destrucción del objeto o bien susceptible de eventual litigio, ante la que no se produce reacción del titular porque éste no puede por algún motivo de fuerza mayor y ajeno a su voluntad.

2. La representación sin mandato se configura aquí en torno a la legitimación activa y no de la pasiva. Por tanto, tratándose del demandado, o éste comparece con la debida procura, o se le tendrá por rebelde con los efectos inherentes a ello.

3. No debe confundirse desde luego esta representación y defensa judicial sin mandato, de la legitimación indirecta.

La primera alude a un requisito de postulación; la segunda a una modalidad de legitimación procesal. Aquélla nunca convierte en parte al procurador, en todo caso en representante judicial del titular material; ésta otra sí convierte al legitimado indirecto en parte, según tuvimos ocasión de exponer. Y sobre todo: el legitimado indirecto, al igual que el directo,

sigue teniendo necesidad de gozar de representación y defensa en juicio (postulación) a través de procurador-abogado.

4. Considerando lo delicado de la situación que envuelve a la representación sin mandato, y el que ésta en realidad se concede como un remedio extremo para evitar perjuicios irreversibles al indefenso, se dispone un sistema riguroso de control de su validez, el cual pasa por permitir a la parte contraria el exigir garantías de que el abogado va a localizar al cliente para que éste otorgue el debido poder inicialmente faltante.

Si así pues lo pide el contrario, el juez concederá un plazo de dos meses que en teoría y conforme al art. 74 párrafo segundo *in fine*, serán los dos "siguientes a la comparecencia de aquél", no los dos meses siguientes a la fecha de la petición de garantías. Estas, las garantías, se entiende que consistirán en datos que aportará el procurador ante el juez y de los que se desprenda que será posible localizar al representado en el citado plazo y obtener su conformidad. Por supuesto, no habrán tales garantías si llega a conocimiento del juez la noticia de que el proceso se ha montado en contra de la voluntad del presunto representado.

5. La ratificación de la gestión del procurador podrá hacerse de manera expresa (escrita o verbal ante el tribunal), o tácitamente, en este segundo caso si el interesado comparece "por sí o debidamente representado y no rechace expresamente la actuación del procurador", lo que la ley por cierto eleva al rango de presunción iuris et de iure intraprocesal ("se presume con carácter absoluto la ratificación...": art. 74 último párrafo CPCM), no rebatible con actos posteriores salvo que se demostrarse que el poderdante hizo la ratificación bajo coacción o error (vicios de la voluntad).

La ratificación lo es de la gestión cumplida hasta ese momento por el procurador, no implica necesariamente también que vaya a continuar en el cargo por lo que resta del proceso. De allí que cuando la ley previene que la ratificación tácita puede operar por la comparecencia del poderdante "debidamente representado", no añade "por dicho procurador", pues en definitiva puede elegir a ese o a otro para los actos procesales que están por venir. Bien que entonces deberá aportarse el poder que acredite la representación a partir de ese instante, a favor del mismo u otro procurador.

6. La ratificación no puede hacerse en cuanto a algunos actos del proceso y no a todos los cumplidos por el procurador, ni sujetarse la ratificación a condición suspensiva, sino que deberá formularse (o deducirse, si es por vía tácita) "pura y simplemente" (art. 74 párrafo cuarto CPCM). De lo contrario, no hay ratificación como tal, y habrá que estar a la consecuencia derivada de su denegación.

7. En este último caso (falta de ratificación de la gestión, prevé la ley que "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" (art. 74 párrafo tercero CPCM). Hay pues un efecto inmediato y necesario, como es el cierre del procedimiento que, en puridad, nunca debió abrirse; y otro efecto contingente y económico, como es el pago de daños y perjuicios a

la parte que fue demandada, siempre que aquellos se prueben de manera tangible y el juez, además, aprecie que el procurador actuó:

-- de manera "manifiestamente injustificada" pues el titular material sí estaba en condiciones de designar a un procurador -aunque evidentemente no a él-; o

-- de manera "manifiestamente temeraria", invocando derechos o intereses legítimos de un tercero cuando tal persona no existía, o los que no existían eran los derechos o intereses en cuestión, o en fin, por argumentar una situación de riesgo artificial sobre su pérdida, para justificar la urgencia de su intervención.

No parece, por el contrario, que pueda ser contingente sino que ha de imponerse siempre la condena en costas sobre dicho procurador, en cuanto promotor de una acción que se revela, por lo expuesto, insostenible, y que ha arrastrado a una o más personas (la parte demandada) a tener que buscar defensa jurídica y oponerse a la demanda infundadamente presentada.

1.14.9 Tratamiento procesal de la postulación:

1. La postulación, al igual que la capacidad en sus dos modalidades, es un presupuesto subjetivo de la actuación de la parte en el proceso, de modo que su ausencia impide que ésta pueda realizar actos válidos. Si la falta o defecto de postulación se refiere exclusivamente a un acto concreto (por ejemplo, aquellos para los que, como veíamos, se requiere poder especial), el juez no podrá tenerlos por realizados –con los efectos que ello tenga-, pero el resto del proceso será válido si la parte actuó debidamente postulada a través de un poder general.

2. Si, por el contrario fuere este último el que falta (el poder general), el problema atañe a una defectuosa constitución de la relación jurídica procesal que tornaría al proceso eventualmente así ventilado, en nulo. Como consecuencia:

a) Se impone desde el principio el control judicial de oficio, extensible a todo estado y grado de la causa, pues como también hemos visto, la postulación puede perderse de manera sobrevenida. De hecho, la falta de postulación de la parte actora, ya sea absoluta (no se consigna poder alguno con la demanda) como relativa (el poder presentado es únicamente especial –para actos concretos-), deriva si no se subsana en causa de improponibilidad de la demanda, tal como deberá decretarlo el juez (art. 277 CPCM: "...evidencie falta de presupuestos materiales o esenciales y otros semejantes...").

   Si la falta se aprecia en el demandado, y no se subsana, comportará que no se le pueda tener por parte debidamente constituida (salvo que, claro, otorgue poder a favor de otro abogado), lo que conducirá indefectiblemente a ser declarado rebelde.

b) Cabe también la denuncia a instancia de parte. A este respecto, el art. 300 prevé que en la audiencia preparatoria se resuelva sobre las excepciones del demandado atinentes a la falta de capacidad (para ser parte), representación (capacidad procesal)

y "postulación"; lo que resulta trasladable al acto de la audiencia probatoria del juicio abreviado.

Nada obsta, sin embargo, a que la parte actora pueda denunciar también la falta de postulación del demandado, lo que supondría abrir una cuestión incidental de índole procesal, a resolver según las reglas de los arts. 267 y ss CPCM.

2. Hemos aludido al carácter subsanable de la falta de postulación, lo que exige, con todo, que precisemos su alcance: como en principio el problema atañe en estos casos a la falta material de consignación del poder –sin que, sin embargo, se tenga todavía constancia de una voluntad negativa o reacia del justiciable a confiar su representación a dicho abogado-, puede hablarse de un defecto teóricamente subsanable, en la medida en que el profesional cumpla dentro del plazo que al efecto ha de otorgársele por el juez, para que subsane y aporte el poder necesario.

Mas, si tal requerimiento no se satisface, no se acudirá subsidiariamente al presunto representado para preguntarle si está o no de acuerdo con que se haya deducido una pretensión en su nombre, sino que directamente se considerará el defecto como insubsanado y dado que concierne a un presupuesto del proceso, llevará a las consecuencias que antes fijamos: cierre del proceso, si es el actor, o declaración de rebeldía si es el demandado por no contestar a la demanda (salvo que lo hiciere con otro procurador). Recuérdese, en cuanto al demandado, que tanto si el emplazamiento para contestar se produce de manera personal como por edictos, suya es la carga de buscar abogado que le represente y defienda, presentando el correspondiente escrito de contestación y, junto a él, entre otros documentos procesales, el poder necesario del procurador.

3. Finalmente, recordar que en caso de finalización abrupta de la relación representativa, por alguna de las diversas causas que antes hemos analizado (revocación del poder, caducidad, cese voluntario, fallecimiento del procurador o del poderdante), deberán seguirse las especificaciones previstas en la ley para su arreglo, en los términos que ya hemos examinado arriba.

Juan Carlos Cabañas Garcia

SUMARIO: I.- Concepto general de pluralidad de partes.- II.- Litisconsorcio necesario: 1) Concepto.- 2) Clases: 2.1.- Litisconsorcio activo necesario: A) Ámbito.- B) Negativa del cotitular material, a suscribir la demanda.- C) Discrepancia inicial entre los codemandantes.- 2.2.- Litisconsorcio pasivo necesario: régimen.- III.- Litisconsorcio voluntario.- IV.- Tratamiento procesal del litisconsorcio.- V.- Intervención de tercero: el coadyuvante: 1) Concepto y supuestos: 1.1.- Concepto.- 1.2.- Supuestos.- 2) Alcance de sus actos.- 3) Tratamiento procesal.- VI.- La intervención provocada: 1) Concepto.- 2) A favor del demandante: 2.1.- Supuestos.- 2.2.- Tratamiento procesal.- 3) A favor del demandado: 3.1.- Supuestos.- 3.2.- Tratamiento procesal.-.- VII.- Representación procesal en caso de pluralidad de partes.

1.14.10 Concepto general de pluralidad de partes:

Se habla de pluralidad de partes cuando en un mismo proceso convergen dos o más personas en la posición activa (demandante) y/o pasiva (demandado) de la relación procesal, sea desde el propio comienzo de la contienda o de manera sobrevenida. Las razones que pueden conducir a esa pluralidad resultan diversas, como diverso puede ser el grado de vinculación de algunos de esos sujetos con el objeto del proceso. Todo ello se encarga la ley de regularlo, determinando así que todos quienes adquieran el carácter de parte, aunque originalmente fueren terceros procesalmente hablando, gocen salvo excepciones de los mismos poderes y obligaciones.

1.14.11 Litisconsorcio necesario:

1.14.11.1 Concepto:

Existe litisconsorcio necesario cuando en un proceso varias personas deben aparecer como actores o como demandados, para que se pueda considerar correctamente trabada en lo subjetivo la relación jurídica procesal. Se trata de una situación de concurrencia necesaria de partes, provocada según suelen reconocer los ordenamientos procesales y la jurisprudencia de los países, porque la pretensión deducida en juicio se refiere a una relación material que deviniendo indivisible o inescindible por su naturaleza involucra a varias personas, o porque en todo caso la sentencia que haya de dictarse, a virtud de la acción ejercitada, condicionará la propia validez de esa relación material para todos.

De este modo, los conflictos que puedan articularse sobre dicha relación torna en imperativo también el llamamiento formal de todos ellos al proceso, para que puedan ejercitar eficazmente su defensa. Quienes luego decidan no personarse será ya de su responsabilidad, pero se habrá cumplido con el deber judicial de ser convocados a la *litis*, y quedarán vinculados por los efectos económicos (condena en costas, en su caso) y de cosa juzgada material de la respectiva sentencia.

En función de si la concurrencia de parte necesaria se produce en la posición del demandante, o por el contrario en la del demandado, se hablará consiguientemente de litisconsorcio

activo o pasivo necesarios. El nuevo Código, en la misma línea del CPC italiano[58] y del CGP uruguayo[59], ha optado por dar reconocimiento y dotar de régimen propio a los dos, a diferencia a su vez de la LEC española, que se limita en su art. 12.260 a contemplar sólo el de carácter pasivo. Veamos pues cada uno:

1.14.11.2 Clases:

a. Litisconsorcio activo necesario:

- Ámbito:

Se prevé esta primera modalidad, entendida como exigencia legal de que todos los sujetos afectados por el conflicto y que tienen que reclamar un efecto jurídico favorable (esto es, como parte actora), demanden conjuntamente en el mismo pleito.

Con un alcance más concreto que el que tiene en los procesos de familia61, queda la misma limitada conforme el art. 76 CPCM, a aquellas pretensiones que versen sobre una relación material calificada por ley como indivisible, perteneciente a varias personas en una misma posición, "de modo que la sentencia extenderá sus efectos a todas ellas".

Por tanto y *a contrario sensu*, en las relaciones materiales, estados y situaciones jurídicas divisibles, no existirá la consiguiente exigencia de demandar conjuntamente, sea porque se traten de relaciones mancomunadas en la que cada titular puede reclamar por su cuota; sea que se traten de obligaciones solidarias por disposición de ley o por pacto entre los sujetos y concurra –en lo que aquí nos importa- pluralidad de acreedores (ver arts. 1382 y ss CC).

El que precisamente uno de ellos pueda instar el pago total contra el deudor o deudores, hace que desaparezca la necesidad de demanda conjunta.

Habrá entonces litisconsorcio activo necesario:

---

58 Art. 102 CPC italiano: "Si la decisión no puede pronunciarse sino en presencia de varias partes, éstas deben actuar o ser demandadas en el mismo proceso. Si este es promovido por algunas o contra algunas solamente de ellas, el juez ordenará la integración del contradictorio en un término perentorio por él establecido".

59 Conforme a su art. 46: "Cuando por la naturaleza de la relación jurídica sustancial que sea objeto del proceso no pudiere pronunciarse sentencia útilmente sin la presencia (litisconsorcio activo) o el emplazamiento (litisconsorcio pasivo) de todos los interesados, aquéllos deberán todos comparecer y éstos deberán todos ser emplazados en forma legal.
En este caso los recursos y demás actuaciones procesales de cada uno favorecerán a los otros. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio, sólo tendrán eficacia si emanan de todos los litisconsortes.

60 Y a cuyo tenor: "Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa".

61 Donde está previsto por el art. 15 LPF para todos los casos en que: "Cuando en razón del objeto de la pretensión la sentencia afecte directamente a varias personas, éstas deben demandar o ser demandadas en el mismo proceso". Aplicando este dispositivo, por ejemplo a un caso de tutoría conjunta de un menor de edad, ver la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de 16 de diciembre de 2001, dictada a las 9.15 horas (ref. 1204-2001).

1. En los litigios sobre nulidad, cumplimiento o liberación de obligaciones indivisibles de los arts. 1395 y ss CC, cuando exista precisamente una pluralidad de acreedores (luego, cuando hablemos del litisconsorcio pasivo necesario, nos referiremos a la pluralidad de deudores de estas obligaciones).

2. Igualmente, en las demandas para la defensa de la comunidad de bienes (arts. 2055 y ss CC) contra terceros, en la que todos los comuneros se constituyen en parte actora. Pero también, si fuere el caso, la interpuesta por la comunidad (por los comuneros que la integran) contra uno o varios de los comuneros que incumplieren con sus cargas y obligaciones, quienes asumirán el papel de demandados.

- Negativa del cotitular material, a suscribir la demanda:

Ahora bien, la ley preceptúa que en estos casos de litisconsorcio activo necesario todos deberán demandar conjuntamente, lo que presupone una voluntad unitaria de todos los sujetos en hacerlo. Pero lo cierto es que podría ocurrir que alguno de los titulares del derecho en pugna, alguno de los acreedores si se trata del cobro de una deuda, no esté interesado en su reclamación judicial por la motivación que fuere (porque no desea pasar por las vicisitudes de un proceso, porque considera infundada la reclamación, en todo o en parte, porque no desea causar un perjuicio personal al demandado, etc). ¿Qué ocurre entonces? :

1. Ante todo, no puede obligarse a quien no quiere, a tener que suscribir una demanda, por mucho que existan otras personas afectadas. Semejante coerción resultaría a todas luces inconstitucional y desde luego el CPCM no prevé ninguna compulsión para lograrlo.

Así que si el escrito de demanda aparece con el nombre de todos, es porque todos han manifestado su voluntad de hacerlo, y así por tanto habrán tenido también todos que otorgar poder o poderes (pues pueden hacerse varios por separado) al procurador o procuradores que han de representarlos. Si alguno de los actores no ha otorgado poder y aun así su nombre figura entre los codemandantes, el juez no puede reputar correctamente constituida la relación procesal, pues se estaría montando una ficción (como es el ejercicio conjunto de una pretensión) patentemente desvirtuada por los hechos.

2. Tampoco resultaría correcta la postura de impedir sin más la presentación de la demanda, pues de ese modo quien injustificadamente no quiere dar su concurso para demandar incurre en una especie de abuso de derecho procesal, cerrando las posibilidades de tutela jurisdiccional de los cotitulares materiales, lo que resulta igualmente antijurídico.

3. Si de lo que se trata, y es eso lo que quiere la ley, es que todos actúen en el proceso, en el sentido como mínimo de que sean formalmente llamados al mismo y de que por tanto puedan actuar en él y verse repercutidos por las consecuencias que depare la composición judicial del conflicto, la negativa en definitiva de uno de los cotitulares materiales para demandar, puede solventarse designándole formalmente como parte co-demandada. A tal efecto, se narrará en el escrito de demanda la actitud obstruccionista mostrada previamente por el cotitular disidente entorpeciendo sin motivo justificado el ejercicio conjunto de la

acción, y las gestiones –acreditables- de los demás para que cambiara de opinión, sin éxito. Vinculando, pues, esa conducta obstructiva del cotitular disidente como expresiva de su interés en alinearse con la posición de la parte demandada (la única que en principio iba a serlo), lo que ha determinado la necesidad de demandarle también a él, no ya como obligado al cumplimiento de la prestación o conducta que se reclama, pero sí como obligado a estar y pasar por los pronunciamientos que efectúe la sentencia definitiva, a favor de quienes interponen la demanda.

- Discrepancia inicial entre los codemandantes:

1. Despejada la incógnita de quiénes van a ejercitar la acción en la posición activa (esto es, qué tratamiento debe darse a quienes no quieran formular demanda), se presenta un segundo problema y es determinar si los interesados en demandar han de hacerlo a través de una misma estrategia jurídica. La lógica indica que sí, pero no puede prescindirse del hecho de que quizá aunque los cotitulares coincidan en el objetivo, puede que no lo hagan en el modo de conseguirlo, ni en el contenido de lo que se cree debe exigirse.

El art. 76 CPCM dice que tanto en el litisconsorcio necesario activo como en el pasivo, los sujetos "deberán demandar o ser demandadas de forma conjunta", y conjunta por su significado ordinario, implica unión, no dispersión. Sin embargo, no podemos desconocer tampoco que el art. 85 del propio Código, que regula lo relativo a la representación –y defensa- para todos los ámbitos de pluralidad de partes, precisa que salvo en el supuesto del litisconsorcio facultativo del art. 80 (donde, de plano, no se exige la representación y defensa conjunta), la representación común de los cotitulares se exigirá únicamente cuando "hagan uso de las mismas alegaciones o excepciones, salvo que se le pudiera causar indefensión a alguno de ellos".

2. Se entiende que ello también se aplica a las variantes del litisconsorcio necesario, lo que suscita, en el caso del litisconsorcio activo, un posible escenario en el que varios actores deduzcan una demanda, y los restantes otra segunda o tercera demanda, todas ellas relativas al mismo conflicto jurídico y con pretensiones similares pero no idénticas.

Si no se permite a los distintos actores actuar conforme a su propia pretensión, ahí donde resulta evidente que guardan una posición distintiva en cuanto a cómo articular la estrategia jurídica más adecuada, so pena de que si no demandan conjuntamente no se admitirá ninguna demanda, se estaría otra vez imponiendo una coerción sobre los justiciables difícilmente conciliable con el derecho fundamental a la libertad y dignidad de las personas, de los arts. 2 y 10 de la Constitución.

Pero además, el propio art. 76 *in fine* del Código diferencia entre litisconsortes "activos" e "inactivos", distinción ésta que carece de sentido si la representación y defensa se está llevando a cabo de manera unida (conjunta), pues gracias a ella todos adoptan la misma conducta procesal en cada fase del procedimiento, por lo que no hay unos litigantes activos en comparación con otros (salvo acto personalísimo de prueba, por ej., donde se pidiera el interrogatorio de varios litisconsortes, unos acudan y otros no). Si la ley tiene en consideración

este doble ritmo de actuación procesal, el origen de ello ha de radicar en una distinta representación y fundamentación jurídica.

3. Recordemos en este punto la directriz antes enunciada: lo que el legislador quiere en estos casos de litisconsorcio necesario es que todos los concernidos por la relación indivisible sean llamados y si quieren estén presentes y participen en la contienda, en todo caso quedando vinculadas por lo resuelto en ella.

Pues bien: ese objetivo se logra permitiendo dicha libertad de representación y defensa –no olvidemos: autorizada por el art. 85 del Código y derivada de un imperativo constitucional-, y una vez presentadas todas las demandas que fueren, reunirlas en un mismo proceso a través de un auto de acumulación (de procesos), que casi siempre se deducirán además ante el mismo órgano judicial, siendo palmario que se cumple aquí con todos los requisitos exigibles para que dicha acumulación proceda, unificando la contienda en un único procedimiento.

4. Entablado el proceso en el que concurre exigencia de litisconsorcio activo necesario, plasmado en una o varias demandas en las que aparecen todos los cotitulares interesados en ejercitar la acción de que se trate, y como demandados los presuntos obligados así como también, eventualmente, los cotitulares que se oponían expresa o tácitamente a aquella acción judicial, interesará tener en cuenta el art. 76 CPCM desde dos perspectivas: en cuanto limita el posible efecto autocompositivo sobre el objeto del pleito, a que exista voluntad de todos los litisconsortes (art. 76 párrafo segundo). Y en cuanto prevé que "los actos procesales del litisconsorte activo afectan a los inactivos en la medida en que los beneficien" (art. 76 último párrafo).

b. Litisconsorcio pasivo necesario: régimen:

Los arts. 76 y 78 del Código recogen la figura del litisconsorcio necesario respecto de los demandados de un proceso, exigiendo el llamamiento –recuérdese: no su presencia efectiva, la cual dependerá de la voluntad manifestada por cada uno de intervenir en la *litis*- de todos aquellos que se hallen unidos por vínculo jurídico con el derecho o bien jurídico litigioso, y que por tanto pueden resultar negativamente repercutidos por el resultado de la sentencia.

Llamamiento conjunto y necesario, pues, con el doble fin de evitar situaciones de indefensión, y de permitir que la sentencia que se dicte en el mismo cause efecto de cosa juzgada material, una vez firme, para todos por igual[62].

T62 "El fundamento en que descansa la figura del litisconsorcio pasivo necesario estriba en la exigencia de preservar el principio de audiencia evitando la indefensión, y, por consiguiente, los posibles pronunciamientos que afectarían a personas no demandadas, cuyo llamamiento al debate viene impuesto por la relación de derecho material controvertida, que les confiere un interés legítimo en la litis y trasciende, por tanto, la relación procesal. La resolución que en el proceso recaería, podría ocasionar indefensión, como se dijo, a aquellos faltos de oportunidad de alegar o probar lo que a su derecho conviniere, y que se verían, obligados a acatar lo resuelto, que afecta sus derechos e intereses por otra parte, se exige la presencia de todos los que debieran ser parte en el proceso, como interesados en la relación jurídica discutida, para impedir el riesgo de fallos contradictorios. El litisconsorcio pasivo necesario va ligado a la relación jurídico-material controvertida, es decir, a la propia cuestión sustantiva en el litigio que se ventila. En conclusión, pues, no se ha cometido, por la Cámara de Segunda Instancia el vicio que

Tres aspectos principales configuran el régimen jurídico de esta variante de litisconsorcio:

- Presupuesto objetivo:

De la conjunción de los mencionados arts. 76 y 78 del Código Procesal emergen los dos casos prototípicos para su aplicabilidad:

1. En primer lugar, aquellas acciones para el cumplimiento o inejecución de obligaciones indivisibles en sentido estricto; así como las acciones contra una comunidad de bienes, en la que todos los comuneros aparecen obligados a las deudas y cargas comunes en función de su cuota (arts. 2056 y ss CC). En cuanto a la comunidad hereditaria mientras no esté repartida, el art. 1193 CC ordena a los coherederos –y a sus representantes- "obrar de consuno" durante la proindivisión de la herencia[63], lo que se traduce en este contexto en la necesidad de demandar a todos, en caso de obligaciones adquiridas a favor de la comunidad y sin perjuicio del derecho de repetición interna.

2. En segundo lugar, cuando se trate específicamente de un proceso en el que haya de dirimirse sobre la nulidad "de un acto, acuerdo o negocio jurídico que afecte a una pluralidad de personas" (art. 78), en cuanto han sido designadas por la ley o por vía convencional como los sujetos de la relación material de que se trate.

Los ejemplos más corrientes se refieren a las demandas para la declaración de nulidad o en su caso anulabilidad –arts. 1551 y ss CC-, tanto de contratos como de testamentos (para este último, recordemos de nuevo el art. 1193 CC).

También dentro de este segundo género pueden incluirse las acciones constitutivas de carácter extintivo, tales como la disolución de una comunidad de bienes instada por uno o varios de los comuneros contra los demás (arts. 1196 CC, 2063.3 y 2064 CC). Y es que el término "nulidad" empleado por el art. 78 debe tomarse con sentido algo amplio, respecto de todas aquellas acciones donde se pretende discutir sobre la validez o cesación de efectos de un acuerdo, acto o negocio jurídico.

se le adjudicó y no procede casar la sentencia por este submotivo": Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema, de 14 de octubre de 2003, dictada a las 9 horas (ref. 1572 SS).

63 Tiene asentada la Sala de lo Civil de la Corte Suprema, en la Sentencia de 14 de octubre de 2003, ya citada (ref. 1572 SS), que: "Es condición indispensable que el actor, al momento de plantear su demanda, la dirija contra todos los sujetos materiales que, según la norma sustantiva, forman parte de una relación jurídica descrita en la norma de derecho sustantivo, tal el caso que nos ocupa, puesto que según lo dispone el Art. 1193 C. los coherederos deben actuar de consuno; por tanto si se les demanda por su gestión, deben serio en conjunto y no uno por uno (…). La demanda interpuesta contra uno solo de los coherederos, devendría en inepta por no haberse seguido el juicio contra todos los obligados a rendir cuentas de su administración, ya que ésta debió ejercerse de consuno, es decir, conjuntamente. De ahí que no se ha cometido vicio alguno por la Cámara adquem, al decidir en su sentencia que la demanda es inepta, desde luego que no se demandó a todos los coherederos, sino sólo a uno de ellos. En el caso sub lite, se ha dado lo que en doctrina se llama litisconsorcio pasivo necesario, que es constituido por todos los coherederos administradores, que actúan conjuntamente y son responsables de su gestión. Tal situación procesal se da cuando la sentencia que pueda dictarse de manera eficaz, en cuanto a todos los que participan de la relación sustancial controvertida en el proceso, de modo que se requiere la cita de los que forman parte de ello".

En síntesis, en la medida en que a raíz de un acto o negocio se forman obligaciones y derechos para varios, con independencia de que ésta pueda resultar fraccionable en el cumplimiento de prestaciones, la propia validez y existencia de la relación material, concierne a todos por igual.

- Posición pasiva o activa frente a la pretensión:

1 En cuanto la demanda identifica a una pluralidad de demandados bajo un supuesto propio del litisconsorcio pasivo, se está realizando una afirmación que puede o no concordar con la realidad, y es la que de todos los demandados en ella lo son, precisamente, porque están en contra de lo pretendido por el actor. Esto, sin embargo, puede no ser así en diversas ocasiones, sobre todo cuando la acción que se ejercita tiene efectos mero-declarativos y no de condena. Es decir, deviene factible que más de uno de los sujetos de la relación, de hecho alguno o algunos señalados como demandados, acepten que el contrato o el testamento en efecto resulta nulo y, en esa óptica, consideren que no tiene sentido oponerse a la pretensión, pero no ya sólo porque no tienen argumentos para ello sino porque participan del interés jurídico de que se estime la pretensión actora.

Como esto insistimos es posible, el propio art. 78 CPCM, segundo párrafo, contempla con buen criterio que en dicha hipótesis la persona dejará de ser litisconsorte pasiva y "será tenida por demandante a todos los efectos, sin necesidad de presentar escrito de demanda".

Esta fórmula, con todo, puede resultar insuficiente cuando el "nuevo" codemandante espera extraer de la sentencia estimatoria no solamente efectos jurídicos comunes sino particularizados en torno a ciertas circunstancias personales propias. Cuando eso es así, aparece necesaria la posibilidad de permitirle deducir una demanda aparte.

2. Tanto en este último caso (petición de tutelas individualizadas, además de lo pedido por el actor inicial), como cuando lo que ocurre es que alguno de los señalados litisconsortes coinciden con el fin de la acción ejercitada, pero no con el método seguido (discrepancia en la línea argumental de la demanda), resulta necesario dispensar al sujeto ya no una posición pasiva, sino activa en el proceso, pero sin encadenarlo a su vez a los términos de la pretensión de la demanda ya presentada.

Por todo esto, el citado art. 78 CPCM sigue diciendo que si el señalado litisconsorte "estuviera conforme con la nulidad pero por causa diferente, presentará la correspondiente demanda en el plazo concedido para contestar".

Y como tal segunda demanda, acumulada así en el mismo procedimiento por autorización legal, obligará a dar traslado de ella "a los demás demandados para que puedan formular la oportuna contestación, con suspensión del plazo para la celebración de la audiencia preparatoria" –proceso ordinario- o la audiencia de prueba del abreviado.

3. Cuando sean varios los que quieren plantear demanda por separado sobre sobre la nulidad de idéntico acto, acuerdo o negocio jurídico, la ley lo permite siempre que soliciten al órgano judicial al formalizarlas, que se tengan por acumuladas al mismo procedimiento por tratarse

del supuesto del art. 78, sea que se trate de un proceso ya abierto, o que se halla deducido una primera demanda todavía pendiente de proveerse su admisión a trámite (art. 78 último párrafo).

- La solidaridad rompe el litisconsorcio, salvo en el supuesto de los arts. 76 y 78 CPCM:

Con carácter general, las obligaciones solidarias tanto desde el punto de vista activo como pasivo, rompen el presupuesto de todo litisconsorcio necesario, precisamente porque la ley faculta para intentar la acción a cualquiera de los acreedores (activo) contra uno, varios o todos los deudores y, a la inversa, permite a la parte actora exigir el cobro de la obligación a uno solo de los deudores -art. 1385 CC- y no a todos (pasivo), sin perjuicio, claro es, tanto de la amplitud de las excepciones que podría oponer el demandado en ese caso –ver art. 1391 CC- y del derecho de repetición ante los demás, para resarcirse de lo pagado con exceso.

Esta concepción tradicional, imbuida desde el ordenamiento sustantivo, presenta sin embargo ahora las excepciones de los arts. 76 y 78 CPCM.

Así, aun respecto de las obligaciones solidarias resultará necesario que todos deudores de la obligación indivisible, o titulares de la cosa común indivisa que ha generado la deuda, o de la que se pide su nulidad, anulabilidad o extinción, sean llamados al proceso sin excepción para que puedan defenderse como entiendan procedente, pues prima en este caso el dispositivo procesal por sobre lo dispuesto en los arts. 1398 y 1399 CC[64].

Todo ello sin perjuicio, que es algo distinto, de que una vez obtenida una sentencia de condena, en el proceso donde de tal guisa se ha demandado a todos, se pueda dirigir después la ejecución forzosa contra aquel o aquellos de los deudores más solventes (a cuyos efectos ejecutivos sí sigue valiendo la previsión solidaria de los arts. 1398 y 1399 CC), y sin perjuicio del derecho de repetición entre ellos.

1.14.12 Litisconsorcio voluntario:

El art. 80 del nuevo Código recoge también la institución del litisconsorcio voluntario, también llamado facultativo, que comparte con aquel otro el requisito común de la pluralidad de demandantes o de demandados, pero con un sentido y unas consecuencias, esencialmente distintos.

Aquí, en el voluntario, no se trata de una única relación jurídica que vincula simultáneamente a varios sujetos y determina, por ello mismo, la reunión de todos en la *litis* con el fin de garantizar la defensa y la cosa juzgada unitaria. En el voluntario, más bien, suele tratarse

64 Art. 1398 CC: "Cada uno de los que han contraído unidamente una obligación indivisible, es obligado a satisfacerla en el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad, y cada uno de los acreedores de una obligación indivisible tiene igualmente derecho a exigir el total".
Art. 1399 CC: "Cada uno de los herederos del que ha contraído una obligación indivisible es obligado a satisfacerla en el todo, y cada uno de los herederos del acreedor puede exigir su ejecución total".

de una pluralidad de relaciones jurídicas que guardan entre sí una conexión objetiva, y que justamente por concernir a varias personas, comporta también un problema de legitimación y no sólo de acumulación de pretensiones.

De esta manera, y por razones estrictamente de economía procesal, el legislador entiende que debe permitir el ejercicio de aquellas acciones que uno tenga contra varios, o varios contra uno, o varios contra varios, siempre que las distintas pretensiones guarden identidad de título o causa de pedir y por tanto faciliten la labor de enjuiciamiento de los distintos objetos procesales, en vez de forzar una dispersión de causas judiciales, cuando a fin de cuentas los hechos van a ser sino los mismos sí parecidos y el problema jurídico básico a resolver tampoco difiere.

Esta modalidad litisconsorcial presenta clara aplicación en tres ámbitos materiales:

a) En el campo de las acciones colectivas, ya por responsabilidad extracontractual por los daños y perjuicios causados a varias personas; ya en materia de consumidores y usuarios debido a la fabricación o comercialización de productos o servicios defectuosos, resultando afectada una pluralidad de clientes.

b) Cuando se trata de una serie de contratos casi idénticos con arreglo a su objeto, en el que una de las partes siempre coincide (contratos de alquiler suscritos por el propietario de los apartamentos de un edificio con los distintos inquilinos, contratos en serie comercializados por entidades financieras o de seguros, etc.).

c) En los supuestos donde la ley prevé la existencia de responsabilidad subsidiaria de un sujeto, en caso de incumplimiento de la responsabilidad principal de otro. Puede tratarse al efecto de obligaciones de origen contractual[65], extracontractual[66], de responsabilidad civil *ex delicto*[67], y en fin, de la asumidas por el Estado actuando como garante del sistema financiero[68].

---

65 Con carácter general, ver arts. 1505, 1517 y 1791.5ª CC; arts. 613, 1152 CCom.
Ver también art. 4 LSA sobre los bancos y la información errónea, incompleta o falsa que trasmitan de los pagos de obligaciones aduaneras de sus clientes.

66 "En el caso de autos, se trata de un litisconsorcio voluntario y no necesario, ya que ha dependido de la voluntad del actor, demandar a quienes éste considera que debe cancelar los daños y perjuicios que se dicen causados, y en ese sentido, así pudo haber sólo demandado al señor Fiscal General, o a las dos personas respecto de quien lo ha hecho, o adicionando a la señora Jueza de Instrucción de San Luis Talpa; esto porque la acción es divisible, tan es así, que del mérito de las pruebas del proceso podría ser absolutoria para uno de los demandados y condenatoria para otro de los que están en esa misma calidad…": Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, de 22 de diciembre de 2004, dictada a las 15 horas, en proceso de apelación contra Sentencia dictada en primera instancia por la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, en demanda de responsabilidad civil por daños y perjuicios contra dichos funcionarios, y la subsidiaria del Estado, por falsa imputación penal a los reclamantes (ref. apelac. 1703 SS).

67 Ver arts. 38 y 119 y ss CP. Ver también la Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema citada en la nota anterior. En lo que aquí nos importa, la acción civil ex delicto puede entablarse en un proceso civil –de tal modo regido por las previsiones del CPCM- si se hizo reserva de ella en la vía penal por el ofendido, conforme facultan los arts. 43 (para los delitos de acción pública) y 44 (delitos de acción privada) CPP.

68 De esta guisa, por ejemplo, art. 245 CN ("Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación

Es evidente que aquí no resulta posible vincular por sentencia al responsable subsidiario si antes no es llamado al proceso como co-demandado para que se defienda, pudiendo alegar las defensas comunes y las propias que tuviera con el acreedor.

Este último no tiene desde luego la carga de demandar a ambos (por ello se trata de un litisconsorcio facultativo), pero si dirige su acción sólo contra el responsable principal, la sentencia -estimatoria o no- vinculará exclusivamente a quien a la sazón resultó demandado.

Una insolvencia patrimonial suya no puede subsanarse dirigiéndose sin más en vía ejecutiva contra los bienes del responsable subsidiario: el acreedor tendrá que montar otro proceso para que se declare judicialmente la obligación de este último, precisándose el alcance de tal responsabilidad subsidiaria, y donde deberá quedar establecido también como cierta la obligación principal que da pie a responder de ello, vinculando con efecto de cosa juzgada lo que hubiera podido juzgarse al respecto en el proceso previo entre acreedor y responsable principal69.

Respecto del concepto de identidad de título o causa de pedir, nos remitimos a lo explicado en el tema del objeto del proceso y la acumulación de procesos (art. 106 CPCM).

1.14.13 Tratamiento procesal del litisconsorcio:

Como podrá suponerse, la cuestión varía según que nos encontremos ante un litisconsorcio necesario, o simplemente voluntario. En el primer caso está en juego la correcta constitución de la relación jurídica procesal en su aspecto subjetivo y, por ende, la propia validez del proceso.

En el segundo desde luego la correcta aplicación siempre de las normas procesales, pero no la satisfacción de un imperativo superior sino el ejercicio de una opción del actor. Por tanto y distinguiendo, tenemos:

1.14.13.1 Cuando sea litisconsorcio necesario, tanto activo como pasivo:

a) Cabe control de oficio del juez en la propia fase inicial de admisión de la demanda, de manera que si advierte la existencia de esta figura y que en la demanda no vienen todos los sujetos que han de estar en el proceso (como actores o como demandados), deberá otorgar plazo perentorio al actor para que corrija el escrito, so pena de decretar la improponibilidad de la demanda ex art. 277 CPCM (por faltar un presupuesto esencial subjetivo del proceso).

---

a los derechos consagrados en esta Constitución"); art. 121 párrafo último CP (por el que "resulta obligado subsidiariamente el Estado, por los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus funcionarios o empleados con motivo del desempeño de sus cargos; de igual manera responderán las instituciones públicas autónomas y las municipalidades cuando así expresamente lo ordene la ley"); art. 62 LBHES respecto de las cédulas emitidas por el Banco Hipotecario (precepto interpretado por el Decreto 44 de la Asamblea Legislativa, de 21 de mayo de 1935); y art. 21 LFNVyAAP sobre los bonos nacionales de vivienda y sus intereses;

69 Dejamos aparte las especialidades administrativas en materia tributaria: ver art. 275-B del CTri

b) A instancia de parte, el demandado en su contestación (art. 77 CPCM) puede oponer una excepción procesal por defectuosa constitución del debido litisconsorcio, en cuyo caso habrá de resolverse por el juez en el acto de la audiencia preparatoria del proceso ordinario, conforme a lo previsto en el art. 301 CPCM y con el mismo plazo de 10 días que en él se establece[70] (remitimos al lector al tema correspondiente). Siendo el proceso abreviado, lo hará dentro de la audiencia de prueba teniendo en cuenta las reglas del citado art. 301.

Pero aunque el juez estime, en efecto, que debe haber integración litisconsorcial, la decisión última de llevar a cabo tal integración recae sobre la parte que ha presentado la demanda: si ésta no acepta la decisión del órgano judicial, no lo hará, bien que con la consecuencia entonces de que el proceso se archive.

c) Aparte de la posible alegación del demandado en la contestación en la demanda, nada obsta a que el propio actor se dirija al órgano judicial advirtiendo que existe un problema de defectuoso litisconsorcio necesario, a fin de que se le permita corregir la demanda.

d) También resulta posible que el litisconsorte no emplazado al proceso pero que llega a tener conocimiento extrajudicial del mismo, aparezca y solicite que se le tenga como parte (actora, o demandada, según corresponda). En esa situación, el art. 79 CPCM párrafo segundo CPCM prevé que se oiga a las partes por plazo de sólo tres días y el juez resuelva luego. El plazo aquí no se ha uniformado (a pesar de que el problema que suscita sigue siendo el mismo que si lo denuncia el demandado en la contestación) y por tanto al mismo habrá de estarse, aunque si la causa llega al trámite de audiencia preparatoria, prevalecerá el 301 y los diez días que establece. Sea como fuere, si el juez accede a la petición, cabe la posibilidad de que el actor se niegue expresamente, lo que, a falta de norma en contrario, debe llevar al archivo del proceso, no a que éste continúe con una parte co-demandada contra el que el actor no tiene interés en pleitear. Suya es la carga de que se sobresean las actuaciones y no podrá quejarse si así lo acuerda el juez ante su negativa a aceptar la integración del litisconsorcio, pero no se le puede obligar a que demande a quien no quiere.

e) Finalmente, ¿qué ocurre a partir del momento en que el litisconsorte comparece para defenderse y no aparecen obstáculos para tenerle por tal parte? El Código distingue en este punto, mismo art. 79, entre el litisconsorte que había sido emplazado para actuar como demandado y se entera con posterioridad de la incoación del proceso, personándose en el mismo, y el supuesto donde no ha sido emplazado siquiera a contestar la demanda, pero comparece. Con buen criterio, la ley entonces ordena que el proceso se tenga por válido en la primera hipótesis, sin posibilidad de retroacción ni repetición de loa ctuado, permitiendo al litisconsorte desde ese momento realizar

70 Por un lapsus, el art. 77 CPCM aprobado en 2008 preveía un plazo de tres días para integrar el litisconsorcio, lo que chocaba con el plazo de diez otorgado a su vez por el art. 301. A virtud de la reforma de 2010, se han uniformado ambos plazos en el sentido indicado.

todos los actos que restan del procedimiento. Mientras que en la segunda hipótesis (falta de emplazamiento), por interpretación *a contrario sensu* del supuesto anterior ("…salvo que…", dice la norma), el juez deberá decretar la nulidad de actuaciones y retrotraer la causa a la fase de contestación a la demanda, a partir de la cual todos actuarán con los mismos derechos y prerrogativas.

1.14.13.2 Cuando sea litisconsorcio voluntario:

a) No se prevé control de oficio sino solamente a instancia de parte, básicamente el que puede ejercitar el demandado en forma de excepción procesal, con las variantes al respecto que hemos trazado antes para el litisconsorcio necesario.

b) En esencia, cambia además la naturaleza del defecto que podría denunciarse en estos casos, que no es tanto ya un problema de falta de litisconsorcio sino justo al contrario: que el litisconsorcio (voluntario) que se alega en la demanda en realidad no concurre, al faltar alguno de los requisitos del art. 80 CPCM, ya en lo subjetivo (no coinciden las partes de dos o más de las pretensiones deducidas), ya del objetivo (no existe identidad del título o causa de pedir).

c) No se dispone nada en el art. 80 en cuanto al régimen del litisconsorte voluntario que comparece después. El problema, desde la perspectiva de si hay que retrotraer o no las actuaciones del proceso cumplidas en su ausencia, no conciernen si bien se mira tanto al hecho en sí de la pluralidad de partes, como a la circunstancia de concretar si realmente el individuo detenta o no un derecho subjetivo o un interés legítimo directo, respecto del objeto controvertido en alguna de las pretensiones acumuladas (legitimación), pues en esa medida habrá indefensión si no se la emplaza como demandada y se busca que la sentencia surta efectos para ella.

   Si, por el contrario, se la emplazó pero no contestó la demanda, compareciendo después, cabe aplicar por analogía el art. 79 en el sentido arriba visto, es decir, no habrá entonces retroacción de los autos sino que el demandado aprovechará los actos que resten para defenderse.

1.14.14 Intervención de tercero: el coadyuvante:

1.14.14.1 Concepto y supuestos:

1.14.14.1.1.- Concepto:

Recoge asimismo el art. 81 del CPCM la figura del "coadyuvante", conocido también en doctrina como "interviniente adhesivo", o más modernamente como "interviniente" (art. 13 LEC). Hablamos en estos casos de un sujeto que no forma parte de la relación material controvertida, pero a la que ésta no le resulta indiferente, pues de su resultado pueden surgir efectos reflejos positivos para su propia posición. Ese interés legítimo se vuelve por ello coincidente o alineado con la pretensión que sostiene la parte actora o en su caso el

demandado, o dicho de otro modo, la única manera de ayudar causalmente a lograr un efecto favorable a sí mismo es contribuyendo que triunfe la pretensión que se identifica con sus propios intereses.

No ha de confundirse la exigencia hecha por el art. 81 CPCM, en cuanto al interés "directo y legítimo" del coadyuvante, y el interés legítimo que se tutela en el proceso en cuestión, que puede ser eso, justamente (un interés legítimo), o bien un derecho subjetivo (ver las consideraciones que hemos hecho al principio de este tema sobre los títulos de legitimación directa), cuya titularidad pertenece a su vez a los sujetos que son parte originaria, actor y demandado.

De allí que el precepto referido aclare que el interés del coadyuvante, aunque sea directo, no se corresponde con el "objeto principal en litigio", respecto del cual únicamente guarda una "relación de subordinación o dependencia".

1.14.14.1.2.- Supuestos:

a) Con frecuencia, la aparición del tercero en el proceso y su solicitud de ser tenido como parte coadyuvante, no viene precedida de ninguna actuación del órgano judicial tendente a facilitar el ejercicio de esa intervención, sino que ello se debe simplemente a su conocimiento extraprocesal de la pendencia de la causa, a veces gracias a la noticia de aquella de las partes a la que puede ayudar, pero sin constancia ni efectos intraprocesales de tal comunicación.

b) En ocasiones, con todo, la ley impone al órgano judicial el deber de efectuar la notificación a terceros de la incoación del proceso, en concreto sobre aquellos quienes, por la lectura del escrito de demanda, resultan afectados *prima facie* de manera refleja pero tangible, por las resultas del litigio:

-- Dentro del propio CPCM, el art. 179 se refiere a la "notificación a quienes no sean parte en el proceso", aunque esto no tiene que ver con la notificación a terceros afectados, sino a la citación de quienes han de colaborar en el procedimiento como testigos, peritos o prestando otro tipo de auxilio (depositarios, etc.).

-- Con mayor aplicabilidad, el art. 230 CPCM párrafo segundo, inciso segundo recoge la extensión a terceros de los efectos de la cosa juzgada, cuando aquéllos hubieran sido "citados a raíz de la demanda"[71].

Citados, se entiende, como tales terceros, pues sino no sería extensión de la cosa juzgada, sino despliegue de sus efectos naturales frente a quienes han figurado como parte.

71 Art. 230 párrafo segundo CPCM: "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".

-- Fuera del Código Procesal, podemos encontrar supuestos en que se ordena al órgano judicial la notificación de la demanda (una vez admitida) a los terceros perjudicados por la acción del demandado: así, tanto en las acciones del licenciatario en materia de patentes ex arts. 91-A, 92-A y 170 LPI, debiéndose dar traslado de la demanda a quienes tuvieran derechos inscritos o resultaren infringidos.

-- Desde luego, también puede excitar la intervención de tercero, aunque ya en fase de recurso, lo dispuesto en el art. 169 del Código, en cuanto a la notificación de la resolución definitiva del pleito "en el más breve plazo a las partes *y a los interesados*".

c) Por excepción y como ya dejamos apuntado al hablar de la legitimación indirecta, de manera excepcional la coadyuvancia puede servir para permitir la entrada al proceso del titular de la relación material que, manteniéndose inactivo, permitió en aquellos supuestos autorizados *ex lege* la interposición de demanda por un sustituto (el legitimado indirecto), sin necesidad de contar con la presencia efectiva de dicho titular material. Mas, si éste percatado después de la apertura de la contienda en la que a fin de cuentas se trata sobre derechos propios, decide pedir su entrada, no puede serlo ya como demandante –a lo sumo, podría interponer demanda y pedir la acumulación de procesos-, sino como coadyuvante de la pretensión deducida por el legitimado indirecto. Mientras no aflore un conflicto de intereses, la mera entrada del titular material, decíamos, no invalida la demanda del sustituto (la ley, no lo olvidemos, está tutelando también el interés legítimo de éste, al otorgarle la facultad de demandar), que seguirá su curso. Pero tampoco obviamente se puede ni debe impedir la presencia del titular material. De allí que el título procesal de su legitimación, en ese peculiar pero factible caso, sería el de coadyuvante.

En la misma situación se halla el titular del derecho de patente en cuanto a la acción ejercitada por el licenciatario (ver art. 170 LPI), si bien ya dijimos en el tema de la legitimación indirecta que este supuesto legal no se ajusta exactamente a sus características, pues el licenciatario actúa ante la inactividad del titular material, sí, pero merced a la perturbación o perjuicio que está sufriendo de manera directa en el goce y ejercicio de su licencia, no por el mero interés legítimo de defender el derecho ajeno de aquél.

1.14.14.2 Alcance de sus actos:

Una vez identificada la sintonía del tercero con la postura del actor o la del demandado, y aceptada por el juez la titularidad de un interés legítimo propio en cuanto su afectación refleja a las resultas del pleito, el otorgamiento de la condición de coadyuvante le convierte a partir de ese punto, ya no en tercero sino en parte.

Dependiente en origen de otra, pero con importante capacidad de autonomía para manejarse dentro del procedimiento, siempre y cuando no entre en conflicto con la del titular originario.

El coadyuvante, por tanto, deviene siempre un tercero, que no ostenta la posición de sujeto activo o pasivo de la acción ejercitada en la demanda; y quien por tanto no podía haber

formalizado ésta ni ser formalizada en su contra, porque son actos que corresponden únicamente a las partes originarias y que sirven además para trazar los confines objetivos del pleito, objeto sobre cuya delimitación el coadyuvante nada puede interferir.

El art. 82 del Código determina que el coadyuvante puede realizar todos los actos del proceso, excepto aquellos de los que resulte que actúa "en contra de la parte a la que ayuda, ni [podrá] realizar actos de disposición del derecho de ésta".

En cuanto el juez admite tenerlo como coadyuvante podrá formular las alegaciones de fondo a favor del actor o del demandado, si no lo ha hecho ya en el propio escrito donde solicitaba se le tuviera por coadyuvante. Además, se entiende que podrá formular peticiones de pruebas, pedir la apertura de incidentes si fuera procedente, y evacuar todo trámite de audiencia que sea abierto a las parte en general.

De manera expresa asimismo, aclara la ley que una vez recaída sentencia en la instancia o grado procesal correspondiente (art. 82 último párrafo), el coadyuvante podrá recurrirla sin necesidad de recabar la conformidad de alguno de los legitimados originales, quienes podrían de hecho mantenerse inactivos y no recurrir.

1.14.14.3 Tratamiento procesal:

3.1.- Finalmente y porque estamos hablando de una parte meramente contingente, no necesaria, del proceso, la validez de éste no pende del correcto llamamiento del tercero a la *litis* (no es asunto de correcta constitución de la relación jurídica procesal), sino que la iniciativa de personación corresponde al propio tercero, quien habrá tenido conocimiento del proceso por otras vías. Mas, siendo ello así, no significa que el tercero no tenga derechos ni que pueda atropellarse su posición.

El tercero tiene derecho a ser tenido como coadyuvante con base en el art. 81 CPCM, siempre que cumpla con su carga de alegar un interés legítimo propio, reconocible como repercusión o efecto reflejo a lo que pueda resolver la sentencia futura, un interés individualizable y no abstracto. No deviene discrecional para el juez otorgarle o no dicha condición de parte coadyuvante, es un tema de estricta legalidad, aunque sin duda si dispondrá el juez de cierta flexibilidad para medir el susodicho interés legítimo reflejo.

1.2.- Será normalmente tras la contestación de la demanda, o como mínimo no antes de la admisión a trámite de la demanda, cuando el coadyuvante (uno o varios) solicitará al juez que se le tenga como tal, con identificación en su escrito del interés legítimo que defiende (explicando, pues, cómo y en qué medida aprecia que la futura sentencia puede afectarle).

El art. 81 habla de que el juez efectúe un primer control *prima facie* de sus alegaciones, que si revisten por tanto apariencia de credibilidad (si la solicitud, en palabras del art. 81, "no se hubiera denegado de plano") abrirá trámite de alegaciones a las partes ya personadas para que éstas puedan opinar sobre la solicitud de coadyuvancia del tercero, y con arreglo a ello proveerá en definitiva sobre su solicitud.

1.3.- Una vez admitida su presencia como coadyuvante, deberá evacuar las alegaciones de fondo a favor de la postura del actor o del demandado, si es que no estaban contenidas en el propio escrito de solicitud. De tales alegaciones de fondo se dará trámite de audiencia a las partes ya personadas (actor y demandados originales, y eventualmente otros coadyuvantes más antiguos) por plazo de tres días conforme al art. 82 párrafo segundo para que todas ellas puedan pronunciarse sobre esas alegaciones (para entendernos: un segundo trámite de audiencia, pues ya tuvieron uno para pronunciarse sobre si se le permitía la entrada al coadyuvante en la *litis*). En definitiva, para que puedan atacar, o a la inversa reforzar y alabar, la línea de defensa que ha venido a sostener el coadyuvante.

1.14.15 La intervención provocada:

1.14.15.1 Concepto:

1.1.- La intervención provocada supone la entrada de un tercero en un proceso, a requerimiento de una de las partes, con el doble propósito de contribuir a la defensa de su pretensión, y a que la sentencia definitiva vincule al tercero, si bien con efectos limitados. Comparte la intervención provocada con la figura de la coadyuvancia un presupuesto común: el beneficio que puede para el demandante o del demandado el que actúe un tercero en refuerzo de su posición. Difiere sin embargo de aquélla, en cuatro tres esenciales:

-- En primer lugar, la iniciativa de entrada del tercero recae sobre el litigante favorecido con su intervención, siendo suyo el interés por que comparezca, de tal manera que es la parte quien se dirige al juez solicitando el llamamiento del tercero, quien a su vez posiblemente nada sepa hasta ese momento del proceso incoado. A la inversa, pues, de como ocurre en la coadyuvancia (donde es el tercero quien solicita se le tenga como parte).

-- En segundo lugar, mientras que en la coadyuvancia la actuación del tercero viene impulsada por la expectativa para éste de alcanzar efectos positivos reflejos si la parte a la que ayuda vence en el litigio; por el contrario, en la intervención provocada, la actuación del tercero va dirigida no tanto a lograr una ventaja sino a evitar un perjuicio, que sería el derivado de la desestimación de la pretensión de aquel a quien refuerza, en cuanto puede provocar la exigencia de obligaciones que tenía adquiridas con la parte, a virtud de una relación propia entre ambos.

-- Por último y enlazando con lo que acaba de decirse, dado que entre la relación material litigiosa y aquella otra que une al tercero con la parte, existe un nexo causal –lo que no se da en la coadyuvancia-, lo que resuelva la sentencia respecto de aquella primera (la relación litigiosa) causará un efecto positivo de cosa juzgada (prejudicialidad) sobre esta segunda, de manera que los hechos y derechos ya estatuidos aquí no podrán revisarse ni volverse a debatir entre ambos, en la hipótesis de un ulterior proceso de uno contra el otro. A este respecto, art. 230 párrafo segundo del CPCM (del que ya hicimos cita al hablar de la coadyuvancia).

1.2.- Por otro lado, existe un aspecto sustancial que separa los casos de intervención provocada que ahora veremos, y aquellos otros donde la ley ordena notificar al tercero la admisión de la

demanda, por si resulta de su interés personarse en el proceso (ver art. 230 párrafo segundo CPCM; arts. 91-A, 92-A y 170 LPI): en aquéllos (intervención provocada), el tercero queda vinculado por los efectos de la sentencia comparezca o no comparezca, pues su llamamiento persigue precisamente constituir ese vínculo judicial también para él.

En el segundo grupo de casos, la notificación de la demanda únicamente otorga una facultad –la de comparecer- y desactiva la posibilidad de indefensión al tercero interesado quien luego no podrá pedir la nulidad del juicio por no advertírsele de su pendencia, pero nada más.

A menos que el tercero dé voluntariamente el paso y pida que se le tenga como coadyuvante –o eventualmente como litisconsorte, si debió ser llamado como parte-, ningún efecto vinculante se engendrará para él con ocasión de la sentencia definitiva dictada.

Aclarado lo que antecede, veamos entonces como está regulada esta institución de la intervención provocada:

1.14.15.2 A favor del demandante:

1.14.15.2.1.- Supuestos:

La intervención provocada ha de estar prevista expresamente en la ley, dados los severos efectos que produce sobre alguien formalmente ajeno a la relación controvertida: ante todo imponiendo al tercero una auténtica carga procesal, como es la de comparecer a la litis para contribuir a la defensa del otro e indirectamente a la suya propia, vinculándole además con la decisión que se dicte, aparte de tener que soportar las costas procesales pagadas por su propia defensa.

Sea entonces por razones de economía procesal o de seguridad jurídica, no resulta admisible consentir el llamamiento incontrolado de terceros al proceso sin mediar voluntad previa de los mismos, sino en los casos previstos en la ley. Así se encargan de enfatizarlo los arts. 83 y 84 del Código, donde respectivamente se trata de la intervención provocada "o denuncia de la *litis* del demandante", y la del demandado.

Siguiendo este mismo orden y empezando por la intervención provocada a instancias del demandante, es lo cierto que a pesar de su previsión en el CPCM, las leyes ni en El Salvador, ni en países de nuestro entorno no suelen ocuparse de contemplar supuestos de esa modalidad, dirigiendo su atención más bien a los casos de intervención provocada del demandado, como luego veremos. Sin embargo, existen dos ámbitos en los que puede tener virtualidad esta primera subespecie:

a) En el ejercicio de acciones mero-declarativas, cuando el titular del derecho sobre el que sabe existe un conflicto extrajudicial, toma la iniciativa y antes de ser demandado, deduce él la demanda con el fin de obtener una sentencia que asegure la virtualidad de su derecho, transmitido previamente por el tercero, al que llama en refuerzo de su posición y para que le vincule el fallo que se dicte. Para

entendernos, se trata de las mismas hipótesis que pueden dar lugar a la intervención del demandado, pero donde éste ha tomado antes la iniciativa, siendo entonces demandante, de modo que la intervención del tercero se provoca por el actor.

b) Como una concreción de lo que acaba de decirse, podría ser el caso de una acción de jactancia (ver arts. 256.10 y 261.6º CPCM) en la que se insta al supuesto acreedor que alardea de ello a que concrete su reclamación judicial contra el actor, o a que cese en la ostentación del presunto crédito, a cuyo fin se pide el emplazamiento del tercero causante del crédito discutido.

1.14.15.2.2.- Tratamiento procesal:

a) Para esta primera modalidad, el Código en su art. 83 señala que solicitado el emplazamiento del tercero por el actor, bien sea en su demanda o en otro momento ulterior cuando la ley así lo disponga "expresamente", deberá el juez verificar que este último parece tener "vínculo, obligación o responsabilidad respecto del objeto del proceso", en el sentido antes explicado de vínculo o conexión causal con una segunda y distinta relación material, la que le une con el actor. Sobre esta base el juez proveerá.

b) No dice el precepto que deba escucharse a las demás partes antes de resolverse –como sí lo hace en la intervención a instancia del demandado-, lo cual parece tener una lógica estrictamente procedimental y es que si, tal como se supone, la solicitud de intervención debe despacharse junto con la propia admisión a trámite de la demanda, nos hallamos en un momento inicial del proceso en el que sólo existe una parte personada, el demandante, cuya opinión ya se conoce, por lo que no tiene sentido consultar a nadie más.

   Esta premisa, no obstante, se caerá si se pide cuando la ley permita el emplazamiento en otro momento posterior a aquel en el que ya se ha personado el demandado y lógicamente su criterio también cuenta, no de modo vinculante pero sí preceptivo.

c) Como la relación material del tercero no es propiamente la discutida en el pleito, el art. 83 aclara que el tercero intervendrá "sin la calidad de demandado", sino como tercero. Eso sí, una vez admitido dispondrá "de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes".

   Con una única excepción, claro: la de no poder ejercer disposición alguna sobre el objeto del proceso (desistimiento o renuncia, en este caso, ya que hablamos de un alineamiento con la parte actora), pues tal objeto no le pertenece.

   La autocomposición deviene acto personalísimo que proscribe para el tercero el art. 82 *in fine* para el coadyuvante, dispositivo que ha de aplicarse aquí por analogía también aquí.

1.14.15.3 A favor del demandado:

1.14.15.3.1 Supuestos:

También para esta intervención provocada del demandado, se requiere que el tercero tenga con aquél un "vínculo, obligación o responsabilidad respecto del objeto del proceso" (art. 84 CPCM), como antes veíamos, en grado tal de verse repercutido en su propia relación jurídica con la que guarda nexo de causalidad. El caso más típico en esta materia es de la responsabilidad por garantía, tanto de la realidad del título como del ejercicio del derecho que el tercero transmite a la parte, deduciéndose frente a este último una acción en contra precisamente por cuestionarse su validez. Tal cosa ocurre:

a) En el saneamiento por evicción de la cosa recibida de un coheredero (art. 1190 CC), o la evicción sufrida por éste (art. 1226 CC).

b) En el saneamiento por evicción de la cosa vendida: arts. 1627 y 1639 y ss CC.

c) En el saneamiento debido por el arrendador al arrendatario, en cuanto a la posesión del bien (evicción): arts. 1704 y 1718 CC

d) En el saneamiento por vicios ocultos, tanto de la cosa vendida (acción redhibitoria de los arts. 1659 y ss CC); como de la cosa arrendada (art. 1722 CC), este último con aplicación al ámbito de la intervención provocada sobre todo en la hipótesis de un subarrendamiento (art. 1734 CC).

1.14.15.3.2 Tratamiento procesal:

a) La solicitud de que se tenga al tercero como parte derivada forzosa, ha de hacerla el demandado en el plazo del que disponga para contestar a la demanda, es decir, antes de realizar esta última, trayendo como consecuencia inmediata la suspensión del citado plazo para contestar (art. 84 párrafo primero CPCM), hasta tanto se resuelve sobre la entrada del tercero.

b) Aquí deviene preceptivo entonces consultar a las demás partes personadas por tres días, tras lo cual el juez proveerá lo que corresponda con arreglo, se entiende, a la legalidad y no discrecionalmente. De accederse a lo solicitado se emplazará al tercero "en idénticos términos a los establecidos para el emplazamiento del demandado" (art. 84 párrafo tercero CPCM) y a partir de ese momento pueden suceder tres cosas:

b-1.- Que el tercero no comparezca, en cuyo caso el juicio se reanudará y con ello el plazo del demandado para contestar a la demanda, quedando vinculado el tercero por las resultas del proceso.

b-2. Que el tercero comparezca y presente sus alegaciones en defensa de la posición de la parte que le ha llamado, y en defensa de su propia posición, ante los pronunciamientos de fondo

que podría hacer la sentencia: por ejemplo, podrá negar tener ningún pacto de garantía con el demandado, por no haberle trasmitido el derecho en litigio. A partir de ese momento el tercero, asimismo, actuará como una parte más del proceso, aunque dependiente de la defensa de quien le ha convocado.

b-3. Que el tercero se identifique como el verdadero titular de la relación material. En este peculiar caso, y de acuerdo a lo autorizado por el art. 84 párrafo cuarto del Código, el demandado podrá pedir que se tenga al tercero como la verdadera parte demandada, saliendo él de la contienda. Si a la vista de lo argumentado, el juez lo acepta, "se procederá conforme a lo dispuesto para la sucesión procesal" (ver epígrafe siguiente).

c) Tanto si el juez rechaza la solicitud de intervención, como si el tercero acude y presenta sus alegaciones, se reiniciará el cómputo para el demandado del plazo que le quedaba para contestar la demanda cuando hizo la solicitud de llamamiento del tercero ("…en el plazo que le hubiera restado…"), ex art. 84, párrafo último CPCM.

1.14.15.4 Representación procesal en caso de pluralidad de partes:

Finalmente, y aunque ya hemos traído antes a colación este precepto, indicar que el art. 85 del Código introduce la regla general de que los sujetos que actúan bajo una misma posición procesal deberán hacerlo con una única representación y defensa (abogado), salvo en los casos de litisconsorcio facultativo –donde se presupone la autonomía de estrategia jurídica de cada uno, aunque desde luego si comparecen bajo una misma defensa nada opondrá el órgano judicial-, y en los demás casos donde pueda el litigante aducir indefensión, por obligársele a compartir una tesis de defensa con la que discrepa.

SUCESIÓN PROCESAL

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Sucesión procesal: concepto.- II.- Sucesión por causa de muerte.- III.- Sucesión por transmisión del objeto litigioso.- IV.- Sucesión por disolución de personas jurídicas.

1.14.16 Sucesión procesal: concepto:

La sucesión procesal comporta un cambio de parte, con el fin de adaptar los cambios sobrevenidos en la titularidad de la relación material controvertida (legitimación) durante la tramitación del proceso en alguna de sus instancias, logrando así su acomodación a la realidad de los hechos.

Se trata de permitir que pase a desempeñar el papel de parte a aquel quien ha pasado a convertirse con arreglo al ordenamiento sustantivo en sujeto de la relación material de que se trate, y de eximir continuar con este carácter a quien, por el contrario, ha perdido ese nexo objetivo por alguna de las circunstancias que contempla al efecto la ley y que ahora veremos.

1.14.16.1 Sucesión por causa de muerte:

1. Cuando fallece alguna de las partes, es evidente que el proceso exige determinar si existe alguien al que atribuir la condición de causahabiente de quien venía actuando como actor o demandado, convocándole para que se persone, o proveyendo con un efecto cierto de negarse a ello, o no aparecer nadie en su lugar.

Siguiendo lo regulado en el art. 86 CPCM, se presupone en principio que producido el fallecimiento de la parte, será su sucesor o sucesores (a título universal o particular, según el caso) quien a través previsiblemente del procurador que venía actuando en nombre del causante, informará al tribunal de lo sucedido y solicitará/a que se le tenga como la nueva parte, sea que fueren nombrados interinamente como curadores de la herencia en los términos del art. 1163 CC –al que se remite el dispositivo procesal-, o que incluso ya fuera su adjudicatario definitivo (depende de cuánto se tardó en comunicar el fallecimiento a dicho juez y si el patrimonio ya fue repartido).

Así las cosas, se oirá por plazo de cinco días a las partes personadas, tras lo cual el tribunal accederá al cambio de parte siempre y cuando disponga de los documentos necesarios para autorizar la sucesión procesal (art. 86.1º).

De lo contrario, si se acredita el hecho del fallecimiento pero no el título de sucesión, o éste de todos modos no concierne al bien o derecho en litigio, rechazará el cambio de parte, pero quedará abierto a su vez el problema de la sucesión, que tendrá que resolver el juez como ahora diremos.

2. Puede ocurrir también que sea la parte contraria la que se adelante al procurador de la parte originaria, e informe al tribunal del hecho de su fallecimiento, precisamente con el fin de instar a su sucesión procesal (art. 68.2º). En este caso, si se conoce la supuesta identidad de los herederos o legatarios se comunicará al juez para que se les emplace a comparecer por plazo de diez días a la dirección, domicilio o residencia, que se suministre.

De no conocerse dónde hallarlos, puede acudir al juez a las vías de averiguación que le ofrece el art. 181 CPCM; quedando suspendido mientras tanto el curso del proceso principal. Una vez efectuada la comunicación y si los sucesores responden al llamado y presentan alegaciones, aceptando su condición de causahabientes, el juez los tendrá por tales salvo que existieren datos que impidan tener por cierta su condición.

3. Si distintamente a todo lo anterior, transcurren quince días sin que nadie aparezca reclamando ser tenido como sucesor procesal del fallecido, ni sea identificado como tal a fin de hacerle aquel emplazamiento, el juez deberá proveer al nombramiento de un curador de la herencia yacente, o comunicarlo al tribunal que tenga jurisdicción para ello, suspendiendo mientras tanto el procedimiento. Una vez efectuada la designación de curador, éste representará a la herencia yacente con la personalidad que tiene investida, ex arts. 62 y 86.3º CPCM, reanudándose el trámite del proceso.

4. Finalmente, si los sucesores son identificados y emplazados pero no comparecen porque no quieren ni alegan motivo de fuerza mayor impeditivo, habrá que distinguir si éstos venían a ocupar la posición del actor o del demandado.

En el segundo caso la ley es inexorable: "se les declarará en rebeldía y el proceso seguirá su curso" (art. 87 párrafo primero), siéndoles aplicables todas las reglas propias de la rebeldía, antes y después de que recaiga la correspondiente sentencia.

Si lo fueren de la parte actora y siempre hablando, claro está, de ausencia voluntaria (falta de interés en litigar), el juez deberá tomarlo por imperativo legal (art. 87 párrafo segundo CPCM) como una renuncia tácita, que no mero desistimiento, a la pretensión ejercitada por el causante, con los efectos inherentes a la misma (sobre la renuncia a la acción, nos remitimos al tema siguiente dedicado al Objeto del proceso).

1.14.16.2 Sucesión por transmisión del objeto litigioso:

A esta segunda causa de sucesión procesal se refiere el art. 88 del Código, cuando lo que sea objeto del proceso se hubiere transmitido o cedido y el nuevo titular del derecho exprese su interés al órgano judicial por ocupar en el juicio la posición del transmitente, saliendo este último del debate procesal. En estos casos y dando por supuesto que la persona que presenta el escrito de solicitud o bien la propia parte que venía actuando, aportan la documentación acreditativa del hecho de la transmisión o cesión, el juez lo acordará si no se plantea objeción por la parte contraria (art. 88 párrafo primero). Y si ésta se plantea, "el juez resolverá conforme a derecho", cabiendo entonces dos posibilidades:

a) Que el juez acceda al cambio de parte: en esa tesitura, el sucesor procesal asume todo lo hecho hasta ese momento por la parte originaria, incluyendo sus alegaciones de defensa, sin que quepa pedir retroacción alguna de autos, aunque a partir de ese momento lógicamente dispondrá de todas las facultades de actuación en juicio, pues no es un tercero ni un coadyuvante, es la propia parte principal del pleito. Dice la ley que quedará sujeto también a las "nuevas [alegaciones] que pudieran ejercitarse en su contra", lo que en todo caso debe entenderse comprendido siempre dentro del marco del proceso ya iniciado y en el que ha entrado a ocupar la posición de sucesor. Nada predetermina este precepto, como es natural, respecto de futuras acciones y futuros procesos dirigidos contra la cosa litigiosa.

b) Que el juez no acceda al cambio de parte: si así lo resuelve y, tal como determina la norma en examen, "el transmitente continuará en el proceso, quedando a salvo las relaciones jurídicas privadas que existan entre ambos". Es decir, la no sucesión procesal no afecta en absoluto a la validez del negocio jurídico que haya originado la transmisión o cesión del derecho; lo único que implica es que a los efectos de este proceso, ha de seguir siendo el transmitente quien defienda la posición jurídica ya formalizada.

No precisa en este punto la ley cuáles podrían ser las causas para rechazar la solicitud de sucesión procesal: es evidente que así debe hacerlo si falta algún requisito material que haga dudar de la titularidad de la transmisión, o del hecho mismo de ésta. Mas, sentado que todo esto se cumple, ¿puede rechazar el juez la solicitud de sucesión, simplemente porque entienda menos conveniente para el debate la presencia de una nueva parte? La respuesta, con carácter general, debe ser negativa en cuanto supondría dejar vacío de contenido el dispositivo legal, con el que como hemos visto se pretende ajustar la realidad procesal a la material.

Con todo, no obstante, sí que es cierto que pueden haber situaciones donde el cambio de parte debilite la posición de defensa del contrario, tanto respecto de la pretensión propiamente relativa a la cosa litigiosa, como de otras deducidas en el proceso dentro del marco permitido por el Código (acumulación de pretensiones, reconvención).

En ese sentido, no puede obligarse a una parte a sufrir las consecuencias derivadas de un pacto de su oponente con un tercero, cuando ello puede acarrearle indefensión o una negación de la debida tutela judicial, siendo que incluso puede ocurrir que aquel pacto se haga con el propósito deliberado de lograr el cambio de parte y facilitar la derrota en juicio del contrario, para después retornar la titularidad del bien a su estado primitivo.

Sirva como orientación a este respecto, que podría utilizarse perfectamente como criterio judicial por los tribunales salvadoreños, lo establecido en el art. 17.2, párrafo segundo de la LEC española para esta misma modalidad de sucesión procesal:

> "No se accederá a la pretensión cuando dicha parte acredite que le competen derechos o defensas que, en relación con lo que sea objeto del juicio, solamente puede hacer valer contra la parte transmitente, o un derecho a reconvenir, o que

pende una reconvención, o si el cambio de parte pudiera dificultar notoriamente su defensa".

A diferencia de las excepciones procesales, que casi siempre, de existir, lo es con independencia en todo caso de quien las plantee, no ocurre lo mismo con algunas excepciones de derecho material, donde la subrogación subjetiva sí puede devenir relevante. Piénsese por ejemplo en un pacto de espera suscrito solo con el transmitente para no reclamar la cantidad hasta cierto tiempo; o en una excepción de compensación de créditos. Pero incluso la propia excepción procesal de falta de capacidad, que podría haber sido invocada, o que ya lo ha sido, quedaría desactivada si la nueva parte posee todos los atributos sobre ello.

Y en fin, la reconvención queda casi siempre inutilizada de plano si cambia también la parte actora original contra la que se iba a deducir. Todo ello por tanto tiene que ser examinado por el tribunal antes de acordar la sucesión.

c) Finalmente, si el juez rechaza la solicitud, la necesaria continuidad del transmitente en su papel de litigante como actor o demandado, con todos los derechos, cargas y obligaciones que ya tenía, no impedirá sin embargo que el nuevo titular pueda entrar en el proceso, como coadyuvante de aquél, en los términos de los arts. 81-82 CPCM.

1.14.16.3 Sucesión por disolución de personas jurídicas:

Cierra el articulado de la sucesión procesal el art. 89 del Código, disponiendo que toda persona jurídica en trámites de disolución (sea por una operación de fusión de empresas, sea por un procedimiento concursal en caso de insolvencia), mantenga su personalidad jurídica y por ende su condición de parte en aquellos procesos donde venga actuando, hasta que "finalicen por sentencia firme todos los procesos que tuviera pendientes", momento en el que "se dará por concluido el proceso de liquidación".

BIBLIOGRAFÍA:

CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos: *La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la Legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil,* Dijusa, Madrid, 2005; *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos (con jurisprudencia asociada);* Tecnos, Madrid, 2005; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Las partes : problemática procesal* (AA.VV.), Madrid, 2006; GARBERÍ LLOBREGAT, José: *Capacidad, postulación y legitimación de las partes en el proceso civil, Bosch, 2009, SAMANES ARA, Carmen: Las partes en el proceso civil,* La Ley, Madrid, 2000.

1.15 LA PRETENSIÓN PROCESAL

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Concepto y clases.- II.- Sus elementos: 1) Sujetos.- 2) Causa de pedir.- 3) *Petitum*.- III.- Efectos.-

1.15.1 Concepto y clases:

1. Se entiende por pretensión procesal, la solicitud de tutela dirigida al órgano jurisdiccional para la resolución de un conflicto jurídico entre dos o más personas. La "pretensión" es un concepto acuñado en la doctrina procesal para dar forma y orden al planteamiento ante un tribunal de justicia, del caso real que provoca la lesión jurídica que se intenta restituir.

Ese caso real, que se presenta como una historia "en bruto" con una serie de datos fácticos pero con consecuencias contempladas en las leyes, requiere una presentación depurada, en el sentido de su adecuada delimitación tanto en los hechos como en el Derecho que se reclama. De allí la utilidad de esa ordenación o racionalización de la información.

2.- Desde el punto de vista legal, interesa fijar además lo que resulta relevante para delimitar ese objeto o materia de conocimiento jurisdiccional por tres razones poderosas: primero, porque sin pretensión no hay necesidad del Estado de intervenir a través del Poder Judicial, ya que no existe conflicto conocido que pacificar; segundo, porque con la pretensión se establecen los distintos presupuestos sobre los que ha de girar la incoación del proceso (jurisdicción y competencia, procedimiento aplicable, correcta constitución subjetiva de la relación procesal, litispendencia); y tercero, porque es la pretensión la que marca el límite de la tutela jurisdiccional, interlocutoria y de fondo, que puede darse: fuera de ella se vulneraría el principio de la debida congruencia.

Es siempre acertado por tanto que la ley procesal regule estos aspectos.

3.- El nuevo Código sigue una concepción clásica al discriminar las clases o tipos de pretensiones deducibles (art. 90): de un lado distingue entre pretensión (acción) declarativa, ejecutiva y cautelar; y dentro de la primera de las indicadas, diferencia a su vez entre: a) acción mero-declarativa; b) acción de condena (lo que envuelve siempre también una declaración: la del derecho que engendra la obligación que ha de satisfacerse) y c) acción constitutiva (que tanto puede serlo sobre el nacimiento, sobre la modificación o sobre la extinción de un estado o situación jurídica). Se tratan de categorías generales, que sirven para orientar cuál es el tipo de pronunciamiento judicial llamado a colmar la protección que se impetra.

Pero este objeto, entendido en sentido abstracto o impersonal, ha de dotarse luego con un contenido concreto, que es el que aparece en cada proceso a partir de los términos de la demanda (declarativa o ejecutiva, o de la solicitud de medida cautelar), que es el acto primigenio en el que como ya tendremos ocasión de examinar, se vierte la pretensión deducida por quien acude al auxilio jurisdiccional, sin perjuicio de la posible ampliación a un segundo

objeto procesal posterior, a virtud del ejercicio de una acción reconvencional (nos remitimos a las explicaciones dadas en el tema correspondiente).

3. Dicho esto, si bien añade el mismo art. 90 que además de todas las anteriores, también cabrá plantear "cualquier otra clase de protección expresamente prevista por la ley", es difícil concebir cualquier otra pretensión que no se vincule con alguna de las ya mencionadas, o se conecte a ellas de modo causal o instrumental (una solicitud de diligencias preliminares, o de aseguramiento de una fuente de prueba, etc.).

1.15.2 Sus elementos:

1.15.2.1 Sujetos:

En sentido integral toda pretensión procesal involucra dos elementos: uno subjetivo, las partes, y otro objetivo *stricto sensu*, que se descompone a su vez en otros dos: la causa de pedir, y la solicitud de tutela o *petitum*.

Ante todo la justicia civil es siempre paritaria, y el hecho mismo de que se hable de pacificar un conflicto implica que existen dos sujetos con intereses contrapuestos que lo generan, o que uno de ellos actúa para que la decisión que se dicte surta efectos frente al otro y le vincule. Sin partes no hay proceso pero tampoco pretensión, de allí que el art. 90 *in fine* incluya también en la definición de ésta el elemento subjetivo, de cuya regulación se ocupa en el Título anterior (según hemos tenido ocasión de ver en el tema correspondiente a las partes, al que reenviamos al lector), reservándose este Título Tercero al aspecto objetivo de la pretensión.

1.15.2.2 Causa de pedir:

Así, integrada en toda pretensión aparece en primer lugar la causa de pedir o fundamento de la pretensión de tutela jurídica. El Código, con buen criterio y sin apartarse de los cánones de la ciencia procesal, opta por una fórmula realista que haga compatible los enunciados de las famosas teorías de la individualización y de la sustanciación. Dispone como regla general que la *causa petendi* se integra por hechos, que son los sacados de la realidad del caso, no la mera transcripción del supuesto de hecho ideal de una norma jurídica sustantiva (teoría de la individualización). Pero a la vez esos hechos no son cualesquier tengan relación con el estado, situación jurídica o derecho subjetivo reclamado (teoría de la sustanciación), sino únicamente aquellos que de acuerdo a una norma material, pueden engendrar los efectos jurídicos deseados por quien deduce la pretensión (actor, o demandado que reconviene).

Con todo, ha de advertirse que cuando el Código señala en el art. 91 que tales hechos con relevancia jurídica no son solamente los que permiten identificar la acción sino también los que se dirigen a su estimación, en puridad lo que hace es advertir lo que resultaría necesario para declarar con lugar la demanda (o la reconvención), pero no lo que es necesario simplemente para admitir a trámite la demanda, para lo cual basta con que se enuncien los hechos que permitan identificar el tipo de acción ejercitada.

Lo que no se puede exigir de los jueces es que in *limine litis* se examine si una demanda dice todo lo que tiene que decir para que se le dé la razón en sentencia, lo cual comporta un control de fondo que conllevaría prejuzgar la contienda en una fase procesal inapropiada a todas luces.

Lo que importa es que el juez, a la lectura de la demanda (extensa o sucinta –proceso abreviado-) reconozca que se está planteando un conflicto jurídico, que éste no es de objeto ilícito ni imposible, que en ella aparecen unos sujetos concretos, y que lo que se pide, se tenga o no razón, responde a una relación o estado jurídico contemplado en el ordenamiento (en la ley, en la costumbre, aparte de la jurisprudencia). No puede exigirse más.

Con todo, frente a la regla general formulada sobre la causa de pedir, el Código introduce dos matizaciones (art. 91):

a) Cuando se ejercite una acción fundada en un título jurídico, tomada la expresión como derecho concedido *ex lege* (derechos sucesorios, por ej.), o derivado de un título-documento, caso típico de las acciones reales derivadas de la propiedad, el usufructo, etc.: en estos la causa de pedir se conformará por la alegación de que se tiene o invoca dicho título, sin importar otras circunstancias (en concreto cuándo, cómo y por qué se accedió a él) salvo que así lo impusiera la propia naturaleza del pleito (ej. nulidad de una compraventa o testamento).

b) Cuando se ejercite una acción para reclamar un efecto jurídico previsto por una causa o motivo legal, serán sólo relevantes los hechos que según la norma en cuestión permiten obtener tal efecto.

   Está pensando aquí el Código, sobre todo, en la declaración de estados o situaciones jurídicas, o en la ausencia de derecho subjetivo por falta de los requisitos legales[72].

   En este caso lo característico no es tanto la descripción de un supuesto de hecho por la norma, lo que sucede casi siempre, sino la acotación a hechos o circunstancias específicas que se presentan como condicionantes, en sentido negativo o positivo, de los efectos jurídicos.

72 Por poner ejemplos, la presunción de muerte por desaparición con base en las circunstancias descritas en el art. 80 CC; la posibilidad de cazar y pescar en terrenos y aguas, respectivamente autorizados por los arts. 590 y ss CC; la declaración de incapaz (arts. 964-965) o indigno para suceder (arts. 969 a 973 CC) o inhábil para testar (art. 1002 CC) o recibir alimentos por vía testamentaria (art. 1141 CC); la exigencia a un único deudor de una deuda no solidaria ni indivisible, en los casos del art. 1397 CC; la constitución del deudor en mora (art. 1422 CC); carácter vinculante de una promesa de contrato (art. 1425 CC), nulidad del pago hecho al acreedor (art. 1448); la compensación de créditos (art. 1526 CC); inexigencia de la obligación de saneamiento (art. 1648 CC); las obligaciones del mandante (art. 1918 CC); causas de disolución de las sociedades (arts. 59 y 187 CCom); la extinción de una quiebra (art. 543 CCom); oposición a una acción ejecutiva de título-valor (art. 639 CCom); caducidad de la acción cambiaria (art. 774 CCom); responsabilidad del banco en caso de falsificación de cheque (art. 818 CCom); causas que impiden las rescisión del contrato de seguro por la entidad aseguradora (art. 1372 CCom), etc.

1.15.2.3 Petitum:

la petición de tutela está determinada por la naturaleza de la acción que se ejercita, conforme la clasificación antes efectuada (si la solicitud de declaración de un derecho –sin más-, si la condena al pago de una suma de dinero o a la entrega de un bien mueble, si la petición de que se adopte una medida cautelar de embargo, etc.), debiendo particularizarse en el escrito correspondiente de alegaciones el bien jurídico o derecho sobre el que se quiere el pronunciamiento judicial.

En el entendido de que el *petitum* resulta de la estimación de la causa de pedir y de la aplicación de las disposiciones sustantivas que regulan la relación material o el estado jurídico.

1.15.2.4 Efectos:

La deducción de una pretensión procesal a través del vehículo formalmente establecido en el Código, que es la demanda o la reconvención, trae una serie de efectos que se reúnen en torno a tres conceptos fundamentales: a) la litispendencia, que se activa con la admisión a trámite de la demanda; b) la inmutabilidad del conflicto jurídico u objeto procesal planteado hasta el final de esa contienda, salvo que la ley expresamente consienta el cambio de pretensión[73] en cuyo caso éste debe hacerse respetando los límites del CPCM (dentro del plazo de ampliación de la demanda: ver tema correspondiente); y c) un principio de preclusión sobre los elementos de la pretensión deducida.

A los dos primeros factores aluden los arts. 92 a 94 CPCM, y las veremos con detalle más adelante, en el tema de las alegaciones.

En cuanto al tercero, el de la preclusión, enunciado por el art. 91 párrafo segundo, supone la imposición a una carga a la parte actora para que proponga, de existir varias, todas las causas de pedir (hechos jurídicamente relevantes) en torno a la pretensión que deduce, sin que pueda silenciar alguna de ellas con el fin de tener una opción de recambio en un segundo proceso si pierde el que ya ha iniciado. No puede: todo lo que tenga que alegar para fundamentar la acción ejercitada deberá hacerlo en el momento procesal dispuesto por la ley, esto es, la demanda o reconvención, salvo que se refieran a "hechos, títulos o causas nuevas o de nuevo conocimiento que pueden afectar la delimitación de la pretensión", para lo cual dispondrá hasta la finalización de la audiencia preparatoria del proceso común (art. 91 último párrafo) y se entiende que hasta el inicio de la audiencia de prueba del proceso abreviado.

Del resto y fuera de esas excepciones, tanto lo alegado como lo que podía alegarse en su defensa en sustento de su pretensión, quedará cubierto por la cosa juzgada material y no podrá ser motivo de un nuevo proceso.

73 Según el art. 992 CCom es posible sustituir una acción de resolución de contrato, por la de cumplimiento inicialmente deducida, aunque no al revés: "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".

ACUMULACIÓN DE OBJETOS PROCESALES. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- La acumulación de objetos procesales: finalidad y alcance: 1) Acumulación en primera instancia.- 2) Acumulación de recursos.- 3) Acumulación de ejecuciones.- 4) Efectos generales.- II.- Acumulación de pretensiones: 1) Clases: 1.1.- Acumulación meramente objetiva: A) Acumulación de causas de pedir.- B) Acumulación de peticiones: B-1) Acumulación simple.- B-2) Acumulación eventual o subsidiaria.- C) Acumulación por mandato de ley.- 1.2.- Acumulación subjetivo-objetiva.- 2) Pretensiones no acumulables: 2.1.- Pretensiones incompatibles.- 2.2.- Pretensiones alternativas.- 3) Tratamiento procesal.

1.15.3 La acumulación de objetos procesales: finalidad y alcance:

1.15.3.1 Acumulación en primera instancia:

La acumulación de objetos tiene por finalidad reunir una pluralidad de pretensiones procesales que podrían discutirse en procesos distintos, a fin de que sean resueltos en uno sólo dada la conexión que existe entre ellos, evitando así el riesgo de fallos contradictorios y alcanzando de paso el ahorro de los recursos humanos y económicos disponibles.

La acumulación no es un presupuesto ni un imperativo de eficacia jurisdiccional, sino una técnica o expediente por el que la ley autoriza el tratamiento conjunto de varios conflictos jurídicos dentro de un mismo procedimiento, ponderando las ventajas que ello depara, en el sentido expuesto (art. 95).

Cuando los diversos objetos se acumulan desde el principio en una demanda, dando lugar a la apertura de una única causa judicial, se hablará de acumulación de pretensiones en los términos de los arts. 98 y ss CPCM.

Si por el contrario esos diversos objetos han permitido ya la apertura de dos o más procedimientos separados, por quererlo inicialmente de este modo la parte actora, apareciendo con posterioridad el interés por reunirlos todos (interés de oficio o a instancia de parte, ya lo veremos), se estará distintamente ante la acumulación de procesos regulada en los arts. 105 y ss del Código. Sea una u otra, como vemos la posibilidad de acumular objetos en un proceso, opera ante todo en los procesos declarativos en primera instancia siguiendo las reglas del régimen general que ahora se analizará, tanto para acumulación de pretensiones, como de procesos.

1.15.3.1.1 Acumulación de recursos:

Cabe también la acumulación más allá de la primera instancia, esto es, en vía de recurso, en dos supuestos principales:

a) Dentro de un mismo proceso, en cuanto a los diversos recursos que hayan formalizado dos o más de las partes personadas (se entiende, actuando con distinta defensa y representación procesal) porque cada una vea gravosa la resolución que impugna. En este caso, incluso de oficio, se procederá a la acumulación en cuanto conste que todos se refieren a la misma pretensión y proceso (art. 96 párrafo segundo CPCM).

b) Cuando se hayan interpuesto dos o más recursos respecto de otras tantas resoluciones judiciales recaídas en litigios que originalmente podían haberse acumulado –porque concurrían los requisitos para ello- aunque entonces no se pidiera. En esta hipótesis de acumulación tardía (apelación, o casación), conforme a lo dispuesto en el art. 96 del Código, los recursos afectados pueden estarse tramitando ante el mismo o distintos órganos con competencia funcional.

   Acreditándose que existe conexión entre ellos, en el sentido del art. 106 CPCM que luego veremos (conexión fáctica o jurídica, incluyendo en todo caso su posible prejudicialidad), deberá decretarse la acumulación a favor del recurso interpuesto en el proceso a su vez más antiguo en la primera instancia (no el recurso que se interpuso primero), según se deduce del art. 96 *in fine*, en relación con el art. 97.

1.15.3.1.2 Acumulación de ejecuciones:

Por último, también se permite la acumulación de ejecuciones pendientes (por tanto, no satisfechas aun) "contra un mismo deudor ejecutado, aunque pendan ante distintos juzgados", art. 97 CPCM.

Puede tratarse del mismo o distintos órganos judiciales, de todos modos la acumulación se hará siempre al procedimiento de ejecución más antiguo, según la fecha y hora de la presentación de la demanda de ejecución, por aplicación analógica del art. 110 del Código.

Para acordar la acumulación, habrá que calibrar si con ella se obtiene un efecto de economía procesal tangible; si existe conexión fáctica y en su caso también jurídica entre todas ellas y, atendiendo también siempre a "la mejor satisfacción de los diversos acreedores ejecutantes (art. 97 párrafo segundo). Tales tres factores concurrentes, que no tienen que darse con igual intensidad pero sí estar presentes, han de arrojar en una ponderación global que la mejor solución es acumular y no mantener las ejecuciones por separado. Eso es lo que debe esgrimir el solicitante, y eso es lo que debe valorar el juez al resolver sobre ello.

Por lo demás, manteniendo la regla de la antigüedad ahí donde haya comunidad de embargo en varias de esas ejecuciones, precisa la ley dos cosas: a) que si hubieren bienes hipotecados o pignorados la acumulación se hará al proceso con garantía hipotecaria o prendaria, y de ser varias se guardará la debida preferencia legal (art. 97, párrafo tercero), y b) del resto, se aplicará la misma regla de la antigüedad, que aquí vendrá dada por la fecha de realización del primer embargo, a salvo el supuesto anterior (art. 97 párrafo cuarto).

1.15.3.1.3 Efectos generales:

Como efectos generales derivados de la acumulación de objetos, y enlazando con lo que venimos ya exponiendo, caben resaltar dos: a) la reunión en un mismo procedimiento y a cargo de un único órgano judicial de todas ellas, lo que puede exigir el emparejamiento de causas que se hallen en estadios distintos, esto es, con efecto suspensivo de la que vaya más avanzada, hasta su nivelación; b) que a partir de este último momento se vaya dictando para cada acto una sola resolución judicial, tanto para ordenar el trámite, como para resolver las cuestiones interlocutorias o en su caso definitivas del conjunto de todos objetos acumulados, evitando así la pluralidad y dispersión de procedimientos, expedientes y resoluciones judiciales.

1.15.3.2 Acumulación de pretensiones:

1.15.3.2.1 Clases:

Ya hemos definido antes lo que implicaba la acumulación de pretensiones, con ese significado técnico que da la ley, para distinguirla a su vez de la acumulación de procesos. Importa tener presente ahora, cuáles son entonces las distintas modalidades de pretensiones que pueden ser acumuladas, sobre qué aspecto se proyectan, y al contrario cuáles quedan proscritas:

a. Acumulación meramente objetiva:

Los arts. 98 y ss del Código establecen en primer lugar, las condiciones por las que un sujeto puede acumular todas las "pretensiones" que tenga contra otro, deduciéndolas en la misma demanda. En principio y por concordancia con otras normas que exigen la conexión entre objetos, tanto cuando concurre pluralidad subjetiva (art. 104) como cuando se trata de acumulación de procesos (art. 106), ha de entenderse, también aquí, que si la acumulación se predica de pretensiones del mismo actor contra el mismo demandado, dicha acumulación podrá versar respecto de varias causas de pedir o de varios petita, pero vinculados a una misma relación jurídica común o fundada por tanto en unos hechos comunes.

Con todo, en teoría habría que aceptar que si las distintas pretensiones aun siendo heterogéneas y referidas a relaciones materiales distintas, cumplen sin embargo con los requisitos y limitaciones establecidas en este articulado y a las que ahora nos referiremos, deberán admitirse a trámite también y conocerlas en el mismo procedimiento, pues la ley no fija expresamente en este caso la exigencia de la conexión entre objetos.

Sea como fuere, la acumulación orbitará alrededor de los elementos objetivos *stricto sensu* de la pretensión; esto es:

a-1) Acumulación de causas de pedir:

Aun tratándose de la misma pretensión deducida, es posible que un mismo hecho con relevancia jurídica pueda ofrecer una cobertura en dos o más normas sustantivas, por ejemplo en los casos de yuxtaposición de responsabilidad contractual o extracontractual; o cuando

una determinada materia ha sido regulada tanto por el llamado derecho común (CC, CCom) y a la vez por leyes especiales, de tal manera que al no haber sido derogadas las normas de aquél, todas ellas resultan útiles y establecen consecuencias jurídicas -de igual o diverso signo-, frente a ese acto lícito o ilícito. Por tanto, unos mismos hechos pueden determinar el ejercicio de la acción fundada en dos o más títulos jurídico-legales. Siendo así y merced a la regla preclusiva (art. 91 CPCM) que ya sabemos ha de soportar la parte actora y en su caso el demandado-reconviniente, todas esas causas de pedir deberá verterlas en la demanda sin que quepa reservar alguna para un proceso ulterior.

Si se deducen varios conflictos jurídicos la pluralidad de causas de pedir deviene inevitable, aunque sólo sea porque cada uno de ellos (cada pretensión), irá dotado necesariamente de su propia *causa petendi*, de lo contrario sería un objeto incompleto y adolecería de improponibilidad (art. 277: ver tema posterior de la demanda).

a-2) Acumulación de peticiones:

Un mismo conflicto globalmente entendido como pretensión, puede deparar a su titular una diversidad de tutelas jurídicas amparadas en la ley material para el reconocimiento del derecho o situación devenida en litigio, así como para lograr su indemnidad o en su caso la reparación lo más íntegra posible, ante la amenaza o consumación respectivamente de actuaciones lesivas. Para ello debe atenderse a la naturaleza de la acción ejercitada, que dará la pauta de los pronunciamientos que resultan compatibles de otorgar en orden a su protección jurisdiccional más adecuada.

Puede que un mismo título o causa de pedir permita la deducción de dos o más petitorias, o que los hechos se enmarquen en una pluralidad de causas de pedir y cada una de ellas a su vez genere idéntica o diversas peticiones de tutela. Es incluso posible, que la ley condicione la procedencia de una determinada reclamación judicial, al hecho de que antes o junto a ella (acumulación) se impetre también otra tutela de fondo, en cuanto causalmente relacionadas entre sí[74].

Es importante tener en cuenta que la preclusión del art. 91 como veíamos opera en torno a las diversas causas de pedir de un mismo conflicto jurídico. No se refiere sin embargo tal preclusión a la pluralidad de peticiones de tutela, las cuales, de ser individualizables entre sí, perfectamente podrían plantearse en procesos distintos aunque deriven de la misma *causa petendi*. Por ejemplo: si ante el ataque al honor de una persona por la publicación en una columna periodística de una noticia que se considera ofensiva para el actor, se solicita la condena a emitir en el medio de comunicación una rectificación de la noticia ofensiva publicada, nada impide dejar para otro proceso posterior respecto de esa misma noticia, una petición de condena pecuniaria por los daños y perjuicios padecidos.

74 De este tenor, por ejemplo, el art. 470 párrafo primero CCom: "No podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria de hechos o relaciones jurídicas que consten en el Registro, sin que previa o simultáneamente, se entable demanda de nulidad y cancelación de la inscripción respectiva".

Otro ejemplo: si suspendido el servicio telefónico por el cobro de una factura indebida (por servicios no prestados, o mal tarifados, etc.) se insta la condena del operador a restituir el servicio, puede dejarse para otro proceso posterior la petición de un resarcimiento por los perjuicios producidos por la suspensión. Si se interpone una acción reivindicatoria para la declaración de propiedad de un terreno, puede dejarse para otro proceso la petición de que se retiren del mismo las maquinarias dejados en su interior, o se desmonten las construcciones realizadas a costa del responsable, etc.

En definitiva, deviene prerrogativa del actor deducir o no todas las solicitudes de tutela que tenga en el mismo proceso o en varios, pues sobre ello no hay preclusión. Ésta sólo rige para las dos o más causas de pedir invocables frente a una misma pretensión de tutela.

1) Acumulación simple:

Habrá acumulación simple cuando dos o más peticiones de tutela puedan pedirse de manera conjunta y simultánea, en el entendido de que la ley material otorga todas ellas a la vez y no se precisa elegir una en detrimento de otra: así ocurre en primer lugar con las obligaciones que resultan civilmente accesorias de otras (así la condena al pago de un capital y a los intereses de demora derivados de la misma acreencia; las diversas consecuencias imputadas al incumplimiento de una prestación de hacer[75]).

Pero también aquellas peticiones que revelan distintas consecuencias derivadas de un mismo acto, cada una de las cuales necesita de una reparación o restitución propia: así por ej., la condena a cesar en la fabricación de un producto sin la correspondiente autorización de su propietario y el pago de los daños y perjuicios por el lucro cesante imputable a la comercialización de las imitaciones; el reconocimiento de un derecho de servidumbre predial y la condena al demandado para que elimine los obstáculos que ha puesto para impedir el paso del actor; la declaración de derechos sucesorios y la solicitud de entrega de los bienes que le corresponden y que esté en poder de alguno de los demandados, etc. Será pues la norma sustantiva, la que al describir la relación jurídica controvertida, derive todas las consecuencias legales que se pueden exigir en juicio.

2) Acumulación eventual o subsidiaria de peticiones:

En este caso la parte tiene dudas de cuál es el pronunciamiento al que tiene derecho por ley, de entre varios de los hipotéticamente posibles (la duda es sólo suya, pues en realidad la ley, salvo remota laguna, siempre habrá establecido el efecto jurídico correspondiente), por lo que opta por una selección jerarquizada de las distintas peticiones de tutela estableciendo así un orden para que sean juzgadas. De tal manera, que el otorgamiento de la primera petición

75 Al efecto, art. 1424 CC: "Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya: 1ª Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.
2ª Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.
También podrá pedir que se rescinda la obligación y que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato".

releva de entrar a conocer de las demás; que de no concederse la primera se pasará entonces –y sólo entonces- a estudiar y resolver la segunda; que sólo de negarse ésta se proseguirá con la siguiente, y así sucesivamente. Las peticiones subsidiariamente ordenadas pueden resultar incompatibles entre sí desde el punto de vista legal. Lo que sí en todo caso deviene obligado es que de ser incompatibles atendiendo a la naturaleza de cada una, el actor ha de deducirlas de manera eventual (subsidiaria) y nunca mediante una acumulación simple, porque entonces se invalidarían recíprocamente y sería como si no se hubiera deducido ninguna (art. 99). Volveremos sobre esto más adelante.

a-3) Acumulación por mandato de ley:

Fuera de lo que pueda prever cualquier otra disposición normativa ajena al CPCM, preceptúa el art. 101 de este último que se "acumularán de oficio las pretensiones que versen sobre la declaración de un acto o negocio jurídico" (caso uno), y "las que se refieran a la anulabilidad de los acuerdos adoptados en una misma reunión de los órganos de una persona jurídica" (caso dos). La expresión "acumular de oficio" ha de tomarse aquí como sinónimo de acumulación necesaria, no otra cosa, porque si al fin y al cabo estamos hablando de acumulación de pretensiones dentro de un mismo proceso, es porque todas ellas ya se han deducido, no puede hacerlo el órgano judicial sustituyendo al actor (justicia rogada), por tanto el papel aquí del juez no es otro sino el de no impedir tal acumulación, cuando se trate de alguno de los dos ámbitos que entiende conveniente el art. 101 siempre garantizar su tratamiento conjunto.

b) Acumulación subjetivo-objetiva:

La acumulación de pretensiones se abre también por el art. 104 del Código a una situación de pluralidad de los sujetos legitimados, a la que inextricablemente va unida también la pluralidad de objetos, al referirse a las diversas pretensiones "que uno [actor] tenga contra varios sujetos [demandados] o varios [actores] contra uno [demandado], o también –aunque no lo mencione expresamente este dispositivo- varios actores contra varios demandados; siempre que exista un nexo o conexión por razón del título o de la causa de pedir". Se trata de un correlato de la misma pluralidad ya reconocida en el art. 80 del Código para el litisconsorcio facultativo, según tuvimos ya ocasión de ver en el tema referido a las Partes, precepto donde se deja hecha la reserva al respeto en estos casos, a las "reglas sobre acumulación de pretensiones",.

Considerando entonces, en lo que aquí importa, que cada relación procesal bilateral (el actor único contra el demandado A, el actor único contra el demandado B, y así sucesivamente; o a la inversa: el actor A y el demandado único, el actor B y el demandado único, etc.) se proyecta sobre una pretensión individualizable y separable de las demás, la virtualidad de este art. 104 radica en dejar claro que la pluralidad de partes también provoca la pluralidad de objetos, como tal susceptible de ser conocida en el mismo procedimiento.

Para que esa doble acumulación subjetivo-objetiva se produzca, sin embargo, resulta necesario que exista como ahí se señala una conexión del título o causa de pedir, esto es, que "deriven de títulos idénticos o semejantes" o "cuando la causa de pedir esté constituida total

o parcialmente por el mismo conjunto de hechos jurídicos relevantes". Por ejemplo, derivado de un mismo contrato suscrito por varias personas, o se refieran a bienes inmuebles situados en el mismo edificio donde habitan los varios actores o los (varios) demandados y se plantee un conflicto semejante (defectos constructivos, impago de cuotas comunitarias), etc.

1.15.3.3 Pretensiones no acumulables:

En su lado negativo, la ley también establece limitaciones dirigidas a evitar la deducción de pretensiones que evidencian una quiebra lógica de su enunciado, o que lleva a una intervención oficial del juez que podría comprometer su imparcialidad, sustituyendo al demandante en la identificación de la pretensión realmente deducida. Dos son esos supuestos:

1.15.3.3.1 Pretensiones incompatibles:

Conforme al art. 98 CPCM ya mencionado, no cabe acumular pretensiones que resulten incompatibles entre sí salvo que se formulen de manera subsidiaria (jerarquizada), pero de no hacerse así y dado que son pretensiones que o bien se excluyen mutualmente (vgr., la petición de cumplimiento de contrato y a la vez de su resolución) o bien la estimación de una de ellas hace inútil el otorgamiento de la otra (la solicitud de entrega de una mercancía, y la de una suma con la que adquirir en el mercado el mismo lote a cuya devolución se condena), deviene evidente que sólo una puede sostenerse. El defecto puede subsanarse por el interesado, como ahora veremos, pero desde ya lo que importa tener presente es que no se permite articular una pretensión con causas de pedir incompatibles, o formulando peticiones de tutela que lo sean.

1.15.3.3.2 Peticiones alternativas:

a) En segundo lugar y de acuerdo al art. 99 *in fine* CPCM, "no se admitirá la acumulación de pretensiones a título alternativo". Ha de entenderse que con esta expresión se hace referencia a un defecto, consistente en manifestar al juez que cabiendo la posibilidad de ser satisfecho con varias prestaciones cuyo contenido detalla, y dejando clara la demanda que al actor le resulta indiferente con cuál de ellas lo sea, deja en definitiva a aquél (al juez) la elección final de cuál conceder y cuál no. Con independencia de que el demandante tuviera razón en el fondo en cuanto a que puede aspirar a cualquiera de esas varias prestaciones a la vez, o no (podría en realidad no ser así, estar equivocado y únicamente caber por ley material una única consecuencia jurídica), lo cierto es que exigir del juez semejante protagonismo conduciría a éste a participar en la delimitación concreta de la pretensión, contrariando así la vigencia del principio dispositivo.

b) Esto mismo ocurre cuando se trate de las llamadas obligaciones alternativas del art. 1370 y ss CC, específicamente cuando se haya pactado que sea el acreedor quien elija la concreta prestación que liberará al deudor. Dicha capacidad electiva, que se antoja perfectamente válida en el ámbito extrajudicial, no puede trasladarse sin embargo en caso de conflicto a una demanda en la que se entregue al juez el poder de seleccionar el bien jurídico que le parezca más justo o conveniente reconocer a

favor del demandante. Este último debe hacer uso de la facultad material que se le atribuye concretando en su demanda cuál es la prestación cuyo otorgamiento desea en primer o en único término (sí valdría ordenarlas jerárquicamente, bastando al juez con comprobar que la primera petición cabe por ley, con lo cual ya no entraría a analizar la segunda, siguiendo el parámetro de toda acumulación eventual).

c) La situación varía sin embargo, si tratándose también de obligaciones alternativas correspondiese al deudor elegir la de cumplimiento, siendo que no satisface ninguna, pues entonces el acreedor podría plantear la demanda con el fin de que se condene a aquél a llevar a cabo alguna de las prestaciones elegibles. En esa hipótesis, el juez no tiene que integrar nada ni sustituir a la parte, simplemente resolverá en sentencia acerca de si todas las prestaciones que han sido determinadas por el actor pueden ser exigibles, y si se está o no ante una convención del art. 1370 y ss CC.

   En caso positivo, condenaría al demandado a estar y pasar por dicha elección y su consiguiente cumplimiento. Si el demandado luego no cumple ninguna de ellas, el problema no concernirá ya al proceso declarativo (como tal finalizado) y menos aún a una indeterminación de la pretensión deducida, sino a una inejecución de la sentencia cuyo desenlace en último extremo podría llevar a un incidente (ejecutivo) para fijar una indemnización por equivalencia, pero sin afectar a la validez de lo resuelto.

1.15.3.4 Tratamiento procesal:

Tratándose de acumulación de pretensiones, no se plantean problemas acerca de cuál es el juez o tribunal competente para conocer de ella, porque siempre estaremos hablando de un único procedimiento y por ende de un único órgano judicial con competencia para resolverla, de modo que será ante él que se deducirá la solicitud de que se acepte la acumulación contenida en la demanda (o en la reconvención), solicitud que en realidad se subsume dentro de la petición misma para que se admita a trámite aquélla –demanda-, o en su caso la ampliación de la demanda (o la ampliación de la reconvención).

El art. 102 del Código utiliza de nuevo la frase "apreciar de oficio" para referirse a la acumulación solicitada por el demandante. En realidad, lo que esto significa es que el juez velará por la comprobación de si la acumulación suscitada en la demanda (o en la reconvención) es legalmente correcta o no. Si entiende que no es así de acuerdo a los límites anteriormente enunciados, dará plazo de cinco días al actor para que elimine una de las peticiones incompatibles (lo que la ley llama "subsanar"), y de no hacerlo, la demanda será inadmisible tal como declara el art. 102, párrafo segundo CPCM.

Al margen del control de oficio, la parte demandada podrá oponer como excepción procesal la de acumulación indebida de acciones, que deberá resolverse en el trámite establecido para ello (audiencia preparatoria del proceso común, o audiencia de prueba en el abreviado), o si es en fase ejecutiva, o en un incidente, "en el primer acto oral del trámite procesal correspondiente" (art. 103).

ACUMULACIÓN DE PROCESOS

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Disposiciones comunes: 1) Requisitos de procedencia.- 2) Acumulaciones prohibidas.- 3) Control y efectos de la presentación de la solicitud.- 4) Reglas particulares en la tramitación de la acumulación de procesos ante el mismo tribunal.- 5) Reglas particulares en la tramitación de la acumulación de procesos ante distintos tribunales.

1.15.4 Disposiciones comunes:

1.15.4.1 Requisitos de procedencia:

Además de las razones que fundan la reunión en un mismo procedimiento de todas las pretensiones que se tienen por el demandante contra el demandado, implementa el nuevo Código, como antes ya lo hacía el CPC, el instituto de la acumulación de procesos para evitar la existencia de fallos contradictorios entre causas que presentan afinidades fácticas y jurídicas entre sí (aunque no identidad total, pues entonces el menos antiguo estaría infringiendo la litispendencia), además de lograr la economía procesal subyacente a la unificación de trámites y resoluciones.

Objetivos que también reconoce la jurisprudencia patria[76].Dentro de este campo de la acumulación de procesos, entonces, se distingue por la ley aquella que se formaliza ante un mismo órgano judicial, pues todas las causas afectadas se ventilan ante su jurisdicción; y por otro lado el supuesto en que los diversos contenciosos se hallan atribuidos a distintos tribunales de justicia.

Veremos la regulación específica que se contempla para cada uno. Con todo, existen también unas reglas comunes que deben respetarse en ambas modalidades acumulativas. En concreto las que siguen:

76 Como enseña la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de 8 de agosto de 2003, dictada a las 9.02 horas (ref. 64 Nva. SS), a propósito de la entonces denominada "acumulación de autos", hoy de procesos: "La ley determina que la acumulación de autos debe tener lugar, siempre que se tramiten separadamente dos o más procesos, que deban constituir un solo juicio y terminar por una sola sentencia- (…) para mantener la continencia o unidad de la causa; como consecuencia la acumulación procede, para evitar que no se divida la continencia de la causa, si se siguen separadamente los procesos (…). La doctrina establece, que la continencia o unidad de la causa se destruye, cuando diversos juicios que se sigan por separado tienen de común por lo menos dos de estos tres elementos: a) Las partes; b) El objeto de la acción; y, c) La causa de pedir la acción (…). Que la acumulación en el caso de autos, se produjo porque, por lo menos entre los dos juicios, existen el mismo objeto de la acción, o sea declarar nula la compraventa de la empresa comercial, y además la misma causa de pedir la acción, o sea en juicios sumarios mercantiles, situaciones por las cuales no se ha destruido la continencia o unidad de la causa (…) y, b) Que el efecto de la acumulación, es constituir un solo juicio y terminar por una sola sentencia (…) con el objeto precisamente de mantener la continencia o unidad de la causa, de ahí que la acumulación nunca ha tenido como objetivo, que se tenga como parte, a quien no ha sido parte demandada en uno de los juicios acumulados y que si lo ha sido en el otro juicio que se acumula, tal como ha ocurrido en el caso en estudio, es decir, que los juicios no se confunden, sino que cada juicio conserva su individualidad".

a) La legitimación para poder pedir la acumulación corresponde a cualquier persona que esté actuando con el carácter de parte en alguno, varios, o todos los procesos involucrados, sin importar si en ellos existe o no pluralidad de partes, ni si actúa con la condición de actor o demandado (art. 105 CPCM).

b) Para que puedan acumularse las causas, es necesario que exista conexión fáctica, o fáctica y jurídica entre ellas, existiendo por tanto riesgo de pronunciamientos "contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes", ex art. 106.

Habrá siempre conexión, prosigue diciendo este dispositivo, si concurre relación de prejudicialidad de un objeto procesal a otro, para lo cual hemos de remitirnos al significado técnico que otorga a esta figura el art. 51 del propio Código. Situaciones en las que, para entendernos, en un proceso se esté debatiendo sobre una relación material que a su vez sirve para calificar alguno de los presupuestos de la acción ejercitada en el segundo proceso.

c) El órgano judicial que absorberá la competencia para conocer de las pretensiones reunidas (acumuladas), será aquel ante el que se esté ventilando la causa más antigua, lo que a su vez se determinará por la fecha y hora de presentación de la demanda (arts. 107 párrafo tercero y 110 inciso segundo).

d) Sólo podrá caber acumulación entre aquellas pretensiones conocidas en procesos distintos, si el juez de la causa más antigua posee también competencia objetiva para conocer de las demás (art. 107 párrafo tercero). No importa sin embargo que no la tenga en lo territorial, incluso si alguna de las acciones tuviere atribuido un fuero improrrogable: la reforma parcial de 2010 al nuevo Código, ha suprimido el párrafo o inciso último del citado art. 107 donde precisamente se hacía reserva expresa de la afectación de un fuero territorial de esta clase. Ello significa que el legislador ha optado por una mayor flexibilización en este punto, a favor de la acumulación.

e) Cabrá acumulación únicamente respecto de causas que se estén sustanciando por el mismo tipo de procedimiento, con la única excepción de dos o más procesos declarativos en el que la causa más antigua se sigue por el proceso común (por razón de la materia o de la cuantía), y las otras pretensiones por el abreviado en razón a la cuantía. No cabe la acumulación, por el contrario, respecto de aquellas causas que se conozcan por el abreviado en razón de la materia, a virtud de que dicha atribución lo es por motivos de orden público (art. 107 párrafo primero).

f) Únicamente pueden acumularse las pretensiones que se hallen pendientes de decisión en primera instancia, no con aquella que ya haya sido objeto de recurso (sin perjuicio de la posibilidad de acumulación de éstos, ex art. 96).

g) Siendo a instancia de parte, la acumulación deberá solicitarse antes del acto de la audiencia preparatoria del proceso común, o la de prueba del proceso abreviado (art. 107 párrafo segundo).

1.15.4.2 Acumulaciones prohibidas:

La ley prevé algunas limitaciones a la facultad de acumular procesos a pesar de cumplirse con los requisitos anteriormente expuestos, al encubrir la respectiva solicitud una anomalía procesal que debe resolverse por otros mecanismos. Veamos:

a) No pueden acumularse dos pretensiones cuyos tres elementos sean idénticos (partes, causa de pedir y *petitum*), porque con independencia de que cambien las posiciones de los sujetos en uno y otro, es evidente que la demanda más antigua engendró con su admisión a trámite la excepción de litispendencia, lo que implica la prohibición de un segundo o ulterior proceso para conocer de lo mismo (art. 109 CPCM).

   En tal caso el tribunal rechazará de oficio la acumulación, pero además y si conociera de la segunda o posterior acción (que por despiste ha permitido que se abriera) pondrá fin a esos procesos o lo comunicará ante el tribunal o tribunales donde se estén sustanciando para que los archiven, "con condena en todas las costas causadas en los procesos finalizados".

b) Tampoco puede instarse la acumulación, conforme al art. 108 del Código, cuando las pretensiones que han dado lugar a la apertura de varios procesos, hubieran podido deducirse conjuntamente en la misma demanda en un proceso único, es decir, porque cumplía con los requisitos para la acumulación de pretensiones en los términos de los arts. 98 y ss CPCM.

   En esta segunda situación, lo que establece el Código no es que las pretensiones que no se acumularon en el mismo proceso ya no podrán formalizarse en otro u otros (sólo hay preclusión, recordemos, para las varias causas de pedir de una misma pretensión: art. 91 párrafo segundo). Lo que más bien se quiere decir es que esa separación es ya definitiva, que una vez que el interesado hizo dejación voluntaria de la prerrogativa que tenía de reunirlas *ab initio* en la misma contienda, no podrá recuperar ese derecho posteriormente a través de un expediente de acumulación de procesos; por el contrario, todas las pretensiones quedarán definitivamente separadas en procedimientos distintos. El menoscabo a la economía procesal que a esa decisión legal puede subyacer, se justifica o compensa, por así decirlo, con la necesidad de evitar que el proceso se convierta en un juguete en manos de los particulares, cuyo capricho puntual interfiera en el normal devenir del desarrollo judicial de los asuntos.

1.15.4.3 Control y efectos de la presentación de la solicitud:

1.15.4.3.1 Control:

Presentada la solicitud (se trate de acumulación de causas ante el mismo o distintos órganos judiciales: ver punto siguiente para su determinación), ha de ejercitarse siempre un control a *limine* de su procedencia por el tribunal receptor, verificando esencialmente dos extremos: que la solicitud tiene el contenido necesario para poder atenderla, con detalle de

los procedimientos involucrados y el cumplimiento de los requisitos para que se acuerde la acumulación; y que *prima facie* no resulte inviable lo que se pide, bien porque el otro proceso ya está finalizado o se halla en instancia distinta, bien porque son procedimientos de cauce distintos (un ordinario y otro especial; un declaración y una ejecución), bien porque no se tiene la legitimación para hacer la solicitud (no se acredita el carácter de parte en alguno de los procesos). Si aparece pues un motivo de rechazo objetivo, así lo acordará el juez (art. 111 CPCM), concediendo antes plazo perentorio para subsanar cualquier defecto del escrito que se antojara subsanable (déficit de información).

1.15.4.3.2 Efectos:

En cuanto a los efectos derivados de la presentación y admisión a trámite (que no todavía de la decisión) de la solicitud, aparte de la propia apertura del incidente en sí, interesa tener presente que de acuerdo con lo establecido en el art. 112 del Código, "no suspenderá el curso de los que se pretenda acumular, pero el tribunal que conozca de cada uno deberá abstenerse de dictar sentencia en cualquiera de ellos en tanto no haya decisión sobre la procedencia de la acumulación, suspendiéndose al efecto el plazo para dictarla". Léase, sentencia o en su caso la resolución definitiva de esos procedimientos (por ej., en forma de auto, tratándose de ejecuciones).

1.15.4.4 Reglas particulares en la tramitación de la acumulación de procesos ante el mismo tribunal:

4.1.- Cuando el tribunal que lleva todos los asuntos susceptibles de acumulación sea el mismo, al no haber existido ningún motivo legal para que conociera de alguno de ellos un tribunal distinto, será él obviamente ante el que se planteará la correspondiente solicitud. Bien por escrito, o en el ámbito del proceso abreviado de manera oral, durante la audiencia de prueba, "si no se hizo antes" (art. 113 CPCM).

4.2.- Una vez producida la admisión de la solicitud, el incidente de acumulación conlleva en estos casos la apertura de un trámite de alegaciones por tres días, tanto a las demás personas que son parte en el proceso donde lo es quien ha presentado dicha petición, como a quienes sean partes en los demás procesos involucrados, a fin de que puedan dar su opinión con arreglo a Derecho, en sentido favorable o discrepante ya sea en todo -la acumulación no cabe por ilegal- o ya sea en parte -si cabe, pero no al que se dice como más antiguo, sino a otro de ellos-, a la acumulación.

La única excepción será para las partes del proceso abreviado donde en concreto se formula la solicitud in voce (no las partes de los demás procesos, que aunque se estén también ventilando por el juicio abreviado, no están ese día ahí), las cuales contestarán en el mismo acto diciendo lo que tengan por conveniente sobre la misma (art. 114 CPCM).

4.3.- Pasado el plazo (o habiéndose presentado antes alegaciones por todos), con base en lo que se hubiere alegado el órgano judicial en los cinco días siguientes resolverá, cabiendo dos posibilidades al respecto (art. 115 CPCM):

a) Si todas las partes estuvieran de acuerdo con la acumulación, el juez la acordará, esté o no de acuerdo con ella. Cuando se habla de acuerdo de las partes, no se refiere al acuerdo de todos los que hubieran presentado alegaciones, sino a que de hecho todas las partes de todas las contiendas involucradas, sin excepción, han debido alegar y además en sentido favorable. El silencio no vale. La dicción del art. 114 CPCM ("si todas las partes estuvieren de acuerdo con ella") distinta a su vez a la que emplea el Código en el art. 120 para la acumulación ante distintos tribunales (ver *infra*), resulta determinante. Sólo la conformidad expresa vinculará aquí al juez.

b) Si por el contrario alguna de las partes no se pronuncia, o si alguna de ellas lo hace pero disintiendo de la acumulación, el tribunal resolverá lo que corresponda en Derecho, es decir:

-- Si aprecia la concurrencia de los requisitos legales exigidos accederá a la acumulación, ya sea a favor del proceso que haya indicado el solicitante; ya sea a aquel otro de los procesos involucrados que resultare realmente el más antiguo.

-- O bien rechazará la acumulación, si no procede por ley.

4.4.- De aceptarse la acumulación, ésta se hará como ya se sabe a favor de la causa más antigua, lo que básicamente implica tres cosas:

a) Suspensión de dicho procedimiento –el más antiguo-, si fuera necesario, hasta que todos los demás lleguen a su mismo estadio.

b) Suspensión de los demás procedimientos si han avanzado más que aquél, o continuación de dichos procesos hasta que alcancen idéntica tramitación que el más antiguo.

c) Una vez equiparados, se impondrá la unidad de acto y de procedimiento para todas las partes, actuaciones que se irán uniendo al expediente de la causa más antigua, y que una vez completado finalizará por una sentencia única, en la que se resolverá por separado sobre cada una de las pretensiones (objetos procesales) acumuladas.

1.15.4.5 Reglas particulares en la tramitación de la acumulación de procesos ante distintos tribunales:

En esta hipótesis y dada la diversidad de órganos judiciales concernidos, el iter procesal del incidente lógicamente se torna más complejo:

1.15.4.5.1.- Tramitación de la solicitud (Fase 1):

De entrada, hay que distinguir entre (1) la competencia para recibir el escrito de solicitud de la acumulación, y (2) la competencia para tramitar y resolver el incidente de acumulación.

De acuerdo con el art. 110 del Código, la solicitud podrá presentarse ante cualquiera de los jueces que esté conociendo de las causas afectadas (1), pudiendo ocurrir sin embargo que no sea dicho tribunal aquel que deba sustanciar el incidente, tarea que la ley asigna en concreto a aquel donde se esté ventilando el proceso más antiguo (2), pues será a su vez el competente para conocer de todos los objetos procesales una vez acumulados.

Así pues, el tribunal que reciba la solicitud (y que no puede negarse a hacerlo), de no ser el competente a su vez para llevar a cabo el incidente, se limitará a darle cauce remitiéndola al tribunal que sí lo sea.

Para poder saber a qué tribunal remitir la solicitud, el juez receptor deberá atender a los términos del escrito que se presenta (art. 117 CPCM); o bien solicitud oral siendo la audiencia del abreviado (aplicación por analogía del art. 113, siempre que se levante acta con el contenido de la solicitud para constancia de los demás tribunales), en el que se supone que tienen que venir especificados los procedimientos que se pretende que se acumulen.

Si del escrito no se deriva cuál sería el más antiguo, ni cuanto menos la mayor antigüedad de alguno de ellos respecto del que está tramitando (si así fuera, le enviará el escrito), se debe dirigir a los respectivos tribunales comunicando la circunstancia de la presentación de la solicitud, a fin de que cada uno de ellos le indique la fecha de presentación de las correspondientes demandas y así determinar cuál es el pleito más antiguo, para saber en definitiva si asumirá él o no la sustanciación de la primera fase del incidente de acumulación, o si lo debe reenviar a otro órgano judicial.

1.15.4.5.2.- Determinación de si procede la acumulación (Fase 2):

Recibida la solicitud por el tribunal competente *prima facie* para tramitar el incidente (ver lo que ya se ha explicado al respecto), éste abrirá en el seno del proceso más antiguo –al que se acumularían los demás- un trámite de audiencia por tres días a las partes personadas en él, tras el cual resolverá por auto si estima que la acumulación procede, si procede ante él, y a qué proceso se acumularían los otros.

Si rechaza la acumulación lo comunicará al tribunal que le hubiere remitido la solicitud si fuere el caso, para que sepa que ésta se ha rechazado (art. 117 CPCM).

Dado que el art. 116 declara aplicables las normas anteriores, entre ellas el art. 114, habrá que entender que si todas las partes del proceso más antiguo están de acuerdo expresamente con la acumulación, el juez no tendrá margen aquí para decidir otra cosa (de lo contrario sí la tendrá, comprobando los requisitos legales), sin perjuicio de de lo que luego ocurra ante los otros jueces.

Del enunciado del art. 125 del Código, se desprende la prohibición general de segundas o ulteriores peticiones de acumulación por el mismo sujeto a favor de otros tribunales y procesos. Si tales se formalizan serán denegadas por el tribunal donde se plantee, o éste dejará de conocer de la misma en cuanto tenga conocimiento de que hubo otra anterior.

1.15.4.5.3 Requerimiento (Fase 3):

De dictarse auto estimatorio, ha de tener lugar una comunicación con los demás tribunales que estuvieran conociendo de las otras causas, informándoles el requirente su aceptación de la acumulación, y requiriéndoles para que le remitan las actuaciones hasta el presente (lo que tanto significa, como que acepten esa acumulación), con "certificación de lo pertinente para dar a conocer la causa por la que se pretende la acumulación y las alegaciones que, en su caso hayan formulado las partes distintas del solicitante de la acumulación" (art. 118).

Atendiendo a la naturaleza específica de lo que aquí se plantea, la certificación o testimonio debe incluir los elementos necesarios para poder juzgar por cada tribunal cuáles son las pretensiones deducidas en los procesos afectados, fijar su posible conexión entre ellas, y los datos sobre competencia y procedimiento de cada causa, incluyendo en cuanto a este último, si lo ha sido por razón de la materia o de la cuantía.

1.15.4.5.4.- Decisión por el órgano u órganos requeridos (Fase 4):

Recibido el requerimiento, cada órgano judicial requerido deberá entonces actuar conforme a una primera circunstancia decisiva, que condicionará todo lo demás:

a) Si constata que se le han formulado dos o más requerimientos de acumulación, provenientes por tanto de dos o más tribunales:

Automáticamente trasladará el asunto a la Corte Suprema de Justicia cesando de hacer nada más, esto es, suspendiendo el procedimiento que lleva a su cargo, con notificación de ello tanto a los tribunales requirentes como a las partes de su proceso (art. 124 CPCM): a aquéllos, para que también eleven testimonio de las actuaciones a la Corte, y a éstos para que puedan acudir ante la Corte a defenderse.

El trámite ante la Corte Suprema es el previsto en el art. 123, al que luego haremos referencia.

De no ser así y recibir un único requerimiento, actuará el requerido conforme a los pasos que ahora veremos, en el entendido de que si posteriormente recibe un segundo requerimiento de otro tribunal, aplicará a partir de ese instante la regla del art. 124 que se acaba de exponer.

b) Si sólo existe un tribunal requirente:

Será la generalidad de los casos. Cada uno de los órganos requeridos deben abrir entonces un trámite de audiencia por tres días a las partes personadas en los correspondientes procedimientos, salvo aquellos que lo estuvieran también en aquel proceso más antiguo (pues éstas ya están enteradas y han formulado alegaciones ante el requirente), permitiéndoles acceder a los testimonios que se han recibido del órgano requirente a fin de poder hacer las alegaciones que estimen oportunas (art. 119). A la vista de ello, cada uno de los jueces requeridos resolverá, respecto del procedimiento/s que tuviera a su cargo alguna de las cuatro soluciones posibles, excluyentes entre sí (art. 120 CPCM):

a) Accederá a la acumulación a favor del recurrente y le remitirá lo actuado hasta ese momento, si ninguna de las partes personadas en dicho proceso a su cargo se oponen a ello. No es preciso que emitan su conformidad expresamente, sólo que no lo hagan en contra, incluso porque no aleguen nada (art. 120: "si ninguna de las partes (...) se opusiere a la acumulación...").

b) Accederá también a la solicitud acumulativa si pese a no discrepancia de alguna de las partes del proceso a su cargo, lo que se alegare para fundar la disconformidad fuere lo mismo de lo ya alegado y tenido en cuenta por el juez requirente, conforme añade el mismo art. 120 CPCM (para eso, será decisivo el examen de los testimonios que se hayan remitido por este último).

c) Accederá a la acumulación también, si pese a existir discrepancias, el tribunal aprecia que al menos respecto de ese proceso a su cargo, sí concurren los requisitos legales para la acumulación.

d) Rechazará la acumulación, por el contrario, si a partir de las discrepancias y de lo que el juez compruebe en estricto seguimiento de la legalidad, resulte como no acreditada la causa de acumulación válida. O bien entiende que ha de ser ante el suyo, que se acumulen todos los demás.

1.15.4.5.5.- Contestación al requirente (Fase 5):

Si se acepta la acumulación por el requerido (o por los que lo sean), se comunicará así al órgano requirente y a las partes del proceso a su cargo, para que puedan personarse en el plazo de tres días ante el tribunal requirente y continuar allí la defensa de sus pretensiones (art. 121 CPCM), todo ello con remisión de los autos. Una vez recibidos éstos, se procederá a la equiparación en la tramitación de los procesos y a partir de ahí a su sustanciación única, del modo como ya mencionamos en la acumulación de procesos ante el mismo tribunal.

1.15.4.5.6.- Posible planteamiento de cuestión de competencia ante la Corte Suprema (posible Fase 6):

Si alguno de los órganos judiciales requeridos no aceptare la acumulación que se le insta, lo informará así al requirente, planteando la cuestión ante la Corte Suprema de Justicia. El tribunal requirente deberá informar también a la Corte que se ha dado por notificado de la decisión del requerido, a fin de reconocer que es la Corte la que ha de resolver el problema. Al mismo tiempo, tanto tribunal requirente como requerido/s, deberá notificar de ello a las partes personadas ante él, para que puedan presentar alegaciones ante la Corte Suprema por escrito en el plazo de tres días, acerca de la acumulación (art. 122 CPCM).

Señala el art. 123 del Código, que la Corte Suprema de Justicia "en pleno" decidirá por medio de auto y en el plazo de los cinco días siguientes lo que corresponda, de acuerdo con toda la documentación remitida (alegaciones, testimonios de los escritos de las partes, etc.).

La expresión "en pleno", no debe tomarse como referida a toda la Corte, sin embargo, sino sólo a su Sala de lo Civil. En efecto, y por importante que sin duda pueda revestir una solicitud de acumulación de dos o más procesos ante distintos tribunales civiles (cuando es ante el mismo tribunal, a pesar de que el perjuicio de no acumular –desde la perspectiva de sentencias contradictorias- resulta exactamente el mismo, no cabe sin embargo control de la Corte), no vemos ninguna cuestión de orden público ni de gran trascendencia orgánica que justifique, nada menos, que avocar a todos los Magistrados de las tres Salas de la Corte a que estudien si procede o no la acumulación. Sí que lo hagan los Magistrados del orden jurisdiccional al que corresponden los referidos asuntos, que son los de la Sala Civil.

Lo que decida la Corte Suprema vinculará desde luego a todos los procedimientos concernidos, y frente al auto que dicte no cabrá recurso alguno, ex art. 123 CPCM.

FINALIZACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO:

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Finalización anticipada: concepto.- Finalización por improponibilidad sobrevenida del proceso.- II.- Finalización por cambio de circunstancias: 1) Relación con la litispendencia.- 2) La posible satisfacción extraprocesal de la pretensión.- III.- Por la formalización de mecanismos de autocomposición procesal: 1) Renuncia del actor.- 2) Desistimiento de la instancia.- 3) Allanamiento del demandado.- 4) Transacción entre las partes.-

1.6 FINALIZACIÓN ANTICIPADA: CONCEPTO. FINALIZACIÓN POR IMPROPONIBILIDAD SOBREVENIDA DEL PROCESO:

1.- Regula este Capítulo Quinto del Título Tercero del Código, toda una serie de causas que pueden determinar el archivo de las actuaciones sin que se haya producido el fin lógico de todo proceso, como es la emisión de una resolución judicial que juzgue sobre el fondo de la tutela jurídica impetrada por las partes, y sin que ni siquiera se haya tramitado el procedimiento en todas sus fases. Las razones para ese archivo vienen determinadas en términos generales por una pérdida del interés en el mantenimiento de la controversia, no necesariamente debida a la voluntad de los sujetos aunque a veces también gracias a ello. Aunque el articulado se inserta dentro del Título dedicado al objeto del proceso, algunas de esas causas a veces no tienen que ver estrictamente con la pérdida o mutación de las pretensiones deducidas, sino con la carencia de algún presupuesto del proceso, que hace inviable su continuación.

2.- Ejemplo de ello son las circunstancias que componen la primera de las causas posibles de terminación anticipada, referente a que sobrevenga el carácter improponible de la "demanda o la reconvención" luego de su admisión a trámite, art. 127 CPCM. Los requisitos para la invocación de este motivo son dos:

a) Que se trate no de cualquier defecto procesal, sino de alguno de los factores de improponibililidad del art. 277 del Código, los cuales en teoría pueden concernir tanto a la falta de competencia del órgano judicial, como de carencias esenciales de la pretensión deducida o la concurrencia de un motivo de litispendencia o cosa juzgada.

b) A fin de no solapar el incidente al que da lugar esta alegación, con la propia dinámica de los actos de contestación a la demanda y la reconvención, donde el respectivo legitimado pasivo puede entre otras cuestiones plantear motivos de improponibilidad, para que sean resueltos en la audiencia pautada para ello (la preparatoria en el proceso común, o la de prueba en el abreviado), se entiende que la causa que ha hecho aquí improponible a la pretensión, con base en el art. 127 CPCM, ha de haber sucedido o cuanto menos haberse conocido, con posterioridad a dichos actos de contestación, y desde luego que no se basa en los hechos que ya hallan podido fundar una alegación similar de tales legitimados pasivos, y resuelta (se supone

que negativamente, o el proceso ya estaría archivado) por el juez con valor de cosa juzgada a partir de este momento dentro del proceso.

3.- ¿Cómo proceder en estos casos?: ante todo, la presentación de esa alegación no suspenderá el curso de las actuaciones, que continuará normalmente hasta tanto se resuelva el incidente que se abre en paralelo.

Señala la ley que una vez formulada la alegación por escrito o en el turno de alegación oral de alguna audiencia, el órgano judicial abrirá plazo de tres días a las demás partes para que se pronuncien: de aparecer algún escrito de oposición tendrá entonces que convocarse una vista oral en los diez días siguientes salvo que ya estuviera programado para antes alguna audiencia con otro fin, el cual se aprovechará también para éste ("se incluirá el incidente como punto de agenda").

4.- *A contrario sensu*, si no se presenta ninguna oposición de las partes que obligue a llevar a cabo la vista oral, la aplicación del art. 127 CPCM lleva a pensar que el juez, esté o no de acuerdo, debe decretar el archivo. Pero además, si convocada la mentada vista oral y llegado el momento todos manifiestan su conformidad al archivo o ninguna dice nada en contra, ya sin ambage el art. 127 *in fine* sanciona que "de inmediato se accederá a lo solicitado" (la finalización).

Así pues, en caso de no oposición el juez acordará el archivo quedando vinculado por la intención, expresa o tácita de las partes. Así será por lo general, pero no siempre. En realidad, si la demanda -o la reconvención- no deviene improponible porque no adolece del defecto que se les imputa, da igual lo que puedan pensar las partes, aquélla seguirá siendo correcta y no podría caber por ello la finalización anticipada, la cual se antojaría sencillamente ilegal.

Luego, si la ley admite el archivo en este caso no es porque devenga improponible la pretensión sino, en último extremo, porque tanto si lo es como si no, las partes están de acuerdo con que se cierre la contienda anticipadamente. Rigiéndonos por un principio de justicia rogada, el resultado práctico es que el proceso debe acabar.

Mas, si la no oposición conduce en puridad a la finalización del proceso por autocomposición de las partes, y es así como debe calificarse, no podrá el juez dejar de hacer uso en esa tesitura de la facultad de control que le otorga el precepto anterior, el art. 126 CPCM, el cual prohíbe su homologación en los casos "en los que la ley prohíba la disposición o la limite por razones de orden público, de interés general, de protección de menores y terceros, o cuando implique fraude de ley". Y eso puede llevar, para dejar clara las cosas, a que razonándolo debidamente el tribunal rechace el archivo y ordene proseguir la contienda.

5.- Mediando oposición, por el contrario, el juez resolverá lo que proceda en aplicación estricta del régimen de improponibilidad, si es en sentido estimatorio decretando el archivo y resolviendo sobre la condena en costas del proceso principal que de tal guisa fenece, si bien teniendo en cuenta que cuando ello proceda por voluntad de todas las partes –que no de una sola-, así deberá tratarse también a efectos de costas.

Si por el contrario no se accede a lo pedido, el proceso continúa y se condenará en las costas del presente incidente a quien promoviere el mismo, y se acordará el levantamiento de las medidas cautelares adoptadas en su caso previamente (art. 127 párrafo último CPCM).

6.- Finalmente, la ley recuerda que al margen de la alegación de las partes, el órgano judicial conserva la potestad de oficio para declarar improponible la pretensión o el proceso, previo trámite de audiencia a aquéllas "en la audiencia más próxima para que aleguen lo pertinente" (art. 127 párrafo cuarto).

1.16.1 Finalización por cambio de circunstancias:

1.16.1.1 Relación con la litispendencia:

La previsión del art. 128 CPCM, a cuya virtud el cambio de estado de las cosas o personas que han dado pie a la interposición de la demanda (o la reconvención) admitida a trámite, no afectará a la validez y desarrollo del proceso de que se trate, es un efecto incardinado en la litispendencia, que estudiaremos convenientemente en el tema de la demanda, al que reenviamos al lector.

Importa sí considerar que cuando esos cambios, sin embargo, llevan a la desaparición del objeto del proceso, o a la desaparición de alguna de las partes sin que aparezca nadie que pueda sucederle procesalmente, la contienda no puede quedar abierta. Puesto en conocimiento del tribunal el problema, debe abrir el incidente del art. 127 que acabamos de repasar, pudiendo culminar en el archivo del proceso, con los consiguientes pronunciamientos inherentes a ello.

1.16.1.2 La posible satisfacción extraprocesal de la pretensión:

Una de las hipótesis que pueden excitar también esta finalización por privación definitiva del interés legítimo en litigar (art. 128), lo sería por la posible satisfacción extraprocesal de la pretensión deducida en juicio.

Si reclamado el cumplimiento de una deuda ésta se paga tras admitirse la demanda, o si las partes suscriben un nuevo contrato que deja sin efecto el que ha devenido en discusión, o como quiera que fuese el demandado lleva a cabo una actuación en el tráfico jurídico frente a la cual el actor se declara resarcido de todo lo que pedía, el proceso que montó con la finalidad de ser tutelado por el Estado pierde ya su razón de ser, en todo o en parte (la satisfacción extrajudicial podría ser sólo parcial) y, en esa misma medida, el conflicto jurídico ha desaparecido y el proceso debe cerrarse.

O al menos, el demandado tiene derecho a que se reduzca el objeto litigioso en proporción a lo que ya ha quedado satisfecho. Para ello, abierto el pertinente incidente, el órgano judicial deberá examinar los términos de la demanda –o la reconvención-, de un lado, y el contenido y efectos materiales y jurídicos de los actos cumplidos extraprocesalmente, por el otro lado, determinando si han logrado o no proyectarse en la esfera particular del demandante –o del

demandado reconviniente- y con qué resultados. En función de todo ello, podrá acordar la finalización anticipada o delimitar la controversia de nuevo.

1.16.2 Finalización por la formalización de mecanismos de autocomposición procesal:

En tercer y último lugar, se regula en el ya citado art. 126 y en los arts. 129 y siguientes del Código, como categoría de eventos susceptibles de poner fin al proceso antes del tiempo y modo que le hubiera sido natural, aquellos que envuelven una manifestación de voluntad unilateral o consensuada de las partes para que así se haga, a través de los que se conocen como medios autocompositivos.

Se trata de una consecuencia más del principio dispositivo, que así como entrega a las partes la llave para acudir al auxilio de la Jurisdicción u optar si lo prefieren en cambio por el sometimiento del asunto a arbitraje (salvo en las materias no dispositivas), o incluso que nunca lleguen a plantear la pretensión a pesar de existir un conflicto jurídico, extiende también el principio de rogación al ámbito de la finalización anticipada del proceso por su voluntad.

El Código, a tal efecto, recoge las diversas figuras representativas del fenómeno autocompositivo, distinguiendo las que ahora veremos. Antes, debemos formular cuatro observaciones generales que servirán para todas ellas:

a) Rige la prohibición prevista en aquel art. 126 a partir de los límites que marque la ley, el orden público, el interés general, o la protección de los derechos e intereses de los menores y de los terceros que no son parte en el proceso pero pueden quedar perjudicados por efecto reflejo, merced a esa falta de tutela a que llevaría el cierre abrupto del proceso.

b) Habrá que determinar en cada caso si la autocomposición efectuada abarca a la totalidad, o sólo a una porción de la pretensión procesal deducida, como resulta perfectamente posible que ocurra. En este segundo caso, no estaremos hablando propiamente de una finalización del proceso, sino si acaso de una reducción del conflicto jurídico u objeto procesal controvertido.

c) Todos los mecanismos que entrañen abandono del proceso por una u otra parte, exigen para su debida formalización que ésta se haga en términos claros y expresos, sin sujeción a condición alguna, mediante apoderamiento apud acta del procurador ante el propio tribunal u otorgando a su favor poder notarial donde conste el ejercicio de dicha facultad específica (poder especial): así, arts. 129 párrafo segundo, 130 último párrafo y 131 párrafo tercero.

   No es necesario contemplar lo mismo en la transacción judicial, que por sí misma no implica abandono sino concesión recíproca de efectos a favor de ambos litigantes, una composición estricta y bilateral de los términos del conflicto, para su superación.

d) En aquellos procesos donde concurra pluralidad de partes, sea en la legitimación activa como en la pasiva, los medios de autocomposición sólo vincularán a aquellas personas que lo suscriban. Por tanto, de existir al menos un demandante o un demandado que no manifieste su voluntad en ese sentido, la causa judicial deberá continuar entre las partes que queden: esto es, por un lado aquel que se ha negado a la autocomposición, y por otro lado quienes figuren a su vez en el proceso como parte contraria. El órgano judicial dictará al final la sentencia que en Derecho corresponda en cuanto a lo que se ha mantenido controvertido, al margen de las decisiones que precise para declarar la autocomposición parcial. Veamos cada uno de esos mecanismos:

1.16.2.1 Renuncia del actor (art. 129):

1.1.- Tal como dispone la ley, la renuncia corresponde a una facultad unilateral del legitimado activo del proceso, que puede realizarse sobre uno de los dos posibles derechos siguientes:

a) Del derecho procesal de acción, en el sentido de que la persona manifiesta su voluntad de dejar o abandonar definitivamente todo interés por reclamar judicialmente contra el demandado, en concreto en cuanto al conflicto jurídico vertido en la demanda –o la reconvención-. Esto implica no solamente el cierre de dicho proceso sino, como tal renuncia, la pérdida definitiva e irremisible del derecho a demandarle en el futuro (insistimos: sólo frente a ese demandado/s y sólo en relación con el objeto de la pretensión deducida, no al socaire de otras relaciones materiales distintas que puedan devenir asimismo en conflicto entre ellos).

b) La renuncia al derecho material, siempre que éste por su naturaleza resulte disponible, en cuya eventualidad el derecho de acción procesal aunque no haya sido renunciado, carece por efecto sobrevenido también ya de virtualidad. La renuncia del derecho material, en síntesis, acarrea la pérdida de todo interés jurídico procesal, y proyecta pues su efecto sobre la contienda ya iniciada. El derecho de acción procesal queda convertido a la postre en un cascarón sin contenido, por lo que se impone el archivo de la causa salvo, recuérdese, que la renuncia efectuada a uno u otro derecho (el procesal de acción, o el material) fuese parcial y no total.

1.2.- Si procede la renuncia en cualquiera de los dos aspectos, se declarará directamente por sentencia, con el consiguiente archivo de las actuaciones.

En caso contrario dictará auto cuando acuerde su denegación, o cuando deba limitar su alcance a sólo una porción de lo reclamado en ese proceso, ordenando entonces su continuación en los términos del debate original, o excluyendo la porción ya autocompuesta-.

1.16.2.2 Desistimiento de la instancia (art. 130):

2.1.- Manifestación de voluntad también del actor, por la que declara no tener interés en continuar específicamente con ese proceso iniciado, sin condicionar en términos absolutos, su

interés posterior por una tutela jurisdiccional, ni la pérdida ni desdén por el derecho material en juego. En el desistimiento, lo único que importa al demandante es no seguir adelante con ese proceso por razones personales -que ni tiene que justificar ni importa conocer-, siendo lo único jurídicamente relevante el que no exista motivo legal impeditivo para su formulación, ex art. 126 CPCM.

Ahora bien, como el desistimiento no trae consigo la certidumbre de la extinción absoluta de la acción judicial sino sólo la no prolongación de la presente contienda, emerge en estas situaciones el interés del demandado, quien puede tener interés en que la cuestión controvertida se dilucide de una vez por todas aquí y no tener que ver cómo pende la espada de Damocles de un futuro nuevo proceso en su contra.

Como puede verse, el desistimiento es algo muy diferente a la renuncia de la acción o del derecho, resultando una evidente mejora legal la distinción entre ambas figuras, que aparecían mezcladas en el derogado CPC[77].

Teniendo esto en cuenta, el Código, con buen criterio, distingue tres alternativas distintas:

a) Si el desistimiento se presenta (recuérdese: por escrito, de manera expresa y clara, con poder especial o apud acta) en cualquier momento anterior a serle comunicada la demanda al demandado o demandados para que la conteste, el desistimiento tendrá eficacia inmediata y sólo podría rechazarse por el juez debido a alguna de las prohibiciones generales del art. 126.

b) Si por el contrario el demandado ya ha sido emplazado a contestar, es decir, se ha producido lo que clásicamente se conoce como la trabazón de la *litis*, el Código vela por el interés jurídico de ambas partes debiendo contarse con la opinión del demandado. Como antes apuntábamos, una vez que éste tiene noticia de la pretensión interpuesta en su contra, puede querer dilucidar la controversia de una vez y no esperar a la "amenaza" de otra demanda futura del mismo o similar tenor. De este modo, la ley prevé que se conceda trámite de audiencia a dicho demandado (o demandados) por plazo de tres días: si no contesta, o lo hace conformándose con el desistimiento, éste se aprobará (excepto causas del 126). Si se opone, el juez deberá resolver lo que proceda, y eso significa no solamente con base en la ley sino ponderando los motivos aducidos por una y otra parte, para considerar la conveniencia o no de que los derechos o situaciones jurídicas en conflicto acaben ya de tutelarse en el proceso ya abierto, o resulte secundario cesar en esa tutela.

c) Como caso especial, el Código permite que el desistimiento pueda presentarse con posterioridad a la notificación de la demanda, "en cualquier momento del proceso", si el demandado no se persona a contestar y por tanto se le declara en rebeldía (art. 130 párrafo primero, *in fine*).

77 En efecto y de acuerdo a lo que preceptuaba su art. 464: "Desistimiento es el apartamiento o la renuncia de alguna acción o recurso".

A estos efectos resulta igual que la notificación de la demanda haya podido hacerse de manera personal o por estrados, lo que importa es que otorgado el plazo (proceso común) o el término (proceso abreviado) para comparecer, la persona no acudió y a partir de entonces se la ha tenido por rebelde.

Pues bien, entiende el legislador que pese a que quizá en los hechos el demandado pueda conocer la demanda (desde luego, así será si se logró su notificación personal), el haberse desentendido de su desarrollo y desenlace dejando de personarse, inviste sobrevenidamente –por decirlo así- al actor para reconsiderar y formalizar por su cuenta el desistimiento, antes de que recaiga sentencia.

2.2.- La homologación judicial del desistimiento (mediante auto) deja imprejuzgada la acción de fondo, y nada impide como decíamos su formalización de nuevo entre las mismas partes, interponiendo nueva demanda (art. 130 párrafo tercero CPCM).

1.16.2.3 Allanamiento del demandado (art. 131):

3.1.- Acto unilateral del sujeto pasivo del proceso, por el que acepta en todo o en parte, los elementos conjuntos de la pretensión deducida en su contra (esto es: la causa de pedir, y lo que se le pide). En el allanamiento, por tanto, se admiten los hechos, el Derecho y las consecuencias jurídicas extraídas de él por la parte actora, pero representa ante todo una conformidad o capitulación –para decirlo en términos gráficos- con el *petitum* de la demanda (o de la reconvención, por lo que hace al actor-reconvenido).

El que se diga que el allanamiento puede ser total o parcial, por tanto, no se refiere a una fragmentación entre los hechos o el Derecho, que integra a este respecto una unidad indisoluble, sino a que el demandado puede estar de acuerdo con que, con arreglo a la historia particular acontecida y a lo que contempla la ley sustantivo, el derecho reclamado por el actor es real sólo hasta cierto punto, o que la obligación que se le imputa es únicamente cierta y exigible en determinado importe, etc.

Para poder hablar de allanamiento parcial, claro, resulta imprescindible que lo pretendido por el demandante resulte descomponible cuantitativamente hablando, bien porque se pidan dos o más prestaciones, bien porque la única reivindicada resulta divisible.

3.2.- Como impedimentos para poder decretar la homologación judicial del allanamiento, procede destacar tres hipótesis principales:

a) Los límites siempre aplicables del art. 126.

b) Con cierto tono reiterativo a ese precepto, el posterior art. 131 párrafo primero CPCM donde se regula esta figura, advierte que el allanamiento podrá denegarse judicialmente por medio de auto, si resulta “contrario al orden público o al interés general, o que se realiza en perjuicio de tercero, o que encubre un fraude de ley”.

c) Si tratándose de un allanamiento parcial, y quedando por tanto en pie otras pretensiones no allanadas, resulte que la declaración interlocutoria de las que sí lo han sido puede entrañar o repercutir, por sí mismo, en un prejuzgamiento sobre aquellas otras (art. 131 párrafo segundo CPCM). Siempre que ese riesgo de prejuzgamiento aparezca, el legislador impone al juez que no se declare nada todavía, más allá se explicar por medio de auto que se ha formalizado allanamiento parcial pero sobre el mismo no habrá pronunciamiento hasta la sentencia, al existir riesgo de prejuzgar lo no allanado. Es decir, el tribunal lo hace constar, pero dejando que el procedimiento se complete y sea, al socaire de dictarse la sentencia definitiva, donde se empiece por discriminar entre lo allanado y lo no allanado, y en cuanto a cada uno, motivar la respectiva decisión de acuerdo a la ley.

3.3.- La homologación judicial del allanamiento deberá llevar forma de sentencia cuando la voluntad de allanamiento se haya proyectado sobre la totalidad de la pretensión deducida por el actor, pues aunque el tribunal ya no debe enjuiciar el caso para obtener una solución legal (ésta es la que proponía el actor en su demanda y que el demandado ha aceptado), sí que debe declarar que el asunto ha quedado compuesto y por tanto con un Fallo donde se realice el pronunciamiento mero-declarativo, constitutivo o de condena que corresponda. Conforme al penúltimo párrafo del mismo art. 131, y a los efectos particulares de la fijación de las costas, si el allanamiento se efectuara antes de la efectiva contestación a la demanda por el demandado[78] no habrá condena de aquéllas, salvo "manifiesta temeridad" procesal.

3.4.- Distintamente, se dictará auto y no sentencia aprobando el allanamiento cuando éste hubiere sido parcial, lo que significa, como ya observábamos antes, que sigue persistiendo una parcela de la pretensión actora que ha sido resistida de alguna manera por el demandado (en los hechos y el Derecho, o sólo en el Derecho, o alegando excepciones procesales o perentorias…), que en esa misma medida requiere de una solución judicial con arreglo a la legalidad (art. 131 último párrafo).

Pero además, es necesario para que pueda dictarse el auto que no nos encontremos en la situación antes descrita de que su declaración *in limine* conlleve prejuzgar las demás cuestiones que quedasen en litigio.

3.5.- Sea por auto o en la sentencia definitiva, todo lo allanado alcanza efecto de cosa juzgada material y no puede volver a ser objeto de una controversia posterior.

1.16.2.4 Transacción entre las partes (art. 132):

4.1.- Finalmente y dentro de las modalidades de mecanismos autocompositivos, el Código hace mención de la posible transacción del objeto procesal dentro del proceso, en el lógico entendimiento de que es transacción y no capitulación unilateral de alguna de las partes, porque ambas han cedido una cuota de sus exigencias iniciales a favor del otro, y viceversa.

78 No confundir con aquel otro plazo, el del emplazamiento o citación al demandado para contestar, que es el aplicable a su vez para saber si ha de contarse también con su criterio.

Es decir, es transacción judicial porque la misma se formaliza a través de escritos que se dirigen al juez, bien sea uno conjunto o bien por separado pero de idéntico tenor, con el fin de que éste tenga por compuesto el conflicto jurídico en los términos que han determinado libremente las partes.

Conviene no confundir por ende esta transacción, exteriorizada en el seno del procedimiento judicial y bajo la tutela del juez quien en definitiva tendrá que autorizarla o no, con el contrato de transacción del art. 2192 y ss CC, el cual se suscribe por los sujetos al margen de la contienda judicial.

El contrato de transacción, ciertamente, puede suscribirse en los hechos una vez ya iniciado un proceso y con la finalidad no oculta de servir para poner fin a la disputa que los ha llevado a juicio.

Sin embargo, si así se hiciere, para que pueda surtir efectos en él tendrá que presentarse un escrito al órgano judicial informando de su suscripción, con copia del contrato y solicitándose que se decrete la finalización del proceso por pérdida sobrevenida del interés en litigar, ex art. 128 CPCM, a virtud de haberse verificado una satisfacción extraprocesal de la pretensión. Que es como deberá ser tratado por la autoridad judicial.

Por cierto que el contrato de transacción presenta restricciones por imperativo legal, a las que deberá atender el juez antes de darlo por bueno como mecanismo de satisfacción extrajudicial de la pretensión, cuya remisión impone el varias veces citado art. 126 CPCM ("los casos en los que la ley prohíba la disposición o la limite…").

4.2.- La transacción no se homologará si concurre alguna de las causas descritas en el referido art. 126 del Código, algunas de las cuales reitera el precepto que ahora se comenta: vgr., aquella transacción judicial que no sea "conforme a la ley o se realiza en perjuicio de tercero" (art. 132 *in fine*).

Y si fuera sólo parcial (como perfectamente cabría hacerlo), el auto así lo determinará con lo que el procedimiento seguirá su curso para resolver por sentencia, al final, lo que proceda respecto de la porción no transigida.

1.17 CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Concepto, finalidad y presupuestos.- II.- Ámbitos incluidos en la caducidad y plazos.- III.- Ámbitos excluidos.- IV.- Efectos de su declaración.- IV.- Impugnación del auto de caducidad.-

1.17.1 Concepto, finalidad y presupuestos:

1.- La caducidad de la instancia –también conocida como perención de la instancia- constituye una presunción legal *iuris tantum* por la cual se considera que las partes han perdido el interés en seguir impetrando la tutela jurisdiccional del conflicto jurídico planteado, cuando se constata la paralización del procedimiento por un plazo mínimo que es el previsto por la propia ley como suficiente y expresivo a tal efecto, con la consecuencia de que así se declare y archive el procedimiento. Introducida en el proceso civil salvadoreño por el D.L. Nº 213, del 7 de diciembre de 2000 (D.O. Nº 241, Tomo 349, del 22 de diciembre de 2000), siguiendo la estela del derecho comparado, mantiene y refuerza su regulación el nuevo Código.

2.- La finalidad de este instituto es liquidar la inseguridad jurídica que deriva de mantener una causa judicial abierta *sine die*, cuando por actitudes deducibles tácitamente de la inactividad de los sujetos, es de prever que el proceso ya no cumple la función para la que fue incoado. Subyace pues a la caducidad un elemento externo, acreditado, y otro interno, supuesto: el externo es la realidad de la paralización de todo acto procesal por falta de iniciativa de las partes, situación que se ha prolongado durante el tiempo legal marcado. El elemento interno es la voluntad presumida de las partes de querer que así ocurra, a partir de lo cual se asienta la presunta falta de interés en que exista ya el proceso[79].

3.- Como se sabe, el nuevo Código apuesta decididamente por la vigencia del principio de impulso oficial de las actuaciones en los procesos civiles (arts. 194 y 198 CPCM), lo que determina que las partes no tienen que estarse dirigiendo continuamente al órgano judicial para pedirle que provea a la terminación de cada acto del proceso, para que permita abrir el siguiente y así sucesivamente. No: es el juzgado o tribunal el que ya sabe que debe hacerlo, dictando de oficio las resoluciones que devengan menester a tal fin, abriendo los trámites y plazos del proceso siguiendo las pautas del proceso, a virtud de la legalidad de éste ex art. 3).

Pero además y siendo ello así, resulta que si cualquiera de las partes deja pasar la oportunidad procesal de presentar un escrito, o de realizar una conducta a su favor, la consecuencia

79 Con palabras de la Corte Suprema: "Específicamente, el fundamento de la figura de la caducidad de la instancia, pues, radica en la necesidad de evitar que los procesos se prolonguen sine die; y en la presunción de la voluntad de abandonar el pleito en razón del tiempo transcurrido, debido a la no intervención de las partes. Es decir, que su base reside en la presunción de abandono del proceso por el litigante, debido a su inactividad durante cierto tiempo; así como en el propósito práctico, de librar a los órganos jurisdiccionales, de las obligaciones que derivan de la existencia de un juicio, que ha sido abandonado por las partes": Sentencia de la Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2008, dictada a las 12.20 hh (ref. Cas. 155-C-2006).

generalmente no será por ley la de la paralización del procedimiento, sino el sufrir los efectos negativos de la correspectiva carga procesal que recaía sobre sus hombros (no contestar a la demanda, no solicitar pruebas, etc.), lo que implica que si el proceso sigue, no hay presupuesto para la caducidad.

Lo mismo ha de decirse en aquellos casos donde se prevé que merced a la apertura de algún incidente o a un motivo de fuerza mayor, pueda suspenderse el proceso principal[80]; así como también con ocasión de concurrir una cuestión prejudicial deba suspenderse el plazo para dictar sentencia (ver arts. 48 y ss CPCM): pasado el motivo concreto que ha dado lugar a la suspensión, la propia ley da por sentado que el proceso se reanude, o en su caso finalice si se trataba de suspensión por prejudicialidad, todo ello sin necesidad de que lo insten las partes. Tampoco por aquí se produciría caducidad.

4.- Con todo, existen dos situaciones que sí pueden justificar el cómputo del plazo de caducidad de la instancia:

a) Cuando se haya acordado la paralización del procedimiento por la previa solicitud de ambas partes, concedida ex art. 199 CPCM como una expresión más del principio dispositivo (ver tema respectivo de este libro). En esa perspectiva, las partes cuando pidan que el trámite no continúe (ya porque van a intentar fraguar un acuerdo sobre el objeto litigioso que pueda poner fin a la contienda, ya porque sencillamente prefieren dejar ésta aparcada), han de saber también que a partir de ese momento, empiezan a correr en simultáneo los plazos de caducidad que pueden conducir al archivo ya no temporal sino definitivo del proceso. Así se deduce claramente además del último inciso del citado art. 199: "...se procederá al archivo provisional de las actuaciones, el cual se mantendrá mientras no se solicite la continuación del proceso o se *produzca la caducidad de la instancia*".

b) No se contempla en el CPCM que cuando tras una paralización excesiva del proceso, aunque improcedente porque por ley el tribunal debía cumplir con el deber de impulso de oficio y no devenía preciso que las partes lo pidieran, no suscite sin embargo ningún tipo de respuesta o reacción crítica de las partes, mediante la presentación de escritos instando la reactivación del procedimiento.

No se trata, por supuesto, de disculpar la negligencia de la oficina judicial que incurre en desobediencia al deber inexcusable de impulso oficial al que antes aludimos. Mas tampoco se puede soslayar una realidad y es que frente a semejante incumplimiento oficial, las dos partes del proceso y no una sola (lo que sería comprensible, sobre todo en el demandado), se mantiene injustificadamente inerme.

A virtud de la presunción legal *iuris tantum* que deriva de una postura de aquiescencia tácita con ese estado de cosas, es que esa falta de interés prolongada puede traer consigo un cómputo de caducidad si se rebasa el plazo legal.

80 Ver arts. 24, 44, 78, 88, 115, 198, 208, 264 y 265, 301, 311 in fine, 406 y 425 del Código.

De cualquier modo, se antoja evidente que el órgano judicial ha de tener sumo cuidado antes de optar por declarar la caducidad en una hipótesis como ésta, en la que él mismo (el juez, los magistrados), han tenido la responsabilidad directa de que el proceso no se reanude, y que sin embargo ahora y tras pasar el plazo teórico de caducidad, sí se muestra diligente pero para cerrar el proceso.

Una actuación judicial de este tipo sería casi siempre censurable, y por tanto debe revisarse y ponderarse adecuadamente cuáles han sido las circunstancias concurrentes (las que llevaron a la suspensión, lo que luego unos y otro han hecho o dejado de hacer), antes de penalizar a los justiciables con la caducidad[81].

5.- Como tal presunción *iuris tantum*, sin embargo, ésta admite prueba en contrario una vez declarada judicialmente, en todos aquellos casos en que pueda demostrarse que al menos una de las partes sí tenía interés en actuar y en que el proceso siguiera avanzando hasta la sentencia (ver último epígrafe).

Empero, no vale cualquier acto de parte para interrumpir la caducidad: tendrá que serlo pidiendo la reanudación del procedimiento. Un escrito solicitando por ejemplo testimonio de las actuaciones o copia de alguna resolución, en sí nada significa en orden a un interés en que avance el juicio y por ello no tendría consecuencias.

1.17.2 Ámbitos incluidos en la caducidad y plazos:

1.- La caducidad de la instancia se aplica a los procesos que estén abiertos y sustanciándose tanto en primera como en segunda instancia, dejando aclarado la ley que también se decretará "contra el Estado y demás personas de derecho público" que en ellos intervinieren (art. 133, párrafo segundo).

2.- Para la primera instancia, el art. 133 impone el plazo de seis (6) meses, el cual se acorta a la mitad en la apelación -tres (3) meses-, debiendo contarse ambos "desde la última notificación efectuada a las partes". Son los mismos plazos que ya traía el art. 471-A del derogado CPC[82]. No significa desde luego que la caducidad vaya a ser declarada al día siguiente de su vencimiento, sino que a partir de entonces podrá serlo en cualquier momento por el titular del órgano judicial.

3.- Si cumplido alguno de los plazos del art. 133 pero todavía no declarada la caducidad, apareciere algún escrito de parte instando la reanudación del trámite, ¿podría dejarse sin

81 Al efecto ha reflexionado también la Corte Suprema en la ya citada Sentencia de 6 de febrero de 2008, 12.20 hh (ref. Cas. 155-C-2006): "La Sala estima, que para declarar la caducidad de la instancia debe mediar 'inactividad procesal', vale decir, que el proceso debe quedar paralizado. Pero esa inactividad debe proceder de las partes y no del Juez de la causa, porque si éste pudiera producir la perención, entonces se habría puesto en sus manos la terminación arbitraria de los procesos. Y, esa no es la naturaleza jurídica de la caducidad de la instancia, pues la actividad del Juez es para mantener con vida el juicio, pero su inactividad no es motivo para caducar la instancia".

82 Precepto que fue objeto de interpretación auténtica por D.L. nº 503, de 10 de agosto de 2001; D.O. nº 156, Tomo 352 de 22 de agosto de 20001, en cuanto al inicio de su vigencia.

efecto la inminencia de esa declaración? Tal cosa no parece factible por dos razones: primero, porque los plazos de caducidad se configuran como un óbice de orden público procesal, no disponible por los sujetos quienes únicamente tienen la opción de interrumpirla antes de que se consume, o de lo contrario sufrir sus efectos. Y en segundo lugar, porque a pesar de tratarse como veíamos de una presunción *iuris tantum*, la acreditación de que la caducidad no concurre tiene que ver con circunstancias eximentes "durante" el transcurso del plazo de la caducidad (ver epígrafe siguiente) y no cuando ésta ya se ha consumado.

Además, su declaración aunque inmediatamente negativa para el actor –que no para el demandado-, no deja sin tutelar para siempre el derecho material concernido, simplemente lo que obliga al interesado es a instar nueva demanda, un perjuicio en sí mismo no irreversible.

3.- Nada se dice en este articulado del Código, a su vez, sobre la caducidad de los procedimientos de medidas cautelares -abiertas y no resueltas-, pero en principio nada parece oponerse a la aplicación por analogía de los plazos del art. 133, en función de la instancia en la que se halle a su vez el proceso principal (pues también una medida cautelar se puede solicitar en apelación).

1.17.3 Ámbitos excluidos:

No opera por el contrario la caducidad, por deseo expreso de la ley, en dos clases de procedimientos:

1) En los recursos de casación, al no hacerse mención a ellos en el art. 133 y concordantes del Código. Seguramente su exclusión se deba a los fines de política judicial (*ius constitutionis*) que orientan la filosofía de este recurso extraordinario y que no han de quedar menoscabados por la inercia de las partes. Qué duda cabe, además, que el volumen de recursos pendientes ante la Corte Suprema (en El Salvador y en los demás países) haría muy difícil muchas veces evitar la caducidad salvo que se impusieran plazos muy largos.

2) Asimismo y conforme el art. 134 CPCM (lo que por cierto ya establecía el art. 471-E del derogado CPC) tampoco cabe la caducidad en los procesos de "ejecución forzosa". Se refiere la ley al proceso para la ejecución de títulos judiciales o asimilados, previsto en los arts. 551 y ss CPCM[83].

Por tanto, no abarca esta excepción al llamado proceso ejecutivo del art. 457 y ss del Código, respecto del cual, acaso porque no se trata de lograr la efectividad de lo resuelto previamente por un tribunal de justicia, sino brindar una vía más expedita para la satisfacción de obligaciones civiles y mercantiles contenidas en ciertos documentos extrajudiciales, no se considera necesario eximir a las partes del deber de cuidar que el procedimiento no entre en vía muerta sin hacer nada al respecto. Trayendo así consigo, por esa actitud pasiva, su caducidad.

83Con ese mismo sentido, tampoco computaba la caducidad según el derogado art. 471-E CPC, para los "procedimientos de ejecución de sentencia".

En la ejecución forzosa de títulos judiciales, existen muchas ocasiones en que la dificultad para localizar bienes del patrimonio del deudor, o la aparición de incidentes de distinto tipo en su sustanciación (tercerías, etc.) puede llevar *de facto* a paralizaciones más o menos prolongadas y desde luego superiores a los plazos del art. 133, que es lo que se quiere evitar por ello con su no aplicación, como sanciona a su vez el 134. Aplicar aquí la caducidad no sólo favorecería casi siempre a quien ha dejado de cumplir con sus obligaciones (el ejecutado), perjudicando al titular del derecho, sino que de paso supone un cierto desprecio hacia toda la actividad judicial que antecede a la emisión del título judicial de ejecución, el cual queda así desactivado, obligando al ejecutante a tener que instar una nueva ejecución, probablemente sin que un horizonte claro a la vista si los hechos que han llevado a aquella paralización no han cambiado. Por todo ello se protege la ejecución forzosa frente a la caducidad.

1.17.4 Efectos:

Prevé la ley diversos efectos que se engendran dentro del propio proceso en el que se declara la caducidad; y que afectan también a la futura interposición de un nuevo litigio. Veamos:

1.17.4.1 Efectos generales:

1.1.- De un lado, la caducidad se declarará mediante auto, para el que no será preciso abrir trámite de audiencia previo: no lo prevé la ley porque la caducidad deviene una causa objetiva no sujeta de simple constatación fáctica (aunque no exenta de errores). Lo que sí autoriza el Código es la impugnación del auto una vez dictado, con base en dos posibles motivos que luego examinaremos.

1.2.- Junto a la propia declaración de caducidad se contendrá además el pronunciamiento de costas "contra la parte que hubiera dado lugar a aquélla" (art. 133 párrafo tercero). Quiere decir en cuanto a su origen, pues ya hemos dicho que a la postre la inactividad resulta siempre imputable en su devenir a ambas partes. Si no puede fijarse una responsabilidad única, quedaría abierta la posibilidad de no formular tal condena en costas.

1.3.- Con la caducidad se producirá el cese de todas las resoluciones que ordenan cualquier medida o actuación dentro de ese proceso, así como el archivo de las actuaciones (art. 136 CPCM).

1.17.4.2 Efectos particulares en la primera instancia:

2.1.- Ya como efectos concretos de la declaración, dependiendo de la instancia en que se hallare la controversia, se dispone si se trata de proceso en primera instancia, que "se entenderá producido el desistimiento en dicha instancia, y podrá incoarse nueva demanda", art. 136 párrafo segundo del Código.

En la redacción de 2008, este precepto incluía al final la coletilla "...salvo que hubiera prescrito o caducado el derecho que se hace valer". Aunque se ha borrado con la reforma de 2010, parece evidente que sigue valiendo lo que ahí se decía, pues si la actitud negligente

de las partes y sobre todo de la actora, ha sido la que ha impedido que el proceso en el que ya estaban se completara, cortándose su tramitación, mal puede concebirse sin embargo que los plazos de una prescripción extintiva del derecho material litigioso, o un eventual plazo original para el ejercicio de la acción, se tengan por congelados o por interrumpidos en beneficio de dicha persona. Para eso, sencillamente, no se declararía la caducidad y se mantendría vivo el proceso ya iniciado. Así también lo ha entendido la Corte Suprema en su jurisprudencia[84].

2.2.- De cara a esa futura demanda, las pruebas que se hubieran presentado en el proceso fenecido por caducidad no valdrán para ningún otro, excepto aquellas de carácter preconstituido y que se aportan con los escritos iniciales de alegaciones: documentos, informes periciales y la practicada antes de la demanda como prueba anticipada; pero siempre y cuando se respeten los plazos y formas para su aportación, de acuerdo al régimen general (art. 133 último párrafo).

1.17.3 Efectos particulares en la apelación:

En cambio, si se decreta la caducidad ya en la segunda instancia, "se tendrá por firme la decisión impugnada y se devolverán los autos al juzgado de origen, junto con la certificación correspondiente" (art. 137)[85]. Lógicamente, sin posibilidad ya de reiterar un nuevo recurso, dada la firmeza alcanzada por la resolución impugnada.

1.17.5 Impugnación de la declaración de caducidad:

1.- Como comentábamos antes, el Código recoge circunstancias que pueden dejar sin lugar el pronunciamiento de caducidad una vez dictado, pero que son circunstancias impeditivas, no subsanadoras de ella. En primer término, el art. 138 lo permite cuando una vez notificado de la decisión y en el plazo de los cinco días siguientes, la parte afectada alegue y pruebe que su

84 "El Art. 471-D Pr. C. establece que la caducidad declarada en primera instancia, no extingue la acción deducida, por consiguiente, el interesado podrá intentarla en todo tiempo, sin perjudicar las prescripciones que puedan haber corrido en su contra. En el expediente de segunda instancia, aparece la certificación judicial del juicio ejecutivo, incoado por la Caja (…) contra la señora (…), en la que consta que por resolución del Juzgado de lo Civil de Usulután, pronunciada a las ocho horas y quince minutos del once de enero de dos mil dos, se declaró la caducidad de la instancia del referido juicio ejecutivo, mandándose archivar los autos y el cese inmediato de todas las diligencias judiciales dictadas en el mismo, resolución que se declaró ejecutoriada, por resolución del mismo tribunal, de las diez horas del once de marzo de dos mil dos. De conformidad con el Art. 471-D. Pr. C dichas resoluciones no afectan la prescripción que está alegando la parte actora en este proceso, y cuando la Cámara dice que el juicio ejecutivo quedó como no iniciado o sea que las cosas volvieron al estado en que se encontraban antes de iniciar la acción por haberse declarado la caducidad de la instancia y que ello significa que la obligación volvió a su estado original, quedando por tanto como plazo de dicha, obligación el estipulado en el contrato, y que la acción ejecutiva no ha nacido, la Cámara ha razonado apartándose del Art. 471-D Pr. C., ya que la acción nació cuando hubo mora, antes del ejecutivo, y la caducidad no dañó la prescripción de las acciones, es decir, que el tiempo antes de la caducidad ha contado para la prescripción. En tal caso existe la violación al Art. 471-D. Pr. C., alegada por la parte recurrente y es procedente casar la sentencia recurrida y pronunciar la que fuere legal…": Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, de 26 de julio de 2005, dictada a las 12 hh. (ref. 16-C-2005).

85 El rótulo del precepto, que por una errata indicaba "efectos de la caducidad en segunda instancia o casación", ha sido corregido por la reforma parcial de 2010.

inactividad se debió a alguna causa de fuerza mayor "o a otra causa contraria a la voluntad de las partes o a retraso no imputable a ellas".

En tal eventualidad, el órgano judicial tendrá que abrir un incidente convocando a todas las partes a una vista oral, "a la que deberán concurrir con las pruebas de que intenten valerse", en un sentido o en otro (según lo que cada una defiende), y al que seguirá un auto resolviendo lo que proceda, según se hayan probado o no aquellas circunstancias impeditivas. Auto contra el que cabrá recurso de apelación, ex art. 138 *in fine* CPCM.

2.- Distintamente, si lo que ha ocurrido es que hubo un error en el cómputo objetivo de los plazos legales, bien por confusión en cuanto a la fijación del dies a quo, bien por errónea constatación de si hubo realmente inactividad real de las partes durante todo ese tiempo para que se reanudara la causa, con lo que en realidad falta alguno de los presupuestos para que aquélla se pudiera declarar, podrá promoverse recurso de revocatoria contra el auto de declaración respectivo (art. 139).

BIBLIOGRAFÍA:

Además de las obras generales citadas al final del Título Preliminar, recomendamos: ARMENTA DEU, Teresa: "Acumulación de acciones y de autos", en *Cuadernos de Derecho Judicial, nº 1,* CGPJ, Madrid, 2000, pp. 219-282; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil,* Thomson-Civitas, Madrid, 2005; GUASP, Jaime: *La pretensión procesal,* Civitas, 1981; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: *El objeto del proceso: alegaciones, sentencia, cosa juzgada,* La Ley, Madrid, 2000.

1.18 ACTIVIDAD PROCESAL

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES. I. LUGAR DE LA ACTIVIDAD PROCESAL: 1. Actividad en Sede judicial; 2. Actividad fuera de Sede judicial; 3. Comisiones procesales. II. TIEMPO DE LA ACTIVIDAD PROCESAL. 1. Días y horas hábiles; 1.1. Días hábiles; 1.2. Horas hábiles; 2. Plazos procesales; 2.1. Indicación o fijación del plazo. 2.2. Cómputo de plazos; 2.3. Principio general de suspensión de los plazos. III. FORMA DE LAS ACTUACIONES PROCESALES: 1. Principio general de oralidad; 2. Idioma de actuaciones procesales.

1.18.1 CONSIDERACIONES GENERALES

La actividad de los sujetos procesales debe sujetarse a un régimen legal, cuya finalidad principal sea generar un ambiente de seguridad jurídica a todos los involucrados en el proceso civil y mercantil. En especial, la seguridad beneficia a las partes procesales, durante el desenvolvimiento del proceso; ya que, de este dependerá una eventual afectación de su patrimonio, de manera positiva o negativamente por las resoluciones judiciales. Partiendo de la idea, que la unidad básica de todo proceso judicial es el acto procesal, de cuya validez y eficacia dependen los elementos que lo estructuran. A estos aspectos de forma general, se le identifican como requisitos de validez del acto procesal. Entendiéndose por tales, aquellos elementos que deben concurrir en cada acto procesal en forma individual del que depende su eficacia.Existe una variedad de actos procesales a los cuales pueden identificárseles requisitos comunes; se entienden por tales, las circunstancias establecidas legalmente a las que deben acomodarse los actos para producir los efectos previstos logrando así su eficacia.[86] Un criterio sobresaliente de distinción en los requisitos de validez de los actos procesales, es aquel respecto a los elementos formales del acto procesal, el cual señala tres principales elementos, entre estos los siguientes: el sujeto, el objeto y la actividad. La actividad a su vez, se divide en tres componentes: el lugar, el tiempo y la forma de los actos.[87]

Es precisamente, la última estructura mencionada en torno a la actividad procesal la adoptada por la nueva legislación procesal civil y mercantil salvadoreña en el Libro I, Título Cuarto, Capítulo Primero, en virtud de su utilidad práctica y fácil entendimiento al intérprete de la norma procesal, además de lograr la eficacia de la actividad procesal.

1.18.2 Lugar de la actividad procesal

El lugar de la actividad procesal es determinante para su validez. En materia procesal, la ubicación geográfica es concluyente sobre factores influyentes para la designación del Tribunal competente, entre estos: la jurisdicción y la competencia territorial.

86 BARONA VILAR, S. El Nuevo Proceso Civil, (Ley 1/2000). AAVV., p. 148.
87 MAURINO, A. Nulidades Procesales, p. 2.

El primer factor, identifica positivamente que el Estado salvadoreño ejercerá dicha función sobre determinado litigio; el segundo factor procura, entre otros, a facilitarle al demandado un ejercicio real de defensa. La exposición en este apartado, será tratada bajo el supuesto, cuando ya fue examinada y ratificada la jurisdicción interna por el funcionario jurisdiccional.

Sobre el lugar de la actividad procesal, la nueva legislación en el art. 140 C.P.C.M., distingue claramente dos supuestos, en cuanto al lugar de desarrollo de la actividad, ante el Juzgador que penda el proceso. La distinción señalada, se refiere a la actividad procesal realizada en los supuestos siguientes: a) Dentro de la sede judicial, y b) Fuera de la sede judicial. En ambos casos, se toma como criterio diferenciador, la circunscripción territorial asignada al funcionario judicial quién tramite el proceso principal.

1.18..2.1 Actividad en Sede judicial

Conforme a la legislación arriba citada, debe entenderse por sede judicial, el espacio geográfico donde esté radicado el Tribunal que conozca de la pretensión. Dicho de otra manera, la actividad se realizará dentro del territorio asignado por las leyes orgánicas a cada Juzgado o Tribunal. La expresión legislativa de "Sede judicial", no debe limitarse únicamente, sólo al espacio donde radica la oficina judicial o bien la sala de audiencias; ésta connotación, es mucho más amplia, refiriéndose además a toda la comprensión territorial, más allá del edificio que alberga las edificaciones judiciales.

Bajo la óptica indicada, se permite el desplazamiento tanto del Juzgador, como de sus auxiliares para distintos fines, entre los principales: la práctica de la actividad probatoria y la comunicación hacia los intervinientes en el proceso civil y mercantil.

1.18.2.2 Actividad fuera de Sede judicial

En principio la actividad procesal debe ejecutarse dentro de la sede judicial, sólo de manera excepcional, la nueva ley procesal conforme al art. 140 C.P.C.M, faculta al Juzgador para el desplazamiento fuera de los límites territoriales.[88]

Dicha posibilidad de desplazamiento fuera de la competencia territorial asignada al funcionario judicial busca, en palabras de la misma ley, el mejor logro de los fines del proceso, como la inmediación. En esa línea de pensamiento, se habilita al Juzgador a su traslado fuera de la sede habitual donde desarrolla sus labores; eso sí, previa justificación mediante resolución motivada.

Los razonamientos fácticos y jurídicos contenidos en la motivación habilitante deberán sustentarse entre otras en las actividades siguientes: a) Práctica de pruebas, aquí se comprende

88 El desplazamiento del Juez fuera de la sede judicial viene a constituir un cambio significativo respecto al C.P.C. La única manera de efectuar cualquier tipo de actividad judicial era permitida mediante comisiones procesales entre juzgadores. Caso de no respetar los límites territoriales, se exponía a la ineficacia de la actividad procesal, en el peor de los casos a la anulabilidad de aquel, en virtud de adecuarse a la incompetencia de jurisdicción.

a la recepción del medio probatorio de manera directa por el Juzgador que sentenciara; y b) Realización de cualquier acto procesal que intervenga el Juzgador, tal como en la medida cautelar de la formación de inventario de bienes.

1.18.2.3 Comisiones procesales

Reconocida la facultad judicial de actuar fuera de la sede habitual, es preciso aclarar, que dicho desplazamiento no es habitual, sino eventual, al auto limitarse el mismo funcionario por razones de orden práctico, como la necesidad de presidir las audiencias de otros procesos y la práctica de los respectivos medios probatorios en su sede judicial.

Frente a esa eventual limitación del tiempo que cuenta el Juez competente para tramitar sus procesos, agregando la restringida disponibilidad de recursos económicos asignados y el reconocimiento de la unidad jurisdiccional conferida al Órgano judicial, se reafirma en el art. 141 C.P.C.M., la posibilidad de solicitar la cooperación y auxilio de otro Tribunal de la República para la realización de la actividad procesal fuera de la sede habitual.

Por otro lado, cuando la nueva legislación procesal involucra a un Tribunal como delegado judicial, se plantea la interrogante siguiente: ¿Qué Tribunal específico practicará dicha comisión procesal? La respuesta es categórica, el Tribunal delegado a involucrarse en ejecución de la comisión procesal puede ser: tanto un Tribunal superior, como un Tribunal igual e inclusive aquel inferior en grado de conocimiento al delegante.[89]

Todos los funcionarios judiciales se encuentran comprendidos en la redacción legislativa citada; esto a pesar de la aparente restricción del texto del art. 32 C.P.C.M., el cual atribuye sólo el conocimiento de los actos de conciliación; pero es de considerar que la cita legislativa se refiere al supuesto, que los Juzgados de Paz poseen competencia para la tramitación completa de tales diligencias conciliatorias. En suma, esta clase de Juzgados deberán acatar el pedimento de cooperación del Tribunal delegante en la realización de la comisión procesal.

De manera sencilla y breve, se instaura el trámite para la cooperación en las comisiones procesales; el mismo se verifica de manera directa, utilizando como mecanismo de comunicación documental "el oficio"; al cual se acompañará la información necesaria para ilustrar al Tribunal delegado, tal como: una copia certificada judicialmente de los escritos de las partes y principales resoluciones judiciales del proceso, relacionados a la actividad que se delega; todo para una mejor ilustración y eficaz práctica de la comisión procesal por el delegado. Preparada la documentación mencionada, se habilita por ley, la entrega de la misma a la parte interesada en la realización del acto procesal, bajo el criterio condicionante, si la entrega no causare riesgos a los fines del proceso. La intención de involucrar a las partes

89 El nuevo C.P.C.M. no utiliza la expresión distintiva del suplicatorio, la requisitoria y la provisión u orden de acuerdo al destinatario judicial para la comisión procesal contenida en el C.P.C. del art. 27. Aquella distinción conceptual daba lugar a entender una aparente sumisión jerárquica, más que de cooperación entre juzgadores. A partir de la vigencia del nuevo cuerpo de ley procesal civil y mercantil, sólo deberán utilizarse en las comisiones procesales, la expresión "Oficio", sin incluir otro calificativo.

en estas diligencias de traslado de información en la comisión procesal, busca darle celeridad al proceso, descargando el peso de actuaciones de mero trámite a las partes directamente interesadas.

1.18.3 Tiempo de la actividad procesal

La justicia civil y mercantil en el ejercicio de sus funciones responde de manera limitada, respecto del tiempo que dedica a la misma; pues se sujeta a los horarios normales para el cumplimiento de sus labores; esto debido a la orientación de la tutela jurisdiccional encomendada. La actividad procesal reglada en la materia procesal bajo estudio responde entonces, a la fijación de un horario judicial, un tanto distinto al resto de empleados públicos, pero siempre teniendo en cuenta, el buen desempeño laboral de los Tribunales en circunstancias normales. Al igual que el lugar de la actividad procesal, el tiempo de ejecución de actuaciones, es importante y este depende entre otras razones al cumplimento del principio de concentración, el cual indica que los actos procesales deberán realizarse con la mayor proximidad temporal entre ellos, según el art. 11 C.P.C.M. De ahí, que para el ejercicio de los derechos, las cargas y el cumplimiento de las obligaciones procesales, la nueva legislación fije plazos a todos los sujetos procesales, sin excluir a las actuaciones jurisdiccionales.

De ahí que se utilicen como medidas básicas del tiempo, los días y las horas hábiles para darle concreción al precepto legal de la "Pronta y cumplida justicia", como atribución relevante de la Corte Suprema de Justicia, conforme al art. 182 ordinal 5º C.N.

1.18.3.1 Días y horas hábiles

De acuerdo al tiempo de la actividad procesal, constituye como regla general la siguiente: "Todas las actuaciones provenientes de los sujetos procesales, deberá producirse en los días y horas hábiles". Excepcionalmente, se faculta al Juzgador para la habilitación de horarios no laborables. Tal facultad esta condicionada a la urgencia en la realización del acto procesal, de acuerdo al art. 142 inciso 1º C.P.C.M.[90] Mientras la Corte Suprema de Justicia no adopte el Acuerdo normativo que establezca el horario de funcionamiento de las oficinas judiciales en materia civil y mercantil, éstas se sujetarán a lo fijado en las normativas pertinentes. El horario de funcionamiento de las oficinas judiciales resulta principalmente de la combinación de las legislaciones siguientes: el art. 84 de Disposiciones Generales de Presupuesto y los arts. 32-34 Ley de la Carrera Judicial.[91]

90 El criterio de urgencia utilizado por el C.P.C.M., es bastante limitado en cuanto a los supuestos que pueden comprenderse en dicha habilitación extraordinaria, al dejar por fuera por ejemplo la continuidad de la celebración de las audiencias después del horario habitual, sea cual fuere su finalidad, de acuerdo a lo consignado en el art. 11 inciso 2º C.P.C.M. Sin lugar a dudas, se excluye en este criterio la recepción del anticipo de prueba, según las reglas del art. 326 y siguientes C.P.C.M. Sumamente clara era la justificación que ofrecía el C.P.C., al referirse a este criterio de "urgencia", pues el art. 1277 inciso 2°, sostenía lo siguiente: "Será causa urgente para la habilitación de los días feriados el riesgo de quedar ilusoria una providencia judicial o de malograrse una diligencia importante para acreditar el derecho de las partes".

91 En el respectivo Acuerdo de Corte Plena que se adopte, se deberán considerar entre otros criterios para la fijación del horario de funcionamiento ordinario y extraordinario, aquellas fechas contenidas en las leyes secundarias arriba mencionadas, de tal manera que resulte un buen horario para el mejor desempeño normal de las actividades

1.18.3.1.1 Días hábiles

Respecto a los días normales de funcionamiento de los Tribunales, según el art. 142 inciso 1º C.P.C.M, tantas veces citado, se adopta la misma denominación de días hábiles utilizada por otras leyes procesales y administrativas; las cuales se refieren exclusivamente a los días laborales. Se deja a un lado, la anterior calificación de "día útil", utilizado por el C.P.C. y consignado el art. 1288, este último generaba confusión en el intérprete al momento de realizar los cómputos de los plazos.[92]

Para precisar los días hábiles e inhábiles debe consultarse la Ley de Asuetos, Vacaciones y Licencias de los Empleados Públicos, para efectos de identificar los días laborados por el Órgano Judicial.

A los períodos no laborados, según la ley citada, se agregan los días concedidos de manera extraordinaria por la Asamblea Legislativa a título de licencia, conocidos comúnmente como: "Puente de los empleados públicos".[93]

1.18.3.1.2 Horas hábiles

Las horas hábiles para la actividad procesal son aquellas dispuestas por las leyes pertinentes, relacionadas en párrafos anteriores, sin exceder a las ocho horas como tiempo máximo; entonces quedará a discreción de la Corte Suprema de Justicia, la fijación y distribución de los horarios extraordinarios.

Debe entenderse que coexisten las clases de horarios de oficina siguientes: a) Horario normal de oficina; y b) Horario extraordinario de oficina.

En el primer supuesto, se comprenden las horas de funcionamiento general de oficina; este tiempo se utiliza para las horas laborares cotidianas, como para la celebración de todas las audiencias y realización de actos procesales.

Para el segundo supuesto, el tiempo extraordinario será utilizado para la continuación o conclusión en la celebración de una audiencia específica y la realización de una actuación judicial particular.

Únicamente podrán aprovecharse del horario extraordinario de oficina aquellas partes involucradas en la tramitación del proceso, quedando excluido cualquier otro litigante de distintos procesos del que goza de habilitación extraordinaria.

---

procesales; sin descuidar criterios vitales como los límites de resistencia de la condición humana.

92 CANALES CISCO, O. A. Derecho Procesal Civil Salvadoreño (I), pp. 134-135.

93 Recientemente, en El Salvador se ha instaurado una práctica legislativa, dirigida a los empleados del sector gubernamental, incluidos los servidores judiciales, concediéndoles licencia de carácter general, el día inicialmente laborable por ser próximo a un día de asueto, siendo este un día lunes o viernes, agregado al período de licencia, debiendo compensarse el día no laborado de acuerdo a la práctica, el día sábado anterior a la fecha de licencia ordinaria.

1.18.3.2 Plazos procesales

Como se dijo anteriormente, la actividad de los sujetos procesales se sujeta al cumplimiento de plazos. Doctrinariamente, los plazos se agrupan en distintas categorías para su mejor entendimiento y aplicación a cada supuesto, así se tenemos, de acuerdo a quién lo establece son: plazos legales y plazos judiciales; o bien a favor de quién se conceden son: plazos propios y plazos impropios.[94] Para el C.P.C.M, rige la utilización de los plazos legales e inusualmente se faculta al Juzgador a fijar plazos para la realización de actividad procesal, como la citación para la comparecencia de quién se pretenda demandar a la audiencia extraordinaria de anticipo de prueba, según el art. 329 inciso 2º C.P.C.M.

1.18.3.2.1 Indicación o fijación del plazo

Entre las atribuciones judiciales oficiosas adicionadas en el art. 144 inciso 1º C.P.C.M, en beneficio de las partes, en cuanto al ejercicio de derechos procesales, o bien el cumplimiento de obligaciones, se encuentran: la fijación de la duración del plazo y la indicación específica del día de su vencimiento. La exigencia legal de indicación o fijación del plazo, tiene por objeto realzar las consecuencias negativas por la no utilización del mismo en perjuicio de su destinatario. Ejemplos de perjuicios procesales en plazos propios, se mencionan los siguientes: a) Incomparecencia del demandante a la audiencia preparatoria produce efectos conclusivos del proceso, de acuerdo al art. 292 C.P.C.M; y b) Retraso en la realización del acto, como la interrupción de la rebeldía del demandado, cuya intervención tardía no permite retroceder en ningún caso el estado del proceso, según el art. 287 inciso 3º C.P.C.M.

También se extiende la obligación de fijación en los plazos judiciales, conforme al art. 144 inciso 2º C.P.C.M. Bajo la norma procesal citada, se habilita al Juzgador a la fijación del plazo o término, brindando como único criterio objetivo para su fijación que el plazo sea el más breve posible. Además se deberá indicar, como en el supuesto anterior, las consecuencias de la omisión o retraso en la realización del acto. En la nueva legislación procesal, se encuentran una variedad de supuestos sobre plazos judiciales, entre estos los siguientes: a) la fijación del plazo judicial dentro del cual el solicitante habrá de hacer valer sus derechos, so pena de caducidad, art.158 inciso 2º; b) el plazo judicial para que el demandado o cualquier otro compareciente, indiquen la dirección para recibir las notificaciones, transcurrido el mismo las notificaciones se harán en el tablero del Tribunal o en la oficina común de notificaciones, art. 171 inciso 1º; c) el plazo judicial para la ejecución de obligaciones de hacer no personalísimas, art. 675 C.P.C.M.

1.18.3.2.2 Cómputo de plazos

Para el cómputo de los plazos desde su inicio, transcurso y vencimiento, la ley ofrece parámetros claros y concretos; por lo que deben ser comentados de forma separada.

94 CANALES CISCO, O. A. Derecho Procesal Civil Salvadoreño (I), p. 137.

Antes que todo, la nueva ley procesal reafirma la existencia del cómputo del plazo individual y el plazo común. El primero, inicia su cómputo al día siguiente al de la respectiva notificación, constituyendo la regla general; y el segundo en mención, inicia su cómputo el día siguiente al de la última notificación a las partes intervinientes, siendo éste la excepcionalidad en la aplicación de los plazos. Dichas reglas se documentan en el art. 145 inciso 1° C.P.C.M. Tanto el plazo individual, como el plazo común fijan el inicio del cómputo de los mismos al día siguiente de la comunicación de las resoluciones.

Indistintamente, frente al tipo de plazo que estemos, es aplicable el principio general seguido por las legislaciones iberoamericanas y reconocido según el aforismo latino siguiente: "Dies a quo non computatur in termino; dies ad quem computatur in termino"; en idioma castellano se entiende así: "El día en que se notifica un acto no se cuenta en el plazo, pero el último día del plazo sí forma parte de él"; en consecuencia, cabe actuar en éste.[95]

Para el transcurso de los plazos procesales se tomarán en cuenta únicamente, los días hábiles, según el art. 145 inciso 2° C.P.C.M, entendiéndose estos de la manera explicada en párrafos anteriores.

Respecto al vencimiento de los plazos procesales, lo normal es que se produzca en un día hábil, aunque inusualmente el vencimiento puede ser un día inhábil, como en los supuestos que la legislación haga señalamientos en meses, ejemplos: a) Plazo de dos meses para dar garantía suficiente para la gestión del procurador de oficio, art. 74 inciso 2°; b) Plazo de Caducidad de la Instancia de tres y seis meses de acuerdo a la instancia donde se produzca, art. 133; y c) Plazo de caducidad de tres meses para la procedencia de la revisión de la sentencia firme, art. 545.

Todas las normas del C.P.C.M. En los casos anteriores, cuando el último día del plazo sea un día inhábil antes citado, se entenderá que el mismo se prorrogó automáticamente hasta el siguiente día hábil, conforme a lo regulado en el art. 145 inciso 4° C.P.C.M.

Puntualmente, el vencimiento de los plazos será el último momento hábil del horario normal de oficina del día respectivo, de acuerdo al art. 145 inciso 5° C.P.C.M.

La instauración del precepto aludido rompe con la costumbre insana tolerada por la legislación procesal recién derogada y practicada por algunos abogados litigantes, consistente en presentar escritos más allá del horario de oficina; estos eran presentados a los Juzgados de turno con competencia en lo penal, o bien llevados a la casa de habitación de los funcionarios jurisdiccionales. En ambos supuestos se utilizaba hasta la medianoche del vencimiento del plazo procesal. Con la vigencia de la nueva normativa, deberán rechazarse aquellas peticiones presentadas fuera del horario normal de oficina por extemporáneas; aunque el Tribunal labore para la conclusión de una actuación pendiente.[96]

95 DE LA OLIVA SANTOS, A. Derecho Procesal Civil II, AAVV., p. 118.

96 Para el vencimiento de los plazos procesales, se sostiene, que hubo un abuso del derecho concedido a los litigantes en la presentación de sus escritos a las autoridades judiciales después del horario normal de oficina, según el

1.18.3.2.3 Principio general de suspensión de los plazos

Siendo los plazos propios aquellos dirigidos a las partes, estos pueden ser modificados por distintas razones, tal interferencia puede producirse desde el inicio, el transcurso o hasta el vencimiento del plazo, lo cual perjudica al destinatario del mismo. Basados en la premisa anterior, surgió la necesidad de incluir en la legislación procesal una institución que permitiera el favorecimiento perfecto al ejercicio de los derechos de las partes.La figura aludida hasta el momento, se le identifica como: "Suspensión de los plazos procesales"; ubicándose en el art. 146 C.P.C.M.

Es justo reconocer la visión garante del C.P.C., pues le mencionaba en variada normativa; por ejemplo: la suspensión destinada al demandado en el plazo para contestar la demanda, ni desierta la acción en el art. 229; y la suspensión favoreciendo al recurrente para evitar la deserción de la apelación el art. 1039. En ambos casos la suspensión de los plazos era posible siempre que la parte afectada alegará y demostrará el motivo de impedimento.Entonces, la novedad sobre el tema, en la nueva ley procesal, es la aplicación universal de la suspensión de plazos, así como la identificación de las causas genéricas, siendo estas la fuerza mayor y el caso fortuito, las cuales colocan a la parte en la imposibilidad de realizar el acto por sí e impiden la utilización del plazo por el afectado.[97]

Cabe reconocer, la dificultad de demostrar en una audiencia incidental el motivo de suspensión del plazo alegado. Sea cual fueren las causas impeditivas esa dificultad aparece, como la sustentada en la fuerza mayor por motivos personales, ya que dependerá de la impresión en el razonamiento judicial para reconocer la configuración del justo impedimento y consecuente declaratoria de suspensión del plazo para el ejercicio de un derecho.

Lo anterior no limita la creatividad de la parte afectada para valerse de cualquier medio probatorio que demuestre las causas impeditivas.

1.18.4 Forma de las actuaciones procesales

El requisito de la forma en las actuaciones procesales revela el tipo de proceso judicial, así tenemos la eterna dualidad de formas a elegir entre la escrituralidad y la oralidad, en los

art. 1288 C.P.C., que a su vez remitía al texto del art. 46 C.C. Las normas citadas eran mal interpretadas, pues la habilitación para la actividad procesal hasta la medianoche del último día de un plazo tenía un destinatario diferente. Para el caso, la norma procesal se dirigía a las actuaciones propiamente judiciales; en cambio la norma sustantiva regulaba exclusivamente la aplicación del cumplimiento de obligaciones contractuales, jamás hacia los actos procesales de partes. Esta interpretación errónea lejos de favorecer el desarrollo del proceso civil y mercantil, causó inseguridad y desorden en el mismo.

97 No está de más recordar que la fuerza mayor es aquella proveniente de motivos atribuibles a la conducta humana, ejemplo de causas generales: la suspensión de labores de los empleados públicos y el bloqueo del tráfico sea por el paro del transporte o bien por exigencias de necesidades sociales, asimismo puede alegarse motivos meramente personales. En cambio, el caso fortuito es originado por causas naturales, tales como: los supuestos de calamidad pública derivada de sismos y lluvias torrenciales, estas pueden afectar al territorio nacional o bien sólo a determinadas localidades.

cuales se enmarcan los procesos. Sin discusión alguna se admite que las actuaciones procesales en el C.P.C. eran eminentemente escritas, con escasos matices de oralidad; esta inclinación de forma, trajo consigo las normales desventajas de falta de inmediación y lentitud en el desarrollo en los trámites entre otras.

Innegable es la coexistencia de la escrituralidad y la oralidad en los procesos judiciales, tal combinación dará como producto, el tipo de proceso judicial frente al cual estemos. Para la nueva ley procesal civil y mercantil, conforme al art. 147 C.P.C.M., la proporción de los elementos indicados dio como resultado un proceso predominantemente oral; es decir, que de la totalidad de actuaciones procesales poseen un fuerte acento de oralidad, sobre todo en la fase intermedia de la celebración de las audiencias.

1.18.4 Principio general de oralidad

Mediante el principio general de oralidad se reconoce que los nuevos procesos civiles y mercantiles serán tramitados de manera oral en sus etapas principales, sin perjuicio de la respectiva documentación, así como de las alegaciones iniciales de las partes y las resoluciones conclusivas. La oralidad a su vez atrae otros beneficios como la inmediación entre los sujetos procesales.

Como se ha dejado entrever, no debe prescindirse de la documentación a pesar de la actividad oral; esto asegura la fidelidad de lo sucedido en las audiencias.

Es imposible concebir una implementación de la oralidad en un proceso judicial sin la celebración de audiencias, por ello todo llamamiento del Tribunal a los sujetos para la realización de la actividad procesal debe desarrollarse en el marco legal del régimen de audiencias. La anterior afirmación se sustenta en el texto inicial del art. 147, en relación directa del art. 8 C.P.C.M.

1.18.4.2 Idioma de actuaciones procesales

Atendiendo a la normativa constitucional, el idioma oficial de El Salvador es el castellano, art. 62 C.N., consecuente con la ley primaria, la nueva ley procesal civil y mercantil reitera aquel imperativo en el art. 148 inciso 1° C.P.C.M, sobre la obligatoriedad de utilizar el idioma castellano en todas las actuaciones procesales, tanto en los escritos dirigidos a las autoridades judiciales, como en la celebración de las audiencias. La exigencia del uso del idioma oficial se extiende hacia todos aquellos sujetos procesales que debieran oír y expresar las actuaciones procesales; incluyéndose a las personas que no comprendan el idioma, sea por poseer dificultad auditiva o los extranjeros quienes no comprendan el idioma castellano; en ambos supuestos la ley procesal prescribe la designación de un interprete a propuesta y costo de la parte interesada.

Otro material supeditado a la exigencia del idioma oficial, es toda clase de documentación que se pretenda hacer valer en el proceso e incorporar al expediente, entre estos: los instrumentos públicos o privados, cuyo texto conste en idioma extranjero; para este supuesto se requiere de

la traducción del mismo al castellano; para tal efecto, se dispone de la intervención notarial a costa de la parte interesada, según el art. 24 L.E.N.J.V.D., así como la designación de perito por orden judicial, a petición de parte interesada, según los arts. 148 inciso 3° y 333 C.P.C.M. El incumplimiento en la utilización del idioma oficial en las actuaciones procesales en cualquiera de sus expresiones, coloca a cualquiera de las partes en una verdadera indefensión procesal, afectándose directamente el ejercicio de los derechos constitucionales de audiencia o de defensa, respectivamente.

1.19 COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES; I. COOPERACIÓN JUDICIAL POR AUTORIDADES EXTRAJERAS; 1. Cooperación de acuerdo a Tratados internacionales; 2. Cooperación conforme a la ley procesal secundaria. II. COOPERACIÓN JUDICIAL POR TRIBUNAL NACIONAL.

CONSIDERACIONES GENERALES

Durante el desarrollo del proceso civil y mercantil, no sólo se requiere la ayuda de Tribunales nacionales fuera de la sede judicial, sino además, para la concreción de la protección jurisdiccional se ve necesaria la intervención de Tribunales extranjeros para el diligenciamiento de las actuaciones. Esa justificación es suficiente para la reglamentación de la cooperación judicial internacional involucrándose en dicha actividad a las autoridades de Estados extranjeros.

Cabe distinguir que en la ejecución de actuaciones pueden darse en los supuestos siguientes: a) Actuaciones ordenadas por un Tribunal nacional, pidiendo la cooperación de autoridades extrajeras; y b) Actuaciones emanadas por autoridades extranjeras solicitando la cooperación de Tribunales nacionales. Para ambos supuestos se combinan una serie de las leyes nacionales junto a las leyes extrajeras para el diligenciamiento de las actuaciones procesales. La distinción antes hecha será profundizada a continuación.

1.19.1 Cooperación judicial por autoridades extrajeras

Los Tribunales salvadoreños pueden solicitar la cooperación de los Tribunales extranjeros para la ejecución de actuaciones procesales fuera del territorio de la República; esa labor jurisdiccional más allá de las fronteras patrias, se encuentra normada en el art. 149 C.P.C.M. Inmediatamente después el art. 150 C.P.C.M reconoce al menos dos tramitaciones para lograr la intención. Aquí se tiene en cuenta la vigencia de instrumentos internacionales con determinados Estados, por esto se diferencian dos principales procedimientos en este tipo de actuaciones.

1.19.1.1 Cooperación de acuerdo a Tratados internacionales

Las pautas comunes para la realización de actos procesales fuera de El Salvador son las siguientes: a) Petición de parte interesada; b) Indicación de la causa; y c) Alcance de la actuación procesal solicitada.

A las pautas anteriores se agregan las contenidas en los instrumentos internacionales vigentes, tanto multilaterales como bilaterales. Así de los Tratados conocidos tenemos: la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, entre otros. En síntesis, el procedimiento resaltado

en este apartado se realiza conforme a las reglas contenidas en los cuerpos normativos internacionales

1.19.1.2. Cooperación conforme a la ley procesal secundaria

Esta cooperación internacional es una categoría residual, en cuanto a la exclusiva aplicación de procedimientos enmarcados en la ley procesal secundaria, contenidos a partir del art. 150 C.P.C.M, ante la carencia de instrumentos internacionales que contribuyan a la realización actuaciones fuera del territorio nacional. La ley secundaria salvadoreña ofrece el procedimiento común aplicable al supuesto. Más que una excepción en procedimientos de cooperación internacional, esta clase de reglas constituyen una generalidad, por la relativa escasez de Tratados internacionales sobre la materia de El Salvador con otros Estados.

1.19.2 Cooperación judicial por tribunal nacional

De lo sostenido al momento, la cooperación judicial opera en doble sentido, así como se pide la colaboración a Tribunales extranjeros, de la misma manera, ellos pedirán el auxilio de los Tribunales salvadoreños, cuando deban realizarse actos procesales en el territorio nacional originados de procesos judiciales sustanciados en el extranjero.

Comúnmente, el contenido de las actuaciones procesales son: Las comunicaciones procesales, la actividad probatoria, las medidas cautelares y la ejecución de sentencias extranjeras. Estas actuaciones se reglamentan en los artículos comprendidos del 151 al 158 C.P.C.M.

1.20 ESCRITOS Y EXPEDIENTES

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES; 1. Suscripción de escritos de las partes; II. EXPEDIENTES; 1. Formación de expedientes; 2. Derecho de acceso al expediente.

1.20.1 Consideraciones generales

Claro esta, que toda petición de las partes dirigida al Tribunal será redactada y suscrita por un abogado, sea por designación particular, por intervención oficiosa o bien un procurador requerido a la Procuraduría General de la República, dependiendo de la línea legislativa de procuración elegida por la parte. Los escritos de parte deben guardar un orden, claridad y autoría de los mismos. Esas exigencias legales pretenden garantizar aquellas aspiraciones.

De manera general, las formalidades relacionadas a los escritos de las partes pueden diferenciarse entre las formalidades intrínsecas y las formalidades extrínsecas, las cuales serán expuestas a continuación.

1.20.1.1 Suscripción de escritos de las partes

Mediante el concepto legal de suscripción de escritos se pretende incluir, no sólo la necesaria firma de autoría del escrito, sino además todas aquellas exigencias que faciliten el entendimiento, comprensión y respeto en cada petición dirigida al Tribunal. En este apartado nos referiremos a las formalidades propias del escrito de parte, sin dejar a un lado del camino las formalidades que acompañan a la presentación y admisión del mismo. Se entiende por formalidades intrínsecas, las exigencias relativas al contenido del escrito, en cuanto a un orden y entendimiento del mismo. Conforme al art. 160 C.P.C.M., bajo esta categoría se enmarcan las formalidades siguientes: a) Los escritos deberán ser legibles; b) Evitar expresiones ofensivas hacia los sujetos procesales; c) Consignar datos identificadores del expediente, cuando ya se tuviere; d) Expresar con claridad la pretensión; y, e) Suscripción y sello del abogado presentante.[98]

Por otro lado, las formalidades extrínsecas no dependen del escrito mismo, sino más bien al acompañamiento de documentación relacionada a las peticiones, que ante la ausencia de estas la petición no puede ser atendida por el Tribunal. Ejemplos: la presentación de copias del escrito y documentos originales, entre estos documentos que acrediten los presupuestos procesales, el poder judicial, los documentos probatorios que fundamenten su derecho, los dictámenes sobre el valor de la cosa litigiosa, según los arts. 162 y 288 C.P.C.M.

98 Se agregan a otros requerimientos de legalización de los escritos cuando no son presentados personalmente por los abogados de las partes. Al respecto, una tendencia mayoritaria del sector judicial, pide que los anteriores escritos sean firmados y sellados además por un notario, sea por el mismo abogado que posee esa doble calidad, o bien por otro profesional distinto; esto para darle autenticidad al escrito presentado, conforme a las reglas del art. 54 L.Not.

El incumplimiento e imprecisión tanto de las exigencias intrínsecas, como las extrínsecas siempre darán la posibilidad que la parte interesada pueda corregir la deficiencia. Eso sí, la enmienda se logra mediante una única prevención originada por apreciaciones judiciales, según el art. 278 C.P.C.M.; aunque también es posible señalar la deficiencia por la denuncia de parte, art. 304 C.P.C.M.

1.20.2 Expedientes

1..2.2.1 Formación de expedientes

Importante es la distinción realizada por la nueva ley procesal civil y mercantil sobre expediente y proceso; algo así como, el continente y el contenido. El expediente es propiamente toda la documentación de lo sucedido durante la tramitación del proceso judicial. Como lo expresa la ley procesal, el expediente principia con el escrito que contiene la demanda o petición, incorporándose sucesivamente los escritos subsiguientes.

La realidad pide frente al expediente original, la existencia de una copia de respaldo, el cual se irá formando con las copias de escritos presentados por las partes, las resoluciones y actuaciones judiciales, como hasta ahora la ley y práctica acepta. La copia de respaldo posee una utilidad de reposición del expediente original, según el art. 163 C.P.C.M. Dicha reposición del original puede ser total o parcial, dependiendo de la pérdida, destrucción u ocultación; se le reconoce el mismo valor probatorio que poseía el expediente inicial, así se desprende del texto del art. 168 C.P.C.M.

1.20.2.2. Derecho de acceso al expediente

La publicidad como principio rector de los procesos civiles y mercantiles es vista en su doble dimensión, tanto en la publicidad externa con referencia al público en general, como la publicidad interna de la cual gozan las partes, apoderados, representantes, abogados y cualquier persona que alegue un interés jurídicamente protegido, de acuerdo al art. 9 inciso 3º C.P.C.M.

Quedándonos con la idea principal del "Derecho de acceso al expediente", el cual significa, el derecho a consultar el expediente original por las personas arriba mencionadas para conocer el avance y contenido de las actuaciones.

Aparentemente la lectura del art. 165 C.P.C.M., no revela dificultad alguna de interpretación; pero detrás de ésta, se esconde una problemática sobre la correcta interpretación y aplicación del derecho concedido. La dificultad interpretativa gira en torno a interrogantes de orden práctico siguientes: a) ¿Cómo se acredita el derecho? ; b) ¿Quién califica si posee el derecho?; y c) ¿Quién posee un interés legítimo? A continuación se darán respuestas a las inquietudes planteadas.

Primero, ¿Cómo se acredita el derecho? La acreditación del derecho al acceso al expediente se facilita cuando la consulta proviene de las partes, pues se logra mediante su identificación;

los abogados y representantes cumplen el requisito al exhibir el poder judicial, o bien el documento que demuestra la vinculación entre representante y representado. En cambio, la aparente dificultad aparece con quién alega interés legítimo. No es cualquier persona particular que por simple curiosidad puede tener en sus manos el expediente, para el caso se suele citar, el procurador que pretende estudiarlo antes de aceptar el nombramiento de abogado de la parte. Este último supuesto requiere para tener por cumplida la acreditación, la presentación de una autorización escrita otorgada y suscrita por la parte, tal fácil como eso. [99]

Segundo, ¿Quién califica si posee el derecho? En principio la calificación corresponde al Secretario Judicial del Tribunal competente, de acuerdo a las asignaciones de las leyes orgánicas. De manera general se permite el acceso al expediente a los sujetos procesales ya constituidos, verificándose por medio de la identificación de ellos; excepcionalmente, basta la exhibición de la autorización para permitir la consulta del expediente por el abogado, quién aún no se ha constituido procurador de las partes.

Tercero, ¿Quién posee un interés legítimo? De lo dicho hasta el momento, se considera que posee interés legítimo, los abogados con intención de constituirse eventualmente como procurador de las partes. Al anterior supuesto se suma, las personas que pudiera resultar una afectación directa por las resoluciones judiciales, sea como tercero procesal o litisconsorte.

Finalmente, la nueva legislación procesal prohíbe a quienes poseen el derecho a acceso del expediente al retiro del mismo. En suma, el acceso al expediente se limita a la consulta y examen en la sede del Tribunal, nunca retirarlo fuera de esta, art. 165 inciso 2° C.P.C.M.

99 La exigencia de la autorización legalizada por notario puede verse como un ritualismo por aquel procurador particular, pues bastaría invocar verbalmente la intención de mostrarse parte eventualmente, tal y como se acostumbra en la actualidad. Visto de un criterio garante a las partes conviene la exigencia de la autorización escrita de la parte, de tal manera que se evitaría la posibilidad de intervenciones malintencionadas y hasta una alteración o destrucción del expediente original. Distinto es el supuesto de aquellas personas que trabajan con los abogados de las partes, sea como asistentes o colaboradores, ellos no tienen la posibilidad de consultar el expediente, a lo más que pueden aspirar es el recibimiento de notificaciones, de acuerdo al art. 180 C.P.C.M.; ya que, la ley es precisa en cuanto a la intervención de estas últimas personas.

1.21 COMUNICACIONES JUDICIALES

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES. I. NOTIFICACIONES; 1. Principio general de notificación; 2. Carga procesal de señalar dirección para recibir notificaciones; 3. Clases de notificaciones; 3.1. Notificación Tácita; 3.1. Notificación en audiencia; 3.3. Notificación por medios técnicos; 3.4. Notificación a quienes no sean parte en el proceso; 4. Autorización para notificarse. II. EMPLAZAMIENTOS; 1. Principio de emplazamiento; 2. Contenido del emplazamiento; 3. Diligenciamiento del emplazamiento; 4. Clases de emplazamientos; 4.1. Emplazamiento por apoderado; 4.2. Diligenciamiento por notario; 4.3. Emplazamiento por edictos; 4.4. Emplazamiento en caso de demandado esquivo; 4.5. Emplazamiento a los representantes; 4.6. Emplazamiento de persona no domiciliada en El Salvador; III. COMUNICACIÓN PARA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNA.

CONSIDERACIONES GENERALES

Frente a las constantes peticiones de las partes con la intención de obtener una respuesta satisfactoria de la autoridad jurisdiccional, se formulan una variedad de actos procesales de comunicación por orden judicial. En innegable, la fluida comunicación que debe existir entre el tribunal y las partes, de la cual depende en gran medida la eficacia y seguridad de la actividad procesal. Mantener informadas en todo momento a las partes, no sólo les permite conocer el desenvolvimiento del proceso y las respuestas judiciales a cada petición; sino además, abre a las partes la posibilidad para un ejercicio real del derecho de defensa y audiencia ante contingencias desfavorables, conforme al contenido de las resoluciones judiciales.[100]

Teniendo en cuenta las ideas generales anteriores, la nueva legislación procesal civil y mercantil ofrece como principales actos de comunicación dirigidas a los sujetos procesales, los siguientes: a) La notificación hacia las partes; b) El emplazamiento destinado al demandado; y, c) La citación dirigida a cualquier sujeto de deba internar en el proceso judicial. Es de aclarar, a pesar que este último acto de comunicación no fue incluido decididamente por la legislación en el apartado respectivo, si es mencionado en normas dispersas en el nuevo código procesal, de la manera como más adelante se comentará. Finalmente, no debe olvidarse que la interrelación entre el tribunal y las partes, constituye un derecho de rango constitucional, conforme al art. 18 C.N. Esa premisa constitucional obliga al funcionario jurisdiccional a comunicar todas sus decisiones en beneficio de los intervinientes.

100 La jurisprudencia constitucional entiende que una notificación es constitucional, al cumplirse el principio finalista, así se entiende del criterio constitucional siguiente: "… Además, conforme al principio finalista de los actos de comunicación, se ha sostenido jurisprudencialmente que la situación a evaluar en sede constitucional debe ser si la notificación cuya inconstitucionalidad se reclama fue practicada a efecto de generar posibilidades reales y concretas de defensa, más no si se hizo de una u otra forma, encontrándose dentro de estos supuestos si la misma fue realizada de forma personal o mediante alguna de las figuras que regula la legislación secundaria, sin incidencia negativa en la posición del interesado...". S.S.Const. AMPARO, Exp. 685-2005, 10:22, 16/01/2006.

1.21.1 Notificaciones

La notificación tiene por finalidad, sostiene un sector doctrinario, además de garantizar la vigencia del principio de bilateralidad, el determinar el punto de comienzo de los plazos procesales.[101] En la misma línea de pensamiento, opina la jurisprudencia constitucional salvadoreña, que la notificación al ser uno de los actos procesales de comunicación, se pretende que los distintos sujetos procesales puedan, no sólo conocer las resultas de la sustanciación, sino también que eventualmente puedan recurrir de estas cuando lo estimen pertinente.[102]

1.21.1.1 Principio general de notificación

La nueva legislación procesal civil y mercantil en el art. 169 C.P.C.M, propone como regla orientadora, "El principio general de notificación", el cual resalta la urgencia de comunicar toda resolución judicial en el más breve plazo a las partes y a los interesados. Véase que en tal principio no fue consignado expresamente plazo legal alguno para la realización de la notificación.

De la premisa anterior, se resaltan tres elementos a considerar para el cumplimiento del principio enunciado, estos son los siguientes: a) La comunicación de toda resolución judicial; b) La ejecución de la comunicación se hará en el más breve plazo; y c) el destinatario de la notificación son las partes e interesados.

La orden de comunicar toda resolución judicial no distingue el procedimiento en que hayan sido pronunciadas, sea un proceso principal, durante un incidentes, o bien en la tramitación de los recursos judiciales. Asimismo, no se distingue la clase de resoluciones comunicables; pero de acuerdo al cuerpo normativo se sobreentiende que se refieren a los decretos, los autos simples, los autos definitivos y las sentencias. Por tanto, deberán de aplicarse a todo tipo de resolución el principio general de notificación, dada en cualquier trámite.

Respecto, a la expresión legislativa, "se notificará en el plazo más breve", se entenderá que de fácil cumplimiento resulta trasladar la información sobre las decisiones adoptadas en las audiencias, en virtud del contenido del art. 174 C.P.C.M., pues del tenor literal se extrae lo siguiente: "se tendrán por notificadas a los que estén presentes o hubieran debido concurrir en ella". Por otro lado, el mandato de practicar la notificación en el plazo más breve, se dificulta para aquellas resoluciones pronunciadas por escrito y fuera de las audiencias; pues se sujetan al tiempo de disponibilidad de la persona autorizada a darle cumplimiento a la orden judicial de comunicación.[103]

---

101 DE SANTO, V. Notificaciones Procesales, p. 70.

102 S.S.Const. Amparo. Exp. 882-2002, 14:54, 18/02/2004.

103 Lo cierto, es que el tiempo para realizar la notificación no queda al arbitrio judicial o de aquella persona u oficina designada por ley para notificar, sino más bien, el plazo de ejecución no debe exceder del tiempo razonable, el cual no denote demora ocasionada por negligencia; pues de ser así podría causar hasta daños y perjuicios sujetos a un resarcimiento de responsabilidad civil por la conducta del infractor, conforme a lo establecido el art. 14 inciso 2° C.P.C.M. En este mismo sentido, la jurisprudencia constitucional nacional ha reconocido la intervención de otras variables en la ejecución de las notificaciones, ejemplo de estos criterios se citan los siguientes: a) "…

Cuando la nueva legislación procesal civil y mercantil se refiere a que los destinatarios de la notificación son las partes e interesados, se reconoce para los primeros que el contenido de la resolución comunicable es de exclusivo conocimiento al resultar vinculados por aquellas resoluciones; de ahí que la legislación se refiera a las partes como destinatarios principales de las notificaciones.

Podría ofrecer una aparente confusión, la utilización de la expresión legal de "interesados", como destinatarios de las notificaciones. Esto no significa aceptar una amplitud conceptual, sino más bien una perspectiva limitada; pues se refiere a la notificación de resoluciones para aquellos destinatarios indeterminados, quienes eventualmente puedan demostrar algún interés en la intervención, momentánea o permanente en el proceso. Tal es el caso de la notificación sobre los supuestos herederos en la sucesión procesal de una persona natural, según el art. 86 ordinal 2° C.P.C.M. En general, los interesados pueden eventualmente ser partes o bien los interesados en la adquisición del objeto litigioso en la etapa de ejecución de un proceso.

1.21.1.2. Carga procesal de señalar dirección para recibir notificaciones

La única manera de cumplir judicialmente el derecho de las partes a ser informado de lo sucedido en el proceso, se logra cuando las partes proporcionan el medio idóneo para recibir las comunicaciones. Inicialmente, corresponde al demandante la carga de la aportación de tal información. Por consiguiente, además de la nominación e identificación de a quienes se le atribuyen la calidad de partes, va unida la carga de proporcionar con precisión la dirección o bien el medio técnico, electrónico o magnético o de cualquier otra naturaleza para ser notificado, todo esto se incluirá en la presentación de la demanda escrita.

En primera opción, como ofrecimiento de medio idóneo y a la vez obligatorio para mantener la comunicación entre el Juez y las partes, lo constituye brindar la dirección exacta del domicilio de las partes, dentro de la circunscripción del tribunal para recibir notificaciones, así se entiende del contenido del art. 170 C.P.C.M. Tal disposición jurídica agrega otros medios de enlace, además del tradicional antes dicho, para recibir las notificaciones, entre estos: el medio técnico sea electrónico, magnético o de cualquier otra naturaleza que posibilite la constancia de su recibimiento y ofrezcan garantías de seguridad y confiabilidad, tal como sostiene la norma procesal citada.

Una vez constituidas las partes ante el Juez competente, dependerá de cada quién mantener actualizado al tribunal, tanto de cualquier posible modificación de la dirección del domicilio, como del medio idóneo para recibir las notificaciones. Originariamente, en el caso del

Imposible demarcar apriorísticamente, con carácter inmutable y absoluto, la dilación temporal de un plazo razonable, pues la extensión del lapso dentro del que una autoridad debe dar contestación escrita a una petición del gobernado, varía según el caso concreto de que se trate...". S.S.Const. Inconstitucionalidad.. Exp. 13-2003, 11:00, 14/12/04; b) "…El plazo razonable se relaciona con el denominado Principio de intervención oportuna del Estado, enlazado, además, con el derecho a la protección jurisdiccional o tutela judicial efectiva, pues una respuesta tardía a la búsqueda de justicia es susceptible de traducirse en una respuesta ineficaz…". S.S.Const. Amparo. Exp. 348-2004. 13:57, 02/10/09.

demandado la carga procesal de su localización la posee el demandante. Como era de esperar, ante el irrespeto del imperativo de no brindar dirección alguna donde puedan ser localizadas ambas partes, conforme a la ley, se produce un defecto procesal subsanable, el cual es indicado por el Juez mediante una prevención. Esta omisión puede ser corregida a través de un escrito posterior. Igual tratamiento acarrea el ofrecimiento de una dirección fuera de la circunscripción del tribunal, según el art. 170 incisos 2° y 3° C.P.C.M. Novedosa resulta, la solución dada por la legislación procesal civil y mercantil, ante la omisión de parte en informar inmediatamente el cambio de dirección para ser localizado; ya que, no afecta la continuación del proceso y por ministerio de ley, se consideran validas las notificaciones realizadas en la anterior dirección. Leyendo entrelineas el anterior argumento, la responsabilidad de mantener y proporcionar una dirección válida para comunicar a las partes las resoluciones, se desvincula al tribunal y se traslada hacia el abogado de la parte. Por lo tanto, proporcionar la dirección de las partes, nunca deja de ser una carga procesal durante el proceso; como consecuencia, no será atendible ningún reclamo de indefensión sufrido por las partes, en cuanto a los posibles perjuicios causados por el incumplimiento a lo establecido en el art. 170 inciso 4° C.P.C.M.

1.21.1.3. Clases de notificaciones

Mediante la apertura de formas de realizar la notificación se pretende cumplir la finalidad de la misma; es decir, comunicar al destinatario del acto sobre el contenido de la resolución judicial. No debe causar extrañeza, la inclusión de formas novedosas de llevar a cabo las notificaciones, sin descuidar la seguridad jurídica que implica su naturaleza.

Nos trasladamos de formas tradicionales de comunicación tales como: el acto de comunicación personal, el acto de comunicación por esquela y el acto de comunicación por edicto;[104] hacia formas de comunicación modernamente aceptadas por las legislaciones iberoamericanas, tan variadas como los sujetos, los medios y las condiciones que intervengan al momento de la ejecución del acto, además de aprovecharse de esas facilidades. Entre las principales novedades se tienen las siguientes: la notificación por tácita, la notificación en audiencia, la notificación por medios técnicos, entre otros vienen a sumarse a las formas tradicionales antes dichas, por ello vale breves comentarios sobre estos.

1.21.1.3.1. Notificación Tácita

Se sostiene que la notificación tácita se verifica mediante la consulta del expediente por el abogado de la parte involucrada en la información contenida en la resolución que constan hasta el momento de la consulta, conforme al art. 173 C.P.C.M.[105] Esta manera de comunicación corrige la insana práctica instaurada por un reducido sector de litigantes, quienes al comparecer a la oficina judicial con la intención de conocer determinada resolución,

104 CANALES CISCO, O. A. Derecho Procesal Civil Salvadoreño (I), pp. 204-208.

105 DE SANTO, V. Notificaciones Procesales, pp. 282-285. El citador autor entiende que esta especie de notificación, "… se produce cuando del contexto de la resolución que se notifica se infiere que el litigantes debe, necesariamente, estar en conocimiento de otra anterior…".

una vez logrado el objetivo se retiraban, esquivando cualquier tipo de notificación formal; así lograban retrasar el desarrollo del proceso y ganar tiempo para sus futuras intervenciones.

La principal ventaja que posee la notificación tácita es agilizar la tramitación del proceso; aprovechándose la presencia del abogado en la sede judicial. Dicha notificación se acredita mediante el documento elaborado por el encargado de la práctica de la comunicación, haciéndose constar que la entrega y consulta del expediente por el abogado, firmando la constancia junto al profesional si quisiere. Basta pues, la fe pública de autorización del redactor del documento para tener por cumplida la finalidad de la comunicación judicial.

1.21.1.3.2. Notificación en audiencia

Novedosa forma es la notificación en audiencia; porque hasta el momento antes de la vigencia del C.P.C.M., sólo se documentaban las comunicaciones a las partes de forma escrita; en cambio, con la nueva ley procesal civil y mercantil se aprovecha la celebración de audiencias y la asistencia de los abogados de las partes, para tenerlos por informados de las resoluciones judiciales dadas oralmente en la audiencia, de acuerdo al art. 174 C.P.C.M. Esta clase de notificación permite la celeridad en la sustanciación de los procesos y sus respectivos efectos, pues se suprime la etapa de comunicar por separado lo decido en audiencia en la cual hubo asistencia de los sujetos procesales. Por otro lado, se exigirá la notificación escrita conforme a las reglas general de su práctica para aquella parte que no asistió a la audiencia.

1.21.1.3.3. Notificación por medios técnicos

Era cuestión de tiempo para que la tecnología invadiera a la ciencia procesal civil y mercantil en nuestro país, específicamente en lo relativo a la comunicación de las resoluciones. Para que sea posible esta clase de notificación se requiere que tanto el tribunal como el abogado de la parte dispongan igualmente del mismo medio técnico.[106] Esta forma de comunicación constituye una opción adicional para la parte en recibir notificaciones.

En tal sentido, el tribunal no puede obligar al abogado de la parte a que proporcione un medio técnico. El tema de la utilización de medios técnicos para notificar es tratado inicialmente en el art. 170 C.P.C.M., donde se requieren a las partes hagan mención de cualquiera de los medios de comunicación allí enumerados. Luego en el art. 176 C.P.C.M., se requiere al procurador de la parte indicar el número de fax o cualquier otro medio técnico que posibilite la comunicación.

106 MARES ROGER. F. Los Actos de Comunicación Judicial en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (perspectivas de práctica forense). *DIARIO LA LEY, Nº 528*. En dicho artículo se sostiene una opinión que abona nuestra posición sobre la utilización de los medios técnicos para notificar resoluciones, se pronuncia en el sentido siguiente: "… la LEC condiciona su utilización a que **tanto los juzgados y tribunales, como las partes o los destinatarios, dispongan de ellos**. Que los profesionales del Derecho disponen de estos medios es algo que parece fuera de toda duda (33), por lo que ningún inconveniente van a tener para cumplir con la obligación que el art. 162.1, II, les impone de «comunicar al tribunal el hecho de disponer de los medios antes indicados y su dirección» --de correo electrónico, número de fax, etc…". Por tanto, la aplicación de la discutida forma de notificación incluida en la legislación salvadoreña, su aplicación está condicionada a la disposición que los sujetos procesales tengan de los mismos.

Categóricamente, la notificación por medios técnicos es una forma opcional elegida por el abogado de la parte y jamás una obligación impuesta por el tribunal. No puede ser atendible, ni justificable argumentar la exigibilidad de un medio técnico por el tribunal, en el afán de mayor agilidad del proceso. La ley procesal civil y mercantil prevé que se cumple como el mínimo de comunicación al proporcionar la dirección dentro de la circunscripción del tribunal, conforme al art. 170 C.P.C.M.[107]

Un último comentario sobre esta forma especial y novedosa de notificar, es la presunción del objetivo de la comunicación, en el cual se fija un plazo de veinticuatro horas después de su recibo, eso sí, al tribunal le deberá constar evidencia del recibo de la comunicación.

1.21.1.3.4. Notificación a quienes no sean parte en el proceso

Mediante esta especie de comunicación se pretende extender la lista de destinatarios de la notificación; puesto que, se incluye como destinatarios de aquellos a los testigos, los peritos o las personas que sin ser parte en el proceso deban intervenir en él, de acuerdo al art. 179 C.P.C.M.

A pesar del tratamiento legislativo anterior, en aras de una economía en la redacción de normas jurídicas, tal esfuerzo queda infructuoso; en virtud que durante el desarrollo de la normativa, cuando se pretende hacer intervenir en el proceso en las audiencias a las personas mencionadas al inicio, la ley procesal emplea la expresión de "Cita" y no la palabra de "Notificación", como la sugerida por legislación en comento al inicio de esta apartado. Ejemplos sobre la observación señalada, basta mencionar, los siguientes: a) La realización del nuevo señalamiento, conforme al art. 202 inciso 3º; b) El llamamiento de los sujetos luego de una suspensión de la audiencia, según el art. 208 ordinal 2º; y, c) Para convocar a los sujetos después de una interrupción de la audiencia, art. 211 ordinal 3º, todos del C.P.C.M.

Concluyendo, a pesar del indistinto tratamiento legislativo sobre notificar y citar, a quienes no sean parte en el proceso, se deberá entender que la intención es la misma; siendo esta la intervención de aquellas personas en el desarrollo del trámite judicial, generándose la obligación de comparecencia a la audiencia.

1.21.1.4 Autorización para notificarse

Un dato curioso que sugiere breves comentarios en el tema de las comunicaciones judiciales, es el reconocimiento legal de autorizar a una tercera persona, mayor de edad, aunque no posea la calidad de abogado para notificarse a nombre del abogado de la parte que lo

107 Agregando a los argumentos arriba expuestos, es una realidad nacional la dificultad de acceso a la tecnología, entre estos: un fax o un correo electrónico a disponibilidad de los abogados a los medios tecnológicos en las plazas de trabajo, en particular en el interior de la República. Para cerrar los comentarios, sobre la opción del abogado de señalar un medio tecnológico para recibir notificaciones, se desprende literalmente del texto siguiente: "Cuando se notifique una resolución por medios técnicos". La expresión jurídica demuestra una opción más que obligación, art. 178 C.P.C.M.

proponga, situación regulada en el art. 180 C.P.C.M. Estamos frente a una costumbre fuera de la ley aceptada judicialmente en los procesos civiles y mercantiles, bajo la vigencia del C.P.C. Dicha costumbre consiste en permitir la entrega de la notificación y los documentos que la acompañan a persona ajena al proceso, quién es autorizada por escrito a voluntad del apoderado judicial. Como puede verse, la costumbre influyo significativamente en la nueva legislación procesal civil y mercantil, al punto de ser incluida en la misma.

La autorización para notificar a tercera persona, incluida en la ley expresamente, debe ser interpretada y aplicada con prudencia por el tribunal, en el sentido de comunicar bajo esta modalidad, únicamente aquellas resoluciones judiciales de menor relevancia del proceso en las cuales no se exija la notificación personal. Tales como los decretos y autos no definitivos, quedando excluidas las resoluciones que tengan un contenido relevante, como los autos definitivos y la sentencia. Estas últimas resoluciones deberán ser notificadas exclusivamente a las partes, en el afán de garantizar, tanto el derecho a la protección jurisdiccional, escrito en el art. 1, como también lograr la eficacia del derecho de defensa y contradicción, regulado en el art. 4, ambas disposiciones contenidas en el C.P.C.M.[108]

1.21.2 Emplazamientos

Dentro de las clases de comunicaciones judiciales, el emplazamiento es un acto cuyo destinatario único será el demandado, sea individuo o una pluralidad de ellos – supuesto de codemandados –; cuya intención es la de informar al destinatario la admisión de una demanda en su contra, con la finalidad que prepare la defensa de sus derechos patrimoniales. A pesar que la legislación se refiere pluralmente a los emplazamientos, esta comunicación sucede una sola vez en el proceso, con la única y principal finalidad antes resaltada. Para la jurisprudencia constitucional salvadoreña, el elemento informativo del emplazamiento más que un aviso, constituye un llamamiento a ejercer sus derechos procesales.[109]

1.21.2.1. Principio de emplazamiento

La idea de informar al demandado como una pauta constitucional necesaria, pretende el ejercicio de la defensa de la manera que mejor convenga a sus intereses. Esto sólo se logra, si el demandante cumple la carga procesal de proporcionar la dirección donde puede ser localizado

108 La figura de autorización para notificarse no debe ser confundida con la diligencia de entrega de la esquela a persona mayor de edad, como forma subsidiaria de la notificación personal, contenida en el art. 177 inciso 2º C.P.C.M., en la cual la persona que se encontrare en la dirección señalada para tal fin se encuentra habilitada para recibir la documentación respectiva. La diferencia esencial descansa que la autorización para notificarse se desplaza hacia la oficina judicial a recibir la notificación; en cambio la notificación por esquela, el auxiliar judicial se desplaza al domicilio del destinatario de la notificación personal.

109 A continuación se transcribe lo pertinente al criterio jurisprudencial sobre el emplazamiento, que en lo pertinente sostiene lo siguiente: "... El emplazamiento de la demanda, no se limita a dar al demandado la noticia o aviso de las pretensiones judicialmente formuladas por el demandante, sino además, contiene el llamamiento – citación – del tribunal para asistir o apersonarse ante la instancia jurisdiccional, en ejercicio pleno y oportuno de los derechos procedimentales correspondientes y es de la esencia de toda citación que se realice personalmente con el citado...". S.S.Const. Amparo, Exp. 342-2003, 14:40, 14/08/2006. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional, 2006.*

aquel contra quién se dirige la pretensión procesal. Tal carga del demandante no revela mayor dificultad en cuanto a su cumplimiento; ocasionalmente, sucede que el demandante no posee la dirección para localizar al demandado.

Para solucionar la dificultad antes planteada, la nueva ley procesal civil y mercantil marca un trámite preliminar que puede denominarse como: "Diligencias de localización del demandado". Se accede a este trámite, una vez que el abogado del demandante haya consignado en la demanda que le es imposible proporcionar la dirección donde puede ser localizado el demandado, según el art. 181 inciso 2º C.P.C.M., por lo que pide la intervención judicial para obtener esa información necesaria de admisibilidad de la demanda.

En general, mediante las diligencias de localización se utilizan los medios idóneos, así considerados por el Juzgador para averiguar la dirección del demandado, habilitándose la facultad judicial de averiguación, ejercitada contra toda persona o autoridad para que colaboren proporcionado alguna dirección útil del demandado que consten en sus registros particulares o públicos en el plazo que no exceda de diez días. No debe olvidarse que el trámite es originado a instancia de parte demandante.

Otro supuesto que dé paso a las diligencias ahora en comento es aquel, que a pesar de haberse buscado al demandado para emplazarle en la dirección proporcionada en la demanda, no fuere hallado, porque ya no reside en la misma; aún en este caso, el trámite será iniciado a instancia de parte. El Juzgador en ningún momento debe confundir su rol de director del proceso, con el rol de investigador oficioso. A esto se agrega, que la carga procesal del demandante en proporcionar la dirección del demandado persiste a pesar del supuesto planteado, jamás dicha carga será desplazada por la labor judicial oficiosa.

Ante posibles resultados negativos para la obtención de alguna dirección útil, sea domicilio o lugar de residencia para emplazar al demandado, la comunicación deberá practicarse en la forma indicada en el emplazamiento por edictos, según el art. 186 C.P.C.M.

1.21.2.2. Contenido del emplazamiento

Para dotar con las mejores herramientas y preparar una buena estrategia de defensa a la parte demandada, se exige que la práctica del emplazamiento no consista únicamente en la lectura de la resolución vinculante que el auxiliar judicial haga al demandado.

El acto de comunicación será completo e ilustrativo a través de la entrega de un legajo de documentos relacionados con la demanda interpuesta en su contra; ese legajo se compone de la esquela de emplazamiento que deberá contener la información indicada en el art. 182 C.P.C.M.; acompañándose las copias de la demanda y la resolución de admisión de ésta, así como los documentos anexos.

Unido a la esquela de emplazamiento y los documentos anexos, el auxiliar judicial que practique la comunicación deberá redactar un acta, en la cual deje constancia de lo sucedido, conforme al tenor del art. 183 inciso 3° C.P.C.M. Todos los requisitos en torno a la práctica

del emplazamiento siguen el mismo destino de crear las condiciones óptimas de defensa, la falta de algunos de estos puede acarrear ineficacia del mismo.

El incumplimiento de lo preceptuado en la normativa relacionada expone a la indefensión procesal en perjuicio del demandado; pues no quedaría constancia de la práctica de la diligencia que brinde seguridad que las actuaciones se realizaron conforme a las exigencias legales.[110]

1.21.2.3. Diligenciamiento del emplazamiento

Debido a la importancia del contenido de la resolución comunicable, la práctica del emplazamiento se reviste de formalidades que buscan garantizar su eficacia; por lo mismo, es realizado por el funcionario o empleado judicial competente, de acuerdo a las leyes orgánicas, estas mencionan que la práctica del emplazamiento es a cargo del secretario judicial y el notificador del Juzgado o tribunal competente, según los arts. 70, 71 y 78 L.O.J.; dichos auxiliares judiciales, sean funcionarios los primeros y empleados los segundos, se encuentran facultados para practicar el emplazamiento, así como cualquier acto de comunicación.

Pero son los notificadores a quienes especialmente se les encarga la búsqueda del destinatario del emplazamiento, trasladándose fuera de la oficina judicial hasta la dirección indicada en la demanda como domicilio o residencia del demandado.

Como se aprecia de la lectura íntegra de los arts. 182 y 183 C.P.C.M., el diligenciamiento del emplazamiento es similar al ordenado en el C.P.C./1882, con la introducción de algunas variantes que facilitan el cumplimiento de aquella, entre estas: a) Supresión de características especiales de la persona a quién puede entregársele la esquela de emplazamiento, cuando no fuere encontrado momentáneamente el demandado en su domicilio; bastará que sea una persona mayor de edad, se halle en el lugar y tenga algún vinculo o relación con aquella; b)

Exigencia rigurosa en la información contenida en el acta levantada con ocasión de la práctica del emplazamiento; y c) Inclusión del señalamiento del plazo de vencimiento para contestar la demanda, con apercibimiento al demandado que de no hacerlo el proceso continuará sin su presencia, entre otras.

1.21.2.4. Clases de emplazamientos

La clasificación de emplazamientos regulados en la nueva ley procesal civil y mercantil dependen a supuestos del tipo de destinatario del acto comunicable, tales como: los

110 El criterio de la jurisprudencia civil nacional entiende la importancia del cumplimiento del trámite diseñado por la legislación, el cual se expresa a continuación: "… La ley crea una mecánica a través del emplazamiento, señalando determinados formalismos y requisitos sin los cuales el emplazamiento no es válido y puede en un momento determinado acarrear la nulidad de todo lo actuado siempre y cuando la omisión o infracción le haya producido perjuicios a la parte en cuyo favor se establece la nulidad…". S.S.C. Exp. N° 418-2001. 09:15. 14/03/2001.

emplazamientos realizados al apoderado, a un menor de edad, a la persona jurídica, al Estado, y la persona no domiciliada en El Salvador. Esa distinción legal pretende resolver de manera expresa y coherente los inconvenientes que pudieran surgir en la práctica de las diligencias, al concurrir las cualidades especiales del emplazado.

Otros supuestos de emplazamiento responden al tipo de procedimiento utilizado en la verificación del acto, por ejemplo: el diligenciamiento por notario, el emplazamiento por edictos y el emplazamiento en caso de demandado esquivo. Estas últimas variantes persiguen que el acto de comunicación sea ágil y eficaz. Véase a continuación las modalidades de emplazamiento incluidos por la nueva legislación.

1.21.2.4.1. Emplazamiento por apoderado

En el emplazamiento por apoderado se exige que deba tener facultad especial para recibir emplazamientos dirigidos a su poderdante, de conformidad al art. 184 C.P.C.M. Esta exigencia tiene por intención establecer el compromiso entre los sujetos vinculados por dicho poder judicial, además de conocer la trascendencia en recibir el emplazamiento.

La modalidad de emplazamiento por apoderado es subsidiaria; es decir a falta del demandando, cuando no pueda hacérsele directamente al destinatario; debiendo expresar el abogado demandante son las razones por las cuales se hace necesario el emplazamiento de esa forma.

1.21.2.4.2. Diligenciamiento por notario

La intervención del notario en la práctica del emplazamiento posee innovaciones respecto a la regulación del C.P.C.; durante la vigencia del cuerpo normativo mencionado era posible, en supuestos de impedimento legal o de incapacidad del Juez inferior, de acuerdo al art. 27 de aquella legislación.

El diligenciamiento por notario en la nueva ley procesal civil y mercantil generaliza la intervención del profesional fedatario sin ningún condicionamiento, más que la petición de parte en utilizar ese medio, la previa autorización del tribunal y el costo a cargo del solicitante, así se entiende de la lectura del art. 185 inciso 1° C.P.C.M.

Las formalidades del diligenciamiento son las mismas a las indicadas para el auxiliar judicial, tanto en la documentación como en la entrega de legajo de anexos al destinatario. Eso sí, para tal práctica se fija el plazo de cinco días para el diligenciamiento notarial; frente al eventual incumplimiento del plazo, podrá prorrogarse una sola vez por igual período, si se alega y prueba causa razonable para la prórroga, solicitándolo dentro del plazo original, art. 185 inciso 2° C.P.C.M. De no cumplirse tales requisitos, quedará sin efecto la autorización de utilizar esta forma de emplazamiento y deberá realizarse por el empleado respectivo.[111]

111 Es discutible la posibilidad de imponer algún tipo de sanción por el incumplimiento del emplazamiento vía notarial, sea al abogado de la parte o bien al notario que incumpla con la obligación impuesta judicialmente. Estamos ante

1.21.2.4.3. Emplazamiento por edictos

El emplazamiento por edictos busca la continuidad de la tramitación del proceso, al no haber localizado al demandado a pesar de los esfuerzos combinados del demandante y el tribunal. Este trámite pretende garantizar el derecho de defensa al demandado a quién se le desconoce su domicilio, tras el agotamiento de las diligencias de localización del demandado, art. 186 C.P.C.M.[112]

La denominación legal de "Emplazamiento por edictos" se deriva de la consecuencia, de no encontrar al demandado en la dirección proporcionada por el demandante. En el anteproyecto del C.P.C.M. presentado a la discusión de la Asamblea Legislativa, dicho trámite se limitaba a ordenar publicaciones mediante edictos insertos una sola vez en el Diario Oficial y tres en un periódico de circulación diaria y nacional, tras las mismas el proceso civil y mercantil seguía su tramitación, únicamente con la intervención del demandante, nada más. En las discusiones dadas en la sede de la Asamblea Legislativa en el año 2009, previo a la aprobación del C.P.C.M., al trámite anterior se agregó lo siguiente: Luego de vencido el plazo de diez días para la comparecencia, se procede al nombramiento de un "Curador ad litem" para que represente al demandado no localizado. Esto último agregado, tuvo como intención salvaguardar los derechos procesales de orden constitucional del representado.[113]

De la propuesta legislativa del emplazamiento por edicto, se plantea el problema práctico sobre, ¿A partir de cuando se tiene por realizado el emplazamiento? Pueden ofrecerse los puntos de vista siguientes: a) Se tiene por cumplido el acto comunicable, después del vencimiento del plazo de diez días de la última publicación de los edictos; y b) Hasta que se emplace al Curador ad litem nombrado, para que sea quién ejerza la defensa del no localizado, de tal manera que pueda utilizar todo tipo de estrategia, inclusive preparar con tiempo suficiente la denuncia de excepciones procesales.

El segundo punto de vista se considera la mejor opción; ya que, el emplazamiento realizado al Curador ad litem refleja un mayor fundamento y resguardo constitucional, de tal manera que se permite la intervención del Curador, con los mismos derechos que hubiera poseído el

una omisión legislativa, de haber algún perjuicio, sería sólo a la parte demandante por el retraso del proceso, no existiendo perjuicio alguno al destinatario del emplazamiento, pues desconoce la reclamación en su contra, por consiguiente no ha producido indefensión procesal. La discusión quedaría abierta para dirigir la responsabilidad por incumplimiento a cargo del notario que no llevo a cabo la diligencia injustificadamente.

112 El lineamiento jurisprudencial salvadoreño afirma que la designación del Curador especial es posible, una vez agotado los procedimientos de búsqueda, tal reflexión se extrae del apartado siguiente: "…Para la utilización de la figura del curador especial o ad litem deben haberse agotado los medios posibles para garantizar el derecho de audiencia en beneficio del demandado, esto significa que debe haberse intentado realizar el emplazamiento para contestar la demanda por los mecanismos que la ley prevé al efecto...". S.S.Const. Amparo. Exp. 576-2002. 08:23. 29/07/2002.

113 En reiteradas ocasiones se ha sometido bajo examen constitucional, la designación del Curador ad litem, resultando siempre una misma interpretación, la cual se encierra en la expresión siguiente: "… Ante la imposibilidad material del Juez de efectuar una notificación personalmente, lo puede hacer por medio de esquela; sin embargo, cuando se desconoce el paradero de la persona contra la que se reclama, el mismo legislador ha previsto la figura del curador especial o curador ad litem, quien debe proteger los intereses del demandado ausente, dicha figura no contraviene a la Constitución, si se usa conforme a derecho…". S.S.Const. Exp. 276-2001. 08:24, 11/06/2002.

demandado. Por tanto, es la práctica e interpretación a prevalecer cuando se configure tal supuesto.

1.21.2.4.4. Emplazamiento en caso de demandado esquivo

La modalidad de emplazamiento en caso del demandado esquivo viene a constituir la solución ante el problema de la renuencia demostrada por el destinatario a recibir la documentación relacionada al acto comunicable.[114]

Bajo este supuesto, una vez el auxiliar judicial se haya cerciorado que se entrevista con el demandado, porque el mismo reconoció ser la persona que buscaba o en el mejor de los casos porque lo identifico, pero este último se niega a recibir el emplazamiento.

A pesar esa actitud esquiva de quién debiera ser emplazado, se deberá hacer constar aquella actitud, de acuerdo a lo consignado en el art. 187 con relación al art. 183 inciso 3° C.P.C.M.

Sobresale un detalle interesante en la presente modalidad de emplazamiento, siendo este la omisión legislativa en admitir la utilización de fijar una constancia en la puerta de la casa del demandado esquivo, una vez se agote la posibilidad de dejarla con una persona mayor de edad, quién se encuentre vinculada o relacionada con el destinatario.

Dicho supuesto era solucionado por el C.P.C./1882 en el art. 208 inciso 2° con relación al art. 210 inciso 2°, parte final. Aquella normativa permitía la fijación de la esquela en la puerta de la casa del demandado, tal supuesto es omitido expresamente en el art. 187 C.P.C.M.

Planteada la aparente omisión de la nueva ley procesal civil y mercantil respecto del tema en estudio; ahora, puede elaborarse una respuesta concluyente de la manera siguiente: Si es posible realizar el emplazamiento mediante aviso fijado en lugar visible del domicilio del demandado esquivo, el fundamento legal de la afirmación se halla en la aplicación analógica al supuesto planteado, regulada en el art. 19 C.P.C.M.; integrando las normas procesales del art. 177 inciso 2° y el art. 187 ambas normas del C.P.C.M.

1.21.2.4.5. Emplazamiento a los representantes

Una variante de emplazamiento en cuanto a quién deberá practicar la comunicación surge cuando el proceso civil y mercantil se plantea contra personas naturales que no poseen capacidad procesal como un menor de edad, las personas jurídicas y el Estado. Todas las personas demandadas antes mencionados, comparten un denominador común, a pesar

114 VELASCO ZELAYA. M. E. *Reflexiones Procesales*, pp. 16 – 17. Tomando en cuenta lo expresado por el autor citado, considero desde una percepción propia, que el concepto sobre el demandado esquivo debe ser entendido en amplio sentido; es decir, que se esquiva las diligencias por malicia, temor o miedo a ser encontrado. Aunque es de agregar, independientemente sea la causa interna que motiva la conducta del demandado en rehusarse a recibir el emplazamiento, para utilizar el procedimiento marcado por la legislación, bastará que el notificador observe que el demandado se resiste a recibir la esquela de emplazamiento y la documentación anexa.

de ser parte demandada, no se les debe entregar el emplazamiento a ellos, esa cualidad especial obliga a reorientar la práctica del emplazamiento hacia sus representantes, sólo así el dicho acto de comunicación sería valido. Analicemos a continuación cada supuesto por separado para identificar la persona idónea para recibir el emplazamiento en nombre de su representado.

a. Emplazamiento de un menor de edad o mayor de edad incapaz

Para el emplazamiento de un menor de edad, vale decir, se incluyen como representantes, según el art. 188 C.P.C.M., no sólo a los Padres de familia del menor. En supuestos especiales ejercen tal facultad el Procurador General de la República respecto a los menores de edad huérfanos de Padre y Madre o de filiación desconocida o abandonados; y, el Tutor a favor de los menores de edad no sometidos a autoridad parental, de acuerdo a los arts. 223, 224 y 314 C. F. Se retoman los dos últimos cargos para el caso de las personas mayores de edad declarados incapacitados y siempre que no se encuentren bajo autoridad parental prorrogada o restablecida, puesto que, la legislación familiar se les otorga iguales facultades de representación; arts. 224 y 290 C. F.

b. Emplazamiento de una persona jurídica

Es de considerar, en el caso de las personas jurídicas se habilita a quién usualmente ejerce la función de representante, abriéndose por disposición de ley, la oportunidad de emplazar a otras personas, o por convenio para ejercer tales facultades, art. 189 C.P.C.M. Para ello, la designación deberá inscribirse para el ejercicio de las facultades de representación en el registro público de acuerdo a la naturaleza de aquellas.

c. Emplazamiento del Estado

De acuerdo a la nueva legislación procesal, el emplazamiento dirigido al Estado como demandado será realizado al Fiscal General de la República, según lo indica el art. 190 C.P.C.M., constituye una reiteración del contenido de la norma fundamental en el art. 193 ordinal 5° C.N. Por tanto, es indiscutible que el representante de la República de El Salvador sea dicho Órgano del Estado.

Aquellas personas designadas por la ley procesal civil y mercantil son las directamente responsables en la intervención de los procesos en defensa de sus representados, debiendo ejercer sus facultades de representación con la debida diligencia que su cargo impone; caso contrario deberán responder por los perjuicios causados en el ejercicio de sus facultades.

1.21.2.4.6. Emplazamiento de persona no domiciliada en El Salvador

Para realizar el emplazamiento dirigido a personas no domiciliadas en el país, se plantea un procedimiento que involucra reglas distintas de aquellas de aplicación general, así se desprende de la lectura del art. 191 C.P.C.M. Bajo este supuesto se distinguen los siguientes:

a) Persona con domicilio en el extranjero. Debe poseer el demandado un establecimiento en marcha dentro del territorio salvadoreño; esto es, cuando el destinatario posea una oficina, sucursal o delegación y aquélla estuvieran abiertas en El Salvador.

b) Persona con domicilio únicamente en el extranjero. Se podrá encargar a persona autorizada para diligenciar el emplazamiento en el país que deba practicarse el emplazamiento, según la indicación del demandante. Para este segundo supuesto se tienen en cuenta los procedimientos fijados en el tema de la cooperación judicial internacional, de acuerdo a los arts. 149, 150 y 151 C.P.C.M.

1.21.3 Comunicación para cooperación judicial interna

Para llevar a cabo determinadas actividades procesales que involucran la intervención de otras instituciones, el tribunal necesita de la cooperación y auxilio de aquellas, tales como: Las autoridades públicas, como Registros públicos, Municipalidades, Policía Nacional Civil, entre otras; de igual manera otros tribunales judiciales; en general cualquier organismo y entidad, todo con el fin de darle cumplimiento a sus resoluciones judiciales.

La nueva ley procesal civil y mercantil denomina a dichas comunicaciones con la expresión de "Oficios", conforme al art. 192 C.P.C.M. Ejemplos de la comunicación constante entre dichos sujetos, pueden mencionarse los siguientes: a) Oficio para comunicar al Registro de Comercio para que no se inscriba la escritura de Liquidación de sociedad, art. 89 inciso 2º; b) Cooperación y auxilio entre órganos judiciales, art. 141 inciso 2º; c) Embargo de bienes inscritos a favor de la parte, art. 618, todas las normas jurídicas citadas del C.P.C.M.

El medio de que se vale para trasladar a sus destinatarios es a través de correo, por medio idóneo y finalmente podrá encomendarse a la parte interesada en la realización del acto procesal.

Para finalizar estos comentarios referidos a esta particular comunicación judicial de Oficios, dando un vistazo unos años atrás dicha expresión era aceptada por la jurisprudencia civil y mercantil salvadoreña, así como un determinado sector de la doctrina nacional.[115]

115 VELASCO ZELAYA. M. E. *Reflexiones Procesales*, p. 122. El autor salvadoreño en el documento citado menciona a los "Oficios" como actos procesales de comunicación, junto a los "Requerimientos" y los "Mandamientos". Respecto a los Oficios, sostiene el autor nacional, -son los remitidos a dependencias públicas o privadas para la cancelación de hipotecas o embargos, obtención de cualquier otro tipo de información, prueba o de simple comunicación-.

1.22 SUSTANCIACION DEL PROCESO Y AUDIENCIAS

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES. I. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO; 1. Despacho ordinario e impulso del proceso; 2. Suspensión del proceso; 2.1. Suspensión del proceso de oficio; 2.2. Suspensión del proceso a instancia de parte.

1.21.1. Consideraciones generales

La operatividad del proceso por audiencias posee características definidas respecto al proceso eminentemente escrito al que hemos estar acostumbrado durante largo tiempo los salvadoreños. Entre las características de los procesos judiciales adoptados por el C.P.C.M., pueden distinguirse dos grupos principales, siendo estos los siguientes: a) Las actuaciones judiciales propiamente dichas; y b) El desarrollo de las audiencias públicas. Ambas facetas vienen a constituir las directrices generales de orientación al Juez o Magistrado, según el momento procesal en que nos encontremos.

En las actuaciones judiciales propiamente dichas, el rol del Juzgador es protagónico; puesto que, se actúa principalmente mediante actos de impulso del proceso, sea individual o colegiadamente. Para estas intervenciones judiciales se designan, bajo conceptos legales, como el despacho ordinario e el impulso del proceso, regulados respectivamente en los arts. 193 y 194 C.P.C.M.

Respecto al desarrollo de las audiencias, constituye la otra faceta de intervención del funcionario jurisdiccional y sus auxiliares, involucrándose como actividad judicial especifica, la dirección y conducción de las audiencias públicas.

Mediante la sustanciación del proceso se cumple la operatividad del procedimiento; el mismo comprende desde la recepción del primer y posteriores escritos presentados por las partes en manos del funcionario o empleado designado en la sede judicial, pasando por el impulso del proceso por el Juez y secretario judicial de forma conjunta, hasta una eventual suspensión del aquel a iniciativa judicial o bien a petición de parte. Sin dejar a un lado el desenlace por medio de un sistema para la toma de decisiones de manera unipersonal bastante simple, y relativamente complejo cuando se trata de las decisiones de los tribunales colegiados.

Veamos a continuación estas facultades judiciales de sustanciación, comenzando por el despacho ordinario e impulso del proceso, para luego pasar a los comentarios de la eventual suspensión del proceso judicial.

1.22.2 Despacho ordinario e impulso del proceso

En el desenvolvimiento del despacho ordinario intervienen, además del Juez o Magistrados, también el secretario judicial junto al notificador. Con la intervención de las personas

mencionadas se reconoce la imposibilidad física del Juzgador en realizar absolutamente todas las actividades procesales; por esto, se necesita de la colaboración de los auxiliares dependientes del tribunal, ya mencionados.[116]

Como se dejo entrever en párrafos anteriores; en principio, el secretario judicial recibe materialmente los escritos y documentos presentados por los abogados de las partes, de acuerdo al art. 193 inciso 1º C.P.C.M. Conforme a la doctrina procesal española este tipo de actividad procesal se denomina como Dación de cuentas.[117]

Ese traslado de los escritos al alcance y conocimiento del Juzgador, se verifica a más tardar en el día hábil después de la presentación de aquellos. Otro aspecto importante, para el buen desempeño del despacho ordinario depende siempre del secretario judicial, quién deberá mantener informado al tribunal, conforme al C.P.C.M., sobre la preclusión de los plazos procesales propios otorgados a las partes, tales como: a) Vencimiento del plazo para contestar la demanda en el proceso común, art. 283; y b) Vencimiento del plazo para emitir opinión solicitada a la parte contraria, previo a la decisión de un incidente, art. 268, ambos del C.P.C.M. También aquel informará sobre el transcurso de los plazos impropios destinados al tribunal, entre otros los siguientes: a) Vencimiento para dictar la caducidad de la instancia, art. 133; y b) El inminente vencimiento del plazo para pronunciar la sentencia, art. 417, ambos del C.P.C.M. Toda esta actividad de recordatorio mantiene en constante movimiento el proceso, mediante el impulso oficioso de las actuaciones procesales.

Cabe recordar, que la actividad judicial oficiosa bajo estudio se origina del principio de dirección y ordenación del proceso; el mismo indica que sobre el Juez recae esta particular actividad procesal, una vez iniciado el proceso el impulso de la tramitación, recordándole al Juzgador dicha regla orientadora, sobre la existencia de la responsabilidad patrimonial que pudiere generarse por cualquier demora ocasionada por su negligencia, según el art. 14 C.P.C.M. Tal regla de oro, acompaña al Juzgador en todo momento durante el despacho ordinario de los procesos civiles y mercantiles.

La idea de proporcionar herramientas oficiales al Juzgador para el buen desempeño del proceso civil y mercantil, evitan cualquier demora procesal injustificada a cargo del mismo funcionario jurisdiccional, concediéndosele facultades coercitivas con efectos de carácter económico en caso de no obtener la ayuda de los requeridos. Esas facultades pueden ser dirigidas hacia el personal jurisdiccional y administrativo y aplicarlas, incluso frente a toda persona o autoridad no jurisdiccional para que presten colaboración con la justicia, así se depreden de la lectura de los arts. 12 y 194 C.P.C.M.

116 FALCON. E. M. *Derecho Procesal Civil, Comercial, Concursal, Laboral y Administrativo*, p. 225-226. En el texto citado se reconoce el apoyo a la función judicial que brindan la serie de funcionario y empleados, todos como auxiliares del despacho judicial.

117 BARONA VILAR. S. *El Nuevo Proceso Civil, (Ley 1/2000)*. AAVV., p. 145. Para la autora española, en los actos de dación de cuenta se parte de la necesidad que los actos provenientes de las partes, cualquier persona o entidad, presentados a la secretaria del tribunal, deben participarse a éste.

Para la toma de decisiones respecto a los juzgados unipersonales es simple y sencilla, porque depende de la única voluntad de aquel. En cambio, las decisiones en determinados supuestos pueden tornarse complejas, especialmente en la sede de los tribunales colegiados, previéndose esa potencial dificultad al momento de resolver, por la nueva legislación al brindar las respectivas soluciones contenidas en las reglas siguientes:

a) Corresponde al Magistrado presidente la sustanciación de los asuntos que se ventilen, es decir el pronunciamiento de los decretos y autos no definitivos, arts. 195 y 196 en relación con el art. 212 inciso 2° y 3°, todos del C.P.C.M.

b) Para sentenciar se requiere de la unanimidad de votos del tribunal, según el art. 197 C.P.C.M., con relación al art. 14 L.O.J. Excepcionalmente, cuando no resultare unanimidad de votos en todos los puntos se llamará al Magistrado suplente para dirimir la discordia.

1.22.3. Suspensión del proceso

Como quedo escrito en los comentarios efectuados a las cuestiones prejudiciales, la ley procesal civil y mercantil introduce la figura de la "Suspensión del proceso" por los motivos allá indicados. En este apartado se agregan otros motivos de suspensión originados de causas ajenas a la voluntad de los sujetos procesales y el acuerdo de las partes para lograr tal fin.

Al igual que aquel apartado al tema de la prejudicialidad, el efecto de la suspensión del proceso puede ser declarado de oficio, así como también promovida a instancia de las partes, de la manera y los motivos que se expondrán a continuación.

1.22.3.1 Suspensión del proceso de oficio

A pesar de la existencia de la obligatoriedad del impulso procesal, el proceso civil y mercantil puede verse paralizado por causas legales claramente definidas, tales como: El caso fortuito originado de un imprevisto que afecta a la generalidad de personas y la fuerza mayor que influye de manera individual a la parte que invoca su beneficio.

Tal decisión sobre la suspensión del proceso podrá declararse oficiosamente por el tribunal con la debida motivación de las resoluciones, según el art. 198 C.P.C.M. De la misma manera que el principio general de suspensión de los plazos, esta especie de suspensión ahora comentada se suscita en cualquier momento en la tramitación del proceso.

La nueva legislación no establece un plazo de reinicio del proceso civil y mercantil, pues la suspensión dependerá de la subsistencia de las causas que la originaron la misma.

1.22.3.2 Suspensión del proceso a instancia de parte

La suspensión del proceso a instancia de parte se rige por la voluntad, solicitándose de mutuo acuerdo, así se regula en el art. 199 C.P.C.M. Las verdaderas causas que llevaron a las partes

a pedir la paralización del trámite no son exigidas para adoptar dicha resolución, bastando la intención de suspensión del proceso para que sean atendidas.

La resolución judicial de suspensión no es inmediata, sino deberá someterse a una calificación judicial conforme a los criterios legales previamente señalados, siendo estos: a) La suspensión del proceso no debe ser contraria al orden público; y, b) No debe suponer un perjuicio para el interés general o para tercero.

Una vez acordada la suspensión, no podrá exceder de cuarenta y cinco días. La reanudación del proceso esta sujeta a la petición de las partes, vencido el plazo sin mediar petición alguna se estará a las reglas de la caducidad de la instancia.

1.23 RÉGIMEN DE LAS AUDIENCIAS

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES. 1. Publicidad e inmediación; 2. Señalamiento de audiencias; 3. Régimen de celebración de las audiencias: 3.1. Tiempo de realización de las audiencias; 3.2. Lugar de instalación de las audiencias; 3.3. Comprobación de asistencia de los sujetos procesales; 3.4. Antecedentes del caso; 3.5. Orden de intervención de los sujetos procesales; 4. Dirección de las audiencias; 5. Documentación de las audiencias; 6. Modificación en la celebración de las audiencias; 6.1. Repetición de la audiencia6.2. Suspensión; 6.3. Interrupción; 6.4. Receso.

CONSIDERACIONES GENERALES

La normativa aplicable al desarrollo de las audiencias es marcada por normas sobre la dirección y las normas sobre la conducción a cargo del Juzgador, a este conjunto de normas procesales se les denomina como: "Régimen general de las audiencias". Se dice general, porque constituyen el marco principal aplicable a las audiencias con carácter general, a las cuales se incorporan posteriormente otras normas sobre audiencias con propósitos específicos; ambos componentes normativos forman el régimen completo aplicable a las audiencias. Sobra decir, la preferencia que gozan estas últimas reglas sobre las primeras de carácter general. Teniendo en cuenta las matizaciones anteriores, se puede manifestar que en el Código Procesal Civil y Mercantil se distinguen diversas clases de audiencias, tales como: las audiencias ordinarias, las audiencias extraordinarias y las audiencias incidentales, todas cuentan con sus respectivas reglas aplicables, de las cuales pueden mencionarse las características distintivas siguientes:

Audiencias ordinarias son aquellas que se realizan de manera usual, siendo imprescindibles dentro de cada estructura procesal, tales como: En primera instancia, la audiencia preparatoria, art. 290 y la audiencia probatoria, art. 402 en los procesos comunes; la única audiencia en los procesos abreviados y los procesos especiales, art. 425 y siguientes. En la segunda instancia, la audiencia de alegaciones y prueba, art. 514.

Audiencias extraordinarias tienen lugar de acuerdo a la necesidad de las partes, cuyo contenido es obtener información relevante para decidir el objeto del proceso, así se tienen: la audiencia para obtener prueba separada de la audiencia probatoria principal, art. 404; y la audiencia para recibir el anticipo de prueba, art. 329.

Audiencias incidentales estas son eventuales teniendo por objeto conocer y decidir algún obstáculo que evite la continuación normal del proceso; estas pueden ser de carácter procesal o material distinto del objeto principal, art. 263.

Sea cual fuere el tipo de audiencias, las mismas se sujetan inicialmente al régimen general de audiencias y si fuera el caso, se complementaran con los regímenes especiales designados por

la legislación, por tal razón tanto las partes como el Juzgador estará atento a lo prescrito en dicha normativa.

1.23.1 Publicidad e inmediación

Pilares fundamentales en la celebración de las audiencias son la publicidad y la inmediación como principios rectores de las mismas. La publicidad se refiere a la externa, permitiendo la presencia no sólo de las partes, sino también la presencia del público en general durante el desarrollo de las audiencias. Este acceso a las audiencias en materia civil y mercantil es un derecho reconocido expresamente en el ámbito nacional en el art. 9 C.P.C.M., y en el ámbito internacional en el art. 14.1 Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos; aunque teniendo en cuenta las restricciones consignadas en dichos instrumentos jurídicos. Se reclama en la inmediación, la indispensable presencia del Juez durante las audiencias, desde su instalación hasta su conclusión; así tendrá un contacto directo con las argumentaciones de las partes y la producción de los medios probatorios incorporados en aquellas.

El respeto a la publicidad y la inmediación en las audiencias públicas se encuentran protegidas con la nulidad de actuaciones procesales, mediante su máxima expresión de ineficacia, siendo esta calificada insubsanable, según el art. 200 C.P.C.M. En caso de vulnerarse la publicidad y la inmediación judicial, la audiencia es anulable por la parte que invoque la indefensión procesal.

1.23.2. Señalamiento de las audiencias

Dentro de las actuaciones judiciales de impulso se enmarca el señalamiento de las audiencias, reconocido en el art. 201 C.P.C.M. Esta actividad involucra tanto al Juez, como al secretario judicial; el primero señalando lugar, día y hora cuando se llevará cabo las audiencias; en cambio, el segundo, llevando el registro cronológico de los futuros señalamientos de las audiencias, con la intención de mantener informado oportunamente al Juez sobre el orden de programación ordenada al momento, de tal manera que pueda adecuar los posteriores señalamiento y la cantidad de audiencias, atendiendo a la complejidad de aquellas.

Otra atribución asignada al secretario judicial respecto al tema, es aquella de informar a las partes las fechas de sus respectivas audiencias, ordenadas previamente por el Juez. Para la fijación de la fecha, se toma en cuenta el período mínimo de quince días y máximo de veinte que deben existir entre el día del señalamiento y la celebración de la audiencia, conforme a lo ordenado en el art. 201 inciso 3° C.P.C.M.

Una vez fijado e informado el señalamiento de la audiencia a los abogados de las partes, podrá obtener un cambio en las fechas indicadas, esto es procedente por causas legales claramente definidas, art. 202 C.P.C.M. Ese cambio de fechas se logra en dos momentos:

Inmediatamente después de la notificación del señalamiento de la celebración de la audiencia, sea frente al Juez antes de concluir la audiencia o bien por escrito, luego de la notificación por escrito. En ambos supuestos deberá justificarse el motivo de la imposibilidad para su asistencia.

Posteriormente, concluida la audiencia, se concede el mismo derecho a las partes para reprogramar la fecha de la celebración, cuando concurra cualquiera de las causas de suspensión de las audiencias, las cuales deberán ser alegadas y demostradas por el interesado o bien comunicadas por el Juzgado, de acuerdo a quién es imputable la causa de suspensión.

1.23.3. Régimen de celebración de las audiencias

El tema central sobre el régimen de celebración de las audiencias gira en torno los aspectos siguientes: Las horas y días de realización, el lugar donde se instalará, la verificación de la comparecencia de los sujetos procesales, la relación de los antecedentes del caso y el orden de intervención de los mismos. Comentemos brevemente los aspectos mencionados.

1.23.3.1. Tiempo de realización de las audiencias

En el manejo de las horas y días de realización de las audiencias son orientadas especialmente por el principio de concentración, el cual indica que: "Los actos procesales se realizarán con la mayor proximidad temporal entre estos", art. 11 C.P.C.M.

Partiendo de la idea anterior, el art. 203 inciso 1º de igual cuerpo normativo, primero reafirma que las audiencias se realizarán en el tiempo hábil, refiriéndose al contenido del art. 142 C.P.C.M.; y segundo, marca el propósito de no cortar la atención del objeto desarrollado en las audiencias. La legislación faculta al Juzgador a darle la continuidad a las audiencias, para ello tendrá que ser prudente y razonable; puesto que la continuidad en horas no hábiles deberá ser utilizada sólo para aquellos casos donde las intervenciones en la audiencia están próximas a terminar.

De ninguna manera la nueva ley procesal exige funcionarios judiciales que empleen al límite máximo su resistencia humana. Lo recomendable para situaciones extremas donde el contenido de la audiencia no sea agotado, a pesar de habilitar horas y días inhábiles, en particular para aquellas audiencias complejas, ordenara el receso de estas para continuar el día siguiente y así sucesivamente hasta su conclusión.

1.23.3.2. Lugar de instalación de las audiencias

Normalmente, el lugar de instalación de las audiencias será la sala destinada para tal fin; ésta puede encontrarse en la misma sede donde opera la oficina judicial o bien en un local próximo a esta. La ubicación de las instalaciones dependerá de las condiciones que preste la infraestructura de la edificación.

De manera excepcional, la audiencia deberá ser instalada fuera de los lugares antes indicados, a fin de presenciar por sí la práctica de las pruebas fuera de la sede judicial, tal como quedo demostrado en el apartado del "Lugar de la Actividad Procesal", sólo así queda justificada la movilidad del Juzgador. En amplio sentido se dice lo siguiente: "Todo lugar donde el Juez convoque a las partes para asistir para la realización de un acto procesal, estará instalando una audiencia". El mejor ejemplo de la anterior idea, se regula en los arts. 140 y 404 C.P.C.M.

1.23.3.3. Comprobación de asistencia de los sujetos procesales

Una vez situados en el espacio adecuado para la celebración de la audiencia, el Juez asistido de su Secretario judicial, tomaran como primera acción de la agenda judicial, la verificación de la presencia de los sujetos procesales citados para su comparencia, tal como se desprende del texto del art. 203 inciso 2º C.P.C.M., esta norma menciona a quienes se les comprobará la asistencia en el orden siguiente, iniciando por las partes, los abogados, los testigos, los peritos y los interpretes que deban intervenir.

Positivamente de la comparecencia de los sujetos procesales depende la continuación normal de la audiencia. Por otro lado, la inasistencia de ellos produce importantes y variados efectos en el proceso; así tenemos, la incomparecencia injustificada a la audiencia de ambas partes junto a sus abogados por disposición legal deberá ponérsele fin al proceso, según los arts. 291 inciso 1º y 425 inciso 1º C.P.C.M. En la misma línea de pensamiento, la inasistencia por primera vez de un testigo o un perito cuya aportación de información al proceso es esencial puede provocar la interrupción de la audiencia, art. 406 inciso 2º C.P.C.M.

La única inasistencia superable de los sujetos procesales es la aquella de la parte propiamente dicha; esto es, por la sencilla razón que la misma es representada por el abogado nombrado por ella. Caso contrario, la incomparecencia del abogado de la parte producirá en el peor de los casos efectos procesales conclusivos.

1.23.3.4. Antecedentes del caso

Comprobada la asistencia de los sujetos procesal imprescindibles para la celebración de las audiencias, a continuación se hará a introducción una presentación del caso, mediante una sucinta relación de los antecedentes. La información se extraerá de los escritos que contienen las alegaciones iniciales de las partes o bien de los escritos incorporados al expediente que dieron lugar a la convocatoria de la audiencia.

La sucinta relación de los antecedentes del caso, como le denomina la nueva ley procesal civil y mercantil en el art. 203 inciso 2º C.P.C.M., poseerá un contenido extractado breve de las intenciones de las partes intervinientes, la finalidad de la misma es únicamente ilustrativa principalmente para todos las partes comparecientes. Sin lugar a dudas la redacción de los antecedentes estará a cargo de oficinal judicial. Tanto la redacción como la extensión del documento queda a la discreción del Juzgador, quién lo aprobará.[118]

No se descuidarán los detalles concernientes a la incorporación de la agenda de las audiencias, aquellas peticiones de naturaleza incidental y que han sido acumuladas para el conocimiento pleno y decisión en la audiencia que pudiera tener una finalidad distinta a la apuntada.

118 En la redacción de la relación de los antecedentes del caso, se debe evitar a toda costa que el contenido de la misma sea una trascripción literal de los escritos de la demanda y la contestación, pues de no ser así el Juzgador incurría en el ritualismo, art. 18 C.P.C.M.

La legislación procesal no indica quién será el encargado que oralmente leerá la presentación del caso, por tanto se entiende que tal labor podrá ser ejercida por el mismo Juzgador si lo considera conveniente y también designando a un auxiliar judicial o al Secretario judicial.

1.23.3.5. Orden de intervención de los sujetos procesales

Para el orden de intervención de los sujetos procesales en las audiencias inicia principalmente por el demandante y el demandado, o el recurrente y el recurrido, por medio de sus abogados o por sí mismos cuando la ley lo permita. Existen normas además del art. 203 inciso 3º C.P.C.M., que mencionan el orden de intervención de las partes; aunque es de advertir que no aportan algo novedoso a la norma general antes citada, sólo nos recuerdan de manera reiterada ese orden de intervención al que nos venimos refiriendo. Entre las normas referidas, se tienen las siguientes: la presentación de las pruebas, art. 406 inciso 1º; intervención de las alegaciones finales, art. 41 inciso 1º; intervención de alegaciones iniciales, art. 427 inciso 1º, C.P.C.M., entre otros supuestos.

No puede dejarse escapar un detalle relevante que puede causar algún tipo de confusión, es cuando el texto legislativo en el art. 203 inciso 3º sostiene, que intervendrán por su orden el demandante y el demandado, o el recurrente y el recurrido, por si mismos cuando la ley lo permita. De la lectura de la norma permitiría concluir que la parte material esta facultado para intervenir directamente en las audiencias, lo cual es erróneo; porque inicialmente el espíritu de la ley en la redacción de sus anteproyectos permitía la intervención de las partes de manera directa en el proceso abreviado y el proceso monitorio, pero una vez que la Asamblea Legislativa aprobó el Código Procesal Civil y Mercantil, suprimió dicha facultad, instaurando la postulación preceptiva en toda clase de proceso y diligencias judiciales.[119]

1.23.4. Dirección de las audiencias

No basta reconocerle al Juez o Magistrados las facultades decisorias sometidos a su conocimiento, sino además en los procesos por audiencias deberá dotárseles de atribuciones que demuestren un rol activo durante las audiencias que ante ellos se celebren, de acuerdo al art. 204 C.P.C.M. Dentro del protagonismo judicial se distingue la actividad rectora consistente en la "Dirección de las audiencias", en el cual se comprenden de manera particular la Dirección del debate, la Moderación de las discusiones y el Mantener el buen orden en las audiencias.

Dirección del debate. Se comprenden desde la actividad procesal elemental como: El ordenar las lecturas de la relación de los antecedentes del caso, la lectura de las actas judiciales redactadas con ocasión de la práctica de la prueba; las advertencias legales dirigidas a las partes en la conciliación preprocesal e intraprocesal sobre los derechos y deberes generados

119 A pesar de lo antes dicho, utilizando una creatividad excesiva, se pueden identificar supuestos concretos en los cuales las partes propiamente dichas pueden intervenir directamente en las audiencias, por ejemplo: Cuando la parte se encuentre autorizado para ejercer la postulación y el supuesto de la conciliación para alcanzar arreglos según su conveniencia e intereses.

por el arreglo que pudieran alcanzar; recibir los juramentos o las promesas, según sea el caso, a los testigos y peritos; y, recibir las declaraciones de todo sujeto procesal que intervengan. Moderar las discusiones. En esta clase de actividad ejercida por el Juzgador requiere la atención en las intervenciones de los abogados de las partes, al momento de los interrogatorios formulados hacia las declaraciones de parte, testigos y peritos. Tal control puede ser de oficio u originado por las objeciones a las preguntas formuladas durante los interrogatorios, las objeciones a las respuestas de los interrogados y las objeciones a la conducta de las partes. También el control se extiende a las alegaciones finales. Para un efectivo control judicial al no acatamiento de las instrucciones, la legislación faculta al Juzgador a retirar el uso de la palabra. Mantener el buen orden en las audiencias y velando se guarde el respeto y la consideración debidos a todos los asistentes como el público en general que se hallen en la sala de audiencias.

Las potestades de corrección y disciplinarias otorgadas al Juzgador por la nueva legislación procesal, en el art. 204 inciso 2º C.P.C.M., se resumen de forma gradual a la gravedad de la conducta del infractor en las siguientes: Dar las instrucciones correspondientes a los abogados de las partes que no cumplan con su deber, esto como un primer llamado de atención; Retirar la palabra a quién no siga las instrucciones, ante el incumplimiento reiterado de las instrucciones referidas anteriormente; y como última medida ordenar la expulsión de la sala de audiencias de la persona que no guarde el respeto y la consideración debidas tanto al Juez como al resto de asistentes.

1.23.5. Documentación de las audiencias

Si bien es cierto, la nueva legislación procesal nacional adopta un sistema de procesos por audiencia; esto no significa, que el desarrollo de las audiencias será absolutamente puro; sino más bien, las mismas serán documentadas por razones de seguridad jurídica, así se desprende de la lectura del art. 8 C.P.C.M., el cual contiene el principio de oralidad, el cual sostiene que los actos procesales deberán contar por escrito. De manera concreta el art. 205 C.P.C.M., desarrolla el principio procesal antes citado; de tal manera, que ilustra de ampliamente en particular al Juzgador y en general al todo interprete de la norma, sobre la manera de documentar las audiencias. Eso sí, es de reconocer que la ley procesal civil y mercantil hace suya la práctica inveterada por la costumbre judicial salvadoreña, tolerada por la pasividad del Código de Procedimientos Civiles de 1882 en cuanto a la falta de regulación sobre el tema.

La idea principal de la segunda norma citada es que el documento contentivo de las audiencias deberá plasmar íntegramente todo lo sucedido, utilizando en su redacción el acta judicial.[120]

Así pues se designa como encargado de la redacción al Secretario judicial. Tal designación prácticamente requiere la presencia indispensable de dicho funcionario judicial, para

120 Respecto a la documentación en su integridad de lo sucedido en las audiencias, no debe ser tomado de manera estricta, puesto que sería ilusorio pensar que el Secretario judicial, no dejará escapar expresiones vertidas por cualquiera de los sujetos procesales. Más bien, la norma jurídica al emplear la palabra "integridad", se refiere a que los aspectos relevantes para el proceso acaecidos en las audiencias serán consignados en el acta judicial.

garantizar la fidelidad del contenido del acta judicial. No debe olvidarse que la redacción del acta judicial constituye el contenido vital mínimo para garantizar la seguridad jurídica de lo sucedido en las audiencias.

La nueva legislación procesal incluye como forma de documentar las audiencias la utilización de los medios audiovisuales, conforme al art. 206 C.P.C.M. Siguiendo la misma línea de pensamiento al momento, esta clase de documentación es subsidiaria, pues se encuentra condicionada tanto a la existencia, como al buen funcionamiento de los recursos materiales con que cuente los Juzgados y Tribunales de la República.

De ahí que la norma citada sostenga que las audiencias se registrarán mediante soportes aptos para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, o sólo del sonido, de permitirlo la dotación material de la oficina judicial. Esta documentación por medios tecnológicos no suprime la obligación de redactar acta judicial conforme a los requerimientos del art. 205 C.P.C.M.[121]

Otro elemento contributivo para la documentación mediante los medios audiovisuales, es aquel que ante la falta de dotación material con recursos propios del Órgano Judicial, es la posible la misma a través de la aportación que las partes propongan al Juez, asumiendo aquellos los costos económicos de tales medios, de conformidad al art. 206 inciso 3º C.P.C.M.

El Juzgador calificará tal propuesta, teniendo como criterio esencial, si el ofrecimiento procura un mejor desarrollo de la actividad procesal.

En caso que afirmativamente se acceda a la propuesta de las partes, los soportes originales de las audiencias quedarán en poder y resguardo judicial.

1.23.6. Modificación en la celebración de las audiencias

Lo normal es que la audiencia transcurra de manera corriente y completa, desde su instalación en el lugar, día y hora señalados en la convocatoria, hasta el cierre de la actuación procesal. Aunque es de reconocer las distintas eventualidades que pueden girar en torno de las audiencias, las cuales van desde las reguladas expresamente como la repetición, la suspensión y la interrupción de las audiencias, hasta aquellas que deben ser utilizadas por las necesidades reales, como los recesos de las audiencias.

Todas estas alteraciones en el progreso de las audiencias son motivadas por causas taxativas atribuibles o no a los sujetos procesales, pero al fin causas legales de modificación de las audiencias.

121 No es un capricho exigir la doble documentación, sino una seria justificación de levantar acta judicial de lo sucedido en las audiencias es de orden preventivo, como se suele decir, el Tribunal debe curarse en salud; pues ante una eventual falla o extravía del sistema de documentación por medios audiovisuales, cobran importancia los registros por escritos. Dichas fallas tecnológicas van desde aquellas que los soportes no reproducen adecuadamente los registros, hasta los errores de índole humano.

1.23.6.1. Repetición de la audiencia

Se entiende por repetición la celebración de una nueva audiencia iniciada y no concluida por causas legales. Las causas legales para repetir una audiencia se encuentran reguladas en los arts. 207 y 214 inciso 2º C.P.C.M. Es necesario aclarar, a pesar que el texto legislativo del art. 207 consigne la procedencia de la repetición de las audiencias suspendidas, tal consecuencia no es posible, pues de lógica se deduce que no puede repetirse una audiencia que ni siquiera se instaló. Por tanto sólo cabe la repetición de una audiencia interrumpida por causas legales.

1.23.6.2. Suspensión

La suspensión de la audiencia es aquella no celebrada, ni siquiera instalada por causas legales. De acuerdo a los supuestos indicados en el art. 208 C.P.C.M. dicha suspensión responde al aparecimiento de supuestos que impiden que la audiencia se celebre en el lugar, día y hora para el cual fueron convocados los sujetos procesales. Si las causas de suspensión son atribuibles a los abogados de las partes, las partes mismas, los testigos o peritos, podrá acordarse la misma, cuando la causa impeditiva fuere comunicada y solicitada con antelación al Tribunal. Un detalle interesante curioso sobre las causas de suspensión es la reiteración de estos primeramente en el art. 202 y luego de manera sistemática en el art. 208, lo cual constituye únicamente una visión diferente de observar las causas impeditivas; puesto que la primera norma señalada, le da un enfoque sobre la necesidad de un nuevo señalamiento, es decir una consecuencia directa de la suspensión acordada judicialmente; en cambio la segunda norma procesal, se dedica a enumerar esas causas impeditivas.

1.23.6.3. Interrupción

Cuando una audiencia iniciada no puede ser concluida por causas legales, se dice que estamos frente a la interrupción de las audiencias. Tales supuestos se detallan en el art. 211 C.P.C.M.

De todas las causas de interrupción más sobresaliente es la contenida en los ordinales 1º y 3º; en virtud que, la nueva legislación procesal civil y mercantil en reiteradas ocasiones se refiere como "Causas de suspensión de audiencias", cuando en realidad debe ser tratada como "Causas de interrupción de la audiencia".

Ejemplos de los supuestos comentados, se mencionan los siguientes: a) La audiencia preparatoria donde se alega como excepción procesal, la falta de litisconsorcio, art. 77 inciso 2º; b) La denuncia y examen de defectos de capacidad procesal, y postulación procesal en la audiencia preparatoria, art. 300 inciso 1º y c) La incomparecencia del testigo o perito citado judicial y se considere imprescindible su declaración o informe para que intervengan en la audiencia respectiva, art. 406 inciso 2º C.P.C.M.

1.23.6.4. Receso

El receso de las audiencias no se encuentra regulado en la legislación procesal civil y mercantil, pero debe ser incluida en el apartado de las modificaciones de la celebración

normal de las audiencias. La justificación de los recesos responde a razones de orden práctico, en los cuales se pretende mantener la continuidad de las audiencias pero realizando pausas para atender necesidades fisiológicas tanto del Juez sus auxiliares y todos los sujetos procesales, tale como: dormir en horas nocturnas, alimentarse en los tiempos normales de ingesta de alimentos y el descanso en periodos cortos para reestablecer fuerzas y continuar inmediatamente después las audiencias.[122]

122 Como se ha venido manifestando, la ley procesal civil y mercantil no requiere de funcionarios judiciales que empleen esfuerzos más allá del límite de resistencia de la condición humana. Por tanto, deberá utilizarse estos espacios breves con la intención arriba señalada.

1.24 RESOLUCIONES JUDICIALES

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES: I. CLASES DE RESOLUCIONES JUDICIALES: 1. Decretos. 2. Autos. 3. Sentencias. 4. Responsabilidad de dictar resoluciones. 5. Imposibilidad de dictar resoluciones. II. RÉGIMEN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES: 1. Requisitos formales de las resoluciones. 1.1. Forma de las resoluciones judiciales. 1.2. Forma y contenido de la sentencia. 2. Requisitos internos de las resoluciones 2.1. Motivación. 2.2. Congruencia. 3. Deliberación y voto de sentencias en los Tribunales. 3.1. Deliberación. 3.2. Votación en sentencia y autos. 4. Sentencia oral. 4.1. Supuestos en el pronunciamiento de sentencias. 5. Procedimientos para subsanar errores en la sentencia o auto que pone fin al proceso. 5.1 Aclaración de la sentencia o auto definitivo. 5.2 Rectificación de la sentencia o auto definitivo. 5.3. Subsanación de la omisión de pronunciamientos.

CONSIDERACIONES GENERALES

Las actividades desplegadas durante la tramitación del proceso civil y mercantil por el Juez o Tribunal, en general son múltiples; dicha actividad depende de la finalidad y contenido que las mismas pretendan lograr. Sin dificultad alguna se colige, que tales actividades pueden reducirse en dos grupos claramente definidos, estas son: Las actuaciones judiciales propiamente dichas y las resoluciones judiciales. Sobre este último grupo nos ocuparemos en los siguientes comentarios.

Por el hecho que las partes acudan bajo la intervención jurisdiccional para solucionar sus conflictos patrimoniales, ellas irán obteniendo una serie de decisiones del funcionario competente, cuyo contenido va desde las elementales, como el impulso y la ordenación del proceso, hasta aquellas conclusivas y complejas, sean que decidan o no el objeto del proceso civil y mercantil sometido a su conocimiento, mediante los autos definitivos y las sentencias.

1.24.1 Clases de resoluciones judiciales

Tradicionalmente, a lo que en adelante le llamaremos como resoluciones judiciales, el C.P.C. / 1882 le denominaba de manera general como las providencias judiciales; las cuales a su vez se les dividía en las siguientes: La sentencia definitiva, la sentencia interlocutoria o autos y los decretos de sustanciación. La normativa derogada les entendía de la siguiente manera: La primera como aquella en que el Juez, concluido el proceso, resuelve el asunto principal, condenado o absolviendo al demandado; las segundas, como las que se dan sobre algún artículo o incidente; y finalmente a la tercera, como las providencias que expide el Juez en el curso del proceso, de acuerdo a los arts. 418 y 419 C.P.C.[123]

123 CANALES CISCO. O. A. *Medios de Impugnación en el Proceso Civil Salvadoreño III*, pp. 91-93. Es preciso aclarar, que en el texto del C.P.C. / 1882, respecto a las sentencias interlocutorias, les subdividían en las siguientes: Las interlocutorias simples, las interlocutorias con fuerza de definitiva, las interlocutorias que pone fin al proceso y las

Con la implementación de la nueva legislación procesal civil y mercantil, a las resoluciones judiciales antes llamadas providencias judiciales se les divide, de acuerdo a su contenido en las siguientes clases: Los decretos, los autos y las sentencias. En esencia, ambas categorías de resoluciones judiciales reguladas en el recién derogado C.P.C., y el nuevo C.P.C.M., se identifican, en cuanto a su contenido. A pesar de esa identidad conceptual sobre el tema de las resoluciones judiciales en los cuerpos normativos, estas se distinguen esencialmente por el momento y la forma en que se pronuncian; pues en el primer cuerpo normativo, las providencias se dan únicamente por escrito; en cambio, en los procesos por audiencias, las resoluciones judiciales pueden pronunciarse tanto de manera escrita, como de forma oral durante las audiencias y en el intermedio de estas.

1.24.2 Decretos

De acuerdo a la nueva legislación procesal salvadoreña, los decretos tienen por objeto el impulso y ordenación material del proceso, según el art. 212 inciso 2º C.P.C.M. A lo anterior puede agregarse que por el contenido, los decretos se encuentran exentos del requisito de motivación, a las que están sujetas el resto de resoluciones judiciales. Otra característica distintiva que resalta en este tipo de resoluciones es su particular redacción de forma imperativa; lo cual indica, el necesario cumplimiento del mandato judicial para el destinatario de la resolución, entre ellos se encuentran, tanto los sujetos procesales como cualquier sujeto extraprocesal que tenga la obligación de colaborar con la autoridad jurisdiccional, conforme al art. 12 C.P.C.M.

1.24.3 Autos

De manera general, los autos se caracterizan por ser resoluciones judiciales complejas en cuanto a su contenido, respecto a los decretos antes comentados. Esta especie de resoluciones, a su vez la legislación les divide en los siguientes: Los autos simples y los autos definitivos.[124] Conforme al texto legislativo, los autos simples poseen entre otros propósitos, los siguientes: a) Resolver todo planteamiento de los incidentes materiales y procesales, tales como: La existencia de alguna nulidad de actuaciones procesales; b) La denuncia de parte por la falta de presupuestos procesales alegados en el transcurso del proceso; y, c) El acordar, sustituir, modificar y cancelar todo tipo de medidas cautelares. Los autos definitivos se caracterizan por ser resoluciones judiciales conclusivas, sea en la instancia o por vía de recurso judicial, como aquellas que finalizan anticipadamente el proceso, tales como: La renuncia de la pretensión

interlocutorias que causan un daño irreparable o de difícil reptación por la definitiva. Esta serie de resoluciones son simplificadas por el C.P.C.M., lo cual se traduce en un mejor manejo y entendimiento para el intérprete de la ley procesal ante una eventual impugnación.

124 El intérprete de la norma procesal debe tener en cuenta, que la redacción del nuevo texto legal en comento, no es del todo feliz; en virtud de no utilizar cuando se refiere a la clasificación de los autos expresiones antónimas que demuestren la idea opuesta. Para el caso, sobre el auto definitivo su extremo opuesto es el auto no definitivo y no el auto simple como se lee del texto del art. 212 inciso 3º C.P.C.M. El comentario anterior que reafirma la tesis, demuestra su rostro legislativo en el art. 503 del mismo cuerpo legal, en el cual se denomina al auto simple, como auto no definitivo, como susceptible del recurso de revocatoria.

procesal; el desistimiento de la instancia, la transacción judicial, entre otros. Indistintamente del tipo de auto frente al cual nos encontremos, la nueva legislación procesal salvadoreña por seguridad jurídica de las partes reclama la existencia de la motivación y la congruencia en el contenido de las sentencias y de los autos.

1.24.4 Sentencias

Utilizando el mismo texto legal que conceptualiza a las sentencias, se entienden por tales, aquellas que deciden el fondo del proceso en cualquier instancia o recurso, según el art. 212 inciso 4° C.P.C.M. Siendo más preciso en la elaboración conceptual de las sentencias propuesta por la legislación, cuando se dice que "deciden el fondo del proceso", vale decir, que la sentencia decide el objeto del proceso, en los términos de los arts. 90 y siguientes de la nueva ley procesal civil y mercantil.

Apuntalado definitivamente el anterior concepto dado sobre las sentencias, puede afirmarse categóricamente que desaparecen del panorama judicial, las sentencias inhibitorias a las que estábamos acostumbrados en El Salvador.[125] Esto sucede porque, si el contenido de la resolución judicial conclusiva es sustentado por motivos distintos que el decidir el objeto del proceso, tal resolución deberá contenerse en un auto definitivo, jamás dentro del formato de la sentencia, de acuerdo al mandato legal.

Antes de abandonar estos comentarios generales sobre las sentencias, es oportuno resaltar que la principal clasificación de la sentencia, es aquella que obedece a la forma de pronunciamiento, así tenemos: La sentencia escrita y la sentencia oral. Dicha clasificación será ampliada adelante, al comentar la sentencia oral, bajo la luz del art. 222 C.P.C.M.

1.24.5 Responsabilidad de dictar resoluciones

Los parámetros legales indican que el pronunciamiento de las resoluciones judiciales estará a cargo del Juez o los Magistrados del Tribunal que hubieren presenciado en su integridad la audiencia vinculada con el asunto. Con esta regla general se reconoce la necesaria inmediación como principio fundamental de los procesos por audiencias; apreciándose la inmediatez judicial en todo su esplendor, según el art. 213 C.P.C.M.

125 A continuación se transcribirán extractos jurisprudenciales pronunciados en sede judicial ordinaria, los cuales nos ilustran sobre la idea manejada sobre la existencia de las sentencias inhibitorias dadas bajo la vigencia del C.P.C./1882. Veamos a continuación los criterios judiciales siguientes: a) "En la sentencia inhibitoria es donde se declara la improcedencia de la demanda contrario sensu, si se verifica la existencia de los presupuestos procesales de fondo el juez deberá emitir una sentencia de merito en la cual se declara fundada o infundada la demanda". S.S.C. Exp. 218-C-2007. 27/03/2008. b) "La sentencia que no se pronuncia sobre el fondo del asunto, por un impedimento sustancial como la falta de interés en la pretensión u oposición, la indebida legitimación en la causa o del litisconsorcio necesario; sin producir el efecto de cosa juzgada, recibe el nombre de sentencia inhibitoria, sentencia meramente procesal o sentencia de inadmisibilidad". S.S.C. Exp. 1584 S. S. 12/02/2004. c) "La sentencia inhibitoria, es aquella en las que como su nombre lo indica, se inhibe al Juez de conocer y decidir sobre las pretensiones del demandante por haber éste utilizado vía procesal inadecuada declarando inepta la demanda, dejándole al demandante su derecho a salvo para discutir por el trámite correcto la pretensión desestimada". S.S.C. Exp. 1222 Apelación S.S. 23/02/2004.

Véase que la legislación procesal civil y mercantil se refiere a la responsabilidad cuando se trata de la audiencia en particular y jamás de la integridad del proceso, pues esto último resultaría complicado su cumplimiento, teniendo en cuenta la movilidad de los funcionarios judiciales por múltiples razones, sean voluntarias o involuntarias.

La interrogante que se plantea ante el incumplimiento de la responsabilidad de dictar resoluciones se resuelve con relativa facilidad, esto es mediante la figura de la Repetición de la audiencia, la cual en términos del art. 207 C.P.C.M., dicha norma indica que al verse suspendida o interrumpida una audiencia y deba ser sustituido el Juez o Tribunal quién comenzó a celebrarla, se repetirá íntegramente dicha audiencia a presencia del nuevo Juez, salvo los hechos irreproducibles, los cuales podrán ser rescatados del acta que haya consignado la intervención judicial o la producción de la prueba.

1.24.6 Imposibilidad de dictar resoluciones

Lógicamente la nueva legislación procesal civil y mercantil releva de la responsabilidad de dictar resoluciones en la audiencia que hubiere presenciado íntegramente, cuando en el funcionario judicial concurran determinadas circunstancias, tales como:

a) Pérdida de la condición de Juez o Magistrado;

b) Suspensión en el ejercicio de las funciones;

c) Existencia de incompatibilidad, tal como un motivo de abstención y recusación judicial, entre otros motivos.

En los anteriores supuestos la nueva ley procesal civil y mercantil salvadoreña ordenan la repetición de la audiencia integra con la intención de darle cumplimiento a la inmediación, según lo establecido en los arts. 10 y 214 C.P.C.M.

1.24.7 Régimen de las resoluciones judiciales

Para un mejor desenvolvimiento de la labor judicial es indispensable un régimen claro y coherente sobre el contenido de las resoluciones judiciales, el cual brinde al Juzgador las directrices principales sobre la redacción y pronunciamiento de aquellas; sustentadas en los principios y las garantías del orden constitucional salvadoreño.[126].

126 Con el criterio jurisprudencial veremos la trascendencia del respeto de las formalidades, desde una perspectiva constitucional, el cual se transcribe de la manera siguiente: "Siendo que las formalidades o requisitos legales no deben verse como imposibles de interpretar más allá de su texto literal, ello no implica que deba desconocerse la importancia de las formas en los procesos y procedimientos; y es que, negar tal valor significaría que, so pretexto de fomentar el respeto de las categorías jurídicas de naturaleza material prescritas en la norma primaria, se terminaría vulnerando la seguridad jurídica, ya que las mencionadas formas sirven, precisamente, para resguardarla". S.S.Const. Amparo. Exp. 215-2007. 19/06/2009.

Entre las exigencias naturales de información que deben poseer las resoluciones judiciales, se tienen los siguientes: Los requisitos formales o externos y los requisitos sustanciales o internos, veamos a continuación dichos requisitos.

1.24.7.1 Requisitos formales de las resoluciones

Pueden distinguirse de entre todos los requisitos formales o internos de acuerdo al tipo de resolución judicial,[127] se tienen las exigencias legales siguientes:

a) Generales. Son los aplicables a toda resolución escrita en general; salvo aquellas pronunciadas en la audiencia; las cuales conforme al texto legal serán sucintas en su motivación, según el art. 215 C.P.C.M.;

b) Específicas. Aplicables sólo a la sentencia en particular, dictada en cualquiera de los grados de conocimiento, art. 217 y 219 C.P.C.M.;

c) Especiales. Consiste en la información adicional para determinadas sentencias, así en la sentencia de apelación se tienen los arts. 515 al 517; y para la sentencia de casación se pide formalidades tales como las planteadas en los arts. 534 al 537 C.P.C.M.

1.24.1.1. Forma de las resoluciones judiciales

Para las resoluciones judiciales dictadas por escrito se identificarán mediante la incorporación de la información general siguiente: El tipo proceso, si es declarativo o especial; el número correlativo del expediente; el lugar, día y hora de su pronunciamiento y el funcionario judicial que la dicta. Inmediatamente después, deberá redactarse con la mayor claridad y precisión, la decisión sobre el objeto del proceso, si se tratase de la sentencia, o bien la cuestión planteada.

También sobre el punto concreto al que se refieran los autos y decretos, dichos elementos se desprenden de la lectura del art. 215 C.P.C.M. Otro requisito de forma que se agrega a los anteriores, es la firma del Juez o Magistrados que pronuncian las resoluciones judiciales, demostrando el asentimiento de la decisión, tal exigencia se menciona en el art. 225 inciso 1º C.P.C.M. Junto a esta, además se estampa la firma del Secretario judicial, sea que la resolución se encuentre en un acta judicial o bien en formato de resolución escrita independiente, arts. 197 inciso 3º C.P.C.M.; y los arts. 70 atribución 1ª, 71, 77 atribución 4ª L.O.J.[128]

127 De manera como se ha redactado, se utilizan indistintamente las expresiones de requisitos formales y requisitos externos, en virtud que la nueva legislación procesal les llama de esa manera, dicha dualidad en sinónimos se refleja en el art. 523 ordinal 14º C.P.C.M., el cual encierra a uno de los motivos de forma para la interposición del recurso de casación.

128 Respecto a las firmas del Juez o Magistrados es de aclarar la innecesaria distinción que realiza la L.O.J, sobre el registro de firmas de los funcionarios judiciales, clasificadas como: medias firmas y rúbricas que usen, art. 69 atribución 2ª L.O.J., por ser desplazada la misma con la derogación del C.P.C., el cual le utilizaba para efectos de la relevancia del tipo de resolución, según el art. 429 C.P.C.; por tanto, en la redacción de las resoluciones judiciales y las actas se completará con estampar la única firma oficial que consta en el Documento Único de Identidad.

1.24.7.1.2. Forma y contenido de la sentencia

De manera ordenada la nueva legislación procesal civil y mercantil, de acuerdo al art. 217 C.P.C.M., propone al Juzgador la forma de redacción de la sentencia; en todo caso, se persigue que la misma, no sea excesivamente extensa, debiendo sujetarse al estilo de cada Juzgador –tipo y tamaño de letra, interlineado, márgenes, entre otros-, sin descuidar la estructura formal de la propuesta siguiente:

a) Encabezamiento. Consiste en la parte eminentemente de identificación de la resolución, aquí se incluye la mención del Juzgado o Tribunal que dicta la sentencia, las partes, sus abogados y representantes; indicando la petición que conforma el objeto del proceso.

b) Antecedentes del hecho. En estos se expresan de forma ordenada, clara y resumida las alegaciones de cada parte.

   En especial, a los alegados y no controvertidos; a los medios probatorios propuestos y practicados; declaración expresa de los hechos que se consideran probados y de los no probados.[129]

c) Fundamentos de derecho. Aquí se incorporan los razonamientos sobre los hechos probados o no probados; la argumentación de los hechos y valoración de las pruebas, junto a las bases legales que sustenten los diversos pronunciamientos del fallo.

   También se incorporará razonadamente las causas de pedir de acuerdo al objeto del proceso.[130]

d) Fallo o pronunciamiento. Estos deberán ser dictados o pronunciados por separado de acuerdo a cada pretensión, en las cuales estimará o desestimará de manera clara cada uno de aquellos. Cuando la pretensión sea pecuniaria, el pronunciamiento deberá ser concreto. En este apartado se consignará a cargo de quién serán las costas procesales, de acuerdo a las reglas generales y especiales sobre la condena.

e) Firmas del Juez y Magistrado y el Secretario judicial.

---

129 En los párrafos de antecedentes de los hechos el funcionario judicial tendrá el cuidado necesario para no incurrir y evitar en los vicios de redacción durante la vigencia del recién derogado C.P.C./1882, entre estos: la trascripción íntegra de la demanda, la contestación de esta, el contenido de las actas que documentaron las audiencias celebradas durante la sustanciación del proceso, lo cual se traduciría en un gigantismo documental de la sentencia; al haberse introducido material innecesario a la sentencia; bastando incorporar de manera sucinta las alegaciones antes relacionadas.

130 De acuerdo a la jurisprudencia nacional, es conveniente identificar el significado de los fundamentos fácticos de la sentencia, a manera de ilustración a continuación se extrae el apartado pertinente: "Por fundamento fáctico se entiende la relación de los hechos que le acercan la realidad al juzgador, si bien desde una óptica subjetiva; y por fundamento jurídico la normativa relacionada con aquellos hechos que hace posible su juridicidad y concreción". S.S. Const. Amparo. Exp. Nº 444-2003. 21/10/2004.

1.24.7.2. Requisitos internos de las resoluciones

Los requisitos sustanciales o internos de las resoluciones judiciales responden a la calidad de la misma; pues, de nada sirve que el funcionario judicial redacte excelentemente, si la resolución no posee información de calidad que justifique el sentido de la decisión. Entre las características identificadas por la doctrina procesal y las legislaciones iberoamericanas se tienen las siguientes: La motivación, la exhaustividad y la congruencia. Dichas características se encuentran reguladas en los arts. 216 y 218 C.P.C.M. Por requisitos internos de la sentencia, entiende un sector de la doctrina procesal, son aquellos que tiene que contener la sentencia en cuanto ha de dar respuesta a las pretensiones de las partes (congruencia); y de la exigencia, constitucionalmente establecida, de que las resoluciones judiciales razonen e juicio jurídico a que han de llegar en su resolución (motivación).[131]

Es de aclarar, que no todos los requisitos arriba aludidos son exigidos para todas las resoluciones, sino sólo para aquellas cuyo contenido sea una decisión por impulso oficioso o bien ante la petición concreta de alguna de las partes, como adelante se expondrá. Principalmente, las resoluciones judiciales sujetas a la totalidad de los requisitos internos de las resoluciones judiciales son: La sentencia y los autos, así se desprenden de la lectura del art. 216 inciso 1º C.P.C.M.

1.24.7.2.1. Motivación

La motivación posee un contenido bastante complejo, pues en él se encierran distintos elementos que en su conjunto cumplen con ese requerimiento legal, de tales elementos se identifican los siguientes: Los razonamientos fácticos y jurídicos que fijan los hechos en los autos y sentencias; y, para la sentencia,132 la apreciación y valoración de las pruebas, así como la aplicación e interpretación del derecho, de manera más amplia el art. 217 inciso 4º C.P.C.M., ofrece otras ideas para una mejor comprensión sobre el tema en análisis. El cumplimiento de la motivación debe entenderse con sumo cuidado por el Juzgador, ya que de no ser así podría vulnerarse protecciones de naturaleza constitucional, lo cual da paso al control en sede ordinaria y eventualmente un control constitucional.[133]

131 TAPIA FERNANDEZ, I. *El Objeto del Proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada*, pp. 87-88.

132 "La motivación de las resoluciones será suficientemente clara si como mínimo se coligen las razones fácticas y jurídicas que han originado el convencimiento de la autoridad para resolver de determinada forma, pues ello permite no sólo conocer el porqué de la resolución, sino también ejercer un control sobre la actividad de la autoridad a través de los medios establecidos en la ley". S.S. Const. Exp. Nº 426-2004. 12:33. 02/09/2009.

133 Véase el criterio sostenido por la jurisprudencia constitucional al respecto, se citan las siguientes: a) "La obligación de motivación de las resoluciones no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador, accediendo o no a lo pretendido por las partes, sino que el deber de motivación que la Constitución y la ley exigen, impone que en los proveídos ya sean estos judiciales o administrativos se exterioricen los razonamientos que cimenten las decisiones estatales, debiendo ser la motivación suficientemente clara para que sea comprendida no solo por el técnico jurídico, sino también por los ciudadanos". S.S. Const. Nº 524-2007. 09:30. 13/01/2010; y, b) "El incumplimiento a la obligación de motivación adquiere connotación constitucional; por cuanto su inobservancia incide negativamente en la seguridad jurídica y defensa en juicio; y es que al no exponerse la argumentación que fundamente los proveídos jurisdiccionales no pueden los justiciables observar el sometimiento de las autoridades a la ley, ni permite el ejercicio de los medios de defensa, especialmente el control a posteriori por la vía del recurso". S.S. Const. Nº 524-2007. 09:30. 13/01/2010.

Se sostiene que el cumplimiento de la motivación tiene entre otras finalidades: Evitar arbitrariedades y permite ejercer un control de las partes mediante la eventual utilización de los medios de impugnación.[134]

1.24.7.2.2. Congruencia

La congruencia de la sentencia y los autos indica al Juzgador sobre aspectos resolutivos a tener en cuenta al momento de decidir, esto es la inclusión de las pretensiones del actor y lo resistido por el demandado. Como suele decirse, el requisito interno de las resoluciones judiciales fácilmente se enmarca en la ecuación jurídica siguiente: "Lo pedido por las partes igual a lo resuelto por el Juzgador en la sentencia".

De acuerdo a los parámetros jurisprudenciales la congruencia es parte integrante del derecho a la protección jurisdiccional, consagrado en las puertas del C.P.C.M. y el ordenamiento constitucional.[135] Junto a lo anterior se une la expresión exacta de lo que se entiende por congruencia desde la óptica constitucional, así: "El principio de congruencia determina que el Juez en el ejercicio de la jurisdicción debe ceñir su resolución a lo que fue materia del litigio, ya que las partes son los actores del proceso y los que proporcionan el material y fundamento para llegar a la sentencia, encontrándose facultadas para iniciarlo, fijar los hechos concernientes al objeto, desarrollarlo y poder renunciar a distintos actos, limitando las funciones del Juez a la dirección y decisión del conflicto".[136]

El incumplimiento de lo preceptuado en el art. 218 inciso 2º C.P.C.M., abre la posibilidad de una desviación anormal en la congruencia, de tal manera que se producen agravios que dan pie a la utilización de recursos judiciales; estos son catalogados por la doctrina procesal y la misma legislación en análisis, como: La extra petita, resolver cosa distinta a la solicitada por las partes; la citra petita, deje de resolver menos de lo resistido por el demandado; y, la plus petita otorgue más de lo pedido por el actor.[137]

134 Respecto al tema en discusión se brinda una cápsula jurisprudencial que apoya la tesis: "La motivación de las resoluciones elimina todo sentido de arbitrariedad al consignar las razones que originaron el convencimiento del juzgador para resolver en determinado sentido, pudiendo los justiciables conocer del porqué de las mismas y controlar la actividad jurisdiccional a través de los medios impugnativos". S.S. Const. Exp. Nº 563-98. 15:25. 18/12/2000.

135 "El derecho a la protección jurisdiccional comprende el obtener una resolución congruente, es decir, una resolución en la que exista ajuste entre el fallo y las peticiones de las partes; al respecto, la doctrina ha reconocido que la falta de congruencia en una decisión judicial puede darse a través de distintas manifestaciones, tales como: que la sentencia otorgue más de lo pedido por el actor; que conceda menos de lo admitido por el demandado; o que resuelva cosa distinta de lo pedido por ambas partes, omitiendo así el pronunciamiento respecto de las pretensiones deducidas en el proceso". S.S. Const. Amparo. Exp. Nº 306-2007. 09:20. 25/06/2009.

136 S.S.C. Exp. Nº 180-C-2005. 11:00. 23/07/2008.

137 Criterios jurisprudenciales sobre el tema de la infracción a la congruencia: a) "La Sala de lo Civil, considera que la sentencia extra petita se configura, cuando no hay correspondencia o conformidad entre lo resuelto en el fallo con las pretensiones hechas por las partes en el proceso; es decir, cuando hay falta de congruencia entre lo pedido y lo resuelto en la sentencia". S.S.C. Exp. Nº 166-C-2006. 14:30. 23/10/2007. b) "La falta de congruencia o incongruencia en el fallo, puede presentarse de las siguientes formas: que se deje de resolver sobre algo pedido citra petita, que se otorgue más de lo pedido plus petita, o que se otorgue algo distinto de lo pedido extra petita". S.S.C. Exp. Nº CAS-95-C-07. 11:45. 11/11/2008.

Finalmente, en el contenido de la sentencia jamás se verá una decisión de carácter inhibitorio originado por defectos procesales insubsanables, pues como se dijo oportunamente, dicha anormalidad queda relegada exclusivamente para los autos definitivos. En consecuencia, la sentencia siempre poseerá como tema la decisión del objeto principal del proceso.

1.24.7.3. Deliberación y voto de sentencias en los Tribunales

Debido a la composición de los Tribunales colegiados, la adopción de decisiones para pronunciar la sentencia se torna un tanto compleja al ser comparada con los juzgados; estos últimos en virtud de poseer vocación unipersonal, basta la única decisión para pronunciar la resolución judicial. Tomando como punto de partida la realidad señalada, se torna imprescindible referirnos a la actividad derivada de las discusiones y variadas posturas que adopten los miembros de Tribunales colegiados, como antesala a llegar a una decisión final, así como su correspondiente votación.

Quedan por fuera de la deliberación y voto las resoluciones judiciales, cuya intención sea la sustanciación, cuyo contenido sea el impulso y ordenación material del proceso, nos referimos en concreto a los decretos. Para este tipo de resoluciones las leyes orgánicas salvadoreñas prescriben que serán pronunciadas por el Magistrado designado Presidente de la Sala de lo Civil y de las Cámaras de Segunda Instancia, respectivamente, como se desprende de la lectura de los arts. 28 literal (b) y 29 ordinal 8º L.O.J.

Lo anterior, con la intención de darle celeridad a la tramitación de los procesos, evitando toda dilación que podría suscitarse en la deliberación y votación por resoluciones cuyo contenido no poseen la relevancia de la sentencia.

1.24.7.3.1. Deliberación

Como se dijo en párrafos iniciales, el acto de la deliberación sucede sólo en los Tribunales, de acuerdo a la legislación orgánica salvadoreña, en la Sala de lo Civil y en las Cámaras de Segunda Instancia. A pesar que la ley orgánica no identifique de manera precisa a la deliberación, la misma sí es tratada en el art. 219 C.P.C.M.

Otro aspecto relevante a considerar será, si los autos –denominados así por la nueva ley procesal civil y mercantil en el art. 212 inciso 3º C.P.C.M- son sujetos a deliberación o no; pues la norma secundaria arriba expuesta, nada dice al respecto, sobre cual será el tratamiento que deba dársele a tal resolución. Leyendo entrelíneas la ley procesal, se extrae el art. 14 inciso 2º L.O.J., dicho texto desarrolla el sistema de la votación en los Tribunales para dictar sentencia o interlocutoria. En consecuencia, la lógica indica que, si la ley orgánica requiere de votación para dictar interlocutoria –Llamados autos por el C.P.C.M.-, la misma requiere como paso previo una deliberación.

La oportunidad de deliberación de la sentencia y los autos podrá verificarse en dos momentos: a) Inmediatamente después de la audiencia, para pronunciar la resolución en ese momento, art. 515 inciso 1º C.P.C.M. o bien para acordar que la resolución será dictada de manera

diferida –sin deliberación-; y, b) Momento más próximo posible a su celebración, cuando la resolución es diferida y se hace uso de los plazos concedidos por la ley en los arts. 515 inciso 1º y 533 inciso 1º C.P.C.M.

Para concluir, la deliberación será siempre a puerta cerrada. Tal afirmación excluye la posibilidad que la actividad de debates de los Magistrados previa a tomar una decisión sea pública, así como lo es el resto de las audiencias. Ni siquiera los abogados de las partes estarán presentes en la deliberación, lográndose una discusión reservada y libre de interferencias de cualquier naturaleza.

1.24.7.3.2. Votación en sentencia y autos

Como acto seguido a la deliberación del cuerpo jurisdiccional colegiado, luego continúa la votación de los miembros del Tribunal sobre las posturas judiciales propuestas, las cuales serán expresadas de viva voz por cada uno de ellos, sin que conste registro alguno de los debates y posturas no conclusivas; esto es por la privacidad que goza la deliberación y la votación; lo único registrable en el acta de la audiencia respectiva será la decisión a la cual se logró mediante la votación requerida por ley.[138]

Conforme a las normas procesales se tiene diversos sistemas de votación, siendo estos los siguientes: a) Voto unánime; b) Voto por mayoría; c) Voto disidente; y, d) Voto imposibilitado.

Revisando las normas especificas del sistema de votación acogido en el art. 220 inciso 1º C.P.C.M., es del "Voto unánime", la cual es confirmada por el art. 14 inciso 2º L.O.J., indicándose que en la Sala de lo Civil se requiere de los tres votos de los magistrados que la componen y las Cámaras de Segunda Instancia se exige los dos votos de los magistrados que la integran.

Cuando se trata de la deliberación y votación de la Corte Suprema de Justicia en pleno, la nueva ley procesal nos remite tácitamente a la ley orgánica, la cual regula la excepcionalidad así: Se necesita sólo de la "Votación por mayoría", es decir del número mínimo de ocho votos conformes de los magistrados que la integran, según el art. 50 L.O.J.

En aquellas situaciones anormales que los magistrados no conformes por la decisión acogida por votación unánime o votación por mayoría, se rescatan los argumentos del magistrado discrepante, mediante la figura del "Voto disidente", el cual acompañará al documento que contenga el auto o la sentencia, de acuerdo al art. 220 inciso 2º C.P.C.M. Siempre en el mismo supuesto debido a la disconformidad y para efectos de lograr unanimidad exigida por ley, se llamará la magistrado suplente, quién se adherirá a uno de los votos discordantes o razonados, art. 197 C.P.C.M.

138 No tendría sentido concederle privacidad a la deliberación y votaciones suscitadas previas al pronunciamiento de la sentencia y los autos, si toda la actividad ahí realizada se registra en acta. Por tanto, la actividad en torno a la deliberación y votación quedará en la privacidad privilegiada por la nueva ley procesal civil, quedando sólo para el conocimiento del público la resolución judicial acordada.

Para concluir con las ideas sobre los tipos de votación en los autos y sentencias, se reconoce en el ámbito legislativo el "Voto del imposibilitado", con el cual se reafirma la inmediación, al grado de no desplazar el voto del magistrado que presenció la audiencia y que por circunstancia justificada le imposibilite concurrir a la deliberación y votación, se le habilita a enviar su voto por escrito, justificado y firmado. Si la causa fuere una imposibilidad absoluta de obtener el voto se llamará al magistrado suplente, repitiendo la audiencia, de acuerdo al art. 221 C.P.C.M.

1.24.7.4. Sentencia oral

Parecería que debido al sistema predominantemente oral acogido por la nueva legislación procesal civil y mercantil salvadoreña por acto reflejo la sentencia debería ser pronunciada de forma oral, al menos por regla general; pero se reconoce que tal premisa no es la seguida por el art. 222 C.P.C.M.

A continuación se identificarán los distintos supuestos de utilización de la sentencia oral y escrita; teniendo en cuenta, los criterios legislativos tales como: El tipo de proceso seguido y la complejidad fáctica y jurídica del objeto del proceso a resolver.

1.24.6.4.1. Supuestos en el pronunciamiento de sentencias

Para una mejor compresión en el pronunciamiento de las sentencias se mencionarán los supuestos que pueden adoptar la sentencia oral y escrita, de tal manera que pueda apreciarse un panorama completo del tema.

a) Sentencia íntegra en audiencia. El Juez o Tribunal podrá pronunciar esta clase de sentencia mediante una sucinta motivación y el fallo respectivo en el proceso abreviado y los procesos especiales, si lo permite la complejidad fáctica y jurídica del proceso, art. 222 inciso 1º C.P.C.M.

b) Anunciación sólo del fallo. Bajo este supuesto la motivación será dictada posteriormente a la finalización de la audiencia, dentro del plazo que indica la ley procesal imperativamente para el proceso común y facultativamente en el proceso abreviado, arts. 222 inciso 2º, 417 y 430 C.P.C.M.

c) Sentencia integra diferida. Gozan de la aplicación de esta modalidad únicamente para los procesos abreviados y los procesos especiales. Se entiende que la motivación deberá ser normal y cumpliendo los requisitos internos y externos de la sentencia, art. 430 C.P.C.M.

Idealmente, una vez concluida las alegaciones finales de los abogados de las partes en la audiencia respectiva, se esperaría inmediatamente después el pronunciamiento de la sentencia, independientemente del tipo de proceso, pues se considera que el funcionario judicial se encuentra suficientemente ilustrado al haber recibido los medios probatorios y escuchadas las alegaciones respectivas.

Este supuesto planteado no sólo es aplicable, sino también recomendable al Juez o Tribunal, por razones de orden práctico, tales como: Evitar la pérdida de la memoria histórica de la prueba y los argumentos; y, evitar la sobrecarga innecesaria de redacción de sentencias, con lo cual se pueda incurrir en la indeseada sanción por el incumplimiento del plazo de pronunciamiento.

1.24.7.5. Procedimientos para subsanar errores en la sentencia o auto que pone fin al proceso

La nueva legislación procesal reconoce la realidad ante las deficiencias en que puede incurrirse en la redacción de las resoluciones judiciales, las cuales se ubican de menor a mayor importancia respecto de la afectación que puedan causara los sujetos procesales.

Esa realidad indeseable se corrige con los procedimientos judiciales de "Rectificación y Aclaración de la sentencia o los autos definitivos". De las deficiencias en el contenido de las resoluciones judiciales citadas, se distinguen: los errores materiales y los errores puramente numéricos.

La bondad de la nueva regulación es la versatilidad que goza el procedimiento, en permitir la rectificación de las resoluciones judiciales, en cualquier grado de conocimiento, aún durante la etapa de la ejecución de la sentencia por el Juez que pronunció la resolución, de acuerdo al art. 225 inciso 5º C.P.C.M., cualidad no aplicable a la aclaración de la sentencia o auto definitivo.

La utilización de estos procedimientos judiciales produce al igual que los recursos judiciales, el efecto de suspender la firmeza de la sentencia o auto; esto mientras, aún penda el trámite de los mismos, e iniciará un nuevo plazo para alcanzar la firmeza o bien para ejercer la impugnación hasta la notificación del auto que complemente la resolución judicial rectificada o aclarada.

1.24.7.5.1 Aclaración de la sentencia o auto definitivo

Para subsanar los errores materiales se utiliza el procedimiento denominado como: "Aclaración de la sentencia o auto definitivo" cuya finalidad, según el art. 225 inciso 2º C.P.C.M., es efectuar las aclaraciones de los conceptos oscuros.

Precisando el tema, la doctrina procesal salvadoreña ha sido más específica al identificar que se entiende por conceptos oscuros, sosteniendo que se refiere a la motivación deficiente, o bien adicionar la falta de motivación en determinada resolución judicial.[139]

Tal procedimiento complementario puede ser empleado de a iniciativa oficiosa y a voluntad de las partes. Este trámite de subsanación vino a desplazar al recién derogado recurso de explicación regulado en el art. 236 C.P.C.

139 CANALES CISCO. O. A. *Medios de Impugnación en el Proceso Civil Salvadoreño III*, pp.112.

1.24.7.5.2 Rectificación de la sentencia o auto definitivo

La corrección de los errores materiales y los puramente numéricos se subsanan con el procedimiento judicial de la "Rectificación de la sentencia o auto definitivo", según el art. 225 C.P.C.M. Este trámite implica la modificación de la información incluida en la resolución que debe ser corregida y sustituida sin alterar la decisión principal, ni el fallo de la resolución.

Es precisamente este punto de inalterabilidad que lo distingue del procedimiento de la aclaración de la sentencia o auto definitivo estudiado en párrafos anteriores. Bastante ilustrativa es la norma pertinente, al reconocer los errores objeto de este procedimiento, consistentes en los antecedentes de hecho o los fundamentos de derecho y los puramente numéricos, por ejemplo: Las inconsistencias en cuanto al lugar, fecha y hora de la resolución judicial, la identificación de los sujetos procesales, las cifras, cantidades, números y datos que identifiquen al objeto litigioso, entre otros elementos.

1.24.7.5.3. Subsanación de la omisión de pronunciamientos

Mediante la subsanación de la omisión de pronunciamientos se procura subsanar la omisión en el pronunciamiento sobre una o más pretensiones oportunamente introducidas en el proceso por las partes. El pronunciamiento obligatorio para el funcionario judicial recae en las pretensiones o las peticiones accesorias a la principal, pues ésta última es inalterable por el mismo funcionario jurisdiccional que dicto o pronuncio la sentencia o auto. Este mecanismo se regula en los apartados del art. 226 C.P.C.M.

De igual manera que la aclaración de las resoluciones judiciales, la subsanación de la omisión puede ser promovida, tanto de oficio, como a instancia de la parte interesada. Para un mejor entendimiento, puede decirse que el antecedente directo del procedimiento judicial en análisis viene a constituirlo, el también derogado recurso de reforma regulado en el art. 436 C.P.C./1882.

EFICACIA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES. I. RECTIFICACIÓN Y AMPLIACIÓN DE LOS DECRETOS Y AUTOS NO DEFINITIVOS: 1. Eficacia de los decretos; 2. Eficacia de los autos simples; 3. Firmeza de las resoluciones definitivas. II. COSA JUZGADA EN GENERAL: 1. Cosa juzgada material; 2. Cosa juzgada formal; 3. Efecto de la cosa juzgada en otro proceso.

CONSIDERACIONES GENERALES

Hablar sobre la eficacia de las resoluciones judiciales significa, tratar de entender que las mismas por el contenido cumplan su destino para el cual fueron dadas; de ahí la exigencia reiterada que, éstas deberán estar claramente redactadas; no sólo eso, las resoluciones deben ser entendibles y comprensibles, en particular por los sujetos procesales intervinientes quienes en definitiva son sus destinatarios; pudiendo ser también sus destinatarios, toda persona ante quién se opongan aquellas resoluciones que pretendan conducir al proceso hacia la decisión del objeto principal. El lado oscuro del tema, -utilizando metáforas- viene a constituirse en los defectos contenidos en las resoluciones antes mencionadas; tales vicios evitan su correcto entendimiento y como consecuencia la falta de cumplimiento de los destinatarios por más voluntad que exista. Para subsanar las posibles deficiencias, la nueva legislación procesal civil y mercantil brinda la posibilidad de rectificar, ampliar y modificar, según sea la especie de defecto que posea la resolución judicial.[140]

Es de advertir, que las únicas resoluciones judiciales a las cuales se les aplicará el procedimiento judicial que será objeto de estudio a continuación son los decretos y los autos simples o también llamados por la legislación como autos no definitivos; quedando excluidos la sentencia y los autos definitivos, pues como se recordará estos poseen un tratamiento legislativo por separado, en los arts. 225 y 226 C.P.C.M.

Véanse a continuación los procedimientos judiciales de rectificación, ampliación y modificación de los decretos y autos no definitivos por separado.

1.25.1 Rectificación y ampliación de los decretos y autos no definitivos

Bajo esta rúbrica se comentarán los procedimientos judiciales activados de manera oficiosa, los cuales pretenden alterar el contenido de los decretos y autos no definitivos, con la intención de subsanar los posibles defectos de forma y contenido que posean. A tales procedimientos la

140 Mediante los procedimientos judiciales de eficacia de los decretos y de los autos simples, ambos vienen a sustituir la actividad oficiosa que realizaba el Juzgador con el derogado recurso de revocatoria, según los arts. 425 y 426 C.P.C. de tal manera en no cerrar la posibilidad que el mismo funcionario judicial enmiende sus errores materiales; realizando esta separación de trámites, se reafirma la esencia de los recursos judiciales, siendo ésta la absoluta disponibilidad de las partes.

nueva legislación procesal les denomina de la manera siguiente: "La eficacia de los decretos" y "la eficacia de los autos simples", ambos serán analizados a continuación.

1.25.1.1 Eficacia de los decretos

La posibilidad de rectificar y ampliar los decretos de manera oficiosa es permitida al Juzgador en todo momento por la ley procesal, conforme al art. 227 C.P.C.M., tanto por motivos de forma y de fondo. Entrando en detalle sobre el tema, la rectificación del decreto procede cuando el Juez o Tribunal encuentren errores materiales en el contenido y logren corregirlos. En cambio, mediante la ampliación del decreto se habilita al funcionario judicial adicionar la información omitida de manera involuntaria en su contenido.

Entre los errores materiales más frecuentes en que suele incurrirse por el Juzgado o el Tribunal en el contenido de los decretos, se pueden mencionan los siguientes: a) La identificación y calidad de los sujetos procesales intervinientes; b) Las fechas, horas y lugares, tanto de la resolución misma, como de los señalamientos a las convocatorias a las audiencias y citaciones; y, c) La naturaleza del acto que tenga por intención impulsar y ordenar materialmente el proceso, entre otros.

Para facilitar la rectificación y ampliación de los decretos se exige como requisito especial, que la actividad de subsanación no cause perjuicio a algunas de las partes. La anterior exigencia se establece, porque de ser lo contrario, no podría efectuarse las correcciones mediante este procedimiento; más bien, la subsanación de la actividad judicial se dejaría a voluntad de las partes, quienes disponen del trámite de la revocatoria, invocando como agravio el perjuicio causado.

1.25.1.2. Eficacia de los autos simples

La eficacia de los autos simples o autos que no ponen fin al proceso como también se le llama legalmente, al igual que los decretos pueden ser modificados; pero no en todo momento, sino únicamente al dictarse por escrito o pronunciarse oralmente la sentencia. Véase que el art. 228 C.P.C.M., utiliza la expresión modificación del auto simple, esto indica una apertura, en cuanto a la corrección de este tipo de resoluciones judiciales.

Lo modificable en los autos que no ponen fin al proceso en principio es la motivación, específicamente los razonamientos fácticos y jurídicos, así como la interpretación de los hechos, hasta el punto de permitirse la alteración de lo decidido en aquel momento; puesto que, la modificación realizada de oficio contribuirá a la coherencia del pronunciamiento final, siendo este la sentencia. Entiéndase que la actividad modificadora podrá dejar sin efecto la decisión de la resolución inicial.

Ante la inconformidad de alguna de las partes sobre la modificación de los autos simples, se facilita el ejercicio del recurso de la apelación contra la sentencia, porque los motivos de agravios se desprenderán de la actitud judicial.

1.25.1.3. Firmeza de las resoluciones definitivas

El cobijo de la seguridad jurídica debe acompañar a las partes en el transcurso del proceso hasta su conclusión, es así como una de las manifestaciones de aquella es la necesaria firmeza de las resoluciones definitivas, las cuales se sujetan a varios aspectos legales, tales como: La inmutabilidad e irrecurribilidad de lo ya decidido en las resoluciones.

De tal suerte que, al sostenerse, que las resoluciones definitivas son firmes, a la vez se reconoce que las mismas no podrán modificar el contenido por otra resolución judicial posterior; se dice que es irrecurrible cuando aquellas no podrán ser impugnadas mediante recursos judiciales por algunas de las partes.

Legislativamente se reconoce en el art. 229 C.P.C.M., la adquisición de firmeza de los autos definitivos y las sentencias en supuestos claramente determinados, siendo estos los siguientes:

a) Cuando se hubieren agotado los recursos judiciales interpuestos y hubieren sido resueltos contra la resolución definitiva por las partes y los litisconsortes agraviados.

b) Por renuncia expresa de las partes a ejercer algún recurso judicial contra la resolución definitiva; esta puede expresarse de las maneras siguientes: Por consentimiento oral, al pronunciarse la sentencia, según el art. 222 inciso 2º C.P.C.M.; y, por consentimiento escrito presentado por la parte, luego de dictarse y notificarse la resolución definitiva que consta por escrito.

c) Por renuncia tácita, cuando se deje transcurrir el plazo de impugnación sin interponer el recurso correspondiente contra la resolución definitiva.

Sin importar cual de los anteriores supuestos sea el aplicado, el efecto principal será siempre el mismo, siendo éste la firmeza de las resoluciones judiciales definitivas.

1.25.2 Cosa juzgada en general

La institución procesal de la cosa juzgada constituye la máxima expresión de seguridad jurídica en el ámbito jurisdiccional para los sujetos procesales, la cual evita el doble juzgamiento sobre lo deducido en un proceso judicial. A su vez, la cosa juzgada trae consigo uno de los principales efectos, siendo este la firmeza de las resoluciones judiciales definitivas.

Tradicionalmente, desde la vigencia de leyes procesales preconstitucionales como el C.P.C./1882 e inclusive desde la óptica de las normas constitucionales en El Salvador se ha proyectado la imagen de único rostro de la cosa juzgada, lo cual impide el correcto entendimiento sobre los efectos de dicha figura.

Esa idea de única dimensión esta lejana a la realidad de las legislaciones iberoamericanas que admiten la división de la cosa juzgada en su doble dimensión material y formal, dependiendo del tipo de resolución y proceso.

Una vez medida la profundidad de las aguas por las cuales navega la institución en estudio, se observará cautelosamente las consideraciones al respecto sobre el tratamiento dado a la cosa juzgada en la nueva ley procesal civil y mercantil en el art. 230 C.P.C.M.

La cosa juzgada, sostiene un sector de la doctrina procesal, "en sentido técnico es el efecto vinculante para los procesos futuros que producen una sentencia que decide irrevocable la controversia".[141] En cambio, para la jurisprudencia civil salvadoreña la cosa juzgada implica la inimpugnabilidad y la inmutabilidad de la sentencia, de ahí se deriva la eficacia de la misma.[142]

Realizando un examen de conciencia, la nueva legislación procesal civil y mercantil admite y regula involuntariamente la división de la cosa juzgada, desprendiéndose tal conclusión por el contenido de varias normas procesales. Esa división referida, se produce al reconocérseles por regla general que existen sentencias que si poseen el efecto de cosa juzgada y otras sentencias que se les niega dicho efecto.

Concluyendo estas ideas introductorias sobre el tema, cuando la ley procesal reconoce por regla el efecto de cosa juzgada, realmente se trata de la cosa juzgada material; mientras al negárseles excepcionalmente dicho efecto a las sentencias mencionadas en el párrafo anterior, se esta refiriendo a la cosa juzgada formal. Frente a tales antecedentes es conveniente comentar por separado la cosa juzgada material y la cosa juzgada formal con la intención de completar los esbozos de tan importante institución procesal.

1.25.2.1. Cosa juzgada material

Es digno de reconocer los pasos en firme dados por la jurisprudencia civil nacional en armonía con la evolución legislativa y doctrinaria sobre el concepto de cosa juzgada bajo el título de material; por ello, es oportuno transcribir el criterio judicial siguiente: "Cosa juzgada material o sustancial, se refiere a aquella sentencia que aunada a la calidad de inimpugnabilidad mediante otro recurso, se le agrega la condición de inmutabilidad en cualquier otro procedimiento posterior." [143]

Siguiendo la misma línea de pensamiento, ahora es fácilmente comprensible la justificación del texto del art. 520 C.P.C.M., en el cual regula la improcedencia del recurso de casación contra resolución dictada en asuntos de jurisdicción voluntaria ahora llamadas diligencias judiciales no contenciosas, o en procesos especiales, cuando la sentencia no produzca efectos de "cosa juzgada material". Véase la aceptación del concepto material de la cosa juzgada, bajo la rúbrica aquí impuesta, constituyendo una de las justificantes de la división antes aludida.

141 TAPIA FERNANDEZ, I. *El Objeto del Proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada*, p.144.

142 La Sala de lo Civil sobre el tema posee el criterio siguiente: "Cosa juzgada es la eficacia misma de la sentencia, eficacia que ya no puede ser atacada por ninguna suerte de recurso, es pues inimpugnable y revestida de una fuerza tal que la vuelve inmutable." S.S.C. Exp. 1305 S.S. 09:15. 24/11/2003.

143 S.S.C. Exp. Ca. 108 U.S. 09:05. 18/12/2002.

1.25.2.2. Cosa juzgada formal

De lo expuesto al momento se reconoce que el efecto de cosa juzgada formal sólo se produce en aquellas sentencias expresamente determinadas por la legislación pertinente y en los autos definitivos pronunciados en procesos contenciosos, en los cuales las pretensiones, peticiones y resistencias podrán ser nuevamente planteadas y discutidas posteriormente en un nuevo proceso ante el mismo u otro funcionario judicial. Es decir, que dicho efecto formal habilita un nuevo juzgamiento, a pesar de la identidad de los sujetos procesales y el objeto del proceso. Entonces, la cosa juzgada formal se constituye como un sinónimo de firmeza de la resolución definitiva; contándose para estos supuestos, sólo con la característica de no impugnable en el mismo proceso donde fue pronunciada la resolución definitiva; pero sí es mutable, por la iniciación de otro proceso posterior sobre el mismo asunto. La aceptación de la figura comentada también ha sido admitida por la jurisprudencia civil salvadoreña, aunque con menos profundidad de lo deseado.[144]

Ahora, conviene aclarar ligeramente la afectación de la cosa juzgada formal que recae sobre las resoluciones definitivas, según las reglas siguientes:

a) En las sentencias de los procesos contenciosos es aplicable, sólo cuando lo indica la legislación de manera expresa, por ejemplo: En el juicio ejecutivo, art. 470; los procesos posesorios, art. 476; y, los procesos por desocupación a causa de mora, art. 486. C.P.C.M.

b) Para los autos definitivos, el efecto de cosa juzgada formal es general; por tal razón, las legislaciones iberoamericanas lo sobreentienden en este tipo de resoluciones, hasta el punto de no lo incluirlo en el texto legal, ejemplos son los autos de resuelven las formas anticipadas de finalizar el proceso:

   El desistimiento de la instancia, art. 130 inciso 3°; la improponibilidad e inadmisibilidad de la demanda, arts. 277 y 278; y, los distintos supuestos de incomparecencia regulados en los arts. 291 y 405 C.P.C.M. La excepcionalidad, en los autos definitivos, serán cuando la ley diga que tales autos no podrán volverse a platear en procesos posteriores, contagiándoles expresamente el efecto de la cosa juzgada material por ejemplos la renuncia de la pretensión, art. 129 C.P.C.M.[145]

144 En el criterio jurisprudencial se observa en la mínima aproximación que se ha tenido sobre la cosa juzgada formal, lo cual significa un avance, dicho criterio sostiene lo siguiente: "A los efectos de una sentencia que causa ejecutoria se le denomina doctrinariamente cosa juzgada formal, y a los efectos de una sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada o que causan estado, se le denomina cosa juzgada material." S.S.C. Exp. 286-CAC-2008. 11:00. 09/09/2009.

145 Es indiscutible, la justificación de permitir la mutabilidad en los autos definitivos firmes mediante un proceso posterior, siendo unánime tal idea en la doctrina procesal. La principal razón de la anterior afirmación es simplemente que por el contenido de este tipo de resoluciones que concluyeron el proceso son estrictamente por defectos procesales, tales como la ausencia de presupuestos procesales, por lo mismo el objeto del proceso queda intacto, sin discusión, ni valoración judicial de las alegaciones y los medios probatorios que se hubieren recibido.

1.25.2.3. Efecto de la cosa juzgada en otro proceso

La nueva legislación procesal, bajo el tema del efecto de la cosa juzgada en otro proceso, desarrollado en el art. 231 C.P.C.M., realiza un enfoque limitado de las consecuencias de la terminación del proceso, en virtud de ser parcializado; ya que, se refiere exclusivamente al aspecto material de la cosa juzgada, dejando a un lado el importante aspecto formal, al cual me he venido refiriendo en líneas anteriores. También es oportuno plantear en este instante, los efectos que sobre el tema ha identificado nuestra jurisprudencia nacional. Varios de los efectos identificados han sido anticipados a la vigencia de la novedosa normativa salvadoreña, siendo éste, la prohibición de promover un proceso ulterior entre las mismas partes sobre la misma pretensión.[146]

La consecuencia del anterior efecto, sobre la vinculación al tribunal de un proceso posterior, cuando aparezca en sus antecedentes que las partes de ambos procesos sean las mismas; es decir la identificad de los sujetos procesales intervinientes debe ser vista en amplio sentido.[147]

146 En los extractos de las sentencias se aprecian los elementos a tener en cuenta para la constitución del efecto material de la cosa juzgada, los cuales dicen lo siguiente: a) "La cosa juzgada se da o se presenta cuando, entre dos procesos, uno anterior y otro posterior, existen las circunstancias siguientes: Identidad de personas, identidad de cosas e identidad de causas; de tal manera que, si falta alguna de ellas, no habrá cosa juzgada; si por el contrario, existen las tres circunstancias, procede oponer en el nuevo juicio la excepción de cosa juzgada." S.S.C. Exp. 1305 S.S. 09:15. 24/11/2003; b) "Para que proceda cosa juzgada como excepción, debe concurrir identidad de SUJETOS, OBJETO y CAUSA." S.S.C. Exp. Ca. 108 U.S. 09:05. 18/12/2002; y, c) "Para que en un juicio proceda la excepción de cosa juzgada, se requiere la concurrencia de los tres elementos: idem persona, idem RES e idem causa petendi, o sea, que en un juicio anterior se haya ventilado una acción con idéntica causa a la intentada en el segundo proceso, que haya tenido por objeto el mismo fin jurídico perseguido en el segundo juicio y que las respectivas pretensiones hubieren sido ventiladas entre las mismas partes." S.S.C. Exp.1156 -2001. 11:00; 12 09. 2001.

147 La cita jurisprudencial amplia y aclara a quienes deben comprenderse dentro de la identidad de los sujetos, veamos a continuación dicho extracto: "La identidad de sujetos, se refiere a que la demanda sea entre las mismas partes y propuesta por ellas y contra ellas o sus causahabientes a título singular o universal, y con la misma calidad; la de objetos, se refiere a que la cosa demandada sea la misma y por último, la identidad de causa, se trata que la causa de la demanda sea idéntica." S.S.C. Exp.Ca. 108 U.S. 09:05. 18/12/2002.

NULIDAD DE LAS ACTUACIONES PROCESALES

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES. I. PRINCIPIOS RECTORES DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES: 1. Principio de especificidad; 2. Principio de trascendencia; 3. Principio de conservación. II. CLASIFICACIÓN DE LOS MOTIVOS DE NULIDAD DE ACTUACIONES. 1. Nulidad subsanable; 2. Nulidad insubsanable; 3. Nulidad de pleno derecho. III. OPORTUNIDAD Y PROMOCIÓN: 1. Denuncia de parte afectada; 2. Apreciación judicial. IV. INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES PROCESALES: 1. Generalidades. 2. Vía procesal para la denuncia de nulidad: 3. Efectos de la declaratoria de nulidad; 3.1. Anulación de actuaciones; 3.2. Reposición de actuaciones; 3.3. Condena de costas procesales; 3.4. Indemnización de perjuicios.

CONSIDERACIONES GENERALES

Históricamente, a la nulidad de actuaciones procesales la legislación procesal civil le dio el tratamiento de recurso judicial extraordinario. Dicha ubicación de la figura en el cuerpo normativo no fue del todo feliz, por sobradas razones, entre estas: la imposibilidad de cumplir la sustitución como característica general de los recursos, al ser conocida por el tribunal superior en vía de recurso judicial, limitándose sólo al reenvío del expediente del Juez inferior para su reposición, si fuere posible.

En la nueva legislación procesal civil y mercantil le da un tratamiento distinto, trasladando a la nulidad de actuaciones, del campo de los recursos judiciales hacia el Libro Primero de las Disposiciones Generales, inmediatamente después de la eficacia de las resoluciones judiciales, lo cual lleva a pensar que en u ubicación se tomó en cuenta, más su efecto de anulación sobre la actividad procesal que la intención de inconformidad del afectado por la infracción.

A pesar de la reubicación legislativa del tema en estudio, es innegable la naturaleza de medio de impugnación que posee la nulidad de actuaciones; en esencia, el objetivo de tales procedimientos es la corrección y oportunidad regularidad de la errónea actividad jurisdiccional.[148]

La finalidad de la nulidad de actuaciones procesales, en sentido restringido es la protección real de los derechos de defensa y audiencia de las partes; aún más que el respecto de mera formalidades procesales. Esto último, se pone de manifiesto en la interpretación de las disposiciones procesales, a cuyo contenido se refiere el art. 18 C.P.C.M. De aceptar una finalidad de manera amplia, en la cual se incluya esto último, se sacaría de contexto la utilidad práctica del instituto de la nulidad de actuaciones, provocando una serie de inconvenientes, ya experimentados por los litigantes, como el retraso injustificado del trámite, entre otros.

148 CANALES CISCO. O. A. *Medios de Impugnación en el Proceso Civil Salvadoreño III*, pp. 3 – 4; y, 11-13.

Para concluir estos comentarios generales, también debe tenerse presente, que la lógica indica que las conductas anulables constituyen una función estrictamente legislativa y no una labor jurisprudencial; es decir, corresponde propiamente al legislador describir las actuaciones que serán objeto de anulación, dejando a la autoridad jurisdiccional principalmente el reconocimiento y la aplicación de la conducta anulable descrita en la norma procesal.

1.26.1 Principios rectores de la nulidad de actuaciones

La doctrina procesal iberoamericana es generosa al brindarle a las legislaciones procesales abundantes elementos básicos para estructurar la "Teoría de la Ineficacia de la Actuaciones Procesales", entre estos elementos se tienen los principios rectores; aunque a razón de ser sinceros, la inclusión de aquellos al cuerpo normativo debe ser mesurada para evitar una sobrecarga al interprete, en cuanto a criterios orientadores para reconocer el aparecimiento de un supuesto de anulación.[149]

En los cuerpos normativos de reciente vigencia como la LEC es inusual incluir articulado referente a los presupuestos o principios rectores de la nulidad de actuaciones, una de las posibles razones de tal omisión podría ser, el dejar esa labor a la doctrina procesal, para dedicarse a regular aspectos relativamente más importantes. A pesar de la anterior observación el legislador salvadoreño decidió resalta en el C.P.C.M., al menos tres principios rectores de la nulidad de actuaciones procesales por ser considerados de mayor relevancia, sin menospreciar a otros principios derivados de estos, siendo los siguientes: el principio de especificidad, el principio de trascendencia y el principio de conservación, de los cuales nos ocuparemos a continuación. [150]

1.26.1.1 Principio de especificidad

La premisa legal que da vigor al principio de especificidad, se encierra en la expresión legislativa siguiente: "Los actos procesales serán nulos sólo cuando así lo establezca expresamente la ley", esto de acuerdo al art. 232 C.P.C.M. Reflexionando a la inversa, por injusta que parezca una actuación judicial, la misma únicamente constituirá una actuación irregular que será objeto de una sanción de carácter orgánica al Juzgador infractor.

Ampliando la idea esbozada en párrafos anteriores sobre a quién corresponde la descripción de las conductas judiciales anulables, se sostuvo inicialmente que es propiamente una función legislativa, más que una labor judicial. Esa principal labor del tribunal sobre la nulidad,

149 La jurisprudencia civil salvadoreña agrega a la lista de la nueva legislación procesal civil y mercantil otros principios que le dan vida a la nulidad de actuaciones procesales. A continuación la cita siguiente: "... Hay dos principios, entre otros tantos, que rigen en materia de nulidades y que son: el de protección y el de trascendencia. … El principio de protección en materia de nulidades está encaminado a garantizar los derechos de la parte afectada por el vicio...". S.S.C. Exp. 200-C-2005. 09: 00, 07/02/2006.

150 Bajo la sistematización legislativa en no incluir los principios rectores en el texto legislativo se encuentra la LEC española, pues dedica mayor esfuerzo en otros elementos como las consecuencias que produce la promoción del incidente respectivo, además de ser considerado de dominio elemental del intérprete de la norma jurídica procesal.

debe reducirse a la identificación y declaración de las actuaciones procesales anulables, sea por apreciación o denuncia, los errores de procedimiento cometidos por él mismo o bien sus auxiliares, provocando la indefensión procesal.[151]

Teniendo en cuenta las reflexiones anteriores, es recomendable al intérprete en general y en particular del tribunal competente ser sumamente cuidadoso al momento de aplicar el contenido del art. 232 literal (c) C.P.C.M.; de tal manera, en no invadir la competencia constitucional en materia de amparo atribuida a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el control de las posibles vulneraciones constitucionales en la actividad jurisdiccional para supuestos abstractos y no descritos por la legislación procesal. Contrario a la norma general sentada por el principio de especificidad, es el supuesto señalado porque se autoriza al Juzgador civil y mercantil a reconocer infracciones a los derechos constitucionales de audiencia o de defensa de las partes.

1.26.1.2. Principio de trascendencia

De acuerdo al principio de trascendencia, no basta la adecuación de la conducta judicial a la descripción de la actuación anulable; además, la misma debe producir una indefensión real a las partes, de acuerdo al art. 233 C.P.C.M. Cuando no aparece de manifiesto tal indefensión procesal, es improcedente que se declare la nulidad de actuaciones.[152]

Se aprecia objetivamente la indefensión procesal, al no cumplirse el fin al que estaba destinada la actuación; en el sentido apuntado, la jurisprudencia salvadoreña se ha pronunciado en reiteradas ocasiones.

Tal como sostiene la doctrina procesal, la indefensión debe ser apreciada en amplio sentido, pues incluye el eventual perjuicio causado tanto al derecho de defensa del demandado, como al derecho de audiencia de ambas partes; por tal motivo, cualquiera de las partes puede resultar agraviada en el desarrollo de las actuaciones judiciales, no sólo la parte demandada.

Si a la especificidad se acompaña la trascendencia, es decir al concurrir ambos presupuestos, la declaratoria judicial de nulidad de actuaciones es inminente, sea reconocida por el mismo Juzgador que la propicio, o bien por el tribunal superior por vía de recurso judicial devolutivo.

151 Otra reflexión de orden práctico, que suma a la necesaria limitación de la labor judicial en materia de nulidades procesales, es aquella que un tribunal no puede ser Juez y parte de manera simultánea. Formular y sancionar errores procedimentales es una combinación de difícil solución, pues se dejaría al arbitrio del Juzgador, cuando efectivamente se generó una indefensión procesal a las partes por una conducta propia. Esto de reconocer errores propios, trae consigo reconocer la eventual indemnización de perjuicios a la parte afectada. Por lo anterior, el tribunal sería extremadamente celoso en reconocer, si se incurrió ante sus buenos oficios en una nulidad de sus actuaciones, en particular por las posibles consecuencias procesales de validez de las mismas, así como de eventuales efectos de resarcimiento económicos.

152 GARCIMARTIN MONTERO, R. *El Incidente de Nulidad de Actuaciones en el Proceso Civil*, p. 91. Comentando la necesaria existencia de la indefensión para generar el incidente de nulidad, expresa que, la doctrina le asigna importancia a que la indefensión haya producido consecuencias perjudiciales reales y no una indefensión "eventual"; caso contrario el Juez deberá rechazar el incidente de nulidad de actuaciones cuando la infracción procesal no se adecue a dicho requisito.

Mediante el reconocimiento legislativo del principio de la trascendencia se excluye abiertamente la aplicación de la nulidad de actuaciones originada por meras formalidades. Más bien, constituirá una tarea del Juzgador orientar la motivación del auto sobre la existencia o no de la indefensión producida a la parte afectada.[153]

1.26.3. Principio de conservación

El principio de conservación es una consecuencia del reconocimiento judicial de la nulidad de actuaciones; debiendo tenerse cuidado en conservar la eficacia de todos aquellos actos procesales sucesivos al anulado; aquí se reclama la independencia de tales actos, cuyo resultado hubiere sido el mismo, si nulidad no se hubiere cometido, así se entiende de lo regulado en el art. 234 C.P.C.M.

Para el caso, el medio de prueba obtenido de manera separada de la audiencia principal, el cual fuere anulado por falta de notificación del lugar día y hora de la producción de aquella, de ninguna forma perjudica al resto de medios de prueba obtenidos en la audiencia probatoria. De igual manera, la actividad anulada en un incidente tramitado en pieza separada, difícilmente afectaría a las actuaciones del proceso principal.

De lo antes dicho es recomendable que el tribunal incluya en la resolución estimatoria de nulidad de actuaciones, el señalamiento preciso de los actos procesales anulados; de tal forma que los intervinientes en el proceso judicial tengan el conocimiento y la seguridad de los actos conservan su validez o no.

1.26.2 Clasificación de los motivos de nulidad de actuaciones

La nueva legislación procesal civil y mercantil decidió que del universo de motivos de nulidad de actuaciones serían distinguidos entre supuestos subsanables e insubsanables, atendiendo a la gravedad del mismo y la intervención de la parte afectada, luego de haberse producido la conducta anulable.

Entonces, la nueva legislación deja a un lado la tradicional clasificación aceptada tradicionalmente por la comunidad jurídica salvadoreña, entre motivos de nulidad absoluta y la nulidad relativa, la cual respondía a orientaciones propias de la ley sustantiva, además de no acomodarse a las necesidades actuales, que responden a una finalidad garantista en materia procesal. La clasificación de los motivos de nulidad al poseer una filiación legal innegable, resulta un tanto innecesaria la utilización de otros tipos de clasificaciones que respondan a otros intereses distintos a los consignados en la nueva ley procesal civil y mercantil. La

153 A continuación el criterio judicial que abona al principio de trascendencia incluido en la nueva legislación procesal civil y mercantil: "... En el sistema procesal salvadoreño no existe la nulidad por la nulidad misma, es decir, que la existencia y comprobación de un vicio procedimental no conduce indefectiblemente a la declaratoria de nulidad, pues debe de tomarse siempre en cuenta si el vicio produjo o puede producir perjuicio al derecho de defensa de la parte que lo alega o en cuyo favor se ha establecido, es decir, debe cerciorase el juzgador si el vicio trascendió al interés del recurrente...". S.S.C. Exp. 1608-Cas. S.S. 10:00, 24/07/2003.

legislación es la encargada de calificar, si el motivo de nulidad es subsanable o insubsanable, de acuerdo al texto del art. 234 C.P.C.M., esto otorga comodidad al intérprete, pues dependerá de la designación expresa de la norma procesal, si el motivo encaja en tal o cual tipo. Aunque es de advertir, los motivos de nulidad dispersos en la legislación en su mayoría carecen de dicha calificación.

Por tanto, se entenderá que gozan únicamente de calificación legal expresa las nulidades insubsanables; no así los motivos subsanables, pues la ley se limita a manifestar que tal conducta es anulable y nada más. De ahí que, por regla de exclusión deberán reconocerse como nulidades subsanables estos últimos. Nota distintiva merece la nulidad de pleno derecho, cuya inclusión como categoría de ineficacia de los actos procesales, pues la misma no encaja dentro de la clasificación antes comentada, a pesar de ello, deberá búscasele un tratamiento adecuado para evitar confundirla con la nulidad insubsanable.

1.26.2.1. Nulidad subsanable

La categoría de nulidad subsanable es otorgada para aquellos motivos en los cuales es posible la convalidación del acto viciado, sea expresa o tácitamente por el afectado. La legitimación para revalidar la conducta anulable es concedida legalmente a la parte expuesta a la indefensión procesal. Tales motivos de anulación constituyen infracciones de menor relevancia, a criterio del legislador, sólo pueden ser denunciados por la parte afectada, restándole facultades de apreciación oficiosa al tribunal. Como queda dicho, la subsanación de la actuación anulable se logra de forma tácita mediante la convalidación de la parte en el plazo de cinco días, luego del conocimiento del acto viciado. No basta, la simple intervención del afectado por la nulidad, sino además deberá vencer el plazo antes mencionado, según el art. 236 inciso 2° C.P.C.M., esto es para tener por saneada la conducta anulable.

1.26.2.2. Nulidad insubsanable

Los motivos de nulidad insubsanables son aquellos determinados expresamente por la legislación procesal civil y mercantil, siendo aquellos de mayor relevancia. Como su nombre lo indica, no existe posibilidad alguna de convalidación. Por tal razón, a reglón seguido el art. 234 inciso 1° C.P.C.M. reconoce que la actuación insubsanable puede ser declarada en cualquier estado del proceso. Esta clase de nulidades aparece escasamente en la nueva legislación procesal, entre los motivos denominados de manera expresa se tienen las siguientes: a) Irrespeto a la inmediación judicial y la producción de la prueba, si se delega la dirección y conducencia en las audiencias atribuida exclusivamente al Juzgador competente, según el art. 10 C.P.C.M.; y b) Falta de publicidad externa en la celebración de las audiencias, conforme al art. 200 C.P.C.M.

Fuera de los motivos de nulidad antes indicados, podrían discutirse por la relevancia en las actuaciones, la inclusión de otros supuestos en la categoría de las actuaciones procesales insubsanables, tales como: a) La falta de jurisdicción; b) La competencia que no pueda prorrogarse; y c) La actividad procesal realizada bajo violencia o intimidación o comisión de un acto delictivo. Todos regulados en el art. 232 literales (a) y (b) C.P.C.M.

1.26.2.3. Nulidad de pleno derecho

Como se dijo al respecto en líneas anteriores, la nulidad de pleno derecho es una categoría de ineficacia novedosa en la legislación procesal civil y mercantil salvadoreña. De acuerdo a un sector de la doctrina procesal, es utilizada para dejar sin eficacia la realización de actuaciones que carecen de requisitos esenciales o indispensables para la validez del acto.[154]

Este tipo de nulidad únicamente es empleado por la ley procesal salvadoreña en el art. 623 C.P.C.M., en los supuestos de afectación de bienes inembargables, según el art. 621 y el exceso en los límites de embargo de ingresos económicos, conforme al art. 622 C.P.C.M.[155]

Cuando se concede la nulidad de pleno derecho a los supuestos anteriores, implica la normal tipificación legal de la conducta anulable, además de un reconocimiento legal. Basta pues, la configuración del supuesto para que produzcan sus efectos y el Juzgador deberá ordenar la anulación y consiguiente restitución de las cosas, tal y como se encontraban al momento de producirse la actuación procesal anulable.

1.26.3 Oportunidad y promoción

La oportunidad o momento para generar el incidente de nulidad de actuaciones procesales dependerá del tipo de nulidad denunciado o apreciado, así se tiene lo siguiente: Si la nulidad es subsanable, el plazo para la denuncia por la parte indefensa, será de cinco días hábiles luego que tuvo conocimiento del acto viciado, esto se entiende de la lectura del art. 236 inciso 2° C.P.C.M.

En cambio, al estar frente de un motivo de nulidad insubsanable, la misma no esta sujeta a plazo alguno, en virtud de la gravedad de aquella. Dicho de otra manera, la anulación de actuaciones se puede ser reconocida y declarada, como expresa la norma jurídica, en cualquier estado del proceso, de acuerdo al art. 235 inciso 1° C.P.C.M.

En este último supuesto, se entiende que la posibilidad de la anulación de actuaciones podrá realizarse en cualquiera de las instancias, inclusive como resultado de la utilización del recurso de casación, según se desprende de la lectura del art. 537 inciso 2° C.P.C.M.

---

154 CANALES CISCO. O. A. *Nulidades de Actuaciones Judiciales en el Proceso Civil Salvadoreño*, p. 61. el autor traslada al ámbito nacional las concepciones de un sector de la doctrina española, entre ellos, De Lamo Rubio, quién a su vez cita al procesalista Verge Grau. *Nulidad de Actuaciones Judiciales, Régimen jurídico actual y perspectivas*, p. 85.

155 La nulidad de pleno derecho introducida por el legislador salvadoreño, categóricamente no encaja en el sistema de clasificación señalado en el art. 235 C.P.C.M., no resultaría extraño que la denominación dada al supuesto del art. 623 C.P.C.M., sencillamente fue una mención por acto reflejo, trasladado del texto de la LEC. Esta fue tomada como documento base para la redacción de nuestra nueva ley procesal. El fundamento anterior se observa de la lectura del art. 609 en relación del art. 225 ambas normas de la LEC. Siendo injustificable la expresión utilizada por la legislación salvadoreña, en virtud que no constituye una categoría normal de ineficacia al naciente sistema procesal salvadoreño. En consecuencia, para efectos de orden práctico el intérprete salvadoreño entenderá que la expresión de nulidad de pleno derecho es asimilable al concepto de nulidad insubsanable, sobre todo para facilitar temas como, los efectos y la imposibilidad de convalidación que produzca.

1.26.3.1. Denuncia de parte afectada

La legislación habilita a la parte afectada a denunciar la indefensión sufrida por el error judicial en el procedimiento, sin distinción alguna del tipo de motivo de nulidad; pues en general, no debe distinguirse la subsanación o no del acto viciado, ya que dependerá de la imposibilidad de defender su posición como parte en detrimento de sus derechos procesales.

Cabe aclarar, bajo esta idea, que la denuncia de la nulidad de actuaciones proviene de la parte expuesta a la indefensión procesal, eso sí, el momento dependerá para su estimación o no. Por ello, de la lectura del art. 235 C.P.C.M., se desprenden las siguientes reglas de denuncia de parte afectada por el acto viciado, quedando así: a) Si se tratare de un motivo subsanable, deberá denunciarse en el plazo legal; y b) Si la parte alega un motivo insubsanable, podrá denunciarse la infracción en cualquier momento del proceso y en cualquiera de las instancias.

Sobre los motivos subsanables no puede evitarse el comentario, que sólo procederá su reconocimiento por denuncia exclusiva de la parte indefensa y nadie más, conforme al art. 235 inciso 2º C.P.C.M. De esta afirmación se deriva la posibilidad de la convalidación expresa o tácita; siendo una opción de la parte, si decide dar por bien hecho o denunciar el acto anulable para su reconocimiento judicial.

1.26.3.2. Apreciación judicial

La intervención judicial frente a la ineficacia, como la nulidad de actuaciones, se ve relativamente limitada dentro del contexto general del proceso; sólo se atribuye intervención judicial oficiosa al apreciarse la existencia de una infracción descrita expresamente por la ley como una nulidad insubsanable. Situación distinta ocurre frente al supuesto de una nulidad subsanable, el Juez o tribunal deberá quedar únicamente a la expectativa de la denuncia de la parte expuesta a la indefensión.

Resulta comprometedora la intervención judicial oficiosa cuando se trata de aquellos motivos de nulidad de dudosa naturaleza, en virtud de su descripción excesivamente general, tales como la contenida en el art. 232 literal c) C.P.C.M.; ya que, en estas infracciones conforme a la legislación procesal secundaria, se configuran al infringir derechos constitucionales de audiencia y defensa.

Aún bajo estos supuestos de trascendencia constitucional, el tribunal deberá contener su intervención y esperar la denuncia de la parte afectada.

1.26.4 Incidente de nulidad de actuaciones procesales

1.26.4.1. Generalidades

A diferencia del incidente de nulidad de actuaciones regulado en el C.P.C., en cuanto al procedimiento no poseía un trámite definido y coherente. En cambio, la tramitación diseñada en el C.P.C.M., se caracteriza por su uniformidad y aparente claridad. Esto ayuda al buen

desarrollo del procedimiento; de tal manera, que evita tanto al Juzgador como a las partes, la recurrente utilización de trámites análogos por parte del tribunal al momento de sustanciar del incidente especial ahora en estudio.[156]

Por otro lado, tal incidente no se genera, cuando la infracción es apreciada judicialmente, pues se ordena inmediatamente la declaratoria de nulidad insubsanable; lo cual es lógico, ya que a criterio legal la infracción es sumamente grave la indefensión producida para realizar consultas a las partes, previo a su declaración. Después de apreciada y declarada este tipo de nulidad, viene la notificación de la resolución a las partes.

1.26.4.2. Vía procesal para la denuncia de nulidad

El incidente de nulidad de actuaciones procesales se aparta de la tramitación general señalada para las cuestiones incidentales, según el Libro Segundo, Capítulo Cuarto, de las disposiciones comprendidas de los arts. 263 al 270 C.P.C.M., constituyendo una excepción a la regla en materia de incidentes. También se distingue al permitir la insistente finalidad de anulación de actuaciones, en caso de desestimarse la petición oportuna ante el tribunal donde se produjo la infracción, con la reiteración de la denuncia de parte como motivo de agravios en el recurso de apelación y el recurso de casación, de acuerdo al art. 238 C.P.C.M.

Entre las principales distinciones de las normas aplicables a los incidentes en general y el incidente de nulidad de actuaciones procesales, se tienen las siguientes: a) Inicialmente, en el incidente de nulidad el trámite completo es escrito, salvo que se plantee la denuncia de nulidad durante la celebración de la audiencia; el incidente en general, la actividad principal se desarrolla admite en la audiencia; b) La promoción del incidente de nulidad, el plazo de denuncia será de cinco días posteriores al conocimiento fehaciente del acto viciado; el otro incidente, no se encuentra sujeto a plazo alguno; y, c) La decisión del incidente de nulidad se resuelve, previa opinión por cinco días a la parte contraria; en cambio, el trámite del incidente en general se sujeta a las reglas del procedimiento abreviado. De la lectura sobre la legislación pertinente, puede afirmarse categóricamente que el incidente de nulidad de actuaciones procesales es escrito, desde su inicio mediante la interposición de la queja por la parte afectada, hasta la resolución judicial que decide el mismo y luego se notifica a las partes.

1.26.4.3. Efectos de la declaratoria de nulidad

El auto que decide el incidente de nulidad de actuaciones trae consigo varios efectos, estos dependen del contenido de la resolución judicial; debiendo realizarse la separación de dichos efectos por tal razón, de estos los siguientes: El primero efecto producido por el auto estimatorio de la denuncia de parte; y, segundo el efecto originado en virtud del auto desestimatorio de la nulidad, de acuerdo al art. 237 incisos 3° y 4° C.P.C.M. De estos efectos

156 De las mayores desventajas atribuidas al incidente de nulidad procesal del C.P.C., era la constante recurrencia de la analogía con la intención de completar la escasa normativa para atender y desarrollar el incidente. Debido a la estructura uniforme de la nueva normativa procesal que regula el tema, la principal desventaja antes señalada es superada con creces.

referidos, directamente por ley se mencionan expresamente los siguientes: a) La anulación de actuaciones de imposible aprovechamiento; b) La reposición de las actuaciones anuladas; y, c) La condena de costas procesales. Queda por fuera de la ley procesal, la eventual reclamación de los daños y perjuicios causados al afectado por la indefensión por la conducta judicial, esto no impide realizar algunos comentarios generales al respecto.

1.26.4.3.1. Anulación de actuaciones

La anulación de actuaciones procesales se encuentra contenido en el auto estimatorio, en virtud del examen y reconocimiento judicial de aquellas actuaciones procesales que resultan de imposible aprovechamiento. Esto último demuestra la afectación del principal acto anulado también puede contaminar a otras actuaciones procesales directamente relacionadas con la primera anulada. Para mayor seguridad de las partes, el tribunal designará con precisión en el auto estimatorio los actos anulados y las actuaciones procesales que conservan su validez. Sólo de esta manera se evita cualquier discrecionalidad posterior, sea propia del tribunal o bien inducida cualquiera de las partes.

1.26.4.3.2. Reposición de actuaciones

La reposición de actuaciones procesales se origina del reconocimiento de la nulidad apreciada o denunciada. Para los procesos por audiencias como el seguido por la ley procesal civil y mercantil salvadoreña, básicamente se traduce en la reproducción de la audiencia, siguiendo aquellos puntos de agenda anulados.

El efecto ahora apuntado se extrae de la cita legislativa siguiente: "se acordará que el proceso se retrotraiga al estado en que se encontraba en el momento de incurrirse en el vicio", según el art. 237 inciso 3° C.P.C.M. Expuesta la norma pertinente, llevaría a pensar que la infracción reconocida ya fue solucionada; pues se toma como idea central, la repetición de la audiencia, la cual no siempre la reproducción es posible y lograr los fines perseguidos por aquella.

1.26.4.3.3. Condena de costas procesales

De acuerdo a la nueva ley procesal civil y mercantil la condena en costas procesales es procedente en el supuesto que la denuncia fuera desestimada, ordenándose la imposición de las costas a la parte que hubiere planteado el incidente de nulidad, así se desprende de la lectura del art. 237 inciso 4° C.P.C.M.

Comparando el supuesto planteado con las reglas especiales de condenación de costas reguladas en los arts. 1095 y 1125 C.P.C., indicaban como responsable del pago de las costas procesales al funcionario culpable de la nulidad declarada. Tal imposición de costas, si bien es cierto se refiere a supuestos distintos, este último no es regulado por la nueva ley procesal. Lo cierto es, que la eventual anulación de actuaciones genera gastos económicos, tanto en la promoción del incidente por la parte indefensa, como a la parte contraria por intervención del abogado en una actuación anulada, además de otros gastos que dependieron para la realización de una actuación procesal anulada.

1.26.4.3.4. Indemnización de perjuicios

Respecto a la atribución de los daños y perjuicios originada por la anulación de todo o parte del proceso, nada expresa el C.P.C.M. sobre a cargo de quién debe reclamarse la indemnización de perjuicios. Esto llevaría a pensar como si no pudiere darse tal situación. Recordando una vez más, el tratamiento legal dado al tema por el C.P.C.; si bien es cierto, se completa el panorama anterior, al reconocer como responsable al funcionario jurisdiccional; también es de reconocer el exceso incurrido por aquellas normas, al imponerse una condenación al funcionario culpable de manera automática.Tomando en cuenta ambas posiciones legislativas, se concluye que al no regular expresamente la posible responsabilidad civil del Juez por los perjuicios causados a las partes ante el supuesto de actuaciones anuladas e imposibles de reposición.

Lo anterior no debe interpretarse como sinónimo de supresión de tal responsabilidad judicial por daños causados, conforme a la nueva ley procesal civil y mercantil, sino más bien se deja a opción de la parte expuesta a la indefensión procesal, la promoción de un proceso declarativo con esa pretensión en particular dirigida a quién resulte responsable de los daños y perjuicios ocasionados.

LIBRO SEGUNDO
LOS PROCESOS DECLARATIVOS

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES. I. COMPETENCIA JUDICIAL EN PROCESO DECLARATIVO: 1. Consideraciones generales; 2. Ámbito del proceso común; 3. Contenido de pretensiones sobre materias específicas; 4. Otros ámbitos del proceso común; 5. Indisponibilidad de normas sobre procedimiento adecuado; 6. Cuestionamiento de proceso adecuado; 7. Impugnación de la clase de proceso y cuantía.

CONSIDERACIONES GENERALES

El Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño de reciente aprobación y cuya vigencia se fija para el año 2010, abandonó la distinción de los juicios extraordinarios y los juicios ordinarios utilizada por el C.P.C./1882. El primer cuerpo normativo adopta una clasificación distinta y novedosa en procesos patrimoniales para la fase de juzgamiento jurisdiccional; separando a los mismos en dos principales grupos, siendo estos los siguientes: a) Primer grupo, son los procesos declarativos que comprenden a su vez: al proceso común y el proceso abreviado; y b) Segundo grupo, son los procesos especiales que incluyen a su vez: al proceso ejecutivo, el proceso posesorio, el proceso de inquilinato y los procesos monitorios.[158]

El presente estudio será dedicado exclusivamente a los procesos declarativos, en particular al proceso común y el proceso abreviado; en virtud que ambos poseen características similares, tales como: la misma naturaleza declarativa de la pretensión y al poseer un tratamiento legislativo amplio en su contexto. Aunque ambas formas declarativas se distingan por su cuantía, tramitación e incidentes generados en los mismos. Por las razones antes indicadas se omitirán amplios comentarios sobre los procesos especiales, los cuales serán objeto de otro estudio diferente. Debe tenerse presente la finalidad unificadora en el tema de trámites que a la nueva ley procesal patrimonial se le ha pretendido dotar. Antes de su aprobación, tanto

158 La deficiencia atribuida a la clasificación de juicios del C.P.C., consistía en la diversidad de modos de proceder contenidos en la anterior normativa, lo cual generaba una multiplicidad de trámites, tomando como esquema general al proceso sumario; es decir que para cada pretensión existía un modo de proceder particular. De ahí su nombre especial, que era un verdadero código de procedimientos varios, tanto como tipos de reclamaciones existieran.

los juicios mercantiles, como los juicios de inquilinato eran regulados separadamente por leyes especiales; ahora, de acuerdo a la exposición de motivos, se le pretende dar, un mismo tratamiento legislativo a todas las pretensiones, junto a los procesos civiles. Dicha finalidad se logra, mediante un régimen general de audiencias y normativa procesal común.[159]

Volviendo hacia los comentarios iniciales sobre los procesos declarativos; se dice, que la nueva ley nacional adopta como forma procesal, la denominación más amplia que pueda otorgarse a un proceso jurisdiccional.

Dicha forma es del "Proceso declarativo"; tomando su denominación del objeto del mismo proceso tramitado en aquel; así se tiene, como punto de llegada un contenido declarativo en la sentencia, la cual es dada con ocasión de una pretensión civil o mercantil de la misma naturaleza.

En esencia, todo proceso declarativo reconoce derechos preexistentes ante una legítima contención a quién se oponen tales reclamaciones. Mediante el proceso declarativo se instaura la supletoriedad del mismo; siendo a criterio del legislador salvadoreño el proceso que garantiza de mejor manera los derechos fundamentales hacia las partes.

Es decir, si la ley procesal no indica un proceso especial para tramitar determinada clase de pretensión, la misma se tramitará conforme a la forma declarativa común. Unido a lo anterior y para aclarar mejor las ideas sobre el contenido de un proceso declarativo, se cita a la dogmática clásica que designa bajo esta denominación: "aquellos que tienen por objeto una pretensión en que se reclama del órgano jurisdiccional la emisión de una declaración de voluntad, una mera mutación ideal de situaciones, frente a los procesos de ejecución en los que se pretende es una manifestación de voluntad, esto es, una operación física o material de los estados de hecho o de derecho a que el proceso se refiere".[160]

Véase entonces que el proceso declarativo común se compone esencialmente por las cuatro etapas siguientes:

a) Alegaciones iniciales de las partes, la cual es eminentemente escrita y comprende tanto la presentación de la demanda del demandante y las resistencias del demandado;

159 Es cuestionable el citado espíritu unificador de la nueva ley procesal, conforme a su Exposición de motivos y denominación otorgada al cuerpo legislativo. La anterior controversia sobre su correcta estructura se origina, porque reiteradamente, la legislación procesal de pronta vigencia, elabora una variedad de trámites para solucionar cuestiones incidentales, a pesar de poseer un trámite general. Asimismo, no se encuentra una estructura general aplicable a todos los procesos patrimoniales, cuya ubicación sea considerada como "Parte General". Esta última deficiencia habilita una constante aplicación analógica de supuestos regulados en el proceso común emigrando hacia las escasas normas de los procesos especiales e inclusive al mismo proceso abreviado.

160 ARAGONESES MARTINEZ, S. *Los Procesos Declarativos Ordinarios (Procesos ordinarios y sus especialidades)*, pp. 17-20. Es de advertir, que la autora española comenta los procesos bajo este concepto, pues en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000, también se adopta al proceso declarativo como tipo genérico, que a su vez comprende al proceso ordinario y el proceso abreviado.

b) Audiencia preparatoria, cuyas finalidades son compartidas por otras de su misma clase, siendo estas: la conciliación del litigio, el saneamiento de los defectos procesales, la fijación del objeto de debate y la determinación de los medios probatorios que demostrarán las alegaciones de las partes;

c) Audiencia probatoria, constituye el momento para la práctica de los medios probatorios;

d) Concluyendo el proceso común con la sentencia, aunque con la particularidad que el fallo podrá dictarse inmediatamente de cerrado el debate de las partes, de forma oral y su motivación escrita podrá ser diferida para fecha posterior, de acuerdo a la complejidad del litigio.[161]

Los procesos declarativos adoptan dos criterios para acomodar la vía procesal adecuada para tramitar la pretensión contenciosa de todo demandante, siendo estos: preferentemente, la materia y de manera subsidiaria, la cuantía sobre la pretensión.

Entre ambos criterios, la legislación nacional se decanto por darle preferencia a la materia; lo cual significa que, prevalece sobre el valor determinado para elegir entre el proceso común o bien el proceso abreviado.

Es preciso explicar, el tipo de proceso por razón de la materia, viene a constituir verdaderamente una pretensión objetiva; de tal manera que la normativa procesal indica al interprete de la ley sobre el proceso adecuado a seguir, como consecuencia al Juzgador competente deberá analizar inicialmente, la norma por razón de la materia y subsidiariamente, la norma por razón de la cuantía, de acuerdo con el art. 239 inciso 2° C.P.C.M. De manera concreta, respecto a las clases de procesos declarativos, marcan una diferencia sobre el valor determinado de la pretensión.

Otras diferencias que pueden resaltarse entre los procesos declarativos son los siguientes: el proceso común posee dos principales audiencias, la audiencia preparatoria y la audiencia probatoria, cuyas finalidades son distintas.

En cambio, el proceso abreviado posee una sola audiencia general, la cual tiene por finalidad que en la misma se realice toda la actividad procesal de manera concentrada.

Para no descuidar esta resumida introducción sobre las características esenciales de los procesos declarativos, se dejará el resto de detalles atinentes a cada uno de aquellos en los posteriores capítulos de esta exposición.

161 ESCRIBANO MORA, F. *La Prueba en el Proceso Civil*, pp. IX-X. De acuerdo a los cometarios del español Escribano Mora, tal estructura procesal que fue adoptada por el legislador salvadoreño, se asemeja a las bases o características fundamentales del Código Procesal Modelo para Iberoamérica, el cual a su vez, tuvo en cuenta las concepciones de la audiencia preliminar austriaca de Klein.

2.1 Competencia judicial en proceso declarativo

2.2 Consideraciones generales

En este apartado se tratará la competencia judicial asignada a los funcionarios judiciales, desde la perspectiva del proceso declarativo común; enfocándose exclusivamente hacia la competencia objetiva; dejándose a un lado los comentarios sobre el resto de competencias, como la territorial, subjetiva y funcional para otro estudio general del mismo.

El conocimiento de la competencia objetiva sobre el proceso declarativo común es atribuido de acuerdo a la ley procesal a los siguientes funcionarios judiciales:

a) Juzgados de Primera instancia, cuya competencia se someten la generalidad de personas, sin distinción alguna, según el art. 30 ordinal 1º C.P.C.M.

b) Cámaras de Segunda Instancia de la Capital, cuando el demandado sea el Estado de El Salvador, conforme al art. 29 ordinal 2º con relación al art. 39 C.P.C.M.[162]

La anterior aseveración debe ubicarse en el contexto de la nueva conformación de la estructura orgánica que el C.P.C.M., el cual redistribuye funciones respecto a como se encuentran en la actualidad.

Entre las modificaciones orgánicas relevantes se encuentra la siguiente: a los Juzgados de Paz les fue suprimida totalmente la competencia contenciosa en lo civil y mercantil de menor cuantía, la cual se les confiaba de acuerdo al C.P.C.[163]

La nueva ley sólo atribuye el conocimiento de los actos de conciliación, de acuerdo a los arts. 32 y 246 C.P.C.M.; fijándole como objetivo evitar un proceso contencioso.

Frente a la anterior supresión orgánica de competencia privativa, se reafirma la necesaria presencia de los Juzgados especializados de Menor Cuantía, en el ámbito nacional a quienes se les desplazarían la labor que ejercían los Juzgados de Paz.

Luego de las aclaraciones previas debe establecerse categóricamente que son los Juzgados de Primera Instancia con competencia especializada en lo Civil y Mercantil, quienes orgánicamente serán los encargados para la tramitación de los procesos declarativos comunes; eso sí, excluyendo de esta categoría de primera instancia a los Juzgados

162 En la Capital de la República de El Salvador, actualmente se encuentran funcionando tres tribunales colegiados, estos corresponden a la Primera Sección del Centro, cuyas denominaciones son las siguientes: Cámara Primera de los Civil de la Primera Sección del Centro, Cámara Segunda de lo Civil Cámara de la Primera Sección del Centro y la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro. Todos los tribunales mencionados poseen competencia para tramitar los procesos comunes cuyo demandado sea el Estado.

163 Por naturaleza las normas procesales son irretroactivas; en consecuencia los procesos patrimoniales iniciados con el C.P.C., continuarán impulsándose bajo la competencia de los Juzgados de Paz hasta su conclusión. Este reconocimiento se encuentra contenido en la Disposición transitoria, según el art. 706 C.P.C.M.

especializados de Menor Cuantía, los cuales poseen otras atribuciones, así se desprende de la lectura de los arts. 30 y 31 C.P.C.M.

2.2.1 Ámbito del proceso común

Para un mejor entendimiento sobre cuales pretensiones deberán tramitarse en el proceso común ante el Juzgado de Primera Instancia, o bien ante una Cámara de Segunda Instancia, según sea el caso, la legislación propone distintas reglas poco comprensibles. A pesar de la dificultad de interpretación pueden elaborarse reglas, aún más específicas que las señaladas en los arts. 239 y 240 C.P.C.M., esto con la finalidad de lograr un mejor entendimiento del tema.

Los criterios utilizados para la elaboración de las reglas para determinar con exactitud la clase de litigios que se someterán bajo el trámite del proceso declarativo común, se extraen de la combinación realizada por la misma legislación en el art. 239 inciso 1º C.P.C.M. De manera general las reglas de identificación de litigios se pueden enunciar de la forma siguiente: Criterio cuya pretensión se funde por razón de la cuantía del objeto litigioso, el cual siempre será de valor determinado.

Este es fijado a partir de una determinada cantidad de dinero; y Criterio cuya pretensión se funde por razón de la materia, esta se divide en litigios sobre materias en general y de materias específicas.

Sobre este último criterio, la ley procesal se encarga expresamente de su identificación. Seguidamente se brindarán las reglas sobre el ámbito del proceso común de la forma siguiente:

Cuando la pretensión sea únicamente sobre materia específica, tal como litigios que versen sobre: la Competencia desleal, la propiedad industrial, la propiedad intelectual y la publicidad, conforme al art. 240 inciso 2º, primera parte C.P.C.M. (Sólo Materia específica).

Pretensiones combinadas, una sobre materia específica y la otra cuyo valor del objeto litigioso sea superior a veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, según el art. 240 inciso 2º, segunda parte C.P.C.M. (Materia específica-Cuantía)

Cuando la pretensión sea únicamente por razón de la cuantía, cuyo valor del objeto litigioso sea superior a veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, conforme al art. 240 inciso 3º, primera parte C.P.C.M. (Sólo Cuantía)

Pretensiones combinadas, una sobre materia que no tenga señalada por la ley procesal una tramitación especial y la otra pretensión por razón de la cuantía, cuyo valor del objeto litigioso sea superior a veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, así se establece en el art. 239 inciso 1º C.P.C.M. (Materia general-Cuantía)

Pretensión cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo, art. 240 inciso 3º, segunda parte C.P.C.M.[164] (Materia general-Cuantía invaluable)

2.2.2 Contenido de pretensiones sobre materias específicas

Las reclamaciones sobre pretensiones por razón de la materia específica que afecten directamente a los derechos y las obligaciones de sus titulares, poseen un contenido particular, puesto que aquellos se encuentran regulados en leyes sustantivas especiales. Dichas pretensiones serán comentadas a continuación.

a) Competencia desleal. Comprende todo acto realizado en el ejercicio de una actividad mercantil o con motivo de ella, que sea contrario a los usos y prácticas honestas en materia comercial, según se expresa en los arts. 100-103 Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos.

b) Propiedad industrial. Implica las afectaciones sobre las invenciones, modelo de utilidad o diseño industrial contenidos en la propiedad industrial, conforme al art. 113 Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos; y los arts. 105, 106, 120, 123 y 168 Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual.

c) Propiedad intelectual. Se incluyen conflictos entorno a los derechos de autor provenientes de la propiedad literaria, artística y científica, conforme a los arts. 1, 4, 5, 89, 90 y 91 Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual.

d) Publicidad. La protección jurisdiccional se basa en torno a la publicidad engañosa o falsa, cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario total o parcialmente falsa o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, respecto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio, tasa o tarifa y cualquier otro dato sobre el bien o servicio ofrecido, según el contenido de los arts. 31 y 150 Ley de Protección al Consumidor.

La nueva legislación procesal precisa que se tramitarán las materias antes mencionadas bajo las formas comunes, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad de dinero.

164 Esta regla de ámbito del proceso común resulta inaplicable, en virtud que la misma fue introducida inicialmente con la intención de favorecer el planeamiento de demandas colectivas; estas mismas serían promovidas por las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas legitimadas para la defensa de los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios, conforme al art. 64 Versión-noviembre 2006 C.P.C.M. En estos casos la cuantía de la pretensión resulta imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo, pues al momento de la interposición de la demanda no podría dimensionarse el perjuicio económico a la colectividad, lo cual hubiera impedido la admisión de la demanda por constituir un requisito de admisibilidad sobre el valor de lo demandado. Por lo anterior, incluir dicha regla excepcional habilitaba el juzgamiento de este tipo de pretensiones colectivas.

Dicho en otras palabras, se conocerá en ámbito común las pretensiones eminentemente declarativas puras, en las cuales se persiga únicamente un reconocimiento judicial en disputa.

Por otro lado, cuando se ejerzan pretensiones amparadas en las materias especiales mencionadas en esta categoría de pretensiones, donde se reclamen además cantidades determinadas en concepto de indemnizaciones, la forma procesal declarativa que se adopte dependerá del valor a la cual ascienda la cuantía del daño reclamado.

Bajo este supuesto, la legislación especial al tema brinda concretamente al Juzgador y el afectado criterios objetivos para establecer el cálculo de la indemnización, entre estos: los daños ocasionados, los beneficios que debió obtener el titular, los beneficios obtenidos por el infractor, regalías no percibidas entre otros, así se interpreta del art. 173 Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual.

2.2.3 Otros ámbitos del proceso común

La legislación acepta otros supuestos de pretensiones complejas de tramitación, bajo el esquema del proceso común, nos referimos en particular a la figura procesal de la "Acumulación de pretensiones", contenidas en una misma demanda.

En el caso anterior, estamos frente a una demanda que posee pretensiones de diversa naturaleza, que estas de manera aislada deberían tramitarse en procesos separados conforme a su naturaleza; pero que debido a la conexidad sobre el objeto del proceso, o bien por el título o causa de pedir entre las pretensiones y por razones de economía procesal, se permite la formulación simultánea en un mismo proceso común. Debe advertirse que se fija una regla general para que la acumulación de pretensiones se produzca, siendo esta, la pretensión que deba sustanciarse por medio de proceso común podrá acumularse la que por sí solo, se ejercitaría en proceso abreviado, siempre que ambas pretensiones lo sean por razón de su cuantía. Todo lo anterior se infiere de lo expuesto en los arts. 98, 100 y 104 C.P.C.M.

Otro caso particular, sobre el ámbito del proceso común derivado del anterior, es el supuesto del proceso especial de inquilinato, cuando la pretensión que origina la especialidad del trámite es la terminación del contrato se reclame además, como pretensión conexa la falta de pago del canon de arrendamiento, podrá acumularse la pretensión de reclamación de las cantidades adeudadas, si la cuantía del canon reclamado excediere los veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, de conformidad al art. 479 C.P.C.M.

2.2.4 Indisponibilidad de normas sobre procedimiento adecuado

La indisponibilidad de las normas sobre el procedimiento adecuado a las partes y el Juzgador se sustentan entre otras razones, en los principios procesales rectores que sustentan al nuevo Código Procesal, esencialmente en el principio de "Derecho a la protección jurisdiccional" y el principio de "Legalidad", ambos regulados respectivamente en los arts. 1 y 3 C.P.C.M.

El Derecho a la protección jurisdiccional, como principio procesal, reconoce el derecho que poseen las partes a que sus intervenciones se tramiten en el proceso judicial conforme a la normativa constitucional y las disposiciones legales; por lo tanto, aquel no puede modificarse o alterarse de manera alguna por voluntad de las partes; y el principio rector de la Legalidad impone que todo proceso deberá tramitarse conforme a las disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil; indicando que no podrán ser alteradas por ningún sujeto procesal, concediéndoles el "carácter de imperativas".

Ante tal imperatividad de las normas sobre el procedimiento adecuado, la ley procesal le otorga significativa relevancia, a tal grado que fija la obligación judicial oficiosa de examinar la correcta elección del proceso, hecho inicialmente por el demandante. Como resultado de lo anterior, ante una incorrecta invocación de proceso por el demandante, el Juzgador es obligado expresamente a indicar y tramitar las pretensiones, tomando en cuenta la materia y el valor de las pretensiones, conforme al art. 244 inciso 1° C.P.C.M.

Cabe destacar, la instauración de la causa legal de subsanación de pleno derecho, sobre la nulidad de actuaciones por error de procedimiento adecuado no advertido oportunamente por el Juzgador y las partes, siempre que las pretensiones se hayan tramitado en el proceso común. La lógica del interprete induce a pensar que el fundamento de dicha validación procesal, descansa en la "Teoría de la conservación de los actos procesales", la cual evita en la manera de lo posible, la anulación de actuaciones procesales por causa de simples formalismos cómodamente subsanables.[165]

Asimismo, pueden agregarse como justificantes de la conservación de las actuaciones judiciales, que ante un error en la elección del proceso adecuado, de ninguna manera vulnera derechos procesales en perjuicio de las partes; porque, la forma común es la tramitación más completa para garantizar los derechos procesales elementales, tales como: el someterse a un Juzgador con mayor conocimiento; contar con plazos procesales amplios; y, la posibilidad de ejecución de mayor cantidad de audiencias, entre otros.

2.2.5 Cuestionamiento de proceso adecuado

La elección del proceso adecuado, como se dijo hasta el momento, dependerá del contenido de las pretensiones, primordialmente de la materia y subsidiariamente de la cuantía. Aquella información se consigna y desprende del contenido de la demanda interpuesta, donde se expresa justificadamente la pretensión a reclamar.

El cuestionamiento sobre la elección correcta del proceso adecuado pareciera que inicialmente esta confiado sólo al demandado; tal idea es imprecisa, debido a que el primer acercamiento al escrito de la demanda es del Juzgador ante quién se interpuso; él es quien deberá examinar in limine la elección correcta del proceso, tomando en cuenta los criterios de competencia objetiva expuestos oportunamente.

165 CANALES CISCO, O. A. *Nulidad de Actuaciones Judiciales en el Proceso Civil Salvadoreño*, pp. 88-90.

Consecuencia de ese primer acercamiento judicial a la demanda surge la obligación de examinar el procedimiento adecuado; dicha actuación será ejercitada por el Juzgador desde un inicio, aún previo a la instalación de la audiencia preparatoria o única audiencia según sea el tipo de proceso declarativo. La actuación judicial señalada deviene del principio "*Iura Novit Curia*", -El Juez conoce del derecho- y el principio "Dadme los hechos y te daré el derecho"; es por eso que, si el Juez conoce la ley procesal aplicable al caso concreto, tiene la obligación de encausar a las partes sobre el adecuado proceso, en caso que se invoque erróneamente el mismo. Tal facultad judicial correctiva aplica no sólo para el proceso judicial, sino también a cualquier procedimiento específico que origine cualquier audiencia incidental.

En conclusión, al igual que el Juzgador, el demandado posee el derecho de denunciar en la contestación de la demanda sobre el inadecuado proceso elegido por el demandante. Aunque ante la denuncia del demandado será hasta la celebración de la audiencia preparatoria donde se resolverá el defecto procesal señalado.

La finalidad del anterior señalamiento es subsanar el proceso y nada más, ya que el error procedimental inducido por el demandante, jamás tendrá efectos procesales conclusivos; por lo que deberá continuarse con la sustanciación del proceso una vez corregido su procedimiento conforme a las pretensiones deducidas.[166]

Para finalizar estos comentarios sobre el procedimiento adecuado, es importante referirse sobre la imposibilidad de alterarse el proceso declarativo iniciado cuando posteriormente se modifican las circunstancias esenciales; entre estos, el valor monetario de la pretensión que sustente la cuantía consignada en la demanda que dio lugar desde el inicio a la elección del proceso. Independientemente se modifique la pretensión, sea aumentando o disminuyendo el valor de mercado del objeto litigioso por circunstancias sobrevinientes, tal variante económica no implica la alteración de la clase de proceso en el transcurso del mismo, acorde al art. 244 inciso 3° C.P.C.M.

2.2.6 Impugnación de la clase de proceso y cuantía

La posibilidad de impugnación por parte del demandado, como dice la legislación procesal, se desprende de la posibilidad que el proceso patrimonial invocado por el demandante fundado en el valor de la pretensión y la materia sea el incorrecto.

Tal imprecisión, surge por el hecho del erróneo valúo de la pretensión propuesta en la demanda. Ante tal suposición, la nueva ley procesal otorga expresamente al demandado

166 Históricamente, la jurisprudencia civil nacional regulo de manera contraria la facultad en comento, aquella enmarco el defecto procesal de mala elección del proceso patrimonial inducido por el demandante, como un defecto insubsanable, conocido por la comunicada jurídica como: "Ineptitud de la demanda"; este motivo era suficiente para la conclusión del trámite de manera anormal y anticipada. Dicha reacción judicial se origina por la limitada concepción sostenida del principio de "Iura novit curia", el cual siempre ha pregonado la facultad judicial de adecuación del proceso ante una errónea invocación del demandante. S.S.C. Exp. 47-AP-2005, 25/04/2007; y el Exp. 2-AP-2006, 10/12/2007.

la facultad de impugnar dicha elección procedimental, fundada en la cuantía y la clase de proceso, la cual fue consignada en el auto de admisión de la demanda, conforme al art. 245 inciso 1° C.P.C.M.

Conforme a la misma línea legislativa, el demandado dispondrá de la impugnación del adecuado proceso por razón de la cuantía únicamente: Cuando se haya planteado la demanda en un proceso declarativo común y aquel considere, que el proceso correcto era un proceso declarativo abreviado por razón de la cuantía, o bien un proceso especial por razón de la materia.

Ejercitada la impugnación por la clase de proceso y cuantía se tratará de corregir la tramitación de la pretensión planteada por el demandante, así podrá continuar el proceso en su cause normal, de ninguna manera se trata de una alegación que produzca efectos procesales conclusivos.

La denominada impugnación no es propiamente la idea manejada en materia de recursos judiciales, sino más bien posee una connotación de denuncia de defecto procesal subsanable, la cual es comprendida en una excepción procesal alegada por el demandado en el plazo para contestar la demanda.

El defecto procesal será resuelto por el Juzgador en la audiencia preparatoria, luego de vencido el plazo de veinte días para contestar la demanda e incluir la inconformidad del proceso invocado por razón de la cuantía de parte del demandante, precluye tal derecho, de acuerdo al art. 245 inciso 2 ° con relación a los arts. 298 inciso 2 ° y 303 C.P.C.M.[167]

Cabe plantearse la duda, ¿Podrá impugnarse o denunciarse por el demandado la vía procesal errónea en cualquier momento del proceso y en las instancias? Categóricamente, sí procede la denuncia de parte, indicando la existencia del defecto procesal señalado. En este caso, la tramitación para resolver la vía procesal errónea se sujetaría al fijado para las cuestiones incidentales del art. 263 C.P.C.M., en adelante.

167 Cuando la nueva ley procesal utiliza el concepto de "Impugnación de la clase de proceso y de la cuantía", aparentemente nos da entender que el demandado ejercitara un recurso judicial, lo cual no es cierto, porque hasta el momento no existe resolución judicial que cause agravio, sólo se cuenta con el auto de admisión de la demanda, la cual fue comunicada mediante emplazamiento. Abonado a lo anterior, si procediere alguna impugnación, este sería por medio del recurso de revocatoria, lo cual no es cierto, pues al estar frente a un plazo de veinte días de interposición, rompe con las reglas generales del recurso no devolutivo, tanto en el plazo y la forma de interposición, conforme al art. 504 Pr. C. En suma, la nueva ley en lugar de referirse a impugnación de la clase de proceso y de la cuantía, ésta debió consignarse como: el derecho a favor del demandado para corregir un defecto procesal subsanable y nada más, porque el mismo consiste en una alegación en ese sentido.

2.3 EL ACTO DE CONCILIACIÓN

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. 1. Competencia; 2. Materias excluidas de la conciliación; 3. Solicitud de conciliación: 3.1. Trámite de la admisión de la solicitud; 4. Asistencia a la audiencia; 5. Celebración de la audiencia. II. IMPUGNACIÓN Y EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE CONCILIACIÓN. 1. Impugnación del acuerdo de conciliación; 2. Ejecución del acuerdo de conciliación.

CONSIDERACIONES GENERALES

La conciliación objeto de estudio es la preventiva o preprocesal, al tomar como perspectiva principal, el inicio del proceso judicial, durante el cual se realiza un nuevo intento de conciliación, pero esta vez de manera intraprocesal.

Ambas clases de conciliación judicial se distinguen esencialmente en que la conciliación preprocesal es un procedimiento judicial optativo del cual pueden hacer uso los litigantes en conflicto; en cambio, en la conciliación intraprocesal es un contenido obligatorio para la audiencia preparatoria en el proceso común o la única audiencia para los procesos que rigen sus destinos conforme al procedimiento abreviado. Como suele sostenerse en materia procesal, la conciliación tiene por finalidad lograr, si fuera posible, un acuerdo entre los litigantes que evite el desarrollo de todo un proceso judicial con todas sus consecuencias negativas sobre el desgaste emocional, el tiempo y dinero invertidos.[168]

A la idea anterior, se agrega que la conciliación se origina de un conflicto de intereses, y tal acuerdo se realiza en presencia de la autoridad jurisdiccional designada por la legislación procesal.[169]

La legislación especial salvadoreña entiende por conciliación de la manera siguiente: "Un mecanismo de solución de controversias a través del cual, dos o más personas tratan de lograr por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda del Juez o árbitro, según el caso, quien actúa como tercero neutral, y procura avenir los intereses de las partes", art. 3 letra b) L.M.C.A. Por otro lado, la nueva ley procesal civil y mercantil por su perfil general únicamente nos recuerda que el acto de la conciliación tiene por objeto evitar un proceso, art. 246 C.P.C.M.

Debe dejarse claro que la actividad de conciliación como tema central de las presentes reflexiones se circunscribirá a la sucedida en sede judicial preprocesal, dejando por fuera las conciliaciones realizadas ante las autoridades administrativas o los tribunales arbitrales, como ha quedado demarcado en el párrafo anterior.

168 ASCENCIO MELLADO, J. M. *Derecho Procesal Civil*, Parte Primera, 2ª edición, Ley 1/2000, p. 173.
169 MONTERO AROCA, J. *El Nuevo Proceso Civil, (Ley 1/2000).* AAVV., pp. 216-217.

2.3.1 Competencia objetiva

El conocimiento y la sustanciación de las diligencias judiciales de conciliación preprocesal corresponden al Juzgado de Paz competente, según los arts. 32 y 246 C.P.C.M.

Siendo más preciso en la indicación ante quién se promoverán las diligencias de conciliación, se tomarán en cuenta sólo las reglas generales y especiales de competencia relativas al territorio, comprendidas en los arts. 33-36 C.P.C.M.

Quedan al margen para la fijación de competencia sobre la conciliación, el resto de criterios de distribución de competencia como la objetiva en lo que respecta a la cuantía, en virtud que independientemente el valor de lo pretendido en la solicitud no influye en la fijación del Juzgado de paz competente.

Establecida la exclusividad de la competencia de las diligencias de conciliación, de lógica se deduce que la parte citada judicialmente para audiencia podrá alegar la incompetencia por falta de territorio; es decir la declinatoria, art. 42 C.P.C.M, siendo posible al no respetarse el precepto principal del domicilio del responsable contra quién se pretende la conciliación.

2.3.2. Materias excluidas de la conciliación

Debido a los efectos definitivos y ejecutorios que pudieran producirse en el arreglo conciliatorio, en el cual se obtenga un resultado menor de lo pretendido, esperado y eventualmente comprobado, tales efectos en la negociación son tolerables en cualquier patrimonio, excepto en aquellos que requieren una protección especial conforme a la voluntad legislativa, estos se encuentran sistematizados en el art. 247 C.P.C.M.

Esos supuestos patrimoniales están destinados a lograr un bienestar de la colectividad al ser un componente de la hacienda pública estatal y los patrimonios socialmente protegidos. Así tenemos las materias excluidas de la conciliación, las siguientes:

a) Procesos de interés del Estado, las administraciones públicas, corporaciones o instituciones de igual naturaleza. Indistintamente la calidad de parte en la que pueda intervenir eventualmente en un proceso contencioso.

b) Procesos en los que el Estado intervenga junto a éste personas privadas, como principal o coadyuvante. Se excluyen principalmente la intervención frente a responsabilidad civil estatal solidaria junto a los funcionarios que pudieren ser demandados, art. 245 C.N.

c) Procesos en que estén interesados los incapaces. Dicho supuesto comprende la imposibilidad de intentar conciliar a los representantes a nombre de los menores de edad y los mayores de edad incapaces en pudieran resultar involucrados como partes.

d) Procesos en los que se niegue dicho trámite por ministerio de ley y los promovidos sobre materias no susceptibles de transacción, ni compromiso. En este supuesto la prohibición se encuentra contenida en leyes especiales que regulan la materia.

En el caso de planteársele al Juzgado de paz una solicitud de conciliación donde involucre cualquiera de los supuestos legales planteados, se deberá rechazar la misma por improponible, sea in limine o en el transcurso de las diligencias, en virtud que la pretensión conciliatoria no se encuentra sujeta a la protección jurisdiccional.

2.3.3. Solicitud de conciliación

Por esencia la conciliación preprocesal, utilizando expresiones legales, son diligencias judiciales no contenciosas, de ahí que el *Petitum* se encuentre contenido en una solicitud, cuya información contentiva es mínima en comparación a la demanda planteada en los procesos contenciosos. Esto era de esperar, pues dicha información descansa en la referente al pleito en concreto y los datos de la persona presentante y hacia quién va dirigida. Así se desprende de la lectura del art. 248 C.P.C.M.

La solicitud conciliatoria no requiere de la mención de medios probatorios, en virtud que no servirán de ninguna manera al Juzgado de paz, quién ejercerá únicamente una labor de aproximación entre los involucrados de la manera establecida legalmente.

El acento de la solicitud en comento lo lleva en la narración de los hechos de manera clara y concreta sobre los cuales verse su petición, así como su el monto económico de los pretendido, si esa fuera la pretensión. Todo esto si es necesario para que el destinatario sepa frente a lo pretendido.

Un requisito no expresado en la norma jurídica que debe agregarse es la postulación preceptiva referida por el art. 67 C.P.C.M. Si bien es cierto, estas diligencias fueron concebidas para una intervención directa del litigante, sin intervención técnica del abogado, esta facilidad desapareció al adoptarse el imperativo de la norma citada.

2.3.3.1. Trámite de la admisión de la solicitud

Al igual que la demanda, también la solicitud puede recorrer las mismas vías, siendo estas: la admisión, la prevención y el rechazo de la misma. Quedemos con las últimas dos posturas judiciales. La prevención resulta de la solicitud cuya información sea incompleta, siendo esta básicamente la señalada en el art. 248 antes comentado. Ante este supuesto la legislación procesal designa un plazo máximo de cinco días para que el interesado brinde o corrija la información objeto de prevención.

Es de advertir, que la omisión legal en indicar, cual es la consecuencia producida cuando el solicitante no subsana o corrige los defectos señalados en la prevención; aquí se hará una analogía con el art. 278 C.P.C.M., el cual indica la ocurrencia del supuesto planteado será la inadmisibilidad de la solicitud.

Igual razonamiento por analogía se aplicará al rechazo judicial de la solicitud que contenga defectos insubsanables, tales como aquellas presentadas sobre materias excluidas de la conciliación, o bien cuya pretensión no goce de protección jurisdiccional, en consecuencia se deberá pronunciarse la improponibilidad de la solicitud conciliatoria. Fuera de las expresiones legales de rechazo no cabe ninguna otra, al excluirse la creatividad judicial sobre el tema. Cualquiera sea la expresión de rechazo de la solicitud, la nueva legislación procesal niega la generación de toda clase de efectos favorables al solicitante, como la interrupción de la prescripción, de acuerdo a los arts. 249 inciso 2º y 3º C.P.C.M.

Frente al supuesto positivo que la solicitud cumple con la información requerida legalmente, el Juzgado admitirá la misma y citará a las partes a la celebración de la audiencia conciliatoria en los plazos fijados en el art. 250 C.P.C.M.

2.3.4. Asistencia a la audiencia

Tratando de ser congruentes con la comunicación enviada en las diligencias conciliatorias, se dijo que la nueva ley procesal manda a citar a las partes, sobre este punto conviene aclarar si aquel comunicado pretende que los involucrados asistan o comparezcan, puesto que estos son conceptos distintos, el primero es voluntario y el segundo es obligatorio.

En consecuencia, si se emplea la expresión "cita", la misma se entiende que las partes deben comparecer obligatoriamente.

Por tanto a pesar de la utilización de la palabra "asistencia a la audiencia", como se titula el art. 251 C.P.C.M., se entenderá que las partes deberán comparecer, pues de no ser así, no se producirían una serie de efectos perjudiciales a los mismos. Entre esos posibles por incomparecencia de las partes se tienen los efectos siguientes:

a) Incomparecencia injustificada del solicitante, se tendrá por no presentada la solicitud, archivándose lo actuado.

b) Incomparecencia injustificada de la otra parte, se considerará sin efectos la conciliación intentada.

c) En los casos anteriores, el no compareciente será condenado en costas en beneficio de la parte que si compareció.

d) Incomparecencia de ambas partes, cada quién cubrirá las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

A pesar de lo escrito en la ley procesal, más que asistencia voluntaria de las partes a la audiencia conciliatoria, la cita significa una verdadera comparecencia a las aquellas, porque se producen una serie de efectos propios del incumplimiento al llamado judicial a dicha audiencia especial.

2.3.5. Celebración de la audiencia

La audiencia conciliatoria podrá desarrollarse normalmente siguiendo su agenda, sólo cuando comparezcan ambas partes debidamente convocadas al efecto; caso contrario, la asistencia de una sola de ellas, siempre se deberá instalar la audiencia para dejar constancia de la comprobación de la comparecencia, redactándose el acta judicial respectiva, para los efectos legales consiguientes.

La instalación de la audiencia bajo las circunstancias especiales de incomparecencia de una de las partes es de imperativa realización, sin caer en la desidia de ni siquiera haberse instalado la audiencia y redactar el acta como un mero formalismo, pues se incumpliría una de las principales obligaciones judiciales para estos procesos por audiencias.

Operativamente, el punto importante de la agenda de la audiencia de conciliación será el avenimiento de las partes para lograr acuerdos. El protagonismo en la intervención de la audiencia es propio de las partes con la debida asistencia de sus respectivos abogados, de conformidad a las reglas contenidas en el art. 252 C.P.C.M. Al constituir una audiencia especial posee ciertas particulares que difieren de la reglamentación del régimen general de las audiencias, aunque lo no regulado, éstas le aportarán la tramitación complementaria.

Luego de las intervenciones respectivas, si las partes no hubieren logrado inicialmente un acuerdo satisfactorio del trato directo, el Juez podrá sugerir soluciones equitativas, basados en los ofrecimientos de aquellas sin introducir nuevos hechos no propuestos, ni discutidos por las partes. [170]

Una vez concluidas las intervenciones de las partes durante un tiempo prudencial, como resultado de las conversaciones pueden acontecer los supuestos siguientes: Principalmente, la avenencia por acuerdos conciliatorios y como efecto secundario puede darse en esta audiencia un acuerdo transaccional preventivo, art. 2192 C.C.;[171] y, la terminación de la audiencia sin avenencia, a pesar de las sugerencias equitativas propuestas por el Juez.

---

170 ARIAS GARCIA, E. R. Las Diligencias Conciliatorias Civiles en Sede de Juez de Paz. *Ventana Jurídica, Nº 2 Año I-Vol.2*, Septiembre- Diciembre 2003. San Salvador, El Salvador, 2004. AAVV., p. 231. De acuerdo al citado autor, el rol del Juez en la audiencia conciliatoria conforme al Código de Procedimientos Civiles/1882, lo enmarcaba de la manera siguiente: "La avenencia, en caso de lograrse, es obra de las partes, no existiendo decisión judicial que resuelva el conflicto. El Juez se limita a aproximar a las partes, pero no resuelve". Dicha opinión sobre la actividad judicial es perfectamente aplicable, a la conciliación preventiva celebrada siempre ante el Juez de Paz en la nueva ley procesal civil y mercantil.

171 FORNACIARI, M. A. *Modos Anormales de Terminación del Proceso*. Tomo II, pp. 119, 124-125. Para el doctrinario argentino el acuerdo conciliatorio puede contener una transacción, un allanamiento en fin, un acto complejo que participe de algunas de estas formas extintivas de manera combinada. Personalmente, no comparto el criterio señalado, tomando como referencia el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, pues considero que la consecuencia de la conciliación preventiva no puede producir un desistimiento o renuncia, un allanamiento, ya que son productos propios de un proceso judicial contencioso; pues lo que verdaderamente se obtiene en esta etapa previa es una avenencia de las personas involucradas es un arreglo conciliatorio. Las instituciones procesales inicialmente mencionadas sólo procederán en la conciliación intraprocesal, según lo establecido en el art. 296 C.P.C.M.

Aunque en el primer supuesto el Juez deberá tener en cuenta, previa aprobación del acuerdo, que lo convenido no constituya una lesión grave para alguna de las partes, de fraude de ley o de abuso de derecho; si existiere alguno de estos aspectos el Juez no aprobará el acuerdo alcanzado por las partes.

2.3.6 Impugnación y ejecución del acuerdo de conciliación

Parece increíble que la legislación procesal reconozca la posibilidad de impugnar la resolución que aprueba el arreglo conciliatorio logrado por las partes. Esta afirmación se sustenta en el entendido que en el mismo fue aceptado voluntariamente. De igual forma la ejecución del acuerdo de conciliación descansa sobre la base de la intencionalidad de las partes en darle cumplimiento al acuerdo.

Partiendo de las ideas anteriores, vale la pena dedicar breves pero interesentes reflexiones sobre el tema planteado en el párrafo anterior.

2.3.6.1. Impugnación del acuerdo de conciliación

Las ideas generales sobre la impugnación del acuerdo de conciliación que pueden proponerse para ser aclaradas son las siguientes: la clase de recurso judicial, el Juzgado competente, el objeto de impugnación, el plazo de interposición, la legitimación, sin dejar a un lado el procedimiento aplicable en el conocimiento del recurso.

La impugnación de la resolución que aprueba los acuerdos se logra mediante el recurso de apelación, lo cual sigue la lógica que toda resolución definitiva será impugnada por dicho recurso, lo que sí constituye una marcada diferencia es la competencia, al habilitarse al Juzgado de Primera Instancia que pudiera conocer de las causas de invalidación de los contratos, según el art. 253 inciso 1º, el cual encaja en el art. 30 ordinal 4º C.P.C.M. Para delimitar aún más la competencia funcional deberá utilizarse analógicamente el precepto debidamente matizado de la manera siguiente: "Conocerá de la apelación el Juzgado Primera Instancia de la jurisdicción a la que pertenezca el Juzgado de Paz que aprobó el arreglo conciliatorio del cual se recurre". Tal precepto se extrae del contenido en el art. 508 inciso 2º C.P.C.M.[172]

El objeto de impugnación se circunscribe a los agravios referentes a las causas que invalidan los contratos, por tal razón debemos tomar dichas causas que producen la nulidad absoluta o la nulidad relativa de los actos y contratos; es decir, aquellas mencionadas por los arts. 1551 y 1552 C.C.

El tiempo para demostrar la inconformidad contra el acuerdo de conciliación, más que un plazo de impugnación, puede verse como un plazo de caducidad para ejercer la pretensión de nulidad del acuerdo conciliatorio, pues se fija en treinta días de aquel en que se adoptó

172 Para un mejor entendimiento, la expresión legal de jurisdicción utilizada en la norma procesal citada deberá entenderse como sinónimo de la competencia territorial.

el acuerdo, o bien desde que lo conocieran los posibles perjudicados, según el art. 253 inciso 2º C.P.C.M.[173]

La legitimación en la apelación del acuerdo conciliatorio se reconoce no sólo a las partes intervinientes en las diligencias, sino además a las personas que pudieran salir perjudicadas por dicho arreglo.

El procedimiento aplicable en el recurso de apelación contra la resolución pronunciada en estas diligencias judiciales será aquel aplicables analógicamente las reglas generales a la apelación contenidas en los arts. 508 al 518 C.P.C.M., teniendo en cuenta las particularidades del objeto de impugnación en el presente caso.

2.3.6.2. Ejecución del acuerdo de conciliación

Cuando el acuerdo de conciliación no se haya cumplido voluntariamente por aquella parte que resultó vinculada, la parte favorecida podrá acudir ante el Juzgado de Primera Instancia de la circunscripción territorial a la que pertenece el Juzgado de Paz quién aprobó el acuerdo con el objetivo de ejecutar dicha resolución.

Considero oportuno comentar la expresión legislativa utilizada en el art. 254 C.P.C.M., en el sentido de darle el correcto entendimiento, pues la norma procesal citada sostiene lo siguiente: "Lo acordado en conciliación tendrá fuerza ejecutiva entre las partes". Tal expresión no se encuentra acorde al efecto; porque la fuerza ejecutiva posee aquellos documentos para iniciar una pretensión ejecutiva, conforme al art. 457 y siguientes C.P.C.M.

Entonces se debió consignar la expresión, "título de ejecución" y no "fuerza ejecutiva", cuando se refiere al trámite a emplearse. La anterior imprecisión fue superada en el art. 295 C.P.C.M., al referirse a la ejecución del acuerdo, pero esta vez en sede intraprocesal.[174]

Finalmente, la aparente confusión identificada anteriormente, es aclarada mediante el contenido de las normas complementarias referentes a la ejecución forzosa del acuerdo conciliatorio aprobado, entre estas se mencionan los arts. 554 ordinal 3º y 561 inciso 4º C.P.C.M.

173 La impugnación regulada por la nueva legislación procesal civil y mercantil salvadoreña contra el acuerdo conciliatorio, sin duda alguna constituye una modificación a la vía procesal adecuada conforme a las reglas generales para reclamar la nulidad de dicho acuerdo, en su lugar se sustituye la utilización del recurso de apelación, otorgándole un plazo breve en comparación de aquellos señalados para lograr la ineficacia de los contratos.

174 Las consecuencias reguladas en los arts. 254 y 295 C.P.C.M., obedecen a una misma razón, siendo ésta el incumplimiento voluntario del acuerdo conciliatorio, dándole un trámite de satisfacción más eficaz y directo, en lugar de enviarlo a promover un proceso de condena, la nueva ley procesal envía directamente a la promoción de un proceso de ejecución utilizando como título de ejecución la certificación de la resolución del acuerdo conciliatorio logrado en la sede respectiva, así se desprende de la lectura del art. 554 ordinal 3º C.P.C.M.

2.4 DILIGENCIAS PRELIMINARES

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. OBJETO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES. III. SUSTANCIACIÓN DE LAS DILIGENCIAS: 1. Competencia judicial. 2. Solicitud y caución. 3. Decisión sobre la solicitud. 4 Incidente de oposición. IV. APLICACIÓN DE LA CAUCIÓN Y COSTAS.

2.4.1 Consideraciones generales

Partiendo de la premisa sentada en el art. 17 inciso 2°, el cual revela que la aplicación del cuerpo normativo en general es aplicable principalmente para los procesos civiles y mercantiles contenciosos; lo cierto es que, el C.P.C.M. incluye además en su contenido una serie de procedimientos judiciales no contenciosos, entre estos, el tema a desarrollar a continuación, siendo éste "Las Diligencias Preliminares".

Los Juzgados y Tribunales además de intervenir en la labor jurisdiccional, brindan otro tipo de servicios en colaboración a los usuarios sobre solicitudes, resaltando aquellas que pretenden preparar un futuro proceso patrimonial, recabando la información necesaria para plantear completamente la futura demanda, o bien en su caso preparar su defensa.

A estos procedimientos judiciales el recién derogado C.P.C./1882, les llamaba como: "Actos previos a la demanda".[175]

Para tener una idea general sobre el significado de las Diligencias preliminares reguladas en la nueva legislación salvadoreña, a partir del art. 255 C.P.C.M. Considero oportuno citar la idea que al respecto sostiene un sector de la doctrina argentina sobre el tema, con la aclaración que a tales procedimientos se les denominan como: "Medidas preparatorias" denominadas así por el Código Procesal Civil y Comercial de Argentina. A estas se les define como: "Aquellas que persiguen la individualización de los sujetos del proceso, su capacidad y legitimación, así como la determinación de datos sobre el objeto o sobre el tipo de proceso a iniciar".[176]

Como puede apreciarse tal idea sobre el contenido de las diligencias preliminares, sin realizar mayor esfuerzo intelectual es perfectamente trasladable hacia nuestro ordenamiento jurídico nacional.

175 Por el tiempo de vigencia del C.P.C. consideraba dentro de los actos previos a la demanda, no sólo contenía los procedimientos cuyo objeto era preparatorio de futuros procesos; sino además, involuntariamente comprendía otros trámites con objetos distintos tales como las medidas cautelares, entre estas el secuestro preventivo de bienes muebles y anotaciones preventivas sobre inscripciones registrales.

176 ARAZI, R. *Derecho Procesal Civil y Comercial*, p. 225.

2.4.2 Objeto de las diligencias preliminares

Es indudable que las diligencias preliminares en la nueva legislación procesal salvadoreña en el art. 255 C.P.C.M., se les atribuye una justificación preparatoria claramente definida. Ese elemento distintivo en las diligencias es reconocido desde tiempos históricos, viéndose reflejado en la expresión siguiente: "Invanum abeo iuris", que trasladado al castellano se traduce de manera siguiente: "Que quede en la nada la relación jurídica u objeto litigioso".[177] Lo anterior justificación histórica mantenida al paso de los siglos cae por gravedad propia; pues, sin la mínima información requerida para la ilustración inicial del Juzgador, las partes poco o nada podrán hacer frente al seguro rechazo de sus intervenciones debido al planteamiento deficiente de sus respectivas alegaciones iniciales.

Una de las principales bondades de la nueva regulación procesal civil y mercantil salvadoreña respecto a las diligencias preliminares objeto de los presentes comentarios, es la implementación de la oralidad y la unificación del trámite de las mismas; apartándose de la tediosa dispersión de procedimientos y efectos dados en el tratamiento del C.P.C.

En esa misma línea de pensamiento, en lugar de designarse a cada diligencia preliminar con un nombre y trámite específico, ahora con la entrada en vigencia del nuevo cuerpo normativo se les asigna de forma correcta, un trámite de carácter genérico, diferenciándose únicamente por su objeto perseguido.

De manera general, las diligencias preliminares pueden agruparse de acuerdo a un objeto común, aunque lo distintivo entre una y otras será el tipo de proceso para el cual se les destine en el futuro proceso sea declarativo o especial, así se tienen los siguientes:

a) Relativas a la obtención de información para individualizar al futuro demandado, tales como: La capacidad, la representación, la legitimación procesal, la necesaria integración de la representación legal de los menores y los incapacitados, entre otros objetos, según art. 256 ordinales 1°, 2° y 7°.

b) Relativas a la exhibición documental de quién los posea, sirviendo estos eventualmente como medios de prueba, o bien como identificación del objeto litigioso y se encuentren en poder del futuro demandado o de terceros, por ejemplo: El aseguramiento de cosas, documentos en general, los contratos de seguro de responsabilidad civil, los objetos que comprueben la competencia desleal, los registros contables y demás documentos relacionados con el giro de las empresas mercantiles, conforme al art. 256 ordinales 3°, 4°, 5°, 11°, y 17°.

c) Relativas a las conductas de hacer o no hacer del futuro demandado, propiciando la realización o no de determinadas conductas, tales como: La citación para

177 LORCA NAVARRETE, A. M. *La Regulación de las Diligencias Preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Revista de Derecho Civil, LA LEY.

el reconocimiento de documento privado, la determinación de la jactancia del supuesto acreedor, el cese de los actos de competencia desleal, el requerimiento para contratar, la rendición de cuentas, según el art. 256 ordinales 9°, 10°, 12°, 15°, 16°.

Cabe resaltar que, algunos de los objetos perseguidos por las diligencias preliminares enunciadas en el art. 256 C.P.C.M., al no estar incluidos en las categorías antes señaladas, no significa que los mimos sean de menor importancia; más bien, estos encajan en una categoría especial residual, por tener objetos múltiples.

2.4.3 Sustanciación de las diligencias

La sustanciación de las diligencias preliminares como su nombre lo indica, exclusivamente precede a la iniciación de un proceso civil y mercantil; en otras palabras, las diligencias constituyen un verdadero trámite autónomo y subsisten de manera independiente, jamás pueden ser consideradas como trámites accesorios a un proceso principal; es decir, como una cuestión incidental. Todas las averiguaciones para completar la información para la elaboración de la demanda, la disponibilidad de los medios probatorios y el objeto litigioso deben estar al alcance de las partes, antes de la iniciación del proceso, caso contrario la demanda será rechazada.

Claro está que las diligencias poseen un objeto general y específico, el primero se refiere a la preparación de la demanda y la preparación de la defensa o para el eficaz desarrollo del procedimiento, tal y como se desprende del art. 255 inciso 1º C.P.C.M., sobre el segundo objeto se tratará mas adelante.

Como ha quedado evidenciado, el trámite asignado por la nueva legislación procesal a las diligencias preliminares ha sido unificado, independientemente del objeto que las mismas persigan. En virtud de lo anterior, resultará de fácil comprensión la aplicación del procedimiento que a continuación se desarrollará.

2.4.3.1. Competencia judicial

Respecto a la competencia judicial, la legislación fija de manera sencilla y clara las reglas ante cual Juzgado deberán tramitarse las diligencias preliminares, conforme a lo estipulado en el art. 257 C.P.C.M., dicha norma jurídica toma de referencia dos parámetros, siendo estos los siguientes:

a) Regla de carácter general y principal donde se fija que será competente el Juez del domicilio de la persona que deba declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones.

b) Regla especial y subsidiaria, la cual fija la competencia al Juzgado que deba darle curso a la futura pretensión del proceso civil o mercantil que se pretende preparar por el solicitante de las diligencias preliminares.

Se tilda de especial el segundo criterio de competencia, en virtud que únicamente se habilita su aplicación ante la imposibilidad de utilizar la regla general y principal; de ahí, su carácter subsidiario.

Entre los supuestos concretos que abren la posibilidad de aplicar esta segunda regla de competencia en las diligencias preliminares son los siguientes: a) Cuando la diligencia tenga por objeto la integración de la representación legal de los menores, los incapacitados, y los hijos menores que deban litigar contra los padres por medio de la Procuraduría General de la República, o por lo medios establecidos por la ley, según el art. 256 ordinal 2º; y, b) Cuando el objeto sea la determinación judicial del grupo de afectados en los procesos para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, de acuerdo al art. 256 ordinal 6º.

Bajo la misma idea acerca del criterio especial y subsidiario; es de advertir, que no sólo tendrá lugar al desconocerse el domicilio del requerido; además, en los supuestos donde el criterio territorial no pueda ser utilizado como referencia para fijar la competencia conforme a las reglas generales, tal es el caso de las demandas promovidas contra el Estado de El Salvador, acá el art. 257 inciso 1º, indudablemente nos remite tácitamente a lo regulado por el art. 39 C.P.C.M.

En definitiva, las normas competenciales para las diligencias preliminares se distinguen de las normas generales sobre la competencia, al limitársele el derecho a la impugnación a instancia de parte, según el art. 257 inciso 2º; debiendo entenderse en este último apartado que el concepto de "parte", se refiere de manera precisa al "requerido", pues recordemos que se está frente al desarrollo de diligencias y no propiamente ante un proceso patrimonial contencioso.

Esta prohibición expresa al requerido, se justifica en aras de la necesaria prontitud con que deben ser llevadas las diligencias, la finalidad preparatoria de las mismas y la afectación temporal de sus decisiones.

2.4.3.2. Solicitud y caución

Para llevar a cabo las diligencias preliminares se pide al igual que en los procesos patrimoniales contenciosos, la presentación de la solicitud por escrito, de acuerdo al art. 258 C.P.C.M., exige información especial y adicional a cualquier petición dirigida a las autoridades judiciales con el propósito de atender de mejor manera las peticiones preparatorias solicitadas. Tal información esencial y especial se resalta de la manera siguiente:

a) Legitimación procesal activa del solicitante a la luz del art. 66 C.P.C.M., sea como titular de un derecho o un interés legalmente reconocido en relación con la pretensión; viniendo a constituir la misma que será aludida en el futuro proceso civil y mercantil.

b) Fundamentos que apoyen lo pedido. Estas razones son directamente relacionadas con la diligencia que se pretenda promover.

c) Justificación de la necesidad de su adopción. En este requisito se relatará los motivos del solicitante al promover las diligencias y la utilidad que le brindarán con los resultados obtenidos sea mediante la declaración, la exhibición o la necesaria intervención de las personas hacia quien vayan dirigidas.

d) Si fuere el caso, indicar las personas que deban intervenir. Dependerá del objeto de las diligencias; por tanto, esta exigencia aparece sólo cuando aparezca tal necesidad.

e) Medidas requeridas. Este apartado equivale al *Petitum* de la demanda; es decir las peticiones concretas sobre, cómo deba intervenirse judicialmente para lograr la finalidad de las diligencias promovidas. Básicamente se resume en requerimientos hacia destinatarios determinados.

f) Ofrecimiento del solicitante de las diligencias sobre forma y cuantía de la caución para responder de los gastos y de los daños y perjuicios. Para darle cumplimiento al requisito de la forma y cuantía de la caución, se logra mediante la expresa aplicación supletoria, tomando en cuenta los criterios prescritos en el art. 447 C.P.C.M., los cuales ilustran al solicitante sobre las formas de caución que puede ofrecer y son aceptadas por la nueva legislación procesal salvadoreña.

Adicionalmente a los requisitos arriba señalados el escrito se completa con los requerimientos generales de toda petición dirigida a las autoridades jurisdiccionales, en particular para lo dispuesto a la demanda y las formalidades extrínsecas, tales como los documentos que la deban de acompañar. Para cerrar estos comentarios conviene recordar que, a pesar de la naturaleza no contenciosa de las diligencias preliminares, también le es aplicable la postulación preceptiva; esto último, a pesar del tenor literal del art. 67 C.P.C.M., el cual aparentemente sólo es reclamado para los procesos civiles y mercantiles.

2.4.3.3. Decisión sobre la solicitud

Presentada la solicitud ante el Juzgado o Tribunal competente se deberá examinar que aquella reúna la información general y especial de las peticiones en el plazo de cinco días siguientes a su presentación, según el art. 259 C.P.C.M.

Analizada la solicitud puede esperarse las posturas judiciales iníciales de la admisión o denegación de la solicitud y terminación de las actuaciones por incumplimiento de la rendición de la caución, los cuales se ampliarán de la forma siguiente:

a) Admisión de la solicitud. Si se considera justificada la petición y cumple con todos los requisitos legales, el Juzgador mediante auto estimativo ordenará la práctica de las diligencias solicitadas; juntamente con la fijación de la forma y el monto de

la caución que deba rendir el solicitante para responder de los posibles daños y perjuicios, según el art. 259 inciso 2º C.P.C.M.

b) Denegación de la solicitud. Si la petición carece de algunos de los requisitos legales y estos fueren insubsanables, se denegará la petición de las diligencias preliminares; dictándose al efecto el auto desestimatorio; el cual será comunicado al solicitante. Dicho auto será apelable. La negativa a darle trámite a la solicitud de la diligencia será apelable conforme al art. 259 inciso 3º C.P.C.M. 259 inciso 3º C.P.C.M.

c) Terminación de las actuaciones. Una vez comunicado el contenido de la admisión de la solicitud, el solicitante contará con el plazo de cinco días para prestar o constituir la caución en la forma y monto fijados judicialmente. Vencido dicho plazo sin haber cumplido lo antes ordenado se dictará auto definitivo. Contraria a las reglas de impugnación, la legislación se niega el derecho a recurrir contra este auto definitivo, de acuerdo al art. 259 inciso 4º C.P.C.M.

El resultado obtenido de la práctica de las medidas acordadas en las diligencias preliminares, posee una eficacia temporal, siendo este el plazo de un mes para que el solicitante interponga la correspondiente demanda, según el art. 255 inciso 2 C.P.C.M.; si el solicitante y eventual demandante, aún vencido el plazo anterior presentare la demanda, la información será descartada por el Juzgado mediante el rechazo de la demanda.

2.4.3.4. Incidente de oposición

Una vez notificado el auto de admisión de la solicitud, que a su vez acuerda la práctica de las diligencias preliminares, se producen efectos inmediatos hacia los interesados; respecto al solicitante, la de rendir la caución en la forma y cuantía fijada judicialmente que fue oportunamente comentada; y el efecto tocante al requerido, es el cumplimiento de lo acordado en la forma y plazo para la práctica de la diligencia.

Puede suceder que el destinatario de la práctica de la diligencia preliminar, es decir el requerido, esté en desacuerdo con lo pedido por el solicitante y ordenado por el Juez. Esa disconformidad puede verse manifestada a través del denominado "Incidente de oposición", regulado en el art. 260 C.P.C.M.

Dicha oposición del requerido se formaliza mediante la presentación de un escrito debidamente fundamentado y dirigido al funcionario judicial que le notifico el auto en que se acuerda la práctica de diligencias preliminares dentro del plazo de cinco días siguientes de la comunicación. Recibido el anterior escrito, se convocará a los interesados a la celebración de una audiencia que tendrá por objeto controvertir los fundamentos de la oposición, desarrollándose la audiencia con arreglo a las normas del proceso abreviado, en lo que fuere aplicable, según el art. 260 inciso 2º C.P.C.M.

Existe una distinción sobre el momento en que se resuelve el incidente, respecto a lo establecido en las reglas de tramitación del proceso abreviado, pues en el incidente de

oposición se ordena resolver en la misma audiencia, según el art. 260 inciso 3º. Esto implica la prontitud del Juzgador para dictar de inmediato la resolución de forma oralmente. De esta resolución que decide el incidente se permite una impugnación relativa, al permitirse sólo al solicitante inicial de las diligencias preliminares la interposición del recurso de apelación cuando la decisión estima justificada la oposición del requerido. Queda vedado el derecho a la impugnación de este último interesado, al ver frustrados sus fundamentos de oposición.

En caso del favorecer la decisión a la solicitud de las diligencias preliminares, lo deseado es que el citado o requerido cumpla con las medidas ordenadas judicialmente. Aunque puede suceder que éste, no de cumplimiento a la decisión, independientemente deje vencer el plazo para promover el incidente de oposición, o bien promovido el mismo se desestime los fundamentos.

Presentada la conducta negativa del requerido en el plazo judicial indicado, la ley procesal ofrece una serie de efectos, sustentados algunos en presunciones legales; el ordenar la entrada y registro o el acceso judicial a lugares o bases de datos, entre otros efectos regulados en el art. 261 C.P.C.M. la finalidad de establecer tales efectos ante la negativa del requerido es darle eficacia a las decisiones adoptadas en las diligencias preliminares.

2.4.4 Aplicación de la caución y costas

Como resultado de la invocación de las diligencias preliminares se producen consecuencias de naturaleza económica, estas son resarcidas por los interesados de acuerdo al desenvolvimiento y desenlace del trámite preliminar. Para el caso, serán a cargo del solicitante los gastos ocasionados a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias. En cambio, el requerido desembolsará el valor de las costas que hubiere generado el incidente de oposición, cuando sea desestimado el mismo, art. 260 inciso 3º; y, los gastos incurridos en los casos de negativa del requerido en cumplir lo ordenado para la práctica de las diligencias preliminares, art. 261 inciso 4º C.P.C.M.

En cuanto al destino de la caución prestada por el solicitante para responder de los gastos y de los daños y perjuicios ocasionados a las personas cuya intervención sea requerida; la aplicación de la caución se hará efectiva para cubrir el monto contenido en la petición de indemnización, previa justificación de los gastos presentados por el afectado, no sin antes informarle mediante notificación al solicitante para que oponga si lo desea, sobre los rubros y el monto de los gastos y los daños y perjuicios reclamados, de acuerdo al art. 262 inciso 2º C.P.C.M.[178]

178 El planteamiento legal para el resarcimiento de los gastos incurridos por el requerido en concepto de costas se aparta de la vía normal de reclamación conforme a la Ley de Arancel Judicial. De igual manera la cantidad de dinero reclamada como indemnización de daños y perjuicios, se vuelve rápida y al igual que el rubro anterior se separa del proceso abreviado, según el art. 241 ordinal 1º C.P.C.M. En suma, el procedimiento de cobro de los gastos y la indemnización de perjuicios en las diligencias preliminares es ágil y eficaz, debido a la forma para hacerlo efectivo.

2.5 CUESTIONES INCIDENTALES

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: I. PRINCIPIO GENERAL DE LAS CUESTIONES INCIDENTALES. II. REGLA GENERAL DE NO SUSPENSIÓN DEL PROCESO PRINCIPAL. III. SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN DEL CURSO DEL PROCESO PRINCIPAL. IV. TRAMITACIÓN CONJUNTA. V. PROMOCIÓN ESCRITA DE LA CUESTIÓN INCIDENTAL: 1. Generalidades: 1.1. Requisitos del escrito de la promoción incidental; 1.2. Régimen de admisión del escrito. VI. SUTANCIACIÓN DE LAS CUESTIONES INCIDENTALES: 1. Generalidades; 1.1. Admisión de la cuestión incidental; 1.2. Celebración de la audiencia incidental. VII. DECISIÓN DE LA CUESTIÓN INCIDENTAL: 1. Oportunidad del pronunciamiento; 2. Impugnación de la decisión.

2.5.1. Principio general de las cuestiones incidentales

Tomando como antecedente al Código de Procedimientos Civiles de 1882, el mismo carecía de una sistematización sobre el tratamiento de las cuestiones incidentales que pudieran aparecer durante la sustanciación de los procesos, de tal suerte que de alguna manera uniformara coherentemente los trámites.

Es innegable, el aparecimiento de inconvenientes que eviten el normal desarrollo del proceso judicial, los cuales eviten la continuación del mismo, y como consecuencia la imposibilidad de decidir el objeto principal del proceso civil y mercantil.

Cambia la historia, a partir de la vigencia del art. 263 C.P.C.M., ya que se proporcionan una serie importante de normas jurídicas que tienen por finalidad, brindar la solución de esa carencia normativa de manera sistematizada, comentada en el párrafo anterior sobre le necesidad de la existencia de un tratamiento legislativo para las cuestiones incidentales.

Como primer aspecto, que abre el Capítulo Cuarto Título Primero del Libro Segundo, es sentando el principio general de las cuestiones incidentales.

En dicho principio se reconoce que la tramitación incidental posee un objeto propio que debe decidirse por el Juzgador, por consiguiente se tramitará en pieza separada – expediente separado – salvo disposición legal en contrario, de acuerdo a lo consignado en el inciso 1° de la norma citada. Legislativamente se ofrecen reglas sobre su tramitación general, siendo estas las siguientes:

a) Cuando la cuestión incidental fuere denunciada por los abogados de las partes durante el transcurso de las audiencias serán sustanciados y resueltas en estas.

b) Si la cuestión fuere planteada por escrito fuera de audiencia y ya estuviere próxima la realización de alguna, se incluirá como punto de agenda.

c) Al ser expuesta la cuestión incidental fuera de audiencia por escrito y no hubiere señalamiento de una próxima audiencias, se hará la convocatoria para celebrar una audiencia especial, cuyo punto único será conocer y decidir la cuestión incidental. Este tipo de señalamiento ocurre frente defectos que no permitan la valida continuación del proceso y a su realización mediante sentencia.

d) De manera excepcional, se regulan cuestiones incidentales que deben tramitarse completamente por escrito, cuyos supuestos se apartan de las reglas generales de aplicación, por consiguiente cuentan con estructura propia.

Paralelamente a las reglas anteriores, como se expreso en el párrafo anterior, se agregan otros aspectos procedimentales de las cuestiones incidentales, siendo estos los referentes a la forma de tramitación, los cuales a pesar que encontrarse inmerso en un código de procesos por audiencias como el adoptado por el ordenamiento jurídico salvadoreño.

Este tipo de cuestiones incidentales cuenta con una dosis elevada de escrituralidad, desde su inicio hasta su resolución, este dato curioso no queda ahí, sino además estas formas escritas plantean diversos tramites, al punto de llegar a una variedad, que van desde el plazo para responder la opinión concedida a la parte contraria, pasando en algunos casos por la supresión de la opinión y terminando por la modificación del plazo de resolución de la cuestión incidental. Ejemplos de los supuestos se tienen los siguientes: La tramitación de la recusación, art. 55; la impugnación de la declaración de caducidad de la instancia, art. 138; y, la prejudicialidad penal y la prejudicialidad civil o mercantil, art. 48-51 C.P.C.M.

Los supuestos incidentales antes mencionados, sostiene un sector de la doctrina uruguaya, les califica como "Incidentes nominados o especiales" y las cuestiones incidentales acogidas por las reglas generales del Capítulo Cuarto, Título Primero, Libro Segundo, la misma corriente de pensamiento le identifica como "Incidentes innominados".[179]

2.5.2. Regla general de no suspensión del proceso principal

La nueva legislación procesal civil y mercantil adiciona otra regla especial para la tramitación de las cuestiones incidentales cualquiera sea su clase y sustanciación, en esta ocasión la regla tiene que ver, si el proceso principal se ve afectado por la suspensión, mientras que el procedimiento incidental este pendiente de decisión. De esa idea puede sentarse el principio general acuñado legalmente de la manera siguiente: "La tramitación de una cuestión incidental alegada por las partes, no suspende la continuidad del proceso principal", esta premisa enunciada se extrae del texto del art. 264 C.P.C.M.

Como excepción a la regla general anterior, se presentará el efecto de la suspensión del proceso principal, cuando el defecto cuestionado a instancia de parte con la intención de promover el incidente respectivo, eventualmente pueda ser insubsanable, de tal manera que suponga un obstáculo para la continuación del proceso.

179 TARIGO, E. E. *Lecciones de Derecho Procesal Civil, Según el Nuevo Código*, T. II, p. 383.

No esta demás aclarar que para la aplicación de dicho efecto estudiado, la nueva ley procesal se encarga expresamente de atribuir la suspensión del proceso, lo cual puede verse en los supuestos siguientes: La suspensión del proceso con efecto diferido de la recusación, art. 48 inciso 3º; y el incidente nominado de Sucesión procesal por transmisión del objeto del proceso, art. 88 inciso 2º C.P.C.M.[180]

2.5.3 Supuestos de suspensión del curso en el proceso principal

Se dedicó un apartado específico para resaltar las características que pueden generar el efecto de la suspensión del proceso, a consecuencia de la tramitación de una cuestión incidental para la categoría de los incidentes innominados, de acuerdo al art. 265 C.P.C.M. Entre los supuestos generales de procedencia de suspensión del proceso, se distinguen los siguientes:

a) Falta de un presupuesto procesal, tal como: la capacidad para ser parte, la capacidad procesal, legitimación procesal, la jurisdicción, la competencia objetiva, la litispendencia y la cosa juzgada, siempre que haya sido denunciada luego de terminadas la audiencia preparatoria del proceso común.

b) Cualquier otro defecto procesal ocurrido durante el proceso y cuya decisión sea necesaria; como un defecto de hecho cuya pretensión se sustente en un objeto ilícito, imposible o absurdo; o un defecto de derecho como la denuncia de la utilización del procedimiento inadecuado.

2.5.4 Tramitación conjunta

Vuelve aparecer en el horizonte procesal las manifestaciones del Principio de concentración, consagrado en el art. 11 C.P.C.M., el cual pregona que deberán concentrarse y decirse en una misma resolución todos los puntos pendientes; tal imperativo al ser trasladado a la tramitación incidental, se entiende así: Los defectos procesales que existieren simultáneamente deberán ser alegados por la parte interesada de una sola vez, por escrito o bien en las audiencias siempre que pudieren paralizar el proceso, según el art. 266 C.P.C.M.

Ante el incumplimiento del imperativo legal dirigido a la parte interesada en no alegar de una sola vez, todas las cuestiones incidentales existentes y conocidas, trae como consecuencia el rechazo por improponible de las cuestiones denunciadas tardíamente, sin más tramite. Concentración en el ámbito incidental, implica exponer todos los defectos procesales que generen un incidente de una sola vez; procurando no interrumpir de tanto en tanto el desarrollo del proceso, actuación que pudiera demostrar mala fe del abogado.

180 El efecto de suspender la tramitación del proceso principal e virtud del planteamiento de una cuestión incidental es una labor legislativa para evitar dudas sobre su aplicación ante la diversidad de supuestos, dejando al Juzgador únicamente la aplicación de la suspensión cuando aquella así lo disponga.

Esta respuesta judicial al planteamiento de una cuestión incidental de manera separada no significa que el defecto procesal quedo subsanado y el proceso principal continuará como si nunca hubiese un defecto procesal grave; más bien, el efecto principal de la improponibilidad de la cuestión incidental resta únicamente el efecto suspensivo o de paralización, si ese fuere el efecto legal asignado a la causa alegada tardíamente.[181]

2.5.5 Promoción escrita de la cuestión incidental

2.5.5.1. Generalidades

Como quedo dicho, las cuestiones incidentales pueden promoverse de dos maneras: La primera, mediante escrito fuera de las audiencias y la segunda, durante la celebración de las audiencias. Veamos en esta oportunidad las particularidades en torno a la promoción escrita fuera de audiencia de la cuestión incidental.

2.5.5.1.1. Requisitos del escrito de la promoción incidental

El abogado de la parte interesada que advierte el defecto que pretende sea conocido y decidido mediante una cuestión incidental innominada, conforme a las indicaciones del art. 267 inciso 1º C.P.C.M., presentará un escrito dirigido al Juzgador con las formalidades de toda petición; es decir, similar a la redacción de una demanda en lo que quepa.

Aunque haciéndose énfasis, como lo expresa la norma citada, en la argumentación para lo cual se exige que la petición sea concreta y fundada, tanto fáctica como jurídicamente, acompañando los documentos oportunos relacionados al defecto denunciado, así como la proposición de los medios probatorios, si ese fuere el caso. Indicando además, si la cuestión producirá conforme a los criterios legales la suspensión del curso del proceso principal, si la cuestión planteada no admite tal efecto se omitirá esta última exigencia.

2.5.5.1.2. Régimen de admisión del escrito

Establecidas las exigencias que debe contener el escrito que promueva la cuestión incidental; luego de leído el mismo, es de esperar que la actuación judicial al planteamiento de la cuestión se desplace hacia los sentidos acostumbrados frente a toda petición, siendo estos: la admisión, la prevención y el rechazo del incidente promovido.

181 La causa alegada tardíamente que pudo ser tramitada preferentemente mediante la regulación señalada para las cuestiones incidentales y gozar del efecto de suspensión del proceso por la gravedad de aquel, perfectamente puede ser alegado posteriormente como un motivo de agravio y ser conocido en los recursos judiciales; esto es posible ante una eventual sentencia adversa hacia la parte que no reacciono oportunamente en la primera instancia. Por lo anterior, el Tribunal superior deberá decidir sobre, si aún persiste el defecto procesal. La solución planteada se sustenta en lo escrito en el art. 515 inciso 2º C.P.C.M. Una vez establecido el verdadero efecto que genera el rechazo de improponibilidad referido en el art. 266 C.P.C.M., cabe plantearse, si existe la posibilidad de una condena en costas procesales a la parte beneficiada por la estimación del Tribunal superior jerárquico de la cuestión incidental alegada tardíamente y no de manera conjunta con alguna otra cuestión alegada previamente.

Mediante la admisión del pedido incidental por auto, se inicia el trámite marcado por la legislación para este tipo de procedimiento judicial; una vez agotado aquel se decida la cuestión planteada.

Si fuere el caso de la prevención por incumplimiento de las formalidades exigidas para la admisión del escrito, tanto el trámite como sus efectos se sujetarán, conforme a la integración de normas por interpretación analógica, aplicando lo establecido en el art. 278 C.P.C.M., al punto que podrá ser rechazado el escrito por inadmisible. Finalmente, si el motivo planteado fuere manifiestamente improponible o no se ajustará a los supuestos fijados por el código, la petición incidental se rechazará sin otro trámite.[182]

Para esta clase de cuestiones incidentales se instaura la prohibición de plantear cuestiones incidentales, una vez abierta la audiencia probatoria en el proceso común o una vez admitida la prueba en la audiencia de los procedimientos abreviados, según el art. 267 inciso 3° C.P.C.M.

La prohibición legal aludida de ninguna manera posee oscuras intenciones, sino lo contrario, la norma persigue nobles sentimientos, los cuales procuren la obtención de los medios probatorios propuestos sean recibidos judicialmente, independientemente que la cuestión defecto incidental pueda ser planteado posteriormente en vía de recursos.

Realmente se pretende aprovechar la disponibilidad de los medios de prueba sin interferir la actividad probatoria completa.

Es de advertir que la prohibición sobre la oportunidad de plantear las cuestiones incidentales en la audiencia que tenga por objeto practicar prueba, pues la nueva ley procesal permite algunos casos especiales donde si podrá plantearse los incidentes, tales como: Denuncia de la falta de competencia objetiva, art. 41 inciso 2°; la recusación por causa sobrevenida o desconocida por las partes, art. 52 inciso 2°; la falta de capacidad para ser parte, art. 65 inciso 2° C.P.C.M.

2.5.6 Sutanciación de las cuestiones incidentales

2.5.6.1. Generalidades

Mediante el tema de la sustanciación del incidente se ofrece un panorama completo del procedimiento judicial general, aplicable en principio exclusivamente a los Incidentes innominados promovidos fuera de audiencia y por escrito.

182 El abogado de la parte interesada en promover la cuestión incidental debe ser cauteloso, si insiste en que se conozca aquel ante el mismo funcionario judicial. Aquí podrá utilizarse, el recurso judicial idóneo de revocatoria. Lo anterior, a pesar de ser un rechazo de improponibilidad del escrito, si es que la parte aún se considera agraviada por dicho auto, por dirigirse la impugnación contra un auto simple o no definitivo; siendo improcedente el recurso de apelación, esto es debido a la naturaleza de la resolución pronunciada, según el art. 212 inciso3º con relación al art. 503 C.P.C.M.

La sustanciación incidental se divide en dos etapas: La fase escrita o documental, formada por el escrito inicial para promover la cuestión incidental, junto a la opinión de las partes personadas; y la etapa oral, consistente en la celebración de su propia audiencia incidental, conforme a las disposiciones del art. 268 C.P.C.M.

Esta única audiencia inusualmente puede ser utilizada analógicamente para completar la estructura de algún incidente nominado que carezca de una etapa esencial. Para una mejor comprensión se comentará el procedimiento en sus etapas principales.

2.5.6.1.1. Admisión de la cuestión incidental.

Con la admisión del escrito que pretende promover la cuestión incidental comienza la fase escrita a la que nos veníamos refiriendo. Una vez admitido este escrito, en el mismo auto se deberá ordenar escuchar la opinión de las otras partes comparecientes en el proceso principal, con el propósito que expresen por escrito sus alegaciones de acuerdo a sus intereses, a este puede adjuntarse los documentos oportunos y además proponer los medios de prueba necesarios, si fuere el caso. Esos tres días son un plazo individual dirigido a cada parte que se le haya comunicado dicha resolución; empezando a contar el plazo a partir del día siguiente hábil a la notificación respectiva.[183]

Independientemente, si alguna o todas de las partes de quienes se espera opinen sobre el planteamiento de la cuestión incidental contesten o no, dentro del mencionado plazo, sin más trámite, el Juez reaccionando acorde al impulso oficioso del proceso, citará a todas las partes para que comparezcan a la audiencia, tal como expresa el art. 268 inciso 2º C.P.C.M.

El señalamiento para la celebración de la audiencia será en el plazo de diez días siguientes al de la citación.

2.5.6.1.2. Celebración de la audiencia incidental

Acertadamente, la legislación procesal civil y mercantil se inclino por la utilización de una estructura procesal y las disposiciones de un régimen ya incorporado para uno de los procesos declarativos para el conocimiento de pretensiones concretas, siendo este el proceso abreviado, cuyo régimen de audiencia se ubica en los arts. 425 – 430 C.P.C.M. Dentro del régimen legal aplicable a la audiencia incidental resaltan las siguientes:

a) Los efectos en la comparecencia de las partes a la audiencia, art. 425.

b) El orden y tiempo de intervención de los abogados de las partes para la argumentación de sus alegaciones iniciales, art. 427.

183 Téngase en cuenta que la legislación procesal indica que para considerar un plazo común, éste deberá ser cualificado expresamente de esa manera, así se desprende del art. 145 inciso 1°. Ejemplo del supuesto resaltado, con bastante cercanía al tema, aunque es aplicable exclusivamente al incidente nominado de recusación, art. 55 inciso 2° C.P.C.M.

c) Las diligencias de citación a los sujetos procesales o requerimiento de exhibición de los instrumentos públicos o privados, art. 428.

d) La práctica de los medios probatorios, aplicando directamente el art. 428 inciso 3°, aplicando la autointegración del contenido de los arts. 402-410.

El detalle del régimen general de la audiencia incidental arriba enumerado es modificado por las variantes siguientes: La audiencia podrá suspenderse una sola vez por un plazo mayor de diez días, ante la imposibilidad material de recibir el medio probatorio en la audiencia, art. 268 inciso3°; La prueba pericial propuesta por la parte interesada se limita a la intervención de un solo perito designado por el Juez; La prueba testimonial propuesta se limita a cinco testigos por cada parte y las declaraciones podrán recibirse por el Juez que conozca del incidente, cualquiera fuere el domicilio.

2.5.7 Decisión de la cuestión incidental

2.5.7.1. Oportunidad del pronunciamiento

Respecto a la decisión de la cuestión incidental se pide al Juez que haga el pronunciamiento dentro de la misma audiencia, rompiendo con la posibilidad de diferir la resolución posteriormente de forma escrita; tal como, si es permitido en los procesos declarativos y especiales. A pesar de la exigencia del pronunciamiento oral sobre la decisión de la cuestión incidental, no deberá descuidarse la calidad de su contenido, este cumplirá la forma, la motivación y la congruencia de toda providencia judicial, según las normas procesales pertinentes.

2.5.7.2. Impugnación de la decisión

Merece un comentario especial, el hecho que la ley procesal civil y mercantil reafirme el derecho que las partes poseen de impugnar tal decisión, a través de los recursos judiciales, conforme al contenido de la resolución objeto de análisis, art. 270 C.P.C.M. Lo cual constituye un sano espíritu, más que una regla reiterativa, la misma debe entenderse, como una regla aclaratoria, que no solo afecta a las resoluciones definitivas dadas en los procesos principales, sino también a las proveídas en las cuestiones incidentales innominadas.

La disponibilidad de los medios de impugnación funciona de la manera siguiente: Si la decisión incidental es estimatoria y pone fin al proceso procede el recurso de apelación. En cambio, en todo caso procederá el recurso de revocatoria, si la decisión incidental es desestimatoria de la cuestión incidental planteada.[184]

184 En materia patrimonial, se reitera el derecho a impugnar la resolución que decide las cuestiones incidentales, por el agraviado, según el art. 270 inciso 1° C.P.C.M., lo cual no es posible en los procesos de familiares, ya que por ley expresa no procede la utilización de ningún recurso judicial, art. 58 inciso 2° L.P.F.

2.6 LAS COSTAS PROCESALES

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. PAGO DE COSTAS: 1. Concepto de costas; 2. Sujetos llamados al pago de las costas; 3. Subsanación de la omisión de pronunciamiento; 4. Exención de gastos procesales. III. REGLAS DE CONDENACIÓN EN COSTAS: 1. Generalidades; 2. Oportunidad de condena en costas: 2.1. Primera instancia; 2.2. Finalización anticipada del proceso; 2.3. Recursos judiciales; 2.4. Incidentes procesales: 2.5. Diligencias judiciales varias; 2.6. Costas de la ejecución de resoluciones judiciales

2.6.1 Consideraciones generales

Como es sabido, la promoción e intervención de las partes en todo proceso judicial, sin duda alguna ocasionan en general gastos económicos, los cuales deberán provenir del patrimonio de cualquiera de las partes intervinientes. Para evitar el desequilibrio e injusticia en disminuir el patrimonio de aquella parte a quién demuestra le asiste la razón y el derecho, es que la legislación reconoce el reembolso de este último, a cargo de la parte que resulte vencida en sus argumentos. Esas cantidades de dinero van destinadas al pago de aranceles gubernamentales, pago a particulares por la prestación de un servicio, o bien al pago de algunos sujetos procesales por su intervención, entre otros.

La ecuación jurídica, proceso igual costo, siempre aparecerá en el horizonte procesal; a pesar, del beneficio de rango constitucional tallado de la siguiente manera: "La administración de justicia será gratuita", el cual se encuentra presente en el art. 181 CN. Esto último, no se refiere a las costas procesales, sino más bien a los gastos judiciales, como: las inversiones gubernamentales propias del pago de los servidores judiciales y los recursos materiales para la prestación del servicio de justicia.

Históricamente, para la imposición de costas es aceptado en las legislaciones procesales modernas, el principio general del vencimiento total de una de las partes, el cual ha sido útil para cargar aquella parte, que no demostró completamente su estrategia frente al adversario.[185] Es decir, que se exige de la parte interviniente el planteamiento de una buena defensa, de tal manera que al menos una de sus pretensiones o formas de resistencias sean efectivas, sólo así se evitará cargar con las costas procesales producidos por el respectivo proceso civil y mercantil.

Es de advertir, que la nueva legislación procesal civil y mercantil reconoce que inicialmente los desembolsos monetarios serán a cargo del bolsillo de las partes. Luego, ellos podrán

185 CHIOVENDA, J. *La Condena en Costas*, p. 220. De acuerdo a una corriente de pensamiento italiana bastante representativa, sostenida por el autor citado, resalta que "la característica fundamental del principio moderno de la condena en costas consiste precisamente en hallarse condicionada al vencimiento puro y simple, y no a la intención ni al comportamiento del vencido (mala fe o culpa)".

ser resarcidos por aquel a quién conforme a las reglas generales y especiales resultare condenado al pago, de acuerdo al art. 271 C.P.C.M.

2.6.2 Pago de costas

2.6.2.1. Concepto de costas

Un sector de la doctrina procesal española entiende, por costas procesales, lo siguiente: "Los desembolsos económicos que han de realizar las partes y que tienen su causa directa e inmediata en la realización de un proceso determinado".[186] Esta propuesta conceptual es ilustrativa y aplicable a nuestro ordenamiento jurídico salvadoreño, pudiendo agregarse concretamente a los rubros comprendidos dentro de las costas procesales, los costos siguientes:

a) Los honorarios profesionales de los abogados, las indemnizaciones de las partes y los peritos conforme al Arancel Judicial.

b) Los derechos económicos compensatorios a favor de las siguientes personas: el depositario por la labor de custodia y conservación del bien depositado por orden judicial; el interventor en la administración de la empresa mercantil sujeta a embargo; el curador especial, designado judicialmente, tales como: el curador ad litem y el curador de herencia yacente, por su asistencia jurídica desempeñada; y, el ejecutor que practique el embargo preventivo de bienes, entre otras personas, conforme al Arancel Judicial.

Principalmente, las cantidades a resarcir, como ya se dijo, poseen una tasación legal; auque no debe perderse de vista que en la práctica diaria algunos de los desembolsos mencionados so superiores quedando supeditados a la libertad de contratación; tal como sucede, con el apoderado judicial (abogado de la parte) y su cliente (el poderdante); por consiguiente, el costo real siempre difiere al costo prácticamente simbólico establecido por el Arancel judicial. Sin duda alguna la parte debe estar consiente que asume bajo su capacidad económica la diferencia matemática que pudiera resultar entre lo acordado y el porcentaje que la ley esta dispuesta a reconocer para efectos de reembolso al favorecido por las costas.[187]

También deben agregarse a las categorías anteriores, otros tipos de erogaciones conexas que deben considerarse comprendidos dentro del rubro de las costas procesales, entre otros pueden mencionarse los siguientes:

186 MONTERO AROCA, J. *El Nuevo Proceso Civil, (Ley 1/2000).* AAVV., pp. 247.

187 Para la fijación contractual de honorarios profesionales entre poderdante (cliente) y apoderado (abogado), se sujeta únicamente a libre voluntad de ellos; en consecuencia, las cantidades pactadas en concepto de honorarios, usualmente son superiores a los establecidos previamente y utilizando criterios objetivos por la legislación. Independientemente, si la cantidad pactada por una de las partes con su abogado resulte superior a los honorarios fijados por ministerio de ley; tal cantidad bajo ese concepto no vincula al pago sobre el exceso a aquella parte a quién se le impongan las costas procesales, respondiendo el condenado al pago, sólo en el monto establecido por el Arancel judicial; el exceso de los honorarios será asumido y pagados por la parte contratante.

a) El pago de los aranceles para la obtención de todo tipo de documentación en resguardo gubernamental que deba ser aportada al proceso judicial para justificar las alegaciones de las partes. Por ejemplo: las certificaciones registrales y las certificaciones expedidas por el Registro de Estado Familiar adscritas a las Municipalidades.

b) Los aranceles pagados por la presentación de las inscripciones y eventuales cancelaciones registrales. Tal como la anotación preventiva sobre bienes inmuebles y la anotación preventiva de demanda.

c) Pagos de los carteles o avisos publicados en el Diario Oficial y los Diarios comerciales de circulación nacional.

Por otro lado, la fijación del monto a cubrir en concepto de costas y el procedimiento judicial para hacerlas efectivas, como era de esperar, no se regulan en el Código Procesal Civil y Mercantil, sino el mismo nos remite a consultar una ley de carácter especial. Ese cálculo preciso sobre las cantidades a pagar por aquel sujeto procesal condenado a resarcirlas, se logra mediante la utilización de operaciones aritméticas contenidas en la Ley del Arancel Judicial, vigente en nuestro país desde el año de 1906.

En la legislación especial mencionada, se proporcionan los porcentajes aplicables para la obtención de las cantidades en concepto de costas procesales, tomando como parámetros, los criterios preestablecidos, fijando entre otros los siguientes: El valor de la pretensión procesal; la clase de proceso patrimonial; la instancia en la cual se pronuncian las costas; y los sujetos procesales que intervengan en la generación de los gastos. Dichos criterios legales ilustran al Juzgador al momento de aprobar el monto propuesto por la parte favorecida, ese monto se reflejará en la resolución dada en el trámite judicial denominado como: "Visación de planillas".

Desde el inicio hasta el final, para que el favorecido obtenga la cantidad en efectivo de las erogaciones efectuadas, se atraviesa por una larga e inevitable peregrinación procesal, de la cual pueden identificarse principalmente los momentos procesales siguientes:

a) Una condena de las costas procesales en abstracto. Es contenida en la resolución conclusiva, sea una sentencia o bien en el auto definitivo, de acuerdo a las regulaciones respectivas y los lineamientos indicados en los arts. 271 – 275 C.P.C.M. El título contentivo y habilitante para iniciar la siguiente etapa será la expedición de la certificación de la resolución judicial.

b) La liquidación de las cantidades a cargo del sujeto condenado a pagar las costas procesales. Esto obtiene mediante el agotamiento de la tramitación judicial de la Visación de planillas, arts. 57-68 L.A.J.

c) La ejecución forzosa. Eventualmente, si el sujeto que deba pagar las costas, aún no ha sido satisfecha. Deberá iniciarse el proceso cuya pretensión sea la ejecución

forzosa del cumplimiento del pago de las costas de la manera en que fueron aprobadas. El documento que apara la pretensión de ejecución será la certificación de la resolución judicial que aprueba la Visación de planillas se presentará al Juez que hubiese dictado, según los arts. 554 ordinal 4° y 561 inciso 4° C.P.C.M.

Vistos los momentos para obtener el dinero en efectivo invertido por la parte victoriosa en el proceso civil y mercantil que dio origen al reclamo de las pretensiones iniciales, se advierte que se adiciona una etapa respecto a la satisfacción procesal principal. La adición en comento se debe al pronunciamiento en abstracto que se realiza sobre las costas procesales en el proceso principal.

2.6.2.2. Sujetos llamados al pago de las costas

Usualmente, las costas procesales son atribuidas a las partes intervinientes en el proceso civil y mercantil, pero en ocasiones y bajo supuestos legales concretos, otras personas pueden ser sometidas al pago de las mismas, ante una eventual condena, entre ellos se tienen los siguientes: Los representantes y el abogado de las partes que incurran en la infracción a los principios de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal, art. 13 inciso 3° C.P.C.M. El abogado que interviene como procurador oficioso, cuando no fue ratificada su intervención por la parte a quién representa y dicha intervención fue de manera injustificada y temeraria, art. 74 inciso 4° C.P.C.M.

Los jueces y magistrados al declarase no ha lugar a la abstención expuesta en el incidente respectivo, art. 57 inciso 2° C.P.C.M. Cuando el Juzgado o Tribunal deba pagarlas en virtud de sentencia ejecutoriada, art. 62 L.A.J.

2.6.2.3. Subsanación de la omisión de pronunciamiento

Partiendo del imperativo legal existente dirigido al Juzgador sobre incluir el pronunciamiento de las costas procesales en la sentencia, según el art. 217 C.P.C.M.; así como también en la redacción de los autos definitivos estimatorios, cuyo contenido sea la finalización anticipada del proceso, de manera general en los arts. 126 y siguientes; y, particularmente en los arts. 273 y 274 C.P.C.M.

A pesar del imperativo citado, la falibilidad del funcionario judicial puede presentarse omitiendo, tanto el pronunciamiento de la condena de costas procesales, así como a cargo de quién corresponderá su pago.

Frente al anterior planteamiento de omisión judicial, tanto las partes, como el mismo Juzgador poseen las herramientas necesarias para remediar ese olvido. Al procedimiento judicial que nos venimos refiriendo, la nueva ley procesal, le denomina como: "Subsanación de la omisión de pronunciamientos", consignado en el art. 226 C.P.C.M. Este trámite judicial desplaza al recurso de reforma regulado en el art. 236 C.P.C./1882.[188]

188 La novedosa inclusión del trámite de la Subsanación de la omisión del pronunciamiento de las costas procesales

A pesar de su denominación, debe atribuírsele dentro de su alcance legislativo, aquellos supuestos de suprimir la condena cuando no procediere, y de sustituir del texto de la resolución a la persona condenada a pagarlas.

2.6.2.4. Exención de gastos procesales

Las exenciones de gastos procesales son concedidas por razones de política legislativa, de acuerdo a las conclusiones expresadas por un sector de la doctrina procesal, en beneficio de las personas que son representadas por instituciones públicas o privadas que ofrecen la asistencia jurídica gratuita a personas que carezcan de recursos económicos suficientes para cubrir los honorarios de un abogado particular.[189]

El anterior comentario es trasladable al ordenamiento jurídico salvadoreño en el art. 75 C.P.C.M., esta norma procesal identifica entre otras exenciones: la obligación de constituir depósitos y consignaciones exigidas por la legislación a las partes intervinientes en el proceso judicial y diligencias judiciales, tales como: La caución exigida para la promoción de las diligencias preliminares, art. 258 y 262; y la prestación de caución exigida en la solicitud, previa adopción de las medidas cautelares, art. 446 y 448, todos del C.P.C.M.

Realmente, las erogaciones en que se pudiera incurrir son por esencia gastos procesales, más nunca deben ser consideradas como parte integrante de las costas procesales para ser reembolsado.

Tal beneficio procesal a favor de la promoción del proceso, bajo las circunstancias antes dichas, cae por gravedad, pues ese favorecimiento permite que las personas de escasos recursos promuevan los procesos respectivos; teniendo en cuenta, el mínimo de exigencias relativas a desembolsos monetarios -permite el acceso a la justicia patrimonial-.[190]

El criterio apuntado además de proveer servicios de asistencia jurídica gratuita puede ser ofrecido por otros entes colectivos o personas es compartido por la jurisprudencia constitucional salvadoreña en más de una ocasión.[191]

---

en los autos definitivos, viene a constituir un beneficio adicional hacia el sujeto favorecido que el C.P.C., no poseía; ya que, el contenido del art. 236, sólo regulaba la posibilidad de modificar o reformar tal omisión en las sentencias definitiva, excluyendo a esta clase de resoluciones judiciales.

189 HERRERRO PEREZAGUA, J. F. *La Representación y Defensa de las Partes y las Costas en el Proceso Civil*, pp. 131-134.

190 La nueva ley procesal civil y mercantil concede algunos beneficios de gastos procesales a las personas que serán representadas por la Procuraduría General de la República. El intérprete de la nueva ley procesal civil y mercantil deberá incluir que tales beneficios son extensivos para aquellas instituciones que brinden igual servicio de asesoría jurídica gratuita para personas de escasos recursos, entre ellas: las oficinas jurídicas adscritas a las escuelas, departamento, facultades de derecho que brinden ese servicio por medios de sus oficinas de práctica jurídica, de acuerdo al art. 12 letra e) Reglamento sobre Práctica Jurídica, en relación al art. 140 L.O.J.

191 A continuación se ofrece el criterio jurisprudencial de la Sala de lo constitucional, sobre el tema sujeto a reflexión, de la manera siguiente: "La Constitución se ocupa de establecer la obligación del Estado, mediante el Procurador General de la República, de brindar asistencia jurídica gratuita, lo cual no significa que sea la única manera de obtenerla; así, también existen instituciones de naturaleza privada o no gubernamental que se dedican a realizar este tipo de actividades de forma voluntaria". S.S.Const. Inconstitucionalidad, Exp. 53-2003, 03/03/2005.

2.6.3 Reglas de condenación en costas

2.6.3.1. Generalidades

Cuando se realizan reflexiones sobre el tema de las costas procesales, no puede dejar de sustraerse los comentarios generales sobre las reglas de imposición a los sujetos procesales. Estas normas de aplicación indican los supuestos principales concretos de condena, siendo la principal, aquella que establecida textualmente así: "Se impondrá a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones", art. 272 C.P.C.M., cuyo precepto es sustentado en un sistema de condena absoluta.[192]

De lo arriba escrito se extrae la conclusión que la parte que soportará la imposición de costas procesales deberá sucumbir a todas sus pretensiones o argumentaciones.

Aquí se incluye el supuesto de la parte demandada que no realiza ningún tipo de resistencia o defensa contra las pretensiones del demandante.

La estimación parcial de las pretensiones de la parte, deja por fuera la condena de costas; pagando cada quién las producidas y las comunes por mitad.

Otro supuesto a tener en cuenta en las consideraciones oportunas para la condena en costas, es aquella norma habilitante que indique que una conducta propia de la litigación temeraria, según el art. 272 inciso 2° C.P.C.M.

2.6.3.2. Oportunidad de condena en costas

La imposición de condena en costas procesales es procedente, tanto en diferentes momentos, como en distintos trámites judiciales, no sólo con ocasión de la terminación normal de un proceso principal en primera instancia mediante una sentencia; además de ese gran primer momento, la condena en costas tiene lugar en los siguientes supuestos:

La finalización anticipada del proceso; en la conclusión en los distintos grados de conocimiento; la tramitación de incidentes procesales; y, el costo que produce la tramitación de las diligencias judiciales varias. Ampliemos a continuación cada uno de los supuestos antes mencionados.

192 CHIOVENDA, J. *La Condena en Costas*, p. 233. el citado autor concluye, reconociendo las dos principales vertientes de generación de la imposición de costas procesales, de la manera siguiente: "La responsabilidad absoluta por vencimiento no excluye la posible coexistencia de la responsabilidad del litigante subordinada a los requisitos ordinarios de culpa y dolo. Toda la actuación procesal puede estar viciada por la temeridad, y en tal caso entran en juego las normas generales del resarcimiento de modo expreso". Como puede apreciarse los hechos generadores, aún se mantiene en la nueva ley procesal civil y mercantil, en el art. 272 C.P.C.M.

2.6.3.2.1. Primera instancia

Una vez agotado el trámite de la primera instancia, el Juzgador deberá aplicar los dos principales criterios de imposición de costas que hemos venido comentando, el vencimiento total de las pretensiones a las partes vinculadas al proceso judicial; así como también, el haber litigado con temeridad. Esta especie de condena viene a constituir el monto mas elevado que puede alcanzarse para resarcir los desembolsos de la parte favorecida.

El pronunciamiento se incluirá en la sentencia, mediante una condena en abstracto, debiendo precisarse a cargo de quién correrá el pago del mismo, previa cuantificación en las diligencias judiciales de Visación de planillas, la regulación que habilita el hecho generador son los arts. 217 y 272 C.P.C.M.

2.6.3.2.2. Finalización anticipada del proceso

Distinto a lo que pudiera pensarse, también es procedente la condena en costas procesales, en la mayoría de casos de finalización anticipada del proceso en donde las partes poseen la disponibilidad de la pretensión, conforme al art. 126 y siguientes de la nueva ley procesal civil y mercantil. Entre estos se tienen los siguientes: improponibilidad sobrevenida, renuncia de la pretensión, desistimiento de la instancia, allanamiento y caducidad de la instancia.

El detalle distintivo sobre los supuestos de finalización anticipada es marcado por el tipo de resolución donde se encuentran acogido el pronunciamiento de las costas, de ahí puede realizar la separación siguiente:

a) Pronunciamiento de costas en Sentencia. En la renuncia de la pretensión la condena en costas se dicta en sentencia absolutoria, art. 129 inciso 1°, con relación al art. 274 inciso 1°; y, el allanamiento a todas las pretensiones del demandante en la sentencia estimativa, art. 131 inciso 1°, con relación al art. 273, todas las normas del C.P.C.M.

b) Pronunciamiento de costas en auto. En la improponibilidad sobrevenida cuando fuere rechazada la petición, art. 127 inciso 3°; el desistimiento de la instancia no consentido por el demandado, art. 274 inciso 1°; y, la caducidad de la instancia contra la parte que hubiere dada lugar a ella, art. 133 inciso 2°, todas las normas del C.P.C.M.

Situación distinta sucede respecto a otras formas de finalización anticipada del proceso, como: la transacción judicial, la conciliación preventiva y la conciliación intraprocesal, en las cuales no existe ningún tipo de pronunciamiento relativo a las costas.

Esa omisión legislativa se sustenta en el entendido que las partes involucradas en el convenio los acuerdos aceptan que los costos que pudieron incurrirse son asumidos por cada uno.[193]

193 Hemos diferenciado a la transacción judicial de la transacción extrajudicial –también conocida por transacción pre procesal-, respecto al tema en estudio, pues sobre esta última no existen costos procesales que reclamar; en

2.6.3.2.3. Recursos judiciales

La legislación procesal sabiamente reconoce una vez más, el derecho de la parte al reembolso de las costas causadas en los recursos judiciales. Es de advertir, que la afirmación comprendida en el art. 275 C.P.C.M., posee su excepción, siendo esta, la tramitación del recurso de revocatoria, pues quién lo promueva y resulte beneficiado la estimación del mismo, no recibirá ninguna cantidad en concepto de costas por haber intentado su promoción favorable.

Fuera del recurso de revocatoria y de acuerdo al sistema de impugnación adoptado por el nuevo código procesal salvadoreño, las cantidades de dinero invertidas en el resto de recursos, si gozan del reembolso por su promoción en ambos sentidos, tanto favorable como desfavorable.

Para un mejor entendimiento, somos de la opinión, sobre el reconocimiento de las costas procesales en los recursos judiciales, debe tomarse como parámetro la tramitación ante un grado de conocimiento del superior jerárquico, más que el concepto de recurso, al momento de reconocerle el recibimiento de las costas a la parte.

A continuación se resaltarán especialmente, los supuestos concretos que la ley procesal civil y mercantil regula la procedencia de las costas en los recursos judiciales, así tenemos los siguientes: la deserción del recurso de apelación, art. 518; la condena en costas al recurrente a quién se le desestima el recurso de casación, art. 539; Si se desestimare la revisión solicitada, se condenará en costas al recurrente en el recurso de revisión de sentencias firmes, art. 549 C.P.C.M.

2.6.3.2.4. Incidentes procesales

Las leyes previas a la vigencia de la nueva ley procesal civil y mercantil salvadoreña 2010, le han venido denominando como incidentes, e incidentes procesales; ahora la ley en estudio le denomina como cuestiones incidentales, a esos tramites complementarios para decidir sobre algunos aspectos carácter procesal o material, que siendo distinta del objeto principal del pleito tuviere relación inmediata con él. Independientemente como se le denomine estamos frente al mismo fenómeno, los cuales serán tratados bajo la óptica de la posibilidad o no de una condenación en costas procesales.

Los incidentes procesales al constituir trámites paralelos al proceso civil mercantil del cual su existencia depende; estos generan un esfuerzo adicional para los abogados de las partes, por tanto todo esfuerzo se traduce en un costo económico en desmedro de quienes desplegarán una serie de intervenciones adicionales a la estrategia planteada las pretensiones principales; en algunos supuestos, se incurren en erogaciones para la obtención de medios probatorios que pretenden sustentar la cuestión incidental planteada por una de las partes.

virtud que, el litigio ni siquiera tocó las puertas del proceso.

Tomando en cuenta el planeamiento anterior, es justo y lógico aceptar la necesidad de satisfacer esas costas producidas, a quién tuvo que intervenir sin intención en el incidente promovido por la parte contraria. Las reglas del recto entendimiento indican, que la imposición de las costas será a cargo de la parte, quién viere desestimada la cuestión incidental promovida, -mediante el auto desestimatorio de la cuestión incidental-, no así cuando la cuestión incidental sea estimada, el promotor quedará relevado de la condena en costas.

La regla de condenación en costas para el caso de los incidentes sobre entendida como: "Será condenado en costas procesales la parte que viere desestimada la cuestión incidental promovida". Esta norma de condenación en costas, nace a la luz del derecho del contenido que se extrae de los arts. 32 y 50 L.A.J.; en los cuales, se reconoce el justo reembolso de las erogaciones con ocasión de la intervención del incidente. También debe aclararse que las costas procesales se deben, no tanto por la condenación expresa incluida en la sentencia, sino más bien por ministerio de ley, siendo la otra fuente de origen.[194]

2.6.3.2.5. Diligencias judiciales varias

Para el caso, se entenderán por diligencias judiciales varias, aquellos trámites que no constituyen procesos civiles y mercantiles propiamente, sino más bien poseen una pretensión que contribuye a la promoción o aseguramiento de una eventual promoción de un proceso civil y mercantil, por ejemplo: las diligencias preliminares y cautelares.

Establecido el alcance conceptual de las Diligencias judiciales varias, ahora conviene recalcar que este tipo de trámites se incluyen dentro de las categorías que reconocen la imposición de las costas procesales. Ejemplos de las diligencias judiciales varias, se tienen los siguientes: el incidente de oposición ante la promoción de las diligencias preliminares, art. 260 y las reglas generales de la aplicación de las costas, art. 261 C.P.C.M.

2.6.3.2.6. Costas de la ejecución de resoluciones judiciales

No solo la fase de juzgamiento se genera gastos económicos para lograr sus objetivos, se suma a esta, la fase de ejecución de las resoluciones judiciales, esto en caso la parte condenada al cumplimiento de las mismas. De ahí que también se pidan las costas procesales en el tema de las costas de la ejecución de las resoluciones judiciales.

La nueva legislación procesal civil y mercantil salvadoreña enmarca como regla de imposición del pago de costas, inicialmente serán cubiertas por el ejecutante, sin perjuicio de proceder judicialmente a la liquidación definitiva cuando se de por finalizada la ejecución, art. 569 C.P.C.M.

194 Este supuesto especial de pago de costas procesales, no se encuentra contenido en la nueva legislación procesal civil y mercantil, sino más bien se extrae de una ley especial, siendo ésta el art. 58 L.A.J., que expresa lo siguiente: "Puede pedirse el Vo. Bo. de una planilla contra el que por la ley este obligado al pago" (se entiende por "Vo. Bo.", el Visto Bueno).

2.7 EL PROCESO COMÚN

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Concepto y ámbito de aplicación.- II.- Contenido y estructura. Demanda completa y simplificada.- III.- Medios de prueba que han de acompañarse.- IV.- El control de su admisión a trámite: 1) Principio general.- 2) La improponibilidad.- 3) La inadmisibilidad.- V.- Efectos derivados de su admisión: V.I.- La litispendencia.- 1) Concepto y momento en que se produce.- 2) Perpetuación del procedimiento.- V.II.- Efectos sustantivos.- VI.- Modificaciones posteriores de la demanda.

2.7.1 Concepto y ámbito de aplicación:

1. El término demanda puede revestir básicamente dos acepciones procesales diferentes aunque vinculadas entre sí y a ambas se refiere el Código: la demanda puede ser entendida, en primer lugar, como aquel acto de parte por el que se inicia un proceso civil a través de la deducción de una pretensión de tutela jurisdiccional concreta[195].

Desde esta primera óptica, la demanda se presenta entonces como un acto procesal con una específica dimensión temporal, espacial y modal.

La correcta realización de ese acto procesal, que se manifestará con la resolución judicial de su admisión a trámite, desencadenará importantes efectos a los que luego prestaremos atención los cuales vincularán tanto a quien resulte demandado como al propio órgano judicial frente al que se ejercita la correspondiente acción, el cual tiene desde ese momento el deber de prestar la tutela impetrada, salvo, claro, que surjan obstáculos procesales que lo impidan.

En segundo lugar la demanda puede contemplarse en su aspecto meramente formal y, en tal sentido, nos estaremos refiriendo al escrito donde se vierten aquellas afirmaciones que permiten hablar de una pretensión deducida, susceptible por ello de abrir un proceso siempre que contenga los datos subjetivos y objetivos necesarios para poder ser reconocida como tal preclusión[196].

2.- Teniendo en cuenta la doble función que presta la demanda, como acto inicial y vehículo para transmitir la pretensión de tutela jurisdiccional[197], el Código prevé que sea a través de demanda como se formule toda pretensión de tutela, en procesos declarativos o de ejecución,

195 Ver por ejemplo arts. 24, 94, 98, 102, 110, 127, 230, 255, 273, 276 primer inciso; 277; 279 a 282, 459 CPCM.

196 Ver arts. 147, 182 último inciso; 276 segundo inciso y siguientes; 278, 418 ó 423 CPCM.

197 Doble efecto reconocido también por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema, por ejemplo en su Sentencia de 17 de noviembre de 2003, dictada a las 15 horas (ref. 1459): "La demanda, debemos entenderla no únicamente como el acto formal de iniciación del proceso, sino que también a la posibilidad de que esta lleve implicita la pretensión. En otras palabras lo proponible o improponible será calificado tanto para la forma como para el fondo de lo pretendido".

tanto procesos ordinarios como especiales. Cuando se prefiere dar otro formato acaso menos extenso y de mayor flexibilidad, circunscrito al objeto del incidente de que se trate, la ley emplea otra terminología, la de la "solicitud"[198]. Vamos entonces a prestar atención al régimen jurídico de la demanda en los procesos declarativos ordinarios, que rige siempre supletoriamente para los demás litigios.

2.7.2 Contenido y estructura. Demanda completa y simplificada:

1. Como regla de principio, la demanda es por su naturaleza un acto escrito, tal como garantiza el art. 147 del Código, lo que otorga seguridad jurídica a las partes, pero además facilita la labor del órgano judicial en la comprobación de los requisitos de validez de la pretensión. Asimismo, y conforme al art. 148, la demanda deberá redactarse siempre en castellano. Existen por ley dos clases de demanda: la completa, prevista para el proceso común (art. 276) y la simplificada para el proceso abreviado (ver art. 418), a las que ahora distinguiremos. Interesa desde ya saber, en todo caso, que siempre que la ley no señale nada específico y se limite a indicar que el proceso respectivo empezará por demanda, se está refiriendo con ello al formato de la demanda del proceso común, que es la prototípica[199]. De lo contrario ha de decirlo expresamente o poderse ello colegir por referencia al procedimiento por el que ha de conocerse la pretensión[200].

2. En lo que concierne a la demanda completa del proceso común, el art. 276 establece sus requisitos o datos constitutivos, los cuales, a efectos de su estructura o articulación, pueden agruparse en distintos bloques separados entre sí y además cada uno debidamente identificado. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que las disposiciones reguladoras de cómo estructurar un escrito de demanda no dan sino la pauta de cómo confeccionar ésta en su aspecto estrictamente formal. El contenido efectivo y la extensión de cada demanda no incumben ya al CPCM sino a la destreza del abogado para saber plasmar en papel esa pretensión. Excepcionalmente, el Código puede advertir que el escrito de demanda contenga alguna información puntual de la que depende su admisión a trámite[201], y a eso alude el inciso final del art. 276; del resto, es decir prácticamente siempre, el Código no interviene en su contenido concreto.

198 Tal ocurre con la "solicitud" de medidas cautelares, arts. 450-451 CPCM, cuando la pretensión no se ha incluido dentro del escrito de demanda del proceso principal. También lleva forma de "solicitud" la petición de apertura de juicio monitorio con explicitación de los requisitos para su procedencia (art. 491 CPCM), no así la "demanda" que ha de interponerse si el deudor formula oposición a aquella "solicitud" (art. 496).

199 Ver arts. 459 (demanda ejecutiva), 547 (demanda del proceso de revisión de sentencia firme), 607 (demanda para pretensiones que no pueden ampliarse dentro de la ejecución ya iniciada); 637 (demanda de tercería de dominio) y 644 (demanda de tercería de preferencia de pago).

200 Volviendo al proceso monitorio, la demanda que tiene que deducir el demandante si el deudor se opone, es la demanda del proceso abreviado, y ello se deduce aunque no lo diga expresamente, toda vez que el legislador ordena que sea a través de este procedimiento como se sustancie a partir de ese momento la pretensión de cobro, art. 496 CPCM.

201 Así por ejemplo el art. 459 señala que en la demanda del proceso ejecutivo "se solicitará el decreto de embargo por la cantidad debida y no pagada…". Y el art. 491, para el proceso monitorio, dice que la "solicitud" para su formalización "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…". En realidad, no son sino especificaciones de los requisitos generales, para mejor comprensión de lo idoneidad de la vía procedimental instada.

La estructura lógica y coherente de la demanda completa debe ser, así, la que sigue:

a) Encabezamiento (datos de los apartados 1º a 4º del art. 276 CPCM): el escrito se debe dirigir al órgano judicial que vaya a conocer de la demanda de acuerdo al criterio territorial que resulte aplicable conforme a los Decretos Legislativos dictados al efecto, o en su caso se identificará que se dirige a los Juzgados de la circunscripción judicial que corresponda, ahí donde opere una Secretaría receptora y distribuidora de demandas, que es la dependencia ante la que se presentará el escrito (art. 153 LOJ).

   Además se identificará a las partes, tanto la que presenta la demanda (actora) como aquella persona o personas contra las que se dirige la pretensión (el demandado/s) junto con los datos personales útiles para su identificación (nombre, domicilio, dirección) o indicar por el contrario si se desconocen (cosa que podría perfectamente ocurrir si no existe una relación previa entre ellos, por ejemplo, y la reclamación es por responsabilidad extracontractual). teniendo en cuenta que el actor tiene la obligación de suministrar todos los datos que conozca del demandado so pena de incurrir en conducta fraudulenta que acarrearía, de probarse, la nulidad del proceso. Asimismo, deben darse los datos relativos al procurador del demandante (nombre y dirección) y el medio técnico (fax, e mail) para permitir a este último recibir de manera directa las notificaciones del proceso a partir de su admisión a trámite.

b) Identificación del objeto de la demanda: conviene desde el principio y antes de pasar a la fundamentación de la pretensión, identificar con claridad, en una o dos líneas, la naturaleza de la reclamación que se interpone: "Demanda por incumplimiento de contrato y reparación de daños y perjuicios", "Demanda ejercitando acción reivindicatoria de bien inmueble", etc.

c) Hechos (apartado 5º): el primer bloque expositivo propiamente tal de la demanda, es aquel en el que han de narrarse de forma que resulte comprensible aquellos acontecimientos que explican la procedencia de la solicitud de tutela que se hará al final del escrito.

   Eso significa que deben incluirse aquellos hechos básicos que permiten identificar el tipo de acción ejercitada, y además aquellos hechos que resulta necesario alegar para poderse estimar la demanda. Nos remitimos en este punto a lo expuesto en el tema del Objeto del Proceso.

d) Fundamentos de Derecho (apartado 6º): este otro bloque se descompone –o debe hacerse, para más claridad del tribunal y de las demás partes- en dos apartados:

   d-1. El primero ha de dedicarse a los Fundamentos de Derecho "Procesales": explicar por qué concurren los presupuestos de jurisdicción, competencia, capacidad para ser parte y de obrar procesal, legitimación, cuantía de la

demanda si se trata de pleito valorable económicamente, y en todo caso el tipo de procedimiento por el que se debe ventilar, citando las normas correspondientes del Código o en su caso ley especial.

d-2. Tras ello, vendrán entonces los Fundamentos de Derecho "Material". En éstos se debe hacer constar, también mediante la técnica recomendada de un relato (no una mera cita numérica de preceptos), cuáles son las normas que sirven para la resolución de la pretensión, justificando el por qué de la calificación jurídica de los hechos, el posible uso de conceptos legales abiertos o indeterminados y con qué significado deben ser aplicados, así como las consecuencias jurídicas que se van a pedir. El relato debe incluir también, en su caso, la cita de la doctrina legal que atañe a la norma a aplicar, como refuerzo de la tesis que se defiende.

e) Medios de prueba que se consignan con la demanda (apartados 7º y 9º): en el propio escrito de demanda se deberán precisar aquellos medios de prueba, documentos e informes periciales, que por un principio de preclusión la ley impone que se acompañen junto con la demanda so pena de no poderlo hacer después; o que como mínimo se identifique su existencia en orden a su ulterior localización o aportación. Sobre cuáles son esos medios volveremos en el epígrafe siguiente, lo importante en ese punto es tener presente que la exigencia de concretar los medios de prueba se circunscribe únicamente a los que han de aportarse con ella desde el principio o los que, no pudiendo serlo por razones de imposibilidad, se sabe de su existencia y en esa medida deben indicarse. No hay más obligación que ésta y, por tanto, todos los demás medios de prueba de los que la parte actora quiera valerse y que han de constituirse en juicio (pruebas personales, generalmente), no han de solicitarse ni identificase todavía sino en el posterior acto de la audiencia preparatoria, ex art. 310 CPCM.

f) *Petitum*: Finalmente, el escrito de demanda debe concretar cuál es el contenido de la tutela jurisdiccional concreta que se solicita, precisando por tanto los efectos derivados de la naturaleza de la acción ejercitada (declarativa, constitutiva o de condena –ver tema del Objeto del Proceso-) y su aplicación al caso concreto: siendo acción declarativa, cuál ha de ser el derecho en cuestión que se desea reconocer a su favor; si es acción de condena, cuál es la clase de obligación y su quántum, etc.

El empleo de frases más o menos solemnes, acuñadas por la práctica forense (la fórmula "A Usted con respeto pido" si es un Juzgado, o "A vosotros respetuosamente pido" si es un tribunal colegiado)[202]; para identificar esta parte de la demanda puede entenderse como una muestra de respeto al órgano jurisdiccional, aunque no adquiere la condición de elemento solemne o esencial de la demanda.

202 En España por ejemplo se utiliza la expresión "Al Juzgado (o a la Audiencia Provincial, o a la Sala Primera del Tribunal Supremo) SUPLICO"…

g) Deducción de otras solicitudes incidentales: Tras la exposición de la pretensión deducida como objeto del pleito, el escrito de demanda puede contener también, eventualmente, otras peticiones de tutela jurisdiccional conectadas o relacionadas con aquélla. Tal es el caso de la petición de medidas cautelares, o la solicitud de diligencias de aseguramiento de la prueba (art. 323 CPCM) o de anticipo de prueba (arts. 326-329 CPCM). Pues bien: siempre que se contenga una petición auxiliar, ésta deberá explicitarse en sus elementos constitutivos (hechos que la fundan, normas procesales –o sustantivas- que permiten conceder lo solicitado, y petitoria al respecto) y si hay más de una, separarlo en apartados distintos para su mejor intelección por el Juez.

3.- Respecto de la *demanda simplificada* del proceso abreviado, se diferencia esencialmente de aquella otra en que aquí no se precisa incluir una fundamentación jurídica (ni en lo procesal ni en lo material) de la pretensión deducida. Lo que pretende la ley, simplemente, es que se viertan los elementos identificativos necesarios para poder reconocer que la acción que se ejercita cumple con los presupuestos subjetivos del proceso (los inherentes al órgano judicial y a las partes) y que el conflicto jurídico que se somete a su examen es de aquellos que ora por razón de la materia como de la cuantía han de ventilarse por los cauces de este proceso.

El art. 418 del Código alude a esos elementos de identificación subjetiva y objetiva de la acción que se corresponden con los ya examinados para la demanda completa, a salvo insistimos la fundamentación jurídica cuya defensa a cargo del abogado de la parte actora se pospone por la ley al ulterior acto de la audiencia, donde lo hará de manera oral ex art. 427 CPCM. Parte en este punto el legislador de la idea, común a otros ordenamientos donde se vertebran procesos similares, de que las pretensiones que ha reservado que se conozcan por esta vía resultan generalmente sencillas en su entendimiento jurídico-legal, siendo lo importante sobre todo los hechos del caso, que sí se deben exponer en la demanda así como lo que se pide judicialmente, dejando lo demás pendiente para el acto de la vista, facilitando con ello su presentación a la parte interesada, que de este modo ahorra tiempo en su redacción –siendo generalmente en efecto la parcela más compleja de toda demanda, la de su fundamentación-.

Si la parte no vierte esta última en la audiencia, siendo requerido a ello por el juez, estaríamos ante una pretensión a la que le falta uno de sus presupuestos esenciales (la causa de pedir), lo que la haría improponible.

Ahora bien, ¿qué ocurre si la parte actora, yendo más allá de lo indicado en este art. 418 CPCM, decide elaborar e interponer en un proceso abreviado (u otro que deba ventilarse por sus trámites), una demanda completa con todos los elementos del art. 276 del Código? ¿Estaríamos ante una demanda defectuosa que tendría que ser corregida reduciéndola, bajo advertencia del Juez competente, so pena de devenir inadmisible? La respuesta tiene por fuerza que ser negativa, ya que presentar una demanda completa en un proceso abreviado no conlleva propiamente un incumplimiento legal –el art. 418 no prohíbe emplear el formato extenso, se limita a indicar aquel que como regla debe seguirse-; ni provoca la pérdida de ningún derecho o la causación de un perjuicio al demandado –más bien al contrario, al

exponer todos sus argumentos *ab initio*, le permite a este último conocer todos los aspectos de la pretensión formalizada en su contra y armarse mejor para el acto de la audiencia-.

La previsión del art. 418 CPCM establece en realidad un modelo mínimo para esta clase de juicio, en el sentido de que la respectiva demanda no puede carecer de los elementos que en él se enuncia, pero sin que *a contrario sensu* deba interpretarse que acarree su ilicitud el articular una demanda completa. Así implícitamente lo asume la ley, cuando en el art. 427 señala que una vez iniciado el acto de la audiencia, se le dará la palabra al demandante para que "ratifique, amplíe o reduzca su demanda" aunque sin variarla sustancialmente.

Es evidente que de haberse deducido una demanda simplificada, el actor no podría limitarse a una "ratificación de la misma", sencillamente porque a esa demanda simplificada le faltaría toda la fundamentación jurídica, por tanto si pretende integrar ésta como es de suponer durante sus alegaciones en la audiencia, estaremos en todo caso siempre ante una ampliación, no ante una ratificación. Incluso el término "reducir" la demanda que emplea este mismo art. 418, si bien puede estar pensando en los casos donde la persona desea suprimir un *petitum* siendo que ha formulado varios, en realidad tiene más aplicabilidad en relación con la supresión de algún pasaje de la fundamentación jurídica, cosa que sólo se puede contener en una demanda completa del 276.

Se podrá cuestionar cuál puede ser el motivo para que la parte actora acuda al formato de la demanda completa, cuando tiene la oportunidad de "no enseñar todas sus cartas" al demandado antes del acto de la audiencia.

Lo cierto, sin embargo, es que deviene perfectamente lógico que el demandante o su abogado consideren preferible ese efecto relativamente adverso para su estrategia, pero a cambio de lograr con ello algo que sólo se consigue con una demanda completa del art. 276: verter ante el órgano judicial, con toda la precisión y extensión posibles, los fundamentos jurídicos que sostienen su pretensión ante temas que pueden ciertamente revestir cierto grado de complejidad, como también pueden tenerlo los dispositivos o la jurisprudencia aplicativa al caso.

De este modo, la parte se asegura que sus argumentos no van a quedar precariamente expuestos al socaire de un turno de alegaciones orales (con independencia de que el acto pueda llegar a grabarse). Todo lo que consta por escrito forma parte de la pretensión y a ella debe dar respuesta el órgano judicial. Esa es una ventaja objetiva clara de la demanda extensa sobre la simplificada.

2.7.3 Medios de prueba que han de acompañarse:

2.7.3.1. Determinación:

Por razones de seguridad jurídica y a fin de no causar indefensión a la parte demandada, el Código establece un sistema de preclusión de determinados medios de prueba de los que se denominan preconstituidos, a fin de que puedan ser aportados al proceso desde

el primer instante en que ello puede ser posible. Frente al derecho a la prueba del que innegablemente gozan ambas partes y en este caso el demandante, derecho que sin embargo no es incondicional ni está exento de limitaciones, una de éstas implica precisamente que tratándose de documentos e informes periciales la ley hace recaer en la parte que quiere valerse de dichas pruebas -aquí la parte actora- la carga de aportarlos con la demanda, salvo excepciones tasadas que, de no cumplirse, impedirían su presentación posterior por un efecto preclusivo.

La consecuencia de satisfacer la carga a la que se alude devendrán distinta en función de la naturaleza del documento y el fin para el que se introduce, de tal modo que su omisión bien puede traer consigo la inadmisión a trámite de la demanda (ver epígrafe siguiente), o cuanto menos privar a la parte del derecho a que el Juez valore esa prueba al final del proceso, lo mismo que si es un informe pericial.

En lo que ahora importa considerar, que es la concreción de cuáles son los medios de prueba que deben acompañarse con la demanda (otro tanto veremos para la contestación de la demanda y la persona del demandado), hay que estar a lo exigido al respecto por la ley. En tal sentido tenemos:

a) En primer lugar y conforme el art. 288 CPCM, los documentos "que acrediten los presupuestos procesales, así como el poder del representante procesal": del primer tipo sobre todo pueden concernir a la capacidad para ser parte de la actora, tratándose de persona jurídica (esto es, verificar que se halla constituida legalmente en alguna de las formas reconocidas por el Derecho salvadoreño), así como la capacidad de obrar en el proceso, de nuevo en el caso de personas jurídicas mediante la designación de un representante legal; si son personas físicas la capacidad de obrar se presupone salvo por razón de edad o que en la demanda se indicara que el sujeto se halla incapacitado (habría que aportar documentalmente la constancia de ello, y el representante designado para llevar sus asuntos). Del segundo tipo es el poder del procurador, debiendo remitirse a la regulación de esta materia en el Código, arts. 67 y ss.

   También en este grupo habremos de situar el análisis de los documentos materiales que conciernen a la legitimación de las partes (a veces activa, a veces pasiva), pero con inmediata proyección a la propia validez del proceso: la existencia de litisconsorcio pasivo necesario; una sucesión procesal, o excepcionalmente un caso de legitimación indirecta. Documentos de los que depende, desde el principio, el que se emplace o no a alguien como demandado, o que se permita presentar demanda a quien se presenta como titular sobrevenido de la relación material, o que figura como no titular de ella pero dice actuar cobijado por una norma legal que le faculta para interponer la demanda, en nombre de aquel titular material que se mantiene inactivo. Este tipo de problemas de legitimación no pueden ser aparcados por el Juez admitiendo sin más a trámite la demanda, sino que ha de adoptarse un criterio desde el principio porque de ello depende la correcta constitución subjetiva de la relación jurídica procesal.

b) Son documentos e informes periciales materiales, pero suministran también una información importante desde el punto de vista procesal que obliga a aportarlos desde el principio, aquellos que "comprueban el valor de la cosa litigiosa, a efectos de competencia y procedimiento" (art. 288, primer párrafo). Con ello el legislador quiere hacer ver que esos documentos e informes tienen una trascendencia procesal que sin embargo no es la única que poseen, por tanto y al margen de las valoraciones que se hagan de ellos a los precitados efectos de determinar la competencia y el procedimiento de acuerdo al valor de la cosa litigiosa), quedarán ya en autos como medios de convicción susceptibles de ser estudiados el día que vaya a dictarse la sentencia definitiva del proceso.

c) Al margen de su relevancia procesal, sigue diciendo el art. 288 párrafo segundo CPCM, que con la demanda (y la contestación, por lo que atañe al demandado) "en todo caso", se aporten "los documentos probatorios en que las partes fundamenten su derecho". Se trata de los documentos con trascendencia en la cuestión de fondo controvertida. Conviene observar el carácter amplio de la dicción legal, que ha huido conscientemente de otras construcciones conceptuales (tales como: "documentos fundamentales de la pretensión", o "documentos de los que se desprenda directamente la pretensión", etc.) que, de haberse empleado, obligaría al juez a prejuzgar el éxito de cada demanda sólo para poder discernir si el documento es de los que deben aportarse al principio o no, llevando así a farragosas distinciones entre "documentos fundamentales" y "no fundamentales", por ejemplo. No ha entrado en esa estéril batalla el Código, afortunadamente, que ha optado por la seguridad jurídica al extender el principio preclusivo a todos la prueba de los hechos constitutivos de la demanda y de la contestación (en este último caso, bien sea para probar la irrealidad de un hecho alegado por el actor, o para probar los hechos de una excepción procesal o de una perentoria). Lo mismo para la reconvención y la contestación a ésta.

d) Del mismo modo deberá hacerse con los "dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones" (art. 288 párrafo segundo CPCM). Con este enunciado, que se complementa luego con el art. 377 y ss, el legislador introduce una de las principales novedades en materia de prueba en el nuevo proceso civil y mercantil, como es el otorgamiento de valor jurídico al informe pericial extrajudicial al mismo nivel legal que la pericia realizada dentro del proceso, atribuyendo así a las partes la carga de gestionar la labor del experto y encargarle la realización del correspondiente dictamen -relevando de dicha responsabilidad al órgano judicial- para su aportación con el escrito de alegaciones inicial. Volveremos sobre ello en el tema de la prueba pericial.

2.7.3.2 Casos especiales:

Finaliza el art. 288 CPCM estableciendo que, además de los anteriores, deberán "aportarse aquellos otros documentos que este código u otra ley exijan expresamente para la admisión de la demanda".

Se tratan por tanto de supuestos tasados de prueba documental (no de otro tipo), donde la norma describe cuál ha de ser el contenido del documento en cuestión, fuera de los cuales ni cabe exigir más a la parte, ni el presentar algo distinto de lo que pide el precepto servirá para evitar la sanción procesal por su incumplimiento. En este grupo de documentos especiales encontramos entre otros y por referirnos al Código:

a) Los documentos con los que puede abrirse un proceso ejecutivo, bien de título extrajudicial (arts. títulos del art. 457, a consignar con la demanda ex art. 459 CPCM), bien la de una resolución judicial o título asimilado (títulos de los arts. 554-555; que se adjuntarán a la solicitud, art. 572 CPCM).

b) Los que se precisan para la apertura de un proceso (declarativo) monitorio: 1) tanto documentos del art. 489 para obligación pecuniaria; esto es, documentos "que sirvan para acreditar relaciones entre acreedor y deudor", y en ella aparezca la firma del deudor aunque sea posterior a su suscripción, o la de otra persona en su nombre, "o incorporar cualquier otro signo mecánico electrónico" que le identifique"; 2) o sean los del art. 491 para obligaciones de hacer, no hacer o dar, donde se amplía el espectro documental y además de incluir aquellos del 489 se concede valor a los unilaterales del acreedor siempre que se empleen normalmente en el tráfico mercantil como medio de acreditación documental de contratos y obligaciones, como telegramas, telefax u otros electrónicos igualmente verificables.

c) La aportación de un "principio de prueba", ex arts. 637 y 644 CPCM, en el que tengan reflejo los hechos que fundamentan lo pretendido con el ejercicio de una tercería de dominio y/o de preferencia de pago, esto es, el hecho de la propiedad o la titularidad de un crédito privilegiado. La alusión a que ese documento pueda ser un "principio de prueba" lo único que remarca es la flexibilidad que ha de tenerse para su apreciación en esta fase inicial de la litis y a los únicos efectos de resolver sobre la admisión de la demanda, sin prejuzgar su relevancia en la sentencia de fondo que puede resultar hasta decisiva a la postre. Lo que se persigue en estos casos es controlar la seriedad de la acción ejercitada, teniendo en cuenta los efectos que acarrea su admisión a trámite para otros sujetos.

2.7.3.3 Excepciones al régimen de preclusión:

La ley establece dos situaciones que eximen a la persona de la aportación mencionada en el apartado anterior. En primer lugar, que no disponga del documento que quiere hacer valer, en cuyo caso y como precisa el Código, deberá indicar dónde puede localizarse, sea en entidad o archivo público o en poder de un particular, de modo que pueda serle hecho el correspondiente requerimiento judicial para lo cual solicitará "las medidas pertinentes" para esa incorporación (que se provea a su exhibición).

En segundo lugar, tratándose de prueba pericial y ya no por imposibilidad material sino derivado de su régimen jurídico de defensa, cuando actúe la Procuraduría General de la República queda dispensada la parte defendida de aportar dicho dictamen –ni la

Procuraduría, la de encargarlo-, pues en ese caso la prueba se constituirá dentro del proceso (designación judicial del experto, etc.), debiendo eso sí anunciarlo en la demanda, esto es, especificando la naturaleza del dictamen y sobre qué puntos se pretende que se pronuncie el experto, información que así garantiza el derecho de defensa de la demandada, que queda prevenida de lo que se va a practicar y para qué.

2.7.3.4 Efectos:

La aportación efectiva de los documentos procesales que han de consignarse en este primer estadio del proceso, surtirá los efectos predeterminados por la ley (esencialmente, la admisión a trámite de la demanda o al menos el que esa inadmisión no derive de su ausencia), y en cuanto a los medios de prueba material (documentos y dictámenes periciales), asegurar el derecho de defensa de la contraparte evitando así una posterior nulidad de actuaciones por ocultamiento fraudulento de tales pruebas, y quedar bajo la custodia del órgano judicial para su valoración en la sentencia definitiva –o antes, a los efectos procesales ya mencionados de servir a la fijación del procedimiento y cuantía-.

Por el contrario, si el documento o el informe pericial no se aporta, los efectos serán de dos tipos, uno general y otro específico.

El general es que opera el principio de preclusión impuesto en el art. 289 CPCM y por ende no se podrá aportar después a menos que el documento sea de fecha posterior al acto de demanda, o se descubriere su existencia también después siendo que el motivo por el que se desconocía responda a "causa de fuerza mayor o por otra justa causa":

Como efectos específicos, habrá que distinguir la finalidad asignada al medio de prueba:

a) Siendo documento con función procesal, a falta de otro medio de prueba convincente quedaría sin acreditar el presupuesto de aquella índole para el que era de utilidad, lo que obligaría a inadmitir la demanda.

b) Siendo documento o informe pericial material, en principio no determina la inadmisibilidad de la demanda, aunque sí el que la parte queda despojada de un instrumento probatorio a su favor, que puede incidir en el resultado definitivo de la contienda o no, de acuerdo a la valoración conjunta que se haga de los medios que finalmente se recauden.

c) Como excepción, la falta de aportación del documento material traerá consigo la inadmisión a trámite de la demanda, en aquellos supuestos especiales donde se exige su aportación con ésta, (ver listado anterior) o donde el documento se convierte en elemento constitutivo de la propia acción (como en el proceso ejecutivo de títulos extrajudiciales; en el proceso de ejecución de títulos judiciales; en el monitorio), al convertirse en causa de inadmisibilidad, de acuerdo a lo que se examinará ahora.

2.7.4 El control de su admisión a trámite:

2.7.4.1 Principio general:

Todo defecto imputable al ejercicio de una acción judicial por incumplimiento de los presupuestos o requisitos procesales, y lo es de este calibre los que atañen casi siempre a defectos de la demanda o de la pretensión que se deduce en ella, comporta una excepción procesal –subsanable o no, según la especie- que puede alegar el demandado en el acto de contestación a la demanda o incluso posteriormente (art. 127 CPCM), pero no antes, es decir, no prevé la ley que tenga que ser oído el demandado antes de proveerse sobre la admisión a trámite de la demanda. Por tanto, lo característico del control judicial de admisión es que lo lleva a cabo el Juez, de oficio y unilateralmente, mediante dos mecanismos distintos de vigilancia a los que ahora prestaremos atención, como son la improponibilidad y la inadmisibilidad, o cuales son aplicables a todo tipo de procesos.

Para distinguir entre ambas clases de control, ha de partirse una vez más de la distinción entre la demanda como acto procesal, revestido de unas determinadas formalidades, y la demanda como vehículo por el que se formaliza una determinada pretensión de tutela. La demanda puede ser defectuosa en el primer contexto, y hacerse inservible para el propósito que estaba llamada a cumplir.

Pero podría no ser así, es decir, la demanda como acto procesal puede aparecer correcta, y en cambio la pretensión que se vierte en ella carecer de un requisito de validez que impide que pueda ser conocida judicialmente. Sobre el primer ámbito interviene la inadmisibilidad. Sobre el segundo, la improponibilidad.

Ahora bien, la admisión a trámite de una demanda comporta la declaración judicial de que ésta cumple los requisitos legales para considerarse deducida, sin otra consecuencia que permitir la incoación de las actuaciones del proceso correspondiente. Por tanto no exige del órgano judicial un análisis sobre las posibilidades de éxito final de la pretensión, ni el admitirla puede prejuzgar una sentencia estimatoria. Por esta razón, y porque la denegación a trámite de una demanda afecta a la propia efectividad del derecho al proceso justo, impidiendo que los conflictos jurídicos puedan ser heterocompuestos por los tribunales de justicia, la admisión a trámite de la demanda se erige en un control judicial de carácter esencialmente formal y no sustantivo.

De allí que cuando el art. 279 del Código somete la admisión a trámite de la demanda al requisito de que la misma cumpla "con los formalismos esenciales para entrar al conocimiento de la pretensión en ella contenida", se está refiriendo a formalismos procesales y no sustantivos.

Y que, cuando a renglón seguido también exige que de la demanda resulte "su facultad absoluta de juzgar", lo es también en el sentido estrictamente procesal, pues si lo fuera sustantivo no diría "juzgar" sino "estimar", algo por otro lado absurdo pues equivaldría a decir que sólo las demandas que van a ser estimadas pueden resultar admitidas a trámite.

Cuando, en fin, cierra su enunciado el art. 279 precisando que la reconvención se sujetará al "examen de fondo y forma" de los preceptos anteriores, esto es, los dedicados a la demanda, no está alterando ni para la reconvención, ni para la demanda, lo que ya ha establecido precisamente antes. Y es que el control de admisión a trámite deviene procesal por naturaleza, con la única excepción del art. 277 CPCM, el cual entre las causas de improponibilidad –que ahora veremos- incluye el de la pretensión cuyo objeto sea "ilícito, imposible o absurdo", puesto que entonces, ni en ese ni en ningún proceso podría conocerse de ella. Pero el examen de ese tipo de defectos de fondo, por excepcional, debe ser presidido por la prudencia del juez, tal como ocurre con todos los motivos de improponibilidad, y en caso de duda sobre la concurrencia de aquella ilicitud, imposibilidad o absurdo de la pretensión, es mejor posponer cualquier posible rechazo a la sentencia definitiva, cuando ya se tienen todos los elementos necesarios para resolver.

2.7.4.2 La improponibilidad:

2.7.4.2.1 Supuestos:

El Código como decíamos utiliza dos mecanismos distintos para referirse a las modalidades de control de la demanda: uno es la improponibilidad, que afecta a la pretensión deducida y a la que alude el art. 277 CPCM, y a la que se remite el art. 422 para el proceso abreviado. La otra es la inadmisibilidad, que atañe estrictamente a la demanda como escrito de parte, y que se regula en el art. 278 CPCM (también, art. 422 para el proceso abreviado).

De esta manera vienen a ordenarse en la ley los distintos motivos que pueden impedir la admisión a trámite de la demanda, simplificando además la construcción jurisprudencial de la Corte Suprema en esta materia, la cual había venido a distinguir dentro del género de la improponibilidad (distinta a su vez de la "inadmisibilidad" y la "improcedencia", controles a operar en otras fases del proceso) diversas variantes, y desde otra perspectiva a diferenciar también entre demanda inhábil, inútil, inatendible e imposible[203]. Ahora la inadmisión ha

203 Según su reciente Sentencia de 23 de febrero de 2009, dictada a las 11 horas (ref. 251-CAC-2008): "la Sala considera: que la demanda inepta es sustancialmente defectuosa e ilegal en sí, y es desechada al ser detectado el defecto por el juzgador, declarando de oficio la ineptitud, y rechazada la acción por el defecto irremediable que lleva inserta, no pudiendo corregirse o enmendarse; la demanda inepta está destinada al fracaso por contener un error insalvable. Dado que actualmente la ineptitud de la demanda está englobada dentro de la figura de la Improponibilidad junto a la inadmisibilidad e improcedencia, constituyendo las tres un rechazo de la demanda, aunque manifestado en momentos procesales diferentes, considerará la ineptitud desde la óptica de la Improponibilidad. Así jurídicamente, existen tres supuestos de improponibilidad jurídica de la demanda, los que en determinados casos pueden ocasionar una declaratoria de ineptitud: a) Improponibilidad subjetiva o falta de legitimación: es la facultad oficiosa del juez para decidir antes de dar traslado de la demanda si las partes tienen legitimación para demandar o ser demandadas, y si esta carencia es manifiesta, el juez rechaza in limine la demanda. b) Improponibilidad objetiva: Cuando de forma grave y evidente la pretensión carece de sustento legal o la demanda tiene por objeto algo que es inmoral o prohibido; c) Falta de interés: el interés de las partes para litigar debe ser real, con el objeto que la resolución judicial recaiga en algo concreto, evitándose declaraciones abstractas.
O desde la calificación de la demanda en: 1. Demanda 'inhábil' cuando ha sido propuesta ante juez incompetente. 2. Demanda 'inútil' cuando el interés procesal es inexistente. 3. Demanda 'inatendible' cuando el objeto de la demanda constituye una desviación de la función jurisdiccional 4. Demanda 'imposible' cuando la pretensión es imposible...".

de reconducirse a una de las dos categorías legalmente establecidas, bien que cada una de ellas se nutre de un repertorio de supuestos de aplicación variado.

Así, en primer lugar, la improponibilidad se refiere a todo proceso que no puede abrirse por motivos procesales que devienen por su naturaleza insubsanables, de allí que se diga que la pretensión no resulta susceptible de ser propuesta y, en esa medida, no procede proveer a ella judicialmente mediante la incoación de un proceso. Esas circunstancias de orden procesal, conforme a un listado que incluye el propio precepto pero que deja abierto a su ampliación en el caso concreto ("evidencie falta de presupuestos materiales o esenciales y otros semejantes…"), pueden ser de dos tipos:

a) Ausencia de un presupuesto de la litis:

a-1. Sea de alguno de los de carácter subjetivo, como la falta de competencia objetiva y funcional del órgano judicial o el sometimiento a compromiso pendiente (lo que hace en este caso al asunto, no jurisdiccional). A esos ejemplos legales habrá que añadir, claro, la posible falta de jurisdicción de los tribunales salvadoreños por razones materiales o territoriales, o los defectos de personalidad de las partes. También el sometimiento del asunto a arbitraje, salvo que ambas partes efectúen sumisión expresa o tácita a la jurisdicción de los tribunales.

Es de observar que la sumisión a arbitraje como causa de improponibilidad de la demanda se contenía en la redacción del art. 277 CPCM de 2008 y aunque se ha suprimido en la reciente reforma de 2010, dicha supresión tiene sentido, insistimos, sólo en el contexto en que ello debe situarse. Porque si se ha producido una voluntad posterior de ambas partes para dejar sin efecto una sujeción primigenia al arbitraje, manifestado por renuncia expresa o por sumisión tácita ex art. 43 del Código, deviene evidente la desaparición de toda causa de improponibilidad por este motivo, pues de ningún modo puede conceptuarse como de orden público, la inmutabilidad de un pacto dirigido a despojar a la jurisdicción de su campo natural de intervención.

a-2. También la falta de presupuestos objetivos: ilicitud o imposibilidad de la tutela jurisdiccional reclamada.

a-3. Como un supuesto especial de improponibilidad ha de calificarse el del art. 46 del CPCM, a cuyo tenor "Si el juez estima que carece de competencia territorial, declarará improponible la demanda en el estado en que se encuentre y se abstendrá de seguir conociendo del asunto, remitiendo el expediente al que considere competente". Se trata, para entendernos, de

Las mismas modalidades de improponibilidad ya compendiadas también en su Sentencia de 27 de marzo de 2008, dictada a las 11 horas (ref. 218-C-2007).

una causa de improponibilidad relativa, esto es, la pretensión no puede ser conocida ante el órgano judicial donde se ha interpuesto porque éste carece de competencia por razón del territorio, de modo que el asunto sí puede sustanciarlo y resolverlo cualquier otro órgano del mismo tipo pero radicado en la circunscripción judicial que corresponde por ley. La calificación de este supuesto como causa de improponibilidad deviene técnicamente correcta pues atañe a un presupuesto del proceso, lo que no hace incompatible que una vez remitido el asunto al tribunal competente la causa pueda ser admitida por éste y, desde ese momento, seguir su curso normal.

O que si la improponibilidad se detecta en una fase posterior, una vez efectuada la remisión al tribunal competente prosigan los trámites ante él sin necesidad de nulidad y retroacción de actuaciones, pues en este caso impera por mandato de ley el principio de conservación de los actos.

b) Aparición de un óbice procesal impeditivo de una sentencia de fondo:

El art. 277 menciona concretamente la litispendencia y la cosa juzgada sin excluir otros. Por ello mismo a este grupo de los óbices se une por su naturaleza también, la caducidad de la acción por transcurso del plazo previsto para su ejercicio, allí donde éste se hubiere fijado por ley: así por ejemplo, el plazo que tiene el supuesto acreedor o titular de un derecho que se jacta de ello, como consecuencia de un requerimiento judicial instado por otra persona por vía de diligencia preliminar[204]; o por ejemplo también, el plazo para instar procesos posesorios[205].

2.7.4.2.2.- Tratamiento:

Debido como decíamos a la insubsanabilidad de estos motivos, la ley opta por no conceder plazo a las partes para su corrección sino que el juez la decretará directamente, por tanto sin que la persona que figura como demandada en el escrito presentado llegue siquiera a tener conocimiento de lo que ha ocurrido. Ello no es necesario, puesto que formalmente esta decisión implica que el proceso no se ha abierto ni se va a llegar a abrir, al menos en dicha sede judicial civil, sin perjuicio de que el actor pueda interponer recurso de apelación contra el auto que así lo declare (art. 277 *in fine*) y, de serle estimado, se acuerde tal admisión.

En cualquier caso, debe advertirse que un efecto tan drástico como el cierre definitivo de un proceso (excepto, como antes veíamos, en el caso de la incompetencia territorial del art. 46 CPCM, que permite su reanudación ante el órgano competente) sólo está justificado cuando el motivo de improponibilidad ha quedado acreditado sin ofrecer dudas. Convicción que ha

204 Quedando gravado el jactancioso con la carga de interponer demanda en un plazo breve: aquel que de modo "perentorio" fije el Juzgado, si ha formulado tal jactancia de manera expresa (art. 256.10º CPCM), o en el de 10 días desde la notificación del auto respectivo si se ha negado a declarar y el juez deduce la jactancia tácitamente (art. 261.6º CPCM).

205 De un año si se trata de reclamar contra el despojo o perturbación de la posesión, y de tres meses si se reclama por los perjuicios derivados de una obra nueva: art. 473 CPCM.

de estar fundada en los propios términos de la demanda y en los documentos que han de acompañarla, tanto porque éstos falten (poder del procurador, etc.), como por lo que éstos revelen a su lectura, si se consignaron.

Con todo, no siempre resulta fácil ni posible determinar la concurrencia del motivo, debido a su complejidad jurídica o debido a un íntima vinculación con el fondo controvertido. Por tanto, siempre que se susciten dudas sobre la realidad del motivo de improponibilidad de la demanda y resulte necesario para poder despejar la incógnita, obtener la versión del demandado e incluso el resultado de las pruebas que previsiblemente las partes pedirán que se practiquen, la demanda debe admitirse a trámite y permitir que se sustancie el proceso, a reserva de una posible apreciación del defecto en un momento posterior, sea éste interlocutorio -audiencia preparatoria, etc.- o ya en la sentencia definitiva, con el mismo efecto de archivo (aunque en cada momento sujeto al régimen de impugnación que corresponda contra la respectiva resolución que lo declare).

Finalmente, destacar que sin perjuicio de las potestades de oficio del tribunal, el demandado puede excitar el control de la causa de improponibilidad no solamente en la contestación a la demanda, sino dentro de cualquiera de las audiencias previstas dentro del proceso (es decir, como excepción procesal *ex novo*), o fuera de esas audiencias también por escrito, en cuyo caso se abrirá un incidente rápido para dilucidarlo, dando tres días a las demás partes para ser oídas y si alguna plantea oposición se convocará una vista en los diez días siguientes "a menos que estuviere próxima la realización de alguna, en cuyo caso se incluirá el incidente como punto de agenda", todo ello según el art. 127 CPCM. De estimarse la causa, y así será cuando decidan todas las partes apoyarla (efecto vinculante), o en otro caso porque así lo aprecie el juez con arreglo a la legalidad, se archivará el proceso.

2.7.4.3 La inadmisibilidad:

2.7.4.3.1.- Supuestos:

Por su lado, el art. 278 CPCM considera lo que pueden ser defectos subsanables no ya de la pretensión, sino del escrito de demanda y a los requisitos para su presentación:

a) Se tratan ante todo de defectos que atañen a la estructura, contenido y presentación de este último, de tal manera que impide su comprensión o la hace ininteligible en alguno de sus bloques expositivos, en tal grado que no es posible reconocer qué tipo de pretensión se quiere deducir, o qué sujetos serían las partes del mismo. No piensa la ley aquí en simples imprecisiones (como tales, subsanables en la audiencia preparatoria o en la vista oral de proceso abreviado), o en argumentos jurídicos que pueden tildarse de poco sólidos (en cuanto tales, serán apreciaciones jurídicas a las que ya dará oportuna respuesta la sentencia de fondo), sino en defectos más graves: la omisión de datos básicos; la falta de concreción de un *petitum* o de la causa de pedir en que se funda; el uso de un lenguaje enrevesado que no simplemente dificulta sino que impide discernir qué tipo de relación jurídica se está exponiendo, etc.

b) Por excepción, deviene motivo de inadmisibilidad un defecto que en principio rebasa la mera formalidad de la demanda y afecta a la propia pretensión deducida, si bien por su facilidad de subsanación se prefiere tratar por este cauce: es el supuesto del art. 102 del Código, cuando se formule una acumulación indebida de pretensiones, bien porque dos o más de ellas resulten incompatibles entre sí (art. 98) o alguna no pueda plantearse ante el mismo juez o procedimiento (art. 100). En tales situaciones, el juez tiene control de oficio para detectar esta acumulación inadecuada e instar a la parte para que la corrija en el plazo de cinco días, es decir y para entendernos, para que saque el seno de la demanda la pretensión que no cabe en ella y, si quiere y en su caso, la deduzca en otra demanda distinta. De no hacerlo así el interesado, se dictará auto de inadmisibilidad de toda la demanda (no puede el juez, de oficio, seleccionar unas pretensiones y desechar otras, si el actor no lo hace toda la pretensión deriva en inválida por inasumible). Aunque en esa hipótesis "dejando a salvo el derecho del demandante para volver a plantear debidamente las pretensiones concernidas" (art. 102 *in fine* CPCM).

c) El artículo 278 también menciona el incumplimiento de "las formalidades establecidas para su presentación" (de la demanda), lo que ya no tiene que ver con defectos del escrito propiamente dicho, sino sobre todo con la falta de aportación junto con ella de los diversos documentos exigidos por la ley. A saber:

c-1.- Las acciones que se fundan en la tenencia de un título, cuando así lo exija la ley: pueden ser acciones especiales declarativas, como ocurre con el proceso monitorio (art. 491 CPCM[206]), y la acción cambiaria (art. 648 *in fine* CCom[207]). Pero sobre todo concierne a los títulos en que se funda un proceso de ejecución, sea título extrajudicial (art. 459 CPCM[208]), o aquel que da pie a la ejecución forzosa de una resolución judicial o título asimilado, siempre que, en este último caso, no fuera un título creado por el propio tribunal pues de ser así no resultará necesario que se aporte (art. 572 primer párrafo[209]).

En todos estos supuestos, no es posible incoar el proceso correspondiente si no se dispone del título y el juez verifica su validez y contenido; de allí que se erija el documento en un elemento constitutivo de la acción misma.

206 Aludiendo a la "solicitud" que ha de consignar el interesado, dice el art. 491 CPCM que: "El proceso monitorio se iniciará con la presentación de una solicitud (...) debiéndose acompañar a la solicitud el documento en que conste aquélla".

207 Art. 648 *in fine* CCom: "Con la demanda debe presentarse el título".

208 Art. 459: "En la demanda del proceso ejecutivo (...) debiéndose acompañar en todo caso el título en que se funde la demanda y los documentos que permitan determinar con precisión la cantidad que se reclama". En este caso, no sólo el título sino los documentos que sirven para cuantificar la deuda resultan imprescindibles para poder despachar la ejecución.

209 Recuérdese que en este ámbito no se habla de "demanda" sino de "solicitud" de ejecución: Art. 572 primer párrafo CPCM: "A la solicitud de ejecución habrá de acompañarse el título, salvo que se trate de resolución dictada por el propio juez a quien se dirija, o de un acuerdo o transacción aprobado u homologada por él, en cuyo caso bastará señalar el procedimiento del que derive".

c.2.- Aquellos documentos materiales que justifican la seriedad de la acción y cuya falta se sanciona legalmente con la inadmisión de la demanda (ver epígrafe anterior): de entrada, ha de presumirse que el documento existe y por ello conceder al demandante el plazo para subsanar al que haremos referencia.

Pero si no lo hace, exista el documento o no exista dará lo mismo, la demanda se deberá declarar entonces inadmisible.

c-3.- Los documentos que acrediten el cumplimiento de presupuestos procesales: cuando la carencia del presupuesto de que se trata deriva precisamente de la información y de los documentos que se consignan ante al órgano judicial, estaremos directamente sin más y como antes señalamos, ante una causa de improponibilidad de la pretensión que deviene insubsanable por su naturaleza.

Pero si lo que ocurre es que se afirma el cumplimiento del presupuesto procesal y no se aporta el documento que lo verifica, sean los presupuestos generales de todo proceso (pensemos en el poder del representante legal de la sociedad mercantil, o en el poder del procurador, etc.), sea algún extremo de la pretensión deducida que la ley quiere que se acredite desde el principio (como los títulos que justifican la legitimación de los opositores, en la acción impugnativa de acuerdos de sociedades[210]) el Juzgado debe en principio dar como posible que el presupuesto existe y para ello otorgar plazo para subsanar la omisión de aportación.

Si el plazo no se aprovecha se decretará entonces la inadmisibilidad de la demanda, bien que no su improponibilidad, ya que a pesar de tratarse de la falta de acreditación de un presupuesto del proceso, salvo que el tribunal insistimos disponga de datos sustentados con pruebas concretas en torno a la inexistencia del presupuesto procesal, o tal inexistencia derive de su propia naturaleza, no se puede dictar un auto en el que declare tal cosa como algo real.

Una cosa es que el presupuesto no exista y otra que no se haya acreditado. El que no se aporte el documento correspondiente desde luego impide que se dé curso a esa demanda, pero no puede suponer que se niegue la improponibilidad de la pretensión como si se hubiera "probado" que el presupuesto no existe. Por tanto, los efectos de la falta de aportación de tales documentos serán los propios de la inadmisibilidad a los que ahora haremos referencia.

210 Según establece el tercer párrafo del art. 550 Ccom: "Es indispensable que en la demanda, se precise el concepto concreto de la violación; y que a ella se acompañen los títulos de las acciones que los opositores representen".

c-4.- Y en fin, provocará también que se tache de inadmisible la demanda, el incumplimiento del requisito de aportación de tantas copias como demandados figuren en aquélla (art. 162 CPCM con carácter general, y art. 418 *in fine* para el proceso abreviado), más otra copia adicional para el tribunal (art. 163 CPCM): copias tanto de la demanda como de los propios documentos e informes escritos que se acompañan a ella.

2.7.4.3.2.- Tratamiento:

Todas las circunstancias relativas a una causa de inadmisibilidad resultan, por su naturaleza, potencial y abstractamente subsanables. Por ello el Juez a virtud del citado 278 CPCM le concederá a la parte actora un plazo no superior a cinco días (mismo plazo para el proceso abreviado, art. 422) a fin de que repare la falta. Pasado ese tiempo, si no se ha procedido a la subsanación, "se dará por terminado el proceso declarando inadmisible la demanda".

Como lo afectado en estos casos, repetimos, no es la pretensión deducida sino el vehículo o instrumento con que ésta se ha formalizado, recalca la ley que la falta de admisión de la demanda en estas condiciones no impedirá sin embargo que pueda serlo en el futuro (art. 278: "esta especie de rechazo in limine deja a salvo el derecho material"). Ello en el sobreentendido de que se presente a través de un escrito de demanda correcto y con todos sus requisitos, pues de lo contrario el rechazo de la segunda demanda debe producirse en los mismos términos que la precedente.

2.7.5 Efectos derivados de su admisión:

2.7.5.1 La litispendencia:

2.7.5.1.1 Concepto y momento en que se produce.

Efectos derivados de la fijación procesal del conflicto:

1.1.- Se entiende por litispendencia el conjunto de efectos jurídicos procesales que origina la admisión a trámite de una demanda y, con ello, el reconocimiento de que existe un conflicto jurídico formalmente planteado ante un tribunal de justicia, el cual debe ser resuelto por este último en términos que respeten la legalidad, la defensa de las partes y la seguridad jurídica. El art. 281 del Código se refiere a la litispendencia, sin definirla propiamente, al menos no con un contenido global (sí en uno de sus efectos, que describe su apartado segundo y que ahora veremos), señalando que ésta se produce "desde la presentación de la demanda, si resulta admitida". Analizaremos ahora por separado cada uno de los efectos propios de la litispendencia, pero en lo que ahora importa, es de destacar que el Código ha optado correctamente por evitar los debates jurisprudenciales en torno al comienzo efectivo de la litispendencia, fijando él mismo ese momento: la litispendencia se retrotrae siempre a la fecha de interposición a la demanda, no a otro momento posterior, pero para que haya litispendencia tiene que existir una pretensión admitida a trámite.

Por tanto el presupuesto de la litispendencia –que no su *dies a quo* efectivo- es la admisión de la demanda, sin ella ni existe litispendencia ni proceso sobre el que proyectarla. Es cierto que *de facto*, una demanda puede retrasar su admisión a trámite durante días o semanas, si el juez detecta algún defecto que puede ser motivo de inadmisibilidad y abre plazo a la parte actora para que lo subsane. Mientras eso ocurre y hasta tanto no tenga lugar un desenlace positivo, la demanda no tiene el reconocimiento jurídico necesario para desencadenar los efectos de la litispendencia. Si el Juzgado acaba decretando la improponibilidad o la inadmisibilidad, seguirá sin haber litispendencia a menos que se revoque en apelación y la Cámara ordene la admisión. Entonces y sólo entonces, habría pretensión formalmente atendible, y la litispendencia empezará a funcionar, retrotrayéndose a la fecha de interposición de la demanda, como corresponde ex art. 281 CPCM. De lo contrario no.

1.2.- Si la litispendencia, entonces, conlleva el reconocimiento de que se ha planteado un conflicto, el cual por necesidad tiene dos dimensiones, la subjetiva (partes) y la objetiva (pretensión *stricto sensu*), la litispendencia identifica ese conflicto con todos sus elementos y despliega un efecto positivo o delimitador, y otro negativo o excluyente. Al efecto positivo se refiere el art. 94 del Código, cuando preceptúa que "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 reconvención".

Los elementos de la relación jurídico procesal y el contenido de la pretensión sobre la que se va a debatir en ese proceso, serán justamente los que figuran en el escrito de demanda, y no en otro escrito anterior ni posterior a ella. El objeto del proceso puede estar conformado por una o más peticiones de tutela (acumulación de pretensiones), que será válida si sigue las reglas legales que ya hemos tenido ocasión de revisar.

En todo caso, aunque sean varias peticiones, seguirá siendo el "objeto" de ese proceso, o si se prefiere decir así, el "conflicto jurídico" trabado. Cualquier otro conflicto jurídico debe deducirse en una demanda y proceso independientes, no en éste sobre el que ya recae litispendencia, como remacha el propio art. 94 *in fine* CPCM[211]. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de ampliar la demanda (lo veremos más adelante) y de la posibilidad de acumulación de procesos con elementos de conexión.

1.3.- A su vez, el efecto negativo o excluyente de la litispendencia, no es otro que el de la garantía del *non bis in idem* también para la justicia civil. Ni por razones de seguridad jurídica (riesgo de fallos contradictorios o distintos), ni por razones de economía de recursos –humanos y económicos- del Estado, e incluso del derecho de defensa del demandado (de quien lo sea en cada proceso que se abriera), puede tolerarse la apertura incontrolada de dos o más litigios para venir a discutir sobre lo mismo. Por tanto, la litispendencia de ese conflicto jurídico

211 Art. 94 *in fine*: "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".

subjetivo-objetivo impide que pueda admitirse a trámite otra demanda con los mismos sujetos –conserven o no las mismas posiciones procesales- en relación al mismo derecho o bien jurídico en juego. De aquí se deriva la llamada "excepción procesal de litispendencia" del art. 109 CPCM[212], que puede ser alegada por el demandado en su escrito de contestación a la demanda del segundo proceso, para que se resuelva por el tribunal que conozca del asunto y en su caso ordene el archivo de las actuaciones (en la audiencia preparatoria: ver arts. 298, 302). Pero también puede ser estimada de oficio por el órgano judicial, pues en cuanto causa impeditiva de la existencia del segundo proceso, resulta materia de orden público y no requiere necesariamente por ello de una denuncia de parte.

1.4.- Otros efectos procesales derivados directamente de la litispendencia, en cuanto se refieren a la admisión a trámite de la demanda, son:

-- El valor económico de la litis –salvo cuando no lo tuviere, claro- viene establecido por aquel al que se refiere la pretensión deducida en la demanda, para cuyo cálculo habrá de estarse a las reglas de los arts. 242 y 243 (éste, para el caso de acumulación de peticiones) CPCM.

-- La admisión a trámite de la demanda desencadena su notificación a quienes figuren como parte demandada, a través del emplazamiento previsto legalmente para que pueda/n proceder a su contestación (art. 283).

2.7.5.1.2 Perpetuación del procedimiento:

La litispendencia provoca asimismo el efecto procesal de hacer inmutable el conflicto jurídico formalizado en la demanda, no solamente en el sentido de que el mismo no puede ser alterado por lo que afirme el demandado, como mucho ampliarlo en los límites de una reconvención (tal como veremos después). Pero además y sobre todo, que tal alteración tampoco puede provenir de hechos externos posteriores al momento en que se ha trabado la litis. A este fenómeno se le conoce con el nombre de la *perpetuatio jurisdictionis* y comporta que la jurisdicción y competencia del órgano judicial que asume el conocimiento de la pretensión al admitir a trámite la demanda, así como el procedimiento por el que ha de sustanciarse la causa, no podrán variar con posterioridad, ante cualquier cambio de circunstancias en los elementos del conflicto jurídico trabado inicialmente.

No cabe pedir por tanto el cambio de juez por incompetencia territorial sobrevenida derivada del nuevo domicilio del demandado, o por el aumento o depreciación del valor del derecho o bien discutidos, ni la transformación del procedimiento, etc. Se tratan de circunstancias

212 Art. 109 CPCM: "Cuando el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes obedezca a la existencia simultánea de dos o más procesos entre las mismas partes y en relación con la misma pretensión, deberá acudirse a la excepción de litispendencia, sin que quepa la acumulación de dichos procesos.
De estimarse la excepción de litispendencia se pondrá fin al proceso o procesos iniciados con posterioridad, con condena en todas las costas causadas en los procesos finalizados".

provocadas por actos de personas o hechos de la naturaleza, que no pueden tolerar un cambio de los presupuestos esenciales del proceso, pues de ser ello posible estaría invitando al fraude procesal y a que continuamente se pusiera en entredicho la continuación de la litis so capa de un nuevo "cambio", hipotético o real, en las condiciones del conflicto jurídico. La ley procesal se ocupa así de cerrar el paso a ese riesgo de distorsión de la actividad jurisdiccional, en protección de los derechos de las partes. El art. 281 del Código, en su redacción original de 2008, preveía una auténtica regla de *perpetuatio jurisdictionis*, que abarcaba la jurisdicción y competencia objetiva y territorial del tribunal, así como el procedimiento. Ahora, sin embargo, con la reforma parcial de 2010, de manera inexplicable se ha cercenado parte de la norma, reduciendo el alcance de la perpetuación a la prohibición de cambio en el procedimiento.

No se trata de una simple mejora de redacción del precepto, sino en realidad de una retractación con lo aprobado dos años antes, lo que extraña teniendo en cuenta que ni siquiera ha empezado su andadura la ley como para saber que el dispositivo anterior pudiera traer consigo efectos negativos, ni se antoja en qué punto podría tampoco tenerlos, cuando, como ya hemos explicado, la garantía de la *perpetuatio* se irradia tanto en lo orgánico como en lo procedimental. Lo aprobado ahora supone restringir la primera de esas dos vertientes, que queda en posición vulnerable ante intentos de fraude, pero además, con las siempre perturbadoras medidas de traslado de expedientes entre órganos, con las pertinentes resoluciones que unos y otros han de ir dictando al efecto. El actual art. 281 CPCM, pues, señala que las alteraciones que pudieran tener lugar "en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del proceso, así como las que introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas, no modificarán la clase de proceso, que se determinarán [utiliza el plural: debería ser en singular, la clase de proceso] según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia".

Con todo, conviene hacer tres observaciones a esta regla:

a) Los cambios a los que hace referencia el art. 281 CPCM no afectarán como se ha dicho al procedimiento como ahí se indica, pero sí puede traer consigo eventualmente una modificación del *petitum* de lo que reclame el actor, en un sentido o en otro (aumento o reducción), si los hechos han alterado la integridad y el valor del bien litigioso y así se pone de manifiesto por la parte a la que ese cambo perjudique. De lo contrario, impera la regla general del art. 94 (y alguna especial en el mismo sentido[213]) sobre la inmutabilidad del objeto a la fecha en que se interpuso la demanda a la sazón admitida.

213 Como la señalada en el art. 1370 del CCom para el ejercicio por la entidad aseguradora, de la acción de rescisión de contrato por ocultamiento de datos por el tomador: "El dolo o culpa grave en las declaraciones a que se refiere el artículo anterior, da al asegurador acción para pedir la rescisión del contrato, dentro de los tres meses siguientes al día en que haya conocido la inexactitud u omisión dolosa o culpable. Los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la presentación de la demanda".

b) La perpetuación del procedimiento, en todo caso, presupone siempre que los cambios acontecidos no hayan incidido en la existencia misma del objeto litigioso hasta tal punto de hacerlo desaparecer. Si tal eventualidad hubiera ocurrido, podríamos estar ante una pérdida de interés legítimo susceptible de poner fin al proceso ex art. 128 CPCM, problema sin embargo estrictamente distinto de la *perpetuatio jurisdictionis*. La formulación de una pretensión distinta, resultado de aquella desaparición (por ejemplo, ejercicio de una acción de daños y perjuicios contra el responsable de la destrucción dolosa o negligente del bien) tendría que ser canalizada a través de nueva demanda y por ende de un nuevo proceso, pues no estaríamos aquí ante una mera "ampliación" de la demanda ni ante "alegaciones complementarias" que sí pueden tener cabida en el proceso ya abierto (de esto nos ocuparemos luego), sino ante una nueva pretensión, que no puede introducirse en el mismo proceso (art. 282 CPCM). También los cambios pueden repercutir sobre la identidad de las partes. La transmisión (que no desaparición) de la cosa litigiosa a un tercero provocará una sucesión procesal que debe resolverse con las alternativas que brinda el art. 88 CPCM, pero que como tal no afecta a la existencia misma del proceso ni alterará la competencia y procedimiento ya fijados gracias a la *perpetuatio*. Por su lado, el fallecimiento de alguno de los litigantes podrá desembocar también en una sucesión procesal, siempre que resulte posible localizar a uno o más causahabientes. De no ser así, el problema podría tornarse en pérdida de interés legítimo del actor para continuar adelante (de no tener el actor a quién reclamar) y con ello el cierre anticipado del proceso, lo que sin embargo, insistimos, no comporta un problema de *perpetuatio jurisdictionis*.

c) La perpetuación de la jurisdicción, en los términos legalmente regulados, no cubre la eventualidad de una aplicación retroactiva derivada de un cambio legislativo en la fijación de nuevos criterios de competencia objetiva y territorial, o del listado de asuntos que han de ventilarse por cada uno de los distintos procedimientos, pues como veíamos se refiere solamente a hechos con trascendencia en el proceso, no a normas. Ahora bien, aunque así sea no es menos cierto que el problema enlaza con el régimen de eficacia temporal de las normas procesales y, para ser más precisos, de lo que se ordene en las correspondientes disposiciones transitorias de cada ordenamiento procesal. Siempre que éstas respeten la aplicación para los procesos ya iniciados a la fecha de su entrada en vigor, de las normas que regían anteriormente para esa instancia judicial -en este caso para la primera instancia- tal cambio normativo no provocará efecto alguno. Sólo si se acordare expresamente lo contrario –y es difícil en la práctica que así se contemple-, tendrán que revisarse todos los procesos y en su caso efectuar los cambios de juez o de procedimiento que procedan. El Código a este respecto ha abogado por la estabilidad de los procesos ya iniciados[214].

214 Conforme al art. 706, que contiene a su vez su Disposición Transitoria, "Los procesos, procedimientos y diligencias que estuvieren en trámite al momento de entrar en vigencia el presente código, se continuarán y concluirán de conformidad a la normativa con la cual se iniciaron.

2.7.5.2 Efectos sustantivos:

Finalmente, hay que tener presente que la admisión a trámite de la demanda, en cuanto hecho jurídico, provoca efectos no sólo sobre el devenir de la actividad procesal, sino sobre la vigencia o eficacia de los derechos materiales en juego.

Tales efectos sustantivos o extraprocesales ha de preverlos expresamente la ley, pudiendo así citar aquí como ejemplos: el carácter litigioso de un derecho (art. 1701 párrafo segundo CC)[215]; la utilidad en la gestión de negocios ajenos (art. 2042 CC)[216]; el derecho a pedir caución respecto de la fianza ya prestada (art. 1543.III CCom[217]); la interrupción civil de la prescripción, tanto la adquisitiva ex art. 2242 CC[218] con las excepciones previstas en el mismo precepto, como la prescripción extintiva (art. 2257 último inciso CC[219]), que se remite también a las excepciones previstas en aquella otra.

Una de esas excepciones es que no se hubiere practicado el emplazamiento legal del demandado, hipótesis que la Corte Suprema flexibiliza en casos de subsanación tácita del defecto por el sujeto[220].

---

215 Art. 1701 CC: "Se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente. Se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los siguientes artículos, desde que se notifica judicialmente la demanda".

216 Art. 2042 CC: "El que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado, no tiene demanda contra él, *sino en cuanto esa gestión le hubiere sido efectivamente útil, y existiere la utilidad al tiempo de la demanda*; por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda, que sin ella hubiera debido pagar el interesado. El Juez, sin embargo, concederá en este caso al interesado el plazo que pida para el pago de la demanda, y que por las circunstancias del demandado parezca equitativo".

217 Art. 1543.III CCom: "La institución fiadora, después de celebrado el contrato, sólo podrá exigir que el fiado o el contrafiador le caucionen el pago, en los casos siguientes: (...) III.- Si la obligación afianzada se hace exigible, o se demanda judicialmente su pago".

218 Art. 2242 CC: "Interrupción civil es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa contra el poseedor. Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción; y ni aun él en los casos siguientes: 1º Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal; 2º Si el recurrente desistió expresamente de la demanda o cesó en la persecución por más de tres años; 3º Si el demandado obtuvo sentencia de absolución. En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda. Tampoco la interrumpe el juicio conciliatorio".

219 Art. 2257 CC: "La prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. (...) Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2242".

220 Sentencia de la Sala de lo Civil de 18 de julio de 2003, dictada a las 14.40 horas (ref. 324): "De ahí que, tengamos para nosotros, que si la demanda judicial interrumpe civilmente la prescripción liberatoria, salvos los casos enumerados en el Art. 2242 C. C., entre los cuales se menciona, 'si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal'; el recurrente nada tiene que alegar en ese sentido, por cuanto de haber existido alguna nulidad, ya sea por infracción de las formalidades prevenidas para el emplazamiento (Art. 1117 Pr. C.) o bien, por haberse omitido el mismo (Art. 1131 Id.); dicha nulidad quedó subsanada por medio de la 'ratificación tácita' de la impetrante, que consistió en haber contestado la demanda sin alegar esa nulidad. En consecuencia, la Sala estima que la demanda de mérito interrumpió civilmente la prescripción de que se trata, por encontrarse subsanada la falta de la notificación del decreto de embargo o emplazamiento; por suerte que, el mismo se entiende que fue notificado en forma legal, en la fecha de presentación del escrito de contestación de la demanda".

2.7.5.3 Modificaciones posteriores de la demanda:

Hemos hablado de la inmutabilidad del conflicto jurídico deducido en la demanda, como efecto propio de la litispendencia. Siendo ello así, el legislador sin embargo es receptivo a la riqueza de la casuística práctica, que puede conducir en muchas ocasiones a necesitar introducir ajustes en el relato inicial y en las solicitudes de tutela formuladas, bien porque a la fecha de su presentación habían datos desconocidos o dudosos que no pudieron integrarse en la pretensión, bien porque se requieren ajustes o matizaciones en pos de una mejor clarificación de lo solicitado.

De este modo, el Código permite, desde dos vías distintas, el reajuste de la demanda siempre que ello insistimos no comporte la mutación del conflicto ya deducido; todo lo más, el añadido de otras peticiones colaterales. Tales vías son las siguientes:

2.7.5.3.1 Ampliación de la demanda:

1.1.- Mientras el demandado no ha contestado a la demanda, digamos que no se produce para éste ningún efecto de indefensión por el hecho de que la pretensión original pueda sufrir algún reajuste argumental en orden a su mejor intelección o el añadido de algún *petitum* más, es decir, no existe perjuicio procesal por consentir algunos cambios en la demanda. Desde luego, podría pensarse que al demandado le parecería mejor contestar a una demanda defectuosa que a otra aclarada, o que a una demanda donde se le pide una prestación y no dos. Empero, no es ése un perjuicio que pueda considerar legalmente sostenible, como para impedir que la demanda pueda reajustarse. Lo que marca el punto de inflexión no es el perjuicio derivado de tener que soportar una demanda "mejorada" en cuanto pueda resultar con más posibilidades de éxito gracias a los ajustes, sino que haya contestado ya a la demanda que se le había notificado, pues en ese momento la litis queda delimitada entre ambos y cualquier cambio sustancial haría incurrir en indefensión al demandado, quien ya ha programado en la contestación su estrategia de defensa en el proceso. Tampoco puede haber indefensión si el cambio consiste en extender la lista de demandados a otros nuevos, pues estos últimos ni siquiera habían empezado a preparar defensa alguna que pudiera verse frustrada.

Así las cosas, el art. 280 CPCM permite lo que llama la "ampliación de la demanda" tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, teniendo como límite temporal para efectuarla la contestación a la demanda del demandado. Aunque esta norma se inserta dentro de las disposiciones del proceso común, hay que señalar que deviene aplicable supletoriamente para el proceso abreviado, siempre en el marco de las pretensiones que puedan canalizarse por dicho procedimiento (art. 420 CPCM); y para los procesos especiales siempre y cuando se traten de pretensiones específicas a resolver en ellos.

La ampliación objetiva de la demanda, primera de las dos facetas permitidas, puede consistir tanto en la agregación de nuevas peticiones de tutela concreta (*petitum*), como nuevos fundamentos o títulos jurídicos en qué fundar aquella petición (causas de pedir): el Código habla de "nuevas pretensiones" y el término, global, puede abarcar por tanto ambos elementos de la pretensión procesal. Huelga decir, obviamente, que la adición de nuevas peticiones

deberá cumplir con los requisitos del propio Código (arts. 98 y ss CPCM), sin que quepa introducir ahora peticiones incompatibles con las ya deducidas, pretendiendo con ello eludir una prohibición que perpetrada *ab initio* habría conducido a un motivo de inadmisibilidad de la demanda. Esa prohibición sigue en vigor y el juez no podrá autorizar la ampliación, una vez presentado el escrito que la contiene, si en ella aparecen infracciones al régimen de acumulación de pretensiones.

1.2.- No menciona este precepto –ni en otro- la ley, si la oportunidad de ampliación de la demanda puede aprovecharse no ya para introducir los añadidos mencionados, sino simplemente para formular matizaciones o aclaraciones sobre algún apartado ambiguo u oscuro de la demanda. En puridad, dado que la demanda ya está admitida a trámite no hay una necesidad inminente de realizar tales ajustes menores, pues ninguna carga ni peligro procesal asecha al actor (si plantea una excepción al respecto el demandado en su contestación aquél podrá subsanarlo en la audiencia preparatoria o en la audiencia del abreviado), y seguramente por eso el legislador no dispone nada al respecto. No obstante podría ciertamente resultar útil, incluso para el demandado, tener acceso a una demanda depurada en trámite de ampliación, no ya para ahorrarle a éste el tener que denunciar el carácter defectuoso de la demanda en la contestación, siendo que va a poder casi siempre subsanarse, sino para que pueda disponer cuanto antes de la versión corregida, lo que puede ayudarle a preparar mejor su contestación, al margen de que ya no incluya aquella queja por defecto de la demanda, generalmente sin trascendencia. En ese sentido, no vemos razón para prohibir la consignación de escritos de demanda dirigidos a ese fin menos intenso.

Eso sí, si el actor se ampara en este art. 280 para hacer llegar sus correcciones, la contrapartida debe ser que el precepto se aplique con todos sus efectos y por tanto opere correspectivamente la ampliación al demandado del plazo para contestar a la demanda que ahí se le garantiza. Cuestión ésta que quizá ya no convenga tanto al demandante, quien en definitiva puede aprovechar para un acto procesal posterior (audiencia preparatoria, audiencia del abreviado) para formular tales correciones o aclaraciones.

1.3.- Como refiere asimismo la norma, también puede ampliarse la demanda en lo subjetivo, dirigiéndola contra demandados que no hubieren sido incluidos en ella originalmente. Esta ampliación puede ser el producto de una opción libre del actor para aprovechar tratar en el mismo proceso las pretensiones que tiene contra varios sujetos, o para incluir a terceros a los que interese que la sentencia vincule. En tal hipótesis habrán de cuidarse también las reglas sobre acumulación de pretensiones –y el juez controlarlo-, pues habiendo litisconsorcio facultativo, o intervención provocada, estrictamente no es una sino varias relaciones jurídicas las concernidas, y por tanto la acumulación no deviene sólo subjetiva, sino en realidad, subjetivo-objetiva.

También puede deberse la ampliación de demandados a un imperativo derivado de la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, que el demandante no había percibido desde el principio (o sí, pero en todo caso no lo había llevado a efecto correctamente), y que conduce a que se tenga que ampliar la demanda a todos aquellos quienes forman parte de la relación material controvertida, so pena de devenir defectuoso el elemento subjetivo de la

relación jurídico procesal, lo que puede llevar al archivo del proceso y, como mínimo si lo detecta el juez, a que se imponga al actor a integrar el debido litisconsorcio (por ejemplo, en la audiencia preparatoria). Para evitar todo esto, el actor puede tomar la iniciativa y hacer, en trámite de ampliación, lo que debió desde el principio.

1.4.- Según referíamos, la ampliación de la demanda tiene un momento temporal definitivo o fatal, tras el cual ya no se puede ejercitar. Ese plazo en parte es legal, pero en parte es fáctico: dice el art. 280 CPCM que se puede ampliar "antes de la contestación", pero como sabemos, la contestación en el proceso común se evacua conforme a un plazo, que es de veinte días desde el siguiente a la notificación de la copia de la demanda y sus documentos (ver epígrafe siguiente) y dentro del cual el sujeto tiene facultad para formalizar su escrito de contestación en el momento que quiera, con tal de que no supere el plazo, sin que pueda predecirse el día exacto en que lo va a hacer. Luego, que acaezca la contestación resulta a la postre un hecho incierto para el actor (no para el demandado, claro, que sí lo sabe y juega con el plazo según su interés). Mientras más diligente sea el demandado y con más prontitud consigne su escrito, menos probabilidades tendrá el actor de ampliar la demanda. Eso no se sabrá hasta el momento en que se tenga constancia de la recepción judicial del escrito de contestación. Desde ese día y hora en que se reciba, precluye el derecho del demandante a la ampliación.

Para el proceso abreviado, y en lo que hace concretamente a su régimen de presentación, ha de conjugarse lo dispuesto en aquel art. 280, con el art. 427 regulador del acto de la audiencia y a cuyo tenor se dará la palabra en primer término a la parte actora para que "ratifique, amplíe o reduzca su demanda". Ya analizamos este último precepto al tratar del contenido de la demanda simplificada y cómo debía integrarse en la audiencia la fundamentación de la pretensión, salvo que el actor hubiera optado por el formato de demanda completa. En lo que ahora nos importa, cabe señalar sin embargo que este art. 427 no puede ser empleado para "ampliar la demanda" con toda la extensión del art. 280, pues sorprender al demandado con nuevas pretensiones, o pretender que se tengan por demandadas a otras personas, todo ello in situ en el propio acto de la audiencia, acarrearía indefensión para todos menos para el actor. Por tanto y en síntesis, la situación en el proceso abreviado, armonizando ambas disposiciones, arroja el siguiente balance:

a) Antes del acto de la audiencia, puede el actor ampliar su demanda en los términos del art. 280 CPCM, aquí con la certidumbre de saber la fecha exacta en que va a tener lugar la contestación del demandado (o sea, el día de la audiencia), y si lo hace impetrará una ampliación a su vez del derecho de este último a contestar a todo ello, lo que implica que el Juzgado deba reprogramar nuevo día –posterior- para la audiencia.

b) Abierta la audiencia, al actor sólo le estará permitido ampliar la demanda en los términos que indica el art. 427 CPCM: presentar su fundamentación (causa de pedir) si no lo había hecho antes, y realizar correcciones materiales, aclaraciones o alegaciones complementarias. No deducir nuevas peticiones de tutela (*petitum*), y desde luego no ampliar la demanda a nuevos demandados, con la única excepción de que

se trate de un litisconsorcio pasivo necesario, lo que obligará a paralizar el acto y programar nueva audiencia a la que puedan acudir todos.

1.5.- La ampliación de la demanda, en el contexto del art. 280 CPCM, ha de llevarse a cabo mediante escrito en el que expresamente se identifique su naturaleza, explicitando los extremos de la ampliación de manera que encuentren encaje en los supuestos de aquel precepto, y la solicitud de que la ampliación se admita, con los efectos inherentes a ello.

Tales efectos son esencialmente dos, y se proyectan ambos sobre el demandado: de un lado, y como ya hemos apuntado, se produce un alargamiento del plazo que tenía para contestar a la demanda, alargamiento que consiste en que el plazo comienza a contarse de nuevo, íntegramente, desde el día siguiente a la fecha de serle notificado a aquél el auto que autoriza la ampliación, junto con copia de este último escrito. El art. 280, párrafo segundo es claro al respecto, al hablar del "plazo para contestar la demanda" (no sólo la ampliación), ni efectúa prorrata alguna del cómputo ya agotado para cuando el demandado recibió la ampliación, por tanto el cómputo es total. De otro modo la indefensión estaría servida (el actor esperaría a que faltasen pocos días para concluir el plazo de contestación para entonces presentar la ampliación, y el demandado tendría que afrontar ésta en lo poco o nada que le quedase del plazo original).

El segundo efecto, concierne a que la oposición del demandado podrá concernir no solamente a la demanda original y al contenido de la ampliación, sino también al hecho mismo de haberse admitido ésta última, haciéndolo constar así en su contestación, para que se resuelva lo procedente en el acto de la audiencia preparatoria (proceso común) o en la audiencia del abreviado. Esto es, como una excepción procesal más.

2.7.5.3.1 Modificaciones posteriores a la contestación de la demanda:

Finalmente, el art. 282 CPCM, bajo el rótulo de "prohibición del cambio de demanda", sostiene que tras la delimitación de la controversia en todos sus términos, a partir de las alegaciones formuladas en la demanda y la contestación, incluyendo posible reconvención y contestación a ésta, las partes no podrán alterar el conflicto jurídico deducido (el "objeto del proceso") con posterioridad.

En síntesis, eso comporta que las facultades del art. 280 del Código no se reabren tras el trámite de contestación/reconvención, salvo dos excepciones de las que ahora nos ocuparemos. Pero además de esas excepciones, también es factible que la parte desee hacer rectificaciones, aclaraciones o añadir argumentos de refuerzo a su pretensión, y este tipo de matizaciones no quedan cubiertas por la excepción del art. 282, pues éste deja a salvo "la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en el presente código". Procede distinguir por tanto los distintos supuestos:

2.1.- Nuevas pretensiones: por excepción, tratándose del proceso común, el art. 305 del Código permite al actor introducir nuevas pretensiones en el acto de la audiencia preparatoria, siempre y cuando resulten "accesorias" de las ya deducidas en la demanda. Ha

de atenderse por tanto al carácter no solamente procesal, sino acaso sobre todo sustantivo de la tutela de fondo que se adiciona, para saber si la misma guarda aquella relación de accesoriedad que exige la ley.

El caso típico es el de los intereses de demora no reivindicados en la demanda, en la cual sí se había pedido condena por el principal. En este caso, con todo, la adición frecuentemente no consistirá únicamente en el *petitum* accesorio, sino también en la causa de pedir que lo funda, muy probablemente excluida del texto original de la demanda en tanto en cuanto deviene causa de pedir específica de tal prestación accesoria no reivindicada al principio.

Nos remitimos en este punto al tema de la audiencia preparatoria y sus incidencias, limitándonos a poner de manifiesto esta posibilidad del actor, y la consiguiente oposición que puede plantear el demandado al respecto, en cuyo caso el juez deberá resolver en principio a favor del demandante salvo que entienda razonadamente que la nueva pretensión en realidad no resulta accesoria de la otra, o que siéndolo "supone menoscabo para el adecuado ejercicio del derecho de defensa" (art. 305 párrafo tercero CPCM). Indefensión pues que podría predicarse tanto de la pretensión principal (si con la accesoria se intentan introducir además otros hechos que de manera subrepticia alteran la principal), como de la propia accesoria si por su complejidad jurídica no permite una defensa apropiada dentro de la audiencia preparatoria.

Téngase presente en todo caso, que todas aquellas pretensiones que no se permitan acumular al proceso concreto, no quedan por ello huérfanas de tutela jurisdiccional, simplemente que las mismas tendrán que deducirse en un proceso aparte.

Por lo que respecta al proceso abreviado, ningún obstáculo vemos para poder aplicarse supletoriamente este art. 305 del Código, trasladándolo al acto de la audiencia del art. 427, siempre eso sí con las limitaciones establecidas en aquel art. 305, ya mencionadas.

2.2.- Hechos nuevos o desconocidos, relacionados con la causa de pedir ya deducida: en segundo lugar, el art. 307 del Código, otra vez a propósito de la audiencia preparatoria, prevé que ambas partes y no sólo el actor pueden hacer en ella alegaciones sobre "cualquier hecho que sea relevante para la determinación de la causa de pedir de la pretensión o para la fijación de los términos del debate". Para ello, es necesario que tales hechos sean posteriores al acto de alegaciones, que por lo que atañe al actor significa no solamente antes de presentar la demanda sino antes de que el demandado haya contestado a la demanda, que es cuando precluye la posibilidad para ampliar la demanda; o que siendo hechos anteriores resultaren desconocidos para la parte respectiva y por ello no se pudieron tomar en cuenta en sus alegaciones originales.

Esta otra facultad también es aplicable por vía supletoria a la audiencia del proceso abreviado, bajo la facultad del demandante para que "amplíe" su demanda, pero respetando como preceptúa el art. 307, el carácter novedoso o desconocido de tales hechos, pues de lo contrario su introducción traería consigo un fraude de ley.

2.3.- Alegaciones complementarias: en este grupo se incardinan, como antes hemos adelantado, aquellas aclaraciones, correcciones materiales y argumentos de refuerzo –que no conforman, en sí mismos, una nueva causa de pedir- de la pretensión original, respecto de las cuales ninguna objeción se suscita para integrarlas *a posteriori* en el debate siempre que lo sea en el momento procesal marcado por la ley: ora la audiencia preparatoria del proceso común, incluso a requerimiento del órgano judicial si consisten en meras aclaraciones sobre puntos oscuros o poco inteligibles de la demanda (art. 306 CPCM), ora a instancia del propio actor siendo cualesquiera de aquellas alegaciones complementarias (mismo art. 306 CPCM). Otro tanto cabe predicar, dentro de la audiencia del abreviado (art. 427 ya citado).

INTERVENCIÓN DEL DEMANDADO

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- La contestación a la demanda. 1) Concepto y contenido.- 2) Formalidades y plazo.- II.- La reconvención: 1) Concepto y límites.- 2) Tratamiento procesal.- III.- Medios de prueba que han de acompañarse.- IV.- La declaración de rebeldía del demandado: concepto y efectos

2.7.6 La contestación a la demanda:

2.7.6.1 Concepto y contenido.

Contestación a la demanda es el acto procesal del demandado por el que éste adopta una defensa concreta frente a la pretensión deducida en su contra por el demandante, solicitando una tutela jurisdiccional congruente con dicha defensa, sin rebasar los límites del conflicto jurídico marcado por la litispendencia.

Su regulación básica se contiene en el art. 284 CPCM, que en su contenido resulta también aplicable al proceso abreviado, bien que allí dicho trámite se sustancia de manera verbal dentro del acto de la audiencia. La contestación a la demanda alude pues a la posición del demandado frente a la demanda interpuesta en su contra, frente a la que aquél puede reaccionar de varias maneras distintas, todas ellas legítimas y admitidas por la ley y cada una susceptible de acarrear efectos jurídicos también distintos.

Tales líneas de defensa, que no son necesariamente compartimientos estancos sino que podrían entrecruzarse en un mismo acto de contestación, ante pretensiones complejas con varias peticiones (respecto de las que el demandado, por ejemplo, puede oponerse a una y allanarse a otra, etc) pueden ser:

a) Oposición a la demanda:

Es la postura más frecuentemente adoptada por el demandado en los procesos, e implica rechazar la acción que se ejercita contra él desde sus distintos puntos de vista, tanto fácticos como jurídicos. En concreto el demandado podría:

a-1. Contradecir, total o parcialmente, el relato de hechos de la demanda (art. 284, párrafo tercero, inciso primero): negando simplemente en términos absolutos la veracidad de alguno/s de ellos, o bien ofreciendo un relato alternativo, en todo o en parte, con el que obra en la demanda.

a-2. Alegar excepciones procesales (art. 284 párrafo primero): el demandado puede aducir que la pretensión adolece de algún motivo tanto de improponibilidad (por falta de un presupuesto del proceso o la concurrencia de un óbice impeditivo de una decisión de fondo), como de inadmisibilidad

(defectos de la demanda o incumplimiento de requisitos formales de ésta, que ya hemos examinado en el apartado oportuno y a cuya lectura remitimos). El propósito de esta alegación es claro, evitar incluso que el proceso siga su marcha, decretándose el archivo en el acto de la audiencia preparatoria (proceso común) o en la audiencia del abreviado y que ni siquiera se discuta el fondo.

a-3. Alegar excepciones materiales o perentorias (art. 284, párrafo tercero, inciso tercero): no todo consiste en negar los hechos del actor por ser falsos. Podría suceder que tales hechos en efecto fueran ciertos, sólo que la demanda ha omitido mencionar, además, otros hechos que también rodean al caso y que devienen jurídicamente relevantes, en grado tal de llevar a la desactivación de los hechos constitutivos de la demanda. Estamos en este caso ante nuevos hechos, pues, pero con los que el demandado no pretende introducir una nueva pretensión (materia de una reconvención pero no de una contestación), sino simplemente demostrar que la pretensión de la demanda carece de eficacia legal.

Esos hechos nuevos, que el demandado desde luego puede alegar y probar en esa litis, responde en el plano científico a una clásica distinción entre: a) hechos impeditivos: circunstancias que han hecho que el derecho o el pacto no nazcan, por falta de alguno de sus elementos esenciales: minoridad de alguna de las partes, objeto ilícito, vicios del consentimiento, etc); b) hechos extintivos: aquellos hechos o situaciones que han traído consigo la pérdida sobrevenida del derecho existente en origen, por actuaciones humanas -acciones u omisiones- o hechos de la naturaleza: el pago de la deuda, la prescripción extintiva, la destrucción del bien litigioso, etc.) y c) hechos excluyentes: circunstancias que han servido para el nacimiento de otros derechos cuya validez y eficacia se contrapone a su vez a la del derecho invocado por el actor. Caso típico es el de la prescripción adquisitiva del derecho por transcurso del tiempo. Sin embargo, siendo claro que el demandado puede siempre hacer uso de cualquiera de estas líneas de defensa material, no lo es tanto el que todas ellas puedan serlo a través de la contestación a la demanda, pues en algunos casos su alegación conduce a un pronunciamiento judicial sobre la realidad o la inexistencia de un derecho, o sobre la aparición de derechos alternativos, cuyo efecto de cosa juzgada material rebasa el ámbito de la absolución o condena del demandado.
Esto conduce a que modernamente se exija el empleo de la reconvención para poder discutir esa clase de argumentos (y su fundamento jurídico) en el pleito, de manera que exista un debate pleno sobre ello y la sentencia que se dicte, al tiempo que pueda tenerlo en consideración como motivo de absolución del demandado, sirva también para declarar o constituir los efectos jurídicos definitivos que procedan respecto de esa relación material. Así las cosas, el ámbito de las excepciones materiales que deviene exclusivamente tal se reduce en la actualidad a aquellos hechos,

impeditivos de la relación o extintivos de ésta, cuya alegación no comporte otro análisis que el de su repercusión sobre la procedencia de la acción ejercitada contra el demandado; sin precisar ninguna calificación jurídica siquiera instrumental o prejudicial (civiles o mercantiles, se entiende) de la que puedan derivarse otros efectos jurídicos en orden a la nulidad del título jurídico o al reconocimiento de derechos al demandado. La excepción perentoria únicamente trae consigo, si se estima, la negación de los derechos esgrimidos por el demandante. Volveremos más adelante sobre esto al hablar de la reconvención.

b) Admisión de hechos, pero disconformidad con el petitum o la causa de pedir (art. 284, párrafo tercero, inciso segundo):

Una segunda estrategia puede consistir, dada la evidencia de la veracidad de los hechos que presenta el actor pero que no se corresponde a una correcta exposición jurídica del caso en la demanda, que el demandado no niegue los hechos, pero se oponga a los elementos jurídicos de la pretensión, bien porque alegue que el título jurídico que ordena esa relación material no es la que arguye la demanda sino otro que a la sazón se identifica, y porque en todo caso las consecuencias legales de aplicar correctamente la norma sustantiva no son las que predica la demanda sino otras, precisamente favorables al demandado.

Si la admisión por tanto efectuada en la contestación, lo es única y exclusivamente respecto de los hechos (y al margen también de que el demandado introduzca excepciones materiales), todo lo admitido tendrá un efecto procesal muy tangible, que es sacar ese relato fáctico del campo de lo controvertido en ese proceso, o dicho de otro modo, todo lo admitido fácticamente por el demandado queda fijado como cierto (art. 314.1º CPCM), a efectos de su posterior valoración en la sentencia. Sentencia que sin embargo puede acabar dictándose en desestimación de la demanda, si el juez concuerda con la tesis de la contestación, en torno al error de planteamiento jurídico del actor. Por tanto, admisión de hechos no significa allanamiento ni capitulación, sí probidad procesal y sinceración de los verdaderos límites del debate.

c) Allanamiento (art. 284, párrafo segundo):

En tercer lugar, la postura del demandado puede materializarse en su conformidad con los diversos elementos de la pretensión que se deducen en su contra (sujeto, *petitum* y causa de pedir). En tal caso asistimos ante la manifestación de un mecanismo autocompositivo de la litis, cuya finalidad básica es evitar una dilación inútil de los tiempos procesales y también, cómo no, una condena en costas que de esta guisa puede evitarse si el demandado, aunque no lo hubiera hecho todavía, presente dentro del plazo de contestación un escrito no de oposición a la demanda (de "contestarla", en el sentido que le atribuye el art. 273 CPCM) sino de allanamiento[221].

221 Sólo después de oponerse a la demanda, de contestarla en el sentido de rechazo, cualquier iniciativa de allanamiento posterior (por medio de un escrito al día siguiente, o en el acto de la audiencia preparatoria, o días

Ahora bien, tampoco debe olvidarse que el allanamiento puede ser parcial y no total, cuando la pretensión actora está compuesta de varias pretensiones de tutela (por ej., la condena a varias prestaciones), o de una única pretensión pero susceptible de ser fraccionada en porciones (una suma de dinero, la entrega de una mercancía fungible, etc.), y el demandado sólo concuerda con una parte de ese todo. En esa misma medida, evidentemente, el demandado tiene derecho a allanarse únicamente en esa porción, y respecto del resto, responder como más adecuado en Derecho crea conveniente (oponiéndose, admitiendo los hechos pero no el derecho, etc.).

d) El Silencio y sus modalidades:

1.- No contestación a la demanda:

En cuanto al silencio hay que distinguir varias situaciones o grados de intensidad. En primer término, el demandado podría optar por dejar pasar el trámite de la contestación sin defenderse. Si el demandado, debidamente emplazado, se ha presentado ante el órgano judicial para que se le tenga por constituido como parte y luego sin embargo no presenta escrito de contestación en plazo o interviene en la audiencia del abreviado, su estatus corresponde al de una parte que está dentro del proceso aunque se mantiene inactivo (se supone que de manera voluntaria, aunque podría no ser así y configurar un supuesto de indefensión). Ello resulta distinto sin embargo a la situación del rebelde que luego examinaremos, respecto de quien el proceso se desarrolla a sus espaldas porque no comparece y como consecuencia de ello tampoco se defiende.

A pesar de esta diferencia entre ambos, la solución legal respecto a cómo interpretar la inactividad del demandado cuando se ha personado y no contesta a la demanda, debe aplicarse por analogía dada su similitud fáctica (falta de postura frente a la demanda) al menos a estos particulares efectos (no a otros típicos de la rebeldía) con aquella prevista por el art. 287 CPCM para el rebelde, consistente en la pérdida de la oportunidad de defenderse si bien sin imputar a esa inactividad un efecto procesal negativo más intenso, como un allanamiento o un reconocimiento de hechos, lo que queda descartado por la norma.

2.- Silencio y respuestas evasivas durante la contestación (art. 284, último párrafo):

Una segunda situación relacionada con el silencio es que el demandado intervenga formalmente en la contestación, pero haga uso durante su desarrollo de la estrategia de callar ante una o más afirmaciones de la demanda. En este contexto, el silencio como técnica de defensa se presenta en sí misma como una fórmula acaso legítima, pero quien la asume corre un riesgo procesal evidente, establecido por el Código en línea con otros ordenamientos modernos[222]: es la posibilidad de que el juez pueda fijar como ciertos, por vía tácita o

antes de celebrarse la audiencia de prueba, etc.) ya no evitará las costas, al remitir en tal hipótesis el art. 273 a las reglas generales del vencimiento, del 272 del propio Código.

222 Ver art. 130.2 CGP; art. 405.2 LEC.

inductiva, aquellos hechos de la demanda que le son perjudiciales al demandado y ante los cuales éste ha callado, contestando otros extremos o pasajes de la demanda y no ésos.

El Código, en este último apartado del art. 284, autoriza dicha posible fijación tácita tanto en cuanto al silencio, como en cuanto a las "respuestas evasivas" que diere el demandado: en esta última categoría cabe comprender aquellas frases de la contestación que intentan hacerse pasar por una respuesta afirmativa, pero que en realidad no dicen nada, o donde se contesta aludiendo a un hecho desconectado de la aseveración concreta de la demanda. La respuesta evasiva, valga la redundancia constituye formalmente una respuesta (no un silencio), pero que tiene todas las trazas de ser conscientemente elusivo de la contestación pertinente que se espera en cuanto al punto específico de la demanda. Tal contestación pertinente no es otra que afirmar o negar expresamente el hecho, o en su caso afirmar que lo desconoce. En efecto, responder con un "no lo sé" taxativo, o con un "lo desconozco", no representa estrictamente una respuesta evasiva sino afirmativa, puesto que el sujeto, que no está obligado desde luego a conocer toda la realidad extraprocesal que el actor tenga a bien narrar en su demanda, informa al tribunal que la desconoce[223].

Conviene tener presente, sea que se trate de fijación tácita del hecho por silencio, o por respuestas evasivas, que el Código habla de que el juez "podrá" considerar esa fijación. ¿Qué significa esto?

Básicamente tres cosas: 1) la primera, que no resulta estrictamente necesario que así se declare siempre, pues corresponde al juzgador evaluar el sentido concreto de las palabras y su utilización en el contexto argumental en el que se insertan. Por tanto, lo que en apariencia puede parecer una respuesta evasiva puede no serlo dentro de un contexto, o lo que se presenta en un pasaje de la contestación como un silencio, puede aparecer respondido más adelante (o atrás); 2) que el juez no es libre ni tiene discrecionalidad para declarar esa fijación, sino que deberá hacerlo siempre que, responsablemente y como acabamos de señalar, juzgue que realmente se ha querido hacer un silencio consciente o una respuesta evasiva. Lo que no puede hacer el juez es "perdonar" al demandado de un proceso y no declarar fijado el hecho aunque esté persuadido de que aquél no quiso contestar, y sí hacerlo en otro proceso, o a otro codemandado de la misma litis. Este no es un poder omnímodo del que el juzgador puede hacer uso arbitrariamente.

La potestad deviene aquí sinónimo de deber oficial, no de discrecionalidad; y 3) estamos, en todo caso, ante un instrumento de uso restringido, que únicamente en supuestos evidentes debe ser declarado como tal. O lo que es lo mismo: en caso de duda, el hecho debe quedar formalmente como controvertido y no admitido por el demandado, lo que implicará tener que acudir a la prueba (o a otros mecanismos distintos de fijación: notoriedad, etc.).

223 Otra cosa, por supuesto, es que ese desconocimiento aparezca sincero o no, ello ya podrá quedar desvirtuado *a posteriori* con la prueba de autos que se recabe. Lo importa es que a estos efectos no podría darse el hecho por cierto tácitamente, pues no deviene respuesta evasiva responderse que se ignora, a menos que el escrito de contestación incurriera en contradicciones que pusieran en entredicho la veracidad de ese supuesto desconocimiento.

2.7.6.2 Formalidades y plazo:

En el proceso común, la contestación a la demanda ha de formularse por escrito en el plazo de los veinte días siguientes al de la notificación de la demanda (art. 283 CPCM), lo cual no plantea problemas de cómputo cuando éste se ha llevado a cabo personalmente o a un tercero cualificado por la ley para recibir esa notificación (ver arts 183 y 184).

Sin embargo, en los casos de emplazamiento por edictos, habrá que entender que el plazo para contestar (siempre, esos veinte días) debe contarse desde el momento en que existen condiciones objetivas para efectuarse una defensa del demandado, lo que en síntesis implica: a) desde el día siguiente a aquel en que el demandado ha comparecido al Juzgado a darse por notificado, si tal cosa sucede (lo que deberá hacer efectivo, conforme el art. 186 CPCM, en los diez días siguientes de las publicaciones oficiales); b) o bien el plazo para contestar se contará desde el día siguiente a la designación del curador ad litem, si ha tenido que proveerse ésta por no haber comparecido el demandado en ningún momento.

Sentado lo que antecede, dice la ley que el escrito de contestación se redactará "en la forma establecida" para la demanda (art. 284), expresión con la que se quiere significar que deberá ser completa, si bien su contenido representa siempre una respuesta o réplica (sea del contenido que sea) a una pretensión anterior ya vertida.

Por tanto, el escrito ha de articularse con los datos identificativos del órgano judicial, nº de procedimiento, datos personales del demandado, y luego pasar a desarrollar la estrategia de defensa que se haya escogido. Ésta debe empezar por un apartado dedicado a los hechos, donde debe precisar cuáles de los vertidos en la demanda se tienen por admitidos, y de cuáles se discrepa por entenderlos no ajustados a la realidad, ofreciendo a renglón seguido, en su caso, el relato de hechos alternativo que piensa sostener en el proceso.

Una vez despachado el bloque de hechos, se enunciarán las excepciones procesales que se tuviere a bien alegar; abordando después las posibles excepciones materiales, y los puntos de Derecho de los que disiente de la demanda. Si opta por el allanamiento, debe especificar los límites precisos de éste, si es total o parcial y en este último supuesto, respecto de qué pretensión de la demanda se formula.

Finalmente el escrito de contestación debe concretar una petición de tutela, generalmente la de desestimación de la demanda y consiguiente absolución del demandado, salvo que se formalice allanamiento. Si el demandado va a deducir reconvención contra el actor (ver epígrafe siguiente) lo hará en el mismo escrito pero sólo cuando haya agotado la exposición pertinente en cuanto a la contestación estrictamente, nunca mezclando ambas posturas procesales.

Por su lado, en el proceso abreviado la defensa de la contestación se sustancia de manera oral, dentro del turno de intervención inicial que ha de concederle el juez al demandado -en su caso representado por curador ad litem-, tras la exposición de la parte actora (que ésta aprovechó, recuérdese, para ratificar, ampliar o reducir su demanda). Ordena el art. 427 a

tal efecto, que se le conceda la palabra al demandado para que pueda desplegar la estrategia de defensa con la misma extensión que en el proceso común: "alegando, en primer lugar, cuantos defectos procesales estime conveniente, y posteriormente afirmando o negando concretamente los hechos y los fundamentos de derecho de la demanda. Acto seguido, el demandado podrá formular reconvención". Aunque no se menciona expresamente en esta norma, deviene evidente que también podrá allanarse.

2.8 LA RECONVENCIÓN:

2.8.1 Concepto y límites:

1.1.- La reconvención es el acto procesal por el cual quien figura como demandado en un proceso, puede aprovechar la pendencia de éste para deducir una pretensión que a su vez tuviere contra la parte actora y eventualmente contra otras personas, a fin de que se conozca y resuelva sobre ella en el mismo procedimiento.

Representa la reconvención una modalidad de acumulación sobrevenida de pretensiones, fundada en motivos esenciales de economía procesal, puesto que aunque en teoría y precisamente por tratarse de un segundo objeto procesal podría perfectamente deducirse en otro proceso distinto, prefiere la ley conceder la oportunidad a quien a fin de cuentas y contra su voluntad se ha visto forzado a litigar contra el demandante, para que ejercite aquellas acciones que tenga a su favor contra él, unificando así la actividad procedimental y racionalizando los recursos judiciales en pos de solucionar todos los conflictos jurídicos que existan entre ambos. Siempre a expensas de que el demandado elija si quiere reconvenir o por el contrario reservar la acción para otro proceso.

Responde asimismo el instituto de la reconvención a cierto cuidado por la seguridad jurídica, traducido en la desactivación del riesgo ante fallos contradictorios o disímiles, ahí donde la pretensión reconvencional guarde conexión con la planteada por el actor en su demanda.

Dada sin embargo la distorsión que acarrea en el normal devenir de una contienda la posibilidad de que se dilate su objeto, y hasta el elenco de personas afectadas, mediante reconvención, ésta únicamente cabrá en los procesos donde así lo permita expresamente la ley. Donde no sea así, el interesado deberá formalizar demanda en proceso nuevo e independiente.

1.2.- Ahora bien, ¿qué diferencia una contestación de una reconvención?, o si se prefiere decir, ¿cómo se sabe que se ha rebasado la frontera de la "mera" contestación, para convertirse en una "genuina" reconvención?

Distinguir entre ambas figuras resulta fundamental no ya sólo por motivos estrictamente formales (cómo y en qué orden construir el escrito correspondiente), sino por razones vinculadas al derecho de defensa del actor original (quien tendrá derecho a su vez a contestar la reconvención, pero no a replicar el fondo de una contestación); así como del

efecto material de cosa juzgada de la sentencia que se dicte en ese proceso, llamado a resolver o uno (contestación) o dos (reconvención) objetos litigiosos.

Podemos reconocer así tres pautas identificativas útiles entre contestación y reconvención:

a) Ante todo, la finalidad de la reconvención no consiste en que se desestime la demanda original, pues para eso está la contestación, sino la de obtener una tutela judicial de fondo distinta de la absolución, con pronunciamientos a favor del reconviniente en el propio fallo de la sentencia. A esto se refiere el art. 285 en su último inciso[224].

b) Si la relación jurídica material que formula la reconvención es distinta de la que alega la demanda, aunque el fin último del reconviniente pase por establecer una repercusión causal entre ambas con base en la ley, no puede hablarse ya de contestación sino de reconvención, pues es evidente que impetrar efectos jurídicos favorables respecto de esa segunda relación material no conlleva, simple y llanamente, una absolución de la demanda. Así por ejemplo, opuesta una compensación de créditos para que se declare la extinción –total p parcial- de la obligación que se le reclama ex art. 1438.4 CC, estaremos en presencia de una reconvención aunque no se pida ninguna condena, puesto que la realidad de un crédito exigible a favor del demandado contra el actor, distinto del crédito deducido originalmente en el pleito, exige no solamente que el supuesto deudor (a la sazón, el demandante) sea oído para saber si quiere oponerse invocando alguna prohibición de ley para poder compensar (art. 1525 y ss CC), sino porque la sentencia va a tener que estatuir (cosa juzgada) sobre el derecho del demandado a compensar, y sobre todo la extinción –total o parcial- del crédito introducido en la reconvención, junto con la extinción –total o parcial- de aquel otro reclamado al inicio[225].

c) Pero además, y no menos importante, es que los pronunciamientos favorables que se instan en la reconvención han de servir para producir el efecto de cosa juzgada material no solamente en cuanto a la relación jurídica planteada por el actor, sino también cosa juzgada material sobre la relación jurídica suscitada por el demandado-reconviniente, esté o no conectada con aquélla (puede consistir incluso en la misma pretensión original, a la que el demandado reconviniente le da la vuelta jurídicamente defendiendo que el derecho lo tiene él y no el actor). Es decir, que una vez resuelta la pretensión reconvencional en ese proceso, no cabe formularla de nuevo en un proceso nuevo por ninguno de los sujetos que participaron en la reconvención (legitimados activos y pasivo de ésta), pues todo lo que podía discutirse en relación a ella ya se ha hecho, quedando juzgado en la sentencia resolutoria de ambos conflictos jurídicos formalmente deducidos.

224 El cual advierte que: "En ningún caso se considerará formulada reconvención en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal".

225 Aunque fuera del precepto regulador de la reconvención (el art. 406), la compensación de créditos se trata procesalmente por la LEC española como un argumento de aquel tipo, dando en todo caso derecho al demandante a oponerse a él "en la forma prevenida para la contestación a la reconvención": art. 408.1.

Pensemos por ejemplo en la acción de ejecución contractual por impago del bien enajenado frente a la cual el demandado opone la nulidad del negocio. Desde el punto de vista del derecho material resultan desde luego perfectamente distinguibles dentro del género de la nulidad contractual la llamada nulidad absoluta, y la nulidad relativa o anulabilidad (rescisión), tanto en cuanto se refiere a las causas que origina cada una (art. 1552 CC), como su posible apreciación de oficio por el juzgador cuando se trata de la primera pero no de la segunda (art. 1553 CC). No obstante, en lo que aquí importa, a falta de una norma concreta que dispusiere otra cosa[226] ambas vertientes de la nulidad deben tratarse como reconvención y no como alegato de mera contestación, por dos razones principales:

- Primera, porque el actor al demandar la ejecución del contrato ha partido de la validez de éste, por lo que no se ha considerado en el deber de tener que justificar en su escrito de demanda la concurrencia de todos y cada uno de los elementos de validez del pacto. Que de pronto se coloque en entredicho uno o varios de esos elementos, exige su consideración como pretensión conexa pero en sí independiente de la del actor, y el que éste de hecho pueda defenderse de la imputación de nulidad.

- Y segunda, porque es evidente que lo pida o no el demandado en la petitoria de su escrito, una vez que ha opuesto la nulidad trayéndola al debate de la litis, lo que se diga en la sentencia vinculará a ambas partes tanto para ese proceso como para cualquier otro en el que salga a relucir dicho contrato. No comporta por tanto un simple argumento de contestación a la demanda cuyo alcance vaya a restringirse a dicho proceso concreto, sino que excede de éste.

Por lo demás, si se opone la nulidad del contrato y existen varios contratantes, habrá litisconsorcio pasivo necesario y por ende dicha reconvención determinará el emplazamiento como demandados de todos aquellos que se hallen concernidos por el negocio (salvo el demandado reconviniente quien asumirá la posición de legitimado activo), incluso de quienes no figuren como parte en el proceso inicial.

Otro de los casos que ha sido reconocido como típicamente reconvencional es el de la prescripción adquisitiva, siendo criterio tanto de la Corte como de las Cámaras de Segunda Instancia el que este argumento, aunque puede servir a la absolución del demandado, no puede verterse como una excepción perentoria pues comporta materialmente una acción declarativa del derecho de propiedad del demandado sobre el bien, lo que ha de hacerse por tanto como reconvención[227].

---

226 El art. 408.2 LEC, refiriéndose a la nulidad absoluta del negocio –que es donde pueden suscitarse mayores dudas: la relativa trae consigo sin duda una reconvención- y aun sin aclarar si su naturaleza es o no la de una excepción material (contestación) o una reconvención, le otorga de todos modos este último trato, al garantizar el derecho del actor, "cuando en la demanda se hubiere dado por supuesto la validez del negocio", para que pueda contestar a dicha afirmación de nulidad "en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvención".

227 La Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de 13 de marzo de 2001, dictada a las 10 horas (ref. 270-01) proclama que: "Sobre los razonamientos anteriores, esta Sala hace las consideraciones siguientes: según un sector de la doctrina de los expositores del Derecho, sobre la prescripción adquisitiva, ésta puede alegarse por vía de acción y por vía de excepción; según otro sector, esa especie de prescripción sólo puede ser alegada por vía de excepción y, según un tercer bloque, la prescripción adquisitiva debe ser alegada por vía

1.3.- Sentado lo que antecede, podemos decir que los elementos característicos de la reconvención que implanta el nuevo Código son los siguientes:

a) Subjetivamente: la acción ha de tener como legitimado activo a quien figure como demandado o codemandado del proceso en el que se presenta la reconvención, el reconviniente; y dirigirse, cuanto menos como uno de sus legitimados pasivos, reconvenido, a quien ha ejercitado la demanda inicial en su contra (demandante único o codemandante). De tal manera, se articula aquí una segunda relación jurídico procesal, en la que, para entendernos, los papeles se invierten. Importante es destacar, ya lo hemos mencionado, que entre los reconvenidos pueden aparecer personas que no aparecían como parte en el proceso inicial, pero que sí están involucrados en la relación controvertida de la reconvención, y eso en muchos casos se explica precisamente porque, como ahora mismo veremos, no

---

de acción y no por vía de excepción. Por otra parte, agregan, debe recordarse que toda excepción perentoria es una defensa del demandado que tiene por objeto enervar, matar, destruir, aniquilar, extinguir la acción del demandante y la prescripción adquisitiva no tiene por fin único enervar los Fundamentos de la demanda, sino obtener el reconocimiento del dominio del demandado. El prescribiente demandado al oponer la prescripción adquisitiva al demandante, debe hacerlo en una reconvención, esto es, en una contrademanda, en la que pediría por vía de acción la declaración de la prescripción adquisitiva y como consecuencia, el reconocimiento de su dominio por haber operado ese modo de adquirir; la adquisición del prescribiente demandado tiene la virtud de extinguir el derecho correspondiente del actor, el antiguo dueño de la cosa. En síntesis cuando el prescribiente es el demandado, debe oponer la prescripción en una reconvención y ha de hacerlo por vía de acción. En consecuencia, cualquiera que sea la posición procesal del prescribiente nunca puede entablar la prescripción adquisitiva como excepción perentoria. Los que aceptan la existencia de la acción de prescripción adquisitiva dicen que la forma de oponerla es precisamente reconviniendo, deduciéndola en reconvención. Además, la prescripción debe alegarse en términos concretos, aplicables al caso de que se trata, pues el juez no puede declarar de oficio los elementos con que debe ser alegada para poder decidir si es procedente. (...). Como puede apreciarse la doctrina de los expositores del Derecho es lógica y muy clara al estimar que el prescribiente debe pedir el reconocimiento de su prescripción en una contrademanda, con todos los caracteres de hecho y de derecho que aquella requiere y jamás puede oponer la prescripción adquisitiva como excepción perentoria. Por esa razón, en el presente caso debió contrademandarse la prescripción adquisitiva de dominio, pero no oponerla solamente como excepción perentoria, y por ser omiso el Fallo de la Cámara es procedente casar la sentencia y declarar improcedente la excepción perentoria de prescripción adquisitiva que se opuso por la parte demandada. (...) esta Sala considera que ciertamente el Art. 2256 C. determina que la prescripción adquisitiva de un derecho, extingue la acción por la cual se reclama el mismo derecho, y precisamente, debe haber un reconocimiento de la existencia de esa prescripción, para que el dominio sea reconocido en las manos del prescribiente, extinguiéndose así el derecho en las manos del anterior dueño y con él, la acción mediante la cual se reclama. Ese reconocimiento de la prescripción adquisitiva debe ser solicitado por la parte interesada; en este caso debió ser solicitado por la parte demandada, sin embargo, no hizo esa contrademanda, solamente opuso la excepción de prescripción adquisitiva como perentoria, y ya se dijo con anterioridad que esta especie de excepción no puede hacerse valer como excepción perentoria sino que para que realmente surta efectos debe ser opuesta en una contrademanda. Por consiguiente la Cámara no podía declarar lo que no se le había pedido aunque hubiera prueba en el juicio de la posesión de más de treinta años. En consecuencia no existe violación del Art. 2256 C. porque no se podía aplicar, a causa de no existir la contrademanda indispensable para reconocer la prescripción adquisitiva".

En el mismo Sentido la Sentencia de 6 de enero de 2003, dictada a las 10 horas (ref. 103) y la Sentencia de 1 de diciembre de 2003, dictada a las 9.07 horas (ref. 338). En esta última y tras respaldar el razonamiento de la Cámara *a quo* en el caso (que a su vez había aplicado la doctrina de aquélla), añade: "Siendo entonces que esta Sala está de acuerdo con la tesis de la Cámara y existiendo identidad de pensamiento, sólo bastará agregar que cuando se usa de una acción –pretensión- el actor debe señalar cuestiones de hecho y de derecho, las cuales –las primeras- no pueden ser suplidas por el juez y por ello es que cuando se pretende obtener la declaración de dominio de un bien por medio de la prescripción, los hechos que la fundamentan y las circunstancias que la rodean deben ser expresadas por quien pretende tal declaración. En consecuencia, no basta con la simple oposición de la excepción perentoria de prescripción, ya que tales circunstancias no pueden ser suplidas por el Juez".

necesariamente el objeto litigioso de la reconvención ha de coincidir con el vertido en la demanda. En esa medida, los demandados-reconvenidos serán llamados al proceso sólo para ejercitar su defensa respecto de la reconvención, y no para pedir pronunciamientos en la sentencia en cuanto a la demanda inicial, salvo, eso sí, aquellos pronunciamientos con incidencia causal directa en la propia controversia que los ha traído (sobre todo, en cuanto a que se fijen como ciertos, o no, determinados hechos que devengan discutidos en ambos conflictos jurídicos).

b) Objetivamente: ha de distinguirse en este punto, por mandato de ley, entre el proceso común y el proceso abreviado:

b-1. Para el proceso común, el nuevo Código prevé a su vez tres hipótesis:

b-1.1.- Que la pretensión reconvencional corresponda por materia o cuantía al proceso común: en este caso la ley no impone límite objetivo y por ende la pretensión reconvencional puede referirse a hechos comunes o conexos a la misma relación material que constituye el conflicto jurídico deducido en la demanda, o bien no serlo. Por tanto, esa relación jurídica puede ser la misma (claro está, aquí el actor de la reconvención -demandado original- es quien invoca un título jurídico a su favor) o no, siempre y cuando se traten de conflictos a los que le sea aplicable el CPCM.

b-1.2.- Que la pretensión reconvencional corresponda por cuantía al proceso abreviado: cuando en segundo lugar lo que ocurre es que la pretensión inicial se esté conociendo a través de un proceso común, y la reconvención que se introduce debería resolverse por un abreviado por tratarse de asunto valorable económicamente y no rebasar la cuantía de este procedimiento ex art. 241, el Código permite la reconvención (y consiguiente acumulación de pretensiones que ello conlleva), siempre que el asunto guarde "conexión" con la pretensión de la demanda, no si carece de ella, de acuerdo con el art. 285 párrafo segundo *in fine* CPCM.

Por conexión entre objetos litigiosos debemos entender a estos efectos, tanto los supuestos de acumulación de pretensiones de los arts. 98 y 101 CPCM, como de acumulación de procesos con causas conexas entre sí ex art. 106 del propio Código.

b-1.3.- Que la pretensión reconvencional corresponda por razón de la materia al proceso abreviado: no cabe reconvención y como no cabe, deviene irrelevante discernir entre conexión o desconexión de objetos.

La falta de referencia en el precepto recién citado, de la atribución del proceso abreviado por razón de la materia, circunscribiéndolo al de la cuantía, ha de colegirse como una elección del legislador quien por razones de orden público procesal desea que el catálogo de conflictos jurídicos que han de ventilarse por el abreviado lo sea siempre dentro de él, sin que pueda

eludirse este régimen por la vía de una reconvención. Deberá deducirse, si se quiere, a través de demanda en un proceso aparte (y lógicamente, abreviado).

b-2.- Tratándose del proceso abreviado aquel por el que se viene conociendo de la pretensión actora originaria: señala el art. 424 CPCM que aquí "el planteamiento de la reconvención (...) requerirá que la pretensión deducida en la reconvención deba tramitarse también por el proceso abreviado y que exista conexión entre las pretensiones de la reconvención y las que sean objeto de la demanda principal". Por consiguiente: Uno: no cabe la reconvención si ésta corresponde por la naturaleza del objeto (materia o cuantía) al proceso común, para que pueda deducirse la reconvención se precisa que ésta deba ventilarse por un abreviado, tanto por razón de la cuantía como de la materia. Y dos: sin embargo, no resulta suficiente con dicha identidad procedimental, sino que se requiere todavía también la conexión entre objetos. Sin conexión no hay reconvención.

c) Límites de legalidad procesal: no resulta permisible forzar las normas de orden público que ordenan la competencia judicial desde el punto de vista orgánico, y las del procedimiento –con la excepción ya mencionada del art. 285 segundo párrafo *in fine*-, para ventilar pretensiones que consideradas aisladamente y *ab initio*, no habrían podido conocerse por el juez y el proceso donde se plantea su introducción por vía reconvencional. De allí que el art. 285 párrafo segundo, primer inciso CPCM, establece que no cabe la reconvención si el juez no tiene competencia objetiva "por razón de la materia o de la cuantía". Dado que no hace mención de la competencia territorial ha de suponerse que la identidad de ésta no resulta un condicionante y puede diverger, lo cual aparte de ser algo hasta cierto punto de vista lógico (al fin y al cabo, la competencia territorial comporta un reparto de asuntos entre órganos judiciales del mismo tipo), tampoco resulta una solución distinta que si se aplica por ejemplo el art. 36 sobre régimen de competencia territorial en el caso de acumulación de pretensiones contra varios demandados[228].

Como segundo límite de legalidad procesal, señala el Código que tampoco cabe la reconvención si no existe identidad de procedimientos, vgr., si la demanda inicial se está ventilando por un declarativo ordinario y la reconvención corresponde a una pretensión de proceso especial. Pero también cuando no equivale al mismo cauce declarativo ordinario, excepto, como ya vimos, si la pretensión inicial se esté conociendo a través de un proceso común, y la reconvención "conexa" con aquella, hubiera debido sustanciarse por un abreviado por razón de la cuantía.

228 Sea porque entonces es posible demandar en el domicilio de cualquiera de ellos (y es muy probable que el actor reconvenido lo tenga en el mismo que el demandado original por el que se fijó la competencia por el territorio de la demanda), sea porque por razón de la cuantía, sería siempre competente "el del lugar que corresponda a la pretensión de mayor cuantía", y en este caso la suele tener aquella acción que ha abierto el proceso común en el que se inserta la reconvención.

2.8.1.1 Tratamiento procesal:

2.1.- Contempla la ley que la reconvención se formule por el demandado inmediatamente a continuación de contestar a la demanda: si es en el proceso común, dentro del propio escrito de contestación una vez finalizada la exposición de ésta (art. 285 párrafo tercero CPCM). Si es en el proceso abreviado, durante el turno de intervención oral dentro de la audiencia programada y tras contestar a la demanda (art. 427 párrafo segundo CPCM).

Cuando el demandado se muestra diligente y se preocupa de separar claramente ambos tramos de su defensa, como de hecho le exige la ley, no hay dificultad para el Juez de proveer a ello y sobre todo una vez constatado que se ha reconvenido, proceder conforme a lo que de inmediato diremos. El problema surge cuando el demandado mezcla las cosas en el escrito de demanda, o en sus alegaciones orales.

El Juez entonces tiene el papel de clarificar los términos de la controversia, de tal manera que si tiene dudas de la intención de lo que pretende el demandado al respecto debe requerirle antes de proveer al escrito presentado, para que lo especifique (proceso común) u oralmente si es un abreviado (ahí mismo en la audiencia). Por supuesto cuando el juez esté convencido de que se ha planteado materialmente una reconvención y no sólo una contestación, debe obrar en consecuencia pues en ello va empeñada la propia validez de la contienda y el peligro de una ulterior nulidad de actuaciones procesales.

2.2.- Dada la similitud del papel que cumple la reconvención respecto de la demanda, y como no podía ser de otro modo, la ley sujeta su admisión a trámite a los mismos controles que esta última (art. 279). En concreto por tanto a las causas tanto de improponibilidad (art. 277 CPCM) como de inadmisibilidad (art. 278), debiendo integrarse en este último grupo la inobservancia también de las reglas de limitación de objeto, competencia judicial y procedimiento que acaban de explicarse.

2.3.- El efecto inmediatamente derivado de admitirse a trámite la reconvención aparte de los generales de la litispendencia –que le son por cierto todos aplicables-, es que merced a ello ha de abrirse un trámite consiguiente de defensa para el actor-reconvenido, a fin de que éste pueda defenderse de la nueva pretensión interpuesta en su contra. Para ello, y precisamente porque estamos ante un objeto procesal independiente, la ley garantiza las mismas condiciones de defensa que al demandado original y a los terceros que no siendo todavía parte van a asumir el papel de legitimados pasivos a partir de ese momento, siempre dentro de la reconvención. Por tanto, en el proceso común, el plazo para contestar a la reconvención se instrumenta en los mismos veinte días "contados a partir de la notificación de la demanda reconvencional" (art. 286 CPCM), mientras que para el proceso abreviado se dispone que una vez agotado el turno de intervención al demandado, se le concederá la palabra a la parte actora para que pueda defenderse de las excepciones procesales eventualmente opuestas contra la demanda (en cuanto a ellas ha de darse respuesta en el acto) y tras ello contestará a la reconvención, tanto alegando excepciones procesales de ésta, como en cuanto a su defensa de fondo (art. 427 párrafo tercero).

2.4.- No está previsto que la reconvención se pueda formular más de una vez, por tanto no puede abrirse un bucle indeseado para la certidumbre del procedimiento a fin de autorizar al demandante para que pueda deducir reconvención contra la reconvención del demandado, etc. En síntesis, todas las pretensiones que el actor tenga contra el demandado debió acumularlas en su demanda inicial, y por parte del demandado, si hace uso de la reconvención, no cabe al actor reconvenido más trámite de réplica que la contestación ya mencionada, pero ninguna otra oportunidad procesal más de deducir más pretensiones.

2.5.- Cabrá la ampliación de la demanda reconvencional antes de que ésta sea contestada, en los mismos términos y reglas que ya examinamos antes para la demanda, de la que no caben discriminaciones. Así también, podrá el demandado reconviniente introducir modificaciones menores y aclaraciones a su reconvención, después de su contestación por el actor-reconvenido, en los casos y con los límites que también enunciamos antes para la demanda.

2.6.- Por último, como efecto procesal consiguiente a la reconvención en relación con el deber de congruencia judicial (art. 218 CPCM), éste se extiende no solamente a lo deducido en el conflicto inicial (el expuesto en demanda y trámite de contestación), sino a lo deducido en la reconvención (y su contestación por los legitimados pasivos de ella). Además, como se tratan de pretensiones autónomas, la Sentencia debe brindar una consideración separada para cada una de ellas, sin resolverlas como un *totum revolutum*, al margen de fijar previamente en su caso los hechos comunes que servirá para resolver jurídicamente las distintas pretensiones. Dependerá de si existen vasos comunicantes entre ellas[229].

En esa medida, la Sentencia debe cuidar la interconexión de las causas judiciales, pues en efecto sería absurdo que declarada la nulidad del negocio, o la prescripción adquisitiva sobre el bien a favor del demandado, hubiere condena a éste so capa de que lo que alegó lo hizo como reconvención y no como excepción. No es así: se hizo con los dos fines, sólo que se formalizó como reconvención porque así debía hacerse, porque resultaba necesario salvaguardar el derecho de defensa de la contraparte permitiéndole defenderse y por los efectos de cosa juzgada de la sentencia. Pero es indubitado que, en tales situaciones, la estimación del argumento reconvencional operará siempre también en todo aquello que beneficie al demandado para su absolución de la demanda inicial. No puede ser de otro modo.

2.8.2 Medios de prueba que han de acompañarse:

1. Como ya se explicó al tratar el tema de los medios de prueba que han de acompañarse a la demanda, el art. 288 del Código se refiere en realidad no sólo a la demanda sino también a la contestación, es decir, las alegaciones iniciales de ambas partes. Por tanto, asiste al demandado

229 Desde luego así será en el supuesto de aquellas defensas reconvencionales que guardan íntima relación con excepciones materiales, esto es, donde el reconocimiento del derecho pretendido en reconvención por el demandado, va a determinar causalmente a la vez la enervación o pérdida del derecho reclamado por el actor y con ello la absolución a aquél de la demanda originaria.

igualmente el derecho y simultáneamente la carga de aportar los documentos tanto procesales como sustantivos, así como los informes periciales de los que ha de valerse en el proceso, cuando vaya a evacuar su contestación a la demanda. Y si no puede hacerlo, entonces ha de indicar dónde se halla el documento en cuestión, y el por qué no puede consignarlo *ab initio* con el propósito ulterior de su requerimiento judicial. El principio de preclusión también opera pues para el demandado, y tan necesaria es la salvaguarda del derecho de defensa del actor en el sentido de que no se presenten tardíamente y por sorpresa documentos o informes periciales del contrario, que la salvaguarda del derecho de defensa del demandado frente a las pruebas del actor. El principio de igualdad procesal lleva a establecer el mismo régimen para ambos.

2. Con el mismo fin, el propio art. 288 CPCM extiende como no podía ser menos al legitimado pasivo de la reconvención (vgr., el actor-reconvenido y eventualmente los terceros igualmente demandados por esta vía), el derecho y la carga de aportar aquellos medios de prueba documental y pericial que tengan para contradecir la pretensión deducida en reconvención, dentro del plazo que se les abre para contestarla. A fin de evitar repeticiones innecesarias, nos remitimos aquí a lo expuesto en el epígrafe correspondiente, en cuanto a las distintas clases de documentos e informes periciales que pueden aportarse, y las consecuencias derivadas de no hacerlo en función de su naturaleza procesal o sustantiva.

3. Como regla peculiar de aportación de prueba, en momento posterior pero no extemporáneo en relación con la parte actora, aparece la contenida en el art. 289 párrafo segundo CPCM, a cuya virtud el demandante tendrá el derecho de presentar *ex novo* en la audiencia preparatoria aquellos "documentos, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda". Ha de aclararse que no se está refiriendo este 289 a la defensa probatoria de la parte actora cuando actúa como demandado de la reconvención, pues bajo esta órbita ya figura la regla general del art. 288 párrafo primero, arriba mencionada, que otorga al actor-reconvenido el derecho –y la carga- de aportar la prueba (documental y pericial) que a su derecho convenga, al contestar a la reconvención.

Lo que, por tanto, distintamente prevé este art. 289 párrafo segundo, es una defensa del demandante derivada estrictamente de lo que vierte el demandado en la contestación. Defensa que si bien no opera en el plano argumental, pues la ley no implementa un turno de réplica frente a los argumentos de la contestación, sin embargo sí lo hace en el plano probatorio, al facultar al demandante para que pueda presentar documentos e informes periciales con los que rebatir la realidad de los hechos aducidos por el demandado en esa contestación. Piénsese por ejemplo que el demandado haya opuesto excepciones procesales y que el actor tuviera en su poder un documento que desvirtúa tal excepción, documento que no aportó desde el principio porque no le resultaba necesario para fundar sus pretensiones. O porque el demandado aduce una excepción material o perentoria que comporta la afirmación a su vez de hechos liberadores o impeditivos de su responsabilidad, que el demandante gracias a documental o informe pericial que tiene podría demostrar inveraz.

En estos casos, la frontera que delimita la aplicabilidad de esta manifestación de prueba es aquel que viene marcado por la propia realidad de los hechos constitutivos de la demanda.

Es decir: en la medida en que el documento o informe pericial sirva no solamente para restar credibilidad a los hechos del demandado sino para adverar, corroborar, reforzar y apuntalar la prueba de la demanda, el documento tenía que haberse aportado con esta última ex art. 288 y no puede hacerse después, so pretexto de que la finalidad de la tardía aportación es contradecir al demandado. El medio de prueba del actor debe ir dirigido, única y exclusivamente en estos casos, a atacar la eficacia de hechos nuevos y distintos que para su defensa hubiere introducido el demandado en la contestación, no la mera negación por éste de los hechos de la demanda.

Un documento o informe pericial que simplemente intenta oponerse a una negación a su vez del demandado sobre los hechos de la demanda, lo que entraña en realidad es una prueba de la demanda misma y, desde esa perspectiva, tal prueba quedaba sujeta estrictamente al régimen preclusivo general, del que no puede escaparse de modo fraudulento invocando este art. 289 párrafo segundo CPCM.

2.8.3 La declaración de rebeldía del demandado: concepto, presupuestos y efectos:

1.- Concepto y presupuestos:

La figura del rebelde es la solución que brinda la ley al problema que se presenta cuando el demandado, debidamente notificado de la demanda presentada en su contra a través de alguno de los medios de comunicación previstos al efecto, no se persona en el plazo del que dispone para contestar a la demanda.

En ese punto, surge por decirlo de modo gráfico una colisión de derechos contrapuestos, de un lado la defensa del demandado, que va a resentirse sin duda del hecho de que el proceso pueda avanzar y completarse en su ausencia, y de otro lado el derecho de tutela judicial del demandante, quien salvo prueba en contrario no es responsable de esa falta de comparecencia y quien por ello y de paralizarse el procedimiento, se vería injustificadamente perjudicado al no poderse proveer sobre su pretensión. Ante semejante pugna, si la respuesta de la ley consistiera en suspender todos los procesos donde el demandado no se persona hasta tanto aparezca, equivaldría a dejar en sus manos la eficacia misma del proceso, que es actividad del Estado. Eso no se puede consentir y por tanto, correctamente y en línea con los ordenamientos modernos, el Código opta por instituir la declaración de rebeldía con el fin de permitir el juicio en ausencia del demandado, si bien dotando a este último de ciertas garantías peculiares de las que va a poder hacer uso posteriormente, en el momento en que reclame la defensa de su derecho.

Tres son los presupuestos de la rebeldía, regulada en el art. 287 CPCM:

a) El primero, que la persona haya sido emplazada como demandado en la contienda por alguno de los modos previstos en la ley (nos remitimos al tema correspondiente), incluyendo la notificación no personal de la demanda cuando ésta no ha podido ser posible. Por tanto, si *a contrario sensu* el emplazamiento no ha sido correcto o deviene

ilícito, se podrá declarar al demandado en rebeldía si el órgano judicial no se percata del defecto de emplazamiento, pero estrictamente esa persona no es rebelde, pues formalmente no ha sido convocada a participar en el proceso.

b) El segundo, hay rebeldía cuando el demandado ni siquiera se persona para darse por enterado del emplazamiento y que se le tenga como parte. El que conteste o no a la demanda estrictamente comporta otra cosa. Es cierto que como regla general el demandado aprovecha el trámite de contestación para personarse –y de eso se hace eco el art. 287-, pero no resulta imprescindible que realice ambas peticiones a la vez, de suerte que cabe perfectamente que primero se persone y días después conteste (eso sí, dentro del plazo –proceso común- o término/audiencia –proceso abreviado- que se le ha otorgado), o que se persone y luego sencillamente no conteste. Siempre que se persone, dándose por notificado de la demanda, ya no es rebelde pues se ha puesto a derecho, aunque deje transcurrir el plazo de contestación sin deducir nada.

   Que no conteste a la demanda tendrá sin duda consecuencias negativas, como ahora veremos, pero no exige del órgano judicial que se le declare en rebeldía, y como no es rebelde tampoco podrá disfrutar de las prerrogativas propias de esta condición.

c) Y por último, se hablará de "rebelde" sólo a partir de la resolución judicial que así lo declare. Es decir, la rebeldía es un estado procesal del demandado que exige una calificación expresa del juez, tanto para conocer que esa es su situación y el por qué de ella, como para que se desencadenen los efectos derivados de tal declaración.

2.- Efectos:

a) Conforme al citado art. 287 párrafo primero CPCM, una vez declarada por auto la rebeldía deberá notificársele de ella al demandado, si es posible de manera personal y si no por estrados, para que conozca su situación, sin que resulte preceptivo volver a practicarse ninguna otra notificación –por ningún medio- hasta tanto recaiga resolución judicial definitiva del proceso (quizá sentencia, quizá antes un auto archivando la causa por una excepción procesal apreciada de oficio por el juez).

b) La declaración de rebeldía legitima la continuación de las fases del procedimiento sin necesidad de suspensión, ni de tener que retrotraer actuaciones al momento en que tuviere lugar -si tal cosa sucede- la personación tardía del demandado.

   La ley es clara cuando señala que producida la eventualidad de su comparecencia posterior, en el instante en que así ocurra, "se entenderán con él las actuaciones sucesivas, sin que se pueda retroceder en ningún caso" (art. 287, párrafo tercero *in fine*). Es decir, sin que quepa anular el tramo procesal en el que estuvo ausente teniendo que repetirse. Para evitar eso justamente es la rebeldía.

La persona se incorpora al proceso a partir del punto en el que se halle la contienda, y podrá aprovechar los trámites de defensa que queden pendientes, pero no pedir que se reabran los ya cerrados (para presentar extemporáneamente un escrito de contestación a la demanda, etc.). Todo ello sin perjuicio, claro está, de que la ausencia en el caso concreto pudiera deberse a alguna de las causas de nulidad procesal que contempla la ley (art. 232 CPCM), en cuya hipótesis la retroacción se derivará del defecto o la indefensión de que se trate, no del hecho en sí de la rebeldía.

c) No se presumirá, ni legal ni judicialmente (es decir: queda prohibido que el juez intente deducir tales efectos procesales negativos), que la persona que no ha contestado a la demanda se ha allanado tácitamente a ésta, ni que ha verificado un reconocimiento de hechos de la demanda (art. 287 párrafo primero *in fine*).

Tampoco ha de tomarse como una oposición tácita a la demanda. Simplemente, lo que ocurre en estos casos es que el demandado no ha formalizado una postura frente a ella, la cual si acaso se irá deduciendo de otros actos poteriores (como los de prueba) si aparece antes de la sentencia.

Sino el juez dictará sentencia sobre la base de una única versión de la controversia: la que ofrece la demanda, que se estimará o desestimará en función de que el actor cumpla con sus propias cargas procesales y tenga razón en el fondo.

d) Producida la notificación de la resolución que pone fin al proceso, sea que lo fuere de manera personal o por edictos, tendrá el demandado el derecho y a la vez la carga de recurrirla para lograr su revocación, dentro del plazo legal que se prevea para el recurso correspondiente, tanto apelación como casación, siempre y cuando uno u otro procedieren. Si no la recurre en plazo, pudiendo hacerlo, alcanzaría cosa juzgada.

El que luego pueda o no instar el proceso de revisión de sentencia firme, dependerá de que acredite que se hallaba en alguno de los dos casos que lo permiten (desconocimiento del proceso y de la sentencia, o imposibilidad de fuerza mayor para dirigir instrucción a su defensor para que se recurra: art. 542 CPCM).

En la redacción originaria del art. 287 del Código se incluía un inciso o párrafo cuarto que en relación a los casos de notificación personal de la sentencia y la carga de recurrirla. Con la reforma parcial de 2010 dicho inciso ha sido suprimido, mas el efecto de ello no es otro que el de no tener que aplicar ya una regla confeccionada en términos un tanto abigarrados.

Dicho esto, simplemente hay que aplicar el sistema general de rebeldía del 287 tal como está, para colegir lo que ya hemos señalado: que si la persona se entera de la sentencia en plazo para recurrirla, ha de hacerlo y no dejar que devenga firme. Que si no sabe o no puede, dispondrá de la revisión (arts. 540 y ss CPCM, a cuyo tema

remitimos al lector). Y por último, claro, que la parte contraria tendrá el derecho de probar, si lo logra, que el demandado rebelde sí conoció a tiempo la sentencia y por negligencia no la recurrió en plazo.

e) Añade finalmente el último párrafo del art. 287 del Código, que "la admisión de los recursos interpuestos por la parte contraria se hará del conocimiento del demandado rebelde", para que sepa que la causa sigue abierta por si quiere personarse en el correspondiente recurso como parte recurrida, incluso para ejercitar la llamada adhesión a la apelación (ver tema respectivo).

BIBLIOGRAFÍA:

Además de las obras generales citadas al final del Título Preliminar, recomendamos: BERZOSA FRANCOS, María Victoria: *Demanda, "causa petendi" y objeto del proceso*, El Almendro, Córdoba, 1984; CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos: "La demanda", *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, Barcelona, 2001, pp. 1045-1069; CHOZAS ALONSO, José Manuel: "La litispendencia: efectos y tratamiento procesal", en *Cuaderno de Derecho Judicial, nº 6*, CGPJ, Madrid, 2000; SAMANES ARA, Carmen: *La tutela del rebelde en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1993.

2.9 AUDIENCIA PREPARATORIA

Santiago Garderes

SUMARIO: I. Función y contenido de la audiencia preparatoria. II. Convocatoria de la audiencia, causas de suspensión e interrupción. III. Presencia del juez y de las partes. IV. Intento de conciliación. V. Denuncia y examen de defectos procesales: 1. Reglas generales. 2. Defectos de capacidad, representación o postulación. 3. Excepción de falta de litisconsorcio necesario. 4. Excepción de litispendencia o cosa juzgada. 5. Excepción de vía procesal errónea. 6. Excepción de demanda defectuosa. VI. Fijación de los términos del debate. Eventual incorporación de nuevas pretensiones accesorias. VII. Hechos nuevos. VIII. Fijación del objeto de la prueba. IX. Proposición y admisión de la prueba. X. Fijación de la fecha de la audiencia probatoria.

2.9.1 Función y contenido de la audiencia preparatoria

La audiencia preparatoria se ubica en el proceso común luego de los actos introductorios (demanda y contestación), y concentra diversas actividades que comprenden, fundamentalmente, el intento de conciliación, el saneamiento de los defectos procesales, la fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba, la proposición y admisión de la prueba. Se desarrolla bajo la presidencia y dirección del tribunal bajo pena de nulidad insubsanable, y con la presencia de las partes y sus abogados.

Según lo dispone el artículo 292, la audiencia preparatoria servirá, por este orden: para intentar la conciliación de las partes, a fin de evitar la continuación innecesaria del proceso; para permitir el saneamiento de los defectos procesales que pudieran tener las alegaciones iniciales; para fijar en forma precisa la pretensión y el tema de la prueba; y para proponer y admitir la prueba de que intenten valerse las partes en la audiencia probatoria como fundamento de su pretensión o resistencia. Excepcionalmente, en casos de urgencia podrá recibirse la prueba que, por su naturaleza, sea posible diligenciar en dicha audiencia; aunque la audiencia preparatoria no tiene asignada una función probatoria, sino de ordenación del debate.

Las ventajas de concentrar esa actividad en audiencia resultan evidentes en términos de abreviación de la duración del proceso, teniendo presente que la actividad realizada en la audiencia preparatoria es muy variada y comprende resoluciones judiciales (la que se pronuncia sobre las excepciones procesales, la que admite o rechaza un medio de prueba, la que fija el objeto de la prueba, las que se pronuncien sobre eventuales incidentes planteados en audiencia, etc.), actos de proposición (proposición de la prueba), notificaciones (a las partes presentes en la audiencia, que por esa sola circunstancia quedan notificadas de todas las resoluciones pronunciadas en la audiencia) y eventuales impugnaciones de las partes.

La audiencia preparatoria recoge los institutos principales del sistema oral previsto en el Código Modelo para Iberoamérica, y en particular el conocido como "despacho saneador",

que consiste en la depuración inicial de los defectos procesales alegados por las partes o relevados de oficio por el tribunal, mediante el dictado de una resolución que sanea el proceso y permite ingresar al fondo o mérito de la cuestión debatida.

La significación de este instituto es prioritaria en el modelo de proceso por audiencia, al permitir concentrar la actividad procesal en lo que realmente interesa para la resolución del litigio (prueba y alegaciones sobre el fondo de la cuestión debatida), resolviendo desde el inicio del proceso las cuestiones formales que se hubieren planteado, o bien concluyendo el proceso en una instancia inicial cuando así corresponda (por ejemplo, por existir cosa juzgada, o litispendencia), evitando de esa forma un dispendio innecesario de tiempo y esfuerzos (principio de economía procesal).

Este instituto ha tenido un lugar destacado en la reforma del proceso civil en Iberoamérica, y sus orígenes pueden encontrarse en la audiencia preparatoria del proceso abreviado portugués (1907) y en el despacho saneador del Código de Processo Civil brasileño (1973).

Su principal utilidad práctica deriva de la economía que traduce en términos de racionalización de la actividad procesal, al evitar que, tras varios años de litigio con el consiguiente dispendio de gastos y esfuerzos, se releve un defecto procesal que obste al pronunciamiento de mérito (por ejemplo, la inexistencia de un presupuesto procesal, una cuestión de incapacidad o falta de personería, cosa juzgada o litispendencia, o bien una nulidad procesal), cuando tales cuestiones pudieron relevarse desde el inicio del proceso ya sea para permitir la subsanación de los defectos o para concluir el proceso en una etapa inicial.

Depurado el proceso de estas cuestiones formales, se puede focalizar la actividad procesal en la decisión de mérito, que es lo que a las partes realmente interesa.

Pero las virtudes de la audiencia preparatoria no se limitan al referido "despacho saneador", sino que comprenden todas aquellas derivadas del principio de inmediación, que dicha audiencia manifiesta en toda su dimensión. De esa forma, la audiencia potencia las perspectivas de una solución transaccional del pleito, mediante los poderes de conciliación que se le otorgan al juez, siendo esta una inmejorable oportunidad de acercar a las partes pues ya se está en conocimiento de sus respectivos argumentos (a través de la demanda y la contestación). También contribuye a economizar esfuerzos y tiempo la fijación en audiencia, de los términos del debate y del objeto de la prueba; lo que permite descartar, en la misma audiencia, las pruebas manifiestamente impertinentes, para concentrar la actividad probatoria en los hechos sobre los que exista disconformidad.

2.9.2 Convocatoria de la audiencia, causas de suspensión e interrupción

La audiencia preparatoria debe convocarse en el plazo de tres días de evacuados los trámites correspondientes de alegaciones iniciales, y deberá celebrarse en un plazo no mayor de sesenta días contados desde la convocatoria judicial (art. 290).

La fijación de plazos máximos para la convocatoria y realización de la audiencia preparatoria, contribuye a asegurar la vigencia del derecho a un proceso de duración razonable, siendo del caso señalar que otras legislaciones inspiradas en el mismo sistema, como el C.G.P. uruguayo, no prevén un plazo máximo para la realización de la audiencia, lo que determina en muchos casos una inconveniente dilación del proceso.

Las causas que habilitan a suspender la audiencia preparatoria, están previstas con carácter general en el artículo 208, en el capítulo referido al régimen de las audiencias, a cuyo comentario remitimos. De acuerdo a lo previsto en dicha norma, la audiencia sólo podrá suspenderse por alguna de las siguientes causas: por indisposición del juez o magistrado, cuando no pudiera ser sustituido; por causa grave que impida la comparecencia de algún sujeto procesal que hubiera sido citado; por causa grave comprobada que impida la asistencia del abogado de cualquiera de las partes; por coincidir dos audiencias simultáneas para el abogado de cualquiera de las partes. El artículo 210 prevé otra causa de suspensión, referida a la recusación del juez planteada en audiencia.

Iniciada la audiencia preparatoria, podrá interrumpirse por alguna de las causas previstas con carácter general en el artículo 211: cuando sea preciso resolver una cuestión incidental que no se pueda decidir en el acto; cuando haya que practicar una diligencia de prueba fuera de la sede del tribunal (hipótesis prevista, en principio, para la audiencia probatoria en el proceso común o para la audiencia del proceso abreviado); cuando no comparezcan los testigos o los peritos citados judicialmente (al igual que el anterior, este supuesto estaría referido a la audiencia probatoria, aunque podría aplicarse a la audiencia preparatoria cuando sea necesario diligenciar prueba para resolver alguna excepción procesal); cuando se produzca la indisponibilidad del juez, de la parte o de su abogado; cuando lo soliciten todas las partes, alegando justa causa.

Sin perjuicio de resaltar la conveniencia de las reglas legales que limitan las causas de suspensión e interrupción de las audiencias, el juez deberá tener siempre presente la incidencia de principios fundamentales como el de defensa y contradicción, que pueden determinar la conveniencia de interrumpir la audiencia preparatoria en otros supuestos no previstos en las normas citadas.

A modo de ejemplo, si durante la audiencia preparatoria se admitiere al demandante añadir nuevas pretensiones accesorias o alegar hechos nuevos, el demandado podría solicitar la interrupción de la audiencia alegando no estar en condiciones de ejercer en audiencia una adecuada defensa respecto de esas nuevas pretensiones o alegaciones, por carecer de la información y pruebas necesarias al efecto; lo que, atendidas las circunstancias del caso, podría justificar a título excepcional la interrupción de la audiencia para preservar las garantías del debido proceso.

2.9.3 Presencia del juez y de las partes

Como en toda audiencia, el juez tiene el deber de presidirla personalmente, bajo pena de nulidad insubsanable (arts. 10 y 200). La solución refleja la vigencia del principio de

inmediación, junto con otras disposiciones que aseguran la presencia del juez en la audiencia probatoria y la identidad del juez de prueba y sentencia.

De ese modo, el juez ordenará el debate y mantendrá el orden en la audiencia con los poderes de dirección que le son inherentes e indispensables para su normal desarrollo (arts. 14 y 204); pronunciará directamente y en forma oral las resoluciones necesarias de acuerdo al contenido habitual y eventual de la audiencia, e impulsará su trámite para asegurar el cumplimiento de las actividades previstas legalmente durante su curso.

Respecto de las partes, rige la carga de comparecer a la audiencia, teniendo presente las consecuencias desfavorables a su interés en caso de no presentarse, previstas en el art. 291: **la ausencia injustificada del demandante determina el fin del proceso sin más trámite,** salvo que el demandado muestre interés legítimo en la prosecución del proceso, y lo mismo ocurrirá si dejaran de concurrir ambas partes; si el ausente fuera el demandado, se realizará la audiencia y se continuará con la tramitación del proceso en lo que resulte pertinente, pero aquél no podrá ya realizar los actos previstos durante la audiencia preparatoria (por ejemplo, proponer pruebas, oponerse a las propuestas por su contraria, interponer recurso de revocatoria contra las resoluciones dictadas en audiencia, solicitar constancias en acta, etc.).

A diferencia del Código Modelo para Iberoamérica, el C.P.C.M. no exige la comparecencia personal de las partes durante la audiencia preparatotia, las que, en consecuencia, podrán concurrir a través de apoderado.

Las consecuencias referidas en caso de ausencia de las partes durante la audiencia preparatoria, suponen en todo caso, que tal ausencia sea injustificada, pues el juez siempre podrá atender a motivos fundados que justifiquen razonablemente tal ausencia y, en ese caso, convocará a nueva audiencia.

Sin embargo, la norma (art. 291) establece que en los supuestos de ausencia de las partes durante la audiencia, la resolución judicial correspondiente deberá adoptarse sin más trámite.

Ateniéndonos a una posible interpretación de la norma, comprobada la inasistencia del demandante en la audiencia, el juez debería dictar resolución sin más trámite en la misma audiencia, poniendo fin al proceso; lo que permite plantear la duda acerca de la oportunidad para justificar las razones de la ausencia, que eventualmente pueden determinar la inaplicación de la consecuencia enunciada en la norma (clausura del proceso).

En muchos casos, las circunstancias que pueden justificar la ausencia de la parte durante la audiencia, resultan imprevisibles y sólo pueden acreditarse con posterioridad a la misma; en esos casos, tratándose por ejemplo de una enfermedad o indisposición que sobreviene a la parte o su apoderado el mismo día de la audiencia, debería admitirse la prueba de tal circunstancia con posterioridad a la audiencia, y el correspondiente señalamiento de nueva fecha.

Con un marco normativo similar al del C.P.C.M., que prevé el pronunciamiento judicial "sin más trámite" ante la ausencia del demandante, los jueces uruguayos suelen admitir la prueba del motivo fundado de incomparecencia, para lo cual conceden a la parte que no concurrió a la audiencia un plazo para su justificación, pues de otro modo, la parte se vería en la necesidad de impugnar la resolución que, ante su incomparecencia a la audiencia, pone fin al proceso.

El artículo 291 del C.P.C.M. prevé que, ante la ausencia de la parte demandante, la resolución que pone fin al proceso deberá adoptarse "siempre que tal ausencia no esté debidamente justificada"; por lo que, en una interpretación razonable y armónica de la disposición comentada, corresponde conceder a la parte ausente una razonable oportunidad para justificar los motivos de su ausencia, antes de dictar la resolución que pone fin al proceso.

De otro modo, la parte afectada por tal resolución sólo podría intentar justificar su ausencia mediante recursos de revocatoria y apelación, aportando en ese marco las pruebas respectivas para obtener la revocación de la resolución que pone fin al proceso.

Otra cuestión de interés en lo relativo a la comparecencia de las partes, refiere a las circunstancias que pueden configurar un motivo fundado para no comparecer a la audiencia.

La casuística resultaría inabarcable, aunque pueden señalarse algunas hipótesis que, con un marco normativo similar, se admiten en la jurisprudencia uruguaya como motivo fundado de incomparecencia a la audiencia: ausencia por viaje de negocios al exterior, enfermedad certificada con indicación de reposo, internación por indicación médica, condiciones climáticas que configuren causa de fuerza mayor, etc.

2.9.4 Intento de conciliación

El intento de conciliación constituye la primera etapa de la audiencia preparatoria (arts. 292, 293), en la que el juez debe instar a las partes a lograr un arreglo en relación con la pretensión deducida en el proceso, manteniendo no obstante la imparcialidad.

Se trata de la denominada "conciliación intraprocesal", aquella que se procura durante el trámite del proceso principal, para diferenciarla de la conciliación previa, anterior a la demanda. Las ventajas del instituto se vinculan con la etapa en la que se inserta este intento de conciliación, luego de presentada la demanda y la contestación, lo que permite a ambas partes –y al juez- tener un panorama más claro de los argumentos en que se apoyan la pretensión y la defensa, propiciando de esa forma una mayor eficacia en el intento de conciliación.

En ese sentido, la norma indica que "a la vez que insta a las partes a lograr un acuerdo, el Juez les advertirá de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles, sin prejuzgar el contenido de la eventual sentencia".

La prevención final del artículo citado refleja el complejo rol que se asigna al juez en esta etapa, pues, siendo el mismo juez que finalmente habrá de sentenciar la causa, su participación activa en el intento de la conciliación puede comprometer, en los hechos, su imparcialidad, debiendo en consecuencia extremar el cuidado para evitar cualquier manifestación que pueda interpretarse como prejuzgamiento.

De lograrse un acuerdo, deberá constar en el acta de la audiencia preparatoria, y podrá ser ejecutado por los trámites de ejecución de sentencias, con calidad de título de ejecución (art. 295).

La normativa incluye aspectos atinentes a la homologación judicial del acuerdo y su eventual impugnación por las causas que invalidan los contratos (art. 294).

En caso de no lograrse acuerdo entre las partes, continuará la audiencia con los puntos que indica la norma y que se analizan a continuación.

2.9.5 Denuncia y examen de defectos procesales

2.9.5.1 Reglas generales

Si finalmente no se logra un acuerdo conciliatorio, la audiencia continúa con el examen de los defectos procesales denunciados por el demandado en la contestación a la demanda, o por el demandante en la contestación a la reconvención (arts. 298 y 284).

En principio, el examen de los defectos procesales supone su previa alegación en las oportunidades previstas en el artículo 298: contestación a la demanda y contestación a la reconvención. No obstante, la litispendencia o la cosa juzgada podrán ser apreciadas de oficio por el juez durante la audiencia preparatoria, al igual que la existencia de defectos subsanables en la demanda (arts. 302 y 304); potestad que también puede ejercer el juez cuando constate la falta de un presupuesto procesal.

Si bien no está previsto con alcance general respecto de las excepciones procesales, la parte contraria tiene derecho a ser oída previo a la decisión judicial sobre los defectos denunciados; de modo que, por ejemplo, si el demandado hubiera denunciado en su contestación a la demanda la falta de capacidad del demandante, o hubiera hecho valer la excepción de cosa juzgada, deberá oírse al demandante en la misma audiencia y previo a adoptar resolución, sobre esas excepciones planteadas por su contraparte.

Esa solución está prevista expresamente en relación a determinadas excepciones, como la de falta de litisconsorcio necesario (art. 301); pero, reiteramos, debe entenderse vigente también respecto de cualquier otra excepción procesal o alegación de defectos procesales, permitiendo al demandante contestar dichas alegaciones en audiencia, en aplicación del principio de defensa y contradicción expresamente reconocido en el artículo 4º.El artículo 298 enuncia algunos de los defectos procesales que pueden plantearse, aunque no se trata de una nómina taxativa, de modo que podrán denunciarse y examinarse otros defectos

siempre que supongan un obstáculo a la válida continuación del proceso y a su finalización mediante resolución de fondo.

La norma (art. 298) menciona expresamente las excepciones referidas a la falta de capacidad para ser parte o de capacidad procesal, la falta de jurisdicción y competencia, la litispendencia, la cosa juzgada, la sumisión a arbitraje o el compromiso pendiente, y el procedimiento inadecuado. El capítulo incluye referencias a otras excepciones y defectos, como la falta de litisconsorcio necesario (art. 301) y la demanda defectuosa (art. 304). Reiteramos, no obstante, que podrían plantearse otras excepciones procesales, como la de transacción (prevista expresamente en el C.P.C. Modelo y en el C.G.P. uruguayo), en la medida que un acuerdo transaccional previo o un acuerdo conciliatorio tienen la misma eficacia que una sentencia a los efectos de evitar el replanteo de la misma cuestión.

En principio, la resolución acerca de las excepciones procesales debe dictarse en la misma audiencia, pero en relación a las excepciones de falta de litisconsorcio necesario, litispendencia o cosa juzgada, si el caso entrañara especial dificultad, el juez podrá resolverlo dentro de los cinco días posteriores a la audiencia, la cual deberá proseguir para que se cumplan sus otras finalidades (arts. 301 y 302); solución que estimamos aplicable a la resolución de otras excepciones, siempre que se de el supuesto previsto en las normas citadas: que "el caso entrañara especial dificultad". Puede ocurrir que para resolver acerca de los defectos procesales denunciados, resulte necesario diligenciar pruebas, aspecto que no ha sido previsto expresamente en la ley; en ese sentido, si la parte demandada propone testigos o solicita la realización de un reconocimiento judicial para acreditar hechos vinculados con las excepciones procesales que ha planteado (por ejemplo, defectos de capacidad), deberá recibirse esa prueba antes de resolver, siempre que resulte lícita, pertinente y útil a esos efectos. El C.G.P. uruguayo prevé expresamente una instancia probatoria eventual durante la audiencia preparatoria, referida a las excepciones procesales, aunque no es frecuente su utilización. En el marco normativo del C.P.C.M., el derecho a la prueba rige también en relación a las excepciones procesales, por lo que debería admitirse y diligenciarse la prueba en la propia audiencia, si resultare necesaria, pertinente y útil, procurando evitar la interrupción de la audiencia, aunque excepcionalmente pueda admitirse de acuerdo a lo previsto en el artículo 211, incisos 2º y 3º.

Los efectos de las resoluciones que se pronuncian sobre las excepciones procesales, se encuentran previstos en los artículos que regulan las diversas excepciones y defectos procesales; en algunos casos, esa resolución pondrá fin al proceso (por ejemplo, cuando estima la excepción de cosa juzgada o litispendencia); en otros, impondrá a la parte afectada la carga de corregir los defectos subsanables. En cuanto a los defectos insubsanables, el artículo 299 dispone con carácter general que cuando el defecto resulte del todo insubsanable, se rechazará la demanda por improponible.

2.9.5.2 Defectos de capacidad, representación o postulación.

La primera de las excepciones previstas en el Código, refiere a defectos de capacidad, representación o postulación (art. 300). Corresponde en primer término, tener presente lo

previsto con carácter general en el artículo 299, en virtud del cual, si el defecto resultare del todo insubsanable, se rechazará la demanda por improponible.

Si, por el contrario, el defecto de capacidad, representación o postulación fuera subsanable, el juez otorgará a la parte un plazo máximo de cinco días para proceder a su corrección, suspendiendo entre tanto la audiencia, salvo que la parte estuviera en disposición de sanarlo en el mismo acto. Cuando la parte que deba corregir el defecto de capacidad, representación o personería fuera el demandante y no lo hiciera en el plazo señalado, se rechazará la demanda y se pondrá fin al proceso, lo que no obsta a su replanteo posterior; si quien debía subsanar el defecto fuera la parte demandada, y no lo hiciera en el plazo señalado, el proceso seguirá su curso con la declaración de rebeldía.

En cualquier caso, previo a resolver sobre la excepción de falta de capacidad, representación o postulación, la parte afectada deberá ser oída en audiencia (art. 4º).

La decisión que se adopte respecto de la excepción de falta de capacidad, representación o personería, admite recurso de revocatoria oral (que debe interponerse y resolverse en audiencia), por tratarse de una resolución que no pone fin al proceso, ya sea que haga lugar a la excepción (en cuyo caso señalará el plazo para corregir el defecto) o que desestime la misma. También admite impugnación la resolución que, tras conceder a la parte demandante un plazo para corregir el defecto denunciado, rechaza la demanda y pone fin al proceso por no haberse dado cumplimiento en plazo a dicha subsanación; en este caso, por tratarse de una resolución que pone fin al proceso, admite recurso de apelación.

Si el plazo para corregir el defecto fue otorgado al demandado y éste no cumple con lo indicado, la resolución a recaer declarará su rebeldía, y podrá ser impugnada mediante el recurso de revocatoria (pues no pone fin al proceso).

2.9.5.3 Excepción de falta de litisconsorcio necesario

La siguiente excepción regulada en el Código, refiere a la falta de litisconsorcio necesario (art. 301). El marco normativo en este punto, debe integrarse con lo previsto en los artículos 77 y siguientes, dentro del capítulo referido a la pluralidad de partes.

El artículo 76 refiere al litisconsorcio necesario, señalando que "cuando una relación jurídica indivisible pertenezca a varias personas, de modo que la sentencia extenderá sus efectos a todas ellas, deberán demandar o ser demandados en forma conjunta".

Como señala Torello, en el litisconsorcio necesario "la relación jurídica sustancial, que es materia u objeto del proceso, pertenece o refiere, de modo inescindible, en común e indisiviblemente, a más de un titular, por lo que no es jurídicamente posible decidirla sino de modo uniforme respecto a cada uno de sus titulares y con la presencia o, al menos, la posibilidad de que estén presentes en el proceso todos los titulares".[230]

230 Torello, Luis A., "Litisconsorcio e intervención de terceros", en "Curso sobre el Código General del Proceso", tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989.

Los procesos civiles y mercantiles ofrecen ejemplos diversos de litisconsorcio necesario, entre los que cabe mencionar la acción pauliana a título oneroso, que debe ser seguida contra vendedor y comprador conjuntamente, al igual que la pretensión de declaración de nulidad de un contrato (compraventa) por simulación, que también debe ser dirigida contra vendedor y comprador del negocio alegadamente simulado.

La excepción de falta de litisconsorcio se dirige, precisamente, a corregir el defecto que supone una incorrecta integración de la litis, permitiendo que el demandante dirija su demanda contra quienes debieron ser emplazados (arts. 77 y 301).

Previo a adoptar resolución, deberá oírse al demandado en relación a la alegada falta de litisconsorcio necesario (arts. 4º y 301): si estuviera de acuerdo con el planteo de su contraparte, podrá presentar en la audiencia un escrito dirigiendo la demanda a los sujetos que no fueron traídos al proceso, en cuyo caso el Juez, si estima la falta de litisconsorcio, ordenará emplazarlos; si, por el contrario, el demandante se opusiera a la alegación de falta de litisconsorcio, se dará audiencia a ambas partes y el juez resolverá, y en caso de acoger la excepción concederá al demandante un plazo de 10 días para constituir el litisconsorcio, dando por finalizado el proceso si posteriormente el demandante no presentare la demanda contra los nuevos demandados dentro de ese plazo231.

La resolución que se pronuncia sobre la excepción de falta de litisconsorcio necesario, ya sea estimándola o desestimándola, admite recurso de revocatoria oral; no admite apelación, puesto que aún cuando estime procedente la excepción y conceda al demandante un plazo para corregir el defecto, no pone fin al proceso, como sí lo hace la eventual y subsiguiente resolución que constate la omisión del demandante en corregir el defecto, la cual sí admitirá apelación.

El artículo 301 parece referir, exclusivamente, al litisconsorcio necesario pasivo, en el que la integración plural se ubica en el polo pasivo de la relación procesal (parte demandada), pues las soluciones previstas en la norma citada refieren a la necesidad de dirigir la demanda contra todas las personas que integran la parte material.

Sin embargo, la incorrecta integración de la litis puede estar referida a la parte demandante, en supuestos de litisconsorcio necesario activo, como lo prevé el artículo 76, en cuyo caso la solución pasa por integrar debidamente la parte demandante, y no la demandada. La solución, en ese caso, sería la misma: en caso de estimarse la excepción, el demandante deberá integrar debidamente la litis dentro del plazo de 10 días previsto en el artículo 301, mediante el concurso de las voluntades omitidas inicialmente, que deberán suscribir la demanda.

El inciso final del artículo 301, contempla una alternativa que, en nuestra opinión, cabe extender a la resolución de las restantes excepciones procesales: “cuando el caso entrañe

231 El artículo 77 menciona un plazo de 3 días, aspecto cuya modificación está prevista en las reformas remitidas a la Asamblea Legislativa para armonizarlo con el plazo de 10 días previsto en el artículo 301.

una especial dificultad, el juez podrá resolver la cuestión dentro de los cinco días posteriores a la audiencia, debiéndose continuar ésta para dar cumplimiento a sus otras finalidades".

2.9.5.4 Excepción de litispendencia o cosa juzgada

Las excepciones de litispendencia y cosa juzgada se encuentran reguladas en el artículo 302, que prevé además la posibilidad de que el defecto sea apreciado de oficio por el juez. En este caso, como en los restantes, deberá oírse a la parte demandante previo a resolver, aunque la norma no lo indique expresamente. Si la excepción fuese acogida, se pondrá fin al proceso en el acto, mediante resolución que admite recurso de apelación; si, por el contrario, la excepción fuera desestimada por el juez, el demandado podrá interponer revocatoria oral, por tratarse de una resolución que no pone fin al proceso.

Se prevé, al igual que en relación a la excepción de falta de litisconsorcio necesario, la posibilidad de dictar la resolución dentro de los cinco días posteriores a la audiencia, cuando el caso entrañe una especial dificultad.

2.9.5.5 Excepción de vía procesal errónea.

El artículo 303 regula la excepción de "vía procesal errónea", norma que debe integrarse con lo previsto en el artículo 245. Se trata, en síntesis, de casos en los que el demandado alega que debió seguirse otro trámite, ya sea el correspondiente a un proceso especial o al proceso abreviado, cuyo ámbito está previsto en el artículo 240. El juez deberá oír a ambas partes en audiencia y dictar resolución; si estimare que corresponde tramitar la pretensión por el proceso abreviado, citará a las partes para la audiencia prevista en dicho proceso, regulada en los artículos 425 y siguientes.

2.9.5.6 Excepción de demanda defectuosa.

El artículo 304 refiere a la excepción de demanda defectuosa, cuando se hubiere denunciado la existencia de defectos subsanables en la demanda. Se trata en general, de defectos que impiden un adecuado ejercicio del derecho de defensa del demandado, por afectar la claridad de la demanda.

También en este caso, el demandante deberá ser oído en la audiencia en forma previa a que el juez resuelva acerca de la excepción procesal, por aplicación del principio de defensa y contradicción.

De estimar fundada la excepción, el juez pedirá en la audiencia las aclaraciones o precisiones oportunas al demandante; si no se dieran esas aclaraciones o precisiones, y los defectos no permitiesen determinar con claridad las pretensiones del demandante, se dictará auto en el que se ponga fin al proceso. Los defectos de la demanda también podrán ser apreciados de oficio por el juez, aunque el demandado no los hubiere denunciado al contestar la demanda, siguiéndose en ese caso el mismo procedimiento.

2.9.6 Fijación de los términos del debate. Eventual incorporación de nuevas pretensiones accesorias.

Continuando con el trámite de la audiencia, luego del saneamiento de los defectos procesales corresponde fijar definitivamente la pretensión y los términos del debate, de acuerdo a lo previsto en los artículos 305 y siguientes.

En principio, la pretensión queda fijada en la demanda, y no puede ser modificada en la audiencia preparatoria, en la que las partes podrán hacer las precisiones, aclaraciones y concreciones que estimen oportunas en relación con la pretensión, sin alterar o modificar sustancialmente la misma. En consecuencia, las partes tienen derecho a oponerse a cualquier aclaración o precisión de la contraparte que suponga un cambio o alteración de los términos de la pretensión, estándose en definitiva a lo que resuelva el juez.

Sin embargo, en esta etapa de la audiencia preparatoria el demandante podrá *añadir nuevas pretensiones* a la ya planteada en su demanda, pero "sólo si aquéllas son accesorias respecto de ésta", según lo dispone el segundo párrafo del artículo 305. Se trata de una solución excepcional, que permite introducir nuevas pretensiones accesorias respecto de la planteada en la demanda, y que podrá admitirse *siempre que no afecte el adecuado ejercicio del derecho de defensa.*

A vía de ejemplo, si la demanda tiene por objeto la pretensión de condena al pago de una suma de dinero, el demandante podría añadir en la audiencia preparatoria, como nueva pretensión accesoria respecto de aquélla, la de condena al pago de intereses sobre el monto reclamado en la demanda. Pueden señalarse otros ejemplos de pretensiones accesorias en materia civil y mercantil, que podrán añadirse en la audiencia preparatoria siempre que no supongan menoscabo al adecuado ejercicio del derecho de defensa, aspecto que deberá valorar el juez de acuerdo a las circunstancias del caso concreto:

a) En un proceso de reivindicación de la propiedad de un inmueble, podría añadirse en la audiencia preparatoria, como nueva pretensión accesoria, la de condena a la restitución de los frutos civiles;

b) Si el proceso tiene por objeto, la pretensión de condena al cese de la violación de derechos de autos de acuerdo a la ley de protección a la propiedad intelectual, podrían añadirse en la audiencia preparatoria, como pretensiones accesorias, las de reparación de los daños y perjuicios causados por la infracción a los derechos de autor, prohibición al infractor de reanudar esa actividad ilícita en el futuro, retiro del comercio de los ejemplares ilícitos y la de inutilización de las matrices utilizadas para esa actividad ilícita;

c) Si la demanda tiene por objeto la pretensión de resolución de un contrato de distribución comercial por incumplimiento de la parte demandada, podría añadirse en la audiencia preparatoria, como pretensión accesoria, la de cobro de la multa por incumplimiento pactada en el contrato.

El planteo de nuevas pretensiones accesorias durante la audiencia preparatoria, debe sustanciarse con un traslado en audiencia a la contraparte (principio de defensa y contradicción, art. 4º), que podrá oponerse a ese planteo (señalando, por ejemplo, que no se trata de una pretensión accesoria, o que su incorporación afecta seriamente su derecho de defensa), cuestión que deberá resolver el juez en la misma audiencia, admitiendo o denegando la incorporación de la nueva pretensión. A esos efectos, deberá ponderar la condición de accesoriedad de la nueva pretensión respecto de la planteada en la demanda, y en especial, deberá apreciar si admitir esa nueva pretensión no supone menoscabo al adecuado ejercicio del derecho de defensa, pauta primordial al momento de resolver acerca del planteo del demandante.

La resolución del juez admitiendo la introducción de la nueva pretensión, podrá ser impugnada por el demandado, mediante el recurso de revocatoria oral. De la misma forma, el demandante podrá recurrir de la resolución que deniegue la incorporación de la nueva pretensión. En este último caso (resolución denegatoria de la nueva pretensión), podría afirmarse la procedencia del recurso de apelación, en la medida que la resolución pone fin al proceso en relación a esa nueva pretensión denegada; por el contrario, en nuestra opinión y reconociendo lo complejo del punto, corresponde reservar la apelación para la sentencia definitiva y las resoluciones que efectivamente ponen fin al proceso, y no sería este el caso, pues el proceso continúa en lo relativo a la pretensión deducida originalmente en la demanda, y finalmente podrá apelarse la sentencia definitiva y hacer valer en esa oportunidad el agravio causado por la denegatoria de la nueva pretensión accesoria.

Admitida la nueva pretensión accesoria, se oirá en la audiencia a la parte contraria, a efectos de que ejerza su derecho de defensa respecto de la misma. Si bien la norma no contempla expresamente esta posibilidad, consideramos que la parte está facultada para solicitar al juez la suspensión de la audiencia a efectos de ejercer adecuadamente su derecho de defensa respecto de la nueva pretensión admitida en audiencia, pues aunque se trate de una pretensión accesoria, para articular la defensa es preciso en muchos casos contar con información y pruebas que pueden no estar a disposición de la parte demandada durante la audiencia.

En esos casos, el juez deberá priorizar el principio de defensa y contradicción, y si hubiere admitido la nueva pretensión, corresponderá conceder a la parta contraria una razonable oportunidad de defensa, suspendiendo a esos efectos la audiencia si fuera necesario.

En otra posible interpretación del marco normativo comentado, el juez debería denegar la nueva pretensión siempre que, por sus características (complejidad fáctica o probatoria), el demandado no se encuentre en posición de contestarla en la misma audiencia sin menoscabo del derecho de defensa, admitiendo la nueva pretensión sólo en los casos que resulte posible su contestación en la propia audiencia.

La introducción de hechos nuevos o de nuevo conocimiento, prevista en el artículo 307, plantea otra interesante cuestión en torno a la posible modificación de la pretensión, cuestión que será analizada a continuación.

Para finalizar con este punto referido a la fijación definitiva de la pretensión, deberá constar en acta la *fijación de los términos del debate,* a partir de las pretensiones deducidas en la demanda y las eventuales aclaraciones y precisiones o nuevas pretensiones accesorias agregadas en la audiencia. Esta instancia permitirá en lo sucesivo, concentrar la actividad procesal (y probatoria en particular) en la resolución del debate planteado de acuerdo a las alegaciones iniciales (demanda y contestación) y las complementarias que se hubieran efectuado y admitido en la misma audiencia.

2.9.7 Hechos nuevos

De acuerdo al artículo 307, las partes podrán poner de manifiesto en la audiencia cualquier hecho relevante para la determinación de la causa de pedir de la pretensión o para la fijación de los términos del debate, siempre que tales hechos hubieran ocurrido con posterioridad al momento en que se formularon las alegaciones iniciales o, de haber acontecido antes, se hubiesen conocido por las partes con posterioridad a dicho momento. La oportunidad para hacerlo durante la audiencia preparatoria, será el fijarse los términos de la pretensión, oportunidad en la que, como vimos, las partes podrán formular aclaraciones o precisiones y, de acuerdo a la norma que ahora comentamos, alegar hechos nuevos.

La característica que define al hecho nuevo, radica en su acaecimiento posterior a la presentación de la demanda (si es el demandante quien pretende introducirlo) o de la contestación a la demanda (si es el demandado quien lo pone de manifiesto), lo que justifica su planteo posterior a los actos de alegación inicial; debe tratarse, además, de un hecho relevante, que tenga relación con la cuestión debatida en el proceso y que pueda influir en ella.

Si bien ambas categorías se admiten en el C.P.C.M., el hecho nuevo puede distinguirse conceptualmente del hecho desconocido, que si bien ocurrió con anterioridad a la demanda o la contestación (según el caso), era desconocido por la parte al momento de presentar la demanda o la contestación; en ese caso, la parte deberá justificar razonablemente esa circunstancia (desconocimiento del hecho al momento de presentar la demanda o la contestación) para que su planteo en audiencia sea admisible.

La incorporación de hechos nuevos al proceso, plantea una interesante cuestión interpretativa en torno a su aptitud para modificar el objeto del proceso. En general, se admite la alegación de hechos nuevos siempre que no modifiquen sustancialmente la pretensión; bajo esa premisa, la doctrina formula una distinción entre los hechos nuevos, relativos a la misma situación jurídica alegada en la demanda, y los hechos diversos, que suponen una modificación de la pretensión y que, por ello, no pueden admitirse en esta etapa del proceso.

En sistemas procesales análogos al del C.P.C.M., como el C.G.P. uruguayo, la jurisprudencia admite la alegación de hechos nuevos en la audiencia preparatoria, siempre que no modifiquen sustancialmente la pretensión.

Para mencionar algunos ejemplos que se han planteado en la jurisprudencia uruguaya, en un proceso reparatorio por daños y perjuicios, las secuelas dañosas no conocidas al momento de la demanda podrán alegarse en la audiencia preparatoria como hecho nuevo, siempre que se hayan manifestado con posterioridad a la demanda y estén vinculadas causalmente con los mismos hechos que fundan la pretensión; insistiendo en ese ejemplo, si la demanda reparatoria se funda en mala praxis médica durante un acto quirúrgico a la que se atribuye causalmente una determinada dolencia, el agravamiento de la condición de salud del paciente o la manifestación de nuevas dolencias vinculadas con el mismo acto quirúrgico, podrán alegarse como hechos nuevos (se trata de hechos consecuenciales respecto del mismo acto que motiva la demanda). Del mismo modo, podrían alegarse como hechos nuevos en un proceso de responsabilidad por vicios de construcción de un edificio, nuevos vicios constructivos manifestados con posterioridad a la demanda.

En otros casos, los hechos nuevos no estarán referidos a secuelas o nuevas consecuencias del mismo acto que dio origen al litigio, sino que podrán consistir en nuevas acciones del demandado, vinculadas causal y objetivamente a las mismas circunstancias fácticas que fundan la pretensión y ocurridas con posterioridad a la demanda, como nuevas infracciones a los derechos de autor, o a los derechos del titular de una patente de invención, o nuevas acciones de competencia desleal.

En los casos mencionados, el hecho nuevo es alegado con el fin de incorporarlo al objeto del proceso, pero sin alterar la pretensión en su aspecto objetivo; sin embargo, puede ocurrir que el hecho nuevo determine una modificación de lo pedido en la demanda, por el agravamiento del perjuicio cuya reparación se reclama o por la incidencia económica de las nuevas acciones alegadas. Reiterando el ejemplo del proceso reparatorio en el que se alegan secuelas dañosas no conocidas al momento de la demanda, el agravamiento de la condición de salud del demandante, que constituye en sí mismo un hecho nuevo, puede determinar un aumento de los daños y perjuicios padecidos a consecuencia del acto o hecho que diera origen al litigio; del mismo modo, si el demandante alega un nuevo vicio constructivo del edificio, su reparación significará nuevos costos adicionales a los reclamados en la demanda.

En un caso resuelto por la jurisprudencia uruguaya se afirma al respecto, que "el incremento reparatorio sustentado en secuelas dañosas no conocidas al momento de la demanda, conforman hechos nuevos relativos a la misma situación jurídica …", para concluir: "La ampliación de la demanda puede calificarse en la especie como demanda consecuencial, que trata de hechos derivados de los alegados en la etapa de proposición y a cuyo respecto Vescovi postulaba una interpretación extensiva … pues la prohibición de variarlos puede conducir a sentencias injustas o más aún, al contrasentido de que en lugar de resolver toda la controversia en un solo proceso deban incoarse otros con igual finalidad … En la especie no se advierte por qué no ha de admitirse el perjuicio conocido con posterioridad a la demanda …, ya que la necesidad del tratamiento sicológico pudo conocerse precluida la etapa de proposición y constituye un daño generado por el mismo hecho …".[232]

232 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º turno (Uruguay), sentencia 40/1996, publicada en la Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Nº 3/1997, caso 146.

Debe recordarse, además, que el C.P.C.M. permite añadir en la audiencia preparatoria nuevas pretensiones accesorias, y aún cuando pueda resultar dudoso el carácter accesorio de la nueva pretensión en el ejemplo mencionado (nuevo daño consecuencial respecto del alegado inicialmente), las normas citadas (arts. 305 –nuevas pretensiones accesorias- y 307 –hechos nuevos-) están inspiradas en los mismos principios de economía procesal y continencia de la causa, que procuran evitar la necesidad de nuevos procesos sobre cuestiones conexas, permitiendo que sean resueltas en el mismo proceso y por una misma sentencia.

Esa es, por otra parte, la interpretación acorde a la pauta contenida en el artículo 18 del C.P.C.M. De otro modo, la parte debería plantear una nueva demanda para reclamar los nuevos perjuicios causados por el mismo hecho, y podría luego solicitar la acumulación de ambos procesos (art. 106 y ss.), lo que no parece razonable si el mismo resultado puede obtenerse sin necesidad de iniciar un nuevo proceso.

Aunque la norma (art. 307) no lo indique expresamente, la parte contraria deberá contar con una razonable oportunidad de defensa (art. 4º) respecto de la alegación de hechos nuevos, por lo que deberá ser oída previo a que el juez resuelva acerca de la incorporación de esos hechos al objeto del proceso y de la prueba; en ese sentido, la oposición de la contraparte podrá fundarse en la condición del hecho, por no tratarse de un hecho nuevo o desconocido al momento de presentar la demanda o la contestación, o en la irrelevancia de ese hecho a los efectos de la resolución del litigio. La resolución que admitiere o rechazare la incorporación del hecho nuevo, no admite recursos de acuerdo a lo previsto en el artículo 308, aunque en el supuesto de rechazo, podrá presentarse nuevamente la petición ante la cámara de segunda instancia, al apelar la sentencia.

Sobre los hechos nuevos admitidos, podrá la parte ofrecer prueba en la etapa prevista al efecto durante la audiencia preparatoria (art. 310: luego de fijado el objeto de la prueba).

2.9.8 Fijación del objeto de la prueba

Una vez fijados los términos del debate, corresponde fijar el objeto de la prueba, que consiste en los hechos sobre los que habrá de recaer la actividad probatoria: los hechos alegados respecto de los que exista disconformidad. Los hechos que requieren prueba, son aquellos que fueron alegados por el demandante como fundamento de su pretensión, y que el demandado ha controvertido expresamente; de modo que no requieren ser probados, y por ende no habrán de integrar el objeto de la prueba, los hechos admitidos por el demandado, sobre los que no existe disconformidad.

La regla deriva del principio dispositivo, pues son las partes, a través de sus alegaciones iniciales, las que fijan el objeto de la prueba y excluyen del mismo los hechos respecto de los que existe conformidad.

La admisión de hechos puede ser expresa o tácita por falta de oportuna controversia, y en ambos casos el hecho admitido queda excluido del objeto de la prueba (arts. 309 y 314). En

ese sentido, y en lo relativo a la admisión tácita, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 284: "el Juez podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean conocidos y perjudiciales". La admisión tácita no rige en el supuesto de falta de personación del demandado, conforme lo dispone el artículo 287, por lo que sólo sería de aplicación cuando el demandado se presenta en plazo a contestar la demanda, pero guarda silencio respecto de determinados hechos alegados por el demandante, o se pronuncia con evasivas, y aún en esos casos, sólo habrá admisión tácita respecto de hechos que le sean conocidos y perjudiciales.

Tampoco requieren prueba los hechos notorios ("que gocen de notoriedad general", según dispone el art. 314), los hechos evidentes, y la costumbre si las partes estuvieren conformes con su existencia y contenido y sus normas no afectaren el orden público. Sobre los conceptos involucrados en las categorías mencionadas (hecho notorio, hecho evidente), nos remitimos al comentario de las normas generales sobre la prueba.

Si hubiere conformidad sobre todos los hechos y el proceso quedara reducido a una cuestión de derecho, se pondrá fin a la audiencia preparatoria y se abrirá el plazo para dictar sentencia (art. 309).

2.9.9 Proposición y admisión de la prueba

A continuación, las partes propondrán las pruebas que a su derecho convengan, sobre los hechos que integran el objeto de la prueba (aquéllos respecto de los que haya disconformidad).

Corresponderá en primer término al actor proponer las pruebas de que intente valerse, y luego al demandado, debiendo en todo caso "singularizar el medio probatorio que habrá de ser utilizado, con la debida especificación de su contenido y finalidad a la parte contraria".

En ese sentido, las reglas generales sobre proposición de la prueba en la audiencia preparatoria (art. 310), deben complementarse con las previstas en relación con cada medio probatorio en el capítulo respectivo. A vía de ejemplo, tratándose de prueba testimonial, la parte que propone la prueba deberá indicar en la audiencia, los datos previstos en el artículo 359 (identidad de los testigos, con indicación, en lo posible, del nombre y apellido de cada uno, su profesión u oficio, así como cualquier otro dato que se repute necesario para su más completa identificación), y la finalidad que persigue esa prueba (los hechos sobre los que habrá de ser interrogado el testigo, o los hechos que se intenta probar con ese medio).

El derecho a proponer pruebas en la audiencia preparatoria, comprende todos los medios probatorios con excepción de la prueba documental y dictámenes periciales, que deben aportarse con la demanda o la contestación a la demanda, de acuerdo a lo previsto en los artículos 276.7, 288, 289 y 335. Como lo indica el artículo 288, "con los escritos iniciales se habrán de aportar en todo caso los documentos probatorios en que las partes fundamenten su derecho …", y "se aportarán también los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones".

El artículo 289 establece la regla de preclusión de la aportación documental fuera de esas etapas iniciales, aunque prevé la posibilidad de presentar documentos posteriores a los actos de alegación o anteriores pero desconocidos, y autoriza al demandante a presentar en la audiencia preparatoria, "los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda", solución que reitera el artículo 308.

Si bien la prueba habrá de proponerse en la audiencia preparatoria, con las salvedades ya mencionadas, las partes podrán, si lo estiman conveniente, adelantar su ofrecimiento de prueba en la demanda y en la contestación a la demanda. Así resulta de lo dispuesto en el inciso 9º del artículo 276, que refiere al ofrecimiento y determinación de la prueba en la demanda; norma que debe interpretarse en el contexto más amplio de las disposiciones que regulan la proposición de las pruebas, siendo claro en ese sentido, que las partes no tienen la carga de ofrecer las pruebas en la demanda o en la contestación (con la salvedad de la prueba documental y los dictámenes periciales), ya que en todo caso podrán hacerlo en la audiencia preparatoria, que es la etapa prevista al efecto.

El juez resolverá en la audiencia, acerca de la admisibilidad de las pruebas propuestas por las partes. Como lo establece el artículo 317, "el Juez evaluará las solicitudes de prueba, declarará cuáles pruebas son admitidas y rechazará las que resulten manifiestamente impertinentes o inútiles"; su decisión no será recurrible, pero las partes podrán solicitar que se haga constar en acta su disconformidad, a efecto de interponer recurso contra la sentencia definitiva.

Aunque la norma no lo indique expresamente, consideramos conveniente que, previo a decidir sobre la admisibilidad de las pruebas ofrecidas por las partes, el juez sustancie las respectivas solicitudes con una vista oral a la parte contraria, a efectos de que ésta manifieste su eventual oposición a esas pruebas, de modo de asegurar la vigencia plena del principio de defensa y contradicción en el marco de la actividad probatoria.

El rechazo de prueba deberá acordarse en resolución debidamente fundada, según dispone el artículo 320; se trata de una regla fundamental, de cuyo respeto depende la vigencia del derecho a la prueba como garantía del debido proceso. La motivación del rechazo, a su vez, debe fundarse en alguna de las razones legales que habilitan al juez a rechazar una prueba, y que son mencionadas en los artículos 316 (prueba ilícita), 317, 318 y 319 (prueba manifiestamente impertinente, ajena al objeto de la prueba; o prueba manifiestamente inútil, que no resulte idónea para comprobar los hechos controvertidos), normas a cuyo comentario remitimos.

El rechazo de la prueba debe ser una solución excepcional, reservada a supuestos de ilicitud, manifiesta impertinencia o inutilidad, puesto que puede afectar gravemente el derecho a la prueba y, con ello, las garantías del debido proceso; en caso de duda, cuando la impertinencia o inutilidad de la prueba no resulten evidentes, debe admitirse la prueba sin perjuicio del control de su pertinencia al momento de pronunciar la sentencia.

2.9.10 Fijación de la fecha de la audiencia probatoria

La audiencia preparatoria culmina con la fijación de la fecha de la audiencia probatoria, que de acuerdo a lo previsto en el artículo 311, deberá estar comprendida dentro de los sesenta días siguientes a la audiencia preparatoria. Las partes deberán indicar los testigos y peritos que serán citados por la oficina judicial, y poner de manifiesto cualquier circunstancia que pudiera determinar la suspensión de la audiencia probatoria en la fecha señalada.

Como veremos, la audiencia probatoria comienza con la lectura de aquella parte de la resolución dictada en la audiencia preparatoria en la que quedaron fijados el objeto del proceso, los hechos controvertidos y la prueba admitida (art. 402).

2.10 LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- La prueba. Concepto. La prueba como derecho subjetivo procesal.- II.- Objeto de la prueba: 1) Hechos afirmados.- 2) Derecho extranjero.- 3) Costumbre no admitida por las partes.- III.- Hechos dispensados de prueba: 1) Hechos admitidos o pactados.- 2) El hecho notorio.- 3) Costumbre admitida.- 4) Hechos evidentes.- IV.- Licitud de la prueba: 1) Significados.- 2) Admisión de prueba material o tangible.- 3) Cadena de custodia.- V.- Iniciativa de la prueba.- VI.- Carga de la prueba.- VII.- Medios de prueba: 1) Concepto y determinación.- 2) Carácter abierto o tasado del listado legal.- VIII.- Control en la admisión de la prueba: 1) Pertinencia.- 2) Utilidad.- 3) Tratamiento.- IX.- Práctica de la prueba: 1) Regla general.- 2) Aseguramiento de la prueba.- 3) Prueba anticipada: 3.1.- Concepto y diferencias con el aseguramiento de la prueba y con las diligencias preliminares.- 3.2.- Tratamiento y efectos.- X.- Valoración de los medios probatorios.

2.10.1 La prueba. Concepto. La prueba como derecho subjetivo procesal:

1. La palabra "prueba" ofrece en la Ciencia del proceso varios significados, bien que todos ellos interconectados entre sí. La prueba es, ante todo, una *actividad* del proceso dirigida a la obtención de datos relevantes para la comprobación de los hechos litigiosos.

Si en segundo lugar se contempla en función de su *resultado,* la prueba equivale a un estado de convicción psicológica del juez por el que éste cree, sin ninguna duda razonable, que los hechos han sucedido del modo como se desprende de la actividad probatoria. Excepcionalmente, sin embargo, la fijación de la certeza vendrá impuesta por la ley dado el valor tasado o preeminente del medio utilizado, en cuyo caso la convicción judicial será irrelevante aunque siempre se necesita el control del juez para adverar la corrección de lo practicado.

La prueba, en fin, también se utiliza como sinónimo de los soportes, medios o instrumentos, humanos e inanimados, que sirven para trasladar la versión de la realidad a los autos: esto es, los llamados medios de prueba. Como veremos, todas esas acepciones están presentes en la ley y de acuerdo al contexto de cada norma se emplea una u otra.

Como actividad procesal, la prueba tiene dos protagonistas: de un lado las partes, que son las encargadas de proponer qué medios de convicción han de practicarse, y de otro lado el juez, que vela por la limpieza de los derechos y garantías de los sujetos, autorizando la entrada del medio –si ya está preconstituido- u ordenando su realización dentro del proceso, dentro de los límites que marca la ley. Desde esa perspectiva, la prueba se configura como un derecho pero en muchas ocasiones también como una carga procesal. Ahí donde resulta necesaria la prueba para la fijación de un hecho litigioso como cierto, la parte a la que interesa su unión a los autos tendrá el derecho de pedir que así se acepte, salvo que

concurran impedimentos legales o materiales que lo hagan inviable. A la vez, sin embargo, para el sujeto que pretende que se le reconozcan derechos o se constituyan, modifiquen o extingan situaciones jurídicas a su favor, la prueba es una carga, pues pasa a ser de su responsabilidad el formular la respectiva solicitud para su aportación o práctica en la litis, y de no hacerlo, será sobre dicha parte sobre quien recaerán las consecuencias negativas de la inactividad. Quien por el contrario se limita a resistirse a la pretensión del contrario, no tiene carga de la prueba, salvo que base su defensa en hechos afirmativos exculpatorios, y sí tiene derecho a la prueba, en el sentido de poder demostrar la irrealidad de las alegaciones de su contraparte. En este momento nos ocuparemos de la prueba como derecho, dejando para el posterior epígrafe VI las consideraciones sobre la prueba como carga.

2. Así pues, la prueba es un derecho subjetivo público de los justiciables que intervienen con el carácter de parte en un proceso, y tiene aquél reconocimiento legal en el art. 312 CPCM, cuyo enunciado garantiza:

a) Que el derecho a probar se desarrolle en igualdad de condiciones: lo que se traduce en que han de otorgarse las mismas oportunidades de proposición y práctica de medios de prueba a ambas partes, y que las dos también han de poseer idéntico derecho al control de la prueba del contrario, control que variará de acuerdo a las particularidades de cada medio de prueba (contrainterrogatorio de testigo, la falsedad del documento, etc.).

b) Que el derecho a la prueba comprende tanto la admisión de pruebas preconstituidas y la práctica de medios a constituir dentro del proceso, como asimismo el derecho a que todos esos medios resulten efectivamente valorados por el juez en su sentencia, es decir, que la prueba no se limita únicamente a la entrada del medio, sino a su valoración real. Y es que ciertamente si faltase esta último, aquella actividad de práctica devendría absolutamente inútil. Ahora bien, ¿cómo saber que esa valoración realmente se ha cumplido?: lógicamente a través de una lectura de la correspondiente sentencia, la cual ha de cumplir con la exigencia de motivación del art. 217 párrafo tercero CPCM.

c) Sin embargo, la prueba no es un derecho absoluto o incondicionado, sino que el mismo se halla limitado desde dos planos distintos pero vinculantes con igual fuerza: por un lado, la prueba tiene que practicarse dentro de la legalidad, de modo que su obtención no puede convertirse en una excusa para la violación de derechos sustantivos o procesales de las demás partes o de terceros. Y por otro lado, la prueba que puede advenir dentro de cada litigio es aquella que, guardando relación con las afirmaciones necesitadas de demostración, tengan relevancia para convencer potencialmente al juez. No alcanza por tanto el derecho a probar aquello que deviene por su naturaleza inconducente o inane para probar los hechos del caso. Iremos viendo paulatinamente, cómo se despliega el derecho a la prueba en el sistema articulado por el nuevo Código, por lo demás sensible a las más modernas corrientes reguladoras de esta actividad.

2.10.2 Objeto de la prueba:

Entendemos aquí por objeto de la prueba, la determinación del asunto, materia o cuestión requerida de la actividad probatoria para ser fijada como cierta. El objeto de la prueba es definible en términos genéricos, que es como lo contempla la ley -del modo como ahora referiremos- aludiendo a categorías de materias susceptibles de prueba y a la contra, la exclusión de otras por no necesitarlo. El objeto de la prueba tiene también una dimensión particularizada en función de las pretensiones deducidas en cada proceso.

Empero, no todo lo que se trata en un proceso requiere de prueba. La naturaleza dispositiva o rogada de la justicia civil y mercantil (dejamos aparte el derecho de familia y algunas vertientes indisponibles del derecho civil de persona) permite que no se invierta tiempo ni esfuerzos en probar aquello sobre lo que las dos partes están de acuerdo en la contienda, aun a riesgo de obligar al juez a aplicar el ordenamiento material sobre unos hechos que quizá no han sucedido en la realidad, pero que a fin de cuentas por aceptarlo así ambas partes, la solución sustantiva que se dé al caso cumplirá con el propósito de heterocomposición del conflicto que los ha traído ante el tribunal (ello sin perjuicio, claro, de vulnerar el orden público ni los derechos de terceros).

Por tanto, una primera referencia para delimitar el objeto de la prueba es que se traten de puntos "controvertidos" en el pleito. Si no lo están, quedan fijados como ciertos y no se prueban. Mas tampoco todo lo controvertido deviene materia de prueba. El juez está obligado a conocer el derecho positivo nacional, y a virtud por tanto del *iura novit curia* este último no tiene que ser probado. Veamos qué ámbitos alcanza el objeto de la prueba:

2.10.2.1 Hechos afirmados y controvertidos (art. 313.1º CPCM):

Materia de prueba, esencialmente, son los hechos afirmados por las partes en sus correspondientes alegaciones (demanda y contestación), puesto que éstos evidentemente y salvo excepciones (ej. hecho notorio) no son conocidos por el juez, pero además resultan controvertidos pues no existe conformidad entre las partes sobre ellos, lo que obliga a abrir una actividad procesal dirigida a proporcionar al juzgador una versión fidedigna de lo acontencido.

Ciertamente, si están controvertidos es porque cada parte sostiene un relato al menos en parte divergente o contrapuesto al de la otra, lo que tanto significa como que ambos relatos no pueden resultar simultáneamente verdaderos en su totalidad, pues tal cosa sería físicamente imposible. La prueba, así, contribuye a despejar cuál ha de considerarse por el juez la versión más creíble.

2.10.2.2 Derecho extranjero (arts. 313.3º y 315 CPCM):

Aunque no lo precise el Código pues al fin y al cabo no es necesario, dado que la jurisdicción de los tribunales salvadoreños se limita, por razón del territorio y del ordenamiento sustantivo y procesal a la aplicación de las normas nacionales, con lo que la facultad del *iura novit curia* a

la que aluden los arts. 218 último párrafo y 536, se refiere a estas últimas: las normas jurídicas salvadoreñas en cualquiera de sus rangos (Constitución, leyes orgánicas, leyes, reglamentos, etc.), aunque no estén actualmente en vigor si son sustantivas (importará que lo estuvieran a la fecha en que se produjo el conflicto); pero no comprende las normas del derecho positivo de los demás países del mundo.

La consecuencia a deducir de ello no es, desde luego, la imposibilidad de tener en cuenta tales disposiciones extranjeras en un caso concreto, lo que puede devenir necesario precisamente porque así lo impongan las propias normas nacionales, sino que su tratamiento por el juez será el propio que da a los "hechos".

Por tanto, el derecho extranjero exige prueba, tanto de su contenido como de su vigencia en el país de que se trate, para lo cual el Código opta por la plausible decisión de no limitar los medios de prueba que pueden ser útiles al efecto, si bien en la práctica la prueba más adecuada es una pericial, esto es, el testimonio de uno o más juristas de ese país (abogados, jueces, notarios, cuya condición a su vez quede acreditada documentalmente) que deje constancia de que el texto que se reproduce corresponde en efecto a la norma en cuestión, y que la misma se hallaba en vigor a la fecha en que se produjo el conflicto material sobre el que se pretende aplicar.

Ahora bien, tanto el art. 313.3º como el 315, por cierto, enfatizan en que al margen de la proposición de prueba que haga la parte interesada –y que se da por hecha, de lo contrario deberá atenerse a las consecuencias que derive de su falta de demostración-, el tribunal de la causa podrá "valerse de cualquier medio para su averiguación". ¿Implica esto que el órgano judicial puede practicar prueba de oficio incluso si la parte no solicitó nada o solicitó otro tipo de medios? No exactamente: de hecho, el art. 315 es rotundo cuando empieza diciendo que la parte interesada, esto es, la que "sustente su pretensión en norma de derecho extranjero", "deberá probar su contenido y vigencia", imponiéndole así una carga procesal que carecería de todo sentido si, a renglón seguido, llegamos a la conclusión de que el tribunal puede operar a su libre albedrío. No es así. Por tanto, corresponde a la parte cumplir con su carga de pedir la prueba de la norma extranjera y concretar los medios de convicción a tal fin, los cuales, si son lícitos, pertinentes y útiles, serán admitidos por el tribunal. Cuestión distinta a una indebida ingerencia oficial que desequilibraría la posición de ambas partes en el proceso, es que el juez, verificado que la parte interesada en probar la norma extranjera ha sido efectivamente diligente, se encuentra sin embargo con que el resultado de la prueba practicada a su instancia no es suficiente porque por ejemplo el dictamen iuspericial o los documentos presentados no son completos, o presentan alguna contradicción, o lagunas, u oscuridades. En esa medida sí parece factible, al socaire de los preceptos del Código ya citados, que el tribunal ordene de oficio una prueba complementaria para aclarar aquellos extremos sobre los que la prueba ya practicada no resultó del todo inteligible. Lo que se antoja compatible además con el régimen general de intervención oficial en materia probatoria, recogido en el art. 321 y al que luego nos referiremos. Nunca, pues, puede servir la prueba de oficio para suplir la de parte, ni siquiera porque sea derecho extranjero toda vez que su tratamiento procesal, por mandato de ley, ha de ser el de una afirmación de hecho.

2.10.2.3 Costumbre no admitida por las partes (arts. 313.2º CPCM):

La costumbre es fuente del derecho, como establece el art. 2 CC, únicamente en los casos en que así lo reconozca la ley. Sin embargo, aun en el marco de esas relaciones materiales donde, a falta de norma escrita puede devenir creador de obligaciones un reiterado tipo de actos merced a la *comunnis opinio* acerca de su vinculatoriedad, eso no significa que a efectos procesales baste con invocarla en un proceso para que el juez deba darla por cierta. La costumbre tiene sin duda una base ineludiblemente fáctica, y desde esa perspectiva el Código opta por una solución intermedia: releva de prueba sobre su existencia y contenido si ambas partes lo aceptan así, prescindiendo con ello del criterio del juez, y siempre que no infrinja el orden público. Pero en cuanto resulte negada por la contraparte de quien la alega, pasa a tratarse como una afirmación de hecho más requerida por tanto de actividad probatoria.

En la misma situación se halla la prueba del derecho consuetudinario, en los casos donde la ley reconozca su aplicabilidad (art. 315 CPCM).

2.10.3 Hechos dispensados de prueba:

La Ley se preocupa también de enunciar en negativo el catálogo de afirmaciones de hecho que no precisan para su fijación de una actividad de prueba, siempre de resultado incierto. Dicha fijación se produce de manera automática una vez se alega dentro del pleito y el juez reconoce que se trata de una de las excepciones previstas en el Código. Veamos cuáles son:

2.10.3.1 Hechos admitidos o pactados (art. 314.1º CPCM):

Como ya indicamos antes, salvo en los ámbitos dominados por el orden público las partes condicionan con su voluntad, lo quieran o no, la delimitación de las afirmaciones fácticas que requieren de prueba, pues desde el momento en que se aleguen por la parte actora (o por el demandado en reconvención) y se admitan por la contraparte, el hecho queda fijado, reduciéndose la actividad probatoria a la materia controvertida. Algunas observaciones se impone hacer aquí:

a) Es el juez quien tiene que determinar si tal admisión se ha producido o no, a la vista de los relatos expuestos en la demanda y contestación a ésta, y eventualmente en la reconvención y la contestación a ésta. Según el proceso de que se trate, esa labor de despeje tendrá lugar en la audiencia preparatoria del proceso común o en la audiencia del abreviado, y es imperativa precisamente para poder proveer a continuación sobre los medios de prueba que decidan pedir las partes, pues lo primero que ha de saberse es cuál es el objeto de la prueba.

b) La admisión de hechos puede ser expresa pero también tácita, como ya vimos a propósito del tema de la contestación a la demanda (a cuya lectura remitimos), en los casos donde el silencio o las respuestas evasivas pueden llegar a ser interpretadas por el juez como sinónimo de aceptación de la parte sobre su veracidad. Tal fijación tácita deberá también anunciarla el juez a las partes en

aquellos actos procesales ya mencionados (audiencia preparatoria, o audiencia del abreviado), para la correcta delimitación del debate y para la provisión subsiguiente de medios de prueba.

c) Que los hechos admitidos puedan no ser reales, ya se dijo antes que es un riesgo que la ley asume en aras a una solución del pleito tolerada por el carácter rogado de esta jurisdicción. No obstante, tratándose de hechos ilícitos es evidente que no podrán obtener un respaldo del juez al deducir sus consecuencias legales, ni impedirían en su caso la apertura de otro tipo de diligencias (penales, por ejemplo). Asimismo, si los hechos admitidos son hechos imposibles o disparatados, el juez eventualmente podría no tenerlos por fijado, al chocar contra el sentido común pero también, *a contrario sensu*, contra hechos evidentes (art. 314.4º CPCM) que a su vez y por su naturaleza, se hallan dispensados de prueba. En esa pugna entre dos causas discrepantes entre sí para la fijación de un hecho (lo admitido pero que a la vez atenta contra lo evidente), el juez recupera sus potestades para dirimir lo que sea menester sin estar atado por la voluntad de las partes.

d) Finalmente, notemos que el art. 314.1º se refiere en esta especie de hecho dispensado de prueba, tanto a los "admitidos" como a los "estipulados por ambas partes". En puridad se diferencian en el modo de forjarse el consenso de voluntades: el hecho admitido proviene de una manifestación unilateral del demandado que sólo a él personalmente concierne, mientras que la estipulación es bilateral formalizada dentro del proceso una vez iniciado éste, tal como autoriza el art. 321 *in fine*, debiendo comunicarlo al juez diez días antes de la fecha programada para la audiencia preparatoria, o sino –añade la norma- el mismo día (la verdad, no se entiende muy bien por qué no se permite hacerlo entremedias de esos dos momentos, cuando de lo que se trata es de advertir al juez para que éste acuda al acto ya analizada la petición conjunta). Aunque nada se dice para el proceso abreviado, no deben existir inconvenientes en permitirlo también ahí.

2.10.3.2 El hecho notorio (art. 314.2º CPCM):

Tampoco requieren ser probados "los hechos que gocen de notoriedad general". Se introduce así en el Código la figura del llamado "hecho notorio", cuya conceptuación ha producido no pocos debates en el seno de la doctrina científica, donde se ha reconocido su empleo incluso en ausencia de norma legal (a ello responde el aforismo *notoria non egent probatione*), a la par que se ponen de manifiesto sus dificultades de delimitación. Incorporado finalmente a varios ordenamientos de nuestro entorno cultural233, se configura como un concepto jurídico abierto necesitado de una integración concreta en cada proceso a cargo del juez. Como elementos

233 Ver por ejemplo el art. 115 párrafo segundo CPC italiano que entró en vigor en 1942: "El juez podrá sin embargo, sin necesidad de prueba, poner como fundamento de la decisión las nociones de hecho que pertenezcan a la experiencia común". También el art. 138.1º CGP: "No requieren ser probados. 1) Los hechos notorios, salvo si constituyen el fundamento de la pretensión y no son admitidos por las partes". Y en términos tan rotundos que lo hacen, por cierto, poco viable, el art. 281.4 LEC: "No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general".

que permiten una correcta identificación y a la vez un uso racional de esta cláusula legal, podemos destacar los siguientes:

a) El hecho notorio está relevado de prueba no porque sea verdad, sino porque se tiene como verdad por un grupo cualificado de personas que representa un porcentaje significativo de una población determinada. El hecho notorio ha estado sujeto, por así decirlo, a un control o depuración social, tras el cual ha pasado a formar parte del acervo cultural del grupo, donde se tiene la percepción generalizada de que el hecho existe o existió (Colón descubrió América; el hombre llegó a la luna en 1969; el lago Cotaepeque está en Santa Ana; o quién es el actual Presidente de El Salvador, etc.). Cuando el hecho notorio se alega en un proceso, no hay que probar su veracidad porque ésta ha quedado subsumida en la crítica social, ni tampoco hay que probar su notoriedad, porque el juez debe conocerlo en cuanto miembro de esa colectividad. Con todo, resulta perfectamente factible que el litigante que introduce el hecho notorio pueda ayudar a "refrescar" al juez y a las demás partes sobre su carácter, aportando ejemplares de medios de comunicación donde se daba cobertura del acontecimiento, una fuente muy frecuente para acreditar la notoriedad.

b) El hecho notorio no necesariamente adquiere alcance universal, ni deviene inmutable al tiempo. Pueden existir hechos notorios que se conservan a lo largo de los siglos (especialmente los hechos que conforman la Historia –con mayúsculas- de la comunidad internacional y de cada nación; así como los hechos geográficos), otros que acaban de suceder y están presentes en la conciencia de todos; y por último otros que van desvaneciéndose con el transcurrir de los años y el paso de las generaciones, según va perdiéndose el interés en él. Lo importante es que la notoriedad del hecho esté presente a la fecha en que se invoca dentro del proceso.

c) Desde el punto de vista espacial, hay muchos hechos notorios de cada país que no son conocidos más allá de sus fronteras, aunque la internet universaliza cada vez más todos los acontecimientos. Como regla general, puede suponerse que basta para fijar la notoriedad del hecho, el que éste la tenga en el territorio donde ejerce jurisdicción el Juzgado que conoce en primera instancia del caso. El problema sin embargo se suscita cuando la sentencia que éste dicta resulta apelada o incluso se interpone después recurso de casación. Si se impugna el hecho notorio como fundamento de la decisión, y refiriéndonos a El Salvador, puede que para los Magistrados de una Cámara de Segunda Instancia o de la Corte Suprema de Justicia, tratándose de hechos de notoriedad local lo desconozcan precisamente por eso y no sólo ellos sino, lo que importa, la población de ese departamento o del país entero, respectivamente. En tales situaciones, el requisito de que la notoriedad sea "general" no se habría cumplido.

   En consecuencia, la notoriedad será siempre general en el sentido del art. 314.2º CPCM si el hecho goza de notoriedad en todo el país. Y únicamente lo será en un ámbito territorial inferior, si la sentencia no resulta recurrida y el hecho deviene

notorio en el espacio donde ejerce jurisdicción el órgano judicial ante el que culmine el proceso: primera instancia, si nadie recurre; o apelación, si no pasa de ella. De llegar a casación el hecho tendría que gozar de notoriedad nacional, pues no se trata de que la tenga en la capital de la República donde tiene su sede la Corte Suprema; se trata de que ésta ejercer jurisdicción en la totalidad del país y esa es la medida de la notoriedad que debe aplicar.

d) Generalmente, el hecho notorio no será uno de los hechos constitutivos de la pretensión del demandante, ni de la defensa del demandado, sino más bien un hecho secundario o instrumental que servirá para contrastar la veracidad de los hechos principales controvertidos, o que servirá como referencia de tiempo o de lugar para contrastar y corroborar cuándo sucedieron estos últimos o de qué manera.

e) En cuanto a la cantidad de personas que han de conocer el hecho dentro de esa colectividad, cuyo ámbito territorial ya hemos señalado, no parece lógico exigir que el conocimiento alcance a la totalidad de sus habitantes (entre los cuales, siempre habrán personas que por su edad e incapacidad no podrán conocer ni percibir el hecho adecuadamente). La notoriedad "general" no es "total" ni "absoluta", sino mayoritaria.

f) La fijación del hecho como notorio, o su exclusión de esta categoría, debe resolverla siempre el juez aunque no se lo pida la parte interesada, pues está obligado a ello precisamente para delimitar los términos de la materia controvertida sobre la que tendrá que girar la actividad probatoria.

Ya hemos dicho que esa notoriedad debe serle conocida como miembro de la colectividad en la que se inserta, pero si no fuera así el juez tampoco debe descartar directamente la notoriedad sino que está obligado a cerciorarse si el hecho es notorio en su colectividad, esto es, en el ámbito territorial donde ejerce jurisdicción, por ejemplo acudiendo a las bases de datos de los medios de comunicación (hemerotecas, etc.). Luego, en tanto en cuanto el juez acepte que el hecho es notorio este quedará fuera del debate, a salvo el derecho de la parte contraria a impugnarlo en juicio.

g) Si el juez rechaza esa notoriedad e incluye al hecho como materia de prueba, será de cargo del interesado demostrar en juicio la notoriedad mediante las pruebas que seleccione, y de las que debe poder extraerse la conclusión de ese conocimiento generalizado por la mayor parte de los habitantes de esa colectividad. Admitir una testifical de un grupo nutrido de ciudadanos, contados por cientos o miles, sólo para acreditar la notoriedad del hecho, resultaría desde luego un caos, así que habría que optar por métodos más racionales. Si no se vislumbrara suficiente la reseña de medios de prensa, podría valer una pericial hecha por sociólogos o expertos en comunicación social acreditando mediante sondeos el conocimiento generalizado de ese hecho en la colectividad.

h) Debido a que, como hemos explicado un hecho notorio puede no ser verdad, y porque puede que ni siquiera sea notorio aunque así lo alegue la parte que lo introduce, si el juez le otorga esa calificación ha de permitirse en todo caso el derecho a probar lo contrario a la parte a la que afectaría su apreciación en la sentencia.

La contraprueba del hecho notorio podrá así pivotar sobre dos ejes alternativos, igualmente eficaces para destruirlo: 1) que el hecho no es notorio (en eso se basaba su dispensa de prueba), o 2) que el hecho, aunque notorio, es falso (en esa hipótesis y por muy notorio que apareciere, es evidente que no podría fijarse como cierto). Según qué situaciones, alcanzará más dificultad probar un extremo que otro.

2.10.3.3 Hechos evidentes (art. 314.3º CPCM):

Hablar de "hechos evidentes" es hacer la traslación de otra institución procesal de renombre, las llamadas Máximas de la experiencia, entendidas por la doctrina como juicios generales que se extraen a partir de la observación de una serie idéntica de sucesos, y que sirven para comprender éstos e interpretar sus causas y características.

Tales máximas pueden ser de dos tipos, las pertenecientes al patrimonio cultural común de una colectividad (mundial o nacional), en cuyo caso no precisan de prueba pues también las conoce y aplica el juez; y aquellas otras que forman parte del patrimonio cultural reducido de un grupo de personas, a virtud de la especialización de su profesión u oficio.

En este segundo supuesto encontramos las máximas de la experiencia técnicas, que son las que aplican los peritos de distintas titulaciones cuando tienen que elaborar un dictamen sobre el origen de un hecho o su valoración, económica o de otro tipo, las cuales precisamente porque no son del acervo cultural común ni las conoce el juez, han de ser aportadas al proceso por medio de la prueba pericial.

Como puede advertirse, esos hechos evidentes o máximas no se focalizan en un suceso concreto acaecido un día y en un lugar determinado, sino que son el producto como decimos de verificaciones reiteradas (la hora en que suele amanecer todos los días en una época determinada del año; la velocidad a la que puede correr una persona normal, o según su edad; la distancia a la que unos hechos pueden captarse por la vista, el oído o el olfato de manera menos precisa o improbable, etc.).

Desde esa perspectiva, es difícil por no decir imposible que un hecho o máxima de este tipo pueda ser, en sí mismo, *thema decidendi* de un litigio.

La utilidad de identificar este concepto procesal, aparte de excluirlo como objeto de la prueba, radica sobre todo en advertir que este tipo de juicios son los que sirven a menudo para guiar al juez en el proceso valorativo de la prueba practicada y a otorgar más o menos credibilidad al resultado que arrojan los distintos medios, siendo que tales máximas enlazan con el principio de normalidad de las cosas.

2.10.3.4 Costumbre admitida (art. 314.4º CPCM):

Tan sólo hacer indicación aquí, de la otra cara de la misma moneda que se deriva del tratamiento procesal de la costumbre como hecho objeto de prueba cuando no hay acuerdo entre las partes, ahora para decir la ley que justamente cuando esa conformidad sí se produce en torno a la existencia y contenido de la costumbre jurídica, sin violar el orden público, ésta puede servir para dirimir el conflicto de intereses y a tal efecto no requiere ser probada.

2.10.4 Licitud de la prueba:

2.10.4.1 Significados:

El Código contempla en su art. 316 los parámetros por los que ha de regirse el principio de legalidad en materia de prueba. Esos parámetros son dos: la licitud o legalidad de las fuentes de prueba; y la licitud o legalidad en la práctica de los medios de prueba:

a) En el primer significado, el Código exige que la información que deviene útil a los efectos de un proceso concreto, información contenida en personas o cosas y que es lo que llama "la fuente de prueba", no sea aprehendida a través de métodos que puedan resultar vulneradores de los derechos constitucionales de los ciudadanos (no sólo de quienes sean partes en esa contienda, también de los terceros), trayendo como resultado la detección de tal anomalía la pérdida de todo valor probatorio de esa fuente o hechos recogidos.

   Se incide aquí sobre todo en el concepto de "fuente", para denotar que la vulneración constitucional no depende tanto de que el medio de prueba se practique siguiendo escrupulosamente los trámites del Código, sino que el problema arranca en cómo pudo saberse en su origen que la información existía. No es que la fuente sea ilícita, lo es el modo en que se consigue su conocimiento.

   En procesos civiles, los derechos fundamentales más propensos a ser vulnerados con este fin generalmente son los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 2 CN); el derecho a la privacidad de las comunicaciones personales (art. 24 CN) y, en menor medida pero siempre posible, el derecho a la libertad individual (art. 13 CN) y el derecho a la integridad física o moral (art. 2 CN), ello sin perjuicio de que salvo este último derecho, los demás pueden estar sometidos a limitaciones legales y habrá que atender por tanto a si en el caso concreto se había autorizado la restricción del derecho fundamental de que se trate.

   Como el Código en este art. 316 habla de licitud de las "fuentes de prueba" más que de los "medios", en este primer contexto que se expone, la norma permite que el control de la licitud de esas fuentes abarque no solamente las expresiones de vulneración directa del derecho fundamentales, sino también las vulneraciones que llamaríamos indirectas, esto es, aquella actividad que en un momento dado

produce una lesión de tal derecho y que sirve para obtener noticia de la fuente de prueba, la cual se intenta traer después al proceso siguiendo todas las previsiones legales, pero gracias a una información que no se tendría de no haber sido por aquella conducta infractora.

Es lo que en el derecho norteamericano ha dado lugar a la llamada "doctrina de los frutos del árbol venenoso", bien que con aplicación al proceso penal, y que en otros países se ha intentado atajar con alcance genérico (pues a la postre, esto puede ocurrir en todo tipo de procesos) previendo la proscripción de la prueba obtenida, directa o indirectamente" en vulneración de los derechos fundamentales[234].

b) Un segundo contexto de aplicación de la licitud probatoria, como ya anunciábamos, es el que también tiene en cuenta el Código ahora en alusión a la admisión y práctica regular de los medios de convicción. En este punto, el párrafo segundo del art. 316 previene que la asunción de la prueba sin seguir las reglas ordenadas en las leyes procesales "determinará la nulidad del medio correspondiente". Añade, sin embargo, que no acarrearía la inutilidad de la fuente (información) de prueba, la cual podrá traerse ante el juez a través de otro medio de prueba que no incurra en infracción alguna de los requisitos y formas legales para su admisión y práctica. No quiere esto decir, sin embargo, que descartado el medio de prueba por ilícito tenga que abrirse un plazo nuevo para que la parte puede proponer otros medios de prueba, sino que si eventualmente se hubieran propuesto otros –en el trámite previsto- y éstos traen la misma información (la misma fuente) se admitirán.

En todo caso, la parte a la que perjudique el medio ilícito podrá impugnar su procedencia y recurrir en su caso contra la sentencia definitiva que le haya dado relevancia positiva. Lo que el art. 316 párrafo segundo CPCM quiere señalarse, es que lo que se invalida no es la fuente sino el medio, así que si la persona ha logrado traer aquélla con otros medios, la fuente insistimos servirá.

2.10.4.2 Admisión de prueba material o tangible:

Dentro de lo que podríamos llamar un nivel más tenue, pero real, de control de la licitud probatoria, aparecen ciertas prevenciones de la ley frente a medios de prueba que por su carácter novedoso y también por las relativas facilidades que existen para alterar su contenido, pero también porque pueden ser propensas a invadir los derechos fundamentales ajenos; son admitidas en juicio siempre y cuando pasen por cierto control judicial reforzado, el cual se arbitra en el art. 325 CPCM. Aplícase tal solución, según el mencionado precepto, a todos los "objetos, substancias, fotografías, videos, medios de almacenamiento de datos, de imágenes, de voz o de información, así como cualquier otra prueba material o tangible que puedan aportar elementos de prueba; y también instrumentos u otros documentos,

234 Así, el art. 11.1 LOPJ de España: "En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

salvo cuando éstos deban acompañar a la demanda o la contestación de la misma". En todos estos casos, para poderse admitir la prueba se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Quien propone la prueba, ha de acompañar su solicitud aportando el bien mueble, motivando su pertinencia y utilidad (art. 325 párrafo, segundo CPCM) y ofreciendo en el propio acto donde se propone (audiencia preparatoria del proceso común, o audiencia del abreviado, donde evidentemente también cabe su presentación) el tomar declaración a un testigo, que ha de estar ahí presente, quien avalará la fiabilidad de la prueba tangible de que se trate.

b) El juez tomará en ese acto declaración al testigo propuesto, quien podrá ser contrainterrogado por la defensa de la parte contraria (art. 325, último párrafo), la cual a su vez habrá tenido la oportunidad de examinar directamente (pero en Sala, no privadamente) la prueba (art. 325, tercer párrafo). No especifica la ley si el susodicho testigo ha de poseer conocimientos tecnológicos, es decir, si su declaración va a versar específicamente sobre los análisis o test que haya podido efectuar para asegurarse que la grabación, fotografía, objeto, etc. que se aporta, no ha sido manipulado o alterado. Estaríamos en esa hipótesis ante la figura del testigo-perito que contempla el propio Código (art. 358) y que por ello mismo la norma podía haber exigido que se tratase de un testigo con conocimientos técnicos, cosa que la ley insistimos no pide sin embargo en este art. 325. En principio, por tanto, el testigo será útil, posea o no ese saber especializado, con tal de que ofrezca razonada justificación de las circunstancias en que fueron captadas las imágenes, sonidos, palabras, registros informáticos, etc., de que se trate. Y que de esa justificación, además, no se desprenda que la captación se hizo con vulneración de los derechos fundamentales, pues entonces por muy fidedigna que fuere, incurrirá en la ilicitud proscrita por el art. 316 CPCM.

c) A la vista de lo que expongan entonces las partes y el testigo, y la propia observación o reproducción del formato captado u objeto recogido, el juez tomará una decisión en torno al ingreso de la prueba o no a los autos. Teniendo en cuenta que nos hallamos en un control de admisión y no de valoración definitiva, si el medio aportado no se admite se seguirá la regla general del art. 317 para las inadmisiones (ver *infra*), y si por el contrario se admitiere, lo hará saber el juez mediante la expresión de que queda "marcada" esa prueba, lo que equivale a su admisión (art. 325, párrafo tercero *in fine*, señalando que la parte proponente pedirá al juez que "se considere marcada y admitida" la prueba identificada). Ello sin embargo no obstará: 1.- a que la parte contraria pueda solicitar prueba en juicio para desvirtuar su credibilidad; 2.- que el tribunal en la sentencia definitiva le confiera a dicho medio el valor que merezca, una vez analizadas todas las pruebas.

d) Si los objetos de los que se habla en este art. 325 CPCM se hubieran aportado con la demanda y la contestación, no se prevé que se haga un control *ab initio* de los mismos. Sin embargo es evidente que los mismos peligros de fiabilidad ofrecen estos

medios con independencia de cuándo se hubieren entregado (dejamos aparte los problemas de preclusión y los de una posible ruptura de la cadena de custodia, que es algo distinto). Por tanto creemos que una aplicación igualitaria de este precepto lleva a que también a los objetos, grabaciones, fotografías, etc., aportados con la demanda y contestación, deban someterse al correspondiente control judicial el acto de proposición ordinaria de prueba (audiencia preparatoria, o la de prueba del abreviado) debiendo el proponente presentar la justificación exigible, y ponerse en marcha los filtros previstos en dicho art. 325.

2.10.4.3 Cadena de custodia:

Como otra subespecie de la regulación preventiva de su licitud en determinadas condiciones, el Código incluye una regla de tratamiento procesal de lo denominada "cadena de custodia de la prueba", más próxima a las particularidades de un proceso penal que civil, aunque igualmente útil. Del enunciado del art. 322 CPCM se desprenden dos presupuestos para poner en marcha la garantía –pues eso en esencia comporta- de la cadena de custodia:

a) Que se traten de bienes muebles susceptibles de ser alterados, degradados o adulterados física o químicamente, se entiende que generalmente por acción consciente del hombre aunque podría serlo también por efecto de la naturaleza. Esos bienes muebles, según el dictado de la ley, pueden ser: "objetos, substancias, documentos u otros elementos tangibles";

b) Que tales cosas físicas se han conservado en el mismo estado que presentaban cuando sobre ellas se realizó una prueba pericial, el cual sirvió para obtener datos útiles a la contienda, de tal manera que quien ha estado en posesión de esos objetos, documentos, etc. ha cuidado de ellos con la suficiente diligencia como para evitar su destrucción o alteración, pues de producirse éstas impediría contrastar los resultados de aquella pericial anterior con otra contemporánea, o arrojaría conclusiones erróneas y distintas de las que correspondería. El bien mueble, pues, interesa no solamente por sí mismo sino por las apreciaciones técnica que se pueden hacer sobre él (huellas dactilares, pruebas químicas, data de antigüedad, etc.), y la persona que aporta la prueba, que es la interesada en que surta efectos en la sentencia, trata así de demostrar que "la cadena de custodia" no se ha roto ni interrumpido –dígase como se prefiera- ni desde el punto de vista subjetivo (el bien no estuvo en manos de otra persona) ni tampoco objetivo o cualitativo (no se ha degradado ni adulterado).

c) Sobre esta doble base, el Código prevé que quien desee valerse de este tipo de pruebas explicite en el trámite procesal donde se propone su admisión en la litis (sea en la demanda o la contestación, sea en la audiencia preparatoria, etc.) cómo y por qué se ha cumplido rigurosamente con la cadena de custodia, lo que hace fiable a la prueba. Tal justificación no resultará sin embargo necesaria cuando "se tratare de objetos que tengan características distintivas que los hagan fácilmente identificables, ni cuando los objetos hubieran sido debidamente marcados" (art.

322 párrafo tercero CPCM). Este último supuesto se refiere, precisamente, a que la prueba hubiere sido ya admitida previamente siguiendo los requisitos del art. 325 que antes repasamos, de tal manera que la prueba quedó "marcada". No obstante, si lo que se está discutiendo es la validez de la cadena de custodia de esa prueba que a pesar de resultar admitida en el proceso quedó, por orden del juez, bajo vigilancia de un tercero depositario o de la parte interesada durante un tiempo determinado, el hecho de que inicialmente haya sido admitida ("marcada") porque entonces se apreció prima facie fidedigna, no descarta en absoluto que haya podido ser manipulada después. De allí que esta presunta excepción del art. 322 no rija de manera absoluta, y que a pesar de estar "marcada" la prueba, ello no obste al control de la respectiva cadena de custodia cuando así se inste.

d) De todos modos, aunque la prueba se admita e ingrese en autos, la parte contraria podrá probar en juicio que hubo interrupción de la cadena de custodia, probando a su vez la alteración o contaminación del bien mueble, debiendo el juez resolver en sentencia lo que corresponda a la luz de lo alegado por cada parte y la prueba que se presente a su vez de ello, no bastando para invalidarla con que considere "la mera posibilidad" de la interrupción: ésta ha de haber quedado acreditada de manera cierta (art. 322 *in fine*).

2.10.5 Iniciativa de la prueba:

Constituye una derivación del principio dispositivo que rige en este orden de jurisdicción, el llamado principio de aportación de parte, del que ya hemos venido haciendo varias alusiones en estas páginas, el cual entraña no sólo que los hechos sobre los cuales ha de versar la prueba han de ser los invocados por las partes y no introducidos *ex officio* por el juez, sino también que como regla general la prueba ha de ser la propuesta exclusivamente por dichas partes litigantes, limitándose la labor del juez a gestionar su admisión y práctica conforme al marco legal, pero sin ingerirse mediante una actuación de oficio dirigida a suplir la negligencia de aquellas partes, lo que estaría prohibido.

Toda decisión del legislador en este campo responde a una ponderación de política judicial en el que han de considerarse dos intereses distintos y comúnmente enfrentados: el de la búsqueda de la verdad material por encima de la voluntad e iniciativa de las partes, o el la salvaguarda de la igualdad entre estas últimas inhibiendo al juez de toda intervención oficial capaz de romper el equilibrio de la contienda. En esa pugna, el Código ha optado por decantar la balanza a favor de este segundo bien jurídico, realzando el principio de aportación entre aquellos principios rectores del proceso (art. 7, y en su párrafo tercero el atinente a la prueba), que luego desarrolla en los arts. 317 y 322 CPCM. Lo hace de manera clara aunque no absoluta, toda vez que de entrada impone que la iniciativa probatoria ha de corresponder en todo caso a las partes y no al juez, quienes aportarán las pruebas de las que quieran valerse con sus escritos de alegaciones iniciales y propondrán al órgano judicial las que deban constituirse dentro de la litis o no pudieron aportarse, empleando para ello el trámite procesal marcado por la ley: audiencia preparatoria del proceso común (art. 317 CPCM), o audiencia del abreviado (art. 428).

Sin embargo faculta la ley al juez para acordar de oficio aquella prueba que apareciere conveniente con el fin de "esclarecer algún punto oscuro o contradictorio" que hubiere quedado de la prueba de parte aportada y practicada, tal como autoriza el art. 321 CPCM. Por tanto la iniciativa oficial no está prohibida del todo, si bien se condiciona como vemos a prueba de control o verificatoria, por la que se complementan o auxilian los resultados de otras pruebas ya practicadas, cuando estas últimas arrojan dudas interpretativas sobre su verdadero resultado.

El momento para ordenar su evacuación ha de serlo al final del procedimiento y antes de dictar sentencia, cuando ya obre en autos aquel medio de prueba que precisamente a su examen arroja las dudas que van a intentar despejarse a través de esta otra prueba secundaria de iniciativa oficial, y no hubiere podido lograrse esa aclaración por otras vías (por ejemplo, durante el interrogatorio de una parte, testigo o perito). De hecho, no son las partes quienes puedan marcar la agenda del juez obligándole a que ordene la prueba complementaria del 322; es el juez quien decretará su práctica sólo si no alcanza un juicio de convicción sobre la prueba previa.

2.10.6 Carga de la prueba:

La carga de la prueba comporta una pauta, regla o criterio que determina qué hechos (afirmaciones de hecho) deben ser probados por cada una de las partes intervinientes en un proceso, a sabiendas de que la demostración de su veracidad permitiría la aplicación de una norma sustantiva con efectos favorables. Así, la persona sobre la que recaerían esos efectos sustantivos, será justamente la parte gravada con la correspondiente carga de la prueba.

Con carácter básico, se suele distribuir la carga de la prueba del siguiente modo: el actor debe probar los hechos constitutivos de su demanda, lo mismo que el demandado de su reconvención, mientras que el legitimado pasivo sólo debe probar aquellas excepciones procesales (generalmente demostrables con la mera consulta de los autos) y materiales (perentorias) que alegue, en cuanto conllevan la afirmación positiva de hechos a los que se anuda un efecto jurídico favorable.

Distintamente, no es necesario que el demandado (o el actor reconvenido) pruebe aquellos hechos negativos absolutos por los que se opone a los hechos de la parte actora negando sin más su existencia (el pacto que se dice incumplido no se suscribió; el demandado no es dueño del animal que ha causado los daños, etc.). Siempre y cuando eso sí, la negación del hecho no comporte a su vez el reconocimiento de un hecho distinto, pues entonces este último si se pretende invocar como excusa absolutoria conlleva en sí mismo un hecho afirmativo que queda gravado con la correspondiente carga.

Importa considerar el *onus probandi* en dos momentos del proceso: uno al comienzo de la contienda, permitiendo a cada litigante planificar su estrategia de defensa sabiendo de antemano qué hechos tiene que probar para ver estimadas sus pretensiones, así como cuáles no han de quedar probados para que se declare sin lugar la pretensión del contrario: en esta fase, el destinatario principal de la regla de juicio son pues las partes.

El segundo momento en cambio aparece cuando ya se ha sustanciado el procedimiento, toca dictar sentencia definitiva y el juez se encuentra con que no se ha aportado ni practicado prueba en autos, o la que lo ha sido no resulta convincente ni existe un medio de prueba con un valor legal tasado que la hago decisorio, de manera que el hecho ha quedado indemostrado. Es ahí donde el órgano judicial, que no puede dejar imprejuzgada la controversia sino que tiene el deber de resolverla (prohibición del non liquet), deberá aplicar las reglas sobre carga de la prueba a fin de saber qué litigante ha de correr con la consecuencia negativa derivada de la falta de prueba del hecho. En este segundo momento, el destinatario del *onus probandi* ya no son las partes sino el juzgador.

Resulta siempre conveniente por razones de seguridad jurídica, que sea la ley la que recoja las principales reglas de distribución de la carga de la prueba, sin tener que esperar a su articulación por la jurisprudencia. Una de las tareas que cabe confiar por ello a las legislaciones procesales, en este caso civiles, es que incluyan una o más normas reguladoras del onus y así en efecto ocurre[235].

Extrañamente, sin embargo, no lo ha hecho así el nuevo Código, cuyo artículo 321 no contempla prácticamente nada de ella, salvo su sola adscripción a las partes sin precisar nada más, lo que en sí mismo muy poco resuelve (el resto del precepto, lo hemos comentado ya, se refiere más bien a la iniciativa subsidiaria del órgano judicial en la práctica de prueba, lo que sólo indirectamente conecta con el problema del *onus probandi*).

Es de lamentar esta laguna, que no ha sido subsanada en la reforma parcial de 2010 (más bien al contrario, eliminando del rótulo del epígrafe la mención a la "regla de juicio"), no sólo por la falta de esos criterios principales distributivos, que de tal guisa tendrán que seguir aplicándose judicialmente por analogía de otros preceptos como el art. 1569 CC

235 A modo de ejemplos, el art. 139 CGP establece: "139.1 Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión.
139.2 La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba".
Por su lado, el art. 217 LEC ordena las siguientes reglas de juicio: "1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.
2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.
3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.
4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.
5. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.
6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

propio del campo de las obligaciones civiles[236], sino porque esas mismas reglas de existir, podrían servir también para contemplar también supuestos donde para evitar situaciones flagrantes de indefensión, permitiera flexibilizar su imposición haciendo recaer sobre la parte que tiene facilidad para hacerse con el medio de prueba, aunque no sea la que tiene interés en traerla al debate, quien la aporte al proceso o peche con las consecuencias de su falta de acreditación[237].

2.10.7 Medios de prueba:

2.10.7.1 Determinación:

En esta visión panorámica del sistema de prueba civil articulado por el nuevo Código, nos interesa ahora tan sólo destacar –a reserva de los detalles que daremos en el tema siguiente- las claves que han guiado al legislador en la regulación de los medios de prueba. De un lado, ha optado con buen criterio por mantener los que podríamos considerar como medios tradicionales, bien que con no pocos ajustes en sus requisitos y fines.

Esto es: los documentos (arts. 331-343) y los medios de carácter personal, que comprende a su vez la declaración de parte (arts. 344-353), la prueba de testigos (arts. 354-374) y la de peritos (arts. 375-389). Junto a ellos aparece también el reconocimiento judicial (arts. 390-395) que representa una prueba un tanto híbrida o intermedia entre lo real -el acta de reconocimiento- y lo personal -la versión que ofrece el juez al levantar el acta-.

En segundo lugar, el Código apuesta por la recepción de los modernos medios de reproducción de la palabra, sonido e imágenes, y de archivo de datos por medios electrónicos e informáticos (arts. 396-401), que hoy día son de uso cotidiano y alcanza unas cotas de fiabilidad cada vez mayores, constituyendo una realidad insoslayable a la que la ley procesal no podía dar la espalda; hasta tal punto que algunas de esas tecnologías se califican por el Código como una extensión más de la prueba de documentos (ver art. 343).

No son medios de prueba, por el contrario, aquellas disposiciones que permiten fijar la certeza de un hecho a través de inferencias indirectas, esto es, mediante la prueba de un hecho que sin embargo es distinto de aquél que deviene controvertido en el pleito, cuando este último resulta muy difícil de probar y de acuerdo al principio de normalidad entre ambos existe una relación de causalidad.

Es el caso, para entendernos, de las presunciones jurídicas: cuando el hecho base (el que puede probarse en el proceso) lo determina la ley vinculando a éste la realidad tenida por cierta del hecho consecuencia (el que deviene litigioso), estaremos ante una presunción legal (art. 414 CPCM). Cuando la ley no ha dicho nada y es el juez el que colige mediante inferencias inductivas el hecho discutido, a partir de la prueba de otro hecho base, se tratará de una

236 De acuerdo con este precepto en su encabezamiento, "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

237 Ver el art. 217.6 LEC ya reproducido en nota previa.

presunción judicial u *hominis* (art. 415 CPCM). Mas ninguna de ellas, insistimos, son medios de prueba, sino una autorización legal a que el juez fije como ciertos unos hechos, mediante la prueba de otros.

Sí representa actividad de prueba, desde luego, aquella que se necesita para que el juez pueda fijar como cierto el hecho base en su sentencia y a partir de ello construir la presunción (legal o judicial), del mismo modo como también consiste en actividad de prueba aquella que pueda solicitar la parte contraria para demostrar la falsedad del hecho base, impidiendo así la inferencia del hecho consecuencia o litigioso, salvo que la ley material lo impida tratándose de las presunciones *iuris et de iure*. Prohibición de prueba, sin embargo, que podría plantear una colisión entre bienes jurídicos, uno eminentemente constitucional (el derecho a la defensa y el debido proceso), el otro de seguridad jurídica (el permitir cuestionar determinados estados jurídicos declarados por una norma material).

2.10.7.2 Carácter abierto del listado:

Tras proclamar que la prueba podrá producirse por alguno de los medios regulados en el Código, el art. 330 en su apartado segundo añade que "Los medios no previstos por la ley 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". De esta dicción se desprende que el listado de medios de prueba que contiene el Código no agota el catálogo de los posibles instrumentos que pueden traerse a un proceso para aportar información relevante al debate. Valdrán también aquellos medios de prueba previstos en otras leyes, coincidan o no en su naturaleza con los aquí previstos, y valdrán también otros soportes o formatos que a priori presenten dudas en su calificación dentro del listado del CPCM, siempre y cuando, como deja dicho el 330.2, no afecten a la moral o a la libertad de terceros, y se observe para su práctica, por analogía, lo dispuesto para aquel medio de prueba que resulte por sus características más similar a aquel de que se trate. Qué duda cabe, sin embargo, que el listado actual, con la incorporación de los medios modernos de reproducción de palabras, sonidos, imágenes, etc., dilata bastante el repertorio virtual de medios de prueba asequibles directamente y sin analogía.

2.10.8 Control en la admisión de la prueba:

2.10.8.1 Pertinencia:

Como ya comentábamos antes, el derecho a la prueba no es un derecho absoluto sino que está sometido a limitaciones, unas derivadas del cumplimiento de la legalidad, y otras atinentes a la propia finalidad que se asigna a la actividad probatoria. Si esta finalidad, que no es otra que convencer al juez de la realidad de un hecho, o aportar aquel medio de prueba dotado de un valor tasado superior por ley, no se alcanzan, la prueba carece de sentido. En esa misma medida, el Código arbitra como es lógico los cánones para medir la significación de la prueba en un proceso concreto, y lo hace desde dos perspectivas: la pertinencia y la utilidad, distintas pero complementarias entre sí.

En relación con la primera, la pertinencia, que el art. 318 CPCM sanciona en negativo (diciendo que no debe admitirse ninguna prueba que carezca de ella), puede definirse en sentido estricto como la relación entre los hechos que contiene el medio de prueba y aquellos otros que aparecen controvertidos en el pleito.

Esto es, han de tratarse de los mismos hechos y no de otros ajenos a la contienda, pues por muy ciertos y convincentes que fueren si no se refieren a aquellos necesitados de prueba, en nada contribuirá su práctica. Aunque pueden admitirse excepciones, como por ejemplo la prueba dirigida a acreditar el hecho base de una presunción judicial (si fuera a su vez presunción legal podría considerarse pertinente ex lege siempre que corresponda al hecho base de la norma), o cuando la prueba se propone para poner en cuestión la credibilidad de otro medio de prueba de la parte contraria.

2.10.8.2 Utilidad:

En segundo término, junto a la pertinencia se exige también la utilidad de la prueba. En los términos con que se define este requisito en el art. 319, vgr., "aquella prueba que, según las reglas y criterios razonables, no sea idónea o resulte superflua para comprobar los hechos controvertidos", la utilidad puede quedar excluida de dos maneras distintas.

a) **Inutilidad cualitativa:** cuando el medio de prueba no resulte adecuado por su naturaleza para acreditar la realidad de los hechos controvertidos: aquí, no se trata de criticar la pertinencia en abstracto de un medio probatorio, sino su empleo en el caso concreto dado las peculiaridades del hecho a captar o la magnitud de la prueba que se solicita: por ejemplo pretender un reconocimiento judicial de un buque hundido en el fondo del mar por supuestos defectos de fabricación y que el juez bucee hasta ahí para presenciar y levantar acta de su estado; el interrogatorio como parte y no como testigo, de quien es tercero en el proceso, etc.

b) **Inutilidad cuantitativa:** cuando el hecho ya se puede considerar acreditado por una pluralidad de medios de prueba, de distinto o del mismo tipo, de tal modo que la práctica de otros medios sólo tendría un efecto *ad abundantiam* objetivamente innecesario. Es el caso típico del hecho que ha sido presenciado por varios testigos igualmente creíbles, y en los que se pretende que declaren todos a pesar de preverse que ninguno va a aportar datos nuevos ni distintos de los demás: el propio art. 361 CPCM faculta al juez en tales casos para limitar el número de los que deban declarar. Esto también podría ocurrir con la prueba pericial.

2.10.8.3 Tratamiento:

Así como la licitud de la prueba se rige por criterios asépticos y generales predeterminados por las normas (sean las normas que definen y delimitan los derechos fundamentales, sean las que ordenan los requisitos y forma de practicar las pruebas) estribando su dificultad, si acaso, en el conocimiento fáctico de si hubo tal vulneración; por el contrario la pertinencia y la utilidad exigen siempre un estudio específico en función del contenido de las pretensiones

deducidas, variando así de un litigio a otro. A la parte proponente corresponde la carga de justificar de manera lógica y persuasiva la importancia de la prueba que pide y de concretar su contenido (art. 317 CPCM).

Superado el filtro de la pertinencia, que debe ser el primero en afrontar el juez por razones lógicas, el de la utilidad implica siempre un juicio hipotético de relevancia de la prueba, en el sentido de que el medio propuesto, de acuerdo a la información que previsiblemente aportará (sorpresas aparte derivadas de los interrogatorios que se lleven a cabo), puede o no resultar decisiva para estimar o desestimar la demanda o la reconvención. Ese juicio de relevancia, pues, se funda no en una certeza absoluta o apodíctica (que sólo lo tiene el medio de prueba de valor legal tasado, donde la convicción del juez deja de importar), sino en un cálculo de probabilidades conforme al principio de normalidad de las cosas. Por este motivo, el juez debe ser siempre cauteloso, pues excluir de plano un medio de prueba que todavía no se ha practicado, por impertinente y sobre todo por inútil, puede generar indefensión para la parte proponente.

De allí que en caso de duda el juez siempre debe optar por admitir la prueba, no por rechazarla. No en vano por ello, el art. 317 párrafo tercero señala que rechazará las que resulten "manifiestamente" impertinentes o inútiles. Lo "manifiesto" es aquí sinónimo de claro, indubitado, irreprochable. En caso de duda, insistimos, admitirá la prueba y ya quedará oportunidad en la sentencia definitiva para su valoración reposada.

El Código dispone que el juez proveerá sobre las pruebas propuestas por medio de auto, que únicamente exige su motivación en lo que se refiere a los medios rechazados (por ilícitos, impertinentes o inútiles), pero que no podrá recurrirse en ese momento por el perjudicado, sino con la sentencia definitiva si ésta le resulta desfavorable (art. 317 último párrafo CPCM).

2.10.9 Práctica de la prueba:

2.10.9.1 Regla general:

A virtud de los principios de inmediación (art. 200 CPCM) y concentración procesal (arts. 201 y 209), las pruebas han de practicarse ante el juez, en un acto procesal especialmente diseñado por la ley para ese fin. Tratándose de documentos e informes periciales que se consignan con los escritos de alegación inicial o en otro momento posterior (ver tema de la demanda y la contestación, y el siguiente a éste sobre la prueba documental), la "práctica" se consuma directamente con su entrega o aportación al órgano judicial, bastando con que se produzca su admisión para que el juez ya deba tomarlos en consideración en la sentencia –de hecho, habrá tenido que analizarlos para determinar si procedía tal admisión-. En cambio, todas aquellos medios que tienen que constituirse dentro del proceso han de serlo en las audiencias de prueba previstas tanto en el proceso común (arts. 402 y ss) como en el abreviado (art. 428), las cuales han de celebrarse en la sala de la que disponga el tribunal competente en su sede, en la fecha previa programada (nos remitimos al tema correspondiente sobre estos actos).

Con todo, existen supuestos en que la prueba ha de practicarse fuera de la sede del órgano judicial. En concreto:

a) Cuando resulte necesario acudir al auxilio jurisdiccional para practicar pruebas que se encuentran fuera del ámbito de circunscripción territorial del tribunal de la causa, sea haciendo el requerimiento a otro tribunal salvadoreño mediante oficio expreso (comisión procesal, art. 141 CPCM), si el medio de prueba se halla dentro del país; o a un tribunal extranjero en otro caso mediante el correspondiente exhorto o carta rogatoria.

   En este último supuesto habrá de estarse a los trámites de los arts. 150 y ss. del propio Código, en cuanto a su expedición por la autoridad judicial y su posterior gestión, y a lo dispuesto por los Convenios suscritos por El Salvador en la materia238.

b) Cuando así lo impone la propia naturaleza de la prueba: por ejemplo el reconocimiento judicial de un bien inmueble o de un lugar; o la práctica de una testifical cuando la persona por motivos de salud no puede desplazarse de su residencia o del centro hospitalario donde se halle.

   A su vez, existen casos en que el órgano judicial ha de adoptar actuaciones antes de la audiencia de prueba, con el fin de garantizar la presencia tanto de fuentes de información, como de medios de convicción, de los que se teme pueden desaparecer por causas humanas o naturales. A este fenómeno responden las dos instituciones que vamos a ver a continuación:

2.10.9.2 Aseguramiento de la prueba:

2.1.- De modo similar a como se regula en España, los arts. 323 y 324 CPCM contemplan la posibilidad de solicitar, antes de entablarse un proceso por quien pretende interponer demanda, o una vez iniciado éste por cualquiera de las partes en momento anterior a la práctica de prueba, que el juzgado competente acuerde medidas específicas para la conservación de una fuente de información (fuente de prueba) útil al proceso, al existir riesgo de que esta última puede destruirse, desaparecer o extraviarse, si se espera al momento procesal ordinario para su recolección y aportación ante el tribunal.

Señala la ley que la situación de riesgo puede responder a una eventual "conducta humana" (de la contraparte o de terceros) o a "un acontecimiento natural" –art. 323-, extremos

238 Habrá de tenerse presente, entre otras, la reglamentación establecida por la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975 y ratificada por El Salvador el 19 de mayo de 1980 (D.O. nº 98, Tomo 267, del 27 de mayo de 1980), donde también se emplean los términos "exhorto" y "carta rogatoria" como sinónimos; así como el Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, suscrita en la ciudad de La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984, al cual se ha adherido El Salvador por Instrumento de 28 de mayo de 2007 (D.O. n° 175, Tomo 376, del 21 de septiembre de 2007).

que deberá justificar ante el juez quien proponga las medidas, así como la utilidad de la información que se pretende asegurar, y el contenido de las medidas concretas que habrían de llevarse a efecto.

La justificación del riesgo entraña un juicio de probabilidad más o menos cualificado, no una situación de certeza, porque casi nunca va a ser seguro que el atentado o la acción natural va a actuar.

Planteada entonces la solicitud, a ella proveerá el juzgado que sería competente por ley (materia y territorio) para conocer de la demanda aún no presentada, mientras que si el proceso ya se inició se hará ante el propio tribunal que haya asumido su sustanciación (art. 324), el cual lo tramitará como un incidente respecto de la pretensión principal. Prevé la ley que sea oída la parte contraria a la que va a perjudicar la ejecución de la medida, bien para que pueda oponerse a ella de modo absoluto, bien para evitar que se materialice ofreciendo caución suficiente ante las consecuencias futuras que produzca la efectiva desaparición de la fuente.

2.2.- Si el juez considera cumplidos los presupuestos resolverá una de las siguientes tres alternativas (art. 324): a) aceptar la caución ofrecida por quien debía soportar la medida, y no ordenar su ejecución aunque el auto aclare que la medida sí era procedente; b) si quien debe soportar la medida no ofrece caución o ésta resultare insuficiente, el juez acordará la medida sin más, c) también podrá acordar la medida pero sujetando al solicitante de ella a que constituya una caución para responder de los daños y perjuicios que se derivarán de su ejecución; si tal caución no se constituye la medida de aseguramiento no se realizará.

No dice la ley en qué consistirán esas medidas de aseguramiento. La lógica indica que, por la finalidad de lo que se solicita, aquellas pueden traer consigo el depósito de la cosa bajo control judicial, cuyos gastos en su caso debería abonarlos el solicitante de la medida; o el precintado de la estancia del bien inmueble de que se trate, o el vallado de todo éste en caso extremo; o la instalación de una cubierta u otro tipo de protecciones para evitar la degradación por vía natural. Habrá de estarse a las circunstancias del problema concreto que se suscita.

2.3.- Para fijar la cuantía de ambas clases de caución, señala la ley en el último inciso del art. 324 CPCM, que "el juez deberá respetar la proporcionalidad, referida a la capacidad patrimonial del solicitante y al objeto del proceso". Si bien el primero de los aspectos reseñados (capacidad económica) no plantea dificultades, el segundo de ellos -la proporcionalidad en relación con el "objeto del proceso"- merece cierta atención especial cuando se trata de la caución para levantar la medida. Se habla aquí de ponderar el riesgo por la pérdida de una fuente de prueba que puede llegar a resultar decisiva para el triunfo de la defensa que se sostiene.

Por tanto, para fijar el valor de la caución desde esta perspectiva, el perjuicio ha de proyectarse sobre las consecuencias económicas o de otro tipo (según cuál fuere la naturaleza de la pretensión defendida) que causarían al proponente (actor o demandado,

reconviniente o reconvenido) perder el pleito por dicha falta de prueba. El daño, por tanto, no se refiere en sí mismo a la desaparición de la fuente de prueba como tal fuente, sino en su repercusión de cara a ser vencido por ello en el pleito de que se trate. Al mismo tiempo, no es menos cierto que la adopción de medidas de aseguramiento pueden suponer con frecuencia limitaciones al uso y disfrute de un bien, e indirectamente entorpecer su valor en el mercado y su enajenación. Por todo ello, el Juez en definitiva es quien debe sopesar en qué casos será mejor adoptar la medida y no permitir, por la naturaleza de lo discutido en juicio, que se pueda levantar aquélla por caución, o cuándo adquiere mayor gravosidad el daño producido a quien ha de soportar la medida si ésta se lleva a cabo, por sobre los intereses litigiosos en juego.

2.4.- Finalmente, indicar que la ley omite imponer un plazo máximo de duración de las medidas de protección cuando éstas se adoptan. Tratándose de un proceso ya iniciado el horizonte para su levantamiento es más o menos claro, pues se producirá en cuanto se llegue a la fase de práctica de la prueba y a través del medio de convicción escogido (pericial, reconocimiento judicial), se capten las fuentes de prueba respectivas. Sin embargo, cuando las medidas se acuerdan antes de empezar el proceso, es evidente que debe existir un límite temporal para corroborarse que la demanda se ha presentado o de contrario levantar la eficacia de las medidas. De no ser así la norma estaría facilitando el uso fraudulento de este mecanismo para causar perjuicios a la persona que ha de soportar la medida, a la que se tendría indefinidamente sometida al dictado del proponente de ella. No puede permitirse tal cosa.

Por tanto, parece lo aconsejable que se aplique aquí por analogía para el Aseguramiento de prueba, el mismo límite temporal de un mes para presentar la demanda que rige en otros ámbitos preventivos cuando todavía no se ha deducido esta última[239]. Bajo sanción por tanto de cesación irrevocable de la medida si no se formaliza, y además sin menoscabo de los daños y perjuicios que para entonces pudieran haberse causado al obligado por la ejecución de la medida durante ese tiempo (un mes) que estuvo en vigor. En todo caso, toda reclamación de daños y perjuicios exigirá siempre la alegación y prueba del interesado sobre la realidad de los mismos y su valor económicos, a través del proceso declarativo que corresponda por la cuantía. No opera la indemnización de manera automática, pues, en forma de entrega de lo caucionado (si es que se constituyó caución previa) simplemente porque la persona diga que ha sufrido tales daños o perjuicios.

2.10.9.3 Anticipo de prueba:

2.10.9.3.1 Concepto y diferencias con el aseguramiento de la prueba y con las diligencias preliminares:

El Código regula en los arts. 326 a 329 lo que denomina como "Anticipo de prueba", esto es, la práctica de un medio de convicción en algún momento anterior a la fase probatoria

239 Ver art. 255 párrafo segundo para las diligencias preliminares; arts. 328 último párrafo y 329 párrafo tercero para el anticipo de prueba; y el art. 434 para las medidas cautelares.

ordinaria de los respectivos procesos, debida a una situación de riesgo que aconseja no esperar a entonces, ante la posibilidad de que pueda producirse su desaparición. Conviene tener presente cuáles son sus presupuestos, al hilo de diferenciar esta figura de otras dos con las que guarda cierto parentesco en función de su objeto:

a) Anticipo y Aseguramiento de prueba:

1. Mientras en el Aseguramiento, como antes examinábamos, lo que se protege directamente es la fuente de prueba que puede destruirse o desaparecer, sin importar tanto el medio de prueba que podría servir para traer esa fuente de información ante el juez (dándose por supuesto que el medio siempre existirá disponible), en cambio en el Anticipo lo que se protege inmediatamente es el medio de prueba, que es el que tiene peligro de extinguirse, aunque en muchos casos la pérdida del medio traería consigo también la de la fuente, si es el único que ha captado los hechos.

2. En el Aseguramiento los factores de riesgo son exógenos: un posible acto humano (producto de una conciencia volitiva traducida en acción u omisión negligente) o un hecho de la naturaleza de efecto destructivo.

Mientras que en el Anticipo los factores de riesgo son más bien endógenos, al decir la ley que dependerá de "la situación de las personas o el estado de las cosas" (art. 326 primer párrafo), es decir, por sí mismos y no por influjo ajeno. Como excepción sí que se contempla el riesgo por acto humano en el supuesto de los documentos que no se pudieron aportar en su momento: "y se tema por la destrucción u ocultación de los mismos".

Ahora bien, al margen de esta previsión para los documentos, lógicamente no puede descartarse la alternativa de un riesgo de peligro impulsado por el actuar de un tercero, o de un factor medio ambiental, en este sentido la expresión legal debe tomarse con cierto significado amplio, siempre que objetivamente aflore tal situación de temor a la desaparición del medio, inclusive también por un factor externo.

3. En el Aseguramiento de prueba no existe una delimitación legal de las fuentes de prueba susceptibles de ser protegidas, lo que es lógico puesto que el número y contenido de éstas deviene tan indefinible e inconmensurable como los potenciales temas de prueba que podrían suscitarse en cualquier litigio real. En el Anticipo de Prueba, como lo que se protegen son los medios de prueba, cuya caracteriología se halla definida en el Código, el legislador sí puede delimitarlos a estos efectos, y así lo hace optando por permitir la práctica anticipada respecto de todos los medios de prueba que, eso sí, sean "de los que este código prevé". No otros.

4. En el Aseguramiento de prueba la actividad del Juez no consiste en celebrar un acto público para la práctica de un medio de convicción, sino en velar por la adopción de actuaciones positivas por parte de la fuerza pública, o a través de la colaboración de particulares, para lograr poner a salvo y conservar el objeto o el lugar que contiene la fuente de prueba. En el Anticipo de prueba, la actividad siempre se sustancia en la práctica de

un medio probatorio. Incluso en el ámbito de la prueba documental, pues como señala el art. 327, tratándose de instrumentos públicos o privados no se trata de admitirlos sin más a los autos (aportación), sino en proveer a su entrega a cargo de quien los tuviere, archivo público o particular, siempre que el proponente hubiera cumplido con su carga de advertir de su existencia y del motivo de su no aportación entonces, en el trámite de las alegaciones iniciales (demanda o contestación, según quien fuere).

5. Hay, con todo, un caso en que bajo las reglas del Anticipo de prueba podría buscarse la protección de la fuente, antes que la del propio medio de convicción: sería aquel en que se pide la práctica de un reconocimiento judicial por el riesgo de que el bien mueble o inmueble, o el lugar objeto del reconocimiento, pudiera destruirse o cambiar su aspecto por hechos humanos (edificaciones, actos vandálicos) o de la naturaleza.

En tal hipótesis puede interesar a la parte no que se precinte la cosa o el lugar, con todo lo que ello trae aparejado en orden a posibles perjuicios para la otra parte, cauciones y contracauciones, sino que se lleve a cabo de una vez el reconocimiento precisamente a través del Anticipo de prueba.

No es el "medio" el que está aquí en riesgo (el juez que levanta el reconocimiento) sino la fuente, pero el camino elegido del Anticipo se antoja el más correcto y menos invasivo para la situación personal y patrimonial de ambas partes.

b) Anticipo de prueba y diligencias preliminares:

Aunque algunas de las actuaciones que pueden instarse al socaire del art. 255 CPCM tienen relación con la exhibición o reconocimiento de prueba documental[240], la función de las diligencias preliminares no tiene que ver con una práctica anticipada de prueba, ni con la protección de fuentes o medios de convicción. Tan sólo facilitar a la persona que tiene interés en presentar una demanda la aclaración de aquellos extremos, subjetivos y objetivos, que le son desconocidos o necesita verificarlos previamente con el fin de articular una pretensión procesal lo más ortodoxa y completa posible, capaz de evitar la ulterior paralización o incluso archivo del proceso por la estimación de excepciones procesales de improponibilidad o inadmisibilidad de la demanda.

De allí que estas diligencias sólo tienen sentido antes del proceso y nunca ya después (para lo cual, además, la ley nada autoriza sobre ellas), siendo que la posibilidad de deducir argumentos de prueba de la negativa del sujeto obligado a acatar el requerimiento que se le formula (art. 261 CPCM), tiene ante todo naturaleza de sanción procesal por su actitud obstruccionista.

240 Varios supuestos de dicho precepto, en efecto, versan sobre exhibición de documentos públicos y sobre todo privados (los apartados 4º, 5º, 16º y 17º); en otros es muy posible que *de facto* el resultado del requerimiento judicial también acarree dicha exhibición (los apartados 1º, 2º, 3º, 6º, 7º, 11º). E incluso algunos sirven como decimos arriba, para el reconocimiento de documentos (apartados 9º y 13º).

2.10.9.3.2 Tratamiento y efectos:

a) Según se ha mencionado ya, la solicitud de práctica anticipada de prueba puede hacerse antes de que se haya interpuesto demanda, ante el Juez que resultare competente para conocer de la futura pretensión; o ante el que esté sustanciando la causa judicial ya abierta, siempre y cuando como ya hemos dicho el trámite no haya llegado ya a la fase de audiencia de prueba (art. 326), pues entonces sobrará ya adoptar toda actuación distinta a la genuinamente constitutiva de los medios de convicción.

b) La solicitud deberá especificar tanto los motivos que la justifican (esto es, la circunstancia de riesgo que se invoca, y los hechos que la fundan: art. 328 CPCM), la concreción del medio de prueba que corre peligro y que se desea que se practique (si es medio personal, evidentemente los datos del sujeto del que se pide la declaración), y la acreditación si es documento de haber cumplido con la indicación oportuna en la demanda o contestación sobre su existencia e indisponibilidad. Además si se trata de anticipo de prueba de una demanda no presentada aún, debe explicarse igualmente en la solicitud cuál será en términos básicos la pretensión que se va a formalizar y la identidad del futuro demandado (art. 329) y el por qué dicha prueba resulta pertinente y útil, por aplicación de las reglas generales de los arts. 317 a 319, a las que se remite el art. 329 párrafo primero. Si consiste en un proceso ya iniciado, también deberá alegar la pertinencia y utilidad, sólo que con referencia obviamente a la pretensión ya deducida ante dicho juez.

c) De no faltar ningún requisito formal, este último analizará la solicitud y si en su buen y razonado juicio considera posible el riesgo que se anuncia –sin exigirle nunca un grado de certeza al respecto, pues esto casi nunca puede predecirse-, acordará la práctica de la prueba, o por el contrario la rechazará advirtiendo al solicitante o bien que no cumple con alguno de los presupuestos para ello, o bien que la prueba pedida era ilícita, impertinente o inútil. Para tomar esta decisión no se prevé oír a la parte contraria, como tampoco desde luego hay que oírla en el trámite ordinario, donde el juez recibe la propuesta de prueba y provee sobre ella.

d) La ley sí que garantiza el derecho de defensa y contradicción de las demás partes (el futuro demandado si es proceso no iniciado, o las restantes ya personadas en el que sí lo está) para que acudan al acto de prueba programado en la sede del tribunal o donde deba evacuarse, del que también claro se notificará al propio proponente. La práctica del medio de que se trate "se realizará conforme a lo dispuesto en este código para cada una de ellas", dice el art. 329 párrafo primero CPCM. Es claro que cualquier inobservancia del derecho de defensa viciaría la prueba de nulidad (art. 232.c) pero, por si acaso, lo recuerda en este punto el Código al referirse a la prueba testifical: "será admisible si en la práctica de la misma hubiese existido la posibilidad real de contrainterrogar al testigo" (art. 329 *in fine* CPCM).

e) El resultado de la sesión probatoria se hará constar mediante dos formatos distintos:

1.- Grabación del acto si se dispusiere de los recursos técnicos (art. 206 CPCM), y en todo caso acta escrita con el resultado de la vista celebrada (art. 205 CPCM), con las mismas formalidades que si se hubiera efectuado dentro de la audiencia probatoria; todo ello si se trata de un proceso ya abierto, o,

2.- Acta de la audiencia extraordinaria, que es el nombre que le da la ley cuando la solicitud se formula respecto de un proceso aún no iniciado (art. 329 párrafo segundo). No cabe, con todo, descartar también aquí su posible grabación pues nada obsta a la aplicabilidad de la norma general (el citado art. 206).

f) Dispone además el Código que el resultado de lo practicado quedará ya bajo la custodia del órgano judicial, sin perjuicio de expedir a las partes las correspondientes copias de las actas y grabaciones, para integrar el material de convicción si el proceso ya estaba iniciado, o a la espera de unirlo a las actuaciones del futuro proceso siempre que la demanda correspondiente se presente en el mes siguiente (arts. 328 último párrafo y 329 párrafo tercero) y se admita a trámite.

g) Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la prueba practicada de manera anticipada, precisamente porque se ha llevado a cabo con idénticas garantías de aquella que se realiza de manera ordinaria, tendrá el mismo valor de credibilidad que ésta sin ninguna clase de discriminación o minusvaloración. Con todo, han de hacerse tres matizaciones importantes:

1. La prueba deberá repetirse si llegado el tiempo de la audiencia probatoria (sea un proceso común o uno abreviado) el medio de convicción de que se trate siga estando disponible, y así lo pidiere al menos una de las partes personadas –la misma que propuso la prueba, u otra-. El juez no podrá negarse a practicarla. Como la ley en tal hipótesis no invalida sin embargo el resultado anticipado, el tribunal valorará en su sentencia definitiva ambos materiales recolectados sobre el mismo medio de prueba, aplicando sus máximas de experiencia para calibrar cuál de ellas resulta más convincente. Piénsese que, por ejemplo, una prueba testifical repetida tendrá la ventaja de que la/s contraparte podrá formular nuevas y adicionales preguntas al testigo, lo que puede redundar en aclarar mejor la verdad de los hechos.

Pero a la inversa, una segunda ocasión para responder puede llevar en algún caso a que el testigo vaya ya "preparado", es decir, se pierde la espontaneidad (el factor sorpresa, por así decir) que acompañó al primer interrogatorio.

El juez entonces en su sentencia debe ponderar todo esto y ver cuándo las dos pruebas del mismo medio (la anticipada y la posterior) se complementan, se enriquecen o se contradicen, y en tal situación, cuál resulta más decisiva. No necesariamente por tanto la segunda prueba valdrá más que la primera.

2. Impone el art. 329 último párrafo que la prueba debe repetirse en todo caso tratándose de la testifical, sin perjuicio de la valoración conjunta en sentencia de las dos a la postre practicadas, tal como acabamos de explicar. Señala a renglón seguido la misma norma que no habrá tal repetición cuando el testigo no se halle disponible absoluta ("ya hubiera fallecido") o relativamente ("se halla en peligro de muerte" o "está física o síquicamente impedido para comparecer"), lo que más que traducirse en una excepción en sentido propio, comporta la falta de presupuesto mismo para que pueda rendir nueva declaración.

2.10.10 Valoración de los medios probatorios:

1. A fin de no incurrir en repeticiones innecesarias, toda vez que al estudiar el régimen jurídico de cada medio de convicción se harán las indicaciones oportunas también en torno a su valor, queremos en este momento aprovechar únicamente para poner de relieve las grandes líneas por las que discurre el nuevo Código en relación con la actividad de apreciación de los medios de prueba.

Como se sabe, y tras la superación de las antiguas prácticas de las ordalías o juicios de Dios, los sistemas de valoración de la prueba conocidos son dos:

a) el llamado sistema de prueba tasada, en la que una norma jurídica impone una tarifa abstracta y predeterminada con el valor de cada medio de prueba, o de varios de ellos, tanto en sentido positivo (valor decisorio sobre otros), como en sentido negativo (prohibición absoluta o al menos insuficiencia legal del medio para acreditar los hechos); y

b) el sistema de prueba libre, donde se autoriza al juez a otorgar a cada medio admitido y practicado, el grado de convicción específica que merezca de acuerdo a su contenido.

La pugna entre estos dos sistemas se ha mostrado fluctuante de un extremo a otro a lo largo de los siglos, antes y después de la codificación, en los diversos países, con gran frecuencia combinando ambos sistemas en distinta intensidad, y prácticamente nunca abandonando algunas de esas tarifas cuando se trata de la tradicional prueba de confesión y la de documentos, cuyo mayor valor se suele atribuir a máximas de la experiencia elevadas a rango legal (aquella por la que nadie reconoce hechos que le son perjudiciales, ni adquiere obligaciones, si no es porque aquéllos o éstas son ciertos). En definitiva, la preeminencia de un sistema sobre otro comporta una opción de política legislativa tras la que anida ante todo su confianza o no en la figura del juez, en la preparación, probidad y responsabilidad de éste. Mientras dicha confianza se acrecienta, basada en razones objetivas (mayor grado de profesionalización de la carrera judicial, mejoramiento de los controles jurídicos a su actuación), más terreno gana el sistema de libre valoración. Cuando esa confianza disminuye, el legislador prefiere dejar atados los pleitos antes de que comiencen, regulando el valor de los distintos medios aun con el riesgo de que acabe divorciándose la realidad de los hechos, del resultado de esas pruebas tasadas.

Con un significado distinto, un sector minoritario de la doctrina ha postulado hace ya más de cincuenta años que la libre apreciación de la prueba habría de entenderse como arbitrio del juez para declarar probado unos hechos aún prescindiendo del resultado lógico que arrojan los medios de convicción, esto es, sin tener que dar explicación alguna de su juicio, lo cual sólo le vendría exigido allí donde la prueba deba valorarse por la ley, conforme a las "reglas de la sana crítica", de modo tal que éstas pasan así a convertirse a su vez en un tercer e intermedio sistema de valoración de la prueba, el de la persuasión racional.

Bajo esta premisa, en la libre apreciación "el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos" (COUTURE, *Fundamentos de Derecho Procesal,* 1976, p. 273), y si "diez testigos te dicen que un libro es negro y tú lo ver rojo, tú puedes decidir que el libro es rojo. La sentencia sale como tu conciencia te lo diga" (COUTURE, loc. cit., p. 274). Tomando como base el juicio de los jurados se concibe como un acto de voluntad que "se preocupa tan sólo de vencer, sin cuidarse además de convencer, cual hace, en cambio, la sana crítica" (ALCALÁ-ZAMORA, Niceto: "Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba", *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, nº 2,* Montevideo, 1945, p. 39).

Pues bien: sin dudar del bientencionado propósito que guiaba a los propulsores de esta teoría, como era ensalzar la utilidad de las reglas de la sana crítica como standard racional y motivado de valoración de la prueba (ver párrafo siguiente), incurrieron para ello en el serio defecto dar carta de naturaleza a algo que no puede tenerlo nunca, como es la *arbitrariedad* judicial, pues sólo ésta permite concebir que una sentencia se dicte al margen de las pruebas y sin dar explicaciones de ellas. No es suficiente, y desde luego no lo es en este siglo XXI, que el mero hecho de que una norma legal prevea en algún ordenamiento que una prueba se valore conforme a la "íntima convicción", o a la "libre apreciación" o expresión similar, pueda ello tomarse, en el caso de un juez profesional, como autorización para la discrecionalidad sin más.

Eso es contrario al más elemental sentido de la legalidad, en el que debe por fuerza inscribirse toda actuación de los tribunales de justicia. Y lo es, sin duda, tanto en Europa como en América. Como propuesta dogmática, la tesis de los tres criterios de valoración puede resultar muy sugerente. Como propuesta real para un sistema de Administración de justicia moderno, resulta sin embargo absolutamente inaceptable. Sana crítica, libre apreciación, persuasión racional, es todo lo mismo.

2. Así las cosas, el nuevo Código ha hecho una apuesta clara y contundente, y ha de aplaudirse tal opción legislativa, a favor del sistema de libre valoración de la prueba, con lo que ello representa en los términos que acabamos de explicar. Tal opción preferencial por la libre valoración se hace compatible no obstante con dos concesiones puntuales a la prueba tasada, tal como ahora veremos:

a) Ante todo, el art. 416 CPCM, que es el precepto llamado a prever con carácter general el sistema de apreciación de las pruebas, efectúa hasta tres indicaciones que apuntan derechamente a esa elección: 1) proclama que la prueba recogida en un litigio debe valorarse conjuntamente, lo que en principio no sería posible

si existieran tarifas legales entre varios medios de convicción (salvo que diera la casualidad que todos fueran de la misma especie); 2) señala que tal valoración conjunta deberá hacerse conforme a las "reglas de la sana crítica", expresión legal que como hemos dicho deviene históricamente sinónima de la libre apreciación; 3) y textualmente como excepción a lo que antecede, añade que "No obstante lo anterior, en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado", acotando así su alcance (aunque no lo logra del todo, por lo que ahora diremos, es clara la vocación del precepto de no consentir otras expresiones de prueba tasada).

b) Las reglas de la sana crítica, como decíamos, es un concepto jurídico abierto que equivale a la libre apreciación. Producto de su inclusión en la LEC española de 1855 y 1881, resultó luego "exportado" a Iberoamérica. Desde siempre su significado se ha vinculado a un deber judicial de apreciar los resultados de los medios de prueba conforme a la lógica y la experiencia, sin incurrir en *arbitrariedade*s ni juicios absurdos, disparatados o contrarios al principio de normalidad de las cosas. Cada medio de prueba debe ponderarse de acuerdo a las razones que se dieren de su conocimiento (personas) o modo de captación (documentos, cosas) de los hechos controvertidos o de huellas representativas de tales hechos.

No existe ninguna ley procesal que haya intentado hacer una lista de cuáles son esas reglas, ni resulta necesario que se confeccione, primero porque de hacerse se convertirían en pautas idénticamente abstractas y encorsetadas como las reglas de prueba tasada de las que se intenta diferenciar; y segundo porque lo que intenta trasmitirse al juez es una directriz general de cómo debe orientar su actividad valorativa. De allí que las reglas de la sana crítica no se infrinjan objetivamente en un proceso, simplemente porque se opine que tal o cual medio de prueba podía ser más creíble, sino cuando el Juzgado ofrece unas conclusiones contrarias al sentido común.

Cuestión distinta es que tratándose de recursos de instancia, como el de apelación, el carácter pleno del mismo permite solicitar una nueva valoración de la prueba en la que el órgano de segunda instancia sustituye el criterio del Juzgado, precisamente por ser aquél de mayor jerarquía y de naturaleza colegiada (decisión reforzada). Pero eso no significa necesariamente que la revocación de la sentencia del Juzgado a *quo* implique entender que éste había valorado las pruebas "violando" las reglas de la sana crítica (con la implicación conceptual que insistimos ello lleva aparejado), sino simplemente que lo hizo con error o sin tener en cuenta todas las máximas experienciales relevantes.

En casación, no obstante, al no ser tercera instancia, sí resulta necesario argumentar en el correspondiente recurso, y persuadir de ello a la Sala de lo Civil de la Corte, de que la sentencia dictada por la Cámara de Segunda Instancia incurrió en absurdo o disparate, por ende en infracción de preceptos legales que ordenan la valoración conforme a las reglas de la sana crítica (la infracción del art. 416, en

relación con el precepto que rija para el medio de prueba concreto)[241].

c) En el articulado de aquel medio de prueba donde nada se indique acerca de su concreto valor probatorio, será directamente aplicable el art. 416 CPCM, y por ende dicho medio se regirá por la libre apreciación: es el caso de la prueba de reconocimiento judicial, y de los medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información.

d) A la luz del nuevo Código, se recogen únicamente dos supuestos de prueba tasada:

1.- Tendrá un valor superior al de los demás medios de convicción practicados en un proceso, la documental pública pero sólo en lo que atañe a aquellos hechos presenciados directamente por sus sentidos por el funcionario o fedatario público que ha levantado el documento: art. 341 primer párrafo CPCM. El resto de ese documento, incluyendo aquellas declaraciones vertidas por alguna de las partes o de terceros que intervinieron en su confección, se valorarán libremente. Al tratar el próximo tema relativo a la prueba documental volveremos sobre esto.

2.- Tendrá un valor decisorio en el proceso, la práctica de la prueba de declaración

241 Tras el nuevo sistema de recursos ante el TS español, impuesto por la LEC 1/2000, los errores en la valoración de la prueba, con las restricciones que se indican, podrían denunciarse ante el recurso extraordinario por infracción procesal y no por el recurso de casación, limitado al control del ordenamiento sustantivo. Con todo, algún pronunciamiento de la Sala Primera se encarga de recordar, además, que la casación no es sede para cuestionar los errores de valoración. Así, su Sentencia de 22 de noviembre de 2007 (rec. Casac. nº 4358/2000), que: "La jurisprudencia declara constantemente que la casación no es una tercera instancia, ni permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, sino que tiene la función de contrastar la correcta aplicación del Ordenamiento (SSTS de 28 de octubre de 2004, 31 de mayo de 2000, 12 de abril de 2003, 24 de octubre de 2005, 7 de diciembre de 2006, 24 de octubre de 2006, 6 de noviembre de 2006, 17 de enero de 2007 y 1 de febrero de 2007 , entre otras muchas). La valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, en cuanto, según la doctrina constitucional, una valoración así realizada comporta, bien la infracción del derecho la tutela judicial efectiva consagrado en el *art. 24 CE* que se cita como infringido (SSTS de 20 de junio de 2006, 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril y 9 de mayo de 2005, entre otras). En defecto de todo ello, la valoración de la prueba es función de la instancia y no pertenece a la casación (SSTS 8 de abril de 2005, 29 de abril de 2005, 9 de mayo de 2005, 16 de junio de 2006, 23 de junio de 2006, 28 de julio de 2006, 29 de septiembre 2006 y 16 de marzo de 2007 , entre las más recientes).
No cabe, según esto, tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio (SSTS de 21 de abril de 2004, 29 de septiembre de 2004, 5 de noviembre de 2004, 18 de febrero de 2005, 29 de abril de 2005, 29 de septiembre de 2006 , entre las más recientes). Tampoco cabe intentar el mismo efecto mediante un salto lógico, invocando la infracción de un precepto legal sustantivo cuya aplicación sólo sería procedente si se alterasen los datos fácticos sentados por el juzgador de instancia (SSTS de 9 de mayo, 13de septiembre de 2002, 21 de noviembre de 2002, 31 de enero de 2001, 3 de mayo de 2001, 30 de noviembre de 2004, 18 de julio de 2006 , entre otras), pues sería tanto como pretender la revisión de la actividad probatoria, que compete exclusivamente al tribunal de instancia, mediante la falacia consistente en hacer supuesto de la cuestión, incompatible con el método de discusión racional al que se ajusta el proceso judicial (SSTS 19 de mayo de 2005 y 9 de febrero de 2006 , entre otras muchas)".
En la misma líneas aunque situando su encaje impugnativo formal en el recurso recurso extraordinario por infracción procesal, el cual tampoco se considera tercera instancia, las Sentencias de la misma Sala de lo Civil TS 15 de marzo de 2010 (rec. nº 897/2006); 18 de diciembre de 2009 (rec. nº 1530/2005), etc.

de parte, cuando se refiera a hechos personales y perjudiciales para el declarante, pero siempre y cuando ése haya sido el único medio de prueba recogido en autos.

De haber otros, el juez recupera la facultad de libre valoración en cuanto alguno de ellos arroje datos distintos de los que se desprenden de aquel interrogatorio (si no fuere así, habrá entonces una pluralidad de pruebas del mismo tipo, una de las cuales, siendo declaración de parte, devendrá decisorio): art. 353 CPCM. Aludiremos a ello en el tema correspondiente a esta prueba.

Por supuesto y como ya observamos antes, cuando se dé la circunstancia de que en un proceso aparezcan dos medios de prueba tasados cuyas conclusiones resulten divergentes entre sí, mientras no haya elementos de juicio para decretar la falsedad de uno de ellos (lo que le excluiría automáticamente como medio susceptible de ser valorado), deberán apreciarse ambos en definitiva sobre la base de su mayor credibilidad intrínseca, a cuyos efectos el órgano judicial readquirirá la potestad de la libre valoración sobre todos ellos.

e) Finalmente, de lo expuesto se deriva también, por acción del art. 416 ya mencionado; de los preceptos que rigen la valoración de los distintos medios de prueba; y del efecto general extintivo del art. 705 del Código ("derógase...todas aquellas leyes o disposiciones contenidas en otros cuerpos normativos referidos a las materias que regula este código"); que quedan tácitamente derogadas todas aquellas reglas de prueba tasada diseminadas por el ordenamiento material, que tanto imponían el valor decisorio de un medio de prueba sobre otros, como degradaba el de otros medios como la testifical, al impedir[242] o condicionar un número mínimo de testigos[243], o requerir el auxilio de otro medio de prueba distinto[244] para la demostración de los hechos, al considerar menos adecuado a la seguridad jurídica dejar a los jueces la ponderación de la credibilidad de los testigos[245].

No cabe confundir sin embargo, las reglas tasadas de un medio de prueba a efectos procesales y ad probationem, que es a lo que nos referimos, con la imposición por ley de un número mínimo de testigos o la necesidad de que estos posean determinadas capacidades sensoriales o un niverl cultural (saber leer o escribir), para integrar una convención solemne a efectos sustantivos y ad solemnitatem, cual ocurre por ejemplo en materia testamentaria con los llamados testigos instrumentales)[246].

Tales disposiciones legales han de considerar plenamente vigentes en el plano

242 Ver art. 1579 a 1581 CC.
243 Ver art. 703 párrafo segundo CC.
244 Ver art. 1582 párrafo segundo CC
245 Como excepción, permitiendo la libre valoración de la prueba, el art. 1933 CC ("El contrato de comodato podrá probarse por testigos, cualquiera que sea el valor de la cosa prestada").
246 Ver arts. 1007 a 1017, 1020, 1025, 1028, 1032, 1033, 1044, y 1174 (para levantamiento del beneficio de inventario), todos ellos del CC.

extrajudicial donde surten efectos, en cuanto no afectadas por aquella derogación. Ello lo es sin perjuicio sin embargo de su tratamiento como prueba documental pública y en su caso privada, cuando precisamente se impugnan judicialmente las convenciones recogidas en ellos.

En el grupo de normas que prevén efectos solemnes y sustantivos, no cabe incluir en todo caso el art. 1352 CCom, que más bien se presenta como otra disposición típica de prueba tasada, al limitar la prueba de la existencia y condiciones del contrato de seguro, única y exclusivamente a cierta documental (la póliza, sus copias y el documento de suscripción previo a la póliza) y a la "confesión de parte".

Como tal norma tasada ha quedado tácitamente derogada por el nuevo CPCM, y dicho contrato puede ser probado con cualesquiera medios probatorios de los previstos en este último.

BIBLIOGRAFÍA:

Además de las obras generales citadas al final del Título Preliminar, recomendamos: ALCALÁ-ZAMORA, Niceto: "Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba", *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, nº 2,* Montevideo, 1945; CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos: "Premisas básicas para una posible redefinición de la teoría procesal sobre el hecho notorio", *Justicia, III,* Barcelona, 1991, pp. 565-591; *La Valoración de las pruebas y su control en el proceso civil: Estudio dogmático y jurisprudencial,* Trivium, Madrid, 1992; "Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil", *Actualidad Civil, nº 2*, Madrid, 1996, pp. 349-371; CAPPELLETTI, Mauro: *Procesos, ideologías, sociedad*, EJEA, Buenos Aires, 1974; CARNELUTTI, Francesco: *La prueba civil*, Ediciones De Palma, segunda edición, Buenos Aires, 1982; COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ediciones De Palma, tercera edición, Buenos Aires, 1976 y Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo I (La Constitución y el Proceso Civil) y II (Pruebas en materia civil), Ediciones De Palma, segunda edición, Buenos Aires, 1982; DEVIS ECHANDÍA, Edgardo: *Teoría general de la prueba judicial*, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1970; DÖHRING, Erich: *La investigación del estado de los hechos en el proceso civil. La prueba, su práctica y apreciación*, EJEA, Buenos Aires, 1972; JIMÉNEZ CONDE, Fernando: *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Universidad de Salamanca, 1979; MONTERO AROCA, Juan: *La prueba en el proceso civil*, Thomson Reuters-Civitas, quinta edición, Madrid, 2007; WALTER, Gerhard: *Apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*, Temis Librería, Bogotá, 1985.

2.11 MEDIOS PROBATORIOS

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Los documentos: concepto y clases. Significado legal extensivo.- II.- Régimen de aportación: 1) Regla general.- 2) La exhibición.- 3) La reproducción.- III.- El documento público: 1) Impugnación.- 2) Valor probatorio.- IV.- El documento privado: 1) Impugnación.- 2) Valor probatorio

2.11.1 Los documentos: concepto y clases. Significado legal extensivo:

2.11.1.1Concepto:

En sentido general, documento o instrumento (ambos términos resultan legalmente sinónimos), es un bien mueble capaz de registrar hechos de la más diversa índole, así como manifestaciones del pensamiento humano, los cuales se recogen y plasman en un soporte susceptible de ser aprehendido por los sentidos.

En sentido estricto, documento alude a un cuerpo de escritura en el que se vierten declaraciones de ciencia, o de voluntad, con el fin de producir efectos jurídicos sea en el tráfico extrajudicial pero que luego presentan utilidad en el marco de un proceso concreto, sea ya dentro de este último (escritos, informes, y por supuesto las resoluciones judiciales que se van dictando y que también constituyen documentos).

El Código regula esta acepción más concreta del documento, desde la perspectiva de su utilización como medio de prueba judicial, sin que ello obste a la atribución de eventuales requisitos y solemnidades en orden a la constitución de actos jurídicos sustantivos, como ya pusimos de manifiesto al final del tema anterior; o cuando se otorga al documento un valor cualitativamente distinto no ya como medio de prueba sino como título apto para abrir una actividad judicial ejecutiva, o incluso declarativa pero con claros tintes de inminente ejecución (proceso monitorio). Fuera de todos esos ámbitos, sin embargo, lo que aquí nos importa considerar es el documento como medio de prueba ordinario en los distintos procesos, y las previsiones del nuevo CPCM en cuanto a su tratamiento y valor.

2.11.1.1.1 Clases:

Los documentos pueden ser de dos tipos: públicos o privados, en los términos que se delimitan en el CPCM. En todo caso, la calificación de un documento como público o privado no depende sólo de lo dispuesto en el Código, sino de lo que se regule también en la legislación civil y administrativa, así como sus requisitos de contenido y validez. Tampoco es incompatible con lo dispuesto en el Código, el reconocimiento de determinadas modalidades de documento en la legislación sustantiva[247].

247 Así por ejemplo el art. 999 CCom, señala como medios de prueba de las obligaciones mercantiles, además de la testifical, los siguientes: "I. Instrumentos públicos, auténticos y privados. II. Facturas. III Correspondencia postal.

2.11.1.1.1.1 Documento público:

Se entiende por documento público, conforme al art. 331 CPCM, aquel en cuya confección interviene en todo o en parte un funcionario o autoridad pública (documentos administrativos y judiciales); o en su caso un fedatario público (documentos negociales) como es el notario.

No importa por tanto que en el documento consten también declaraciones de sujetos privados, a veces necesaria por la propia naturaleza de lo que se hace constar, sino que lo decisivo para su naturaleza pública es la intervención también de aquel agente o fedatario.

Tampoco importa a estos efectos cuál sea el contenido del documento: si expedir certificaciones de datos o hechos, o resolver expedientes, o proveer solicitudes.

También tendrá importancia la competencia del funcionario o fedatario para expedir el correspondiente documento, pues de no tenerla, esto afectará no solamente a su eficacia extrajudicial, sino también al ámbito de fehaciencia de lo que le está permitido certificar y lo que no[248].

La reforma parcial del Código de 2010 ha aprovechado para incluir una mención a los documentos extranjeros en el art. 334. Su eficacia probatoria en procesos ante los tribunales de El Salvador exige la debida autenticación del instrumento por parte de las autoridades consulares destacadas en el país de procedencia o, en su defecto, por funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores de dicho país, siempre junto con la autenticación del Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador (Ministro, Viceministro, o funcionario delegado). El mismo valor tendrán las fotocopias debidamente adveradas con su original, y que se haya sometido al mismo trámite de autenticación mencionado. Ello no obstante, si el juez (o la Administración, cuando se trate de surtir efectos ante ella) creyere conveniente pedir una nueva versión del documento extranjero, podrá pedirla de oficio según autoriza

IV. Correspondencia telegráfica reconocida. V. Registros contables". Salvo el primer grupo, que es genérico, los siguientes no son sino supuestos concretos de documentos, que a la postre deberán de ser calificados como públicos o privados según si en su confección ha intervenido o no una autoridad o funcionario, y en este último caso, quedando claro que ha de distinguirse lo que dicha persona certifica directamente y las afirmaciones de los particulares contenidos en el documento. Para no ir más lejos: el telegrama es documento público (no así el envío postal a través de una compañía privada), pero el funcionario no advera la realidad de los hechos que se transmiten a través del telegrama, se limita a certificar quién es el enviante, quién el destinatario, la fecha, hora y texto transmitido.

248 "Las fotocopias en que consta la información anterior aparecen certificadas por Notario, pero no CERTIFICADAS POR EL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD RAIZ correspondiente, quien es el funcionario competente para ello. La información registral se obtiene por medio de documentos expedidos por el respectivo funcionario registral en el ejercicio de sus funciones, lo cual debe constar en el mismo instrumento; las referidas fotocopias agregadas al proceso, carecen de tal certificación, por lo que no tienen autenticidad de conformidad con el Art. 260 N° 2 Pr. y la certificación notarial no les agrega la autenticidad registral de que carecen, solo da fe que el Notario confrontó esa copia con su original que a su vez, no tiene autenticidad registral. Es decir, que la fotocopia donde aparece la marginación de la presentación que se ha pedido cancelar, no hace fe por no haber emanado de la autoridad registral; por consiguiente no constituye prueba alguna dentro del proceso de la existencia del asiento de presentación, por lo que no se puede ordenar su cancelación": Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, de 23 de junio de 2000, dictada a las 10.23 hh (ref. 1074-2000).

este mismo art. 334 salido de la reforma de 2010, siguiendo para ello los canales del exhorto internacional.

2.11.1.1.1.2 Documento privado:

Por su parte, el documento privado es aquel en cuya confección únicamente participan sujetos privados (art. 332 CPCM), lo que como veremos tendrá su repercusión en cuanto a su valor legal y posible impugnación.

2.11.1.1.1.3 Otros documentos:

No constituye una tercera categoría, sino una extensión analógica al régimen de la prueba documental, el tratamiento dentro de este género y no en el de los arts. 396 y ss. CPCM (los llamados modernos medios de reproducción de la voz, sonido e imágenes), para los "dibujos, fotografías, planos, mapas, croquis u otros instrumentos similares".

De acuerdo con el art. 343, todos ellos serán prueba documental a efectos procesales, y dependiendo de si en su fabricación o autenticidad participa un funcionario o un fedatario, habrán de considerarse documento público o sino privado.

2.11.1.2 Régimen de aportación:

2.11.1.2.1 Regla general:

Ya se ha estudiado el sistema de preclusión impuesto por el Código en su art. 288 y concordantes, respecto de la presentación de documentos (e informes periciales) en el trámite de alegaciones iniciales (demanda, contestación, reconvención y contestación a ésta), así como las excepciones que dispensan de hacerlo en ese momento (art. 289). Nos remitimos a lo expuesto en el tema correspondiente (Alegaciones de las partes).

a) Si el documento requiere de una actividad del juez consistente en la exhibición o reproducción por quien lo tenga (ver punto siguiente), la parte a quien interese, tras haberlo anunciado así en aquel trámite de alegaciones inicial deberá concretar su petición para que el órgano judicial provea sobre ello, bien en la audiencia preparatoria, si es proceso común, bien en los tres días anteriores a la audiencia de prueba del abreviado, al tratarse de prueba que precisa de "citación o requerimiento" ex art. 428 párrafo segundo CPCM (a falta de otra regla más específica).

b) Si el documento no requiere de tal actividad, sino simplemente de que lo aporte la parte (insistimos: fuera de la fase de alegaciones, al hallarse en alguno de los supuestos de excepción que dispensaba de hacerlo entonces), el momento preclusivo final a todos los efectos para esa aportación será la finalización de la audiencia de prueba, art. 289 *in fine* CPCM, tómese tal expresión tanto para el proceso común como para el abreviado.

2.11.1.2.2 La exhibición:

2.11.1.2.2.1 Finalidad:

El art. 336 del Código arbitra un mecanismo para la aportación de documentos que la parte interesada no posee y que necesita para su defensa en juicio. En este caso, no se trata de obtener una información que está incluida en el texto del documento y que, tras leerlo, ya no necesita utilizar más (como ocurría con la exhibición de documentos en el trámite de diligencias preliminares), sino que aquí lo que se pretende es que el documento ingrese a los autos y pueda ser valorado por el juez como medio de prueba en la sentencia.

Los presupuestos por tanto para solicitar la exhibición son tres: que el proponente no tenga el documento; que el documento sea pertinente y útil a efectos de demostrar los hechos controvertidos; y que sea posible identificar a la persona, pública o privada, física o jurídica, que tiene el documento.

Dejando a un lado la carga procesal del proponente en cuanto a avisar, si lo sabe, en la propia fase de alegaciones (demanda o contestación) dónde se halla el documento –nos remitimos a lo ya explicado sobre ello-, lo que ahora importa considerar es que en el trámite oportuno para pedir medios de prueba, uno de ellos puede serlo, precisamente, esta solicitud de exhibición.

2.11.1.2.2.2 Objeto y alcance:

La exhibición se autoriza tanto de documentos públicos como privados y respecto de cualquier persona que pueda tenerlo, con independencia de su condición, lo que por otro lado resulta lógico teniendo como telón de fondo la garantía del derecho de defensa. Cuestión distinta es que la actividad de exhibición no puede traer consigo una vulneración de los derechos ajenos, ni pueden revelarse o publicarse datos ajenos al proceso estricto o que conciernan a terceros. De esas prevenciones debe encargarse el juez al delimitar el acto de exhibición.

El exhibiente puede ser tanto alguna de las otras partes personadas en el proceso, como un tercero (en definitiva, aquel quien de hecho posea el documento). Sólo para el caso del tercero, el art. 336 CPCM *in fine* prevé que pueda dejarse copia auténtica del documento permitiéndole conservar el original, una vez exhibido y fotocopiado. Sin embargo, la misma solución parece lógico que ha de caber cuando el documento lo tenga la contraparte: una vez adverada la copia ninguna necesidad hay de retener el original, que puede serle necesario a ésta a otros efectos extrajudiciales.

Cuestión distinta, claro, es que tanto la parte, como el tercero, son responsables si se quedan con el original de cuidar de él, y en concreto de volver a exhibirlo si así se les requiere de nuevo, por ejemplo porque se haya impugnado la autenticidad del mismo y deba realizarse un examen pericial para descartar –o confirmar- su falsedad (en tal hipótesis la comprobación tendría que hacerse sobre el propio documento, no sobre la copia).

Por lo demás, lo regulado aquí en el Código no empece a la vigencia de otras modalidades de exhibición documental contempladas en la legislación sustantiva, en cuanto no se opongan a aquél[249].

2.11.1.2.2.3 Efectos:

En cuanto a los efectos de la exhibición, como ya hemos dicho éstos no se traducen de manera inmediata más que en la consignación en autos del original o de su testimonio (copia auténtica), quedando integrados en el material de convicción que a la postre valorará el tribunal.

Si, por el contrario, no se produce la exhibición, habrá que determinar si ello se debe a una imposibilidad material (el documento se extravió o destruyó) por causa no imputable al poseedor, o por una negativa de éste. En principio, la ley en caso de no colaboración impone sólo una sanción pecuniaria (art. 336, párrafo primero *in fine* CPCM: multa entre cinco y diez salarios mínimos urbanos, vigentes, más altos).

Sin embargo, no debemos olvidar que el documento en cuestión puede tratarse de una prueba decisiva en potencia para el desenlace de la contienda, de manera que la negativa a exhibirlo, si el responsable de ello es la contraparte del pleito tanto de manera directa (porque el documento estaba en su poder) o indirecta (induciendo al tercero que lo tiene, a que no lo haga), tal proceder entraña no solamente una falta de colaboración con los tribunales de justicia sino también una expresión de mala fe procesal dirigida a que su oponente pierda la pretensión.

Desde ese punto de vista, la negativa injustificada a exhibir, aparte de la consecuencia económica que se acaba de indicar (multa), puede tenerlo también en el plano probatorio, en forma de flexibilización de las reglas de carga de la prueba, haciendo recaer ésta sobre quien tenía el documento y no sobre quien lo necesita (su proponente, inicialmente gravado con la carga), por razones evidentes de facilidad de la prueba.

2.11.1.2.3 La reproducción:

Si bien en la exhibición existe cierto margen de incertidumbre en torno a si la persona tiene o no el documento, incertidumbre que tácitamente el legislador descarta en la reproducción por cuanto aquí el solicitante lo que impetra de manera directa, ex art. 337 CPCM, es la obtención de la copia -dándose por sentado que ello siempre es posible-, en realidad la reproducción tiende al mismo fin que la exhibición, que es la disponibilidad en juicio del documento en cuestión. En el caso de la exhibición mediante original o copia auténtica, en la reproducción necesariamente de esta segunda manera.

A tales efectos, consideramos que debe aplicarse por analogía, en cuanto a los destinatarios del requerimiento judicial de (exhibición para) reproducción, y en cuanto a las consecuencias

249 Ver por ej. art. 409 CCom para exhibición de libros de los intermediarios.

de no prestar la colaboración para ello, a lo previsto en el anterior art. 336 CPCM, y a lo que hemos comentado sobre tales consecuencias (multa y aplicación flexible del *onus probandi*).

2.11.1.3 El documento público:

2.11.1.3.1 Impugnación:

2.11.1.3.1.1 Concepto y alcance:

Entrando en los aspectos propios que regula el Código para cada una de las dos tipologías principales de prueba documental (siempre entendida ésta *stricto sensu*, más la extensión operada por el art. 343 CPCM), aparece como cuestión importante la de su posible impugnación. En términos generales, impugnar un documento no es simplemente estar disconforme con que haya sido aportado, ni el diferir en la interpretación de su contenido o de su mayor o menor trascendencia de fondo para la resolución de la controversia.

Todo eso tiene que ver con la apreciación del valor intrínseco del documento y su relevancia, aspectos sobre los que ciertamente puede pronunciarse y criticarlo la parte a la que no interesa que se valore el documento, pero sin que ello pueda condicionar ni impedir su valoración misma.

La impugnación es otra cosa y consiste en afirmar la invalidez del documento por haberse producido algún tipo de alteración o manipulación en alguna de sus partes, es decir, por su falsedad. La impugnación no tiene por fin ilustrar al juez sobre el por qué debe dar más o menos valor al documento, sino a que éste se excluya como prueba en ese proceso debido a la ilicitud que deriva de dicha falsedad.

Tal impugnación, tratándose de una documental que pretende aportarse o se ha aportado ya en un litigio civil, puede llevarse a cabo por dos vías alternativas:

a) Instando la apertura de diligencias penales por la comisión de un delito de falsedad material o ideológica, arts. 283 y ss CP, que por tanto puede afectar a cualesquiera de los aspectos del documento, y que de ser cierto conduciría a una sentencia de dichos tribunales que, con condena o sin ella (podrían concurrir circunstancias eximentes de culpabilidad del sujeto, eso a estos efectos deviene irrelevante), declare la falsedad penal del mismo (que es lo que importa), decisión que vinculará en esa misma medida al juez civil. En todo caso, desde que se tiene constancia de que se siguen esas actuaciones penales surgirá un problema de prejudicialidad, que deberá resolverse conforme al régimen previsto en el art. 48 CPCM (remitimos al lector al tema correspondiente de este libro).

b) En el propio proceso civil donde se ha presentado el documento, a través de la llamada impugnación de su "autenticidad", por el cauce de los arts. 338-339 CPCM, que es de lo que nos vamos a ocupar ahora.

Según se desprende de la ley y en concreto del modo como se acredita la falta de la autenticidad, lo que se combate en esta vía de la impugnación es la falsedad material del documento, no la ideológica. En concreto y dado que hablamos ahora de documentos públicos, podría tratarse de la fabricación de un documento que se hace pasar por verdadero, o si únicamente se cuestiona su autoría (firma falsa); o también la alteración de su texto y en su caso de los sellos estampados en el documento público.

Por el contrario, la falsedad ideológica, esto es, el que el documento refleje afirmaciones sobre datos, sucesos o actos jurídicos que nunca se produjeron en la realidad, a sabiendas de que no son ciertos por quien los suscribe, no podrá invalidarse el documento por esta vía impugnativa civil, sino que ha de serlo necesariamente a través de la denuncia de falsedad penal, y siempre que recaiga sentencia de dicho orden jurisdiccional que así lo declare.

2.11.1.3.1.2 Tratamiento:

Indica el art. 338 CPCM que la impugnación del documento podrá formalizarse por la parte afectada, en cualquier momento del proceso anterior a la vista oral de prueba (sea proceso común o abreviado), para que en ella se desarrolle la actividad de verificación necesaria que ahora mencionaremos. Con todo y de manera previsora, advierte aquel precepto que si la noticia que permite conocer el hecho de la falsedad se recibe luego de la vista probatoria pero antes de dictarse la sentencia, podrá pedirse su demostración, siempre que se justifique el cómo y por qué de su desconocimiento previo.

La verificación de la autenticidad del documento (o la falta de ella) se lleva a cabo por dos métodos, a aplicar en orden subsidiario:

a) En primer lugar y siempre que resulte posible, se comparará o cotejará el documento público cuestionado, con su original depositado en un archivo o matríz de registro público donde al efecto obre. Señala el art. 339 párrafo primero CPCM que será el tribunal el que se personará a través de la respectiva comisión judicial, así como las partes (por sí o a través de sus representantes) y sus abogados, en el lugar donde se halle el documento.

b) Si el problema distintamente radica en que el original ha sido alterado, o éste ya no se conserva porque fue destruido, extraviado, etc., habrá que acudirse subsidiariamente a una prueba pericial que determine la alteración o falsificación del aspecto del documento de que se trate. La ley se remite, en este sentido, al llamado "cotejo de letras" (arts. 339 párrafo segundo y 340 CPCM) que rige también para la impugnación de documentos privados.

Ahora bien, debe advertirse que el cotejo de letras conforma una modalidad específica de pericia de carácter caligráfico, dirigida a fijar si la autoría verdadera del documento, en relación con el funcionario al que se atribuye su redacción y firma. En un cotejo de

letras, por tanto, no van a revisarse otras manifestaciones de alteración o manipulación del documento, para lo cual será necesario pedir una prueba pericial con ese objeto preciso (no ya bajo la forma de un "cotejo de letras"), lo que también deviene factible y supondría el consiguiente encargo a un perito. Volveremos sobre el cotejo de letras al hablar de la impugnación de los documentos privados.

2.11.1.3.2 Valor probatorio:

Dentro de la documental pública, a efectos de su valor como prueba, debemos distinguir cuatro posibilidades distintas:

2.1.- Hechos percibidos por el funcionario o fedatario público: el párrafo inicial del art. 341 CPCM dispone que "los instrumentos públicos constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten; de la fecha y personas que intervienen en el mismo, así como del fedatario o funcionario que lo expide". En definitiva, se refiere a todos aquellos hechos que rodean a la confección del documento que están siendo presenciados por el funcionario o fedatario delante de él y no por referencia. La fe pública que emana de sus declaraciones quiere la ley que no pueda cuestionarse gratuitamente, sino que por actuar en el ámbito de sus funciones, se les confiere presunción de veracidad (al modo de las presunciones aparentes o interinas de las que hablamos en el tema de la Actividad Probatoria), y eso también opera en el plano de su valoración procesal. Por tanto, aquello que presencia el funcionario y/o el notario con sus sentidos, no puede quedar desvirtuado en un proceso civil simplemente por la aparición de otros medios de prueba que arrojen datos en distinto sentido. No obstante, eso tampoco quiere decir que estos aspectos del documento público sean indestructibles, sino que hay que enervarlos por vía de la declaración de su falsedad penal. Y si lo que ocurre es que obran en autos dos o más documentos contradictorios entre sí, sobre un mismo hecho registrados, entonces respecto de alguno/s de ellos habrá que plantear la falsedad, pues es evidente que en esa hipótesis no todos pueden ser adecuados a la realidad. Cuando el Código habla así de que harán "prueba fehaciente", significa que hará prueba tasada del hecho que recoja (insistimos: en aquello que presencia *de visu* el funcionario o fedatario), y se impone a los restantes medios de prueba.

2.2.- Hechos de referencia no presenciados por el funcionario o fedatario: respecto de todos los demás hechos, pretéritos al acto celebrado en su presencia, que los particulares declaren o soliciten que se haga constar en el documento como elemento integrante del negocio, o de la certificación administrativa, etc., no son hechos que queden cubiertos por la fe publica y por tanto valen lo mismo que si se expresaren en juicio directamente por los particulares. Es decir, se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica (libre valoración) ex art. 416 del Código, en el contexto de lo que se hace constar y del conjunto de las pruebas practicadas, teniendo en todo caso en cuenta que con frecuencia tales afirmaciones de referencia no constituyen propiamente los hechos controvertidos en el pleito, guardando sólo una relación colateral con ellos[250].

250 Como señala la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS español de 24 de junio de 2008 (recurso de casac. nº 921/2001): "…como expone claramente la reciente sentencia de fecha 5 de diciembre de 2007, recogiendo

2.3.- Si se impugna el documento y se demuestra la falsedad, el documento quedará privado de todo valor, sea en su totalidad, o sea –en su caso- en aquella porción que ha sido declarada falsa, el resto a su vez se sujetará su valoración a las dos reglas anteriores (prueba tasada o libre), según concierna al dicho del funcionario/fedatario, o no.

2.4.- Si se impugna el documento pero no prospera la impugnación, penal o civil, la porción del documento impugnada mantendrá su eficacia original, conforme a las dos reglas primeras (dicho del funcionario/fedatario: prueba tasada; otras declaraciones: reglas de la sana crítica).

2.5.- Finalmente, trae el Código un tratamiento especial, tanto para documentos públicos como privados, en el caso de los "instrumentos deteriorados", disponiendo el art. 342 que los documentos "rotos, quemados, raspados o deteriorados en su parte sustancial", carecerán de efecto en cuanto tal deterioro impide al documento prestar su función natural (enseñar la información que contenía). A menos que el grado de deterioro no sea tan avanzado que impida leerlo "y su sentido no se vea afectado por el deterioro", en cuyo caso se podrá valorar conforme a las reglas que a su vez le correspondan según se trate de documento público o privado, y en el primer caso según que la parte deteriorada concierna a afirmaciones *de visu* del funcionario/fedatario o no.

Huelga decir que la decisión del juez en estas situaciones resultará bastante delicada, aunque a la vez simple (el análisis del documento no exige pericial ninguna, sino la sola observación de los sentidos normales, que tiene el juez), y en esa medida, no se trata de que en caso de duda admitirá o no admitirá el documento, sino que el documento es legible, o no lo es. Esa es la disyuntiva que debe resolver, y a partir de ahí lo demás lo impone la ley.

2.11.1.4 El documento privado:

2.11.1.4.1 Impugnación:

2.11.1.4.1.1 Concepto y alcance:

La ley centra la impugnación de los documentos privados en torno a la prueba de cotejo de letras a la que ahora nos referiremos, descartando la comparación por cotejo de la copia

la doctrina jurisprudencial al respecto, «la jurisprudencia de esta Sala ha declarado en numerosas ocasiones (Sentencias, entre otras, de 30 de octubre de 1998, 28 de septiembre de 2006 y 29 de mayo de 2007) que «esta prueba (documentos públicos) no es necesariamente superior a otras (Sentencias de 25 de junio de 1983, 27 de noviembre de 1985, 7 de julio de 1986 y 18 de junio de 1992) y la veracidad intrínseca de las declaraciones contenidas en ellos puede ser desvirtuada por prueba en contrario (Sentencias de 8 de mayo de 1973, 9 de mayo de 1980, 15 de febrero de 1982, 14 de febrero y 14 de marzo de 1983)". Así, prosigue la Sentencia de 28 de septiembre de 2006 , antes referida, "el valor o eficacia del documento público no se extiende a su contenido o a las declaraciones que en ellos hagan los otorgantes, pues, aunque en principio hacen prueba contra éstos y sus causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre los demás, vinculando al Juez sólo respecto de su otorgamiento y de su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas (Sentencia de este Tribunal de 30 de septiembre de 1995). En igual sentido las Sentencias de 26 de enero de 2001, 30 de octubre de 1998, 11 de julio de 1996, 18 de julio de 1992, 27 de marzo de 1991, 2 de abril de 1990 y 6 de julio de 1989…".

con el original, en la creencia de que el documento privado sobre el que se aduce la falta de autenticidad será siempre el propio original. Podría sin embargo no ser así, lo vimos antes, cuando se acude a la exhibición o a la reproducción, o bien cuando la parte simplemente ha aportado una copia al proceso y el original existe. Por tanto, si lo que se quiere poner de manifiesto es que la alteración del documento se ha producido al expedir la copia, puede ser pertinente –y por ello debe admitirse- el cotejo con el original, en su caso a través de los arts. 336 y 337.

En esta vía impugnativa, lo mencionamos antes, no se controla la falsedad ideológica sino la material del documento, sólo que, tratándose de documentos privados la ideológica no procede ni siquiera por vía penal, sino por su simple desvirtuación por el resultado de otros medios de prueba practicados en los autos.

2.11.1.4.2 Tratamiento:

En cuanto al momento para la proposición del cotejo de letras (o en su caso, del cotejo de la copia con el original) se sigue la misma regla del art. 338 del Código que analizamos antes. Lo mismo para la práctica del cotejo de copia con original, en los términos del art. 339 párrafo primero.

Para la práctica del cotejo de letras, el art. 340 CPCM exige la designación en juicio de un experto calígrafo el cual trabajará con dos materiales: de un lado el documento impugnado, y de otro un documento de cuya autoría no se dude, da igual que también obre en autos o deba ser traído a presencia del experto para su empleo, el cual recibe el nombre de "documento indubitado". El mismo art. 340 identifica qué documentos servirán para ello: "los instrumentos reconocidos como tales por todas las partes, los cuerpos de escritura que figuren en escrituras públicas, los instrumentos privados que total o parcialmente contengan escritura reconocida por aquél a quien se le atribuye la dudosa o, por lo menos, su firma reconocida, y las firmas registradas en establecimientos bancarios".

De no estar disponible ninguno de ellos, habrá que constituir una muestra de escritura que pueda servir de contraste, a cuyos efectos añade el mismo precepto que se ordene a la persona de la que se discute si es autora o no del documento impugnado, que escriba delante del juez un "cuerpo de escritura". Se entiende, con idéntico o similar texto (a fin de facilitar la labor del perito) del que consta en el documento impugnado. Una vez hecho esto, se llevará a cabo propiamente el análisis o cotejo pericial.

Con buen criterio, sanciona el art. 340 *in fine* CPCM la falta de colaboración del sujeto diciendo que "la negativa a formar este nuevo cuerpo de de escritura tendrá por efecto que se tenga por reconocido el instrumento impugnado", es decir, una *ficta confessio*.

2.11.1.4.2 Valor probatorio:

2.1.- A diferencia del primer apartado del art. 341, que como veíamos habla de "prueba fehaciente", los documentos privados hacen "prueba plena de su contenido y otorgantes, si

no ha sido impugnada su autenticidad o ésta ha quedado demostrada". Conviene precisar a este respecto, que "prueba plena" no equivale en absoluto a prueba tasada, ni a un valor por tanto equivalente al documento público en cuanto a las afirmaciones constatadas *de visu* por el funcionario/fedatario.

Y no es así por una razón básica: porque no tendría sentido dar un mejor tratamiento al instrumento privado sobre el público, y tal cosa es lo que conllevaría decir que el primero, en su integridad deviene prueba tasada, mientras que el segundo –el documento público- sólo lo es en lo que atañe al dicho del funcionario/fedatario. Máxime cuando el documento privado se forma a espaldas de todo control jurídico, por sus propios interesados. Se podrá conceder que el documento es valioso (según lo que diga y guarde relación con los hechos controvertidos), pero no tasado, y, por tanto, sobre ellos operará la valoración conforme a las reglas de la sana crítica. Insistimos, aunque no hayan sido impugnados, o tal impugnación no prospere.

Ese es el significado que ha de cobrar la expresión "prueba plena de su contenido y otorgantes", y es así cómo se interpreta en otros países donde rige norma similar[251]. Todo ello, aclaramos, sin perjuicio de la eficacia de tales documentos en el tráfico extrajudicial, que es cosa distinta.

2.2.- Distintamente, cuando el documento haya sido impugnado y la impugnación prospere, esto es, convenza al juez de su falsedad, es evidente que la porción declarada falsa quedará inutilizada para su empleo en juicio. Si algo se salva del documento, se valorará conforme a lo ya dicho.

2.3.- Menciona la ley en el art. 341 *in fine* CPCM, que "si no quedó demostrada [la falsedad] tras la impugnación, los instrumentos se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica". Indirectamente, lo que aquí se dice viene a confirmar lo que antes indicamos, a saber, que con carácter general el valor positivo del documento privado es el de la posibilidad de su libre valoración, de acuerdo a los estándares de experiencia y sentido común (la sana crítica). Lo que ahora se enuncia viene a remachar eso mismo, o si se prefiere, viene a esclarecer que esa misma valoración conforme a la sana crítica se producirá si formulada la impugnación ésta fracasa.

Por tanto, no estamos ante ninguna tercera hipótesis, ante un *tertium genus* (documento no impugnado / documento declarado falso / documento cuya impugnación no prospera), como si fueran tres realidades distintas. No: sólo hay dos: la falsedad o la autenticidad. O

251 De este modo se interpreta en el derecho español, donde rige similar norma (art. 326 LEC 1/2000 –antes, art. 1225 CC-). Como ejemplo la Sentencia del TS de 1 de diciembre de 2008 (recurso de casac. nº 80/2001): "La doctrina jurisprudencial de este Tribunal ha determinado el valor probatorio de un documento privado conjugándolo con otras pruebas (SSTS 8 de noviembre de 1994, 29 de marzo de 1995, 12 de diciembre de 2000), ya que la prueba que emana del mismo no es superior a las demás pruebas (SSTS 28 de noviembre de 1986, 2 de diciembre de 2003, 19 de febrero de 2004) y no constituye prueba legal o tasada respecto de su veracidad intrínseca, que puede ser desvirtuada por los demás elementos probatorios (SSTS de 8 de febrero y 9 de mayo de 1995, 14 de febrero de 2003, 18 de octubre de 2004,etc.)".

aquélla se declara judicialmente merced a una impugnación, o el documento ha de tenerse por auténtico. Sea, en este último caso, porque nunca se impugnó, o porque se impugnó y no se probó la falsedad. Y entonces, en cuanto documento privado auténtico, se valorará según la sana crítica.

2.4.- Las copias de documentos (incluyendo fotocopias) que no estén reconocidas por su autor y no haya forma técnica de establecer su carácter de reproducción del documento original, se considerarán documentos privados sin autenticidad, no por ello carentes de valor probatorio sino sujetos a las reglas de la sana crítica con arreglo al mencionado art. 341 CPCM.

Si por el contrario la copia simple puede ser cotejada con el original y coinciden, obviamente tendrá su mismo valor[252]. Piénsese no solamente en documentos negociales sino en general, copias de otros formatos escritos, como noticias de prensa, etc[253].

2.5.- Finalmente, para los instrumentos (privados) deteriorados, se seguirán las previsiones ya reseñadas del art. 342 CPCM. Ello sin perjuicio de la posibilidad de preconstituir un nuevo ejemplar, por los procedimientos específicos que en ocasiones prevé el ordenamiento[254].

252 Así por ejemplo, art. 1.001 CCom: "Cuando el original del mensaje telegráfico depositado en la oficina de expedición haya sido autenticado por Notario, se hará constar esta circunstancia en la copia que entregue la oficina de recepción al destinatario, copia que surtirá efectos de documento privado reconocido".
También el art. 30 LENJVD: "En cualquier procedimiento, las partes podrán presentar en vez de los documentos originales, copias fotográficas o fotostáticas de los mismos, cuya fidelidad y conformidad con aquéllos haya sido certificada por notario. Esta disposición no tendrá lugar en el caso del juicio ejecutivo o cuando se trate de documentos privados
Lo anterior no obsta para que, en cualquier estado del procedimiento, el Juez prevenga a la parte la presentación de los documentos originales, sea de oficio o a solicitud de la contraria, so pena de no hacer fe las fotocopias admitidas".

253 Sobre el valor probatorio de las fotocopias adveradas, recuérdese la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de 23 de junio de 2000 dictada a las 10.23 hh (ref. 1074-2000), citada en la nota 2.
También, aplicando el art. 30 LENJVD, la Sentencia de 8 de septiembre de 2004, dictada a las 12 hh. (ref. 116-C-2004).
Por lo que respecta al TS español, la Sentencia de su Sala Primera o de lo Civil, de 30 de abril de 2007 (recurso de casac. nº 678/2000) dice: "negada su autenticidad por la parte a quien perjudica su contenido, puede acreditarse ésta mediante otras pruebas. El fedatario acredita que ha tenido a la vista el original y que la fotocopia sobre la que estampa su firma con el sello del Juzgado lo es de dicho documento. Si a ello se une que mediante prueba pericial, cuyo resultado no se ha combatido mediante un motivo de casación específico, se acredita que la firma del expresado documento ha sido realizada por la actora, su tratamiento probatorio ha de ser igual que el del documento reconocido (...) tiene el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes, por lo que hace prueba respecto de las declaraciones hechas en ellos por quienes lo suscribieron (...). De ahí que la Audiencia sentenciadora no infringió ninguno de los preceptos invocados al considerar que tal documento acreditaba la percepción por la actora de la cantidad de un millón de pesetas como consecuencia de la extinción del primer contrato y, en consecuencia, la misma no ostentaba derecho alguno sobre el inmueble".

254 Tal ocurre con la reposición de determinados títulos mercantiles: ver art. 908 CCom para la carta de embarque: y arts. 1.003 párrafo segundo y 1.355 CCom para las pólizas de seguro.

2.11.2 Declaración de parte

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Concepto.- II.- Sujeto pasivo de la prueba.- III.- Práctica de la prueba.- IV.- Valoración.

2.11.2.1 Concepto:

Como su nombre indica, se trata de un medio de prueba de carácter personal por el que se pretende de quien ostenta el carácter de parte en un proceso o puede sustituirle a estos efectos, obtener información pertinente y útil relacionada con los hechos controvertidos. La declaración de parte se presenta como el medio de prueba heredero de las antigua prueba de confesión o de posiciones en juicio, de cuya denominación sin embargo se aparta para evitar las connotaciones negativas que aquélla provocaba debido sobre todo, al modo cómo podía intentar arrancarse la admisión de los hechos al sujeto, incluso mediante coacciones o torturas, bien es cierto que con menos frecuencia en procesos civiles. Nada de ello tiene en todo caso cabida en un proceso moderno y pleno de garantías como el regulado en el actual CPCM. En principio y con carácter general, en la declaración de parte se pide el interrogatorio del contrario –sea actor o demandado-, con el fin de que reconozca determinados hechos que le son desfavorables y que, precisamente por admitir su existencia, se toma como expresión de veracidad.

No obstante, el art. 344 CPCM también permite solicitar a cada litigante ser oído a través, para entendernos, de un auto-interrogatorio de su abogado, sin perjuicio del derecho de réplica que tendría la parte contraria. En este caso, la declaración de parte funciona como una expresión de autodefensa y de ejercicio del derecho de audiencia, que viene a complementar la que ya se le permite mediante la fase de alegaciones. En realidad, cada una de las partes "habla" en un proceso a través de su demanda o contestación, o de la reconvención y la contestación a ésta, además de otros momentos posteriores donde puede aclarar, corregir, etc., alguna alegación previa. A pesar de ello, el Código ha querido ser flexible y permitir que también durante la audiencia probatoria la parte pueda aportar datos y esclarecer afirmaciones anteriores.

2.11.2.2 Sujeto pasivo de la prueba:

En este punto la ley ha optado por un criterio más o menos amplio, lo que lleva a distinguir varias categorías de declarantes:

2.11.2.2.1 La parte:

Quién actúa personado como parte (art. 345): sea que se solicite por su propio abogado, o por el de la contraria, tan sólo debe el juez verificar que esa personación ya se ha admitido y que la persona está interviniendo en las actuaciones con ese carácter. No basta con que uno se proclame parte potencial o virtual, ha de serlo ya para poderse pedir de este modo.

2.11.2.2.2 La futura parte:

Señala el art. 345, que también podrá pedirse el interrogatorio "de quien potencialmente pudiera ser su contraparte en un proceso".

Esta posibilidad únicamente tiene sentido en el contexto de una solicitud de prueba anticipada anterior a entablarse demanda (ver art. 328 CPCM), pues sólo de tal manera puede entenderse la alusión a la contraparte "potencial"255; en cuyo caso deberán cumplirse los requisitos y exigencias de dicho anticipo de prueba.

El 345 lo que hace es aclarar, aunque tampoco era incluso necesario –ya se deduce ex art. 327 CPCM- que cabe también la declaración de parte como tal anticipo.

2.11.2.2.3 El representante de la parte:

Aunque el interrogatorio versa casi siempre sobre hechos personales (conocidos y vividos) del declarante, y a pesar de que lógicamente quien actúa en representación de otro no puede confundirse con este último, el Código sin embargo abre la posibilidad, en su art. 246, de pedir no como prueba testifical sino como "declaración de parte", el interrogatorio de aquel tercero que siendo representante legal del actor o del demandado puede tener conocimiento directo de los hechos, cuando además quien es la parte no pueda hacerlo por razones que no le son imputables.

Es el caso, conforme al art. 346 del Código, de los representantes legales de incapaces, y de los representantes voluntarios tanto de personas físicas como jurídicas (no confundir con el representante legal de éstas), siempre que respecto de ellos el interrogatorio verse sobre hechos donde actuaron con aquel carácter y era lícita su actuación ("mientras está vigente el mandato").

Por extensión, se permite a los mencionados representantes declarar por hechos anteriores al mandato, si no pudiera tomarse declaración a la parte por hallarse fuera del país, pero estuviera autorizado por esta última para declarar en su sustitución (art. 346.3º CPCM).

2.11.2.2.4 Personas jurídicas:

En lo que respecta a las personas jurídicas, ya sabemos que ha de actuar por ellas siempre una persona física, que es su representante legal, a quien se dirigirá el interrogatorio sólo respecto de hechos que le constaren directamente por haberse sucedido en el ámbito de su actuación y durante su mandato ("dentro del periodo de su representación y dentro de su específica competencia funcional": art. 347 *in fine*).

255 Es evidente que en la demanda deben figurar todos los que promueven la acción y todos contra los que dicha acción se ejercita, no puede quedar nadie fuera ni guardarse el nombre de ningún demandado "potencial" para después. Por tanto, si ya hay proceso (demanda admitida a trámite, litispendencia) la contraparte tiene que ser real, no potencial.

2.11.2.3 Práctica de la prueba:

2.11.2.3.1 Formulación de las preguntas y su control:

1.1.- Los interrogatorios se realizarán siempre oralmente (art. 348) en la sede del órgano judicial dentro de la audiencia probatoria señalada, salvo que procediere acordar el interrogatorio domiciliario por enfermedad o cualquier imposibilidad justificada del sujeto de trasladarse al tribunal (art. 352), en cuyo caso deberá notificarse previamente a todas las partes y sus abogados para que puedan asistir al acto en el lugar donde se encuentre la persona. Salvo, añade el art. 352, que la comparecencia de alguna de dichas partes "pudieran derivar perjuicios graves", con lo que el interrogatorio se formulará por escrito.

Esos "perjuicios graves" parecen aludir bien a un peligro para la salud psíquica del declarante ante la presencia de su contrario, bien la previsible alteración del orden derivado de la actitud de una u otra parte. Como la supresión del interrogatorio oral comporta siempre no obstante una limitación de la defensa (aunque sólo sea por la falta de contrainterrogatorio), el juez deberá aplicar esta limitación de manera restrictiva.

1.2.- Al imponer la ley la oralidad como vehículo para la formulación del interrogatorio, esta técnica genera espontaneidad y facilita el mejor conocimiento de los hechos (la búsqueda, dentro de lo que es posible, de la verdad material), mediante preguntas que permiten al sujeto no solamente contestar en sentido afirmativo o negativo, sino dar una explicación a lo que sostiene.

1.3.- Como el contenido del interrogatorio no se conoce con antelación (repetimos: salvo aquella excepción escrita de la declaración fuera del tribunal), éste ha de irse evacuando en ese mismo momento dentro de la audiencia, a cargo del abogado de la parte proponente. Lo que obliga a su vez al juez del caso a ejercitar ahí mismo y conforme se vaya formulando cada pregunta sus poderes de control sobre su pertinencia, utilidad y licitud. Rechazará, en consecuencia, todas aquellas preguntas que incumplan con esos requisitos o que no se refieran a hechos personales del declarante. Salvo la excepción que hemos visto de quien actúa por mandato (art. 349 CPCM).

1.4.- También rechazará las que puedan suscitar problemas de entendimiento para quien va dirigidas, por faltar a "la debida claridad y precisión" (art. 348) o porque contengan "valoraciones, sugestiones, calificaciones o cualquier otra clase de indicación o comentario que pueda dirigir la contestación". Esto es, preguntas complejas en las que se incluyen en realidad dos o más preguntas simultáneamente, con frecuencia contradictorias entre sí, y frente a la que se pretende una respuesta global a todas. En estos casos, lo primero que tiene que hacer el juez es obligar al formulante, a descomponer la pregunta compuesta, en tantas cuantas realmente se contenían en ella, sin perjuicio por supuesto de excluir las que no resulte pertinentes ni útiles. Tampoco son admisibles las preguntas que se subordinan a una valoración o sugestión, con el fin de engañar al declarante y que responda sí o no pensando más en la valoración añadida indebidamente, que en la afirmación de si el hecho ocurrió o no.

1.5.- Frente a la denegación judicial de la pregunta, art. 349, la parte perjudicada (vgr., la proponente) cabrá expresar "protesta" in voce a efectos de la eventual impugnación futura de la sentencia que vaya a recaer, protesta que se tendrá por anotada sin que dé lugar en ese momento a más impugnación.

Lo mismo se hará si el tribunal desatiende la petición de la contraparte de quien formula la pregunta, para que esta última se deniegue (por ilícita, impertinente, inútil, etc.).

2.11.2.3.2 Las respuestas:

Las respuestas del declarante, como lo eran las del interrogatorio que se le dirige, deberá ser "claras y precisas" (art. 350), "sin valerse de borradores ni notas, aunque sí podrá consultar apuntes o documentos, si la naturaleza de la pregunta lo exigiera y el Juez lo autoriza" (art. 350). Piénsese en datos contables o seriados, en apuntes guardados en libretas mucho tiempo atrás, y donde lo anormal y lo no creíble sería que la persona las recordara de memoria. En estos casos la parte contraria podrá leer el material de auxilio antes de contestar (mismo art. 350).

La misma precisión se exigirá en las respuestas al interrogatorio fuera de la sede judicial, para los casos del art. 352 CPCM.

Si fueren varios los declarantes y existe riesgo de que puedan comunicarse entre sí y "contaminar" su conocimiento espontáneo de los hechos, el tribunal podrá adoptar medidas para evitarlo, "previa y posterior" a la declaración, pero, se entiende, siempre con referencia al día y lugar de la audiencia: art. 350 párrafo tercero.

No sería sensato pensar que este último precepto faculta para adoptar medidas restrictivas de la libertad personal de los sujetos, sin límite temporal concreto, sólo para evitar esa comunicación.

2.11.2.3.3 Contrainterrogatorio:

La parte contraria a quién ha solicitado la prueba, tendrá derecho a un contrainterrogatorio, el cual conforme al art. 348 del Código, se llevará a cabo atendiendo a las previsiones de esta figura propia de la prueba de testigos (art. 367), lo que implica en síntesis su formulación también oral, y la posibilidad de una réplica –por la parte proponente- y luego un segundo contrainterrogatorio –por la parte contraria que ha contrainterrogado antes-. Volveremos sobre esto en el tema siguiente.

4. Finalmente, indicar que el Juez puede dirigir de oficio preguntas a la parte, en el entendido de que tendrán finalidad exclusivamente aclaratoria (así lo dice el art. 350 párrafo segundo) ante la duda suscitada por alguna de las contestaciones realizadas, no con finalidad inquisitiva preguntando cosas nuevas, pues en esa medida estaría supliendo el papel del abogado interrogante y ayudando a esa parte.

2.11.2.4 Valoración.

Procede hacer aquí varias consideraciones:

2.11.2.4.1 Afirmación de hechos perjudiciales y personales:

1.1.- El art. 353 del Código señala 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 tal reconocimiento 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". Al margen de los casos en que el interrogatorio da resultado negativo porque la persona no contesta o lo hace de manera indeterminada –extremo al que nos referiremos después-, parte la ley de suponer que cuando el interrogatorio ha arrojado la afirmación de uno o más hechos por la parte declarante, estos tendrán, en efecto, un valor probatorio. Cuál ha de ser ese valor concreto, es lo que aquí debemos precisar: ante todo, el art. 353 habla de que el juez o tribunal "podrá considerar como ciertos los hechos", y esta expresión de la ley no ha de tomarse como sinónimo de mera facultad, sino de un deber (lo contrario no hubiera necesitado de una consagración legal, ya se sabe que el juez "puede" valorar todas las pruebas, sencillamente porque no le está "prohibido" hacerlo sino que esa es su función.

1.2.- Por tanto: el juez "valorará" como ciertos los hechos reconocidos siempre que fueran personales al declarante. Mas, ¿qué significa que ha de tenerlos "por ciertos"? Pues, *a contrario sensu* de lo que señala el inciso siguiente del mismo art. 353 ("en lo demás…"), significa que no se valorarán libremente o conforme a las reglas de la sana crítica, sino que quedarán fijados como hechos probados, aún prescindiendo de la convicción del juez. Estamos, en este caso, ante una de las dos manifestaciones que sobreviven en el nuevo CPCM de la prueba legal o de valor tarifado, junto con la documental del art. 341 párrafo primero (según tuvimos ocasión de exponer en el tema respectivo). Sin embargo, esta regla se somete en su eficacia a dos circunstancias condicionantes que delimita (el primero) y puede enervar (el segundo) ese valor tasado:

a) La primera es que, además de ser personales (en el caso del representante legal o voluntario, en los límites ya vistos de su actuación ex arts. 346 y 347) los hechos deben ser perjudiciales, no favorables al declarante (o a su representado). Fijémonos que aquí se está regulando el valor de la prueba de declaración de parte, desconectada de cualquiera otra prueba (salvo lo que luego diremos), es decir, del valor que esa declaración tiene individualmente considerada y por sí misma. Por tanto, una cosa es que se le permita a la parte declarante contestar las preguntas desde todas las perspectivas posibles, y hasta que pueda incluir comentarios o afirmaciones a su favor, y otra muy distinta que esas afirmaciones favorables puedan, por un hipotético carácter tasado, decidir la controversia. Si así se permitiera, resultaría sencillamente el caos: el juez estaría vinculado por lo que cada parte declarase a su propia conveniencia y los interrogatorios se convertirían en una escalada para ver quién habla más y mejor de sí mismo. Absurdo.

Tradicionalmente y desde siempre, la declaración de parte, antes cuando era llamada prueba de confesión, si algo podía tener de prueba tasada y decisiva, era y es, en relación con el reconocimiento de hechos desfavorables al declarante, que justamente por ello carece de lógica que éste admita sino es debido a su veracidad. Una muestra evidente de lo que decimos es la dicción del art. 351, por el que se autoriza a deducir argumentos de prueba en contra de la parte declarante que se niega a contestar, siempre que fueren hechos precisamente personales ("hechos en que hubiere intervenido") "y que fueran perjudiciales". Pues bien: ningún sentido tiene que se dispense peor trato al que simplemente calla o se muestra ambiguo, que a quien expresamente ha vertido un hecho que resulta ser falso pero favorable. Es evidente que sólo lo desfavorable puede, por sí mismo, hacer prueba decisoria.

Por consiguiente, los hechos favorables al declarante si bien no dejarán de ser tenidos en cuenta (lo que antiguamente aludía a la indivisibilidad de la confesión), lo serán en todo caso con arreglo a las reglas de la sana crítica (art. 416 CPCM), valorándolas en el contexto en el que se sitúan y sin dejar de tener presente las restantes pruebas practicada, no con valor tasado.

b) El segundo condicionante, en fin, para que la prueba resulte decisiva (tasada) es que dicha declaración de parte concurra como único medio de prueba en ese proceso (por tanto, sin ninguna otra que pueda contrariarla), o que de obrar otras pruebas, de igual o distinta índole, ninguna de ella suministre hechos contrarios a los declarados por la parte.

Si no fuese así, y el resultado de la declaración se opone al de otras pruebas, automáticamente el valor tasado de aquélla cede y queda sin efecto (art. 353: "siempre que…no se oponga…"), abriendo paso inexorablemente a una valoración conjunta de todas las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, art. 353 *in fine* y 416 del Código.

Lo que a la postre puede suponer, para entendernos, que el juez en efecto declare como hecho probado aquel prestado en la declaración de parte, pero no ya porque se lo impone la ley sino porque le parece de mayor credibilidad que los hechos aportados por otros medios probatorios.

2.11.2.4.2 Afirmación de hechos personales pero no perjudiciales, y no personales:

Fuera del supuesto anteriormente expresado (hechos personales y perjudiciales, que no se opongan a ninguna otra prueba), la declaración de parte deberá valorarse siempre conforme a las reglas de la sana crítica (art. 353 *in fine* y 416), lo que comprende tanto aquellos hechos que aunque conocidos directamente por el sujeto, por aludir a actos propios o presenciados por sus sentidos, son hechos cuyas consecuencias jurídica le favorecerían; como aquellos otros hechos no personales que aun así, no cabe desechar sin más, sino que habrán de ponderarse de acuerdo a la experiencia y la razón.

2.11.2.4.3 Silencio y respuestas evasivas:

Por último, el art. 351 CPCM señala que la negativa del sujeto a contestar sin causa justificada a una pregunta que se le haya formulado y que en esa medida ha sido autorizada por el juez (por no aparecer impertinente, inútil, vulneradora de derechos fundamentales, etc.), o su contestación de manera "evasiva" o "no concluyente" (es decir, contestando algo distinto que carece de interés), puede llevar a una *ficta confessio*, esto es, a tenerse por cierto el hecho de manera implícita, tal como ocurría con el silencio del demandado al contestar a la demanda (art. 284 *in fine* CPCM). Corresponde al juez usar con moderación de esta facultad, que desplegará cuando deba dictar la sentencia del caso, con carácter supletorio para cuando no disponga de pruebas directas[256], y en todo caso evitando confundir por ejemplo la afirmación de la persona de que se desconoce el hecho, con la de no querer contestar, al tratarse de dos tipos de respuestas distintas (como ya explicamos en el tema del demandado, al que nos remitimos).

De esta *ficta confessio* sólo puede librarse quien se halle amparado por el deber de guardar silencio por razón de su cargo o profesión, o cuando la contestación pudiera involucrar la participación del sujeto en un hecho punible, gozando por tanto del derecho a no autoincriminarse (art. 351 *in fine* CPCM).

256 Como acertadamente establece la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema: "En lo que atañe al punto en comento la Sala considera: La confesión ficta constituye una presunción *juris tantum*, eficaz cuando la corroboran los demás elementos del proceso; pero desechable cuando éstos la contradicen o enervan. (…). La interpretación de la *ficta confessio*, no puede ser otra que la flexible, aconsejada por las circunstancias de cada caso, sin prescindir de los medios directos y fehacientes de prueba, es decir, que es susceptible de desvirtuarse mediante prueba en contrario, pues si no se procede de esa manera, se haría prevalecer la ficción sobre la realidad y la decisión podría alejarse de la verdad material".

2.11.3 Interrogatorio de testigos

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Concepto. Testigo estricto y testigo-perito.- II.- Prohibiciones y exenciones al deber de declarar.- III.- Obligaciones y derechos del testigo.- IV.- Proposición y admisión.- V.- Control de la prueba testifical.- VI.- Práctica.- VII.- Valoración.

2.11.3.1 Concepto. Testigo estricto y testigo-perito:

1.- La testifical es una prueba personal por la que se pretende obtener información pertinente y útil sobre los hechos controvertidos a sujetos que son terceros ajenos a la contienda. Lo que determina su aplicación por tanto es la posibilidad de que una persona haya podido percibir los hechos por sus sentidos, y que además esa persona no tenga el carácter de parte (o de representante de ésta, en los términos ya vistos de los arts. 346 y 347 del Código).

2.- Lo que se quiere del testigo por tanto es únicamente una cosa: su versión de los hechos, una declaración de ciencia o conocimiento que pueda resultar representativa de los hechos controvertidos (art. 354 CPCM). No se pide del testigo juicios de valor, ni hipótesis, ni siquiera máximas de la experiencia especializada, para cuyo cometido se implementa a su vez la prueba pericial de la que luego hablaremos.

3.- Sin embargo, siendo ello así, no es menos cierto que en ocasiones puede suceder que una persona por sus circunstancias personales presencie unos hechos cuando éstos acontecen, hechos que al margen de los aspectos percibibles por cualquier ser humano que hubiera estado en ese momento y lugar, guardan más información que sólo puede ser aprehendida por alguien dotado de conocimientos técnicos o incluso prácticos pero especializados (el valor de una mercancía recibida, un escape de gas en una vivienda por defectos constructivos, la causa de un accidente de tránsito, etc).

En este caso, la persona que reúna esta última cualidad y gracias a ella obtenga una información en la que se incluyen datos técnicos o prácticos que escapan a la percepción común, interesa al proceso desde dos ópticas simultáneas: la de testigo y la de perito.

Mas, ¿por qué en tal caso la persona ha de ser tratada como testigo y no como perito? Porque los hechos que ha presenciado ya no están, se han borrado, por tanto lo que se quiere de la persona no es simplemente que dé una opinión técnica, sino que explique lo que percibió.

Cuando los hechos litigiosos se han mantenido más o menos intactos y pueden ser percibidos aún, la opinión del experto se limita a la de la prueba pericial porque los hechos como tal, continúan al alcance del juez y de las partes. Aquí, en el testigo-perito no ocurre así (los hechos ya han sucedido), y por eso el sujeto importa tanto o más en la primera faceta (testigo) que en la segunda (experto).

Así, y en la tesitura legal de hallar su mejor encaje, el Código se decanta por hacerlo dentro de la testifical en el art. 358. Algún pronunciamiento de la Corte Suprema lo había hecho también así, a falta de disposición expresa en el anterior CPC, y no sin dejar de advertir de las especialidades de esta clase de testimonios técnicos[257].

4.- Nada más se prevé en torno a este testigo-perito, ni en cuanto a su práctica ni a su valoración, lo que significa que el hecho de que tenga conocimientos especializados no lo convierte en prueba tasada ni de mayor valor que un testigo ordinario; lo que los diferencia es la cantidad de información y la etiología de su conocimiento.

En el precepto citado se advierte, con todo, que la declaración de este testigo-perito sólo se tomará en cuenta "cuando acreditare fehacientemente ser conocedor en el área de que se trate".

En ocasiones bastará acreditar la titulación, y en otras (conocimientos prácticos) su dedicación profesional en ese campo (cerrajería, electricidad, etc.). ¿Y si no lo acreditare? En principio no tiene por qué conllevar que el testimonio no valga en absoluto, sólo aquellas porciones del relato que vienen supuestamente teñidas o determinadas por ese conocimiento técnico no acreditado. Aunque la falta de demostración de ese saber, qué duda cabe, podría mermar también su credibilidad general.

2.11.3.2 Prohibiciones y exenciones al deber de declarar:

El nuevo Código intenta facilitar al máximo la disponibilidad de la prueba testifical, no sólo apartándose de reglas del CPC derogado que impedían su proposición en juicio para determinados asuntos258, o que articulaban un sistema amplio de incapacidades que incluía circunstancias personales más propias de una sospecha de parcialidad259, cuando debía ser el juez quien valorase su concurrencia en cada caso. Ahora, la ley reduce el listado de motivos de prohibición a los estrictamente objetivos e ineludibles, sin dejar de atender a otra problemática, la de la colisión de intereses en el declarante. Veamos:

257 Ver la Sentencia de la Sala de lo Civil de 11 de julio de 2005, dictada a las 10 hh. (ref. 320-SM). Para el caso, se trataba de valorar el testimonio de los facultativos que habían atendido en vida al causante, cuyo testamento se impugnó después por falsedad de la firma. Tras constatar la falta de norma legal reguladora de esta figura (" Con la certeza que en nuestra legislación, no existe norma alguna que nos indique cuál será el valor de las declaraciones de este tipo de testigos una vez vertidas…") y a virtud de su reconocimiento en sede de doctrina científica, asienta el Alto Tribunal en relación con los hechos del caso: "…a criterio de los médicos que lo trataron durante su enfermedad, mantuvo su estado de salud, desde que sufrió los infartos cerebrales hasta el momento de su muerte, careciendo del uso de sus facultades físicas, y mentales, sin poder expresarse verbalmente, ni entender lo que se le decía; además sin poder usar el hemisferio derecho de su cuerpo, consecuentemente impedido de escribir, y que este estado de salud era irreversible y definitivo; debemos llegar a la conclusión que en ningún momento, el testador pudo darle cumplimiento a lo estipulado en los Arts. 1010, 10 11, 1012 y 1013, todos del Código Civil, por el hecho de no poder hacer sabedores de sus disposiciones, ni al Notario ni a los testigos instrumental es, ya que la enfermedad que padecía según los dictámenes médicos antes relacionados, era de tal magnitud, que lo imposibilitaron en forma permanente y definitiva para poder expresarse y comprender lo que se le decía, ni por escrito ni de palabra; en consecuencia, el señor E. A. M., estaba imposibilitado física y mentalmente para testar".

258 Al efecto, art. 292 CPC.

259 De esta especie, el art. 294 CPC, especialmente en sus apartados 4º a 10º CPC.

2.11.3.2.1 Prohibiciones:

2.11.3.2.1.1 Por su incapacidad:

No puede ser testigo (y si se le recibe testimonio, éste no podrá surtir efecto probatorio alguno) quienes se hallen "permanentemente privados de razón o del sentido indispensable para tener conocimiento de los hechos que son objeto de la prueba". En todos los casos deberá exigirse una acreditación médica o en su caso certificación administrativa o judicial (declarando la incapacidad) que así lo sostenga, a fin de evitar engaños al tribunal (el falso enajenado, el falso sordo, etc.).

Hay que tener presente no obstante dos cosas: de un lado, que como bien señala el Código si se trata de la ausencia de un sentido habrá que determinar si éste resultaba precisamente útil o necesario para captar los hechos, porque podría no ser así (por ej. si sólo se requería visualizar los hechos, es irrelevante que el testigo fuese mudo o sordo). De otro lado, la incapacidad sensorial podría resultar no total sino parcial, y entonces el problema no sería ya de prohibición para ser testigo, sino de si llegó a percibir los hechos o no pudo hacerlo debido al grado de su minusvalía: aquí el control debería operarse más bien en la fase final de valoración judicial, ponderando los datos recabados a favor y en contra de la credibilidad del testigo, por un déficit (que no ausencia) real o no de percepción sensorial en la aprehensión de los hechos.

2.11.3.2.1.2 Por la edad:

El Código en el art. 355 párrafo segundo ha mantenido el umbral de la capacidad de declarar en los doce años, pero sin impedir que pueda hacerlo quien todavía no haya alcanzado esta edad, al contrario de lo que preveía el derogado CPC260, y en línea con lo establecido en otros ordenamientos procesales más modernos261.

De modo que en este último caso y salvo situaciones extremas (donde el menor por ser tan pequeño ni siquiera puede comunicarse ni haya empezado a practicar el lenguaje), la prueba a priori debe admitirse, siendo el Juez en la audiencia probatoria quien, una vez comenzado el interrogatorio, decida si el menor ofrece visos de aptitud mental y sensorial para haber podido percibir los hechos sobre los que se le interroga, así como para transmitir una versión comprensible de ellos, y si colige de manera clara que no, debe suspender el interrogatorio y excluir su testimonio.

2.11.3.2.1.3 Por no ofrecer una percepción directa del hecho:

El Código excluye el llamado testigo de referencia o indirecto en el art. 357, y lo hace de modo absoluto, sea cual fuere la clase de pleito entablado, lo que es un modo de cerrar el círculo definitorio de este medio de prueba con el art. 354 ya mencionado: el testimonio

260 Ya previsto en el art. 294.3º del derogado CPC.
261 Ver arts. 7.j y 195 *in fine* LPF.

válido, es sólo el de la persona que ha presenciado directamente los hechos, no por habérselo dicho otro, o haberlo leído en alguna fuente de noticias, etc.

2.11.3.2.2 Exenciones al deber de declarar:

En ocasiones, la circunstancia en que se captan los hechos por un tercero que luego se convierte en potencial testigo, se enmarca en una relación profesional protegida con un deber de confidencialidad regulado a su vez por el ordenamiento jurídico. Su ruptura, al hilo de prestar un deber de colaboración con la Justicia como es el interrogatorio en juicio, crea sin embargo otro tipo de efectos negativos, que obligan a una ponderación previa por el legislador a fin de delimitar en qué supuestos debe ceder un bien jurídico (el susodicho deber de confidencialidad) u otro (la búsqueda de la verdad, y el no ocasionar indefensión a quien requiere de esos datos), teniendo en cuenta la índole de los conflictos jurídicos que se debaten.

En esta situación, pues, el Código ha optado por imponer una regla general de dispensa de la obligación general de declarar, es decir, la persona puede declarar si quiere, pero también si prefiere puede negarse a ello, sin que le depare ninguna consecuencia negativa en términos económicos o penales. Ahora bien, si declara ello no le eximirá de otro tipo de consecuencias derivadas de la ruptura del deber de confidencialidad por quien resulte perjudicado. Lo que hace aquí el Código es simplemente permitir el testimonio, si se produce, y no emplear la coerción pública para que lo haga, si decide no hacerlo amparándose en aquel otro deber. Pero lo que no hace el Código es blindar la declaración de otro tipo de efectos, para lo cual la persona deberá tener todo ello en consideración si decide declarar.

Frente a esa regla general, el Código introduce sin embargo diversas excepciones, en ámbitos donde la ponderación de bienes en juego se decanta a favor de la necesidad de contar con esa declaración. Cuando se apliquen las excepciones, ya no existe dispensa y la persona debe necesariamente declarar, o someterse a las sanciones previstas por no hacerlo:

2.11.3.2.2.1 Regla general:

La dispensa del deber de declarar actúa siempre aquí en ambas direcciones, esto es, no solamente incumbe al profesional que por razón de su cargo u oficio ha tenido conocimiento de los hechos, sino que alcanza al cliente o paciente que ha contratado sus servicios (o los ha recibido del Estado: seguridad social, etc.) y que, en el iter de esa relación personal, haya podido gracias a ello obtener información sobre aquél.

En esa perspectiva, el Código se refiere a las relaciones profesionales e ideológicas siguientes:

a) La de las partes con su abogado o abogados (art. 370).

b) La del profesional de la medicina con su paciente (art. 371), de la que se desprende además el derecho de pedir la exclusión –que no dispensa- de la declaración

de cualquier tercero que conociere una comunicación confidencial entre ambos (personal de enfermería, analistas, etc.).

c) La del sacerdote o ministro de culto, autorizados por la legislación salvadoreña y por la autoridad competente, para impartir su actividad espiritual en el territorio nacional, respecto de los hechos conocidos bajo confesión o conocidos en todo caso gracias a su dedicación (art. 372 párrafo primero).

d) El propietario de un secreto comercial o de negocio[262], y el propietario de una patente o su licenciatario, para revelar alguno de ellos (art. 372 párrafo tercero).

   Adquiere esta persona también el derecho a pedir la exclusión de la declaración de un empleado que tuviere conocimiento de ello, a quien según la ley sustantiva le está prohibida también su revelación salvo "causa justificada"[263].

   Esta última también determina la prohibición de revelar ese secreto a todo aquel tercero que haya entrado en contacto con dicha tecnología, incluso por haber contratado a algún empleado de la compañía propietaria de los derechos[264].

e) Cualquier otra persona que "en razón de su profesión u oficio tengan obligación de guardar secreto" (art. 372 párrafo cuarto).

   Para que opere la exención se precisará de una normativa (legal o reglamentaria) que establezca el carácter reservado o secreto de la información en cuestión.

2.11.3.2.2.2 Excepción impropia:

Pese a su apariencia, no cabe incluir como exención del deber de declarar las relaciones entre auditor o contable y su cliente, pues a tenor de lo dispuesto en el art. 372 párrafo segundo del Código, independientemente de la relación intuitu personae entre ambos, la información que se derive de ello "podrá ser divulgada por mandato de ley o por orden judicial".

Por lo tanto, no se trata de que el juez deba calibrar si la importancia del asunto justifica o no tener acceso a esa información contable y a la situación financiera de la empresa, sino que basta que la misma aparezca como pertinente y útil a los efectos de un proceso para que se expida "orden judicial" que llevará a su divulgación.

Esto es, tanto la aportación de los libros contables (prueba documental) como, en lo que aquí importa, tomarle interrogatorio al profesional sobre esos hechos.

262 Qué se entiende, y qué no, por secreto industrial o comercial, se determina en el art. 177 LPI.
263 Ver art. 180 LPI.
264 Arts. 179 y 181, haciéndose por ello responsables de los daños y perjuicios ocasionados con su infracción.

2.11.3.2.2.3 Excepciones:

Siguiendo el orden de los sujetos eximidos del deber de declarar, el Código suspende dicha exención en los términos siguientes (reproducimos la letra de la ley):

a) En los abogados, cuando (art. 370):

"1° Los servicios (...) hubieran sido solicitados o realizados para planear o cometer un delito o un acto que violente la ley;

2° La comunicación resulte pertinente en una controversia en que se pretenda demostrar que el abogado violó su deber de confidencialidad para con su cliente; o

3° El cliente hubiera relevado a su abogado del deber de confidencialidad".

b) En el profesional de la medicina, cuando (art. 371):

"1°. Los servicios de un médico fueron solicitados u obtenidos para planear o cometer un delito o un acto que violente la ley;

2°. La información fuere esencial para decidir una controversia sobre el estado o capacidad mental de un paciente;

3°. Fuera necesario revelar la comunicación como prueba sobre la conducta de un demandado o demandante en el litigio;

4°. La información fuera esencial en casos de responsabilidad civil por mala praxis médica;

5°. La comunicación fuera pertinente para resolver una controversia en la que se reclamen obligaciones emanadas de un servicio de atención médica, exista o no contrato, y cuando se refiera a un seguro con cobertura de cualquier servicio médico o médico-quirúrgico;

6°. La comunicación fuera pertinente en una controversia en la cual el médico hubiera violado su deber de confidencialidad para con su paciente; y,

7°. El cliente hubiera relevado a su médico del deber de confidencialidad".

c) En materia de secretos comerciales o industriales (art. 372 párrafo tercero):

"Se admitirá testimonio sobre dicho secreto cuando fuere necesario para probar un fraude de ley, un delito, una violación a la legislación sobre propiedad intelectual o industrial o para resolver cualquier otra controversia, a juicio prudencial del juez o tribunal en función de descubrir la verdad sobre los hechos en disputa". En todos estos casos, pues, la persona deberá declarar, con las consecuencias legales inherentes a una negativa injustificada, como ahora mismo se explica.

2.11.3.3 Obligaciones y derechos del testigo:

2.11.3.3.1 Obligaciones:

1.1.- Desde el momento en que el tercero es llamado como testigo a un proceso, se generan para él una serie de obligaciones vinculadas a la función que cumple como medio de prueba: en primer término, tiene la de comparecer en el lugar y fecha que se le indica para tomársele declaración, sin poderse negar a ello sino por causa justificada legalmente (incapacidad o exención del deber de declarar), art. 362 CPCM. No toca al testigo decidir por sí mismo si su aportación al proceso puede ser relevante, pues su pertinencia y utilidad ya ha sido analizada por el juez y por tanto no tiene margen para negarse a comparecer, tampoco por los perjuicios o molestias que eso le pueda provocar, al resultar compensado por ello como ahora diremos.

La ausencia del testigo, salvo por imposibilidad material ("debida justificación") le acarreará una multa de entre uno y tres salarios mínimos urbanos más altos vigente. Si persiste en ello se le imputará por delito de desobediencia a mandato judicial (art. 313 CP), el cual tiene aparejada una condena de treinta a sesenta días multa.

1.2.- Una vez personado para ser interrogado, surgen otras dos obligaciones principales, la primera de ellas como correlato de la anteriormente mencionada: a) el testigo no puede negarse a contestar las preguntas que se le hagan, bajo riesgo de incurrir en el delito mencionado del art. 313 CP; b) tiene asimismo la obligación de declarar la verdad de lo que conociere, sin cometer por tanto mendacidad, so pena de cometer delito de falso testimonio (art. 305 CP), castigado con pena de prisión de dos a cinco años.

De todas estas obligaciones, y de las consecuencias penales de su incumplimiento, se le advertirá ya en la propia esquela de citación (art. 362 *in fine* CPCM).

2.11.3.3.2 Derechos:

El testigo presta una colaboración con la justicia que tiene el deber jurídico de soportar, pero sin que ello le produzca un perjuicio propio, de tal manera que la ley le garantiza el derecho a ser indemnizado por los gastos que le ocasionare la comparecencia en juicio, esto es, una vez realizada la declaración y no antes como exigencia para acudir. Gastos que, conforme a los principios generales de responsabilidad civil, y a la lógica de las cosas, debe comprender no solamente gastos estrictamente materiales (de transporte y manutención ese día, o los que dure su declaración), sino también el lucro cesante, al menos tratándose de trabajadores por cuenta ajena o empleados públicos cuyo salario pueda serle detraído por el empleador o entidad pública esa jornada, al no ir a trabajar, y en el caso de ser autónomos si se dedican a una actividad continuada sin poder dejar a nadie a cargo (un taxista, un prestador de servicios, etc.).

La indemnización no corre a cargo del Estado sino de la parte que lo propone, y de no abonar el importe que se justifique debidamente en el plazo de quince días, puede dar lugar

a su exacción "por la vía de ejecución que corresponda" (art. 363 CPCM): vgr., a través de un proceso monitorio, o pidiendo al juez que dicte un auto fijando esa cantidad (a la vista de documental) y luego su ejecución forzosa.

Si fueran varias partes las que proponen al testigo, la obligación de indemnizar es de todas, y según el Código resulta mancomunada y no solidaria (art. 363 *in fine*: "corresponderá a todas ellas, conjuntamente, el pago de la indemnización").

2.11.3.4 Proposición y admisión:

1. La prueba testifical se propondrá con el resto de medios de convicción que se pretenda practicar en juicio, en el acto procesal previsto para ello (audiencia preparatoria –proceso común- o la audiencia de prueba –proceso abreviado-), como indica el art. 359. Lo específico es que la parte proponente deberá suministrar todos los datos personales que conozca del testigo (nombre y apellido, profesión y otros) a fin de permitir su identificación.

También deberá indicar el lugar donde pueda ser hallado el testigo en caso de precisarse su citación judicial, si se necesita que ésta la realice el tribunal, para lo cual deberá pedirlo expresamente. De lo contrario, se le dará la esquela de citación al procurador de la parte proponente para que éste se encargue directamente de entregarla al testigo (art. 360).

2. El art. 361 CPCM prevé en relación con el número de testigos admisibles para declarar sobre un mismo hecho en el proceso, el facultar al juez para que pueda considerar superflua la proposición de más testigos cuando ya haya admitido la citación de un número suficiente de ellos. Número que la ley no concreta, sino que deja al responsable arbitrio del juzgador.

En este caso la inutilidad de la prueba se deriva de su aspecto estrictamente cuantitativo, pero para aplicar la restricción deberá cerciorarse la autoridad judicial:

a) Que los testigos a rechazar son propuestos por la misma parte a la que ya se han admitido otros, no a la parte contraria, pues si así fuera previsiblemente vienen a aportar versiones distintas del hecho);

b) Que realmente todos ellos vienen a declarar sobre el mismo extremo fáctico, y no resulta previsible que puedan más información (en cuyo caso ya no sería superfluo);

c) Que los testigos ya admitidos, al menos a priori no presentan tacha de incapacidad, ni tampoco de parcialidad que pueda hacer poco creíble su testimonio, pues llegado el momento de la sentencia podría suceder que unos testigos no valieran por sus circunstancias personales, y otros que no estaban afectados de ninguna objeción, no pudieron declarar porque no se les dejó;

d) En todo caso, la aplicación de esta regla no debe suponer que el juez prejuzgue el fondo de la prueba, ni dé por probado ya el hecho, lo que sería adelantar un juicio propio de la sentencia: lo que la ley quiere decir al señalar que el juez podrá

rechazar a más testigos por considerarse "suficientemente ilustrado" sobre el hecho, es que en hipótesis y si ese hecho fuese cierto, bastaría con acreditarlo con los testigos que ya se han admitido y que serán citados para que declaren al respecto. Nada más que eso. Por tanto, insistimos, sin prejuzgar la sentencia en ese punto.

3. Se entiende además que la parte deberá dar una justificación acerca de la pertinencia y utilidad del testigo o testigos que propone, es decir, señalar de manera concreta por qué conocen los hechos y sobre qué extremos van a declarar.

2.11.3.5 Control de la prueba testifical:

1. Propuesto el testigo/s por cada una de las partes, el juez deberá desplegar, como es obligado, sus facultades de control para inadmitir aquellas preguntas que resulte impertinente o irrelevante (inútil) conforme las normas generales (arts. 318-319), así como excluirá la que aparezca como ilícita (art. 316).

En este momento no se controla el contenido del interrogatorio, sino que al igual que sucedía con la prueba de declaración de parte, éste se efectúa en el mismo momento en que se celebra su práctica.

2. Al margen de la actividad de oficio, también la parte contraria a la que propone la testifical dispone de margen no sólo para atacar la credibilidad de quien deponga mediante las correspondientes preguntas del contrainterrogatorio –al que luego nos referiremos-, sino ya antes mediante el derecho de proponer prueba, dirigida a restar o eliminar su credibilidad. A estos efectos, el art. 356 CPCM determina que esa prueba impugnativa puede concernir:

a) "Al comportamiento del testigo mientras declara o en la forma en que lo hace":este primer supuesto parece ir dirigido más bien al contrainterrogatorio, pues antes del acto de prueba no es posible saber qué actitud adoptará el testigo cuando se siente frente al juez y deba responder las preguntas que se le hagan (y que antes de ese momento, desconoce) y porque, por eso mismo, no se trata de pedir prueba sino de advertir al juez de ello, en todo caso.

b) "A la naturaleza o carácter del testimonio": la frase legal debe entenderse, en primer lugar, en el sentido de que se solicite prueba para demostrar que el testigo no conoce los hechos de manera directa y personal –como debería-, sino por referencia de tercero, lo que lo haría ineficaz.

   Pero también cabe aquí pensar en aquella otra prueba, que puede serlo perfectamente también testifical, por la que se acredite que el testigo no estaba en el lugar de los hechos cuando éstos sucedieron.

c) "En el grado de capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar los hechos sobre los que declara": una solicitud de prueba sobre tal extremo parece que

tendría que serlo médico-pericial, pues las eventualidades que describe (incapacidad de percepción, recuerdo y comunicación) no tienen que ver con las condiciones concretas en las que se dice percibidos los hechos, sino con una incapacidad genérica para aprehenderlos o transmitirlos; o en razón de una minusvalía parcial de la persona.

d) "En la existencia de cualquier prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad que pudiera afectar el testimonio": existen causas de parcialidad como el parentesco, fácilmente demostrables por vía documental (registro civil); en cambio otras son más bien de índole subjetiva y presenta mayor grado de dificultad probatoria (amistad o enemistad con alguna de las partes, interés en las resultas del pleito), demostrables generalmente a través de testificales, o por vía de presunciones *hominis* (actos del sujeto anteriores o posteriores a los hechos controvertidos, de los que se deduce ese ánimo afectivo o ese interés).

e) "En manifestaciones o declaraciones anteriores del testigo": esto puede servir para demostrar dos cosas: o que el testigo ha dicho antes algo distinto a lo que ahora previsiblemente va a declarar sobre el mismo hecho; o que el testigo ha sido descubierto como mendaz en otros procesos anteriores, lo que significa que no resulta creíble y actúa por otro tipo de motivaciones (recompensa, enajenación mental, etc.) distintas a la de decir la verdad.

El Código añade que presentada un acta donde conste una declaración anterior del testigo propuesto, podrá pedirse prueba para enervar su declaración -se entiende, la que va a rendir en este proceso, no en aquel otro-.

f) "Mediante prueba de su carácter o reputación": estamos ante una cláusula que debe ser interpretada y aplicada por los tribunales de manera restringida, su uso no puede servir de excusa para montar un juicio de valoración moral o ética sobre la conducta o los actos generales del testigo, menos todavía para invadir y revelar ámbitos de su intimidad personal y familiar. Se trata, más limitadamente, de poder aportar prueba que demuestre que el sujeto anteriormente ha incurrido en comportamientos falaces en otros juicios.

El Código entre otras circunstancias, advierte en este art. 356 que "no será admisible la prueba para impugnar o sostener la credibilidad de un testigo que se refiera a sus creencias religiosas, a la carencia de ellas o a sus convicciones políticas".

g) El intentar probar que la deposición del testigo no se funda en un conocimiento de los hechos sino en "un mero juicio de valor derivado de sus creencias particulares": esto es, meras suposiciones o especulaciones sobre lo que pudo o no suceder, según el testigo, a virtud de la naturaleza del hecho o de la opinión que tiene el testigo de las partes. Todo ello sería expresivo de que el testigo no cumple con el atributo esencial para declarar, ex art. 354 CPCM.

2.11.3.6 Práctica:

1. El interrogatorio como ya se ha dicho se llevará a cabo en la audiencia ordinaria de prueba, lo que supone que lo sea en la sede del órgano judicial, el día programado al efecto. Sin embargo, el art. 373 CPCM contempla también la hipótesis de que resulte necesario tomar declaración al testigo fuera del tribunal, donde éste se halle, cuando "por enfermedad u otra circunstancia especialmente justificada resulte imposible o demasiado gravoso para el testigo comparecer a la sede del tribunal".

En este caso, se citará a las partes y sus abogados al lugar donde pueda encontrarse, siempre que la parte proponente del testigo así lo pida y explique el porqué de ello,.

2. Abierto el interrogatorio (en la sede del órgano judicial, o donde con arreglo a lo que acabamos de decir debiera disponerse), y tras ser identificado, el juez tomará juramento o promesa al testigo de decir verdad (art. 364), advirtiéndole de las penas a que puede ser condenado por falso testimonio a cuyo efecto "se le deberán leer los preceptos correspondientes del Código Penal" (art. 362), y también le preguntará si se halla incurso en alguna de las situaciones para las que la ley prevé la exención del deber de declarar, conforme vimos ya.

Aunque la ley no precisa el momento, debe ser también antes de empezar el interrogatorio cuando el juez pida al testigo que explique la razón de su dicho, esto es, las circunstancias en las que afirma haber logrado el conocimiento de los hechos sobre los que va a declarar, pues a resultas de lo que diga al respecto podría ocurrir que se le tuviera que excluir, por ser palpable que su conocimiento no es directo (arts. 354 y 358).

3. Tras estos preliminares, el interrogatorio se efectuará por la parte proponente (dice el art. 364 que dicha parte –su abogado- identificará primero al testigo, pero es evidente que esto ya lo habrá hecho el juez, pues no tiene sentido efectuar aquellas admoniciones al deber de declarar y sobre pena por falso testimonio, a alguien que todavía no ha sido identificado), quien irá formulando las preguntas al testigo de manera clara y precisa, siendo que el juez podrá sin embargo rechazar –art. 368- aquellas que aparezcan impertinentes o inútiles, o envuelvan una sugestión o un juicio de valor (esto último, por analogía con lo previsto en la prueba de declaración de parte).

El testigo contestará a ello también de manera oral, bien con un monosílabo si ese es el fin de la pregunta, bien narrando hechos aunque ciñéndose siempre al contenido de la pregunta en cuestión. Al igual que en el interrogatorio del litigante, el testigo puede auxiliarse con apuntes o documentos "cuando la naturaleza de la pregunta lo exigiera y hubiese autorización del juez" (art. 366).

4. El Juez o tribunal podrá solicitar aclaraciones al testigo respecto de alguno de los extremos de su declaración que resulten ininteligibles, confusas o contradictorias con otras, sin que con ello suplan la actividad de parte, lo que comprometería su imparcialidad (art. 369). La parte contraria podrá objetar la pregunta aclaratoria (porque vaya más allá de este

propósito y se dejará constancia de ello, rectificando en ese momento el tribunal si así lo cree necesario. Incluso y dada la naturaleza de la aclaración, de ser preciso (y sólo de serlo) se permitirá a las partes hacer otras preguntas al testigo relacionadas con su aclaración (art. 369).

5. Se permitirá en todo caso un contrainterrogatorio, a cargo del abogado de la parte contraria, señalando la ley que en este trámite se permitirán "preguntas sugestivas" (art. 367 CPCM). No parece muy conveniente sin embargo esta autorización legal, que deja sin efecto el carácter prohibitivo de este tipo de preguntas (tanto en el interrogatorio inicial, como en la prueba de declaración de parte), se entiende que como último recurso para llegar a la verdad de las cosas. Convendrá, en todo caso, que el juez vigile en todo momento un riesgo esencial en este tipo de preguntas, y es que el testigo comprenda exactamente el significado de aquello sobre lo que ha de responder. Permitir que éste incurra en confusiones gracias al engaño de la sugestión. se antojaría a todas luces un efecto improcedente y no querido por la ley.

El contrainterrogatorio por lo demás, seguirá la misma tónica de realización que el interrogatorio inicial, y una vez completado éste y de solicitarlo la parte proponente del testigo, seguirá una réplica o segunda tanda de preguntas propias, que a su vez podrá dar paso, si así se pide por la otra parte, a un segundo contrainterrogatorio (art. 367 CPCM). De cualquier modo, parece lógico que este segundo turno se utilice sólo para el control de credibilidad de lo ya declarado, no para reiterar de nuevo las mismas o similares preguntas anteriores.

2.11.3.7 Valoración:

A falta de un precepto concreto en el articulado de esta prueba que así lo hubiera establecido específicamente para ella, ha de aplicarse la orden general del art. 416 del Código, en cuanto a la valoración del testimonio conforme a las reglas de la sana crítica (libre pero razonada apreciación). Como parámetros a considerar en esa labor, hará bien el juez o tribunal en guiarse por las pautas que le ofrece el ya mencionado art. 366, donde como veíamos se enuncian los distintos frentes que pueden condicionar –o reforzar- la credibilidad del testigo en cada caso. Es importante tener en cuenta que el Código ha huido de prever como causas de incapacidad del testigo la de su posible parcialidad, así que esta cuestión, si bien desde luego tiene que intentar ser desentrañada por el tribunal al dictar sentencia, una vez se hayan alegado motivos para dudar de ella por la parte contraria a la que perjudica su dicho, conforma un estado de sospecha que a falta de prueba cierta, no puede tomarse como simple bulo para la descalificación del testigo, así que en caso de duda el testigo debe ser reputado imparcial.

Más allá de estas directrices genéricas, la ley no puede sustituir al juez en un trabajo de razón y experiencia que sólo a éste corresponde, desplegando sus máximas de la experiencia, y analizando la concordancia de las declaraciones si son varias, las circunstancias en que cada testigo dice haber aprehendido los hechos, y la coherencia de lo declarado. Menos valor deben tener los comportamientos externos del testigo durante la

declaración, pues la realidad es que ante un estrado de justicia, una persona puede estar dominada por el nerviosismo y no por ello pretender mentir; y al contrario, sujetos con una personalidad fría, pueden mostrarse impasibles ante el curso del interrogatorio lo que no quiere decir que estén diciendo la verdad.

Caer en subjetividades de ese tipo, puede ser muy peligroso y atentatorio contra la seguridad jurídica. Si el testigo se pone nervioso mientras declara, eso debe servirle al tribunal en ese momento para formularle si acaso otras preguntas de aclaración y registrar sus respuestas; no para esperar al día de la sentencia y desechar su testimonio so capa de interpretar que tal o cual movimiento o tono de voz debe suponer tal o cual cosa, sin base objetiva alguna.

2.11.4 Prueba Pericial

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Concepto y clases.- II.- El perito: 1) Condiciones y número.- 2) Obligaciones y derechos.- 3) Control (abstención y recusación).- III.- Pericial judicial: 1) Proposición del perito.- 2) Aceptación del cargo.- 3) Emisión del dictamen.- IV.- Interrogatorio judicial del perito.- V.- Valoración.-

2.11.4.1 Concepto y clases:

1.- La prueba de perito tiene por finalidad la obtención de un juicio de experiencia especializado con el cual se pretende el conocimiento o interpretación de los datos de la realidad, necesarios para resolver la pretensión deducida. Como ya se ha venido explicando en estas páginas desde el tema de la Actividad Probatoria, la prueba pericial no aporta hechos como tales, sino máximas experienciales propias del bagaje científico, artístico o práctico (art. 375 CPCM) de un grupo más o menos amplio de personas -según el campo de que se trate-. Si se pretendiera utilizar para acreditar hechos, sería prueba impertinente por su naturaleza[265].

Lo que suministra el perito son juicios de valor sobre cómo interpretar los hechos, siendo que tales valoraciones resultan también necesarias a efectos de determinar la estimación o desestimación de la demanda o reconvención. El perito a diferencia del testigo, es fungible por naturaleza, esto es, puede sustituirse una persona por otra con tal de que pertenezca al mismo ámbito técnico o especializado; el testigo por el contrario (sea uno o varios) son insustituibles porque ellos han presenciado los hechos controvertidos que ya han sucedido. Entre medias aparece la figura del testigo-perito, cuya peculiaridad ya analizamos en el tema anterior.

2.- Con la importante innovación operada por el nuevo Código, la prueba pericial puede ser tanto extrajudicial como judicial, radicando la innovación en la equiparación del régimen jurídico y el valor probatorio de ambas, en un plano de igualdad. Como se recordará, el art. 288 impone a las partes la carga de aportar con sus respectivos trámites de alegación inicial, no sólo los documentos sino los informes periciales de los que quieran valerse en el proceso,

265 Como ha estimado la Corte Suprema, por ejemplo en Sentencia de 16 de mayo de 2001, dictada a las 10 hh. (ref. 1247-2001), en relación con la prueba de la posesión civil: "La posesión desde luego que es un hecho, entre otras formas, debe probarse por medio de testigos, por lo que la afirmación de la recurrente es cierta, la Cámara ad-quem ha incurrido en el vicio denunciado, puesto que la pericial no es prueba idónea para establecer los actos que demuestran la posesión de la parte demandada sobre el predio en disputa, pero ello no es un hecho determinante, para casar la sentencia, ya que la prueba de la posesión se estableció por otros medios". Finalmente sin embargo la resolución de la Cámara de Segunda instancia no se casa, teniendo en cuenta que existían en autos otros medios de prueba que sí resultaban idóneos al mismo fin (documental y reconocimiento judicial), por lo que el tratamiento indebido de la pericial no determinaba el fundamento del fallo.
También tiene asentado la misma Corte Suprema, que la prueba pericial (auditoría), no cabe pedirla precisamente el ejecutante para respaldar el carácter legal del título que presenta para el despacho de un proceso ejecutivo, pues éste "debe ser irrebatible, indiscutido y perfecto, todo desde el punto de vista legal, a partir del momento en que surge su preestablecimiento": ver Sentencia de 17 de mayo de 2001, dictada a las 10 horas (ref. 1348-2001).

regla que vuelve a reiterar el art. 377 CPCM. Esto supone que cada parte en principio debe ocuparse por su cuenta de buscar al especialista en la materia de que se trate, contratar sus servicios, delimitar el objeto de su actividad, y una vez que el dictamen esté listo, aportarlo en esa fase de alegaciones, aparte claro de satisfacer los gastos del informe, del modo como hubieren pactado perito y cliente. Ello sin perjuicio de que, ya metidos en las vicisitudes del proceso, se solicite el interrogatorio del perito ya por la parte que aporta el informe, ya por la contraria, lo que llevaría a una segunda fase o actividad de esta prueba, como luego mencionaremos.

3.- La otra opción es que no se haya hecho la aportación del dictamen en el trámite de alegaciones y existiera causa justificada para vencer la regla de preclusión del art. 288, pudiendo pedir la designación judicial del experto. En tal caso –que veremos después al hablar de la práctica de la prueba-, la actividad probatoria estará totalmente bajo control judicial, de principio a fin, aunque como decimos, el valor probatorio potencial de uno u otro tipo de dictamen parte de ser el mismo desde la perspectiva legal.

2.11.4.2 El perito:

2.11.4.2.1 Condiciones y número:

1.1.- Señala el art. 383 del Código que "podrán ser designados peritos quien posean título oficial en la materia, ciencia o arte de que se trate". En caso de no existir regulada esa titulación media o superior, "se nombrará el perito entre personas entendidas en la materia", lo que puede suponer, o bien que se consulte con expertos que sí han obtenido esa titulación en el extranjero (previa justificación documental de ello); bien de que se traten los conocimientos requeridos más bien de índole práctica que teórica, y por tanto lo que importe es conocer el criterio de quienes suelen trabajar en ese campo (actividades comerciales; de prestación de servicios).

1.2.- Es clara la voluntad de la ley de reducir en principio el número de peritos intervinientes a uno (1) por cada una de las partes (arts. 377 y 384), sea para la realización extrajudicial o judicial de dictamen al efecto propuesto.

1.3.- Con todo, prevé la ley que las partes puedan ponerse de acuerdo en la elección de un perito único, en el entendido de que lo será para realizar el dictamen dentro del proceso, no antes: así, el art. 378 establece que las partes "de común acuerdo y hasta la audiencia preparatoria" del proceso común, o hasta la audiencia de prueba en el proceso abreviado (por aplicación del art. 381 último párrafo), podrán presentar un escrito proponiendo la identidad del perito y el objeto de su examen.

No parece lógico, aunque podría ocurrir en algún caso, que ese "acuerdo" se pueda fraguar antes de entablarse demanda, pero si así fuere habría que esperar como mínimo al trámite de contestación a la demanda para verificar que el acuerdo existe –porque el demandado aporte el escrito con la firma de todos, o porque valide el presentado por el actor-.

Por lo demás, al hablarse aquí de "partes" no necesariamente tienen que serlo todas, sino las que así lo quieran (de tal manera que operará entre ellas la mencionada regla, no para las demás), a diferencia de lo que se establece en la ley para la hipótesis que ahora sigue.

1.4.- En efecto y como excepción al número previsible, autoriza el Código en el art. 384 *in fine* para que las partes también puedan designar más de un perito, pero en ese caso, el segundo y ulteriores expertos deberán serlo con el consenso de todas las partes intervinientes (no solamente de algunas). De lo contrario retornaría la regla de un perito por cada parte.

2.11.4.2.2 Obligaciones y derechos:

2.11.4.2.2.1 Obligaciones:

a) Cuando el dictamen es extrajudicial y por tanto los servicios del perito se encargan de manera directa por quien va a deducir demanda, o por quien tiene que contestar a una ya admitida a trámite (en este segundo caso, todo corre también al margen de su control judicial), estamos ante una relación clientelar ordinaria, en el que el juego de la oferta y la demanda determina la aceptación del experto a la pericia que se le ofrece. Con esto lo que queremos decir es que legalmente no existe en este instante obligación real –desde luego no legal- del perito de tener que aceptar la encomienda. Si no hay acuerdo, el interesado debe buscar a otra persona que sí esté dispuesta.

b) Por el contrario, cuando la designación del perito es judicial porque las partes lo solicitan así, al no haber aportado el informe con su alegación inicial, es el juez quien debe ocuparse de buscar al experto y una vez designado, encargarle el dictamen. El art. 385 del Código dispone que ante la comunicación de ese nombramiento, el perito debe aceptar el encargo y prestar juramento o promesa de cumplir bien y fielmente el encargo en el plazo de los tres días siguientes a serle notificado.

   No parece, en esta fase judicial, que el perito disponga de margen para negarse al nombramiento, y desde luego no porque le pueda parecer poco interesante el encargo, o que le va a reportar poca retribución económica. No son causas justificadas para negarse a asumir el cargo. Únicamente lo es, conforme a este mismo art. 385, el excusarse por concurrir en la persona del experto alguna causa de abstención (vgr., de recusación: las veremos ahora), en cuyo caso deberá procederse a la designación de otro.

c) No obstante, parece evidente que si el perito, más allá de sus preferencias personales, alega alguna circunstancia que no siendo de abstención revela una imposibilidad material y sobre todo técnica para cumplir adecuadamente con el encargo, el juez deberá aceptarlo también y sustituirle. Bien porque contrariamente a lo que había estimado a priori el tribunal, el objeto de la pericia no corresponda a su campo técnico, científico, artístico o práctico; bien porque en su caso el perito carezca del

instrumental o aparatos necesarios para realizar las comprobaciones inherentes a la pericia.

d) Ya una vez elegido –proseguimos con las obligaciones-, el perito tiene la obligación de presentar el dictamen en el plazo otorgado por el tribunal, el cual se entiende deberá ser previo a la celebración de la audiencia de prueba, pues las partes precisamente necesitan leer el dictamen para saber si se precisa pedir el interrogatorio del autor del informe con fines aclaratorios o de control de sus apreciaciones.

e) Y finalmente y cuando a resultas de esa solicitud sea citado a juicio, tiene el perito tanto extrajudicial (de parte) como el de designación judicial, la obligación de asistir a la sede de la vista oral convocada, y contestar las preguntas que se le formulen. De no comparecer con justificación, se reprogramará el acto de prueba para otro día. De no tenerla, se le impondrá una multa de cinco a diez salarios mínimos urbanos, más altos, que estén vigentes, apercibiéndole en la segunda ocasión (salvo que la parte proponente renunciara al interrogatorio) de que no asistir incurrirá en el delito de desobediencia a mandato judicial. Este último también podrá imputársele, si comparece pero se niega a contestar a alguna o varias preguntas, o lo hace con evasivas (art. 388 CPCM).

2.11.4.2.2.2 Derechos:

a) Básicamente el perito tiene derecho a que se le retribuya por la realización de su trabajo. De nuevo procede distinguir en este punto, entre la pericia extrajudicial y la judicial: en la primera variante, y enlazando con lo que antes comentamos, la estricta relación clientelar determinará el pacto entre ambos sobre cuánto y de qué modo (por adelantado, con provisión inicial de un porcentaje y el resto al finalizar el proceso, etc.) percibirá el perito sus emolumentos. Con todo, si el perito no hubiera cobrado nada y el dictamen se presenta con la demanda o la contestación (según que el encargante fuese el actor o el demandado, o el reconviniente o el reconvenido) parece lo lógico que el perito, que no ha recibido satisfacción alguna, le sea aplicado el régimen de la pericia de designación judicial, también a estos efectos de cobro.

b) Para esta última (pericia de designación judicial), la ley arbitra que si el perito lo solicite en el plazo de los tres días siguientes a su designación (pero nada impide que lo haga también *a posteriori*), la parte proponente depositará la suma que fije el tribunal conforme a los aranceles judiciales, lo cual se le notificará, contando entonces con cinco días para formalizar el depósito so pena sino de acordarse el desistimiento de la prueba (art. 379 CPCM). En el caso de que la pericia sea de común acuerdo de dos o más partes, "los gastos que ocasione la emisión del dictamen pericial serán satisfechos en partes iguales por el demandante y el demandado".

c) Todo lo expuesto en torno al pago de los derechos del perito, como exigencia para

que éste haga su trabajo, queda desconectado de lo que puede ser el pronunciamiento en costas en ese proceso, el cual seguirá sus propias reglas. Es decir, las normas que hemos citado lo que hacen es garantizar que el tercero cobrará por su trabajo, pero no predetermina qué parte será la definitivamente deberá cargar con esa retribución.

Por tanto, si hay condena en costas a la parte contraria a quien propuso la pericia, conforme al principio del vencimiento, deberá aquélla reembolsar a ésta sus honorarios ya pagados y debidamente justificados con factura.

Si, distintamente, resulta la estimación parcial de la demanda y no ha lugar a condenar en costas, la parte proponente cargará definitivamente con esos gastos. Salvo que se tratare de peritos presentados conjuntamente, en cuyo caso se seguirá repartiendo la minuta a partes iguales, puesto que ambas estuvieron de acuerdo con aprovecharse de sus servicios.

2.11.4.2.3 Control (abstención y recusación);

2.11.4.2.3.1 Qué se puede alegar:

La imparcialidad del perito se configura como un requisito esencial de su cargo, no simplemente como un motivo de sospecha a valorar convenientemente en la sentencia (como ocurre en la prueba de testigos). De tal modo que si se acredita la concurrencia de alguna circunstancia que lleve a desvirtuar aquel atributo, el perito debe ser excluido sin más y procederse a su sustitución por otro de igual titulación o conocimientos prácticos.

A tal efecto, el juez deber informar al perito al comunicarle la designación de su cargo, que deberá poner de manifiesto si existe alguna relación de parentesco o de amistad o de enemistad con alguna de las partes, o si tiene interés en el resultado del proceso (art. 385 CPCM), a fin de que no se le tome juramento y se proceda directamente a nombrar a otro"en los tres días siguientes a la recepción de la abstención".

En cualquier caso, si el perito calla (conscientemente, o porque no cree sinceramente que concurra ninguna causa de parcialidad, cualquiera de las partes a la que su informe pueda perjudicarle podrá alegar la causa de parcialidad, que ya no será de abstención sino de recusación, en los tres días siguientes a que las partes tengan conocimiento, por serle notificada, la designación del experto (art. 385, habla de los tres días siguientes a la designación, pero si no ha sido notificado de ella, mal puede ejercitarse control alguno).

Aunque no lo concreta la ley, parece lógico que no baste con la mera denuncia del motivo sino que éste habrá de probarse.

Bien mediante prueba documental, bien mediante testigos que se ofrecerá al tribunal para ser oídos en esos tres días, o incluso aportando informes periciales anteriores encargados por el mismo litigante, que pudieran revelar una relación continuada de confianza de éste con el perito.

2.11.4.2.3.2 Qué no se puede alegar:

No bastará para construir la causa de parcialidad con el mero hecho de que se trate de un dictamen extrajudicial donde, por tanto y forzosamente, la parte ha tenido que entrar en contacto personal y directo con el experto para poder hacerle el encargo. Que la ley hable de "perito de parte" en estos casos (art. 377 CPCM), lo es sólo a efectos de fijar cuándo se aporta el dictamen y a instancia de quién, pero nada más.

De nuevo hemos de recalcar que no pueden hacerse discriminaciones en el plano legal, entre el informe solicitado antes de haber proceso, o dentro de él.

La parcialidad que proscribe la ley es aquella que lleva al perito no simplemente a tener una relación estrictamente profesional con el litigante derivada de su contratación puntual para la elaboración de ese informe, sino una relación personal susceptible de llevar al experto a manipular las conclusiones de su trabajo, disfrazándolas de juicio técnico, con el fin de favorecer o perjudicar a una de las partes por motivaciones que obviamente van más allá que la de asegurar el cobro de sus honorarios, algo a lo que siempre como hemos visto tiene derecho, al menos dentro del margen de los aranceles judiciales aplicables, pero que nunca puede justificar un comportamiento ilícito y deontológicamente reprobable.

2.11.4.3 Pericial judicial:

2.11.4.3.1 Proposición del perito:

1.1.- Cuando el informe se aporta con los escritos de alegaciones no hay ninguna proposición que hacer del perito, sino que ésta ya se comprende en la propia entrega del dictamen, sin perjuicio de los controles que podrán instarse después en la audiencia preparatoria, o si es proceso abreviado en la audiencia de prueba (art. 381 párrafo tercero), para que se cite a declarar al perito.

1.2.- No debe olvidarse además que como resultado de hechos nuevos alegados por el demandado en su escrito de contestación, al oponer excepciones materiales, el art. 289 CPCM otorga derecho a la parte actora para que pueda consignar no sólo documental sino informes periciales dirigidos a desvirtuar esas afirmaciones. El mismo derecho le corresponde al actor cuando el demandado reconviene y se abre el plazo para contestar y presentar documentos e informes periciales de oposición a la reconvención. En ambas situaciones el informe pericial sigue siendo de encargo unilateral de la parte, como el extrajudicial del actor, es decir sin control del juez.

1.3.- Se deja hecha por supuesto la salvedad de una posible prueba anticipada, conforma a las reglas y requisitos de los arts. 326 y ss. CPCM.

1.4.- Fuera de los casos anteriores, ya hemos indicado que la ley permite también la designación por vía judicial:

a) El art. 381 párrafo primero del Código establece un primer supuesto para ello y es cuando por razones de urgencia la parte respectiva no ha podido gestionar en condiciones normales su contratación y encargarle el informe, optando en su escrito de alegación inicial por pedir al juez que lo designe, especificando el objeto de la pericia.

El tribunal valorará si la prueba resulta pertinente y útil y si es así se procederá a su nombramiento en el plazo de tres días "desde la conclusión del señalado para contestar la demanda, independientemente de cuál de las partes hubiera solicitado la pericia judicial". Regla que ha de modularse en el proceso abreviado en relación con la audiencia de prueba, de acuerdo con el propio art. 381, párrafo tercero.

Entendemos que dentro de estas "razones de urgencia" pueden también incluirse la situación de quien por carecer de recursos económicos suficientes para afrontar una contratación liberal del perito, conforme a las exigencias de aquellos a quienes se dirigió, deba optar por una designación judicial que traerá consigo la regulación de esos honorarios por arancel, lo que puede resultarle más equitativo.

b) Asimismo, también procederá la designación judicial en caso de acuerdo entre las partes, en los términos del art. 378 CPCM que ya analizamos en el epígrafe segundo relativo al número de peritos. La prueba se propondrá aquí hasta la audiencia preparatoria (proceso común) o en la vista oral del abreviado (por aplicación del art. 381 último párrafo).

c) Aunque no lo mencione expresamente la ley, también debe caber designación judicial del dictamen cuando se trate de pedir prueba pericial de contraste, precisamente para desvirtuar el valor de algún informe aportado en las fases previas del proceso por la parte contraria. Dicho de otro modo: el derecho a defenderse de la prueba defectuosa o falsa, no pasa únicamente por interrogar al perito que ha redactado el dictamen discutido, sino también, si se prefiere, por aportar una pericia de signo contrario, cuya mayor solidez técnica y claridad expositiva resulte más convincente de cada a la futura sentencia.

d) Finalmente y sin más precisiones, el párrafo final del art. 381 concede el derecho a las partes –cada una por separado, o varias estando de acuerdo- de pedir la prueba pericial, durante la audiencia probatoria o la audiencia de prueba del abreviado, "casos en los que el tribunal lo designará sin más trámite, si considera la prueba pertinente y útil".

No sujeta esta posibilidad postrera a requisito o circunstancia especial alguna, más allá de la lógica justificación que ha de darse para explicar por qué no se aportó el dictamen en la fase de alegaciones, sin que parezca suficiente para saltarse el régimen preclusivo, la alegación de una simple cuestión de conveniencia. Más bien, cuando este 381 habla de prueba pertinente y útil, debe serlo también en el sentido de prueba que justificadamente no pudo solicitarse antes y sí ahora.

2.11.4.3.2 Aceptación del cargo:

2.1.- En el caso de que el juez autorice la prueba, se procederá a la designación del perito, para lo cual se oirá a la parte proponente acerca de la especialización que a su criterio se requiere en el experto, además de acotar los términos de la pericia, ante lo que las demás partes podrán expresar sus opiniones.

A la vista de todo ello el órgano judicial resolverá sobre ambos aspectos (especialización del perito y objeto concreto del informe). Para su designación, conviene que el órgano judicial posea listados orientativos de los distintos colegios profesionales cuyos titulados pueden prestar el servicio, sin perjuicio eventualmente de acudir a otras fuentes de referencia (prensa especializada, entre otras). Y que implemente un sistema de elección lo más objetiva posible, por ejemplo a través de sorteo.

2.2.- Importa destacar en este punto, que una vez informado del contenido y finalidad de la pericia que se le encarga y siempre que acepte el cargo, el perito deberá hacer constar expresamente que "prestará juramento o hará promesas de cumplir bien y fielmente el encargo" (art. 385 CPCM). Algo similar se prevé para la pericia extrajudicial, sólo que como ahí no existe control judicial en el nombramiento del experto, es este último quien queda obligado en su dictamen a incluir por escrito "la promesa o juramento de decir verdad, así como el hecho de que ha actuado y actuará con objetividad" (art. 375 párrafo segundo).

¿Qué ocurre si no se hiciere? El tribunal tiene el deber de velar porque al menos ese requisito se intente cumplir, advirtiendo a la parte proponente y al perito que o bien no se ha incluido esa coletilla en el dictamen que se aporta, o bien el perito cuando aceptó el cargo no formuló la correspondiente promesa o juramento (lo que en este último caso por cierto entrañaría una cierta corresponsabilidad del propio tribunal, que por descuido no le inquirió en ese momento para que además de aceptar el cargo formulara el compromiso).

Se trata en todo caso de una formalidad subsanable, que una vez puesta de manifiesto por alguna de las partes -o de oficio en la de designación judicial, por ser como decíamos de su corresponsabilidad-, permitirá que el tribunal otorgue plazo perentorio a fin de que el perito comparezca y ya sea uno u otro tipo de pericia (extrajudicial o judicial), efectúe dicho trámite.

Si el perito sin embargo, requerido por ello se niega a hacerlo, el dictamen carecerá de valor, puesto que es evidente la intencionalidad legal de configurar este compromiso del perito como un elemento de validez esencial del dictamen.

Una negativa injustificada, es decir, una negativa lisa y llana a formularlo -no la mera imposibilidad material de acudir el día que se le señale-, ha de interpretarse como una voluntad tácita pero inequívoca del perito de desentenderse del deber de veracidad al que está sometido su trabajo. Y en esa medida, ya no será preciso acreditar con pruebas de revocación que el perito carece de la aptitud técnica exigida, o que es parcial. Él mismo habrá desvirtuado la eficacia total de su informe con esa negativa propia.

2.11.4.3.3 Emisión del dictamen:

3.1.- Una vez asumido el encargo, el juez o tribunal delimitará tanto el contenido del dictamen, como el plazo dentro del cual el perito deberá presentar su dictamen (art. 381 *in fine*). De acuerdo con el art. 386 del Código, el perito deberá ceñirse al mismo, so pena de inutilidad de la prueba en lo que resulte ajeno al encargo efectuado[266]. Lo remitirá por escrito tanto al juez como a las partes, en todo caso antes de los diez días previos a la fecha de celebración de la audiencia de prueba, tratándose de proceso común. En el abreviado, dado que la propia proposición y encargo del perito se ha hecho en la propia audiencia de prueba, no parece posible que el dictamen pueda estar listo ese mismo día, sino que tendría que entregarse a las partes en fecha posterior que marque el órgano judicial, y ello al margen de que se llegue a solicitar después el interrogatorio del experto.

3.2.- El dictamen pericial deberá elaborarse en los términos que resulten más comprensibles para sus destinatarios, que son el tribunal y las partes. Ha de contenerse en él: a) la descripción preliminar del objeto del encargo y la titulación o experiencia del perito en ese campo, b) la metodología científica o técnica empleada, debiendo para ello ajustarse "a las reglas que sobre la ciencia, arte o técnica correspondiente existieren" (reglas que en principio desconocerá con frecuencia el tribunal, pero las partes pueden consultar por su cuenta a otros peritos para verificar su corrección); c) las concretas operaciones o análisis efectuados, de la índole que fueren (químicos, contables, médicos, etc.); d) las conclusiones a las que llega el informe, determinando si existe una causa única o en cambio varias que expliquen los hechos y, en este último caso, qué porcentaje de probabilidad ha de asignarse a cada una; f) la firma del perito.

Este contenido deberá seguirse también para la elaboración de los informes por los peritos de parte, aportados en la fase inicial de alegaciones o con posterioridad, pero sin designación judicial.

2.11.4.4 Interrogatorio judicial del perito:

El Código no exige en ningún momento que el perito que suscribe un informe pericial extrajudicial deba comparecer en juicio para ratificarlo, por lo que se da por sentado que constando su identidad, autoría y firma, resulta esto suficiente para otorgarle validez legal (otra cosa será su valoración concreta en sentencia). Tampoco se precisa la ratificación de los peritos de designación judicial, quienes aceptado el cargo llevarán a cabo la actividad necesaria, redactarán el informe y, como hemos ya dicho, lo entregarán al órgano judicial y a las partes.

266 "…Al respecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina han sostenido que para que la peritación tenga validez es indispensable que el dictamen se limite a los puntos que han sido planteados a los peritos, de tal suerte que el dictamen sobre puntos distintos carece de eficacia probatoria. (…) De lo expuesto se concluye, que la prueba pericial aportada al proceso carece de eficacia probatoria por cuanto se basó en el análisis de hechos no sometidos a su conocimiento": Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema, de 8 de febrero de 2008, dictada a las 11 hh. (ref. Ca.44-C-2006).

Por tanto, el interrogatorio judicial del perito únicamente se produce cuando, a resultas de la lectura del informe ya obrante en autos (sea extrajudicial o judicial), alguna de las partes actuantes, sea la proponente de la prueba, sea cualquier otra, considere pertinente y útil que se cite al experto para que rinda cuenta de determinados extremos contenidos en él: con fines aclaratorios ante la posible densidad técnica del lenguaje empleado; para que amplíe las explicaciones en torno a uno de los puntos que desarrolla en él; o incluso para que desentrañe la real o aparente incoherencia o contradicción entre distintos apartados del informe.

A esto se refiere el art. 387 CPCM, señalando que si se solicita la práctica de dicho interrogatorio, se proveerá a ello citándole para que acuda al acto de la audiencia probatoria, lo cual presupone para ello, que el dictamen llegue con la suficiente antelación a manos de las partes. De no ser así podría ser necesario posponer la audiencia para una fecha ulterior. Efectuada la citación y comparecido el experto (si no lo hace, le pararán las consecuencias que ya se indicaron en el epígrafe de las obligaciones), se iniciará el interrogatorio empezando por la parte proponente, salvo que ésta nada tenga que preguntar (lo cual es factible si el dictamen le parece del todo satisfactorio). proseguirá después con las demás partes demandantes si las hubiere- y las demandadas, para todas las cuales la ley utiliza el término "contrainterrogar", aunque con frecuencia no consista propiamente en eso, sino en aclarar otros aspectos distintos del requerido por la parte proponente. Unas y otras partes "podrán pedir que el perito exponga el dictamen, lo aclare, lo ilustre, responda a preguntas concretas sobre el método seguido, premisas, conclusiones y todos aquellos extremos que puedan contribuir a aclarar y comprender mejor su opinión" (art. 387 párrafo tercero).

También el juez o tribunal podrá formular las preguntas que considere menester si bien con fines de aclaración, esto es, sin suplir la actividad de parte (mismo art. 387 *in fine* CPCM).

2.11.4.5 Valoración:

Dos cuestiones convienen que resaltemos en este apartado:

1. La primera es que expresamente determina el art. 389 que el informe pericial será valorado conforme a las reglas de la sana crítica, es decir, como venimos identificando, valoración libre pero racional y motivada de la prueba. Es importante tener esto presente, pues en ningún caso la prueba pericial deviene vinculante o tasada por el juzgador. Es fácil comprender esto cuando en un proceso se presenten (y tal cosa será muy probable en temas que exijan conocimientos especializados) dos o más dictámenes, cada uno de una parte, discrepantes y hasta contradictorios entre sí: en esa tesitura, resulta obvio que todos ellos valen igual y lo que debe conducir a optar por uno u otro, o por seleccionar partes de ambos a la vez (lo que es otra posibilidad frecuente), ha de ser la solidez intrínseca del dictamen, la seriedad de su exposición, la metodología empleada y la logicidad de sus resultados.

2.- Pero aunque no fuese así y obrase un único dictamen, tampoco será prueba tasada, necesitándose siempre que su contenido convenza al juez. Es cierto que estamos hablando

de máximas de la experiencia que éste no posee y por tanto no se trata de pedirle al dictar sentencia que tenga algo de lo que hasta ese momento carecía (el saber especializado). Lo que importa es que el juez tiene la capacidad crítica para apreciar cuándo un dictamen, por su contenido, resulta convincente y cuándo no. En eso radica su valoración, extrayendo la información útil para declarar los hechos probados.

Bajo el derogado art. 363 CPC que establecía una regla de prueba tasada de la pericial médica, la jurisprudencia ya había matizado que tal valor quedaba confiado en definitiva a la apreciación del juez en cuanto a la credibilidad de las conclusiones alcanzadas por el experto[267].

3.- Como venimos señalando a lo largo del tema, el juez o tribunal no puede despreciar la pericia extrajudicial por el mero hecho de serlo, tanto si es el único informe aportado, como si hubieran otros de designación judicial. Todos los informes valen legalmente lo mismo. Por ello, el que prevalezca uno u otro dependerá (dejando al margen posibles recusaciones, o la invalidación del dictamen por incumplimiento de requisitos formales) de la credibilidad de su contenido, tal como hemos dicho ya.

267 "…En este sentido el Art. 363 Pr. C., asigna valor de plena prueba al dictamen pericial, en la parte facultativa o profesional; pero es el Juzgador al que corresponde calificar la legalidad y determinar el valor probatorio que corresponde al caso concreto, debiendo advertirse que los peritos concordaron en que el material debitado (la firma del testamento) y el material indubitado (la firma de los documentos auténticos) son materiales morfológicamente diferentes, es decir, tienen formas distintas, lo que equivale a que la firma del testamento no es la misma firma puesta en el material indubitado, siendo además que la opinión de los peritos no puede pasar por sobre aquellas cosas de las que se tiene conocimiento por simple apreciación directa del Juzgador…": Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de 11 de julio de 2005, dictada a las 10 hh. (ref. 320-SM).

2.11.5 Reconocimiento Judicial

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Concepto y presupuesto.- II.- Proposición, admisión y práctica.- III.- Reconocimientos compuestos.- IV.- Valoración del acta de reconocimiento.-

2.11.5.1 Concepto y presupuesto:

1.- Medio de prueba por el que se solicita al juez o tribunal que realice un examen directo y a través de sus sentidos, de una persona, de un objeto o de un lugar (art. 390 CPCM), con el fin de aprehender los hechos controvertidos y dejar registro escrito de ello a través de acta.

El reconocimiento judicial por tanto se identifica como una prueba personal especial, puesto que lo que se busca es obtener información que consta a un sujeto, pero que es un sujeto cualificado porque se trata precisamente de quien ha de resolver la controversia. Es también, al menos en su resultado, una prueba real, pues lo que importa es la versión de los hechos que se reflejen en el acta de reconocimiento, que es el soporte a partir del cual podrá valorarse la información en la sentencia. Como su nombre indica, el reconocimiento no se refiere únicamente al sentido más clásico de la vista, sino a cualesquiera de los cinco que normalmente posee el juez, dado que en ocasiones importas más otros distintos (como el olfato o el oído), o varios a la vez.

2.- La importancia de la prueba de reconocimiento no radica tanto en la especialización del conocimiento del juez, sino en el grado de inmediación de los hechos que va a alcanzarse si se logra que la prueba se admita y lleve a cabo, así como la importancia de que quien ha captado los hechos es precisamente quien va a resolver la causa268.

Ahora bien, tanto por la perturbación que provoca en el quehacer ordinario del tribunal el acordar este tipo de prueba cuando se trata de bienes inmuebles o lugares –lo que obliga a programar una salida fuera de la sede judicial-, como por la posibilidad casi siempre de encontrar otros medios de prueba que cumplan la misma función que la que se espera del reconocimiento (dejando aparte la pericial, que busca ante todo un conocimiento especializado, estaría la propia testifical), esta última es una prueba de uso más bien subsidiario. Eso es, en defecto de otras pruebas pertinentes disponibles, y como último recurso para no dejar a la parte en indefensión.

3.- El art. 390 *in fine* contempla asimismo la figura del reconocimiento practicado *ex officio* "cuando lo considere necesario [el juez] para dictar sentencia". A fin de no descabalgar

268 Con palabras de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema: "La prueba por inspección es el único medio que sitúa al Juez en contacto directo con los hechos afirmados por las partes. Lo fundamental en este medio de prueba es el convencimiento que adquiere el juzgador de la relación entre las afirmaciones de las partes y la realidad, de donde resulta que el Juez puede inclusive desconocer lo dictaminado por los peritos, porque lo decisivo es la convicción que él obtiene sobre una determinada afirmación": Sentencia de 6 de noviembre de 2003, dictada a las 11 hh. (ref. 1671 SS).

todo el sistema probatorio del Código, fundado en el principio de aportación de parte y que reserva la intervención oficial sólo para fines meramente aclaratorios, ha de suponerse que este reconocimiento únicamente se acordará con igual propósito.

Es decir, nunca para suplir la inactividad o torpeza de las partes en su proposición ordinaria de prueba, sino para discernir dudas o lagunas derivadas de otras pruebas ya practicadas.

2.11.5.2 Proposición, admisión y práctica:

1.- El reconocimiento a instancia de parte, sea cual fuere su objeto, debe proponerse en el acto de la audiencia preparatoria si es proceso común (art. 391 CPCM) y si es en un abreviado, aplicando a falta de norma específica la previsión general del art. 428 párrafo segundo, se pedirá en los tres días anteriores al acto de la audiencia.

2.- El tribunal proveerá sobre ella de acuerdo a los parámetros de pertinencia, utilidad y licitud normales, valorando como hemos dicho también la necesidad de dicha prueba o la posibilidad de alcanzar el mismo resultado con otros medios probatorios también propuestos.

3.- Respecto de la práctica del reconocimiento, debe distinguirse:

a) Si éste versa sobre una persona o sobre un bien mueble que puede trasladarse a la sede del órgano judicial: en ese caso, una u otro serán llevados a presencia del juez o magistrados para que en el propio acto en que se propone, admitiéndose la prueba se pase ahí mismo y de inmediato a realizar el reconocimiento y dejar constancia de ello en el acta correspondiente, "debiéndose describir en forma ordenara e inteligible el estado en la persona o en que el objeto se encuentren".

   Permitiéndose la intervención de las partes tanto para objetar el relato de lo que se va levantando en acta (art. 392), como, se entiende también, para pedir siempre en ese momento su ampliación a algún aspecto de la persona u objeto examinados.

b) En el caso concreto del reconocimiento de personas, deben tenerse en cuenta dos aspectos:

   b-1.- La ley no está facultando desde luego, a autorizar el examen de zonas ocultas del cuerpo humano, es decir, de aquellas que no sean visibles externamente y cuya desvelamiento pueda afectar al derecho constitucional a la intimidad de la persona, salvo que la propia persona consintiera expresamente en ello. Estas normas del CPCM por tanto no pueden producir la conculcación de derechos fundamentales.

   b-2.- La ley habla del reconocimiento de personas en general, luego, no se refiere necesariamente a quien ostente el carácter de parte en el proceso. Sin embargo así ha de entenderse, pues carece de sentido que se debata sobre

el estado físico o la condición de alguien que no está actuando en el proceso como parte, pues o se trata de que la relación material le afecte.

No parece posible ni sensato, sostener que el art. 392 y concordantes CPCM establece un deber general ciudadano a dejarse examinar por un juez, en procesos donde la persona no discute nada propio ni está constituida como parte. No es así en materia penal, con igual razón no puede serlo en este ámbito jurisdiccional civil-mercantil.

c) En lo que hace al reconocimiento de bienes inmuebles o de "lugares" en el sentido más lato del término, es evidente que éste no puede llevarse a cabo en la sede del tribunal sino donde se hallen. De allí que el art. 392 *in fine* prevea en tal hipótesis que, una vez admitida la prueba, "se señalará día y hora para su práctica, la cual se realizará antes de la audiencia probatoria, con cita previa de las partes", para que puedan éstas intervenir en el acta y dejar constancia de ello en el acta.

d) Ante la eventualidad de su falta territorial de jurisdicción, se contempla en el Código como no podría ser de otro modo el auxilio a un tribunal de la circunscripción donde se encuentre el bien inmueble, el lugar y en su caso el bien mueble (piénsese un litigio sobre el derecho de propiedad, o la indemnización de una obra de arte u de otra especie que esté sometido a medidas de seguridad, dificultades de traslado, etc.), garantizando la contradicción y defensa de las partes a las que se deberá notificar, primero el exhorto, y luego por el tribunal encargado (lo que llama este art. 303, en relación con el art. 10 CPCM, la "comisión procesal"), la fecha y hora de su realización.

e) El acto de prueba, en fin, no podrá considerarse cumplido si no se levanta como decimos el acta acreditativa, cuyos requisitos inexcusables recoge el art. 395 CPCM. A saber: "1°. Lugar y fecha de la diligencia. 2°. La identificación del tribunal que llevó a cabo la diligencia. 3°.

La identificación de las personas que concurren a la diligencia y la calidad en que lo hacen. 4°. La constatación que de los hechos se hubiere verificado. 5°. La firma de los concurrentes, si pudieren y supieren".

2.11.5.3 Reconocimientos compuestos:

Con el fin sobre todo de permitir al tribunal formarse una idea más completa acerca de la credibilidad de pruebas personales, el art. 394 CPCM permite que se pueda intentar una reconstrucción de los hechos mediante una prueba compleja integrada por un reconocimiento judicial, más algún medio probatorio personal como testigos o peritos.

Se trataría de una práctica simultánea de esas dos o tres pruebas, pues al tiempo que se levanta el acta de reconocimiento, en ella se incluirían las preguntas formuladas al tercero (testigo o perito) y sus correspondientes respuestas. En todo caso, el acto de prueba debe

respetar las reglas previstas en el Código para la práctica de cada uno de los medios que integrarán el acto complejo.

No queda claro si este tipo de prueba compuesta procede también de oficio o únicamente a instancia de parte. La norma señala que el juez "podrá ordenar" que se realice, pero no dice a iniciativa de quién. No vemos inconveniente, sin embargo, que pueda serlo en los dos sentidos, tanto si lo solicita una de las partes como también si lo estima conveniente el juez o tribunal, tal como ya preveía el art. 367 del derogado CPC para la actuación de peritos auxiliares[269]. Cuya utilidad además ha considerado procedente la jurisprudencia[270], bien que con carácter de prueba dependiente de la del reconocimiento[271].

Siempre, eso sí, que con fines aclaratorios como antes advertíamos. Si es a instancia de parte quien la proponga deberá justificar la utilidad y pertinencia de que se lleve a cabo de ese modo integral y no por separado, en el entendido de que se trata de valorar circunstancias de conveniencia para mejor ilustración del juez, no circunstancias tajantes que o se cumplen o no cabe la prueba. No, es el juez quien debe ponderar si en efecto y al menos potencialmente se pueden obtener ventajas de su práctica en esos términos, si previsiblemente se enriquecerá la información a recabar allí, y si existe peligro de menoscabo de los derechos de las partes, pues en caso afirmativo la denegará.

Las partes habrán de ser notificadas con la misma antelación que cualquier otro reconocimiento para que asistan e intervengan, sabiendo que el acto tendrá un contenido complejo pero a la vez respetando la individualidad de cada medio de prueba, para lo que irán debidamente pertrechados con el interrogatorio que a su derecho convenga.

2.11.5.4 Valoración del acta de reconocimiento:

1.- A falta de una disposición concreta que establezca su valor probatorio, resulta una vez más aplicable el art. 416 CPCM, imponiendo como sistema el de las reglas de la sana crítica. Importa considerar aquí especialmente el carácter impersonalizado, aséptico u objetivo que adquiere el acta de reconocimiento una vez redactada y firmada por los intervinientes.

269 A tenor del cual: "Si el objeto de la inspección exigiere por su naturaleza conocimientos especiales en alguna ciencia o arte, el Juez nombrará peritos que le acompañen".

270 Así por ejemplo, Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de 16 de enero de 2004, dictada a las 8.15 hh. (ref. 81 Nva. SS).

271 Ver la Sentencia de la Corte Suprema de 5 de diciembre de 2005, dictada a las 9 hh. (ref. Ca-130 C-2005): "… En el caso sub lite, tal como lo apunta el tribunal Ad quem, consta en autos, fs. 75 de la p.p., que la prueba solicitada, practicada y en base a la cual se falló en el proceso, es **la inspección personal del juez**. Partiendo de ello, no es válida la infracción señalada por el recurrente (…) referente a la prueba pericial, pues ésta no se ha producido en el proceso. El impetrante, ha mal interpretado la circunstancia de que el Juez se hizo acompañar por un perito para la realización de la inspección, facultad que la misma ley le otorga al juzgador, con el fin de esclarecer algún punto que requiera conocimiento técnico, sin que ello constituya un elemento condicionante del dictamen, ya que como lo dispone el inc. 2° del Art. 370 PR. C. el dictamen de los peritos no debe apreciarse si es contrario a la estimación del juez. En tal sentido, tratándose de una prueba por inspección y no de una pericial, si el juzgador se hizo acompañar de un solo perito, en nada afecta el valor probatoria de la inspección realizada, ya que como la misma ley lo establece, el involucrar peritos en dicha prueba es opcional y no condicionante de dicha prueba".

Ella desvincula al juez de su propia creación (debe tratarlo con la inmediación típica de todo medio de prueba representativo, aunque haya sido él su autor), y a la vez delimita la información que puede ser utilizada por éste en su sentencia, pues todo lo que no esté en el acta no estará en el mundo, conforme al conocido apotegma jurídico.

2.- Ciertamente, resulta difícil pensar que el juez pueda apartarse en su decisión final de aquello que ha presenciado por sus sentidos y lo ha hecho constar así en el acta. No obstante, aunque *de facto* nos hallamos ante un medio probatorio con bastante peso específico, tampoco puede ni debe de considerársele decisorio ni vinculante, sobre todo a la vista de dos datos siguientes:

a) Es posible que los hechos del acta no ofrezcan duda, pero eso no significa que esos hechos abarquen todos los litigiosos, ni que no existan otras circunstancias que deban tomarse en consideración para "reconstruir" la historia completa del conflicto jurídico debatido;

b) No siempre el autor del acta de reconocimiento será el juez al que toque valorarla: no será así, desde luego, en los casos mencionados en que se pida la colaboración (delegación) de un tribunal sito en circunscripción judicial distinta a aquella en la que tiene su sede el competente en la causa.

Tampoco habrá identidad orgánica en cuanto la sentencia sea recurrida, al menos en apelación, donde la Cámara de Segunda Instancia puede revalorar el material de autos y en esa perspectiva, se trataría de un acta que le resulta ajena, que ella no ha formado.

2.11.6 Medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información.

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Concepto y clases.- II.- Proposición y admisión.- III.- Práctica.- IV.- Valoración.

2.11.6.1 Concepto y clases:

1.- Cierra la serie de articulados del nuevo Código dedicados a los distintos medios de prueba, refiriéndose en los arts. 396 a 401 a los que con carácter sintético podemos denominar "modernos medios" o medios de prueba tecnológicos, los cuales han constituido uno de los caballos de batalla más arduos de la jurisprudencia de los distintos países cuando todavía no contaban con su reconocimiento legal (se acudía para su cobertura a una interpretación forzada de la prueba documental).

Una laguna que en los últimos años se ha venido subsanando, y así desde luego lo hace el nuevo CPCM con pleno y doble acierto: de un lado, por esa misma aceptación hacia un mundo tecnológico que nos rodea y acompaña en gran cantidad de nuestros actos, tanto en el ámbito familiar como profesional. Opta así el legislador por generalizar su uso procesal en todas las contiendas civiles y mercantiles regidas por el Código, no sin ciertas cautelas en su tratamiento a las que ahora haremos referencia. Tarea que no se llegó a acometer en ninguna reforma del ya derogado CPC, aunque sí en otras leyes[272].

De otro lado, porque con prudencia el Código apuesta por una regulación mínima, sin pretensiones de establecer rígidas y enrevesadas órdenes técnicas que podrían torpedear la efectividad de su tratamiento judicial.

2.- Dejando fuera aquellos medios de prueba que aunque de base científica, han sido calificados legalmente como documentos y a esa condición ha de estarse (las fotografías, planos, mapas, croquis "u otros instrumentos similares" ex art. 343 CPCM), el Código contempla en esta Sección Sexta dos tipos caracteriológicos de soportes o instrumentos técnicos con valor probatorio, sometidos ambos al mismo régimen:

272 Al efecto, art. 455 CCom: "Los comerciantes podrán hacer uso de microfilm, de discos ópticos o de cualquier otro medio que permita archivar documentos e información, con el objeto de guardar de una manera más eficiente los registros, documentos e informes que le correspondan, una vez transcurridos por lo menos veinticuatro meses desde la fecha de su emisión. Las copias o reproducciones que deriven de microfilm, disco óptico o de cualquier otro medio, tendrán el mismo valor probatorio que los originales siempre que tales copias o reproducciones sean certificadas por Notario, previa confrontación con los originales. En caso de falsedad, se estará a lo dispuesto en el Código Penal".
También el art. 51 LPF, en aquello que rebasa la naturaleza de un informe pericial: "En el proceso de familia son admisibles los medios de prueba reconocidos en el derecho común, la prueba documental y los medios científicos".

a) En primer término los que describe como "medios de reproducción del sonido, la voz, los datos o la imagen" (art. 396): hablamos aquí del amplio espectro de grabaciones y registros audiovisuales, proyectados sobre sonidos e imágenes de la más variada índole y con interés en un proceso concreto.

b) Y en segundo lugar, los soportes o medios "de almacenamiento de datos o de información (...) magnéticos o informáticos" (arts. 397 y 398 CPCM): tanto los soportes o aparatos que contienen la información original (desde unidades "c" de computadora, a una simple cinta de cassette en el que se hubiera grabado una conversación), como aquellos que sirven para copiar y reproducir esa misma información (disquetes de cd o dvd, unidades externas de almacenamiento, "pen drive", etc.).

2.11.6.2 Proposición y admisión:

1. En cuanto a la proposición de estos medios, ha de conjugarse el presente articulado con las reglas contenidas en el art. 325 del mismo Código ("acreditación de prueba material o tangible") que ya analizamos en el epígrafe respectivo del tema anterior sobre la Actividad Probatoria. En lo que ahora importa recordar, se establece ahí que la proposición, formalizada en el trámite ordinario (audiencia preparatoria –proceso común- o audiencia de prueba –proceso abreviado-) deberá ir acompañada de una justificación testifical, que servirá al juez para calibrar la pertinencia, utilidad y licitud del soporte que se presenta.

Hay que tener en cuenta además, que esta clase de soportes no solamente constituyen medio de prueba en sentido estricto gracias a lo que aquí permite el Código, sino que también pueden convertirse en el "objeto" de la prueba de un proceso concreto, cuando sobre ellos gravita precisamente la pretensión deducida. Piénsese por ejemplo en una demanda de protección de una marca o patente sobre un programa informático, o una acción de incumplimiento o resolución de contrato por la entrega de un aparato de reproducción audiovisual con defectos de fabricación, etc.

2.- A las garantías del art. 325 CPCM, se añaden las reglas que introducen los arts. 397 y 398 CPCM en cuanto a la aportación de estos medios de prueba (sea de reproducción del sonido e imágenes, sea de almacenamiento de datos), la cual podrá comportar la entrega tanto de un soporte-copia de la información, o bien del aparato que contiene el registro original archivado.

Si se hiciere lo primero, la parte contraria podrá solicitar del tribunal que se requiera al proponente para que entregue también el instrumento o soporte en el que obre el original (disco duro o unidad "c" de una computadora, cartucho o disco de la grabación, etc.). Si por no tenerlo en su poder, o debido a sus dimensiones o el estado de la cosa, no pudiera ser trasladado a la sede del órgano judicial, "el proponente indicará el lugar donde el material se encuentra para que el juez lo requiera o se persone en dicho lugar" (art. 398), ordenando en su caso la exhibición del original y su aportación al proceso (art. 399) o bien advere su cotejo con la copia presentada, para otorgar autenticidad a esta última.

3.- En orden a la admisión judicial de estos medios de captación tecnológica de hechos, tanto importará controlar la teórica o potencial pertinencia y utilidad de la prueba, como su licitud, pues con ningún otro medio de prueba que con éstos existe tanto riesgo de una eventual vulneración de derechos fundamentales (honor, intimidad y propia imagen, especialmente), de las partes o de terceros.

Si bien las dudas sobre la manipulación del aparato o disco pueden despejarse al final de la audiencia probatoria permitiendo de entrada que se admite, no ocurre lo mismo con la ilicitud: ésta debe despejarse de manera tajante, excluyendo la prueba inconstitucional[273].

4.- En el propio acto de proposición y admisión, se deberá permitir a las demás partes proponer aquellos otros medios de convicción dirigidos al control y enervación de su valor (básicamente prueba pericial).

2.11.6.3 Práctica:

1.- Como se ha indicado, no será infrecuente que a efectos de determinar la propia existencia y autenticidad de esta prueba, haya sido precisa ya algún tipo de reproducción de la información contenida en el soporte técnico. Como quiera que sea, la verdadera "práctica" de esta clase de prueba ha de tener lugar en la audiencia probatoria, sea proceso común o abreviado.

A tal efecto, los arts. 399 y 400 CPCM establece una reproducción de la información contenida en el soporte de que se trate, en la sala de vistas del tribunal, salvo que una vez más resulte necesario trasladarse a algún lugar en el que se halle el aparato requerido para ello, si éste no se puede movilizar. En muchas ocasiones esto ciertamente no será necesario, porque el órgano judicial tendrá el equipo necesario (computadoras, aparatos de video).

2.- Asimismo se prevé el auxilio de un perito o práctico en sentido amplio, con una doble función: ayudar a la puesta en funcionamiento y regulación del aparato que permitirá la reproducción de la información (art. 400 CPCM).

273 Estatuye la Sentencia de la Sala Primera TS español, de 2 de julio de 2004 (recurso de casac. nº 2600/1998) en relación con estos modernos medios de prueba: "La jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 30 de noviembre de 1992, 2 de diciembre de 1996 y 12 de junio de 1999) ha venido admitiendo como medios probatorios las cintas magnéticas, videos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual , y hoy el art. 382 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil regula, entre los medios de prueba, 'la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes', e igualmente admite estos medios de prueba el art. 299.2 de esta Ley . De ahí la licitud de la obtención de estos medios de prueba siempre que esa abstención no se haya realizado en forma contraria a Derecho o con vulneración de los derechos fundamentales de las personas a que tales grabaciones o filmaciones se refieran (...). En el caso, las imágenes han sido captadas, que no reproducidas ni publicadas, en la calle, como ponen de manifiesto ambas sentencias de instancia, recogiendo la entrada y salida de la vivienda de la actora-recurrente y de sus hijos y otras personas no identificadas; si bien el art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982 considera intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de una persona, su captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, el propio art. 7.5 se cuida de excepcionar los casos previstos en el art. 8.2 de la Ley ...".

Y en segundo lugar, como ya hemos mencionado en la fase de proposición, "las partes, de considerarlo necesario, podrán solicitar al juez la designación de un perito, a costa de quien lo propone", con el fin de ir formulando sus observaciones ("en la misma audiencia y de viva voz") mientras tiene lugar la reproducción programada, dejando constancia de esas opiniones en torno al contenido de lo que se reproduce, a las condiciones en que se ha hecho la captación/grabación, y a la validez y autenticidad, o posible alteración del material. Opiniones pues, favorables o desfavorables a la eficacia de la prueba, frente a las que se otorgará derecho de interrogatorio a las partes "cuando algún punto no hubiera quedado claro" (art. 400 *in fine* CPCM).

2.11.6.4 Valoración:

1.- Por último, indicar que con carácter genérico no se pauta nada específico sobre el valor probatorio de estos medios, lo que nos conduce, cómo no, al art. 416 del Código y la aplicación del juzgar razonado que deriva del respeto a ese standard que son las reglas de la sana crítica.

En general, el juez tendrá en cuenta no solamente el contenido de lo aprehendido por el medio técnico, sino la legibilidad de la grabación, los hechos que reproduce, y desde luego también las observaciones testificales (al proponer la prueba: recuérdese, art. 325) y periciales igualmente practicadas.

2.- Dada la facilidad con que puede presentarse este tipo de anomalías, el art. 401 sí que se refiere a los medios de esta clase que aparecieren deteriorados, y lo hace para regular en esencia lo mismo que en materia documental (art. 342 CPCM). Esto es, permitiendo que puedan tener valor en juicio siempre que la destrucción o deterioro afecte no sólo al formato externo del soporte sino a la información interna, en cuya hipótesis "no harán fe respecto del hecho que se pretende probar".

BIBLIOGRAFÍA:

Además de las obras generales citadas al final del Título Preliminar, recomendamos: FONT SERRA, Eduardo: *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000; GORPHE, François: *La crítica del testimonio*, Edit. Reus, sexta edición, Madrid, 1980; ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: *La prueba de documentos en el proceso civil. Estudio jurisprudencial*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1994; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Universidad de Salamanca, 1977 y "Medios de reproducción de la imagen y el sonido", en *La prueba (AA.VV.)*,CGPJ, nº 7, Madrid, 2000; JIMÉNEZ CONDE, Fernando: *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

2.12 AUDIENCIA PROBATORIA

Santiago Garderes

SUMARIO: I. Función de la audiencia probatoria. II. Comparecencia de las partes. III. Práctica de las pruebas. IV. Objeciones. V. Suspensión e interrupción de la audiencia. VI. Prueba fuera de audiencia. VII. Conclusión de la audiencia probatoria. Las diligencias para mejor proveer. VIII. Documentación de la audiencia.

2.12.1 Función de la audiencia probatoria

La audiencia probatoria tiene por objeto **"la realización, en forma oral y pública, de los medios de prueba que hubieran sido admitidos"** (art. 402). Consagra de esa forma, el principio de oralidad en materia probatoria, en virtud del cual la prueba debe practicarse en audiencia, con plena vigencia de los principios de inmediación, publicidad, concentración, defensa y contradicción.

Dentro de la estructura del proceso común en la que se inserta, la audiencia probatoria se lleva a cabo una vez concluida la audiencia preparatoria, dentro del plazo máximo de sesenta días, y concentra la actividad de producción de las pruebas admitidas durante la audiencia preparatoria, concluyendo con los alegatos finales de las partes; finalizada la audiencia, comienza a correr el plazo de quince días para dictar sentencia.

La audiencia deberá ser presidida personalmente por el juez bajo pena de nulidad insubsanable (arts. 10 y 200); lo que constituye uno de los ejes de la reforma procesal, que procura dotar a la sentencia de una mayor eficacia en sus fundamentos probatorios, al asegurar que el juez falle en base a la prueba que percibió directamente y no en base al mero registro documental (actas) de instancias probatorias que no presenció. Corresponderá a la jurisprudencia reafirmar en los hechos, la vigencia de tan trascendente principio; en ese sentido, la jurisprudencia uruguaya ha sido firme al declarar la nulidad insubsanable de las pruebas producidas sin presencia del juez, sobre todo en supuestos de delegación de inspecciones judiciales (reconocimientos), y no existen antecedentes de interrogatorio de testigos o peritos practicados en audiencia sin presencia del juez.

Cabe apuntar, desde la perspectiva de los principios mencionados, que las nuevas tecnologías de documentación audiovisual, cuya utilización está prevista en el C.P.C.M., pueden representar un significativo aporte a la vigencia de la oralidad en segunda instancia, teniendo en cuenta que -de regla- la Cámara de apelaciones habrá de fallar en base a la prueba producida ante el juez de primera instancia, sin haber presenciado la declaración de los testigos, peritos o partes que ya constan en el expediente, y que podrán ser percibidas con mayor amplitud sensorial a través del registro audiovisual de la audiencia.

Con el fin de asegurar la vigencia de la oralidad, el artículo 207 establece la necesidad de repetir la audiencia cuando quede suspendida o interrumpida y deba ser sustituido el juez que comenzó a celebrarla; en cuyo caso, la audiencia (y las pruebas que se hubieran

practicado en ella) deberá repetirse íntegramente a presencia del nuevo juez, con la salvedad de la prueba irreproducible.

La audiencia permite además, concentrar la actividad probatoria (art. 403), que -en principio- deberá practicarse íntegramente en la misma audiencia, salvo que "no fuese posible terminar el examen de los testigos en un solo día", en cuyo caso podrá suspenderse para completarse la diligencia al día siguiente (art. 365). Como veremos, la audiencia también podrá suspenderse o interrumpirse cuando no hubiere comparecido un testigo o perito (art. 406).

En principio, toda la prueba se diligencia en la audiencia, pero puede ocurrir que deba diligenciarse alguna prueba fuera de audiencia, como -por ejemplo- el reconocimiento judicial de un inmueble (art. 392), o la declaración de la parte o de un testigo que no está en condiciones de comparecer ante la sede del tribunal, en cuyo caso se procurará producirla antes de la audiencia probatoria (arts. 404, 352, 373, 392).

La audiencia probatoria se llevará a cabo en la fecha señalada, dentro de los sesenta días de finalización de la audiencia preparatoria (art. 311). Podrá suspenderse por las causas previstas con carácter general en el artículo 208; aunque debe tenerse presente la prevención contenida en la parte final del artículo 311, en cuanto dispone que "si antes de dar por finalizada la audiencia preparatoria las partes conocieran la existencia de una causa que pudiera motivar la suspensión de la audiencia probatoria en la fecha establecida, lo comunicarán de inmediato, fijándose nuevo señalamiento si se trata de una causa legal y se reputa justificada".

Una vez abierta la audiencia probatoria, no se admitirá el planteamiento de cuestiones incidantales, como establece el artículo 267; de modo que la actividad procesal deberá estar concentrada en la producción de la prueba.

2.12.2 Comparecencia de las partes

Las partes tienen la carga de comparecer a la audiencia probatoria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 405. Si ambas partes dejaran de concurrir, se pondrá fin al proceso sin más trámite, siempre que la ausencia no esté debidamente justificada; esta última salvedad, prevista expresamente en relación a la audiencia preparatoria (art. 291), no se reitera en la regulación de la audiencia probatoria, aunque de todos modos debe admitirse por vía de integración, siendo además manifestación de una regla o principio general en virtud del cual al impedido por justa causa no le corre término (art. 146). Como vimos al comentar la audiencia preparatoria, debe concederse a las partes una razonable oportunidad para justificar la incomparecencia a la audiencia probatoria, cuando las circunstancias que la motivan no hayan podido plantearse en forma previa a su realización.

Si asistiere sólo una de las partes (cualquiera de ellas), se procederá a celebrar la audiencia; en ese caso, la parte que no asistió a la audiencia perderá la oportunidad de realizar los actos previstos durante su curso, que ya no podrán reiterarse (preclusión), como el interrogatorio de parte, testigos y peritos, interposición de objeciones a las preguntas de la

parte contraria o a las respuestas de los testigos, impugnación de resoluciones dictadas en audiencia, presentación de los alegatos finales, etc.. Respecto de testigos cuya declaración hubiere sido propuesta por la parte ausente, no podrá realizarse el interrogatorio directo previsto en el artículo 366, precisamente por ausencia de la parte proponente que es quien debe conducir dicho interrogatorio; tal ausencia no podrá ser suplida por el juez a efectos de realizar el interrogatorio directo, pues el juez sólo está facultado para realizar preguntas aclaratorias al testigo (art. 369). Tampoco podría practicarse el interrogatorio de la parte contraria, solicitado por quien no ha comparecido a la audiencia, por las mismas razones. De todos modos, la incomparecencia de una parte no altera los poderes de dirección del juez durante la audiencia, quien moderará el examen de los testigos y admitirá o rechazará las preguntas que se formulen a los testigos y peritos.

Cuando se hubiera solicitado el interrogatorio de parte, la ausencia injustificada de aquélla que fue citada al efecto determinará que se tengan por aceptados los hechos personales atribuidos por la contraparte, salvo prueba en contrario (art. 347). Se trata de una consecuencia probatoria, vinculada con el incumplimiento de la carga de comparecer a la audiencia cuando la parte fue citada con fines de su interrogatorio; por lo que debe resultar claro al momento de concluir la audiencia preparatoria (y así constar en el acta), si se ha dispuesto la citación de alguna o ambas partes con fines de su interrogatorio, por las consecuencias que proyecta su eventual incomparecencia a la audiencia probatoria. Debe tratarse, además, de una ausencia injustificada; de modo que, si la parte ausente justifica posteriormente los motivos de su ausencia, y el juez considera que configuran un motivo fundado de incomparecencia (por ejemplo, una enfermedad certificada), no corresponderá aplicar la sanción mencionada (admisión tácita de los hechos).

Las consecuencias de la incomparecencia injustificada de la parte citada a efectos de su interrogatorio, consisten en la admisión de los hechos personales atribuidos por la contraparte en su demanda o contestación a la demanda (según se trate del demandante o del demandado), admisión que será valorada en la sentencia definitiva junto con las pruebas aportadas; no se trata, pues, de una regla absoluta que releve de prueba los hechos aceptados en forma tácita, sino que la admisión podrá ser desvirtuada por otras pruebas, que de todos modos deberán ser practicadas durante la audiencia.

2.12.3 Práctica de las pruebas

La audiencia probatoria comienza con la lectura de aquella parte de la resolución dictada en la audiencia preparatoria en la que quedaron fijados el objeto del proceso, los hechos controvertidos y la prueba admitida (art. 402), lo que contribuye a su ordenación.

Las pruebas que se practiquen durante la audiencia probatoria, y en particular las preguntas que se formulen a los testigos y a las partes, deberán estar referidas al objeto del proceso y al objeto de la prueba (hechos controvertidos), debiendo en consecuencia rechazarse por impertinente cualquier pregunta ajena a dicho objeto. Por otra parte, y de acuerdo con el régimen general de proposición y admisión de las pruebas, sólo podrán practicarse en la audiencia probatoria las pruebas propuestas y admitidas en la audiencia preparatoria.

Las pruebas se practicarán en audiencia, de acuerdo a las pautas generales que exigen la presencia del juez bajo pena de nulidad insubsanable, teniendo presente las reglas previstas para cada medio de prueba, en especial, las relativas a la declaración de parte, interrogatorio de testigos e interrogatorio de peritos, a cuyos comentarios nos remitimos sin perjuicio de la breve referencia que se hará a continuación.

En cuanto al orden en que deben producirse las pruebas, comenzará el demandante presentando las que hubiere propuesto, del modo que convenga a sus intereses, lo que será admitido siempre que no perjudique el desarrollo de la audiencia ni menoscabe el derecho de defensa de la parte contraria (art. 405). El Código no dispone un orden predeterminado para la práctica de las pruebas, como tampoco lo prevén otros sistemas inspirados en el Código Modelo para Iberoamérica, como el C.G.P. uruguayo.

Para citar un ejemplo, en Uruguay se encuentra extendida la práctica de interrogar en primer término a los testigos (alternando testigos del demandante y del demandado), luego al perito (si se hubiere dispuesto esa prueba) y, finalmente, a las partes si se hubiera solicitado su declaración; aunque ninguna norma dispone que deba seguirse ese orden, como tampoco lo indica el C.P.C.M., de forma que podría variarse para comenzar por el interrogatorio de la parte o del perito, según lo manifieste el demandante, siempre que el orden propuesto no perjudique el desarrollo de la audiencia.

Tampoco se indica si ha de recibirse en primer término toda la prueba del demandante, y luego la ofrecida por el demandado, o si se irán alternando las declaraciones de los testigos propuestos por el demandante y por el demandado. Aspectos que, en definitiva y de no mediar acuerdo entre las partes, serán definidos por el juez al amparo de las potestades de dirección que la ley le asigna.

Tratándose del interrogatorio de testigos, el juez, previamente al acto de declaración, tomará al testigo juramento o promesa de decir verdad, e inmediatamente cederá la palabra a la parte que lo hubiera propuesto, para que acredite inicialmente su identificación mediante las preguntas correspondientes (nombre, edad, estado civil, domicilio y ocupación), y proceda luego a su examen mediante el interrogatorio directo; concluido el interrogatorio directo, la parte contraria podrá contrainterrogar al testigo, y se prevé la posibilidad de un nuevo interrogatorio y contrainterrogatorio.

Finalmente, el juez podrá formular preguntas aclaratorias al testigo. Durante el interrogatorio, el juez moderará el debate y resolverá de manera inmediata las objeciones que las partes hubieran propuesto.

El interrogatorio directo es el que dirige al testigo la parte que lo propuso, y procura obtener un relato descriptivo de los hechos, a modo de narración de lo acontecido. Se comprende entonces, que no se permitan las preguntas sugestivas durante el interrogatorio directo. El contrainterrogatorio es el que dirige el abogado hacia el testigo propuesto por la parte contraria (o a la parte contraria), confrontando al testigo con otra versión de los hechos mediante una serie de preguntas, admitiéndose en este caso las preguntas sugestivas.

Como lo establece el artículo 365, los testigos serán examinados separada y sucesivamente, sin que unos puedan presenciar las declaraciones de los otros. Se fijará un solo día para que se presenten los que deben declarar, y se designará el lugar en el que deben permanecer hasta la conclusión de la diligencia, de modo que no puedan mantener comunicación posterior a la declaración de cada uno.

Consideramos que no siempre será necesario disponer la permanencia de los testigos en la sede del tribunal una vez finalizado su interrogatorio; sólo sería necesario, si el juez pudiera prever un eventual careo entre testigos o con las partes (que, no obstante, no se encuentra previsto en el Código), o la necesidad de un interrogatorio posterior con fines aclaratorios.

Se prevé la posibilidad de suspender la audiencia para continuarla al día siguiente, si no fuera posible terminar el examen de los testigos en un solo día; solución que asegura la continuidad de la audiencia y la concentración de la prueba, evitando la dispersión que se registra en otros sistemas inspirados en el Código Modelo, como el C.G.P. uruguayo, que no contienen una norma similar.

El interrogatorio de parte durante la audiencia probatoria, se rige por lo dispuesto en los artículos 348 y siguientes; si se trata del interrogatorio de la parte contraria, se aplicarán las reglas del contrainterrogatorio de testigos, y cualquiera sea la modalidad del interrogatorio, el juez podrá solicitar aclaraciones al declarante. Ya hemos mencionado las consecuencias de la incomparecencia de la parte a la audiencia, cuando fue solicitado su interrogatorio (regla de admisión tácita); si la parte citada comparece, tiene la carga de responder a lo preguntado, pues la negativa a responder o las respuestas evasivas también podrán determinar la aceptación de hechos contrarios a su interés, de acuerdo a lo previsto en el artículo 351.

Cuando sobre un mismo hecho deban declarar varias personas, se adoptarán las medidas necesarias para evitar la comunicación entre ellos, en cuanto pueda perjudicar el interrogatorio; aunque tratándose de las partes, las medidas deben limitarse a lo estrictamente necesario, puesto que en principio, las partes tienen derecho a presenciar la audiencia.

En cuanto a la prueba pericial, si las partes lo hubieran solicitado el perito será citado a la audiencia probatoria, en la que, comenzando por la parte que presentó al perito o con la que solicitó el perito judicial, podrán pedir que exponga el dictamen, lo aclare, lo ilustre, responda a preguntas concretas sobre el método, premisas o conclusiones del dictamen pericial. La incomparecencia del perito citado puede determinar la imposición de multa y eventual responsabilidad penal en caso de reiterarse luego de una nueva citación, y determinará asimismo (de persistir tras la segunda convocatoria, entendemos) la invalidez del dictamen presentado. El Código Modelo para Iberoamérica

Para finalizar con esta breve reseña de los medios probatorios, si se hubiere ordenado el reconocimiento judicial de una persona o un objeto, se llevará a cabo en la audiencia, procediéndose sin más al examen correspondiente, debiendo constar en acta la descripción

ordenada e inteligible del estado de la persona u objeto, con las constancias previstas en el artículo 395. Si el reconocimiento judicial tuviera por objeto un inmueble, se realizará antes de la audiencia probatoria, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 392 y 404.

Durante la práctica de las pruebas en la audiencia, podrán formularse objeciones, aspecto al que haremos referencia a continuación.

2.12.4 Objeciones

2.12.4.1 Sistema general de las objeciones

El sistema de las objeciones se encuentra regulado en los artículos 407 y siguientes, dentro del capítulo referido a la audiencia probatoria. Se trata, en síntesis, de un mecanismo de control, que puede estar referido a diversos actos: aportación de pruebas, preguntas formuladas a las partes, testigos o peritos, respuestas de los testigos y peritos, o a la conducta de las partes. Su relevancia práctica es prioritaria en el sistema probatorio del C.P.C.M., fundamentalmente en relación al interrogatorio de testigos.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 407, "si no se objeta oportunamente en audiencia, se entenderá que se ha renunciado a ejercer ese derecho".

La objeción es un acto fundado, según lo dispone el artículo 407, conforme al cual la parte que formule una objeción deberá fundamentarla. Del mismo modo, el juez deberá fundamentar -sucintamente- la admisión o el rechazo de la objeción, puesto que, aún sin estar previsto expresamente en relación a esas resoluciones, rige el principio general que impone al juez el deber de motivar sus fallos.

Formulada la objeción, el juez deberá resolverla de inmediato, según lo dispone el artículo 368, conforme al cual "el juez moderará el examen del testigo y resolverá de manera inmediata las objeciones que las partes hubieran interpuesto"; solución que consideramos aplicable a toda objeción, y no sólo a las referidas al interrogatorio de los testigos.

2.12.4.2 Objeciones a la introducción de prueba

En primer término, las partes podrán objetar las pruebas que se pretenda introducir en las audiencias con violación a lo establecido en el Código. Como vimos, la prueba debe ofrecerse en la audiencia preparatoria, y en la demanda o contestación a la demanda tratándose de prueba documental o de dictámenes periciales (que deberán adjuntarse); resolviendo en definitiva el juez acerca de la admisión o rechazo de la prueba. Sin embargo, puede ocurrir que una parte intente introducir prueba en la audiencia probatoria, por ejemplo, un documento o un peritaje que debieron agregarse con la demanda o la contestación a la demanda, o presentar un testigo cuya declaración debió proponerse en la audiencia preparatoria; en ese caso, la parte contraria podrá formular objeción, fundamentándola en las disposiciones legales que establecen el momento o etapa para la proposición de las pruebas, que constituyen un límite preclusivo.

2.12.4.3 Objeciones durante el interrogatorio de partes, testigos o peritos

La parte también puede interponer objeciones a las preguntas formuladas por la contraria, durante el interrogatorio de partes, testigos o peritos. En ese sentido, serán objetables las preguntas impertinentes, sugestivas, repetitivas, capciosas, compuestas, especulativas o ambiguas, o cuando la pregunta asuma hechos sobre los cuales no se ha presentado prueba. Podrán interponerse otras objeciones con indicación de los fundamentos, que estarán siempre referidos a las garantías involucradas en el correcto desarrollo del interrogatorio; así, podrán objetarse las preguntas argumentativas, valorativas (cuando se solicita del testigo una opinión, sin que sea perito o experto el que la vierte), referenciales (sobre hechos que no fueron percibidos directamente por el testigo), entre otras.

La pregunta impertinente es aquella ajena al objeto de la prueba, por estar referida a hechos que no fueron alegados en la demanda ni en la contestación (y que, por lo tanto, no integran el objeto del proceso), o a hechos que no fueron controvertidos y por ello no requieren prueba. En ese sentido, el silencio o las respuestas evasivas del demandado al contestar la demanda, podrán ser considerados como admisión tácita de los hechos que le sean conocidos y perjudiciales, respecto de los cuales no será necesario practicar pruebas (arts. 284, 309 y 313).

La pregunta sugestiva es aquella que sugiere al testigo o a la parte interrogada, la respuesta deseada por quien interroga, incluyendo generalmente esa respuesta en la formulación de la pregunta. Ese tipo de preguntas no es admisible en el interrogatorio directo, que se dirige al testigo ofrecido por la parte que lo interroga, de modo que sus respuestas no deben ser inducidas y se caracterizan generalmente por un relato espontáneo de los hechos percibidos, a modo de narración histórica de lo ocurrido. Por el contrario, las preguntas sugestivas están permitidas durante el contrainterrogatorio de testigos, así como en el interrogatorio de la parte contraria (que se rige por las reglas del contrainterrogatorio); precisamente, porque respecto del testigo ofrecido por la parte contraria puede resultar necesario un método de interrogatorio sugestivo, para confrontar al testigo y cuestionar su credibilidad.

La pregunta repetitiva no debe admitirse si ya fue respondida con claridad por el testigo, pero si la respuesta original no fue clara o el testigo no respondió lo preguntado, sí se admitirá reiterar la pregunta o reformularla de modo que pueda ser comprendida y respondida. Mediante esta objeción, se procura evitar la reiteración de la pregunta como forma de obtener la respuesta deseada, desvirtuar o modificar la respuesta original, cuando el testigo ya ha respondido.

Las preguntas capciosas son aquellas que procuran confundir al testigo (o a la parte contraria) mediante engaño o artificio, con la finalidad de obtener respuestas favorables al interés de la parte que conduce el interrogatorio.

La pregunta compuesta es aquella que encierra más de una pregunta, generando confusión en el interrogado; no siempre corresponde objetar la pregunta por este motivo, sino cuando el cúmulo de circunstancias comprendidas en la pregunta sea susceptible de afectar

la claridad de la pregunta o de generar confusión en el interrogado. Por esa razón, lo aconsejable es requerir la reformulación de la pregunta, para abarcar un solo punto por pregunta.

La pregunta especulativa es aquella que supone hechos no ocurridos en la realidad, requiriendo al testigo que suponga o imagine qué habría ocurrido en un escenario hipotético determinado. Tales preguntas resultan objetables, en la medida que los testigos deben ser interrogados acerca de los hechos o circunstancias que efectivamente han percibido, y no instarlos a imaginar o suponer qué habría ocurrido en otras circunstancias, pues nada aporta eso desde la perspectiva probatoria.

La pregunta ambigua es objetable por falta de claridad, porque admite distintas interpretaciones y respuestas.

También podrá formularse objeción respecto de una pregunta de carácter referencial, cuando se interroga al testigo acerca de hechos o circunstancias que no le constan personalmente sino a través del relato de un tercero; en la medida que puede formularse objeción a las respuestas referenciales, también podrá objetarse la pregunta dirigida a obtener prueba de referencia. Las objeciones a las preguntas deben ser oportunas y fundadas (argumentadas), formularse en forma inmediata y, en principio, previo a la respuesta del interrogado.

Deberán ser resueltas en forma inmediata por el juez, como ya hemos indicado; aunque nada obsta a que, previo a resolver, se conceda la palabra a la otra parte (la que formuló la pregunta), para dar su parecer al respecto o aclarar el alcance y fundamento de la pregunta (principio de defensa y contradicción). Si el tribunal rechaza la objeción, la parte que la interpuso podrá hacer constar la correspondiente protesta; así lo prevé el artículo 349 en relación a la declaración de parte, solución que también consideramos aplicable al rechazo de las objeciones interpuestas respecto de las preguntas formuladas a testigos y peritos. Cuando el juez rechaza una pregunta, ya sea en ejercicio de sus potestades de dirección o al resolver una objeción interpuesta por la parte contraria, se podrá hacer constar la correspondiente protesta, en aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 349, referido al interrogatorio de parte.

Podrán objetarse no sólo las preguntas formuladas por la parte contraria, sino también las que formule el juez con fines aclaratorios, lo que está previsto en el artículo 367 respecto de los testigos, pero puede aplicarse también a las preguntas aclaratorias que formule el juez a las partes. La peculiaridad que plantea esta hipótesis, radica en que el destinatario de la objeción será quien deba resolver sobre la pertinencia de esa objeción; aunque en cualquier caso, podrá dejarse constancia de la protesta si el juez rechaza la objeción.

2.12.4.4 Objeciones a las respuestas de las partes, los testigos y los peritos

También podrán interponerse objeciones a las respuestas de las partes, testigos o peritos, cuando consistan en una prueba de referencia, cuando se emita una opinión sin haber sido

cualificado como perito o experto el que la vierte, o cuando el testigo conteste más allá de lo que se le ha preguntado (art. 409).

Respecto de la prueba de referencia, es aquella en la que la versión de los hechos que aporta el testigo (o la parte) no le consta personalmente, sino a través del relato de un tercero; de modo que el testigo no declara lo que percibió directamente, sino lo que un tercero le relató haber percibido. Aunque, como aclara Quiñones Vargas, no todo lo que el testigo exprese que alguien le haya dicho es prueba de carácter referencial; no lo sería una orden impartida o sugerencia transmitida por un tercero al testigo, o una pregunta. A modo de ejemplo, el autor indica que si el testigo declara: *"Juan me dijo que me fuera para mi casa",* esa manifestación no encierra una prueba de referencia, porque lo declarado por el testigo no consiste en el relato de hechos percibidos por otra persona, y la respuesta no tiene por finalidad probar un hecho ajeno a la percepción directa del testigo, que es, precisamente, lo que caracteriza a la prueba de referencia. Lo previsto en el artículo 409 respecto de la objeción a la prueba de referencia, debe complementarse con lo dispuesto en el artículo 357, conforme al cual "no hará fe la declaración de un testigo que no tenga conocimiento personal sobre los hechos objeto de la prueba o que los hubiera conocido por la declaración de un tercero"; de modo que, aún si no fuera objetada la respuesta de referencia, no podrá ser tomada en cuenta al momento de pronunciar la sentencia.

También podrá formularse objeción a la respuesta, cuando el testigo (o la parte) emita opinión sin haber sido cualificado como perito o experto. Por definición, el testigo debe declarar sobre hechos que hubiere percibido, y su función no es dictaminar o emitir opinión técnica sobre hechos o circunstancias de interés para la causa, lo que sólo compete al perito y, eventualmente, puede admitirse en relación al testigo técnico o "con conocimiento especializado", como lo denomina el artículo 358. Pero aún tratándose de un testigo con conocimiento especializado, sus opiniones sólo podrán tomarse en cuenta cuando estén vinculadas a hechos que hubiere percibido, pues de lo contrario, se desvirtuaría su condición de testigo para asumir la propia del perito. En todo caso, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 358 respecto del testigo con conocimiento especializado, cuyo testimonio técnico sólo se tomará en cuanta cuando acreditare fehacientemente ser conocedor del área de que se trate.

La objeción será resuelta en forma inmediata, de acuerdo a la regla general enunciada anteriormente; de entenderse fundada, la respuesta objetada deberá ser suprimida del acta, dejándose la correspondiente constancia.

2.12.4.5 Objeciones sobre la conducta de la parte contraria

Para finalizar con este punto, el artículo 410 prevé la posibilidad de interponer reparos u objeciones sobre la conducta de la parte contraria, por los motivos que indica la norma, o por otras razones igualmente fundadas.

De modo que podrá objetarse la conducta de la parte contraria "si ésta no cita correctamente lo que hubiera declarado un testigo durante el interrogatorio; si se comporta de manera

irrespetuosa con el testigo o perito, o no permite que éstos contesten a la pregunta cuando su respuesta está acorde con aquella; cuando una parte comente las respuestas del testigo y la contraria objete sin fundamento …". Admitida la objeción, el juez deberá utilizar los poderes de dirección que la ley le atribuye, con carácter general en el artículo 14, y con referencia especial a la dirección de la audiencia en el artículo 204, cuya parte final dispone:

"El juez o presidente mantendrá el buen orden en las audiencias y velará porque se guarde el respeto y la consideración debidos a todos los que se hallen en la sala de audiencias, amparándolos en sus derechos, para lo cual hará uso de las potestades de corrección y disciplina que le otorgan las leyes."

Las objeciones a la conducta de la parte contraria, pueden fundarse en aspectos relativos al interrogatorio, cuando durante el contrainterrogatorio la parte no cite correctamente lo declarado por el testigo durante el interrogatorio, generando de esa forma confusión. Si la pregunta contiene una referencia errónea, incompleta o parcial de lo declarado por el testigo, será pasible de objeción, para preservar la claridad del interrogatorio y las garantías necesarias.

A modo de ejemplo, si durante el interrogatorio en un proceso por infracción a los derechos de propiedad intelectual, el testigo declara: "He fabricado este producto durante diez años", sería objetable la pregunta que, formulada durante el contrainterrogatorio, comenzara con la siguiente cita: "Usted ha declarado que ha fabricado durante diez años el mismo producto registrado por el demandante"; pues lo citado por la parte durante el contrainterrogatorio, contiene referencias que no corresponden estrictamente a lo declarado por el testigo durante el interrogatorio.

También puede objetarse la conducta de la parte contraria, cuando se comporte de manera irrespetuosa con el testigo o perito, en cuyo caso el juez, aun sin mediar objeción de la parte, deberá utilizar las potestades de corrección previstas con carácter general en el artículo 204, para impedir los excesos y mantener el orden durante la audiencia. La firmeza durante el contrainterrogatorio, no justifica en ningún caso un trato irrespetuoso hacia el testigo o perito interrogados, que ante todo, tienen derecho a ser amparados en su honor y dignidad. Por otra parte, el trato irrespetuoso hacia el testigo o perito puede perseguir un fin intimidatorio, que, naturalmente, corresponde reprimir.

La objeción también podrá fundarse en la conducta de la parte contraria durante el interrogatorio, si no permite que el testigo o perito conteste a la pregunta, interrumpiéndolo cuando aún no ha terminado su respuesta; naturalmente, esta objeción será admisible siempre que la respuesta del testigo sea acorde con la pregunta, pues de lo contrario, si el testigo responde sobre algo que no le fue preguntado, o se extiende más allá de lo preguntado, corresponderá formular objeción a la respuesta de acuerdo a lo previsto en el artículo 409.

Tampoco cabe admitir que la parte comente las respuestas del testigo durante el interrogatorio, generando de esa forma un debate impropio de la actividad probatoria; pues

las partes podrán exponer en otra etapa, al formular las alegaciones finales, sus argumentos sobre las pruebas, pero no durante el interrogatorio del testigo o perito.

Finalmente, se prevé la posibilidad de oponer objeciones a la conducta de la parte contraria cuando ésta, a su vez, objete sin fundamento, en la medida que tal conducta revele un método de constante distracción sin otro propósito que el de generar confusión y alterar el normal desarrollo del interrogatorio; se reprime, en definitiva, el ejercicio abusivo del derecho a objetar.

Como veremos al comentar el capítulo relativo a los alegatos finales y la sentencia, también se podrá formular objeciones en esa oportunidad, si la parte contraria "intentare introducir elementos de convicción que no deriven de los medios de prueba practicados en audiencia probatoria" (art. 413).

2.12.5 Suspensión e interrupción de la audiencia probatoria

La audiencia probatoria puede suspenderse e interrumpirse por las causas previstas con carácter general en los artículos 208 y 211, a cuyo comentario remitimos.

De esas causas, interesa detenerse en las relativas a la incomparecencia de testigos o peritos a la audiencia, por encontrarse reguladas también en el capítulo sobre la audiencia probatoria, en el artículo 406, al que haremos referencia a continuación.

El testigo citado tiene la obligación de comparecer a la audiencia probatoria, estando sujeto a multa y eventual responsabilidad penal en caso de no presentarse a la segunda citación (art. 362). Si no comparece un testigo o perito a la audiencia, el tribunal decidirá, previa solicitud de la parte que lo hubiera propuesto, sobre la continuación o la suspensión de la audiencia (art. 406); si se ordena la suspensión, el testigo volverá a ser citado dentro del plazo de diez días, con advertencia de proceder contra él por delito de desobediencia a la autoridad si no comparece.

Ante la incomparecencia del testigo o del perito citado, podrá suspenderse la audiencia, o interrumpirse si ya se hubiera iniciado la audiencia, teniendo presente que el C.P.C.M. distingue los supuestos y causas de suspensión e interrupción, en el capítulo de reglas generales de la audiencia (arts. 208 y 211).

El artículo 208 inciso 2º prevé como causa de suspensión de la audiencia, la incomparecencia de "algún sujeto procesal que hubiera sido citado", categoría que abarca a los testigos y peritos; el artículo 211, en su inciso 3º establece como causa de interrupción de la audiencia, la incomparecencia de los testigos o peritos citados judicialmente, cuando se considere imprescindible su declaración o informe.

La interpretación sistemática de las reglas relativas a la suspensión e interrupción de audiencias, permite concluir que si la audiencia no hubiera tenido inicio aún, podrá suspenderse a solicitud de parte, para citar nuevamente al testigo o perito; mientras que

si la audiencia ya se hubiera iniciado para recibir la declaración de otros testigos, podrá disponerse su interrupción a efectos de recibir la declaración del testigo o perito ausente, siempre que la parte alegue que su declaración o informe resulta imprescindible.

Parece razonable concluir, además, que la audiencia no debería suspenderse íntegramente por la incomparecencia de un testigo o perito, si hubiera otras pruebas a diligenciar, como el interrogatorio de otros testigos o peritos; en ese caso, debería recibirse esa prueba, e interrumpirse la audiencia sólo en lo pendiente, para recibir la declaración del testigo o perito que no comparecieron. Más complejo resulta determinar si la causal de interrupción de la audiencia se aplica sólo cuando el testigo ausente fue citado judicialmente, como lo prevé el art. 211 inciso 3º, o si también puede interrumpirse (o suspenderse) la audiencia ante la incomparecencia de un testigo citado a través de la parte que lo propuso.

En ese sentido, consideramos que la suspensión o interrupción procede en ambos supuestos, siempre que la parte que propuso esa prueba manifiesta que resulta imprescindible su diligenciamiento, pues esa es la interpretación que mejor asegura la vigencia del derecho a la prueba, teniendo presente además que el citado artículo 406 no formula distinción al respecto.

Cabe plantear, además, la posibilidad de suspender o interrumpir la audiencia ante la incomparecencia de un testigo o perito, a solicitud no sólo de la parte que propuso esa prueba, sino también de la contraria, en aplicación del principio de adquisición y comunidad de la prueba. En ese sentido, puede ocurrir que la parte contraria tenga interés en la declaración de ese testigo o perito, aún cuando haya sido su contraria quien propuso esa prueba, lo que justificaría razonablemente su nueva citación.

Tal solución se admite en el sistema procesal uruguayo, bajo la premisa del derecho a la prueba y los fines que persigue la actividad probatoria, concluyéndose que una vez admitidas las pruebas son "adquiridas" por el proceso, aún con anterioridad a su producción, y dejan de pertenecer al ámbito exclusivo de voluntad o disposición de la parte que las propuso; de modo que si una parte manifiesta su interés en la producción de esa prueba, aún cuando quien la propuso desistiera de su interés en la misma, correspondería admitir su diligenciamiento.

Argumentos que pueden no resultar del todo aplicables a un marco normativo marcadamente dispositivo como el que regula el C.P.C.M., pero que, en nuestra opinión, deberán ser ponderados por el juez si una parte manifiesta su interés en interrogar al testigo o perito ausente, sin importar quién propuso esa prueba, pues debe priorizarse el derecho a la prueba.

2.12.6 Prueba fuera de audiencia

De acuerdo con lo previsto en el artículo 404: "Cuando la prueba deba realizarse separadamente del acto de la audiencia probatoria, el tribunal anunciará a las partes, con la debida antelación, el día y hora en que procederá a tal diligencia. Si, además, tuviera que

practicarse fuera de la sede del tribunal, se indicará el lugar. Las partes tendrán derecho a intervenir en la producción de estas pruebas. Si la prueba no se pudiera realizar en el acto de la audiencia, se procurará, de ser posible, producirla antes de que se celebre ésta."

La norma contempla supuestos de prueba que deba producirse fuera de audiencia, como reconocimientos judiciales, peritajes, o la declaración domiciliaria de la parte o de algún testigo que no pudiera comparecer en la sede del tribunal; en tal sentido, deberá tenerse presente lo dispuesto en los artículos 352 (interrogatorio domiciliario de la parte), 373 (declaración del testigo fuera de la sede del tribunal), 392, 393 y 394 (reconocimiento judicial fuera de la sede del tribunal).

En todo caso, las partes tienen derecho a conocer el día y hora, y el lugar en que se realizará la diligencia probatoria, pues tienen derecho a asistir, con las salvedades previstas a texto expreso en la ley (por ejemplo, en el interrogatorio domiciliario de la parte, cuando de la comparecencia pudieren resultar perjuicios graves); la falta de comunicación previa a las partes, puede determinar la nulidad de esas pruebas, y así lo ha señalado la jurisprudencia uruguaya con un marco normativo similar, cuando se omite comunicar a las partes la fecha y hora de la diligencia probatoria impidiendo de esa forma la comparecencia y control de la prueba (principio de defensa y contradicción referido a la prueba). Como lo ha señalado COUTURE, "el procedimiento de la prueba no es sino una manifestación particular del contradictorio. Como no se concibe el proceso sin debate, tampoco se puede concebir que una parte produzca una prueba sin una rigurosa fiscalización del juez y del adversario."

También se prevé, con carácter general (art. 404) y con referencia especial a determinados medios probatorios (reconocimiento judicial, art. 392), que la diligencia probatoria fuera de la sede del tribunal deberá practicarse antes de la audiencia probatoria, de modo de evitar la dilación del proceso; a cuyos efectos, resultará conveniente fijar ya en la audiencia preparatoria, la fecha, hora y lugar de la diligencia.

En síntesis, las disposiciones comentadas regulan la prueba producida fuera de audiencia, de modo que las partes puedan ejercer un adecuado control de la actividad probatoria, a cuyos efectos deberá serles comunicada con suficiente antelación, el día y la hora, así como el lugar si tuviera que practicarse fuera de la sede del tribunal.

2.12.7 Conclusión de la actividad probatoria y finalización de la audiencia probatoria. Las diligencias para mejor proveer.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 411, "concluida la práctica de la prueba y antes de poner fin a la audiencia probatoria, se concederá turno de palabra a las partes, por su orden, comenzando por la demandante para efectuar sus alegatos finales"; aspecto al que haremos referencia en el comentario al siguiente capítulo, de alegatos finales y sentencia.

Corresponde analizar, aunque someramente, la incidencia de eventuales diligencias para mejor proveer que puede disponer el juez antes de concluir la audiencia probatoria, de conformidad con lo previsto en el artículo 7º. Si bien el capítulo que comentamos no

contiene referencias a las diligencias para mejor proveer, sería ésta la oportunidad, durante la audiencia probatoria y una vez concluida la práctica de las pruebas, para disponer tales diligencias, en la hipótesis excepcional prevista en los artículos 7 y 321, "con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio", y limitadas a la "prueba que fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes". La regulación de las diligencias para mejor proveer, que puede disponer de oficio el juez con el fin mencionado, se limita a los citados artículo 7 y 321, que las admiten pero no indican en qué momento habrán de disponerse y practicarse las pruebas, ni señalan los mecanismos de control o fiscalización que pueden utilizar las partes frente a tales diligencias, ni la incidencia que han de tener en el trámite del proceso y en el plazo para dictar sentencia.

Se trata, como lo explicaba COUTURE, de medidas de carácter probatorio ordenadas por el juez luego de conclusa la causa para sentencia, con el objeto de complementar la prueba producida por las partes, y destinadas a mejorar las condiciones de información requeridas por la sentencia; aunque en el ámbito específico del C.P.C.M., las diligencias para mejor proveer tienen una finalidad más acotada, limitada al esclarecimiento de algún punto oscuro o contradictorio, en un sistema que limita claramente la iniciativa probatoria del juez.

2.12.8 Documentación de la audiencia probatoria

La audiencia se documentará en su integridad mediante acta levantada por el secretario judicial, en la cual se dejará constancia de todo lo sucedido en ella, incluyéndose las declaraciones de las partes y "lo que hubieren aportado los testigos y los peritos", y el resultado del reconocimiento judicial si lo hubo (art. 205).

A diferencia de lo previsto en el Código Modelo para Iberoamérica y en el C.G.P. uruguayo, que disponen el registro mediante "acta resumida" de lo actuado, el sistema de documentación previsto en el C.P.C.M. resulta más conveniente al exigir el registro íntegro de la audiencia; de modo que deberán constar las declaraciones de las partes, testigos y peritos en su integridad, así como las preguntas formuladas. Esa es, en nuestra opinión, la interpretación correcta de la norma que exige la documentación de la audiencia en su integridad, no siendo admisible un resumen o síntesis de las declaraciones de testigos, partes y peritos, sino su registro completo y fidedigno, comprensivo de las preguntas y las respuestas así como las eventuales aclaraciones que hubieren formulado. La correcta y completa documentación de la actividad probatoria realizada en audiencia, resulta prioritaria para asegurar el control de la actividad judicial de valoración de la prueba, tanto en primera como en segunda instancia.

También podrán utilizarse medios audiovisuales para el registro de la audiencia probatoria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 206; en ese sentido, la tecnología aplicada al proceso puede contribuir a asegurar las virtudes de la inmediación en la segunda instancia, al permitir que la Cámara de Segunda Instancia perciba con mayor amplitud sensorial el resultado de la actividad probatoria sobre la que habrá de pronunciarse, siendo evidentes las ventajas de ese sistema de registro respecto de la documentación tradicional mediante actas escritas.

2.13 ALEGATOS FINALES Y SENTENCIA

Santiago Garderes

Sumario: I. Alegatos finales. II. Valoración de la prueba. III. Presunciones e indicios IV. Sentencia.

2.13.1 Alegatos finales

Concluida la práctica de la prueba y antes de poner fin a la audiencia probatoria, se concederá la palabra a las partes para efectuar sus alegatos finales (art. 411).

Como explica DEVIS ECHANDÍA, en sentido genérico se entiende por alegación el acto procesal por el cual las partes o los terceros intervinientes suministran al juez datos de hecho o de derecho que interesan al proceso. Desde ese punto de vista amplio, son alegaciones las contenidas en la demanda y en la contestación a la demanda, las postulaciones de prueba, las que contengan la interposición de recursos, así como los alegatos orales o escritos que las partes presentan al juez para valorar o apreciar las pruebas allegadas al proceso o para insistir en la aplicación a los hechos probados de las normas jurídicas que ellas consideran pertinentes. En un sentido restringido -continúa explicando el citado autor-, "suelen entenderse en la práctica procesal, como alegaciones, únicamente los alegatos orales o escritos que acabamos de mencionar".

En términos similares, Lino PALACIO define el alegato como "el acto mediante el cual cada una de las partes expone al juez, por escrito, las conclusiones que les sugieren las pruebas producidas en el proceso". Aclara que, en consecuencia, "no procede que en él los litigantes introduzcan cuestiones o defensas que no fueron propuestas en oportunidad de la demanda, contestación o reconvención, debiendo limitarse a destacar el mérito o poder de convicción de los elementos probatorios, siempre en función de los hechos que fueron objeto de la litis, los cuales quedan definitivamente fijados en aquellas oportunidades".[274]

Manteniendo las características tradicionales del alegato, el capítulo que comentamos regula su contenido y forma, optando por un formato oral (acorde con el que inspira las líneas generales del nuevo sistema procesal), e indicando su finalidad, que será la de "concretar y ajustar definitivamente tanto los hechos alegados como la pretensión, a la vista del resultado de la práctica de las pruebas" (art. 412). La norma agrega que "no se admitirán en ningún caso alegatos que supongan cambio de la pretensión, tal como quedó fijada en la audiencia preparatoria; pero sí las precisiones, modificaciones o rectificaciones no esenciales, que se razonen como derivadas lógicamente del resultado de la audiencia probatoria".

Se establecen pautas de contenido para las partes, que procuran un relato claro y ordenado de los hechos que se consideren probados, con la indicación de las pruebas que los

274 Palacio, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, 15ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 517.

acrediten; también podrán argumentar sobre la falta o la insuficiencia de la prueba respecto de los hechos aducidos por la parte contraria, así como indicar los que resulten inciertos, complementando la argumentación con referencia a las reglas que distribuyen la carga de la prueba. El alegato final también puede contener referencias al derecho aplicable al caso, de acuerdo a las circunstancias de hecho comprobadas.

Si la pretensión es de condena, si fijarán con precisión en los alegatos, los montos líquidos que sean finalmente reclamables. La norma, rectamente interpretada, no faculta a la parte a modificar o alterar la liquidación o las bases presentadas en la demanda, sino que refiere a la actualización de esa liquidación original.

La norma es clara al señalar que no podrá admitirse el cambio de la pretensión en el alegato final; aunque podrán formularse precisiones, modificaciones o rectificaciones no esenciales.

Tampoco se permite introducir en los alegatos, elementos de convicción que no resulten de los medios de prueba practicados en la audiencia probatoria; la contravención a esta regla, habilita a la parte contraria a formular objeción (art. 413). La regla se explica con el fin de asegurar las garantías de defensa y contradicción respecto de las pruebas en que habrá de fundarse la sentencia, y que exigen limitarlas a las practicadas en ese proceso, con el control o fiscalización de las partes.

Concluidos los alegatos, el juez podrá requerir a las partes que le informen sobre la eventual concurrencia de otros títulos jurídicos, sin que se altere la causa de pedir. La solución, prevista en el artículo 412, debe interpretarse en consonancia con lo dispuesto en los artículos 91 y 218. Por el primero de los citados artículos, se establece que la causa de pedir la constituirá el conjunto de hechos de carácter jurídico que sirvan para fundamentar la pretensión; y agrega que en los casos en que la pretensión se apoye en un título jurídico o causa legal, será ésta la que constituya la causa de pedir.

Con arreglo a lo dispuesto en el segundo de los artículos mencionados, que regula el principio de congruencia, en la sentencia el juzgador podrá emplear los fundamentos de derecho o las normas jurídicas que considere más adecuadas al caso, aunque no hubieran sido invocadas por las partes, sin alterar la pretensión y con respeto a los hechos alegados por las partes como base de sus causas de pedir (regla *iura novit curia*).

La solución prevista en el artículo 412, inspirada en el principio de defensa y contradicción, asigna a las partes la iniciativa de alegar (informar) acerca de la eventual concurrencia de otros títulos jurídicos en los que pueda apoyarse la pretensión, permitiendo de esa forma el control de la parte contraria (principio de defensa) y el debate respecto de esos eventuales títulos jurídicos, en forma previa al dictado de la sentencia.

En todo caso, el juez debe manejar con cautela la potestad asignada en los artículos 218 y 412, en la medida que, al fundar la sentencia en títulos jurídicos o fundamentos de derecho diversos de los invocados en la demanda como base de la pretensión, puede afectarse el derecho de defensa de la parte demandada.

También podrá el juez solicitar a las partes las aclaraciones que entienda pertinentes, durante el curso de los alegatos o a su finalización; solución que se conecta con lo previsto en el mismo artículo en relación al contenido del alegato, que exige un relato claro y ordenado de los hechos que se consideran probados con indicación de las pruebas que los acreditan. Se trata de una modalidad de interrogatorio con fines aclaratorios, y no estrictamente probatorios.

Desde una perspectiva práctica, el alegato final representa la última oportunidad para dirigirse al juez antes de la conclusión de la causa para sentencia; de ahí la importancia que le corresponde en el marco de un proceso oral, en el que a diferencia del tradicional proceso escrito, se realiza inmediatamente de concluida la práctica de la prueba, en la misma audiencia, caracterizada a su vez por la plena vigencia de la inmediación, con presencia del juez y de las partes. En Uruguay, a pesar de estar previsto como alegato oral al final de la audiencia de prueba, se ha extendido la práctica de interrumpir la audiencia a efectos de la presentación de los alegatos en una nueva audiencia, a solicitud de ambas partes y con el propósito de disponer del tiempo necesario para preparar adecuadamente los alegatos, sobre todo en procesos con una compleja actividad probatoria; solución que no resulta acorde con los lineamientos de un proceso inspirado en la oralidad, alterando la proximidad temporal que debe existir entre la actividad probatoria, los alegatos y la sentencia.

La oportunidad para realizar los alegatos finales, queda claramente determinada en las normas comentadas, y será al concluir la práctica de la prueba y antes de poner fin a la audiencia probatoria.

El orden también está determinado, correspondiendo alegar en primer término al demandante, y luego al demandado.

La duración del alegato será la que determine el juez dentro del límite de treinta minutos que prevé el artículo 411, que podrá aumentarse en otros treinta minutos si la complejidad del caso lo requiriese. No admiten recurso las decisiones judiciales sobre duración del alegato, sin perjuicio de hacer constar la objeción correspondiente.

Durante el alegato, la parte contraria podrá formular objeción cuando se intente introducir elementos de convicción que no deriven de los medios de prueba practicados en la audiencia probatoria. Al respecto, cabe apuntar que esta objeción no puede fundarse en la sola oposición a las conclusiones del alegato de la parte contraria, ni puede admitirse su utilización con el fin de distorsionar el normal desarrollo del alegato o de la audiencia. Su utilización debe estar reservada a supuestos en los que, claramente, la parte contraria efectúa conclusiones derivadas de pruebas ajenas al proceso en cuestión, que no fueron producidas en la audiencia probatoria.

Ello, por cuanto en sus referencias probatorias, el alegato debe estar limitado a las pruebas admitidas y practicadas en ese proceso, y no contener referencias a pruebas practicadas en otros procesos, o a pruebas que no fueron admitidas por el juez. De nada valdría rechazar una prueba (por ejemplo, un documento que se pretende introducir tardíamente), si luego

en el alegato final se permite a la parte efectuar referencias al contenido de esa prueba; tampoco resultaría razonable admitir las referencias a pruebas practicadas en otro proceso, que no pudieron ser fiscalizadas por la parte contraria.

Finalizados los alegatos, el juez podrá disponer diligencias para mejor proveer. Aunque esa posibilidad no esté prevista expresamente en la regulación de este capítulo ni en el relativo a la audiencia probatoria, resulta de lo dispuesto en los artículos 7º y 321, que facultan al juez para disponer diligencias "con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio", y limitadas a la "prueba que fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes". Las normas citadas no indican en qué oportunidad podrán disponerse las diligencias para mejor proveer, y tampoco prevén cómo inciden en el plazo para dictar sentencia. En ese sentido, y teniendo presente la justificación legal de estas medidas así como su regulación en otros sistemas, la oportunidad para disponerlas será al finalizar la audiencia probatoria, luego de los alegatos de las partes; teniendo siempre en cuenta, el carácter excepcional de estas diligencias y su finalidad, en los términos ya mencionados.

En cuanto al alcance de las diligencias para mejor proveer y su incidencia en el trámite del proceso y en el plazo para dictar sentencia, aspectos no regulados expresamente, remitimos a los comentarios de la audiencia probatoria.

Los alegatos finales no se justifican cuando la cuestión debatida sea de puro derecho por existir conformidad sobre todos los hechos; en ese caso, finalizada la audiencia preparatoria se abrirá el plazo para dictar sentencia, sin necesidad de actividad probatoria ni de alegatos (art. 309).

2.13.2 Valoración de la prueba

Como vimos, terminados los alegatos finales el juez levantará la sesión y dará por concluida la audiencia probatoria, comenzando a correr desde ese momento el plazo de quince días para dictar sentencia.

Las referencias que siguen, remiten a la génesis lógica de la sentencia, desde la perspectiva de la prueba. En ese sentido, las premisas fácticas del fallo habrán de apoyarse en la valoración que realice el juez de las pruebas practicadas en el proceso, y esa actividad estará pautada por los criterios legales, entre los que destaca la regla de la sana crítica.

El tema de la valoración de la prueba refiere a la eficacia probatoria de los diversos medios de prueba, a fin de establecer cómo gravitan en la decisión del juez (sentencia). Esa eficacia podrá estar determinada a priori por reglas legales de carácter general y abstracto, que asignen un determinado valor probatorio a los distintos medios de prueba, del que el juez no podrá apartarse (sistema de prueba tasada); o podrá fundarse en la libre apreciación del juez, sujeta a determinadas pautas que procuren evitar la *arbitrariedad* judicial, priorizando el análisis concreto de las pruebas practicadas, consideradas en forma individual y en su conjunto.

Como preámbulo del análisis de los distintos sistemas de valoración de la prueba,

COUTURE[275] analiza la ordenación lógica de los medios de prueba, señalando al respecto, que "ciertos medios de prueba tienen un carácter directo, por cuanto suponen un contacto inmediato del magistrado con los motivos de la prueba; que otros, a falta de contacto directo, acuden a una especie de reconstrucción o representación de los motivos de prueba; y que otros, por último, a falta de comprobación directa o de representación, se apoyan en un sistema lógico de deducciones e inducciones".

Enuncia luego el orden de esas tres formas de producirse la prueba: en primer término, aparece la prueba directa por percepción, que considera la de mayor eficacia pues se realiza sin intermediarios, mencionando como ejemplo la inspección judicial (reconocimiento, en la terminología del C.P.C.M.); luego, el medio sustitutivo de la percepción, que es la representación presente de un hecho ausente, y que puede producirse mediante documentos (prueba documental) o mediante relatos (declaración de parte, o interrogatorio de testigos); finalmente, cuando hasta el relato es imposible, queda la prueba por deducción o inducción, que permite reconstruir los hechos mediante deducciones lógicas, infiriendo de los hechos conocidos los hechos desconocidos, lo que se obtiene mediante la labor del propio juez, por el sistema de las presunciones.

En cuanto a los sistemas de valoración de la prueba, algunos estudios distinguen entre la prueba tasada (o legal, o de tarifa legal) y la libre apreciación; otros autores, entre los que cabe mencionar a COUTURE, distinguen tres sistemas de valoración: prueba tasada, prueba racional o sana crítica, y libre convicción.

El C.P.C.M. (art. 416) menciona dos sistemas de valoración probatoria: la sana crítica y la prueba tasada, reservando este último sistema a la valoración de la prueba documental.

La sana crítica representa, en opinión de COUTURE[276], una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, "sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última …". Define a este sistema como "las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia". Advierte en ese sentido, que "el juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente".

Las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal, en una operación lógica. Como explica el autor citado, existen algunos principios de lógica que no podrán nunca ser desoídos por el juez. "Nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonara de la siguiente forma: los testigos declaran que presenciaron un préstamo en monedas de oro; como las monedas de oro son iguales a las monedas de plata, condeno a devolver monedas de plata.

Evidentemente, está infringiendo el principio lógico de identidad. De la misma manera,

275 Couture, Eduardo J., Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 263 y ss.
276 Couture, Eduardo J., ob. cit., ps. 268 y ss.

habría error lógico en la sentencia que quebrantara el principio del tercero excluido, de falta de razón suficiente o el de contradicción. Pero es evidente que la corrección lógica no basta para convalidar la sentencia. Las máximas de experiencia contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba.

El juez, nos permitimos insistir, no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales.

La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. Es necesario, pues, considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de la lógica en que el derecho se apoya".

Concluye con la siguiente reflexión: "La sana crítica que domina el común de nuestros códigos es, sin duda, el método más eficaz de valoración de la prueba. Sin los excesos de la prueba legal, que llevan muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la convicción del juez, pero también sin los excesos a que la *arbitrariedad* del magistrado podría conducir en el método de la libre convicción tomado en un sentido absoluto, reúne las virtudes de ambos, atenuando sus demasías."

Desde otra perspectiva, la sana crítica como método de valoración de la prueba, exige al juez motivar el fallo con arreglo a los hechos comprobados de la causa; se traduce entonces, en la exigencia de explicitar los argumentos que llevan al juez a concluir en un determinado sentido en relación a los hechos alegados en la causa. Se conecta con el deber de motivación del fallo, que no se limita a los aspectos o fundamentos jurídicos del caso, sino que comprende la base o plataforma fáctica sobre la que habrá de aplicarse el derecho; de modo que las partes podrán controlar la motivación probatoria de la sentencia, y eventualmente impugnarla por inadecuación del fallo a las circunstancias de hecho comprobadas de la causa.

En ese sentido, las reglas de la sana crítica procuran evitar la *arbitrariedad* judicial, a través de la exigencia de motivación probatoria del fallo (de sus conclusiones fácticas); y esas conclusiones podrán ser controladas por las partes a través de los recursos, y por la sociedad en general, a partir del principio de publicidad que permite que cualquier persona presencie las audiencias y declaraciones de partes, testigos y peritos (o su posterior registro o documentación).

En esa línea de argumentación, DENTI señala lo siguiente: "Probablemente, el fundamento de la tesis que considera a la sana crítica como un criterio intermedio entre la prueba legal y la libre valoración, puede apreciarse sólo en relación con el control de la actividad del juzgador en la fase impugnativa, desde el ángulo de la racionalidad de la motivación"

El artículo 416 del C.P.C.M. dispone que el juez 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; y 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.

Queda de manifiesto en la solución citada, la esencial conexión entre la sana crítica y la motivación del fallo, que debe contener referencias específicas a la prueba en la que se apoyan las premisas fácticas de la sentencia.

No es suficiente, entonces, con indicar –como suele verse en algunas sentencias- que las premisas fácticas del fallo surgen acreditadas del "cúmulo probatorio" reunido en la causa, o que determinado hecho "surge suficientemente acreditado a partir del material probatorio aportado a la causa"; será necesario indicar en qué medio probatorio concreto se fundan las conclusiones acerca de los hechos, y cuando se hubiera aportado más de una prueba en relación a un mismo hecho, deberán valorarse en común con especial motivación y razonamiento.

La omisión de esas referencias concretas a los medios de prueba, podrá fundar la impugnación de la sentencia, por falta de adecuada motivación probatoria.

Se procura de esa forma, que la sentencia sea una derivación razonada de las circunstancias comprobadas de la causa, y que el razonamiento que conduce a establecer las premisas fácticas del fallo contenga referencias explícitas a las pruebas en que se apoya, de forma de posibilitar el control de la motivación de la sentencia.

Las referencias normativas deben incluir lo previsto en el artículo 216, sobre motivación de la sentencia, que impone al juez el deber de motivar debidamente las sentencias y demás resoluciones (salvo los decretos), con explicitación de los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la fijación de los hechos y, en su caso, a la apreciación y valoración de las pruebas, agregando que "la motivación será completa y debe tener e cuenta todos y cada uno de los elementos fácticos y jurídicos del proceso, considerados individualmente y en su conjunto, con apego a las reglas de la sana crítica".

Como excepción a la regla de valoración conforme a la sana crítica, el artículo 416 indica que en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado.

En ese sistema de prueba tasada, el valor de los medios de prueba está prefijado por el legislador; es la ley la que establece, apriorísticamente, la eficacia de los distintos medios probatorios. Como hemos apuntado en estudio conjunto sobre el C.G.P. uruguayo277, se han mencionado diversos fundamentos para consagrar este sistema:

277 Código General del Proceso. Comentado, anotado, con jurisprudencia, vol. 2 A, editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2003, Landoni (director), Garderes, Gómes, González, Valentín, ps. 395 y ss.

a) Que mediante su consagración, se aseguran de antemano y eficazmente los derechos que se intenta acreditar.

b) Que del mismo modo, se logra la uniformidad de las decisiones jurisdiccionales.

c) Que se suple la ignorancia o falta de formación o experiencia de los jueces, ya que las reglas que consagran la tarifa legal son enunciadas por expertos en derecho y sobre la base de reglas de experiencia consolidadas.

d) Que se evita la *arbitrariedad* judicial.

No obstante, las ventajas enunciadas se han puesto, justificadamente, en tela de juicio, señalándose que:

a) La uniformidad de las decisiones jurisdiccionales no es necesariamente deseable, ya que, como dice DEVIS ECHANDÍA, es la justicia de las mismas lo que verdaderamente importa.

b) El sistema pudo estar basado inicialmente en reglas de experiencia, pero su fijeza connatural llevó a que poco a poco se desvirtuara completamente y, como indican VESCOVI y otros autores, pasó después a contradecir las reglas de la lógica y la experiencia. Por lo demás, en la actualidad, como señala DEVIS ECHANDÍA, el argumento de la falta de experiencia o formación de los jueces no tiene validez.

c) Se relega la función del juez, desvirtuando la función del proceso y la propia esencia de la función jurisdiccional.

d) El sistema tampoco es una garantía contra la *arbitrariedad* judicial.

Concluyendo al respecto en el citado estudio, que "no se puede negar que un sistema que fije de antemano y abstractamente el valor de los medios de prueba, para vincular al decisor en todos y cada uno de los procesos concretos en que dichos medios se utilicen, contraría la esencia misma de la función jurisdiccional.

Como señala Luis A. VIERA, la ley, por la propia rigidez resultante de su naturaleza de norma general y abstracta no es apta para prefijar el valor de conocimiento que suministra un medio de prueba, conocimiento que, por su propia índole debe ser concreto, adecuado a las peculiaridades del objeto por conocer."

Como hemos visto, el C.P.C.M. determina que, salvo la documental, las restantes pruebas serán valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, incluyendo en ese marco a la declaración de parte y su eventual resultado, la confesión, que no hace plena prueba sino que ha de valorarse en el contexto general de la prueba aportada al proceso. La vigencia de la sana crítica como regla de valoración probatoria, se reitera en relación a algunos medios probatorios: así, el artículo 389 dispone que "la prueba pericial será valorada conforme a

las reglas de la sana crítica, tomando en cuenta la idoneidad del perito, el contenido del dictamen y la declaración vertida en la audiencia probatoria".

El artículo 353 confirma la regla de valoración para la declaración de parte, aunque señala que "el juez 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 tal reconocimiento no se oponga el resultado de las otras pruebas"; la valoración de ese eventual reconocimiento de hechos durante el interrogatorio de la parte (confesión), no escapa, en realidad, a las reglas de la sana crítica, pues el juez deberá valorar el resultado de esa declaración en el contexto general de la prueba para determinar, racionalmente y de acuerdo con las reglas de experiencia, si ese reconocimiento no se ve desvirtuado por el resultado de otras pruebas.

En relación a los demás medios de prueba, y con la salvedad de la documental, la apreciación conforme a las reglas de la sana crítica resulta del principio recogido en la norma comentada (art. 416). Por lo que, indudablemente, será ese el sistema de valoración de las declaraciones de los testigos, respecto de los cuales se han descartado tasas legales que tradicionalmente regían respecto de la prueba testimonial.

También se apreciará con arreglo a la sana crítica, el resultado de los reconocimientos judiciales, y de los restantes medios probatorios (previstos o no previstos expresamente) con la salvedad ya indicada.

En cuanto a los documentos, deberá estarse a lo dispuesto en el capítulo respectivo, en relación a su autenticidad y a su valor probatorio. En ese sentido, el artículo 334 dispone que los instrumentos públicos se considerarán auténticos mientras no se pruebe su falsedad. La impugnación de la autenticidad de un instrumento se hará en cualquier estado del proceso y deberá probarse, en su caso, en la audiencia probatoria (art. 338), regulando los siguientes artículos (339, 340) la forma de comprobar la autenticidad de los instrumentos públicos y privados. Acerca de su valor probatorio, se establece que los instrumentos públicos "constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten; de la fecha y personas que intervienen en el mismo, así como del fedatario o funcionario que lo expide".

Los instrumentos privados "hacen prueba plena de su contenido y otorgantes, si no ha sido impugnada su autenticidad o ésta ha quedado demostrada"; si no quedó demostrada tras la impugnación "los instrumentos se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica" (art. 341).

Rige en consecuencia respecto de los documentos, el sistema de prueba tasada, en la medida que la ley asigna el valor probatorio que les corresponde, en los términos ya citados, y el juez no podrá apartarse de la eficacia probatoria establecida por la ley, siempre que se trate de documentos auténticos o tenidos por auténticos; si, por el contrario, no se hubiera demostrado la autenticidad de los instrumentos privados, su contenido se valorará de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Sin perjuicio de las referencias normativas contenidas en el C.P.C.M., deberá tenerse presente también lo dispuesto sobre la prueba de las obligaciones en el Código Civil, en especial, lo relativo al valor probatorio de los instrumentos públicos y privados.

2.13.3 Presunciones e indicios

Vinculado con el tema de la valoración de la prueba y la fijación de los hechos en la sentencia, se incluyen en el capítulo comentado referencias a las presunciones, tanto legales como judiciales, en los artículos 414 y 415.

Como explica COUTURE, una presunción legal es una proposición normativa acerca de la verdad de un hecho. Si admite prueba en contrario se dice que es relativa; si no admite prueba en contrario se denomina absoluta. Aclara más adelante, que una presunción supone el concurso de tres circunstancias: un hecho conocido, un hecho desconocido y una relación de causalidad. "Lo que queda fuera del campo del objeto de la prueba son los dos últimos de esos elementos: el hecho desconocido y la relación de causalidad.

Pero nada sustrae de la actividad probatoria la demostración del hecho en que la presunción debe apoyarse. Para que una presunción legal pueda operar es necesario la plena prueba del hecho base de la presunción."

El artículo 414 regula lo atinente a la presunción legal, señalando que la persona a la que favorezca quedará dispensada de la prueba del hecho presunto, al estar probados los hechos en que se base la presunción. Si la presunción admite prueba en contrario (presunción relativa), la actividad probatoria podrá estar dirigida a probar tanto la inexistencia del hecho en que se basa la presunción, como a demostrar que los indicios probados inducen a un hecho distinto. Tratándose de presunciones relativas, "en la sentencia se deberá justificar y razonar los argumentos que han llevado al tribunal a la concreta decisión sobre si el hecho presunto es la consecuencia de los indicios".

En cuanto a las presunciones judiciales, permiten inferir de los hechos conocidos los hechos desconocidos, mediante deducciones lógicas. La presunción, como explica COUTURE, se apoya en el suceder lógico de ciertos hechos con relación a otros. El artículo 415 indica que "el juez puede presumir la existencia de un hecho a partir de los hechos probados …", y aclara que "esta presunción constituirá argumento de prueba sólo si se funda en hechos probados, o cuando tales indicios, por su precisión, gravedad, número y concordancia fueran capaces de producir convicción judicial, de conformidad con las reglas de la sana crítica". En términos similares, el artículo 1583 del Código Civil dispone que las presunciones judiciales, "las que deduce el juez, deberán ser graves, precisas y concordantes".

COUTURE señala que "las presunciones judiciales son sana crítica y no libre convicción, ya que ellas deben necesariamente apoyarse en hechos probados y no en otras presunciones; deben, además, encadenarse lógicamente de tal manera que conduzcan sin violencia hasta el resultado admitido".

Este último aspecto se encuentra expresamente previsto en la norma citada, al disponer que "cuando un hecho que se declara probado en la sentencia se sustente en presunción judicial, será obligatorio que el juez establezca el enlace racional y argumentado que le hubiera llevado a establecerlo, a partir de los indicios probados". Y como lo indica esta norma en su inciso final, las presunciones judiciales siempre admitirán prueba en contrario, dirigida a demostrar que los indicios probados conducen a distinta o a ninguna presunción, así como para demostrar la inexistencia de los indicios en los que pudiera sustentarse la presunción judicial.

Para finalizar con este punto, consideramos de interés la síntesis conceptual que aporta Lino PALACIO[278] acerca de las presunciones, quien, recogiendo ideas tradicionales, las define como las consecuencias que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para afirmar un hecho desconocido. "La presunción comporta, pues, un razonamiento que, partiendo de un hecho determinado (indicio), y de conformidad con la experiencia referente al orden normal de las cosas, permite afirmar la existencia del hecho que se desea probar. Las presunciones son de dos clases: legales y simples o judiciales.

Las presunciones legales pueden ser, a su vez, juris tantum o juris et de jure, según que admitan o no prueba en contrario. Unas y otras tienen en común la circunstancia de que dispensan a la parte beneficiada por la presunción de la carga de probar el hecho deducido por la ley, pero mientras que las primeras tienen el efecto de invertir la carga de la prueba, transfiriéndola a la parte contraria, las segundas no admiten prueba alguna.

Las presunciones simples, llamadas también judiciales o del hombre, se encuentran libradas, en cambio, al criterio del juez, cuyas conclusiones no se hallan sujetas a reglas preestablecidas, sino que deben ser fijadas de acuerdo con los principios de la sana crítica. No obstante, la ley procesal enuncia diversos requisitos que condicionan la fuerza probatoria de las presunciones como garantía tendiente a evitar la absoluta discrecionalidad judicial. … Es por lo tanto necesario, para admitir el valor probatorio de las presunciones: 1º Que el hecho o indicio del cual parte el razonamiento del juez se encuentre debidamente comprobado. 2º Que las presunciones sean: a) varias; b) graves, es decir, aptas para producir la convicción del juez sobre la verdad de un hecho; c) precisas, es decir, que el hecho productor de la presunción sea susceptible de interpretarse en un único sentido, pues aquélla no puede admitirse cuando el respectivo razonamiento conduce a dos o más resultados distintos; d) concordantes, o sea que formen entre sí un todo coherente y natural".

2.13.4 Sentencia

Se completa en esta sección la regulación legal de la sentencia, estableciéndose el plazo de que dispone el juez para dictarla, las consecuencias en caso de incumplimiento del plazo, y aspectos de contenido a los que haremos mención seguidamente. Las previsiones del artículo 417 deben integrarse con lo dispuesto en los artículos 212 y siguientes, a cuyo comentario remitimos.

278 Palacio, Lino E., ob. cit., ps. 509 y ss.

La sentencia debe dictarla el juez que hubiere presenciado en su integridad la audiencia (probatoria) vinculada con el asunto (art. 213), regla derivada del principio de oralidad. Estará debidamente motivada y contendrá en apartados separados los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la fijación de los hechos y, en su caso, a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho (art. 216). Los requisitos formales y de contenido serán los previstos en el artículo 217, y en todo caso, deberá respetar la regla de congruencia en los términos del artículo 218.

Insistiendo en la regla de congruencia, rige el deber de plenitud del fallo, con arreglo al cual la sentencia debe resolver todas las cuestiones planteadas en el proceso (art. 417), es decir, pronunciarse sobre todas las pretensiones y puntos litigiosos planteados y debatidos (art. 218). En caso de omitirse el pronunciamiento sobre una o más pretensiones, deberá emitir el pronunciamiento omitido dentro del plazo de tres días siguientes al dictado de la resolución, si la falta se aprecia de oficio por el juez, o dentro del plazo de tres días siguientes a la solicitud que formulen las partes una vez notificada la sentencia (art. 226).

La sentencia debe dictarse dentro de los quince días siguientes a la finalización de la audiencia de prueba, y será notificada a las partes en un plazo que no excederá los cinco días desde que se dictó (art. 417).

No obstante, el artículo 222 obliga al juez a anunciar verbalmente el fallo al término de la audiencia, en cuyo caso dictará luego la sentencia en el plazo legal. La norma no resulta suficientemente clara en punto a establecer si el anuncio verbal del fallo en la audiencia, constituye una facultad o un deber del juez en el proceso común, por la forma en que está redactada la parte final del primer inciso.

Sin embargo, nos inclinamos por afirmar que en los procesos comunes, el anuncio verbal del fallo en audiencia constituye una obligacion del juez, quien, atendiendo a la complejidad del asunto, podrá dictar la sentencia íntegramente en el plazo legal, pero deberá anunciar el fallo al final de la audiencia probatoria. En ese sentido, la regulación específica del proceso común tambien prevé el anuncio verbal del fallo al cabo de la audiencia probatoria (art. 417), al igual que lo previsto para el proceso abreviado, en el que la sentencia podrá dictarse íntegramente en la audiencia o anunciarse el fallo y dictarse dentro de los quince días siguientes (art. 430). Por otra parte, la complejidad propia de algunos procesos comunes, en función de su objeto y de la prueba, puede determinar la necesidad de una ponderación y análisis probatorio y jurídico que no siempre podrá efectuarse en la propia audiencia probatoria; y en definitiva, al plazo previsto para el dictado de la sentencia asegura razonablemente la proximidad temporal que debe existir entre la práctica de la prueba y la fundamentacion de la sentencia.

Más relevante aún es la implementación de un sistema de responsabilidad por atrasos en el dictado de la sentencia (o en su posterior notificación), que se integra con lo dispuesto en la norma citada y lo previsto en el artículo 16 y en la Ley Orgánica Judicial. Con arreglo a lo previsto en el artículo 417, “el incumplimiento de los plazos anteriormente establecidos hará incurrir al juez o tribunal en una multa cuyo monto será de un salario mínimo urbano más

alto vigente, por cada día de retraso". En Uruguay se consagra una regla similar, previéndose multas en caso de atrasos reiterados del juez en el dictado de las sentencias así como la eventual afectación de la carrera judicial del juez.

Se establece en el artículo 417, que si la pretensión es de condena al pago de prestaciones o de intereses que se devengan periódicamente, la sentencia podrá incluir pronunciamiento que obligue al pago de los que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte, siempre que lo solicite el demandante en la petición.

Se trata de las denominadas pretensiones de condena de futuro, puesto que la prestación que constituye su objeto no resulta exigible al momento de presentar la demanda, pero lo será en el devenir del proceso o en lo sucesivo una vez dictada la sentencia. Será necesario a esos efectos, que la parte así lo haya solicitado en la demanda, pues de lo contrario se estaría infringiendo la regla de congruencia; acotamos, no obstante, que esa solicitud podría igualmente formularse en la audiencia preparatoria, como nueva pretensión accesoria, si efectivamente reúne los requisitos previstos legalmente (art.305).

Finalmente, se regula lo atinente a la condena ilíquida, cuando en la demanda se solicitó la condena al pago de una cantidad sin especificar, en cuyo caso la cantidad se determinará mediante el correspondiente proceso declarativo, y no por vía de ejecución forzosa (art. 417). En ese sentido, y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 241, se decidirán por el proceso abreviado, cualquiera sea su cuantía, las demandas de liquidación de daños y perjuicios; por lo tanto, si la demanda tiene por objeto la pretensión de condena al pago de daños y perjuicios y no se especifica la cantidad, la sentencia de condena declarará que la cantidad será determinada mediante el proceso abreviado.

Si la condena fuera al pago de otras prestaciones y no se hubiera especificado en la demanda la cantidad, deberá determinarse mediante el proceso declarativo que corresponda según el objeto de la prestación, y eventualmente podrá corresponder un nuevo proceso común a esos efectos. No será de aplicación el trámite previsto en los artículos 696 y siguientes, relativo a la liquidación de cantidades en el proceso de ejecución.

2.14 EL PROCESO ABREVIADO

Santiago Garderes

SUMARIO: I. Ámbito de aplicación. II. La demanda. III. La audiencia.

2.14.1 Ámbito de aplicación

El proceso abreviado integra, junto con el proceso común, los procesos declarativos previstos en el CPCM.

Su ámbito de aplicación resulta de lo dispuesto en el artículo 241, y podrá derivar de la cuantía de la demanda o de su objeto, según veremos. Tramitan por este proceso, las demandas cuya cuantía no supere los veinticinco mil colones o su equivalente en dólares. También se decidirán por este trámite, cualquiera sea su cuantía, las siguientes pretensiones:

- 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.
- Las demandas de nulidad de sociedades.

Se trata de un proceso sumario, que procura la abreviación del trámite mediante una demanda simplificada, reglas limitativas de la acumulación y la concentración de actividad de alegación (contestación a la demanda), prueba y sentencia en audiencia.

La regulación del proceso abreviado no contiene normas de integración, con la salvedad de la relativa a la producción de la prueba, aspecto en el que se remite a las reglas del proceso común. No obstante, será necesario integrar las disposiciones del proceso abreviado, con la normativa que rige el proceso común (que integra el género de los procesos declarativos), puesto que en muchos aspectos el marco normativo del proceso abreviado no resultará suficiente; en ese sentido, la integración de normas procesales que rigen supuestos análogos, en aspectos no previstos expresamente en la regulación del proceso abreviado, se funda en lo dispuesto en el artículo 19 del C.P.C.M.

2.14.2 La demanda

En estos procesos, se presentará una demanda simplificada, por escrito, que deberá contener los requisitos previstos en el artículo 418: designación del juzgado; identificación del demandante, del demandado y de aquellos otros interesados que deban ser llamados al proceso, así como sus domicilios; una enumeración suficiente de los hechos que justifiquen la razón de ser de la petición; la petición; fecha y firma.

La simplificación de la demanda resulta de comparar los requisitos enunciados, con los previstos en el artículo 276 para la demanda del proceso común. La principal diferencia

radica en la necesidad de un relato preciso y completo de los hechos, que debe efectuarse en la demanda del proceso común, siendo suficiente con una enumeración sucinta de los hechos en la demanda del proceso abreviado; aunque resultará aconsejable que el relato sea lo más claro, preciso y completo posible también en la demanda del proceso abreviado. Tampoco se requiere en la demanda simplificada del proceso abreviado, la indicación de los argumentos de derecho y las normas jurídicas que sustentan la pretensión, lo que sí está previsto para la demanda del proceso común; con la misma aclaración ya efectuada, en el sentido de que, en todo caso, podrá el demandante incluir tales referencias en la demanda simplificada del proceso abreviado.

La norma referida, no exige expresamente la presentación de los documentos que fundamenten la pretensión, como sí lo prevé el artículo 276 para la demanda del proceso común. Podría concluirse entonces, en una primera lectura de la norma, que los documentos podrán presentarse en la audiencia del proceso abreviado, teniendo presente que el artículo 428 faculta a las partes a proponer en audiencia las pruebas de que intenten valerse, sin limitantes como las previstas en los artículos 288 y 289 para el proceso común; de modo que la preclusión de aportación documental prevista en los citados artículos 288 y 289, sería de aplicación exclusiva al proceso común en virtud de la ubicación de esos artículos, y no al proceso abreviado.

Sin embargo, no debe obviarse la referencia final del artículo 418, en cuanto dispone que "de la demanda y documentos que la acompañen se presentarán tantas copias como demandados y demás interesados en el proceso haya …"; lo que puede llevar a concluir que los documentos deben presentarse con la demanda, aunque la norma no lo exige con claridad.

En definitiva, resultará conveniente presentar con la demanda los documentos en que se funda la pretensión, evitando de esa forma cualquier eventual duda interpretativa en torno al momento previsto para la aportación documental. Por otra parte, la presentación inicial de los documentos en los que se funda la pretensión puede resultar necesaria para determinar el valor de la pretensión, del que dependerá el trámite a seguirse.

Con relación a las restantes pruebas, podrán ser propuestas en la audiencia, con arreglo a lo previsto en el artículo 428. Las pruebas que, para practicarse en la audiencia, requieran diligencias de citación o requerimiento (por ejemplo, la citación de un testigo a efectos de su interrogatorio, o la designación de un perito judicial), podrán ser solicitadas al menos con tres días de antelación a la fecha de la audiencia (art. 428); si el demandante propusiera el reconocimiento judicial a realizarse fuera de la sede del tribunal, lo advertirá en la demanda a efectos de que pueda realizarse antes de la audiencia, oído el demandado.

La acumulación objetiva de pretensiones se encuentra acotada, de acuerdo a lo previsto en el artículo 420, admitiéndose exclusivamente en los siguientes supuestos: cuando las pretenciones acumuladas estén basadas en los mismos hechos, siempre que deba seguirse en todo caso el proceso abreviado; cuando se ejercite una pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios vinculada a otra pretensión que sea prejudicial de aquélla.

Se establece de esa forma, un régimen limitativo de la acumulación objetiva, respecto del previsto con carácter general en el artículo 98, con arreglo al cual "el demandante podrá ejercer a la vez en la demanda cuantas pretensiones tenga contra un mismo demandado, con el único límite de que no sean incompatibles entre sí", norma que se complementa con lo dispuesto en el artículo 100 (requisitos de la acumulación). … (prejudicialidad) Sin perjuicio de ello, podrá solicitarse posteriormente la acumulación de procesos abreviados entre los que exista conexión fáctica o jurídica, en los términos previstos en los artículos 106 y siguientes. En cuanto a la acumulación subjetiva de pretensiones, se rige por la regla general del artículo 104, que requiere la existencia de un nexo o conexión por razón del título o de la causa de pedir.

Presentada la demanda, el juez efectuará un control de admisibilidad dentro del plazo de cinco días, dictando auto de admisión y señalando fecha de audiencia, si la demanda cumple con todos los presupuestos y requisitos. En caso contrario, si la demanda tuviera defectos subsanables, el juez concederá a la parte un plazo de cinco días para subsanarlos; si los defectos fueran insubsanables, declarará la demanda improponible, mediante resolución que admite apelación (puesto que pone fin al proceso).

Admitida la demanda, el juez citará a audiencia, que deberá celebrarse entre los diez y los veinte días siguientes a la citación, que será notificada al demandante, al demandado y demás interesados aludidos en la demanda, acompañándose copia de la demanda y demás documentos presentados con ella. Si bien la audiencia tendrá lugar en única convocatoria, podrán las partes solicitar la suspensión de la audiencia alegando justa causa, como resulta del artículo 425 y de lo dispuesto en los artículos 208 y 211 con carácter general.

2.14.3 La audiencia

La audiencia concentra actividad de alegación (ratificación, ampliación o reducción de la demanda, contestación a la demanda, eventual reconvención) y prueba (proposición y producción de la prueba), así como el intento de conciliación que debe efectuar el juez, y -eventualmente- la sentencia.

La audiencia será presidida por el juez bajo pena de nulidad insubsanable, de acuerdo a lo previsto con carácter general en el artículo 200. El principio de inmediación presenta una relevancia prioritaria en la reforma procesal, y determina que las pruebas sean practicadas en presencia del juez, quien habrá de dictar sentencia al cabo de la audiencia (o anunciar el fallo y dictar luego la sentencia); la comparecencia de las partes en audiencia, posibilita la práctica y control de la prueba, y en este caso, conlleva además la realización de actos procesales de alegación, como la contestación a la demanda, eventual reconvención, y la formulación de los alegatos finales.

Las partes tienen la carga de comparecer a la audiencia. Si el demandante no comparece ni hubiere alegado justa causa que motive la suspensión de la audiencia, se le tendrá por desistido de su demanda, siempre que el demandado no alegare interés legítimo en la continuación del proceso. El desistimiento implicará la imposición de las costas, y la condena

a indemnizar los daños y perjuicios causados, si fueran solicitados y acreditados por el demandado.

Si quien no comparece es el demandado, se continuará con la audiencia, sin necesidad de declarar su rebeldía.

Las partes podrán solicitar la suspensión de la audiencia, alegando justa causa que les impida comparecer en la fecha y hora señaladas en la citación. También podrán, excepcionalmente, justificar su incomparecencia con posterioridad a la audiencia, tratándose de circunstancias imprevisibles que no hayan podido comunicar al tribunal con suficiente antelación a la audiencia.

En ese sentido, consideramos que previo a tener por desistido al demandante, el juez deberá concederle un plazo razonable para justificar los motivos de su incomparecencia a la audiencia, pues de lo contrario se lo colocaría en la necesidad de impugnar la resolución que lo tiene por desistido. En todo caso, el juez deberá valorar si la causa invocada supone un impedimento para la comparecencia a la audiencia, teniendo presente las causas de suspensión de audiencias previstas con carácter general en el artículo 208, y valorando las circunstancias invocadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y las máximas de experiencia.

En cuanto al contenido de la audiencia, en primer término el juez intentará la conciliación a fin de evitar la prosecución del proceso. Si bien la norma no reitera lo previsto para la audiencia preparatoria del proceso común, de todos modos el juez deberá tener especial cuidado de evitar cualquier prejuzgamiento. Citando lo dispuesto en el artículo 293, "a la vez que insta a las partes a lograr un acuerdo, el juez les advertirá de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles, sin prejuzgar el contenido de la eventual sentencia".

Si no hubiera avenencia, se concederá la palabra a la parte demandante para que ratifique, amplíe o reduzca su demanda, aunque en ningún caso podrá introducir cambios sustanciales a lo ya alegado.

La ratificación de la demanda no plantea inconvenientes, salvo la previsión de evitar que por esa vía se intente modificar la demanda, aspecto que deberá tener especialmente en cuenta el juez para denegar eventuales alteraciones del planteo inicial, y el demandado para oponerse en audiencia. Tampoco plantea dificultades la reducción de la demanda, en la medida que no afecta el derecho de defensa del demandado, permaneciendo en el ámbito del principio dispositivo.

En cambio, puede resultar complejo determinar el alcance de la norma en cuanto autoriza la ampliación de la demanda en audiencia, aclarando luego que "no se podrá hacer en ella variación sustancial".

En ese sentido, consideramos que la norma refiere a las modificaciones previstas durante la audiencia preparatoria del proceso común, en el que se admite al demandante agregar

nuevas pretensiones accesorias, o alegar hechos nuevos derivados de los planteados en la demanda. De modo que, por ejemplo, podrá ampliarse la demanda para incluir los intereses no reclamados inicialmente, como pretensión accesoria, siempre que no superen la cuantía de los procesos abreviados.

Cabe apuntar, además, que la ampliación de la demanda, aunque no determine una modificación sustancial, puede determinar la interrupción de la audiencia para concederle al demandado un plazo razonable a efectos de ejercer una adecuada defensa en relación con esa ampliación, si las circunstancias del caso lo ameritan; aunque esa posibilidad no está prevista expresamente, podrá fundarse en el principio de defensa, consideradas las circunstancias del caso.

A continuación, se oirá al demandado, que contestará en audiencia, alegando cuantos defectos procesales estime conveniente y posteriormente afirmando o negando concretamente los hechos y los fundamentos de derecho de la demanda; podrá asimismo formular reconvención, que para admitirse deberá reunir los requisitos previstos en el artículo 424 (que la pretensión pueda tramitarse por el proceso abreviado, y que tenga conexión con la que sea objeto de la demanda principal).

Cabe analizar la posible interrupción de la audiencia a solicitud del demandante, si fuera menester a efectos de ejercer una adecuada defensa respecto de la reconvención, siempre que alegue no estar en condiciones de contestar en la propia audiencia, por falta de información o prueba; aspecto que deberá evaluar el juez atendiendo a las circunstancias del caso concreto, bajo la premisa del principio de defensa.

En ese sentido, y sin perjuicio de resaltar la conveniencia de las reglas legales que limitan las causas de suspensión e interrupción de las audiencias, el juez deberá tener siempre presente la incidencia de principios fundamentales como el de defensa y contradicción, que pueden determinar la conveniencia de interrumpir o suspender la audiencia en otros supuestos no previstos en las normas citadas.

El formato de la contestación es oral, pues se realiza en audiencia, y esa es la regla prevista con carácter general en el artículo 8º (principio de oralidad). La contestación a la demanda, deberá documentarse en forma íntegra durante la audiencia, con arreglo a lo previsto en el artículo 205, también aplicable a la audiencia del proceso abreviado, en la que se incluirán las alegaciones de las partes. Cabe plantear, sin embargo, la posibilidad de que el demandado presente su contestación por escrito en la audiencia, para mejor ordenación y registro de su alegación; tal posibilidad, aunque no prevista expresamente, podría admitirse como sistema de registro de la contestación, que de todos modos debería realizarse oralmente para permitir el conocimiento inmediato de las alegaciones por parte del juez y de la parte contraria, necesario para determinar, entre otros aspectos, sobre qué hechos existe disconformidad.

Al contestar, el demandado podrá alegar inicialmente los defectos procesales previstos en el artículo 298 o cualquier otro que estime conveniente, y siguiendo el orden lógico de la

contestación, pasará luego a pronunciarse sobre la cuestión de fondo. Rige en ese sentido, la carga de pronunciarse categóricamente sobre la veracidad o falsedad de las afirmaciones contenidas en la demanda; de modo que, aplicando el artículo 284, el juez podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean conocidos y perjudiciales.

En ese sentido y respecto del eventual silencio o respuestas evasivas del demandado, es preciso analizar el sistema general previsto en el nuevo Código. Resulta claro, en primer término, que si el demandado no comparece a la audiencia, no procede su rebeldía, y tampoco podrá tomarse como admisión de los hechos alegados en la demanda (artículo 425, y artículo 287 para el proceso común). Pero a diferencia de ese supuesto, el capítulo relativo al proceso abreviado no prevé expresamente las consecuencias del silencio del demandado o de sus respuestas evasivas en oportunidad de contestar la demanda en audiencia, de modo que la interpretación debe buscarse en el contexto normativo. En ese marco, el artículo 309, dentro de la regulación del proceso común, indica que el objeto de la prueba lo integran los hechos sobre los que exista disconformidad; y el artículo 313, dentro del régimen general de la prueba, dispone que la prueba tendrá por objeto las alegaciones de las partes sobre los hechos controvertidos. De modo que, en términos generales, vigentes también para el proceso abreviado, no requieren prueba los hechos sobre los que no exista controversia, y si el demandado al contestar guarda silencio sobre un hecho, no lo controvierte. Por otra parte, el artículo 428, dentro del capítulo del proceso abreviado, indica que la prueba tendrá por objeto los hechos sobre los que no hubiere conformidad, reafirmando la regla enunciada.

Ya hemos señalado, que al contestar en audiencia el demandado podrá hacer valer las excepciones procesales que estime conveniente, y denunciar los defectos previstos en el artículo 298 (falta de capacidad, falta de jurisdicción, incompetencia, litispendencia, cosa juzgada, sumisión a arbitraje, vía procesal errónea, etc.) así como otros defectos que supongan un obstáculo a la válida continuación del proceso. Merece especial mención la excepción de vía procesal errónea, por la delimitación legal del ámbito del proceso abreviado, cuando el demandado alegue que corresponda tramitarlo como proceso común, ya sea por razón de la cuantía o de la materia.

Luego de contestada la demanda, se dará la palabra al demandante para contestar las excepciones o defectos procesales alegados, así como la eventual reconvención. Podrá asimismo, alegar cuestiones relativas a la personalidad o representación del demandado.

Oídas las partes en los términos referidos, el juez resolverá acerca de las excepciones procesales formuladas (función de saneamiento procesal). Si bien la ley no regula expresamente la oportunidad en la que habrá de dictar el juez la correspondiente resolución, acogiendo o rechazando las excepciones procesales que se hubieran formulado, el artículo 427 dispone que si el juez no aceptase ninguna excepción procesal, la parte afectada podrá pedir que conste en acta su disconformidad; lo que permite concluir que el juez deberá resolver acerca de las eventuales excepciones procesales en la propia audiencia, luego de formuladas y sustanciadas esas excepciones, al igual que ocurre en la audiencia preparatoria del proceso común.

En cuanto al posible contenido de la resolución, dependerá de la concreta excepción o defecto alegado; en ese sentido, cabe aplicar lo previsto en los artículos 299 y siguientes, que prevén las consecuencias que puede tener la aceptación de los defectos procesales denunciados. A modo de ejemplo, si los defectos denunciados y examinados en audiencia refieren a la falta de capacidad, representación o postulación, y fueran subsanables, el juez otorgará a la parte que los cometió un plazo de cinco días para proceder a su debida corrección, suspendiendo a tal efecto la audiencia, salvo que la parte estuviera en disposición de sanarlos en el mismo acto (art. 300). Para mencionar otra hipótesis, si el juez estima fundada la excepción de cosa juzgada, pondrá fin al proceso, ordenando el archivo de las actuaciones (art. 302). Si, por el contrario, rechaza las excepciones, la parte que las hubiere formulado podrá dejar constancia en acta de su disconformidad, y la audiencia continuará con el resto de las actividades previstas.

A pesar de las dudas que puede generar en virtud de la abreviación estructural de estos procesos, consideramos igualmente aplicable al proceso abreviado la solución legal que permite al juez resolver la cuestión fuera de audiencia, dentro de los cinco días posteriores, cuando el caso entrañe especial dificultad; esa solución está prevista expresamente para la audiencia preparatoria del proceso común en los artículos 301 y 302, en relación a las excepciones de falta de litisconsorcio necesario, litispendencia y cosa juzgada, aunque en nuestra opinión, puede extenderse a la resolución de otras excepciones procesales, siempre que la complejidad del caso así lo requiera. La dificultad que puede encerrar la aplicación de esa solución al proceso abreviado, radica en la especial estructura de estos procesos, que prevé el dictado de sentencia sobre el fondo (o al menos, el anuncio verbal del fallo) al término de la audiencia única, a diferencia del proceso común, que tiene prevista una audiencia probatoria luego de la audiencia preparatoria. No obstante la dificultad apuntada, las mismas razones que pueden tornar especialmente compleja la decisión de una excepción procesal en el proceso común, pueden darse en el proceso abreviado, de modo que, excepcionalmente, el juez podrá integrar el marco normativo del proceso abreviado, con lo dispuesto en los artículos 301 y 302 para el proceso común, e interrumpir la audiencia por un plazo máximo de cinco días a fin de resolver acerca de las excepciones procesales que se hubieran formulado, cuando la cuestión entrañe especial dificultad.

La resolución que dicte el juez sobre las excepciones procesales, admitirá apelación en caso de poner fin al proceso (por ejemplo, si acoge la excepción de cosa juzgada o litispendencia); en caso contrario, si el juez la rechaza, la parte afectada podrá dejar constancia en acta de su disconformidad, como vimos.

Concluida la etapa de saneamiento procesal, la audiencia continúa con la proposición y producción de la prueba.

Comenzará el demandante, proponiendo las pruebas de que intente valerse para probar los hechos controvertidos, y a su turno hará lo propio el demandado.

Las reglas para la proposición de las pruebas son las previstas en la regulación general de la prueba en relación a cada medio probatorio, de las que resultan los requisitos que deberán

tener en cuenta las partes al proponer el interrogatorio de testigos o un peritaje judicial, para mencionar dos ejemplos.

En la mayoría de los casos, la prueba habrá sido propuesta con anterioridad a la audiencia, cuando resulte necesaria la citación de un testigo, de la parte contraria o de un perito, o cuando fuere menester requerir un documento; en esos casos, las partes podrán solicitar, con al menos tres días de antelación a la fecha de la audiencia, aquellas pruebas que, para practicarse en la misma, necesiten diligencias de citación o requerimiento.

Ello conlleva que, en muchos casos, el juez deberá adelantar el control de admisibilidad de las pruebas, a una etapa previa a la audiencia, tras la solicitud de la parte de citación de un testigo o perito, o de práctica de un reconocimiento judicial que no pueda realizarse en audiencia. Debe observarse, no obstante, que hasta la contestación a la demanda, que se realiza en audiencia, no será posible determinar la pertinencia y necesidad de la prueba, pues recién entonces quedarán fijados los hechos controvertidos, únicos que requieren prueba.

De modo que, en principio, el juez deberá admitir las citaciones y requerimientos solicitados por las partes con anterioridad a la audiencia, siempre que no resulte manifiesta su impertinencia o inutilidad; a cuyos efectos, las partes deberán indicar con precisión en sus solicitudes de citación de testigos, partes o peritos, la finalidad de esa prueba (los hechos a probar). Pero aún admitida y realizada la citación de un testigo o perito, en la audiencia el juez podrá rechazar la prueba si, tras las alegaciones iniciales, resulta impertinente o inútil.

En caso de rechazo de un medio de prueba, la parte que lo hubiera propuesto podrá hacer constar en acta su disconformidad, a efectos de apelar la sentencia definitiva (art. 317). Las partes también podrán objetar la introducción de pruebas inadmisibles, e impugnar la decisión judicial que admita esas pruebas, mediante recurso de revocatoria oral (art. 407, que consideramos aplicable al proceso abreviado, así como el sistema general de las objeciones regulado en ese capítulo).

Para la práctica de las pruebas se estará a lo dispuesto en el proceso común, según indica el artículo 428; remisión que comprende las reglas previstas para el interrogatorio de partes, testigos y peritos, para la práctica de reconocimientos judiciales, así como el sistema de las objeciones (objeciones a las preguntas, a las respuestas y a la conducta de las partes durante los interrogatorios).

Podrán interponerse objeciones a las preguntas que se formulen a testigos, partes o peritos, así como a las respuestas de los testigos y peritos, y a la conducta de las partes, con arreglo al sistema de las objeciones previsto en los artículos 408 y siguientes (audiencia probatoria del proceso común), a cuyo comentario remitimos.

Practicada la prueba, se recibirán los alegatos orales de las partes, que dispondrán a esos efectos de un lapso que no excederá de treinta minutos. La finalidad y contenido de los alegatos finales, es la misma que la prevista para el proceso común.

Rige además, la regla que prohíbe modificar la pretensión en los alegatos, prevista en el artículo 412 para el proceso común, aunque nada se establezca al respecto en la regulación del proceso abreviado. A efectos de formular sus respectivos alegatos finales, las partes podrán solicitar al juez les conceda un tiempo razonable para su preparación, sin que ello suponga interrumpir la audiencia.

Concluidos los alegatos finales, si el juez no se considerare suficientemente ilustrado sobre las cuestiones de cualquier tipo que sean objeto del debate, concederá a ambas partes el tiempo que crea conveniente para que informen o den explicaciones respecto de los puntos en que hubiere alguna duda (art. 429). Se trata del denominado interrogatorio *ad clarificandum*, con fines aclaratorios, destinado generalmente a aclarar dudas respecto de las alegaciones iniciales (demanda y contestación), aunque en este caso referido no sólo a esos actos sino a la actividad probatoria y de alegación final.

Sin perjuicio del referido interrogatorio con fines aclaratorios, el juez podrá disponer otras diligencias para mejor proveer, con arreglo a lo previsto en el artículo 7º y 321, que consideramos aplicable también al proceso abreviado, aunque limitado en su finalidad a lo previsto en los artículos citados.

Terminados los alegatos, el juez podrá dictar sentencia en el acto, o anunciar verbalmente el fallo, debiendo en todo caso pronunciar la sentencia dentro de los quince días siguientes a la finalización de la audiencia (art. 430). Debe tenerse presente en ese sentido, lo dispuesto con carácter general en el artículo 220, sobre la sentencia oral: el juez podrá dictar oralmente la sentencia íntegra en los procesos abreviados, si lo permitiera la complejidad fáctica y jurídica del proceso en cuestión; de lo contrario, anunciará verbalmente el fallo. En caso de pronunciar la sentencia oral, dictará in voce el fallo de la sentencia y una sucinta motivación y preguntará a las partes si anuncian su intención de recurrirla; si ambas partes manifestaren su decisión de no impugnar la sentencia, declarará su firmeza en el acto. Si sólo se ha anunciado el fallo o si habiendo dictado sentencia íntegra ambas partes o alguna de ellas anunciaran su intención de recurrir, el juez la dictará luego por escrito en el plazo legal.

La sentencia deberá estar debidamente motivada, de acuerdo a lo previsto en el artículo 216; y deberá respetar el principio de congruencia en los términos previstos en el artículo 218.

El incumplimiento del plazo legal para dictar sentencia (quince días), hará incurrir al juez en responsabilidad, con arreglo a lo previsto en el artículo 417 (multa equivalente a un salario mínimo nacional urbano más alto vigente, por cada día de retraso).

La valoración de la prueba se rige por las mismas reglas previstas para el proceso común, que consagran el sistema de la sana crítica como regla de valoración, sin perjuicio de la prueba documental que se rige por un sistema de tasa legal.

2.15 LAS MEDIDAS CAUTELARES

Santiago Garderes

SUMARIO: I. Introducción. II. Función de las medidas cautelares. III. La potestad cautelar genérica. IV. Los principios del sistema cautelar. V. Los presupuestos o requisitos de la providencia cautelar. VI. Las medidas cautelares previstas en el C.P.C.M.. VII. Procedimiento cautelar. VIII. Ejecución de las providencias cautelares.

2.15.1 Introducción

El Título Cuarto, referido a las medidas cautelares, se organiza en dos capítulos, el primero dedicado a la procedencia y clases de medidas cautelares, y el segundo a la adopción de las medidas y el procedimiento cautelar.

El primer capítulo contiene normas generales en materia cautelar, que definen el sistema cautelar y los principios que lo caracterizan, indicando luego el catálogo de las medidas cautelares previstas.

El segundo capítulo regula el procedimiento para la adopción de medidas cautelares, con referencias a la solicitud cautelar, los requisitos que debe contener, la decisión o providencia cautelar y su ejecución.

La regulación del proceso cautelar se desarrolla a partir del principio de "universalidad de aplicación" (art. 431), que permite adoptar medidas cautelares en cualquier proceso y en cualquier etapa del mismo, cuando resulte necesario para asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional.

2.15.2 Función de las medidas cautelares.

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 demora del proceso se manifiesta aún en los sistemas procesales más avanzados, en la medida que la actividad 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 aún 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; 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.

Lo que nos conduce al ámbito de las medidas cautelares, como instrumento de 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).

2.15.3 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 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 C.P.C.M., 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).

El carácter instrumental de las medidas cautelares, reflejado en la regulación del presente capítulo, permite distinguirlas de otros institutos similares que integran el marco más amplio de la tutela urgente y que, en ocasiones, no acceden instrumentalmente a un proceso principal sino que agotan su finalidad en la propia medida adoptada (por ejemplo, las medidas "autosatisfactivas", que no están previstas en el C.P.C.M.).

Complementando el marco tradicional de las medidas cautelares, se suele mencionar a 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 (incluido el civil o mercantil) una medida provisional o anticipada.

En esa línea ingresa, en nuestro concepto, el C.P.C.M., que no contiene una previsión expresa admitiendo estas medidas (a diferencia del Código Modelo para Iberoamérica) pero que, no obstante, permite adoptar cualquier medida necesaria "para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria" (art. 437).

2.15.4 Los principios del sistema cautelar.

El sistema cautelar del C.P.C.M. reafirma los postulados de eficacia que caracterizan la reforma procesal en general.

Puesto que, 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.

2.15.4.1 Universalidad de la aplicación.

La potestad cautelar genérica se concreta en los artículos 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 artículo 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 artículos 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 artículo 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 pudiere 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 artículo 436, cuando la parte interesada lo solicite y resulte indispensable para la protección de su derecho por existir peligro de lesión o frustración del mismo a causa de la demora del proceso, y 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 pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria, fórmula de suficiente amplitud para abarcar no sólo medidas típicamente cautelares sino también las denominadas "medidas provisionales" o anticipatorias.

2.15.4.2 Principio dispositivo y de congruencia.

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 decrete 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. 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); de modo que en ningún caso podría adoptar el juez una medida cautelar más onerosa para el demandado que la solicitada por el actor, aún cuando resulte más ajustada a las circunstancias del caso.

2.15.4.3 Principio de responsabilidad.

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 se completa con lo dispuesto en los artículos 434, 446 y 456 del 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 a lo previsto en el artículo 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 padece) quien en definitiva deba soportar el riesgo de injusticia que conlleva el instrumento cautelar.

Así resulta, en nuestra opinión, de lo previsto con carácter general en el citado artículo 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"), y en el artículo 456 para el caso de alzamiento de la medida por sentencia absolutoria firme.

Esa es, por otra parte, la solución adoptada por la L.E.C. (arts. 742 y 745), y preconizada -entre otros- por autores clásicos como Calamandrei, Carnelutti y Podetti279, como la más adecuada al instituto cautelar, recogida asimismo por Couture en su Proyecto de Código de Procedimiento Civil.

Calamandrei expuso 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, conexa al riesgo que es inherente a la necesaria instrumentalizad hipotética de una providencia cautelar, en sí misma plenamente legítima".[280]

279 Calamandrei, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Ed. Librería El Foro, Buenos Aires, 1997; Carnelutti, Francesco, Sistema de Derecho Procesal Civil, T. II, Ed. UTEHA, Bs. As., 1944, ps. 135-136 y 132-133; Podetti, J. Ramiro, Tratado de las Medidas Cautelares, EDIAR SA, Bs. As., 1956, ps. 124-125 y 128-130.

280 Calamandrei, Piero, ob. Cit., ps. 83-85.

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 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, y cuya función es, precisamente, garantizar el cobro de los daños y perjuicios causados al afectado en caso de levantamiento de la medida cautelar.

No aclara el Código, en este capítulo, si la indemnización de los daños y perjuicios causados por la medida cautelar puede reclamarse en el mismo proceso, o corresponde al afectado iniciar un nuevo proceso con ese objeto. El art. 456 se limita a señalar que, "cuando la sentencia absolutoria fuere firme, el tribunal dejará sin efecto inmediatamente y de oficio todas las medidas cautelares adoptadas, pudiendo el demandado solicitar el pago de los daños y perjuicios causados".

En una posible interpretación sistemática del C.P.C.M., podría afirmarse que la liquidación de los daños y perjuicios debe efectuarse siguiendo el procedimiento previsto en el art. 696 (liquidación de cantidades en los procesos de ejecución), que se compone de los siguientes actos: solicitud conteniendo una relación detallada que incluya el importe y las justificaciones o informes que se consideren pertinentes, audiencia al obligado por el plazo de seis días y, dependiendo de la respuesta del obligado, aprobación de la liquidación o sustanciación y decisión de la oposición por el trámite del proceso abreviado.

En la versión original del Anteproyecto, se incluía un artículo referido a la reclamación de daños y perjuicios causados al demandado por la medida cautelar levantada al resolver la oposición (art. 460 en la versión 2006), remitiendo para su liquidación a los trámites previstos para tales pretensiones en el procedimiento de ejecución forzosa; esa norma no se mantuvo en la versión finalmente aprobada del Código, presumiblemente porque se eliminó la sustanciación previa de la solicitud cautelar (que podía derivar en la oposición del demandado). Ese antecedente nos lleva a concluir en el sentido indicado, en cuanto al procedimiento para la liquidación de los daños y perjuicios (art. 696). No obstante, otra posible interpretación consiste en tramitar dicha solicitud a través del proceso abreviado (proceso declarativo), en virtud de lo dispuesto en el artículo 241.

2.15.4.4 Principio de proporcionalidad.

El nuevo Código también recoge el principio de la proporcionalidad en los artículos 431, 432 y -fundamentalmente- 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 obtenga el demandante más de lo que obtendría como consecuencia de la ejecución de la sentencia."

2.15.4.5 Principio de igualdad.

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.

2.15.4.6 Principio de defensa y contradicción.

Vinculado con el principio de igualdad, cabe mencionar en el marco del proceso cautelar, el principio de defensa 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 artículo 453 disponía 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 artículo 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 final del C.P.C.M. no reitera la referencia citada, sino que consagra la regla del trámite unilateral del proceso cautelar en el artículo 453: "Las medidas cautelares se decretarán sin audiencia de la contraparte." No se afecta 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.

Sin perjuicio de la impugnación mediante recurso de apelación, la parte afectada por la medida cautelar puede solicitar su modificación o 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 Calamandrei281, 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 aunque hubiera quedado firme la medida cautelar por falta de impugnación, podrá solicitar su cese cuando invoque una variación en las circunstancias que tuvo en cuenta el juez al adoptar esa medida.

2.15.4.7 Principio de celeridad.

Para finalizar con la reseña de los principios que definen el sistema cautelar, 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 a lo previsto en el artículo 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 (artículo 453 en la versión 2006), una eventual audiencia de prueba referida a los hechos que motivan la solicitud cautelar; 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.

En ese caso, deberá el juez señalar una audiencia en un plazo breve, de forma de cumplir con el plazo previsto para resolver la solicitud cautelar (dentro de los cinco días de presentada la solicitud), a fin de recibir las pruebas ofrecidas y resolver en audiencia, sin noticia previa de la contraparte porque así lo dispone el artículo 453; 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.

2.15.5 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

281 Calamandrei, P., ob. Cit., p. 89.

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 nuevo Código).

Con relación a los dos presupuestos básicos ya enunciados (apariencia 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 nuevo Código 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; en cambio, el C.P.C.M. 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 del mismo 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 apariencia 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 CPCyM).

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 apariencia 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.

En cuanto a la apariencia 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".[282]

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.

282 Calamandrei, Piero, ob. Cit., ps. 77-78.

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[283], 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 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 contiende 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

283 Calamandrei, Piero, ob. cit., ps. 71 y ss.

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".

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 contrarparte por la excesiva celeridad de la providencia cautelar, y de este modo restablece el equilibrio entre las dos exigencias discordantes".284

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

284 Calamandrei, Piero, ob. cit., ps. 63-64.

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). Esa interpretación, que sería acorde al texto legal, podría afectar en forma inconveniente el acceso a la tutela cautelar, al limitar la garantía o caución admisible.

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 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.

2.15.6 Las medidas cautelares previstas en el C.P.C.M.

En cuanto al elenco de medidas cautelares admisibles, el Código contiene una enumeración no taxativa de las principales medidas, 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.

Las medidas cautelares específicas que menciona el artículo 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;

2.15.6.1 El embargo preventivo

El **embargo preventivo,** regulado en el artículo 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 facultan a 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 artículo 438: "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 del citado art. 438 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.

Consideramos 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, en base a circunstancias objetivas que deberá alegar y acreditar sumariamente, un riesgo cierto de lesión o frustración de ese derecho de crédito. Sin perjuicio de que, eventualmente, el instrumento público o privado puede configurar en el caso concreto un título ejecutivo (art. 457), y en ese caso podrá solicitarse el embargo de acuerdo a lo previsto en el art. 459 (demanda ejecutiva).

En cuanto al primer inciso del artículo 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 actor, y tampoco excluye la necesidad de acreditar el restante presupuesto exigido con carácter general en el artículo 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 nuestra 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 artículo 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 artículo 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". Debe preferirse entonces, la adopción de otra medida cautelar menos gravosa cuando resulte igualmente idónea para prevenir el riesgo de lesión o frustración del derecho.

2.15.6.2 La inhibición general de disponer

El artículo 439 refiere a la inhibición general de disponer, medida prevista para supuestos en los que el peticionante no conozca bienes suficientes del deudor, que se inscribirá en los registros respectivos y tendrá eficacia a partir de esa inscripción. Como lo indica la norma citada, la medida despliega sus efectos desde la anotación determinando la inhibición general de vender o gravar los bienes, pero no concede preferencia respecto de otras medidas cautelares anotadas con posterioridad.

2.15.6.3 La intervención o administración judicial

La **intervención o administración judicial** está regulada en el artículo 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 pudiere recaer, y no fuera posible garantizar los derechos del acreedor por medio de otras medidas menos gravosas para el derecho de propiedad". El artículo 441 regula el régimen general de la medida, 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.

2.15.6.4 El secuestro

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).

El secuestro puede definirse como una 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 la misma lo sustraiga, oculte, destruya, altere o deteriore, permitiendo de ese modo lograr la ulterior ejecución eventual de la sentencia definitiva.

De acuerdo a lo previsto en el art. 442, se limita a la documental la prueba de la verosimilitud del derecho del actor, cuando la pretensión garantizada tenga por objeto la entrega del bien mueble que se halle en poder del demandado, y en general, cuando se solicite el secuestro para asegurar el resultado de la sentencia definitiva; lo que no excluye la admisibilidad de otros medios de prueba para acreditar el otro presupuesto de toda medida cautelar, es decir, el riesgo de frustración del derecho.

2.15.6.5 La anotación de la demanda

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 de la demanda, o anotación preventiva de la litis como se la denomina en otros sistemas, es una medida cautelar que tiene por finalidad asegurar la publicidad de un proceso en el que puedan verificarse alteraciones en relación a bienes susceptibles de inscripción registral, de modo que la eventual sentencia estimatoria de la pretensión pueda ser oponible a terceros adquirentes de dichos bienes o terceros a cuyo favor se constituyan derechos reales o personales inscribibles sobre los mismos.

Se trata en realidad, de una medida vinculada con los efectos de la sentencia (cosa juzgada), puesto que la publicidad registral resultante de la anotación de la demanda tiene por objeto que la sentencia que finalmente se pronuncie en ese proceso, sea oponible o tenga efecto vinculante respecto de terceros en relación con la concreta modificación operada en la inscripción registral.

Sin embargo, el C.P.C.M. no contiene una referencia a este supuesto en el capítulo referido al alcance subjetivo de la cosa juzgada (art. 230).

Otra cuestión interpretativa de interés se plantea en relación a los requisitos de esta medida: puede sostenerse, en una primera tesis, que siempre que la demanda pueda tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el registro correspondiente, la anotación será procedente; en otra tesis, por la que nos inclinamos, será necesario alegar y acreditar sumariamente los requisitos de toda medida cautelar, es decir, la apariencia o verosimilitud del derecho y el peligro de su lesión o frustración, así como aportar la caución o garantía exigida legalmente.

Sin perjuicio de ello, la anotación de la demanda podrá resultar de otras disposiciones legales, como el Código Civil (arts.719 y concordantes), o la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos (arts. 86 y siguientes).

Esta última ley faculta para pedir la anotación preventiva, a quien demandare en juicio la nulidad de una inscripción o la propiedad o licencia de uso de una marca, o la propiedad de un nombre comercial, regulando los requisitos (art. 86) y efectos (art. 87) de la anotación.

2.15.6.6 La prohibición de innovar y de contratar

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". Lo hecho en contravención de la prohibición, podrá ameritar la solicitud de las medidas de ejecución previstas para las obligaciones de no hacer, por remisión contenida en el art. 454.

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 artículo 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".[285]

2.15.7 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 a 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. La versión final del C.P.C.M. se aparta de esa regla, y establece que "las medidas cautelares se decretarán sin audiencia de la

285 Calamandrei, Piero, ob. cit., ps. 58-59.

contraparte", y "el tribunal se pronunciará en el plazo de cinco días desde la recepción de la solicitud" (art. 453).

Se consagra la regla de tramitación unilateral y reservada, con el fin de preservar la eficacia de la medida. 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 artículo 453.

El proceso cautelar 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. La solicitud 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 convocar al solicitante a audiencia con el fin de recibir los medios de prueba ofrecidos, ya que de acuerdo al artículo 451 se puede pedir la práctica de otros medios de prueba para acreditar los presupuestos que sustentan la solicitud de medidas cautelares.

En ese caso, la audiencia debería realizarse dentro del plazo de cinco días de presentada la solicitud cautelar, a fin de cumplir con el plazo previsto en el art. 453, conforme al cual el tribunal se pronunciará en el plazo de cinco días desde la recepción de la solicitud.

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 a lo previsto en el artículo 453.

Finalmente, las medidas cautelares adoptadas podrán ser modificadas si se alegaren hechos nuevos o de nuevo conocimiento (art. 455), 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.

Aunque la ley no lo prevé expresamente, podrá solicitarse el cese -y no solo la modificación- de la medida cautelar, cuando sobrevinieren hechos nuevos o de nuevo conocimiento, sustanciándose la solicitud por el trámite incidental. En ese caso, no se trata de una impugnación de la providencia cautelar, sino de una solicitud de cese por circunstancias supervenientes.

2.15.8 Ejecución de las medidas cautelares

El C.P.C.M. dedica un artículo (454) a la ejecución de las providencias cautelares, aspecto que el Código Modelo para Iberoamérica no contempló expresamente y que, en legislaciones que siguieron dicho modelo (como el C.G.P. uruguayo), genera algunas dificultades por la falta de una regulación expresa.

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 un adecuado sistema de ejecución.

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 obra magna sobre el tema, la "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares", de Calamandrei286, 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 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")287 y la

286 Calamandrei, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, ps. 95-97.

287 Se trata de las denominadas "medidas provisionales" de nuestro CGP.

de las providencias cautelares aseguravitas ("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[288], 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 (aseguravitas), 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)". 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 L.E.C. 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".

La Z.P.O. alemana contempla la ejecución de las medidas provisorias conservativas e innovativas. De acuerdo a los estudios introductorios de Pérez Ragone y Ortíz Pradillo289 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 provisoria 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 provisoria." Insistiendo sobre

288 La referencia al "título ejecutivo" debe entenderse en nuestro sistema (CGP), como título de ejecución.

289 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, ps. 147-148.

el punto, señalan que "en el ordenamiento alemán se habla de Vollstreckung –ejecución- de una sentencia firme, y de vollziehung –consumación- de una medida provisoria. 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 C.P.C. regula en su artículo 669-duodecies la "attuazione delle misure cautelari" de acuerdo a su objeto, y dispone que "l´attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto oblighi di consigna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controlo del giudice che ha emanado il provvedimento cautelare il quale ne determina anche la modalitá di attuazione …".

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.

El C.P.C.M. dispone en este punto, que se procederá de oficio al inmediato cumplimiento de la medida cautelar, "por los medios que fueren necesarios, aún los previstos para la ejecución de sentencias, cuyas normas serán de aplicación supletoria" (art. 454); solución que recoge la prevista en la L.E.C. española.

LIBRO TERCERO
PROCESOS ESPECIALES

3.1 EL PROCESO EJECUTIVO

Santiago Garderes

SUMARIO: I. Introducción. II. El título ejecutivo. 1. Características generales. 2. Enumeración de los títulos ejecutivos. III. Objeto del proceso ejecutivo. IV. Trámite del proceso ejecutivo. 1. Demanda ejecutiva. 2. Decreto de embargo y notificación al demandado. 3. Oposición del demandado. 4. Tramitación de la oposición. 5. La audiencia de prueba. 6. La sentencia. 7. Los recursos. V. Eficacia de la sentencia.

3.1.1 Introducción

El proceso ejecutivo forma parte de los procesos especiales regulados en el Libro Tercero del C.P.C.M. (arts. 457 y ss.), con una estructura y caracteres propios que lo distinguen de los restantes procesos, y que derivan del título que sirve de fundamento a la pretensión ejecutiva.

El objeto del proceso ejecutivo se vincula tradicionalmente con la obligación de pago de una suma de dinero, líquida y exigible, contenida en un documento que constituye el título ejecutivo; aunque, como veremos, el C.P.C.M. permite reclamar el cobro de otras obligaciones por esta vía. La especial estructura o trámite de estos procesos, permite la formación del título de ejecución (sentencia) en términos más breves y con un aseguramiento cautelar de la pretensión mediante el embargo que se decreta inicialmente.

De lo expuesto resulta la necesidad de distinguir conceptualmente, el título ejecutivo y el título de ejecución, que dan lugar a procesos diversos en el nuevo sistema procesal, aspecto al que haremos referencia más adelante. No obstante, resulta claro que el proceso ejecutivo (y la sentencia que lo culmina) no satisface, por sí solo, la pretensión de cobro del crédito adeudado, por lo que generalmente habrá de continuarse luego con la ejecución forzosa de la sentencia dictada en el proceso ejecutivo, y eventualmente, el remate de los bienes embargados durante el proceso ejecutivo, u otra medida de ejecución de las previstas en el nuevo Código.

Las condiciones que permiten adoptar esta especial estructura procesal, están determinadas por la eficacia probatoria del título ejecutivo, que permite al juez considerar acreditada prima facie, la existencia y cuantía del crédito ejecutado. Se habla en ese sentido, del carácter fehaciente de la pretensión, basado en la prueba documental en que se apoya;

aunque no cabe hablar de prueba plena o certeza probatoria, puesto que la eficacia del auto inicial estimativo de la pretensión ejecutiva, dependerá de la falta de oposición del demandado, como veremos.

El régimen del proceso ejecutivo en el C.P.C.M. es similar al previsto en otros sistemas, como el C.P.C. Modelo o el CGP uruguayo; aunque en éste último el ejecutivo se concibe como un proceso monitorio, que ante la falta de oposición del demandado permite acudir directamente a la vía de apremio (ejecución forzada), sin necesidad de un nuevo pronunciamiento jurisdiccional que constate la falta de oposición. El C.P.C.M., en cambio, prevé el dictado de una sentencia que constate la falta de oposición del demandado, para pasar luego a la ejecución forzosa.

La categorización del proceso ejecutivo no resulta tarea sencilla en la teoría general, aunque el marco normativo del C.P.C.M. permite concluir que se trata de un proceso de conocimiento (o cognitivo), que no debe confundirse con el posterior (eventual) proceso de ejecución dirigido, precisamente, a la ejecución forzosa de la sentencia dictada en el proceso ejecutivo.

Si bien los límites entre el proceso ejecutivo y la ejecución forzosa no siempre resultan precisos en los sistemas normativos que los regulan separadamente (como el C.P.C.M., o el C.G.P. uruguayo), puede afirmarse que el proceso ejecutivo del C.P.C.M. es una especie de los procesos cognitivos, por oposición al proceso que podrá tramitarse posteriormente para la ejecución de la sentencia dictada en el proceso ejecutivo.

Desde ese punto de vista, corresponde distinguir los títulos ejecutivos y los títulos de ejecución; los primeros dan lugar al proceso ejecutivo, en el que podrá formarse el título de ejecución, que será la sentencia dictada por falta de oposición del demandado, o la sentencia desestimatoria de la oposición formulada por el demandado.

Un ejemplo permitirá clarificar el punto: un título valor constituye, desde el punto de vista procesal, un título ejecutivo, cuyo cobro podrá reclamarse por el proceso ejecutivo; si el demandado no opone defensas en ese juicio, o si las que opone son finalmente desestimadas y persiste en el incumplimiento de su obligación, el acreedor podrá obtener la ejecución forzosa de la sentencia dictada en el proceso ejecutivo, que constituye un título de ejecución, siguiendo para ese fin las reglas y trámites previstos en el Libro Quinto del Código, sobre ejecución forzosa.

Aunque pueda parecer obvia en el nuevo marco normativo, la distinción entre títulos ejecutivos y títulos de ejecución no siempre se manifiesta nítidamente en derecho comparado. En otros sistemas normativos, los títulos ejecutivos se incluyen dentro de los procesos de ejecución, y llevan aparejada ejecución (en el sentido estricto de la expresión). El nuevo C.P.C.M., como vimos, distingue los títulos ejecutivos y los títulos de ejecución, y no incluye a los primeros dentro del régimen general de la ejecución forzosa. En ese sentido, resulta elocuente la referencia contenida en el artículo 465 del nuevo Código, con arreglo al cual si el demandado no formula oposición se dictará sentencia sin más trámite y se

procederá conforme a lo establecido en el libro quinto del Código (relativo a la ejecución forzosa). Por lo que, a modo de síntesis, en el nuevo sistema procesal debe tenerse presente la diferencia entre ambos procesos, el ejecutivo y el de ejecución, evitando trasladar al proceso ejecutivo soluciones y principios propios de la ejecución forzosa.

Los caracteres que permiten distinguir al proceso ejecutivo de otros procesos, pasan fundamentalmente por el aspecto estructural, caracterizado por una resolución inicial estimativa de la pretensión, pronunciada sin audiencia previa del demandado, que podrá ser oído posteriormente dentro del plazo previsto para la oposición; de esa forma, se obtiene una notoria abreviación del trámite que permite la rápida formación del título de ejecución.

En opinión de algunos autores, la abreviación consiste en este caso, en dejar al deudor la iniciativa del contradictorio. CALAMDREI[290] desarrolla esa idea en los siguientes términos: "Entre las diversas formas de procesos especiales de cognición típicamente preordenados a la rápida creación de un título ejecutivo, tienen importancia para nosotros … aquellos procesos en los que la abreviación de la cognición consiste en lo siguiente: en que, mientras el proceso de cognición ordinario se inicia, según el principio del contradictorio, con la citación del demandado, de manera que el juez no emite su pronunciamiento sino después de haber oído (o haber declarado contumaz en forma regular) también al adversario de aquel que propone la demanda, en estas formas especiales de procesos de cognición, el actor, mediante petición, acude directamente al juez, el cual emite sin previo contradictorio una orden de pago dirigida al demandado, señalándose al mismo tiempo un término dentro del cual éste puede, si le interesa, provocar el contradictorio mediante oposición; con la consecuencia de que, a falta de oposición formulada en tiempo, la orden de pago adquiere, con el transcurso del término, eficacia de título ejecutivo."

En estos procesos, la actividad probatoria es eventual, y generalmente acotada a lo documental; la pretensión se basa inicialmente en prueba documental (el título ejecutivo), y el ofrecimiento de otras pruebas dependerá de la oposición que eventualmente formule el demandado, pues en caso de no oponerse dentro del plazo legal se dictará sentencia de inmediato y se pasará a la ejecución forzosa.

Por esa razón, la oralidad es también eventual en estos procesos, y sólo tendrá vigencia efectiva en caso de resultar necesario el diligenciamiento de pruebas en audiencia (interrogatorio de partes o de testigos, o de peritos), siempre que medie oposición del demandado dentro del plazo legal y solicitud de citación a audiencia.

El carácter fehaciente de la pretensión, derivado del título ejecutivo, determina a su vez un ámbito acotado de debate en estos procesos, que aunque no se refleje necesariamente en la normativa, suele caracterizar a los procesos ejecutivos.

Para finalizar con esta breve reseña de los caracteres generales del proceso ejecutivo, corresponde mencionar la eficacia de la sentencia que lo decide, que no pasa en autoridad

290 Calamandrei, Piero, "El Procedimiento Monitorio", Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1946, p. 24.

de cosa juzgada material puesto que, con excepción de los procesos ejecutivos fundados en títulos valores, lo resuelto en estos procesos no obsta al replanteo de la cuestión a través de un proceso posterior, para "controvertir la obligación que causó la ejecución" (art. 470, CPCM).

La competencia para conocer del proceso ejecutivo, corresponde a los juzgados de primera instancia, y a los de primera instancia de menor cuantía cuando el valor de la causa no supere los veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América (art. 31 inciso 4º, en nueva redacción del C.P.C.M.).

3.1.2 El título ejecutivo

3.1.2.1 Características generales

La noción de título ejecutivo representa uno de los ejes conceptuales del proceso ejecutivo, en la medida que constituye un presupuesto de esta especial estructura; en otras palabras, sin título ejecutivo no puede promoverse un proceso ejecutivo, y sólo la ley puede determinar qué documentos tienen esa calidad.

Sin pretender ahondar en el conocido debate acerca del elemento constitutivo del título (documento u obligación documentada), puede decirse que el núcleo conceptual lo constituye la obligación, aunque debe estar contenida en alguno de los documentos previstos en la ley, de donde resulta su eficacia probatoria.

El título se caracteriza, desde el punto de vista documental, por la fuerza probatoria que le asigna la ley respecto de la legitimación activa y pasiva (calidad de acreedor y deudor) y la existencia y monto de la obligación documentada. Ese valor probatorio se sustenta, a su vez, en la noción de autenticidad, que puede resultar de las propias características del documento (instrumento público, instrumento privado fehaciente) o de una presunción legal que le asigna tal condición. El título debe contener una obligación de pago exigible, líquida o liquidable. El objeto de la obligación refiere -en el marco tradicional de estos procesos- al pago en dinero, que por su contenido constituye una obligación de género en el sentido previsto en el artículo 1379 del Código Civil, entendido -el dinero- como bien fungible. Ello explica, a su vez, la medida cautelar de embargo que se dicta inicialmente en el auto de admisión de la demanda, con el objeto de asegurar el pago de la deuda, intereses y gastos demandados (art. 460, CPCM.).

No obstante, con arreglo al texto final del artículo 458 del C.P.C.M., el pago debe entenderse en un sentido amplio, como "prestación de lo que se debe" (Código Civil, art. 1439)[291]. Por otra parte, el citado artículo 458, en su parte final, amplía el objeto del

291 La versión original del inciso primero del art. 458 del C.P.C.M. establecía lo siguiente: "El proceso ejecutivo podrá iniciarse cuando del título correspondiente emane una obligación de pago en dinero, exigible, líquida, iliquidable, con vista del documento presentado". En la nueva versión del artículo comentado, se suprime la expresión "en dinero", con lo que el objeto refiere al pago en sentido amplio, como modo de extinguir las obligaciones.

proceso ejecutivo, posibilitando que se reclame por esta vía el cobro de deudas genéricas u obligaciones de hacer. Esa referencia final del artículo 458, no figuraba en la versión original del Anteproyecto de CPCM, ni en la posterior versión 2006, por lo que se trata de una incorporación posterior. Los antecedentes normativos del nuevo Código permiten ubicar una referencia similar en el juicio ejecutivo regulado en el C.P.C., dentro del capítulo titulado "de algunos casos singulares en el juicio ejecutivo", concretamente en los artículos 656 y 657 del mencionado código. Con arreglo a esos antecedentes, "si la ejecución se entabla por deuda genérica, v. g. cien reses, cincuenta caballos, diez caballerías de tierra, etc., se trabará el embargo en las que tuviese de dicho género el deudor, las cuales no se subastan sino que se dan en pago" (art. 656, C.P.C.); "si la obligación es de hacer y el acreedor pide que el deudor ejecute el hecho convenido, el Juez, atendida la naturaleza del hecho, ordenará su cumplimiento señalando un término prudente para que se verifique", y agregaba: "si el ejecutado no cumple dentro del término señalado, se seguirán los demás trámites del juicio ejecutivo hasta la sentencia, omitiéndose las diligencias de embargo" (art. 657, C.P.C.).

Esos antecedentes estaban referidos a la ejecución forzosa, puesto que el C.P.C. regulaba en un mismo título lo que actualmente corresponde a diversos procesos, el ejecutivo y el de ejecución forzosa; y como hemos apuntado, el C.P.C.M. distingue, por un lado, el proceso ejecutivo y los títulos ejecutivos, y por otro, la ejecución forzosa y los títulos de ejecución.

En el sistema del juicio ejecutivo del C.P.C., se regulaba la ejecución de la obligación de hacer, concediéndose inicialmente un plazo para el cumplimiento, vencido el cual y de persistir el incumplimiento, se establecía la modalidad de ejecución que podía incluso derivar en la ejecución por un tercero a expensas del deudor. Sin embargo, en un marco normativo como el del actual juicio ejecutivo en el C.P.C.M., las medidas que pueden adoptarse inicialmente se limitan al embargo para asegurar el cobro de la suma de dinero adeudada, intereses, costas y costos.

La interpretación razonable de la norma (segundo inciso del art. 458, C.P.C.M.), en cuanto permite reclamar a través del juicio ejecutivo el cumplimiento de obligaciones de hacer contenidas en los títulos que indica, conduce a afirmar que si el título ejecutivo contiene una obligación de hacer, el juez deberá establecer el respectivo mandamiento en el auto de admisión (art. 460), que una vez firme (por falta de oposición, o por desestimación de la oposición del demandado, arts. 465 y 468), podrá ejecutarse por la vía pertinente (ejecución de obligaciones de hacer, arts. 675 y ss.); en ese sentido, cabe apuntar que el artículo 676 prevé medidas de garantía para asegurar el cumplimiento de la obligación de hacer, entre las que menciona expresamente el embargo.

Sin perjuicio de ese eventual contenido, y retomando el análisis del objeto tradicional del proceso ejecutivo, del título correspondiente debe emanar una "obligación de pago exigible, líquida o liquidable, con vista del documento presentado" (art. 458, C.P.C.M.). Debe entenderse como cantidad liquidable, aquella que pueda convertirse en una suma líquida mediante una o más operaciones aritméticas (para determinar, por ejemplo, los intereses devengados). A su vez, la obligación de pago es exigible cuando no está sujeta a plazo ni condición pendiente.

Una interesante cuestión puede plantearse en torno a los contratos bilaterales o sinalagmáticos, aquellos que imponen obligaciones recíprocas a las dos partes (Código Civil, art. 1310). El punto ha sido analizado en la doctrina y jurisprudencia uruguaya, con un marco normativo similar al del C.P.C.M., afirmándose -a modo de síntesis- la posibilidad de reclamar a través del proceso ejecutivo el cumplimiento de obligaciones de pago insertas en contratos bilaterales, siempre que, en ese caso, el acreedor demuestre el cumplimiento de sus obligaciones correlativas de exigibilidad anterior o simultánea a la que conforma el objeto de su pretensión ejecutiva. La cuestión suele plantearse en Uruguay en relación a las promesas de compraventa de inmuebles, respecto de la obligación de pago del precio asumida por el promitente comprador, generalmente pactada en cuotas; en cuyo caso y siguiendo la corriente de opinión mencionada, el promitente vendedor podrá acudir al juicio ejecutivo para el cobro de las cuotas adeudadas, siempre que acredite el cumplimiento por su parte de las obligaciones que el contrato pone a su cargo, de exigibilidad anterior o simultánea a la de pago del precio.

Se afirma también que la obligación de pago debe ser de persona determinada a favor de otra persona determinada, aspecto vinculado con la legitimación (activa y pasiva), que por la especial estructura de este proceso debe acreditarse desde el inicio para obtener una resolución favorable, como resulta, por otra parte, del artículo 460 del C.P.C.M.

El título ejecutivo deberá acompañarse a la demanda ejecutiva, sin lo cual no se le dará andamiento. Debe presentarse el título en su documento original, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias.

3.1.2.2 Enumeración de los títulos ejecutivos

En cuanto a la enumeración de los documentos que pueden configurar un título ejecutivo, la lista no se limita a los previstos en el artículo 457, en tanto el inciso final contiene una remisión genérica a otras leyes que confieran al acreedor el derecho a promover juicio ejecutivo.

Los instrumentos públicos constituyen títulos ejecutivos siempre que de los mismos resulte una obligación de pago, exigible, líquida o liquidable; con el agregado, ya mencionado, de las deudas genéricas u obligaciones de hacer, cuyo cumplimiento también puede ser reclamado a través del proceso ejecutivo. La noción de instrumento público resulta del artículo 1570 del Código Civil: “es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario”, y el “otorgado ante Notario o Juez cartulario, se llama escritura pública”.

Los instrumentos privados fehacientes también constituyen título ejecutivo, siempre que de los mismos resulte obligación de pago, exigible, líquida o liquidable, o cuando estén referidos a deudas genéricas u obligaciones de hacer. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1573 del Código Civil, “el instrumento privado, reconocido judicialmente por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los

requisitos prevenidos por ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos".

A efectos del reconocimiento judicial del instrumento privado, podrá resultar necesaria la diligencia preliminar respectiva, prevista en el artículo 256 numeral 9º del C.P.C.M., consistente en "la citación a reconocimiento del documento privado por aquél a quien se le atribuya autoría o firma, bajo apercibimiento de tenérselo por reconocido".

En caso de producirse el reconocimiento expreso o tácito por parte del obligado o su representante, se habrá configurado el título ejecutivo y podrá reclamarse el cobro del crédito a través del proceso ejecutivo; de lo contrario, si el citado niega la autenticidad de la firma que se le atribuye, deberá el acreedor intentar el cobro por el proceso declarativo que corresponda (común o abreviado) o -en su caso- monitorio, al no disponer de un título ejecutivo por falta del requisito de autenticidad previsto en el artículo 457. Cabría analizar como otra alternativa, frente al desconocimiento del documento privado por parte del citado, la solicitud de peritaje caligráfico como diligencia preliminar complementaria, para determinar la autoría que se atribuye al citado y estar en condiciones de reclamar el cobro de la deuda a través del juicio ejecutivo; solución que no consideramos conveniente, toda vez que la prueba referida deberá tramitarse dentro del proceso principal y no como diligencia preliminar, siendo que además no está prevista como eventual diligencia preliminar en el artículo 256 del C.P.C.M..

El inciso 3º del artículo 457 refiere a los títulos valores, que también pueden constituir títulos ejecutivos. Se trata en esencia de instrumentos privados suscriptos por el obligado, pero con características especiales derivadas de la regulación sustantiva, que dan origen al denominado juicio ejecutivo cambiario (o mercantil). Los caracteres distintivos de estos títulos, son la literalidad, autonomía y abstracción, y se proyectan en el plano procesal determinando la limitación de las defensas o motivos de oposición.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 623 del Código de Comercio, "son títulos valores los documentos necesarios para hacer valer el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna". Como viene dicho, las diferencias esenciales del proceso ejecutivo cambiario (o mercantil) respecto del ejecutivo común, se concretan en la preparación o características del título y en las defensas admisibles. En cuanto al primero de los aspectos señalados, corresponderá distinguir según se trate de un cheque, letra de cambio o pagaré, siguiéndose las reglas previstas en el Código de Comercio, que pueden hacer necesario el protesto para conservar las acciones cambiarias respectivas. Para mencionar un ejemplo, tratándose de cheques el artículo 795 del Código de Comercio dispone que "el cheque librado por quien no tenga fondos disponibles en la institución a cuyo cargo se emite, protestado en tiempo, será documento ejecutivo …"; y "si no ha sido protestado en tiempo, el cheque sin provisión de fondos disponibles, valdrá como documento privado contra su librador …"; aunque el artículo 816 del referido Código indica que "la nota que el banco librado autorice en el cheque mismo, de que fue presentado en tiempo y no pagado, surtirá iguales efectos que el protesto".

Cabe apuntar que el C.P.C.M. (art. 705) deroga la Ley de Procedimientos Mercantiles (L.P.M.), que contenía una minuciosa regulación sobre estos aspectos (art. 50). Por lo que debe acudirse a las disposiciones del Código de Comercio para determinar los requisitos del título, aclarando no obstante, que la vigencia de las disposiciones procesales contenidas en el C.Com. (en particular, las relativas a las defensas o motivos de oposición admisibles) tampoco resulta clara en virtud de la derogación prevista en el artículo 705 del C.P.C.M., que comprende "todas aquellas leyes o disposiciones contenidas en otros cuerpos normativos referidos a las materias que regula este código"; aunque el propio C.P.C.M. remite a lo establecido en otras leyes, al regular las defensas admisibles en el proceso ejecutivo (art. 464), con lo que, en nuestra opinión, mantiene vigencia el artículo 639 del C.Com.

A modo de ejemplo, para las letras de cambio los requisitos del título serán los previstos en los artículos 702 y concordantes del C.Com., con especial referencia a la regulación contenida en los artículos 766 y concordantes del citado código, relativos a la acción cambiaria; disposiciones que consideramos vigentes a pesar de la derogación prevista en el artículo 705 del C.P.C.M., puesto que esos aspectos (requisitos del título valor, protesto, acciones cambiarias) no están regulados en el nuevo código procesal. En cuanto a los pagarés, las disposiciones a tener en cuenta serán los artículos 788 y concordantes del C.Com.

Retomando el catálogo de títulos ejecutivos, los previstos en los incisos 4º, 5º y 6º del artículo 457 no figuraban en la versión original del Anteproyecto ni en la versión 2006 del mismo, aunque estaban previstos en la Ley de Procedimientos Mercantiles, derogada por el nuevo código procesal. Se trata de las constancias, libretas o recibos extendidos por las instituciones legalmente autorizadas, cuando reciban depósitos de ahorro o de cualquier otra clase; las acciones que tengan derecho a ser amortizadas; y las pólizas de seguro y de reaseguro.

El artículo 50 inciso 5º de la citada L.P.M. regulaba las condiciones en las que las acciones con derecho a ser amortizadas tendrían fuerza ejecutiva, aunque esos requisitos no se reiteran en la nueva regulación procesal.

De la misma forma, el artículo 51 de la L.P.M. confería calidad de título ejecutivo a las "constancias, libretas o recibos extendidos por las instituciones legalmente autorizadas cuando reciban depósitos de ahorro o de cualquier otra clase", estableciendo como requisito el previo requerimiento judicial de pago; requisito que el C.P.C.M. no reitera en relación a esos documentos en el inciso 4º del artículo 457.

Las pólizas de seguro y de reaseguro también constituyen títulos ejecutivos, "siempre que se acompañen la documentación que demuestre que el reclamante está al día en sus pagos y que el evento asegurado se ha realizado, así como la cuantía de los daños" (C.P.C.M., art. 457 inciso 6º), regulación que reitera la prevista en la derogada L.P.M., art. 52.

Los instrumentos públicos emanados de país extranjero son títulos ejecutivos, cuando se hubiere llenado las formalidades requeridas para hacer fe en El Salvador, de acuerdo con

las disposiciones de derecho internacional de fuente interna o convencional, entre las que cabe mencionar principalmente el Convenio de La Haya de 1961 sobre la Eliminación del Requisito de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros.

Cabe apuntar, para finalizar con la reseña de los títulos ejecutivos, que no se limitan a los previstos en el artículo 457 del C.P.C.M., sino que comprenden también los demás documentos que, por disposición de ley, tengan reconocido ese carácter (art. 457 inciso 8º).

3.1.3 Objeto del proceso ejecutivo.

El objeto del proceso ejecutivo lo constituye la pretensión dirigida al cumplimiento de una obligación de pago, exigible, líquida o liquidable, contenida en un título ejecutivo; también puede estar referido al pago de deudas genéricas, o al cumplimiento de obligaciones de hacer, siempre que resulten del título ejecutivo.

En la doctrina uruguaya se alude a una pretensión de condena al pago de una suma de dinero como objeto del proceso ejecutivo, que dará lugar a una sentencia de condena ejecutable a través del procedimiento previsto para la ejecución forzada de sentencias; se distingue así de la pretensión de ejecución, toda vez que el proceso ejecutivo se regula como un proceso cognitivo, especial por su estructura pero sin que por ello varíe su esencia, y en ese marco la pretensión, aunque no se formule expresamente en esos términos, estaría dirigida a obtener la condena al pago de una suma de dinero líquida y exigible (cumplimiento de la obligación contenida en el título ejecutivo), para ejecutar posteriormente esa sentencia en caso de mantenerse la resistencia al pago. Aunque tampoco existe consenso en la doctrina uruguaya acerca de la naturaleza de la pretensión ejecutiva, y desde una perspectiva práctica, la demanda ejecutiva no suele contener una pretensión de condena expresa, que tampoco se incluye en el decreto inicial de embargo. Como hemos afirmado antes, la categorización de la pretensión ejecutiva y de la sentencia ejecutiva no resulta clara en el C.P.C.M., si tenemos presente el contenido que la ley asigna al decreto de embargo, que no incluye la condena expresa al pago de la suma reclamada; pero lo que sí debe reafirmarse, es que la pretensión ejecutiva no se identifica con la pretensión de ejecución, que podrá -eventualmente- plantearse para la ejecución de la sentencia dictada en el proceso ejecutivo, si se mantiene el incumplimiento.

El embargo, medida característica del proceso ejecutivo, tiene por fin asegurar el pago (o el cumplimiento de otras obligaciones que pueden reclamarse a través de este proceso), aunque con caracteres propios que lo diferencian del embargo preventivo regulado en el capítulo de las medidas cautelares (por ejemplo, no se exige caución en este caso, ni la acreditación del peligro de lesión o frustración del derecho).

Como hemos apuntado antes, junto al contenido típico de la pretensión ejecutiva el nuevo Código, recogiendo la tradición del anterior C.P.C., permite reclamar por esta vía el pago de deudas genéricas y el cumplimiento de obligaciones de hacer, según lo dispone el inciso final del artículo 458, al que ya se hizo referencia. Esa eventual variante en el contenido típico del proceso ejecutivo, se verá reflejada en el contenido del decreto o providencia inicial y

en el embargo; aspecto que el anterior C.P.C. regulaba expresamente en sus artículos 656 y 657. El primero de los citados artículos disponía que "si la ejecución se entabla por deuda genérica, v. g. cien reses, cincuenta caballos, diez caballerías de tierra, etc., se trabará el embargo en las que tuviese de dicho género el deudor, las cuales no se subastan sino que se dan en pago"; en relación a las obligaciones de hacer, el artículo 657 del C.P.C. disponía lo siguiente: "si la obligación es de hacer y el acreedor pide que el deudor ejecute el hecho convenido, el Juez, atendida la naturaleza del hecho, ordenará su cumplimiento señalando un término prudente para que se verifique. Si el ejecutado no cumple dentro del término señalado, se seguirán los demás trámites del juicio ejecutivo hasta la sentencia, omitiéndose las diligencias de embargo".

A pesar de no reiterarse esas disposiciones en el nuevo código procesal, consideramos que el contenido del auto de admisión de la demanda ejecutiva será, en esencia, el mismo que el previsto en las disposiciones citadas del anterior C.P.C., para atender al especial objeto de la pretensión ejecutiva en esos casos.

3.1.4 Trámite del proceso ejecutivo

3.1.4.1 La demanda ejecutiva

Con arreglo a la especial estructura del proceso ejecutivo, la demanda deberá presentarse acompañada del título ejecutivo original y de los documentos que permitan determinar con precisión la cantidad reclamada (C.P.C.M., art. 459; L.E.N.J.V.D., art. 30).

En la demanda se solicitará el embargo del deudor por la cantidad debida y no pagada. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 459 del C.P.C.M., que parece limitar el objeto de la pretensión al cobro de una suma de dinero, pues no contiene referencias a las deudas genéricas u obligaciones de hacer, seguramente porque no figuraban en la versión original del Anteproyecto como posible objeto del proceso ejecutivo; sin embargo y como hemos visto, la demanda ejecutiva también podrá tener por objeto la pretensión de cobro de una deuda genérica, o el cumplimiento de una obligación de hacer. El objeto de la pretensión se verá reflejado, a su vez, en la medida cautelar (embargo) solicitada; medida que, en principio, no parece del todo adecuada para asegurar, en esta etapa, la ejecución de la obligación de hacer incumplida, aunque el artículo 676 del C.P.C.M. prevé la eventual solicitud de embargo como medida de garantía para el cumplimiento de obligaciones de hacer en el marco de la ejecución de obligaciones de esa índole.

En el juicio ejecutivo el tribunal resuelve sobre la petición de embargo contenida en la demanda, sin previa audiencia del demandado, quien podrá defenderse una vez notificado del decreto de embargo.

3.1.4.2 Decreto de embargo y notificación al demandado

Presentada la demanda, el juez deberá examinar el documento que se le presenta para determinar si se trata de un título ejecutivo, y si del mismo resulta acreditada la legitimación

activa y pasiva, y el monto de la deuda; en caso afirmativo, decretará la admisión de la demanda y el embargo requerido, ordenando notificar al demandado.

A ello refiere el artículo 460 del C.P.C.M., en cuanto dispone que "reconocida la legitimidad del demandante y la fuerza ejecutiva del título, el juez dará trámite a la demanda, sin citación de la parte contraria, decretará el embargo e inmediatamente expedirá el mandamiento que corresponda, en el que determinará la persona o personas contra las que se procede, y establecerá la cantidad que debe embargarse para el pago de la deuda, intereses y gastos demandados." Nótese que la norma refiere al decreto de embargo exclusivamente en relación a obligaciones de pago de dinero incumplidas; pero ya hemos visto que la pretensión ejecutiva puede tener por objeto otro tipo de obligaciones, en cuyo caso la providencia inicial deberá tener en cuenta esa particularidad.

Con arreglo a la norma citada, si el juez advirtiera la existencia de defectos procesales subsanables, concederá al demandante un plazo de tres días para subsanarlos. Si los vicios advertidos fueran insubsanables, declarará la improponibílidad de la demanda, con constancia de los fundamentos de su decisión.

La resolución que rechace la tramitación de la demanda admite recurso de apelación (art. 461), conforme además con el régimen general de la apelación. Contra el auto que admite la demanda y decreta el embargo, no procede recurso alguno, sin perjuicio de la oposición que pueda formular el demandado una vez notificado; en ese sentido, la oposición del demandado cumple la doble función de oposición a la demanda e impugnación del decreto inicial, y es por ello que algunos autores refieren al proceso ejecutivo como un "contradictorio de impugnación".

El embargo no requiere en este caso, la justificación de los requisitos generales de las medidas cautelares, es decir, la apariencia de buen derecho y el peligro de lesión o frustración por la demora, aun cuando esos presupuestos puedan presumirse en general en el proceso ejecutivo (al menos, el relativo a la apariencia de buen derecho, en función del título ejecutivo). En cualquier caso, resulta claro que no cabe exigir al demandante la prestación de caución en estos procesos. La regulación de la medida de embargo se encuentra en los artículos 615 y siguientes, dentro del marco regulatorio de la ejecución forzosa.

Si el juez considera bastante el título y la demanda reúne los requisitos legales, se dará curso a la misma mediante la resolución inicial a la que se hizo referencia, y una vez efectivizado el embargo se notificará al demandado. Esta resolución inicial está condicionada en su eficacia a la falta de oposición del demandado dentro del plazo legal.

La notificación del decreto de embargo equivale al emplazamiento para que el deudor comparezca a estar a derecho y pueda contestar la demanda en el plazo de diez días (art. 462, C.P.C.M.); al hacerlo, podrá formular su oposición por los motivos señalados en el artículo 464 del citado código, y podrá asimismo oponer las excepciones procesales previstas en el artículo 298 del C.P.C.M. (defectos procesales).

El trámite posterior varía dependiendo de la formulación de la oposición del demandado dentro del citado plazo legal. Si el demandado no formula oposición a la demanda ejecutiva, se dictará sentencia sin más trámite y se procederá conforme a lo establecido en el libro quinto del código, relativo a la ejecución forzosa; en ese caso, el título de ejecución lo será la sentencia pronunciada en el proceso ejecutivo por falta de oposición del demandado.

Esa sentencia no está prevista como apelable en el marco regulatorio del proceso ejecutivo, que parece reservar la apelación al auto que rechace la tramitación de la demanda (art. 461) y a la sentencia que se pronuncia sobre la oposición del demandado (art. 469); teniendo presente además, que si el demandado no formula oposición en el plazo legal, la sentencia se fundará exclusivamente en dicha circunstancia, y no parece razonable que el demandado pueda invocar un fundamento válido para dicha impugnación cuando no formuló oposición dentro del plazo legal.

Sin embargo, podría caber la apelación si por error el juez rechazara por extemporánea la oposición del demandado formulada en tiempo hábil, dictando sentencia en los términos del artículo 465, pues en ese caso la sentencia pone fin al proceso ejecutivo aún mediando oposición eficaz del demandado.

Si el demandado formula oposición, se seguirá el trámite previsto en los artículos 467 y siguientes, que facultan al juez para resolver sobre la oposición sin más trámite, o citar a audiencia de prueba a petición de una de las partes cuando fuera necesario el diligenciamiento de prueba.

3.1.4.3 La oposición del demandado

Como vimos, el decreto de embargo será notificado al demandado, quien dispondrá de un plazo de diez días para formular oposición por los motivos previstos en el artículo 464 del C.P.C.M. Si el demandado no formula oposición dentro de ese plazo, se dictará sentencia sin más trámite y se procederá conforme a las reglas de la ejecución forzosa.

La oposición del demandado podrá fundarse en alguno de los motivos previstos en el artículo 464, que se concretan en los siguientes: solución o pago efectivo; pluspetición, prescripción o caducidad; falta de requisitos legales del título ejecutivo; quita, espera o pacto o promesa de no pedir; transacción.

En general, los motivos de oposición previstos en la norma citada refieren a la extinción de la obligación e inexistencia de título, o a la falta de requisitos legales del título ejecutivo.

El pago efectivo conlleva la extinción de la obligación reclamada y, por ende, la inexistencia de título ejecutivo; la pluspetición determina una carencia de título respecto de lo reclamado en exceso de lo efectivamente adeudado; la prescripción consiste, también, en un modo de extinguir las obligaciones, en este caso, la contenida en el título; la caducidad, a su turno, conlleva la extinción del derecho; la transacción determina la inexistencia de objeto litigioso, y por ende, obsta al progreso del proceso ejecutivo.

La oposición también puede fundarse en el incumplimiento de los requisitos legales del título, cuestión que deberá analizarse en relación a los requisitos previstos para el concreto título invocado; este motivo de oposición puede invocarse, además, con referencia a los requisitos procesales del título, de modo que el demandado podría alegar que la obligación se extinguió por alguno de los modos de extinción de obligaciones no previstos expresamente en el citado artículo 464 (pues en ese caso, faltaría el objeto que califica al título), y podría igualmente invocar que la obligación no es líquida ni liquidable, o que no es exigible por no haberse cumplido el plazo o la condición prevista en el título. Si se hubiera pactado una espera, la obligación no resulta exigible; y si se hubiera acordado una quita, la obligación no resultaría exigible por el total reclamado.

La oposición también podrá estar fundada en la existencia de defectos procesales, lo que deberá alegarse dentro del mismo plazo; cabe remitir en ese sentido, a lo previsto en los artículos 298 y concordantes del C.P.C.M., que regulan lo atinente a la denuncia de los defectos procesales, con las particularidades previstas en el marco regulatorio del proceso ejecutivo.

De modo que el demandado, dentro del plazo para formular su oposición, podrá denunciar los defectos procesales que estime del caso, "en cuanto supongan un obstáculo a la válida continuación del proceso y a su finalización mediante resolución de fondo, incluidos los referidos al cumplimiento de algún presupuesto procesal relativo a las partes, como la capacidad para ser parte y la capacidad procesal; al órgano jurisdiccional, como la jurisdicción interna y externa, y la competencia objetiva, territorial o de grado; y al objeto procesal, como la litispendencia, la cosa juzgada, la sumisión al arbitraje, el compromiso pendiente, y el procedimiento inadecuado" (art. 298, C.P.C.M.).

El artículo 466 del C.P.C.M. prevé expresamente la oposición fundada en la existencia de defectos procesales, y regula las alternativas que pueden plantearse en ese caso: si la oposición a la demanda ejecutiva se funda en la existencia de defectos procesales subsanables, el juez concederá al demandante un plazo de cinco días para subsanarlos; si, por el contrario, se alegaren defectos o vicios insubsanables, el juez declarará improponible la demanda y pondrá fin al proceso. Una vez subsanados los defectos procesales alegados, se concederá al demandado un plazo de dos días para que pueda ampliar su contestación u oposición (art. 466); de donde cabe inferir que, inicialmente, el demandado podrá limitarse a la denuncia de los defectos procesales y reservar los restantes motivos de oposición para una ulterior etapa, dentro del referido plazo de dos días posteriores a la subsanación de esos defectos.

Dentro del plazo previsto para la oposición, el demandado podrá limitarse a denunciar los mencionados defectos procesales, en cuyo caso y si fueran finalmente subsanados, dispondrá luego de un plazo suplementario de dos días para ampliar su oposición por los motivos previstos en el artículo 464 del C.P.C.M.. Sin embargo, nada impide que el demandado incluya en su contestación ya desde el inicio, dentro del plazo legal de diez días desde la notificación del decreto de embargo, además de las excepciones procesales, su oposición por motivos de fondo.

Corresponde además considerar las excepciones o defensas previstas en el artículo 639 del Código de Comercio, cuando el proceso ejecutivo se funde en un título valor. Cuestión a la que se hizo referencia en el capítulo relativo al título ejecutivo, limitándonos en esta oportunidad a señalar que en ese caso, la oposición del demandado podrá fundarse en los motivos previstos en la citada norma, atendiendo a las particularidades de los títulos valores y a la regla contenida en el propio artículo 464 del C.P.C.M., que remite a lo establecido en otras leyes al regular los motivos de oposición en el proceso ejecutivo.

En ese sentido, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 639 del Código de Comercio, que consideramos vigente en virtud de la referencia contenida en el artículo 464 del C.P.C.M., en el proceso ejecutivo promovido en base a un título valor pueden oponerse las siguientes excepciones: las de incompetencia de jurisdicción y de falta de personalidad del actor; las que se funden en no haber sido el demandado quien firmó el documento; las de falta de representación, de poder bastante o de facultades legales en quien suscribió el título a nombre del demandado, salvo lo dispuesto en el artículo 979; la de haber sido incapaz el demandado al suscribir el título; las fundadas en la omisión de los requisitos que el título o el acto incorporado deben llenar o contener, y que la ley no presuma expresamente, o que no se hayan satisfecho dentro del término que señala el artículo 627; la de alteración del texto del documento o de los actos que en él consten, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 636; las que se funden en que el título no es negociable; las que se basen en la quita o pago parcial que consten en el texto mismo del documento, o en el depósito de su importe; las que se funden en la suspensión del pago o en la cancelación del títulovalor, ordenados judicialmente; las de prescripción y caducidad, y las que se basen en la falta de los demás requisitos necesarios para el ejercicio de la acción; las personales que tenga el demandado contra el actor.

La derogada Ley de Procedimientos Mercantiles establecía en su artículo 54 inciso 1º, una remisión al citado artículo 639 del Código de Comercio; y aunque aquélla ley fue derogada por el C.P.C.M., la derogación no alcanza al artículo 639 del Código de Comercio; porque ese código no integra la nómina de leyes derogadas por el artículo 705 del C.P.C.M., y porque aún estando regulada la materia por el nuevo C.P.C.M., el propio artículo 464 de este nuevo código remite a lo establecido en otras leyes en relación a las excepciones admisibles en el proceso ejecutivo, lo que permite afirmar la vigencia de la solución normativa contenida en el citado artículo 639 del Código de Comercio.

Otra cuestión de compleja interpretación es la referida a la posibilidad de invocar en el proceso ejecutivo fundado en títulos valores, los motivos de oposición previstos en el artículo 464 del C.P.C.M.; puesto que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 639 del Código de Comercio, sólo serían admisibles las excepciones previstas en dicha norma, lo que excluiría la admisibilidad de los motivos de oposición mencionados en el artículo 464 del C.P.C.M.. Sin embargo, nos inclinamos admitir en el proceso ejecutivo cambiario, los motivos de oposición previstos en el art. 464 del C.P.C.M., que además, no afectan la particularidad del proceso ejecutivo fundado en títulos valores y, en cierta medida, ya se encuentran previstos (implícitamente) en las excepciones reguladas en el artículo 639 del Código de Comercio.

En efecto, la oposición fundada en el pago efectivo se encuentra comprendida dentro de las que naturalmente puede oponer el demandado aún en el marco limitativo del Código de Comercio, a lo que cabe agregar que el pago conlleva la extinción de la obligación, y en consecuencia, del título ejecutivo, presupuesto ineludible del proceso ejecutivo; la prescripción o la caducidad también están previstas en el citado artículo 639 del Código de Comercio, al igual que la quita.

Respecto de la espera, prevista en el artículo 464 del C.P.C.M., debe admitirse también en el proceso ejecutivo cambiario, porque en ese caso la obligación no sería exigible, y en consecuencia, no habría título ejecutivo (presupuesto de la pretensión ejecutiva); lo mismo cabe decir respecto de la transacción, en tanto constituye un presupuesto de la sentencia la inexistencia de cosa juzgada o transacción. Finalmente, la oposición fundada en el incumplimiento de los requisitos legales del título (art. 464 inciso 3º del C.P.C.M.), también está prevista en el artículo 639 del Código de Comercio, por lo que no presenta dudas su admisibilidad en estos procesos.

3.1.4.4 Tramitación de la oposición

El trámite posterior a la oposición del demandado podrá variar dependiendo de los motivos de la oposición y de las pruebas que se hubieren ofrecido.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 466, si la oposición se funda en la existencia de defectos procesales subsanables, el juez concederá al demandante un plazo de cinco días para subsanarlos. Si no se procede a ello en dicho plazo, se declarará inadmisible la demanda en este estado y se terminará el proceso; si la subsanación se da, serán concedidos dos días más al demandado para que pueda ampliar su contestación u oposición. Cuando la oposición se funde en defectos o vicios insubsanables, el juez declarará improponible la demanda, finalizará el proceso y dejará sin efecto las medidas cautelares que se hubiesen adoptado, con imposición de las costas al demandante.

En todo caso y aunque la norma comentada no lo indique expresamente, corresponderá oír al demandante previo a resolver sobre los defectos procesales alegados por su contraparte, en aplicación del principio de defensa y contradicción (art. 4º, C.P.C.M.), teniendo en cuenta las consecuencias que pueden derivar de la decisión que se adopte al respecto (improponibilidad de la demanda, levantamiento del embargo e imposición de costas al demandante). Con ese fin, el juez deberá conceder al demandante una razonable oportunidad de defensa, ya sea en audiencia (si fue convocada a pedido de alguna de las partes) o fuera de audiencia (cuando no fuere menester la convocatoria a audiencia por no resultar necesario el diligenciamiento de pruebas).

Insistiendo en ese punto, el artículo 466 del C.P.C.M. parece indicar que la oposición fundada en la existencia de defectos procesales, deberá ser resuelta sin más trámite por el juez, concediendo al demandado un plazo para la subsanación de los defectos o declarando improponible la demanda si los defectos denunciados fueran insubsanables, o bien desestimando la oposición; pero del contexto normativo se infiere que el demandante podrá

solicitar la convocatoria a audiencia y tendrá derecho a contestar en audiencia los defectos procesales alegados, pues así lo establece para el proceso abreviado el artículo 427 del C.P.C.M., aplicable al proceso ejecutivo por la remisión contenida en el artículo 467, norma que además establece implícitamente que el demandante será oído en la audiencia respecto de la oposición del demandado. La dificultad interpretativa radica en que la audiencia del proceso ejecutivo sólo será convocada por el juez cuando lo solicite alguna de las partes y resulte necesario el diligenciamiento de prueba, pero a fin de preservar la garantía de defensa consideramos que podrá solicitarse la convocatoria a audiencia para contestar en ella los defectos procesales alegados. En todo caso, es necesario que el juez conceda a las partes la posibilidad de solicitar esa convocatoria a audiencia, previo a resolver sobre los defectos procesales alegados por el demandado.

La resolución del juez que, estimando la oposición del demandado, declara improponible la demanda ejecutiva afectada por defectos procesales insubsanables, podrá ser apelada por el demandante, pues está comprendida en la referencia normativa del artículo 469 del C.P.C.M., en tanto se pronuncia sobre la oposición; por otra parte, se trata de un auto que pone fin al proceso, con lo que sería apelable por aplicación de lo dispuesto en el marco regulatorio general del recurso de apelación.

En cuanto a la oposición fundada en los motivos del artículo 464 del C.P.C.M., será resuelta sin más trámite si la cuestión no requiere prueba, o luego de la audiencia de prueba si fuera necesario, conforme a lo previsto en el artículo 467. Aunque, en nuestra opinión, corresponderá en todo caso oír al demandante previo a resolver acerca de la oposición, en aplicación del principio de defensa previsto en el artículo 4º del C.P.C.M.; toda vez que, en estos procesos, se produce un desplazamiento de la iniciativa del contradictorio, que corresponde al demandado mediante la eventual formulación de la oposición. A vía de ejemplo, si el demandado opone la defensa de pago y agrega un recibo firmado por el demandante, resulta razonable y ajustado al principio de defensa ya mencionado, conceder al demandante una razonable oportunidad de pronunciarse sobre esa defensa y aportar eventualmente sus pruebas; del mismo modo, si el demandado alega una quita concedida por el demandante.

En todo caso, el demandante podrá solicitar la convocatoria a audiencia a fin de aportar pruebas tendientes a desacreditar los argumentos o pruebas de su contraparte, y en esa audiencia debe reconocérsele el derecho de defensa en su máxima expresión, comprensiva del derecho a aportar argumentos fácticos y jurídicos y sus correspondientes pruebas. Podría ocurrir también, que el demandante tenga interés en impugnar la autenticidad de los documentos aportados por el demandado, por ejemplo, un recibo de pago; en ese caso, deberá concedérsele una razonable oportunidad de alegación y prueba, durante la audiencia que solicite al efecto, para lo cual es menester que el juez le confiera vista de la oposición antes de dictar sentencia, aun cuando la norma autorice a resolverla sin más trámite en base a la documentación aportada.

En síntesis, formulada oposición por el demandado las partes deben contar con la oportunidad de solicitar la citación a audiencia en forma previa al dictado de la sentencia,

aún cuando la norma autorice a resolver sin más trámite. Con ese fin, debe concederse a las partes una razonable oportunidad de solicitar esa citación, notificando al demandante de la oposición formulada por su contraparte, para que esté en condiciones de solicitar la citación a audiencia si fuera necesario. En esa audiencia, el demandante podrá contestar los defectos procesales alegados, y tendrá derecho a ser oído en relación a los restantes motivos de oposición que pudiera haber planteado el demandado.

3.1.4.5 La audiencia de prueba

La audiencia de prueba, que habrá de celebrarse dentro de los diez días de efectuada la citación, es eventual en el proceso ejecutivo, pues sólo tendrá lugar cuando lo soliciten las partes y resulte necesario, a criterio del juez, recibir pruebas para resolver la cuestión planteada.

No obstante, debe interpretarse con amplitud la norma citada, para permitir, en caso de duda, la convocatoria a audiencia y asegurar de esa forma la efectiva vigencia del derecho a la prueba y del derecho de defensa en el marco del proceso ejecutivo.

Del mismo modo, debe asegurarse a ambas partes una razonable oportunidad de solicitar la convocatoria a audiencia y el diligenciamiento de pruebas previo a la sentencia del juez. En ese sentido, el demandado podrá solicitar la convocatoria a audiencia al formular su oposición a la demanda, dentro del plazo legal de diez días de notificado el decreto de embargo; pero el demandante también debe contar con una razonable oportunidad de defensa respecto de la oposición formulada por su contraparte, para lo cual deberá serle notificada esa oposición previo a que el juez dicte resolución al respecto, pues sólo así estará en condiciones de solicitar la convocatoria a audiencia y ofrecer pruebas tendientes a desarticular la oposición de su contraparte.

El artículo 467 del C.P.C.M. prevé, en forma indirecta pero indubitable, la oportunidad del demandante de ser oído en audiencia respecto de la oposición formulada por su contraparte, al disponer que "si no compareciere el demandante (a la audiencia), el juez resolverá sin oírle sobre la oposición"; lo que reafirma la idea expuesta, en el sentido de que el demandante tiene derecho a ser oído sobre la oposición del demandado, y para eso, debe contar con una razonable oportunidad de solicitar la citación a audiencia, previo a que el juez decida sobre la oposición.

Las consecuencias de la incomparecencia a la audiencia están previstas en el citado artículo 467: "si se hubiera convocado la audiencia y no acudiera a ella el deudor, 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". El desistimiento de la oposición en caso de incomparecencia del demandado a la audiencia, determina que el juez deba dictar sentencia en los términos previstos en el artículo 465 del C.P.C.M., como si no se hubiera formulado oposición, continuándose luego con la ejecución forzosa de esa sentencia si así lo solicita el demandante.

En todo caso, debe reconocerse a las partes una razonable oportunidad para justificar los motivos de su incomparecencia a la audiencia, teniendo en cuenta que las consecuencias legales mencionadas han de aplicarse sólo ante una incomparecencia injustificada a la audiencia, regla que, aunque no esté prevista expresamente en la norma comentada, resulta de la integración normativa con otras disposiciones que regulan la misma situación (comparecencia de las partes a la audiencia del proceso abreviado, art. 425 del C.P.C.M.).

A modo de ejemplo, si el demandado no pudo comparecer por razones de enfermedad, y las justifica adecuadamente, no procede tenerlo por desistido de su oposición, sino convocar nuevamente a las partes a audiencia.

Se aplican asimismo, las reglas generales sobre causas de suspensión e interrupción de la audiencia, previstas en los artículos 208 y 211 del C.P.C.M., a los que se hizo referencia al comentar las reglas del proceso común y del proceso abreviado.

Si comparecen ambas partes, se desarrollará la audiencia con arreglo a lo previsto para el proceso abreviado, debiéndose dictar a continuación la sentencia que proceda. De modo que, siguiendo la secuencia prevista para el proceso abreviado en los artículos 426 y ss. del C.P.C.M., en la audiencia se intentará la conciliación de las partes, y si no hubiera avenencia se pasará seguidamente a la ratificación de la demanda y de la oposición, se oirá al demandante acerca de los motivos de oposición del demandado (tanto los motivos de fondo como los defectos procesales eventualmente alegados), se recibirán las pruebas ofrecidas por las partes, y finalmente formularán las partes sus alegatos finales en los términos previstos en el artículo 429, dictándose a continuación la sentencia.

En cuanto a la prueba, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 428 del C.P.C.M., que a su vez remite a las reglas del proceso común para la práctica de la prueba. De acuerdo con lo previsto en el artículo 467, las partes deberán acudir a la audiencia con los medios probatorios de que intenten valerse; en la audiencia, propondrán las pruebas de las que pretendan valerse, y el juez admitirá las útiles y pertinentes (art. 428), pasándose luego a la práctica de esas pruebas.

Las partes podrán también solicitar, al menos con tres días de antelación a la fecha de la audiencia, aquellas pruebas que, para practicarse en la misma, necesiten diligencias de citación o requerimiento (art. 428).

La práctica de la prueba, como vimos, se rige por lo dispuesto para el proceso común, por remisión del artículo 428.

3.1.4.6 La sentencia.

La sentencia que resuelve acerca de la oposición del demandado, podrá dictarse al final de la audiencia de prueba, o fuera de audiencia y sin más trámite cuando no se hubiera solicitado la celebración de la audiencia (art. 467, C.P.C.M.).

Si no se hubiera solicitado la citación a audiencia, o el juez no la hubiera considerado procedente, se resolverá sin más trámite sobre la oposición, con la salvedad ya apuntada en cuanto a que deberá concederse al demandante una razonable oportunidad de ser oído previo a dictar la sentencia.

En ese caso, si bien la norma no indica el plazo de que dispone el juez para resolver, y tampoco lo regula el Código con carácter general (pues en principio, la regla es que la sentencia se pronuncia en audiencia o se anuncia el fallo en audiencia, art. 222), consideramos que debe aplicarse el plazo de quince días previsto para el proceso común y el proceso abreviado (arts. 417 y 430).

Si se hubiera celebrado la audiencia de prueba, la sentencia se dictará al final de la misma (art. 467), aunque podrá anunciarse verbalmente el fallo y pronunciarse la sentencia dentro del plazo de quince días, con arreglo a lo previsto con carácter general en el artículo 222 y en el artículo 430 para el proceso abreviado.

En cuanto a su contenido, podrá estimar o desestimar la oposición del demandado, con las consecuencias previstas en el artículo 468 y las ya mencionadas del artículo 466, si la oposición estuviera fundada en la existencia de defectos procesales.

Si se desestima totalmente la oposición, se dictará sentencia estimando la pretensión ejecutiva con costas y costos para el demandado, ordenándose seguir adelante de acuerdo con las normas que rigen la ejecución de sentencia.

En caso de estimación parcial de la oposición (por ejemplo, la de pluspetición), se seguirá adelante con las actuaciones (las previstas para la ejecución de sentencia), solamente para obtener la cantidad debida, sin condena en costas.

Si se estimara 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.

3.1.4.7 Los recursos

Admiten apelación en el proceso ejecutivo, la sentencia que se pronuncie sobre la oposición del demandado (art. 469), y el auto que rechace la tramitación de la demanda (art. 461).

En realidad, la apelación se rige por las disposiciones generales en la materia, que determinan la procedencia del recurso respecto de las sentencias y los autos que ponen fin al proceso. Por ese motivo, consideramos que también admite apelación la sentencia pronunciada ante la falta de oposición del demandado, puesto que pone fin al proceso ejecutivo y da lugar a la ejecución forzosa; aunque resulta difícil imaginar un fundamento razonable para apelar dicha sentencia, puede darse el caso de un error que lleve a considerar extemporánea la oposición deducida en tiempo hábil. También admite apelación

la sentencia que, estimando la oposición del demandado fundada en la alegación de defectos procesales insubsanables, declara improponible la demanda y pone fin al proceso, al igual que la sentencia que constata la falta de subsanación de los defectos procesales alegados por el demandado.

El artículo 469 del C.P.C.M. regulaba, además, lo relativo al efecto de la apelación, en términos que facultaban al demandante a solicitar la ejecución de la sentencia apelada, prestando caución; aspectos que fueron suprimidos en posterior reforma del Código, y que en consecuencia se rigen por las reglas generales en materia de apelación y ejecución provisional, que en realidad, establecen la misma solución (arts. 509 y cc.).[292]

En materia de casación, y sin perjuicio del comentario a la normativa respectiva, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 520 del C.P.C.M., que excluye la casación "en procesos especiales, cuando la sentencia no produzca efectos de cosa juzgada material"; lo que determina el rechazo de este recurso en el proceso ejecutivo porque la sentencia no pasa en autoridad de cosa juzgada material, salvo cuando la pretensión ejecutiva se funde en títulos valores, cuestión a la que haremos referencia a continuación.

3.1.5 Eficacia de la sentencia

En cuanto a la eficacia de la sentencia dictada en el proceso ejecutivo, deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 470, con arreglo al cual "no producirá efecto de cosa juzgada, y dejará expedito el derecho de las partes para controvertir la obligación que causó la ejecución". Se exceptúa de esa regla, el proceso ejecutivo fundado en títulos valores, en el cual la sentencia producirá los efectos de cosa juzgada.

No significa ello que la sentencia pronunciada en el proceso ejecutivo no sea ejecutable, pues ya hemos visto que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 468, la sentencia podrá ejecutarse siguiendo las reglas de la ejecución forzosa.

Pero esa sentencia, vencido el plazo de la apelación o resuelto el recurso, no presenta la nota de inmutabilidad que caracteriza a la cosa juzgada mataerial, pues podrá ser revisada en otro proceso, en el que podrá controvertirse la obligación que causó la ejecución.

La norma reitera lo previsto en la derogada L.P.M., cuyo artículo 122 establecía la misma regla, aunque remitía al proceso sumario para controvertir la obligación que causó la ejecución.

292 Texto del art. 469 del C.P.C.M. en su versión original: Art. 469.- Contra la sentencia que se pronuncie podrá interponerse recurso de apelación, el cual no suspenderá las actuaciones cuando la sentencia fuera desestimatoria de la oposición, siempre que se otorgue caución por parte del ejecutante. Si la sentencia hubiera estimado la oposición, el demandante, al interponer la apelación, podrá pedir que se mantengan los embargos y las medidas de garantía adoptadas, así como que se adopten las que procedan; y el juez lo ordenará de considerarlo pertinente, siempre que el demandante preste caución suficiente para asegurar la indemnización que pudiera corresponder en caso de que la resolución fuera confirmada.

El artículo 470 del C.P.C.M. no define claramente el alcance del nuevo proceso que pueden plantear las partes para "controvertir la obligación que causó la ejecución"; en nuestra opinión, ese nuevo proceso podrá tener un contenido amplio, que podrá comprender incluso aspectos ya debatidos o que pudieron ser debatidos en el proceso ejecutivo, siempre que la controversia esté referida a la obligación que constituyó la causa del anterior proceso ejecutivo.[293]

Del mismo modo, cabe concluir que el nuevo proceso podrá ser planteado por cualquiera de las partes en el anterior proceso ejecutivo, tanto el demandante como el demandado.[294]

La posibilidad de plantear un nuevo proceso posterior al ejecutivo, determina la improcedencia del recurso de casación, que en consecuencia, sólo podrá plantearse respecto de las sentencias de segunda instancia en los procesos ejecutivos fundados en títulos valores, pues en ese caso, no procede el proceso posterior.[295]

293 "En el derecho moderno se establece que lo decidido en juicio ejecutivo sólo hace cosa juzgada formal, siendo permitida su discusión en juicio ordinario posterior, apoyándose en el hecho de que la sumariedad del ejecutivo, puede privar de las garantías necesarias para la defensa, y el nuevo juicio permite reparar las consecuencias de un debate apresurado. En el juicio ordinario se pueden abarcar todos los puntos que puedan contribuir a modificar los resultados del fallo en el ejecutivo, no debiéndose debatir aquellas cuestiones decididas por cosa juzgada, que por sí solas carecen de proyección sobre el fallo pronunciado en el ejecutivo. Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, doce de septiembre de 2007 (164-C-2005).
Se ha señalado que queda excluido del control en el nuevo proceso, el planteo de eventuales nulidades que se hubieran producido durante el juicio ejecutivo. "El Juicio Ejecutivo no se puede anular mediante un Juicio Sumario u ordinario, en su caso, pues tal nulidad es de carácter procesal y sólo puede pedirse y declararse dentro del mismo proceso, en el curso de las instancias; en ese sentido, lo que se puede controvertir o atacar al promover el sumario u ordinario respectivo, es la validez de la obligación o del documento base de la pretensión." Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 4 de abril de 2003 (1508-2003)

294 "El concepto nueva acción, significa de modo general otra acción, en que se pueda ventilar el mismo punto que se ha discutido en juicio ejecutivo, independientemente de que sea el actor o el demandado pues ambos, tienen expedito su derecho para controvertir en juicio la obligación que causó la ejecución." Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, veintiocho de julio de 2004 (40-C-2004).

295 El punto se refleja en diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, como el que citamos a continuación: "En los juicios ejecutivos la impugnación vía extraordinaria bajo el Recurso de Casación está limitada a quebrantamiento de forma, porque no pasan en autoridad de cosa juzgada y no la adquieren, ya que se deja expedito el derecho de las partes para controvertir en juicio sumario la obligación mercantil que causó la ejecución, sin hacer distinciones sobre las partes que hayan intervenido en el juicio, sean estos demandantes, demandados o terceros interesado. Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador**,** dieciocho de octubre de dos mil dos (1116-2002).

3.2 LOS PROCESOS POSESORIOS

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. 1. Ámbito del proceso posesorio. II. PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIA: 1. Rechazo de la demanda posesoria; 2. Actuaciones previas a la audiencia en caso de suspensión de obra nueva; 3. Emplazamiento del demandado y oposición; 4. Comparecencia a la audiencia; 5. Sentencia y recursos judiciales.

3.2.1 Consideraciones generales

La nueva legislación procesal civil y mercantil salvadoreña retoma el tipo de proceso posesorio, el cual ya venia regulado en el art. 7 C.P.C./1882, como una especie de juicio de las distintas clasificaciones, maneja por aquel cuerpo normativo. Haciendo memoria, al mismo se le atribuía por objeto la conservación o restitución de la posesión; a su vez se le dividía en el juicio de amparo de posesión y el juicio de despojo. En general el juicio posesorio con una pretensión específica se enmarcaba dentro de la estructura del recordado juicio sumario.

En la actualidad con la entrada en vigencia del C.P.C.M., el proceso posesorio no se aparta de aquella técnica legislativa de reconocerle como un proceso especial con pretensiones propias; aunque siempre de la mano con una estructura paralela, siendo esta la adopción del proceso abreviado.

3.2.1.1 Ámbito del proceso posesorio

El ámbito de aplicación del proceso sumario, de acuerdo al art. 471 C.P.C.M., se le incluye la protección jurisdiccional de las pretensiones posesorias comprendidas en los arts. 918 al 951 C.C. Debido a la remisión de la cita legislativa indicada es que la nueva legislación procesal se expresa como: "Los procesos posesorios", aparentándose como si fueran varios tipos de procesos de naturaleza posesoria, cuando en realidad es uno sólo tipo de proceso, pero con varias clases de pretensiones.

3.2.2 Procedimiento y competencia

Reiterando lo dicho en párrafos anteriores el proceso posesorio no cuenta con una estructura propia, más bien se sirve de una ya creada para pretensiones declarativas especificas, siendo éste el proceso abreviado; por tal razón en cada ocasión que la ley procesal se refiera sobre algún procedimiento dado a la forma abreviada, el intérprete deberá entender que el mismo podrá ser aplicable al proceso posesorio.

Lo explicado al momento se regula expresamente, a través de la remisión hecha por el art. 472 inciso 1º C.P.C.M. la aplicación de la estructura abreviada no es totalmente pura, en virtud que la misma norma jurídica comentada reconoce que debido a la naturaleza de las

pretensiones protegidas, se le dota de algunas especificaciones, aunque sin apartarse de la estructura principal.

Habiendo realizado las aclaraciones previas, respecto al tipo de procedimiento aplicable al proceso sumario, de ahora en adelante es fácilmente comprensible la redacción de ciertas normas procesales, cuando se tuvo el cuidado al momento de redactarse se utiliza la expresión "el procedimiento abreviado", tratando de incluirse que en ese supuesto abarca, no sólo al proceso declarativo abreviado propiamente dicho; si no además, a los procesos especiales regidos bajo esta estructura, entre estos el proceso posesorio ahora en estudio. Como ejemplos de la técnica legislativa utilizada se citan los artículos 65 inciso 2º; 317 inciso 1º; y, el 424 todos del C.P.C.M.[296]

La competencia objetiva del proceso posesorio es atribuida al conocimiento del "juez de primera instancia del lugar donde se encuentre ubicado el bien", de acuerdo a lo escrito en el art. 472 inciso 2 C.P.C.M. La anterior afirmación es inicialmente registrada en el art. 30 ordinal 2º del mismo cuerpo de ley.

Vale la precisión que a los jueces de primera instancia a los cuales se refieren las normas de vocación orgánica, son aquellos jueces especializados que han sido creados con la vigencia del C.P.C.M., cuya denominación es la de juez civil y mercantil, o bien a los ya existentes jueces de lo civil, jueces de lo mercantil y jueces de primera instancia con competencia en lo civil y mercantil. Aquí se excluyen para la tramitación del proceso posesorio, por disposición de ley recién reformada a los jueces de primera instancia de menor cuantía.

En cuanto a la postulación en los procesos posesorios debe reconocerse la aplicación de la norma general sobre la comparecencia preceptiva por medio de abogado, al igual que el resto de procesos especiales, tomando en cuenta lo establecido en el art. 67 C.P.C.M.

3.2.2.1 Rechazo de la demanda posesoria

Previo a comentar el escenario indeseado del resultado del examen liminar de la demanda, cuya expresión se acuña en el rechazo de la demanda dibujado en el art. 473 C.P.C.M.; conviene traer a cuenta algunos tópicos de la petición inicial.

La primera aproximación al tema de la demanda en el proceso posesorio es el reconocimiento que debe cumplir principalmente con las exigencias fijadas para la demanda simplificada, regulada en el art. 418 y subsidiariamente cumplir los requisitos establecidos en la demanda del proceso común, art. 276 en lo que fuere aplicable. Partiendo del cumplimiento de los requisitos de la demanda, el juez en el plazo de cinco días sabrá descifrar de la lectura que aquella es admisible, art. 421 C.P.C.M.. Excepto que la demanda

296 A pesar de la manera especial de las normas que tratan de incluir a los procesos especiales, entre estos el proceso posesorio dentro de la estructura del procedimiento abreviado; también deben entenderse como circunscritas y aplicables al posesorio, aquellas otras normas que se expresen sólo como proceso abreviado.

carezca de la información indispensable que evite el feliz inicio del proceso especial. Dentro la información adicional a calificar judicialmente y fijada en el art. 473, se trata del cumplimiento de los plazos para incoar la demanda posesoria en pretensiones especificas, siendo estas las siguientes:

a) Cuando se pretenda 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.

b) Cuando se 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.

En ambos supuestos específicos de rechazo tienen que ver con plazos de caducidad para interponer la demanda posesoria;297 en uno y otro caso, se les debe rechazar por improponibilidad. Sumados a los anteriores casos son los mencionados en el art. 277, en virtud de su condición supletoria.

Lo no dicho al momento es con referencia a la inclusión de la inadmisibilidad como tipo de rechazo para la demanda posesoria, esto se responde de manera sencilla. Utilizando la integración para los procesos especiales que rigen sus destinos por el procedimiento abreviado, aplicaremos lo dispuesto en el art. 422 C.P.C.M.

Tal norma indica que frente a la presencia de defectos subsanables, se advertirá al demandante, concediéndole el plazo de cinco días para la subsanación para que los subsane, si no lo efectuase, la demanda posesoria se declarará inadmisible.

Cualquiera tipo de rechazo de la demanda, sea la improponibilidad o inadmisibilidad de la misma, en ambas se genera un efecto común, la finalización anticipada del proceso por ministerio de ley.

Otro efecto común y a la vez controversial, es el relativo a la impugnación ante el auto definitivo que contienen los rechazos. Lo controversial del tema de la impugnación, es porque se abre la disyuntiva, si ambos tipos de rechazos les rige la misma regla general de la procedencia de la apelación al pretender impugnar un auto definitivo; o bien si para la inadmisibilidad se aplica la regla especial, que sólo procede la utilización del recurso de revocatoria, de acuerdo a lo prescrito en el art. 278 inciso 2º C.P.C.M.

Plateada la controversia, es preciso tomar bandera bajo una sola tendencia. Observando el método de integración analógica de la ley procesal, el nexo legal establecido expresamente entre el proceso posesorio y el proceso abreviado, de ahí que al comentar la inadmisibilidad

297 DOMÍNGUEZ MOYA. O. *La Tutela Sumaria para Retener y Recobrar la Posesión*, pp. 93 y 94.

de la demanda posesoria, nos situemos en el art. 422, el cual en su texto no expresa alteración alguna sobre las reglas generales de la impugnación en el tema de los rechazos de la demanda.

En consecuencia, tanto la improponibilidad, como la inadmisibilidad de la demanda son apelables por encontrarse contenidos en un auto definitivo.

3.2.2.2 Actuaciones previas a la audiencia en caso de suspensión de obra nueva

Una de las particularidades propias en el proceso posesorio consiste en anticipar algunas actuaciones judiciales previas a la celebración de la audiencia, al tratarse de determinadas pretensiones, entre las que se mencionan las siguientes: La suspensión de obra nueva, el reconocimiento judicial y el reconocimiento pericial o ambos, de la manera regulada en el art. 474 C.P.C.M. Aunque es de advertir que lo referente a practica de los medios probatorios no posee ingredientes distintivos porque los mismos aparecen para todos los procesos que se rigen bajo los procedimientos abreviados, de la manera que indica el art. 428 C.P.C.M.

Realmente lo novedoso en este apartado viene a serlo la suspensión de una obra nueva; según su tratamiento legal posee las características propias de una medida cautelar, cuyo origen se desprende del art. 437 C.P.C.M. Esta actuación previa comentada se despacha mediante un requerimiento dirigido dueño o encargado de la realización de la obra con la intención que suspenda la continuación de la misma.

El requerimiento de acuerdo al caso, no dependerá de la buena voluntad del dueño o encargado de la obra para el cumplimiento de la suspensión, por ello los jueces perfectamente pueden solicitar la colaboración de las autoridades policiales para darle efectividad al mandato judicial, según el texto del art. 12 C.P.C.M.

3.2.2.3 Emplazamiento del demandado y oposición

Como puede verse en la norma pertinente en el proceso posesorio existe el emplazamiento del demandado, a diferencia de los procesos sustentados por los procedimientos abreviados en los cuales se suprime dicha etapa; pues una vez admitida la demanda se convoca a la realización de la audiencia, ejerciéndose planteándose la defensa en la misma audiencia de forma oral, sin preceder una contestación escrita a la demanda, según el art. 423 C.P.C.M.

El emplazamiento abre al demandado el derecho a ejercer la defensa escrita en el proceso posesorio, sea contestando u oponiéndose a la demanda, según sea el tipo de pretensión posesoria. El plazo para presentar el escrito de contestación u oposición a la demanda es de diez días hábiles contados al día siguiente del recibo de la comunicación.

La utilización del plazo de contestación u oposición de la demanda dependerá el camino a seguir en el desarrollo del procedimiento posesorio de la manera siguiente:

a) Presentación de la contestación oponiéndose a la demanda. Si el demandado interpone el escrito oponiéndose a la reclamación posesoria dentro del plazo concedido, inmediatamente habilita a la convocatoria mediante citación a los abogados de las partes para que comparezcan a la audiencia, art. 475 inciso 2º parte final C.P.C.M.

b) Omisión de pronunciamiento del demandado. Si el demandado deja transcurrir el plazo sin manifestar su posición, sin más trámite se dicta sentencia estimatoria por escrito, en el plazo judicial de quince días siguientes al vencimiento del plazo concedido al demandado, arts. 475 inciso 2º y 430 C.P.C.M.

3.2.2.4 Comparecencia a la audiencia

Habiendo presentado el demandado oposición escrita, como se dijo, se cita a la audiencia a las partes. De la comparecencia de aquellas depende la realización de la audiencia y los efectos que puedan producirse. Al respecto las normas relativas al proceso posesorio sólo regulan el supuesto de incomparecencia del demandado, sin alegar justa causa, el juez pasará a dictar sentencia estimatoria, art. 475 inciso 3º C.P.C.M.

Con la intención de completar el panorama de los supuestos de incomparecencia de las partes deben ser identificados aquellos. Inicialmente, revisaremos el texto del art. 425, titulado incomparecencia de las partes, situado en las reglas generales del proceso abreviado. En la citada norma fundamentadora del proceso posesorio, reconoce el resto de supuestos de incomparecencia, que aplicados a nuestra audiencia, de los cuales se plantean los siguientes:

a) Incomparecencia del demandante, se le tendrá por desistida su demanda, siempre que el demandado no alegare interés legítimo en la continuación del proceso posesorio.

b) Incomparecencia del demandante, pero el demandado alegare interés legítimo en la continuación del proceso. Bajo esta supuesto se instalará la audiencia con la única intervención del demandado.

c) Cuando ambas partes, el Juez pondrá fin al proceso sin más trámite, mediante auto definitivo, siempre que tal ausencia no esté debidamente justificada.

Concurriendo cualquiera de los supuestos que permita instalar la audiencia, se desarrollará conforme a lo dispuesto para el procedimiento abreviado, tanto en sus distintas finalidades, como en la intervención de los abogados de las partes.

3.2.2.5 Sentencia y recursos judiciales

Concluida la audiencia viene el pronunciamiento de la sentencia, que para este tipo de proceso ahora comentado podrá dictarse en el acto de manera íntegra, si lo permitiera la complejidad fáctica y jurídica del objeto del proceso; si no lo es podrá anunciar

obligatoriamente sólo el fallo oralmente. En el segundo caso, pendiente la motivación de la sentencia deberá dictarse en el plazo de quince días siguientes a la finalización de la audiencia, según el art. 222 con relación al art. 430 C.P.C.M.

El efecto de cosa juzgada otorgado a la sentencia pronunciada sobre la protección posesoria que se reclama, sostiene la ley procesal, no producirá efectos de cosa juzgada, dejando a salvo el derecho de las partes para acudir al proceso declarativo correspondiente, así se desprende de la lectura del art. 476. Aunque es de advertir que realmente la nueva legislación procesal civil, lo que esta regulando es el efecto de la cosa juzgada formal, de la manera que se comento en el apartado sobre la cosa juzgada, por lo que recomendamos la remisión al tema.

Por su naturaleza, la sentencia es apelable, pero a diferencia de otros procesos civiles y mercantiles no se produce el efecto suspensivo referido en el art. 509 C.P.C.M. Por el contrario, esta resolución definitiva en los procesos sumarios se habilita a la ejecución provisional de la sentencia, si se diere caución suficiente, conforme al inciso 2º del art. 476 C.P.C.M.

Para finalizar estos comentarios sobre la protección posesoria, siempre en la misma línea de pensamiento, que admite el posterior planteamiento de la pretensión en un proceso posterior, es que la nueva ley procesal establece la improcedencia del recurso de casación, así lo regula el art. 476 inciso 3º C.P.C.M.

3.3 LOS PROCESOS DE INQUILINATO

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES: 1. Ámbito del proceso de inquilinato. II. PROCEDIMIENTO GENERAL Y COMPETENCIA: 1. Demanda de inquilinato, admisión y rechazos. 2. Sentencia y recursos en otros procesos de inquilinato. III. PROCESO DE DESOCUPACIÓN POR CAUSA DE MORA: 1. Desahucio y sobreseimiento. 2. Sentencia y recursos judiciales. IV. PROCESO DE DESOCUPACIÓN POR OBRAS EN EL INMUEBLE: 1. Requisitos especiales de admisibilidad de la demanda. V. PROCESO DE DESOCUPACIÓN POR RUINA O INSALUBRIDAD: 1. Contenido de sentencia.

3.3.1 Consideraciones generales

Las normas relativas a los procesos de inquilinato unifican los procedimientos aplicados en general a los arrendamientos de bienes inmuebles exclusivamente a arrendamientos para vivienda, según el art. 478 inciso 3º C.P.C.M. Lo cual modifica el ámbito de aplicación de los procesos de inquilinato regulados en las normas especiales de la Ley de Inquilinato. Como puede verse el ámbito de aplicación en los nuevos procesos de inquilinato quedó reducido a las pretensiones basadas en el arrendamiento para vivienda. Esta reducción es notable al ser comparada a los supuestos incluidos en el art. 1 L.Inq.

Para el resto de pretensiones que giren en torno a los arrendamientos de bienes inmuebles con fines distintos a la vivienda, estarán sujetos a los trámites de los procesos declarativos que corresponda por razón de la materia o por razón del objeto litigioso, de acuerdo a lo regulado en el art. 239 inciso 1º C.P.C.M. Igual comentario hecho a la denominación plural de los procesos posesorios merece la designación en los procesos de inquilinato, pues como se dijo en aquella oportunidad, la multiplicidad no se encuentra en los procesos, sino en cuanto a la variedad de pretensiones que sustentan a la reclamación.

3.3.1.1 Ámbito del proceso de inquilinato

El ámbito de aplicación del proceso de inquilinato recae en las pretensiones claramente marcadas por el art. 477 C.P.C.M., las cuales son de carácter general, sin distinción sobre la procedencia del derecho sustantivo protegido, sea civil, mercantil o inquilinato.[298]

A continuación se mencionarán las pretensiones sujetas a la tramitación del proceso de inquilinato, de la manera siguiente:

298 Debe tenerse en cuenta que continua la vigencia del derecho sustantivo en materia de inquilinato, pues lo único derogado por el C.P.C.M., son las normas procesales de la Ley de Inquilinato. Por consiguiente, los derechos y las correlativas obligaciones constituyen la ley especial, junto al código civil y el código de comercio en lo relativo a los arrendamientos y subarrendamientos de inmuebles.

a) La falta de pago de la renta, pretenda la terminación del contrato y desocupación del inmueble arrendado por causa de mora.

b) La terminación del contrato en los casos previstos en el art. 24 L.Inq., pretendan la desocupación del inmueble y el reclamo de los cánones adeudados.

c) La autorización para incrementar el valor de la renta.

d) Promover las diligencias que tratan de la imposición de multas a que se refieren la ley de la materia, cuando no hubieren sido impuestas en el proceso principal. Ejemplos: la falta de contrato escrito, art. 5; la falta de extensión del recibo por el pago del canon, art. 9 inciso 2º; la suspensión de los servicios básicos por el arrendador al inquilino, art. 11 L.Inq.

3.3.2 Procedimiento general y competencia

Los procesos de inquilinato se sustanciarán en general conforme a lo dispuesto para los trámites del proceso abreviado, cualquiera sea su cuantía; siempre atendiendo las normas especiales propias de la naturaleza del proceso, así se entiende de la lectura del art. 478 inciso 1º C.P.C.M. Es decir, que la mayor parte de la estructura procedimental –ley general- en los procesos de inquilinato son tomadas del procedimiento abreviado y en menor cantidad son normas –ley especial- aportadas por el Título Tercero del Libro Primero que acoge al proceso bajo estudio.

La competencia objetiva de los procesos de inquilinato es asignada al "juez de primera instancia del lugar donde se encuentre ubicada la vivienda arrendada", de conformidad al art. 478 inciso 2 C.P.C.M. Tal atribución es inicialmente reconocida en el art. 30 ordinal 2º del mismo cuerpo de ley procesal.

Estos jueces de primera instancia competentes para darle tramitación a este tipo especial de procesos, son aquellos jueces especializados creados recientemente con la vigencia del nuevo C.P.C.M., cuya denominación es la de juez civil y mercantil, o bien a los ya existentes jueces de lo civil, jueces de lo mercantil y jueces de primera instancia con competencia en lo civil y mercantil. Excluyéndose para la tramitación de los procesos de inquilinato, por disposición de ley recién reformada a los jueces de primera instancia de menor cuantía.

Es aplicable la postulación preceptiva en los procesos de inquilinato, en virtud del contenido de la norma general sobre la promoción de procesos por medio del abogado que representará a la parte y planificará la estrategia de intervención durante la actividad procesal. Esto mismo sucede en el resto de procesos especiales, tomando en cuenta lo establecido en el art. 67 C.P.C.M.

Una de las reglas especiales que rigen a los procesos ahora estudiados es aquella sobre la acumulación de pretensiones, que establece lo siguiente: cuando el proceso promovido verse sobre la terminación del contrato de arrendamiento de vivienda se deba a la falta de pago

de canon, podrá acumularse ella la pretensión de reclamación de las cantidades adeudadas, según el art. 479 C.P.C.M.

3.3.2.1 Demanda de inquilinato, admisión y rechazos

La elaboración y preparación de la demanda en los procesos de inquilinato no son regulados por el apartado de las normas especiales, quedándonos la integración de las normas generales dictadas para el procedimiento abreviado. Tomando como punto de partida, se reconoce que la alegación inicial del demandante se formaliza como una demanda simplificada, cumpliendo las exigencias del art. 418 C.P.C.M.

El juez ante quién se interponga la demanda deberá resolver su admisión o rechazo en el plazo de cinco días desde su presentación.299 Como resultado del examen liminar de la demanda puede ser admitida, prevenida o rechazada; en el último supuesto, los rechazos son por improponible o inadmisible. Si la demanda posee defectos subsanables, el juez le prevendrá al demandado con apercibimiento que la corrija en el plazo de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación, si no lo efectuase la declarará inadmisible. Todo lo anterior, se extrae de lo regulado por el art. 422 C.P.C.M.

Volviendo a la admisión de la demanda, se hará el señalamiento del día y hora de la celebración de la audiencia, para lo cual se citará al demandante y el demandado y demás interesados –subarrendatarios-, si los hubiere. La documentación entregada al demandado estará compuesta por la citación, la copia de la demanda y demás documentos adjuntos.

En la redacción de la citación constará que la audiencia no se suspenderá por la incomparecencia del demandado, además que ambas partes concurrirán con todos los medios de prueba disponibles para justificar sus argumentos, art. 423 C.P.C.M.. Además como algo muy propio en esta clase de procesos, se incluirá la advertencia al demandado, de que su inasistencia a la audiencia llevará a la declaración de desahucio sin más trámites en un plazo no mayor de diez días, de acuerdo a lo establecido en el art. 482 C.P.C.M.

Como nota curiosa podemos observar que en los procesos de inquilinato no existe el emplazamiento al demandado. Esta supresión legislativa de la etapa, no significa exponer a la indefensión procesal, porque el demandado siempre cuenta con la contestación a la demanda en sus diversas estrategias; pero con la diferencia que la misma será ejercida oralmente en la audiencia, art. 427 inciso 2º C.P.C.M.

La celebración de la audiencia se llevará a cabo con la comparecencia de los abogados de las partes, de la manera prevenida a partir de los arts. 426 al 429 C.P.C.M. Si el demandante citado en forma no compareciese, ni hubiere alegado alguno de los motivos de suspensión de

299 Un comentario especial sobre cuando inicia del cómputo del plazo de admisibilidad de la demanda simplificada, es aquel sobre, a partir de qué momento iniciará el mismo, para aquellos juzgados que reciben las demandas por medio de la Secretaria Receptora y Distribuidora de demandas. Sin lugar a dudas, en el caso planteado el plazo iniciará hasta la recepción de la demanda por el juez de primera instancia.

la audiencia a los que se refiere el art. 208 C.P.C.M., se le tendrá por desistida la demanda, finalizando el proceso de manera anticipada, según el art. 425 C.P.C.M.

3.2.2.2 Sentencia y recursos en otros procesos de inquilinato

A diferencia de las sentencias pronunciadas en los procesos de desocupación por causa de mora, por obras en el inmueble, por ruina o insalubridad a las cuales se les niega el efecto de cosa juzgada; las sentencia dictadas por causas diversas a las anteriores en un proceso de inquilinato, si producirán efectos de cosa juzgada material. Este efecto material reconocido a las sentencias evita el planteamiento de futuras demandas por las mismas pretensiones, en virtud que ya fueron decididas, así lo reconoce el art. 487 C.P.C.M.

3.3.3 Proceso de desocupación por causa de mora

3.3.3.1 Desahucio y sobreseimiento

Fuera de los trámites señalados en general para los procesos de inquilinato, en determinadas pretensiones como la desocupación por causa de mora, en la redacción de la esquela de citación para audiencia, le advertirá al inquilino sobre el derecho de enervación del desahucio,[300] consistente en el derecho a ser sobreseído en el proceso, sólo si cumple con el pago del monto total de lo adeudado, más las costas del proceso, de manera como se indica en el art. 480 C.P.C.M.

Cuando en el proceso se pretenda la desocupación del inmueble por mora, los únicos medios de prueba pertinentes con los que dispone el demandado son aquellos relativos a la procedencia del sobreseimiento; por tanto las alegaciones del inquilino y en consecuencia la prueba se dirigirán a demostrar el pago del monto total, de acuerdo al art. 485 inciso 1º C.P.C.M.[301]

3.3.3.2 Sentencia y recursos judiciales

Por el contenido de la pretensión en el proceso de desocupación por causa de mora, la nueva legislación procesal reconoce que la sentencia dictada "no producirá efectos de cosa juzgada", dejando a salvo el derecho a las partes para acudir al proceso declarativo correspondiente para controvertir el objeto del proceso de inquilinato, según lo prescribe el art. 486 inciso 1º C.P.C.M. Vale recordar que la anterior expresión de que la sentencia no producirá efectos de cosa juzgada, no es otra más que una manera muy particular de la legislación salvadoreña de referirse al concepto de cosa juzgada formal, por ello se recomienda la lectura de los comentarios sobre la eficacia de las resoluciones judiciales.

300 ARAGONESES MARTINEZ, S. *Los Procesos Declarativos Ordinarios (Procesos ordinarios y sus especialidades)*, p. 164.

301 GOMEZ COLOMER, J. L. *El Nuevo Proceso Civil, (Ley 1/2000)*. AAVV., p. 789 y 790. El autor citado comenta la existencia de las mismas limitaciones estalecidas sobre las alegaciones que puede presentar el demandado , siendo esta la de pago, a la luz de la Ley de Ejuiciamiento Civil española 1/2000.

En el tema de los recursos judiciales concedidos contra la sentencia que decide la desocupación por causa de mora se limitan a la procedencia de la apelación, de acuerdo al art. 486 inciso 2º C.P.C.M. Posteriormente, contra la sentencia de apelación no habrá recurso alguno.

La redacción de ésta última afirmación pareciera que existen una serie de recursos judiciales contra la sentencia de apelación, cuando lo cierto es que el único recurso que procede a continuación es la casación.

3.3.4 Proceso de desocupación por obras en el inmueble

3.3.4.1 Requisitos especiales de admisibilidad de la demanda

En este proceso de inquilinato se adicionan requisitos de admisibilidad, tales como: el plano completo de las obras a realizarse en la vivienda y la consignación de una cantidad de dinero en beneficio del inquilino en caso de no realizar las obras en el plazo legal. Comentemos brevemente cada uno de ellos.

Además de los documentos que normalmente y necesariamente debe acompañar a la demanda como requisito de admisibilidad, como el poder judicial y otros documentos acreditativos de las alegaciones, se agrega la presentación del plano completo debidamente aprobado de las obras a realizar con especificación del tiempo de duración, cuando de acuerdo a los incisos 1º y 2º del art. 481 C.P.C.M., traten de los supuestos siguientes:

a) Obras por nueva construcción en el inmueble.

b) Obras destinadas a aumentar la capacidad locativa del inmueble.

c) Obras de reparaciones indispensables que no puedan diferirse y exijan la desocupación del inmueble.

De no presentarse junto a la demanda, la documentación relacionada con las especificaciones indicadas, el demandante corre el riego que el juez mediante auto le prevenga de la omisión, para que sea presentado dicho planos y especificaciones de las obras a ejecutar.

El segundo requisito especial para la admisión de la demanda en los procesos de desocupación por obras en el inmueble, es aquel relativo a la consignación de una cantidad de dinero igual a dos mensualidades de renta, la cual eventualmente se entregará al inquilino, si en el plazo de un mes contado a partir de la desocupación no se inicien los trabajos de las obras que sustentaron la pretensión.

Aquí legalmente se fija la exigencia de la consignación como requisito de admisibilidad, según el art. 481 inciso 3º C.P.C.M.

3.3.5 Proceso de desocupación por ruina o insalubridad

3.3.5.1 Contenido de sentencia

Los procesos por desocupación por ruina se encuentran comprendido en los procesos de desocupación por obras en el inmueble. Por tal razón, se incluyen los comentarios del contenido especial de la sentencia, relacionadas a la ejecución de obras necesarias para la rehabilitación, conforme al art. 488 C.P.C.M.

La legislación pide al juzgador que exprese en la sentencia estimatoria que el inmueble es inhabitable total o parcialmente. La declaración de inhabitable mantendrá su vigencia por el tiempo que duren las obras indispensables de rehabilitación.

3.4 LOS PROCESOS MONITORIOS

Santiago Garderes

SUMARIO: I. Introducción. II. El proceso monitorio por deudas de dinero. III. Monitorio para obligaciones de hacer, no hacer o dar.

3.4.1 Introducción

Los procesos monitorios constituyen una especie del género de procesos especiales, y se caracterizan por la abreviación estructural que se obtiene mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio.

CALAMANDREI[302] expuso con su habitual claridad las características del proceso monitorio, en términos de innegable vigencia conceptual, más allá de las variantes que puede asumir el modelo en los distintos sistemas legales que lo han incorporado, señalando en ese sentido, lo siguiente:

"Entre las diversas formas de procesos especiales de cognición típicamente preordenados a la rápida creación de un título ejecutivo, tienen importancia para nosotros … aquellos procesos en los que la abreviación de la cognición consiste en lo siguiente: en que, mientras el proceso de cognición ordinario se inicia, según el principio del contradictorio, con la citación del demandado, de manera que el juez no emite su pronunciamiento sino después de haber oído (o haber declarado contumaz en forma regular) también al adversario de aquel que propone la demanda, en estas formas especiales de procesos de cognición, el actor, mediante petición, acude directamente al juez, el cual emite sin previo contradictorio una orden de pago dirigida al demandado, señalándole al mismo tiempo un término dentro del cual éste puede, si le interesa, provocar el contradictorio mediante oposición; con la consecuencia de que, a falta de oposición formulada en tiempo, la orden de pago adquiere, con el transcurso del término, eficacia de título ejecutivo. Sobre las particularidades de estos procedimientos especiales, cuya estructura puede variar en los detalles de una legislación a otra, no nos detendremos ahora; nos basta, por el momento, con observar que el carácter típico de esta categoría de procesos es el siguiente: que en ellos la finalidad de llegar con celeridad a la creación del título ejecutivo se alcanza desplazando la iniciativa del contradictorio del actor al demandado. Mientras en el proceso de cognición ordinario el título ejecutivo no nace sino después que el actor haya instaurado regularmente el contradictorio, el cual resulta perfectamente superfluo en todos aquellos casos en que el demandado comparecido no tiene nada que oponer a la demanda del actor, o en absoluto se abstiene de comparecer, en estos procesos especiales el título ejecutivo nace por el solo hecho de que el demandado no demuestre, haciendo oposición dentro del término establecido, la utilidad, de la cual él es el mejor juez, de abrir el contradictorio; de manera que el interés del actor en la rápida creación del título ejecutivo viene a ser prácticamente satisfecho en todos aquellos casos en

302 Calamandrei, Piero, "El Procedimiento Monitorio", Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1946, ps. 24-26.

los que el propio demandado comprende que el contradictorio sería inútil, porque no tiene nada serio que oponer a las razones del actor."

Insistiendo en esas ideas, concluía de la siguiente forma: "El concepto, desde luego lógico y económico, en que se inspiran estos procedimientos es, pues, el siguiente: que el juicio sobre la oportunidad de abrir el contradictorio, y, por consiguiente, la iniciativa de provocarlo, debe dejarse a la parte en cuyo interés el principio del contradictorio tiene inicialmente vigor, esto es, al demandado. Podemos decir así que hemos llegado a aislar una categoría de procedimientos especiales de cognición, los cuales se distinguen de todos los otros procedimientos por estos dos caracteres fundamentales: 1º, por la finalidad, que es la de dar vida, con mayor celeridad de la que pueda conseguirse en el procedimiento ordinario, a un título ejecutivo; 2º, por el medio, que es el de invertir, haciéndola pasar del actor al demandado, la iniciativa del contradictorio (por lo que podemos, en general, denominarlos procedimientos con inversión de la iniciativa del contradictorio)".

Esas características se reflejan en el proceso monitorio del C.P.C.M.; como veremos al comentar el marco normativo del proceso monitorio en el nuevo Código, admitida la solicitud del acreedor el juez "ordenará requerir al deudor para que, en el plazo de veinte días, pague directamente al acreedor o en el tribunal, o bien que comparezca a formular oposición, con la advertencia expresa de que, en otro caso, se procederá a la ejecución" (art. 493).

De modo que, en la normativa comentada la iniciativa del contradictorio se deja a la parte demandada, que podrá formular oposición dentro del plazo legal, y si no lo hiciera ni diera cumplimiento al requerimiento de pago (o de cumplimiento de la obligación de hacer, no hacer o dar), se procederá a la ejecución.

El modelo se inspira fundamentalmente en el proceso monitorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (arts. 812 y ss.), que consagra un régimen similar al del C.P.C.M.. Los procesos monitorios también se encuentran previstos en otras legislaciones europeas y americanas, siendo conveniente mencionar la regulación de estos procesos en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y en la legislación que lo ha seguido, como el C.G.P. (Uruguay); aunque es preciso aclarar que el monitorio del C.P.C.M. presenta importantes diferencias respecto del regulado en el Código Modelo.[303]

303 El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica regula el "proceso de estructura monitoria", en los artículos 311 y ss., y dispone que "se aplicará en los casos especialmente previstos por la ley y además en los siguientes procesos: 1) ejecutivos; 2) desahucio o desalojo; 3) entrega de la cosa; 4) entrega efectiva de la herencia; 5) resolución por falta de pago o escrituración judicial de promesas inscriptas en los respectivos registros (compraventa de inmueble o de establecimiento o de empresa comercial o de unidad de propiedad horizontal)." En cuanto a los presupuestos, "en todos los casos se requerirá documento auténtico o autenticado judicialmente en la etapa preliminar respectiva", a excepción del caso de entrega de la cosa, en el que se admite incluso la prueba testimonial en etapa preliminar o preparatoria. El procedimiento presenta las siguientes características: si la demanda reúne los requisitos legales, el juez dicta resolución admitiéndola y citando de excepciones al demandado por el plazo de diez días, y de no formularse oposición en ese plazo, se convoca a audiencia y, de no lograrse un acuerdo o conciliación entre las partes, se procede a la ejecución.

Este especial procedimiento se reserva generalmente a las pretensiones de condena, aunque algunas legislaciones lo aplican también a pretensiones mere declarativas y constitutivas (por ejemplo, el C.G.P. en Uruguay). Y aún limitando el análisis a las pretensiones de condena, en general el proceso monitorio se aplica al cobro de deudas dinerarias, aunque algunos sistemas legales admiten a trámite monitorio pretensiones dirigidas al cumplimiento de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer.

Sobre el objeto de los procesos monitorios, conviene citar nuevamente el clásico estudio de CAMANDREI [304]: "Teóricamente hablando, nada impediría a priori adaptar a cualquier especie de acciones, esta forma de procedimiento, en el que la iniciativa del contradictorio se desplaza del actor al demandado … Sin embargo, puesto que la utilidad práctica de esta inversión de la iniciativa del contradictorio se manifiesta históricamente sobre todo en relación a la celeridad con que la misma permite llegar al título ejecutivo, así es fácil comprender que esta forma de procedimiento esté reservada por las legislaciones exclusivamente para las acciones de condena. Es oportuno observar, por otra parte, que ni siquiera a todas la acciones de condena se encuentra aplicado indistintamente este procedimiento; quedan excluidas del mismo las acciones de condena relativas a prestaciones de hacer o de no hacer, y las relativas a prestaciones de dar cuando la prestación tenga por objeto una cosa no fungible. De suerte que se puede decir que este procedimiento está normalmente reservado a las solas acciones de condena que tengan por objeto mediato una suma de dinero a pagar o una determinada cantidad de cosas fungibles a entregar; lo que, sin embargo, no quita para que se encuentren en las legislaciones positivas, y se puedan admitir in jure condendo, ejemplos de extensión de este procedimiento a todas las categorías de acciones de condena."

Como veremos, el C.P.C.M. contempla dos especies de monitorio: el monitorio por deudas de dinero, y el monitorio para obligaciones de hacer, de no hacer o de dar. Respecto de estas últimas, CALAMANDREI refería que en general se encuentran excluidas del proceso monitorio, señalando que la Z.P.O. austríaca las excluía por el motivo de que "el objeto de la prestación carece aquí de la determinación que se requiere para que pueda pronunciarse, con la conminación de ejecución, un precepto". Sin embargo, como vimos, el C.P.C.M. -al igual que otras legislaciones- admite a trámite monitorio la pretensión de cumplimiento de esas obligaciones.

Por otra parte, reviste interés mencionar la clasificación que distingue entre monitorio documental y monitorio puro. Citando nuevamente los estudios clásicos sobre el proceso monitorio, que en este punto remiten al comentario de la legislación austríaca, puede afirmarse que las características más relevantes del procedimiento monitorio puro se concretan en lo siguiente: "En virtud de la simple petición, escrita u oral, del acreedor, el juez competente libra, sin oír al deudor, una orden condicionada de pago, dirigida al deudor, con la advertencia de que el mismo puede hacer oposición … Si el deudor no hace oposición dentro de ese término, la orden de pago adquiere fuerza de título ejecutivo … Si el deudor hace oposición dentro del término (y basta a tal fin que declare al juez, oralmente o por

304 Calamandrei, Piero, ob. cit., ps. 28-29.

escrito, que hace oposición a la orden de pago, sin necesidad de aducir los motivos de ello), la orden de pago pierde, por el solo efecto de tal declaración, toda su fuerza. La proposición de la oposición, que hace caer la orden de pago emanada sin contradictorio, no basta por sí sola para abrir el juicio en contradictorio; a tal objeto, es necesaria una nueva petición del acreedor, presentada en las formas ordinarias, cuando el acreedor no la haya acumulado, a prevención, con la petición de orden de pago." [305]

Por contraposición al sistema mencionado, en el monitorio documental no es suficiente la mera alegación de los hechos constitutivos de la pretensión, sino que deberá probarse documentalmente el fundamento de la pretensión; si el deudor formula oposición dentro del plazo legal, deberá fundarla y su oposición abre el contradictorio, sin necesidad de ulterior instancia del actor, resolviéndose finalmente si se ampara la oposición (dejando sin efecto el mandato inicial de pago), o desestima la oposición confirmando el mandato de pago.

Sin perjuicio de las variantes que puede presentar el proceso monitorio en los distintos sistemas legales, resulta útil considerar dos aspectos de aquellos que, conceptualmente, permiten catalogar un monitorio como puro o documental. En primer término, será preciso observar en el sistema legal que se considere, si la demanda o solicitud del acreedor debe estar acompañada de la prueba documental en que se funde, con el fin de acreditar inicialmente la existencia y monto de la obligación cuyo cumplimiento se reclama, o si, por el contrario, es suficiente con la mera alegación que en tal sentido efectúe el demandante; desde esa perspectiva, el proceso monitorio del C.P.C.M. puede concebirse como un monitorio documental, puesto que requiere la presentación del documento del que resulte la obligación.

En segundo lugar, al analizar el régimen de la oposición, será preciso determinar si es suficiente con la mera oposición, o si se requiere la invocación concreta de los motivos en que se funda, aunque sea en forma sucinta; el C.P.C.M. no contiene reglas precisas en ese punto, aunque puede inferirse la exigencia de una motivación a partir de disposiciones que refieren expresamente a determinados motivos de oposición (como la pluspetición). Finalmente, resultará conveniente analizar las consecuencias de la oposición, que en algunos sistemas determina, por sí sola, el decaimiento del mandato o requerimiento de pago, haciendo necesaria una nueva petición (demanda) del acreedor que se sustanciará y resolverá según las reglas del proceso ordinario, a diferencia de lo previsto en otros sistemas legales, en los que la oposición fundada abre directamente el contradictorio y es resuelta por el juez en el mismo proceso.

Ingresando al análisis del proceso monitorio en el C.P.C.M., se divide en dos capítulos, destinándose el primero al régimen del monitorio por deudas de dinero, y el segundo al monitorio para obligaciones de hacer, de no hacer y de dar.

La competencia para conocer de los procesos monitorios, corresponde al juez de primera instancia de menor cuantía del domicilio del demandado (art. 490); y, conforme a lo

305 Calamandrei, Piero, ob. cit., ps. 30 y ss.,

dispuesto en el artículo 30, conocerá el juzgado de primera instancia de los procesos monitorios que se susciten en aquellas circunscripciones donde no exista juzgado de primera instancia de menor cuantía.

En cuanto a la estructura, y sin perjuicio del análisis que se hará a continuación, puede describirse en forma esquemática del siguiente modo: presentación de la solicitud, con los requisitos del artículo 491, acompañada del documento que acredite la obligación; control del tribunal, que podrá rechazar la solicitud si no cumple con los requisitos legales; en caso de admitirla, ordenará requerir al deudor para que, en el plazo de veinte días, pague o cumpla con la obligación, o bien que comparezca a formular oposición, con la advertencia de que, en otro caso, se procederá a la ejecución; si el deudor no paga ni formula oposición dentro del plazo referido, el juez ordenará el embargo de sus bienes siguiéndose en adelante el proceso por los trámites previstos para la ejecución de sentencias; si el deudor formula oposición dentro del plazo legal, se continuará la tramitación conforme a las reglas del proceso abreviado, debiendo el solicitante presentar la demanda dentro de los diez días siguientes.

3.4.2 El proceso monitorio por deudas de dinero

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 489 del C.P.C.M., "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 cuanto a la prueba de la obligación, el citado artículo señala lo siguiente: "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 objeto del proceso monitorio por deudas de dinero, consiste en la pretensión dirigida al pago de una suma de dinero, líquida, vencida y exigible; se establece un límite cuantitativo, ya que para reclamar el pago por este proceso especial la deuda no podrá superar los veinticinco mil colones o su equivalente en dólares.

Por deuda líquida debe entenderse aquella cuyo importe se encuentre determinado; por su parte, la deuda será exigible cuando no esté sujeta a plazo ni condición pendiente.

La prueba de la obligación de pago debe ser documental, aunque presenta mayor amplitud que la prevista para el proceso ejecutivo. Como vimos, con arreglo a lo dispuesto en el art. 489 podrá reclamarse a través del proceso monitorio el pago de una deuda en dinero que no supere el límite cuantitativo fijado en esa norma, "cualquiera que sea su forma y clase o el soporte en que se encuentre, o que el acreedor justifique un principio de prueba suficiente". De acuerdo a lo previsto en el artículo 1582 del Código Civil, por principio de prueba por

escrito debe entenderse "un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso".

Corresponderá en definitiva al juez, valorar si el documento aportado constituye prueba suficiente de la obligación a los efectos de admitir la demanda monitoria; a esos efectos, deberá tener especialmente en cuenta lo previsto en el inciso segundo del citado artículo 489 del C.P.C.M., conforme al cual 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 o electrónico."

El antecedente directo del proceso monitorio del C.P.C.M., la L.E.C. española, contiene una referencia similar a los documentos que sirven de base al proceso monitorio, disponiendo que la deuda deberá acreditarse de alguna de las siguientes formas: "mediante documentos, cualquiera sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor"; o "mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca entre acreedor y deudor" (art. 812, L.E.C.).

Puede resultar conveniente la cita de normas que regulan la prueba de las obligaciones, como el artículo 999 del Código de Comercio, conforme al cual las obligaciones mercantiles pueden probarse mediante facturas, correspondencia postal, correspondencia telegráfica reconocida, registros contables, entre otros documentos que enumera; pero en cualquier caso, a los efectos del proceso monitorio la prueba de la obligación no se limita a las mencionadas, pues podrá probarse por cualquier otro documento de los que habitualmente acreditan relaciones entre acreedor y deudor.

El proceso monitorio por deudas de dinero presenta un objeto análogo al del proceso ejecutivo, en la medida que puede reclamarse por esos procesos el pago de una deuda líquida y exigible (arts. 458 y 489); la diferencia podrá estar dada por el importe de la obligación (pues en los monitorios, no puede superar el límite previsto en el art. 489), y por la prueba de la obligación, que en el proceso ejecutivo debe justificarse mediante la presentación de un título ejecutivo, que presenta características propias (art. 457).

En otros sistemas normativos, el proceso ejecutivo se regula como un monitorio (C.P.C.M.I., C.G.P. uruguayo), de modo que ambos procesos no presentan variantes; pero en el C.P.C.M., se trata de dos procesos diversos, y corresponde distinguir según la prueba documental de la obligación, para determinar si corresponde tramitar el proceso ejecutivo o el monitorio.

La competencia para conocer del proceso monitorio, como ya hemos señalado, corresponde al juez de primera instancia de menor cuantía del domicilio del demandado, con la salvedad,

ya indicada, del artículo 30 del C.P.C.M. para el caso de que no exista juzgado de menor cuantía.

Los requisitos de la solicitud están previstos en el artículo 491 del C.P.C.M., con arreglo al cual deberá indicarse la identidad del deudor, el domicilio o domicilios del acreedor y del deudor o el lugar en que residieran o pudieran ser hallados, y el origen y cuantía de la deuda, debiéndose acompañar a la solicitud el documento en que conste la deuda. La L.E.C. regula en términos similares los requisitos de la solicitud, y agrega que "la petición podrá extenderse en impreso o formulario que facilite la expresión de los extremos a que se refiere el apartado anterior" (art. 814, L.E.C.).

El juez efectuará un control de admisibilidad de la solicitud, que podrá eventualmente derivar en su rechazo si no se cumplieran los requisitos legales ya mencionados. Contra esa resolución, cabe el recurso de apelación, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 492 del C.P.C.M. El rechazo de la solicitud no priva al acreedor de perseguir el cobro de la deuda a través del proceso común o abreviado que corresponda, puesto que aquella resolución se limita a constatar la falta de los requisitos legales para admitir a trámite el proceso monitorio, sin juzgar acerca de la existencia o inexistencia de la deuda. Aunque la norma no lo indique, consideramos que el juez podrá conceder al solicitante un plazo para subsanar los defectos formales subsanables que pueda presentar la solicitud, aplicando la regla prevista en los artículos 278, 422 y 460 para el proceso común, abreviado y ejecutivo, respectivamente.

Si la solicitud cumple los requisitos legales, el juez la admitirá y ordenará requerir al deudor para que, en el plazo de veinte días, pague directamente al acreedor o en el tribunal, o bien que comparezca a formular oposición, con la advertencia expresa de que, en otro caso, se procederá a la ejecución (art. 493, C.P.C.M.). La notificación del requerimiento de pago debe hacerse necesariamente al demandado personalmente, o por medio de esquela en su casa habitación, como lo indica la norma citada, que procura asegurar la vigencia del contradictorio en el marco de esta especial estructura; la prevención especial en ese sentido, se justifica por las consecuencias que proyecta la falta de oposición del deudor, que habilita directamente la ejecución.

En efecto, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 495 del C.P.C.M., "si el requerido no paga ni se opone en el plazo concedido al efecto, el juez ordenará el embargo de sus bienes en cantidad suficiente para cubrir la cantidad, siguiéndose en adelante el proceso por los trámites previstos para la ejecución de sentencias."

Cabe plantear la duda acerca de si la actividad de ejecución derivada de la falta de oposición del deudor, incluido el embargo, puede realizarse oficiosamente por el juez, sin previo requerimiento del acreedor; así parecería resultar de la lectura de la norma comentada, al menos en relación al embargo ("el juez ordenará el embargo …"). A diferencia del C.P.C.M., la L.E.C. española indica en ese sentido, que "si el deudor no atendiere el requerimiento de pago o no compareciere, el Secretario judicial dictará decreto dando por terminado el proceso común y dará traslado al acreedor para que inste el despacho de ejecución, bastando para ello con la mera solicitud" (atr. 816). Esa solución de la L.E.C.

preserva la vigencia del principio dispositivo y las garantías que le son inherentes. Así debe interpretarse, en nuestra opinión, la normativa del C.P.C.M., de modo que el acreedor tendrá la carga de instar el despacho de ejecución, incluido el embargo, si no lo solicitó ya inicialmente para el caso de falta de oposición y pago del deudor; por otra parte, y desde una perspectiva práctica, no cabe exigir al juez que determine de oficio los bienes del deudor a embargar, si el acreedor no los ha designado previamente.

La L.E.C. contiene, además, una referencia a la ejecución, que no se reitera en el C.P.C.M.: "Despachada ejecución, proseguirá ésta conforme a lo dispuesto para la de sentencias judiciales, pudiendo formularse la oposición prevista en estos casos, pero el solicitante del proceso monitorio y el deudor ejecutado no podrán pretender ulteriormente en proceso ordinario la cantidad reclamada en el monitorio o la devolución de la que con la ejecución se obtuviere. (art. 816, L.E.C.).

Interpretando el marco regulatorio del proceso monitorio en el C.P.C.M., cabe concluir que el deudor que, requerido al efecto, no paga ni formula oposición dentro del plazo legal, no podrá luego invocar en fase de ejecución, los motivos que pudo y debió alegar para oponerse al requerimiento de pago en el proceso monitorio; de modo que, en la etapa de ejecución, sólo podrá invocar los motivos de oposición previstos en el art. 579. A modo de ejemplo, durante la ejecución el deudor podrá oponerse invocando la falta de requisitos legales en el título (art. 579), pero esa oposición sólo podrá estar referida a los requisitos del título de ejecución, y no al documento en que se fundó la solicitud y requerimiento de pago del proceso monitorio.

Como vimos, el deudor puede pagar una vez requerido, dentro del plazo de veinte días, poniéndolo en conocimiento del juez quien, previa aprobación del pago, dictará resolución que ponga fin al procedimiento y ordene el archivo de las actuaciones (art. 494). El pago podrá hacerse directamente al acreedor, o en el tribunal. Si bien no está previsto expresamente, nada obsta a que el juez confiera vista al acreedor previo a la aprobación del pago y archivo de las actuaciones.

Dentro del plazo de veinte días posteriores al requerimiento de pago, el deudor puede formular oposición, en cuyo caso se continuará la tramitación del proceso conforme a las reglas del proceso abreviado (art. 496). La L.E.C., antecedente inmediato del proceso monitorio del C.P.C.M., indica en su artículo 815 que el requerido podrá comparecer alegando sucintamente, en escrito de oposición, las razones por las que no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada; si bien la referencia a la alegación sucinta no se reitera en el C.P.C.M., consideramos que la oposición podrá efectuarse en esos términos, mediante alegación sucinta de las razones por las que el requerido considera no adeudar la cantidad reclamada.

En una lectura superficial del artículo 496 del nuevo Código, podría concluirse que la oposición no requiere alegación de motivos o razones concretas, bastando con la mera oposición del requerido; sin embargo, el inciso final del citado artículo permite inferir lo contrario, al mencionar un motivo o causa de oposición (la pluspetición). En definitiva,

consideramos que no será suficiente la mera oposición del requerido, sino que deberá tratarse de una oposición motivada, aunque bastará al efecto la alegación sucinta de los motivos de oposición.

Los motivos de oposición pueden ser tanto de orden sustancial (como el pago o la extinción de la deuda), como procesal (defectos que obsten a la válida continuación del proceso y a su finalización mediante resolución de fondo, art. 298). No se requiere la aportación de pruebas al formular oposición, puesto que, mediando oposición, la cuestión habrá de ser resuelta por los trámites del proceso abreviado, en cuyo ámbito habrán de aportarse las pruebas correspondientes.

Si el deudor comparece dentro del plazo formulando oposición, se continuará la tramitación del proceso conforme a las reglas del proceso abreviado. En ese caso, el solicitante deberá presentar la demanda dentro de los diez días siguientes, ajustándose a los requisitos previstos en el artículo 418 para la demanda simplificada del proceso abreviado; admitida la demanda, el juez señalará audiencia en el mismo auto de admisión, la que se realizará con arreglo a las pautas previstas en los artículos 425 y ss., dictándose finalmente la sentencia. Corresponderá en todo caso al solicitante, la carga de probar en ese proceso la existencia y monto de la obligación.

La demanda deberá presentarse dentro del plazo de diez días, aunque la norma (art. 496) no aclara desde cuando ha de computarse dicho plazo, como sí lo hace la L.E.C. (–dentro del plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición–, art. 818); la conclusión razonable es que el plazo para presentar la demanda, debe contarse desde el día siguiente al de la notificación judicial de la oposición al solicitante, aunque tal notificación no esté prevista expresamente en el capítulo que comentamos.

Si el solicitante no presenta la demanda en ese plazo, se pondrá fin al procedimiento, condenándosele en costas; la norma tampoco aclara si, en ese caso, el crédito podrá reclamarse luego a través del proceso declarativo que corresponda, con independencia del proceso monitorio concluido, o si -por el contrario- el vencimiento del plazo determina la preclusión del derecho a demandar por ese crédito. La consecuencia de la falta de presentación de la demanda en el plazo legal de diez días, consiste únicamente en poner fin al proceso monitorio; así resulta del texto legal, conforme al cual –se pondrá fin al procedimiento–, sin aludir a la extinción o caducidad del derecho a reclamar el cobro del crédito a través del proceso declarativo que pueda corresponder. La L.E.C. española contiene una previsión similar al regular el proceso monitorio (art. 818), en cuanto a la fijación de un plazo para la presentación de la demanda (que en ese marco legal, es de un mes desde la notificación del escrito de oposición), y a las consecuencias de la eventual omisión (se –dictará decreto sobreseyendo las actuaciones y condenando en costas al acreedor–).

Si la oposición estuviera fundada en la pluspetición del acreedor, se ordenará el embargo y se seguirá la ejecución respecto de la cantidad que se reconoce como debida (art. 496); a lo que cabe agregar, que respecto de la cantidad que el requerido alega cancelada, deberá

el solicitante presentar la correspondiente demanda dentro de los diez días siguientes, siguiéndose en lo sucesivo las reglas del proceso abreviado. Por otra parte, y en relación al embargo y ejecución por la suma reconocida como debida, corresponderá al acreedor solicitarlo o designar los bienes a embargar, pues de otro modo no resultará posible, desde una perspectiva práctica, proceder al embargo.

El C.P.C.M. no contiene reglas especiales sobre cosa juzgada en el proceso monitorio, como sí las prevé para el proceso ejecutivo (art. 470) o para otros procesos especiales (art. 476, en sede de procesos posesorios; art. 486, en los procesos de inquilinato), en los que se admite la reproposición de la cuestión litigiosa a través del proceso declarativo que corresponda.

La única referencia a la cosa juzgada en los procesos monitorios, es la que contiene el artículo 496, conforme al cual que asigna valor de cosa juzgada a la sentencia que se dicte en el proceso abreviado tramitado a consecuencia de la oposición del deudor.

3.4.3 Monitorio para obligaciones de hacer, no hacer o dar

El capítulo segundo se destina a la regulación del monitorio para obligaciones de hacer, no hacer y dar. Como vimos, el proceso monitorio no se reserva a la pretensión de pago de una deuda de dinero, sino que puede tener por objeto el cumplimiento de una obligación de hacer, de no hacer o de dar cosa específica o genérica.

Rige también para esa clase de pretensiones, el límite cuantitativo previsto para el monitorio por deudas de dinero; de modo que, para reclamar el cumplimiento de la obligación a través del proceso monitorio, el valor del bien o servicio no debe superar los veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América.

El monitorio para obligaciones de hacer, de no hacer o de dar no se está previsto en la L.E.C. española, que, como vimos, constituye el antecedente inmediato del proceso monitorio del C.P.C.M.; aunque otros sistemas prevén un proceso monitorio (con variantes respecto del regulado en el C.P.C.M.) para el cumplimiento de obligaciones de dar o de hacer, como ocurre con el proceso de entrega de la cosa regulado en el C.G.P. uruguayo, o el proceso monitorio de escrituración forzada de inmuebles, que integran el elenco de procesos monitorios en dicho Código.

Para reclamar a través del proceso monitorio el cumplimiento de una obligación de hacer, de no hacer o de dar, la obligación deberá constar en documento, cualquiera sea su forma y clase, o el soporte en que se encuentra, siempre que aparezca firmado por el demandado o con firma que hubiese sido puesta por su orden o incorpore cualquier otro signo mecánico o electrónico (art. 497). La norma reitera lo previsto en el inciso final del artículo 489 para el monitorio por deudas de dinero, en cuanto a la prueba documental de la obligación; y agrega que "también podrá aplicarse el proceso monitorio cuando la obligación resulte acreditada mediante facturas, certificaciones de relaciones entre las partes, telegramas, telefax u otros documentos que, en el tráfico jurídico, documenten relaciones entre acreedor y deudor, aun cuando hubieran sido creados unilateralmente por el acreedor".

Si el documento constituye un título ejecutivo, deberá reclamarse su cumplimiento a través del proceso ejecutivo; en ese sentido, debe tenerse presente que el objeto del proceso ejecutivo comprende también el cumplimiento de obligaciones de hacer, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 458 del C.P.C.M.

La pretensión tendrá por objeto, exclusivamente, el cumplimiento de una obligación de hacer, de no hacer o de dar cosa específica o genérica (art. 498). En principio, no cabe sustituir la petición de cumplimiento por su equivalente en dinero; pero si resultare imposible el cumplimiento específico de la obligación (por ejemplo, por destrucción de la cosa que debe entregarse), el solicitante podrá optar entre exigir el equivalente en dinero o la entrega de un bien, servicio o producto de características y prestaciones semejantes a las del original.

La competencia en este caso, al igual que en los monitorios para deudas de dinero, corresponde al juzgado de primera instancia de menor cuantía del domicilio del demandado, según lo dispuesto en el artículo 499; debiendo tenerse presente lo previsto en el artículo 30, que asigna competencia a los juzgados de primera instancia en los procesos monitorios que se susciten en aquellas circunscripciones donde no exista juzgado de primera instancia de menor cuantía.

Los requisitos de la solicitud son, en esencia, los mismos que los previstos para el monitorio por deudas de dinero. Se encuentran regulados en el artículo 499, conforme al cual "la solicitud se presentará por escrito y se formalizará con sencillez y claridad, debiendo contener como mínimo la identificación de las partes, la relación de los hechos en que se basa la petición, lo que se pida, la fecha y la firma del solicitante", y se acompañarán los documentos justificativos de la petición que se formula. Cabe agregar que el solicitante deberá indicar el domicilio del deudor, rigiendo en ese sentido lo previsto para el monitorio por deudas de dinero, que también rige lo relativo a la notificación del requerimiento de pago y, en general, todas las cuestiones no previstas expresamente en este capítulo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 500. Esa remisión del artículo 500 determina que, en todo lo no previsto, se aplicarán las normas del proceso monitorio por deudas de dinero.

El juez realizará un control de admisibilidad de la solicitud, que podrá derivar eventualmente en su rechazo si no cumple con los requisitos legales. En caso de admitir la solicitud, ordenará requerir al deudor para que, en el plazo de veinte días, cumpla con la obligación específica que es objeto de la solicitud, o bien que comparezca a formular oposición. Por remisión a las normas del monitorio por deudas de dinero, en virtud de lo dispuesto en el artículo 500, el requerimiento de cumplimiento de la obligación deberá hacerse necesariamente al demandado personalmente, o por medio de esquela en su casa de habitación, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 493.

Si el deudor no cumple con la obligación ni comparece a formular oposición en el plazo legal, el juez adoptará las medidas pertinentes para dar cumplimiento a la solicitud (art. 500). Se trata, en definitiva, de una modalidad especial de ejecución de obligaciones de hacer, no hacer y dar, regulada en este capítulo. "Si se trata de obligaciones de hacer

de carácter personalísimo o de no hacer, impondrá una multa en relación con el valor estimado de la obligación. Si se trata de un hacer que no es personalísimo, mandará que se haga a costa del deudor. Cuando la condena consista en dar cosa específica o genérica, el juez adoptará cualesquiera medidas que considere necesarias para lograr el cumplimiento de la obligación en el plazo máximo de veinte días, contados a partir del siguiente a aquel en que se constató la ausencia de oposición o de cumplimiento." Complementando esas disposiciones, y por tratarse de la ejecución del mandato judicial, corresponderá aplicar las normas de la ejecución de hacer, no hacer y dar cosa determinada (arts. 675 y ss.), en todo cuanto no estuviera previsto en el citado artículo 500.

Si el deudor formula oposición, se continuará la tramitación del proceso conforme a las reglas del proceso abreviado, debiendo el solicitante presentar la demanda dentro de los diez días siguientes, poniéndose fin al procedimiento si no la presentare en ese plazo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 496, a cuyo comentario remitimos. .

LIBRO CUARTO
LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Concepto y fundamento del derecho a impugnar.- II.- Clases de recursos.- III.- Presupuestos de procedencia: 1. Legitimación. 2.- El requisito del gravamen. IV.- Alcance del principio dispositivo: 1. Ejercicio y delimitación de la controversia; 2. Desistimiento y otros medios de autocomposición: 2.1.- El desistimiento: 2.1.1.- Requisitos de validez; 2.1.2.- Plazo y modo para formalizarlo; 2.1.3.- Efectos; 2.2.- Otros mecanismos; 3. Deber de congruencia judicial. La prohibición de *reformatio in peius*.- V.- Efectos de los recursos.- VI.- Cómputo de los plazos

4.1 CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO A IMPUGNAR:

Bajo la rúbrica de "Los Medios de Impugnación", el Libro Cuarto del Código Procesal Civil y Mercantil agrupa los distintos mecanismos previstos para revisar la validez de las resoluciones judiciales, a excepción del control de nulidad de los actos al que se refiere el art. 235 y que puede realizarse en cualquier estado del proceso. Los medios de impugnación aquí regulados comprenden dos grandes categorías: la de los recursos, instrumento de censura de las resoluciones que no han alcanzado firmeza; y la revisión de sentencias firmes (arts. 540-550), mecanismo extraordinario para solicitar que se rescindan los efectos de cosa juzgada de determinadas sentencias que han alcanzado aquel estado, y del que trataremos en último lugar de este bloque de comentarios. El primer título se refiere a las Disposiciones Generales, que como enseguida veremos encuentran su mejor encaje para explicar el tratamiento de los recursos, aunque puedan deducirse efectos comunes para los dos ámbitos impugnativos.

Ha de empezar por decirse que la actividad impugnativa en su conjunto (recursos y revisión de sentencias firmes) se configura como eminentemente reaccional dentro de la propia jurisdicción, pues con ella se cuestiona el resultado de una labor de enjuiciamiento llevada ya a cabo por el órgano judicial, sea en sede declarativa, ejecutiva o cautelar, en relación con cuestiones interlocutorias o con la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses que ha propiciado la apertura del proceso. Que esto sea posible y dentro de qué pautas, conecta con el fundamento de un derecho a impugnar, entendido éste como derecho subjetivo que se integra en el más general de tutela judicial efectiva del ciudadano. Semejante fundamento apunta a dos planos: el teleológico y el normativo:

1. Desde el primero de ellos, el derecho a impugnar se ofrece como una triple garantía contra la *arbitrariedad* (resolver un asunto por motivaciones ajenas al derecho y conectadas al voluntarismo y el capricho del juez, aunque cuando crea actuar para hacer el bien); contra el *error judicial*; y contra determinadas y eventuales situaciones de desajuste manifiesto entre lo juzgado y la realidad que, precisamente por ello y aunque no medie responsabilidad del órgano judicial, por repugnar al sentido común exigen una pertinente corrección. En este último grupo incluiríamos los supuestos en que el material de convicción con arreglo al cual se falló la causa deviene insuficiente (ausencia de pruebas relevantes) o defectuoso (documentos o testigos que después se descubren falsos); o bien se halla alterada por un factor externo que condicionó la voluntad judicial (violencia, cohecho).

2. En cuanto al plano normativo, el derecho a la impugnación ha de ser objeto de una regulación por parte del legislador, con la obligación para éste de preservar el contenido esencial del derecho que pueda reputarse de rango constitucional. Fuera de ese ámbito nuclear indisponible, goza de libertad para elegir el sistema impugnatorio más adecuado para tutelar los bienes jurídicos de los ciudadanos, dentro de cada orden de jurisdicción, y por tanto para configurar los requisitos, procedimiento y efectos de cada recurso e instrumento de rescisión de sentencia firme.

A este respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tiene asentado que el "derecho a recurrir" (no incluye, por tanto, la revisión de sentencia firme) se integra dentro de la cláusula del derecho fundamental al proceso debido, recabable del art. 2.1 CN y constituye una manifestación del principio de audiencia[306]; si bien no cabe deducir un modelo concreto de recurso *ex Constitutione* (doble o triple instancia, etc). El art. 8.2.h) de la CADH, como instrumento jurídico complementario de los derechos fundamentales, garantiza el derecho al recurso, pero únicamente tratándose del proceso penal y sin delinear un régimen concreto, por lo que queda a los Estados parte la libertad para su configuración.

Sin embargo, no es menos cierto que una vez creados por ley los diversos recursos, resultará contrario al debido proceso, como también acota la Sala Constitucional, la introducción de obstáculos artificiales y desproporcionados en su tramitación susceptibles de provocar una inadmisión rigurosa o carente de fundamento real[307].

306 "…En cuanto al debido proceso este Tribunal a las nueve horas y tres minutos del día veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve en el expediente clasificado bajo el número de referencia 167-97, señaló que el debido proceso en específico no puede verse de manera aislada, pues éste, como el derecho a ser oído y el derecho a hacer uso de los medios impugnativos que las leyes secundarias establecen, son categorías que necesariamente integran el contenido de todo proceso acorde a la Constitución…": Sentencia de 29 de marzo de 2001, dictada a las 16 horas, FJ II, 1 (ref. CSJ, 580-98).

307 En la Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte de 29 de agosto de 2008 dictada a las 14.45, FJ III, ii (ref. CSJ, 497-2006) se explica en tal sentido lo siguiente: "Respecto al derecho a recurrir, la jurisprudencia de este tribunal constitucional –específicamente la sentencia pronunciada a las trece horas con cuarenta y siete minutos del día veintisiete de octubre de dos mil seis, en el amparo registrado bajo el número de referencia 231-2005- ha sostenido que dicha categoría jurídica, no obstante se encuentra íntimamente ligada al derecho de audiencia, posee sustantividad propia. Además, se dijo en dicho precedente jurisprudencial que el derecho a recurrir 'se conjuga –como todo el ordenamiento- con el derecho a un proceso constitucionalmente configurado y el derecho de audiencia, en tanto que al consagrarse en la ley un determinado medio impugnativo, la negativa de acceder al mismo sin justificativo constitucional, cuando legalmente procede, deviene en una vulneración de ellos, ya

Este no es un aviso tan sólo –aunque también- para el legislador, sino también para los jueces al interpretar las disposiciones correspondientes, pues concierne a éstos, sin forzar la letra de la ley asegurar la mayor efectividad al justiciable de sus derechos, como en este caso lo es, ahí donde lo permite la norma, garantizar el correcto desenvolvimiento del derecho a recurrir. Y aunque la jurisprudencia constitucional no se refiere a la rescisión de sentencia firme, en principio son trasladables a ella estos postulados: derecho de configuración legal, libertad del legislador para decidir cómo y en qué términos se permite tal rescisión, pero sin obstaculizar a su efectividad con requisitos inanes cuya inobservancia produzca el cierre del proceso.

El derecho al recurso impera con carácter general frente a las resoluciones judiciales dictadas en el proceso civil, con las excepciones establecidas por el legislador en aquellos supuestos, contados, donde:

-- Se acuerda dar impulso al procedimiento, reservando para un momento posterior la apertura de una trámite específico para su oposición (junto con otros motivos)[308], bien sea

que, en caso de estar legalmente consagrada la posibilidad de otro grado de conocimiento, negar la misma sin basamento constitucional supondría no observar los derechos de rango constitucional como queda dicho'. Y es que, desde la perspectiva de los medios de impugnación, el derecho de audiencia se encuentra íntimamente relacionado con el uso de los mismos, pues, por natural extensión, posibilita el uso de aquellos que se encuentren legalmente contemplados, con la única limitante de las formas y requisitos que las respectivas leyes consagren, de conformidad con la normativa constitucional.

En tal contexto, debe decirse que cuando injustificadamente se impide al gobernado hacer uso de los recursos legalmente previstos, se violenta, como corolario, el derecho de audiencia. Esto por las consecuentes posibilidades de defensa que ofrece el ser oído y vencido en juicio cuando sea procedente. Sobre este mismo tema, también se dijo en la sentencia de amparo ref. 704-2000 pronunciada el día dieciséis de abril de dos mil dos, que: 'Una vez que el legislador ha establecido un medio para la impugnación de las resoluciones recaídas en un concreto proceso o procedimiento, o para una específica clase de resoluciones, el derecho de acceso al medio impugnativo adquiere connotación constitucional, y *una denegativa del mismo, basada en causa inconstitucional o por la imposición de requisitos e interpretaciones impeditivas u obstaculizadoras que resulten innecesarias, excesivas o carezcan de razonabilidad o proporcionalidad* respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador, o *por la imposición de condiciones o consecuencias meramente limitativas o disuasorias del ejercicio de los medios impugnativos legalmente establecidos*, deviene en violatoria de la normativa constitucional'. (Itálica y subrayado suplidos). Para el caso, cabe señalar que el recurso de apelación constituye, por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico, una de las concreciones de este derecho a recurrir (…). En resumen, *el derecho a los medios impugnativos o derecho a recurrir es un derecho de naturaleza constitucional procesal, que si bien esencialmente dimana de la ley, también se ve constitucionalmente protegido* en cuanto constituye una facultad para los gobernados a fin de que tengan la posibilidad de agotar todos los medios para obtener una reconsideración de la impugnación por parte del tribunal o ente administrativo superior en grado de conocimiento. Y es que, si bien la interpretación y aplicación de las disposiciones que regulan los presupuestos y requisitos establecidos por el legislador para la válida promoción de los medios impugnativos corresponde a la jurisdicción ordinaria, ello no obsta para que dicha concreción se realice de conformidad a la ley y a la Constitución, esto es, en la forma más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales".

En esta misma línea, la todavía más reciente Sentencia de la Sala Constitucional, de 26 de enero de 2009, dictada a las 9.29 (ref. CSJ, 296-2007), incide en la conexión del derecho a recurrir con el principio de audiencia asentando en su FJ IV, 3, que: "Respecto al derecho a recurrir o de acceso a los medios impugnativos, ha manifestado la jurisprudencia constitucional, que es un derecho de configuración legal y, por ende, implica que al consagrarse en la ley un determinado medio impugnativo para el ataque de una resolución de trámite o definitiva, debe permitirse a la parte agraviada el acceso efectivo al mismo, con lo cual se estaría también accediendo, eventualmente, a un segundo o tercer examen de la cuestión –otro grado de conocimiento-".

308 Art. 461 CPCM, cuando se admite a trámite la demanda de juicio ejecutivo, y el art. 595 cuando se despacha ejecución provisional.

posponiéndolo al recurso que quepa entablar contra la decisión definitiva que recaiga en el proceso.

-- Se conceden derechos procesales a una de las partes, sin merma de los derechos de la contraria ni proyectar consecuencias decisorias sobre el resultado del pleito[309], por lo que no aparece configurado un gravamen, al menos tangible, cuya reparación deba permitirse por la vía de un recurso[310].

-- También si el perjuicio, aunque cierto, resulta imputable en todo caso a una negligencia o inacción del justiciable[311].

4.2 CLASES DE RECURSOS:

Por lo que se refiere a la impugnación de resoluciones judiciales no firmes, esto es, "recursos" en sentido estricto, el Código acoge la tradicional doble clasificación de éstos, que viene a distinguir:

a) **Desde el punto de vista de la atribución de competencia al propio órgano judicial autor de la resolución, o su conferimiento a un órgano distinto y superior en grado en función de la importancia de lo resuelto:** se contempla, respectivamente, un recurso *no devolutivo*, como es el de revocatoria; y dos recursos devolutivos, que son los de apelación y casación.

b) **Desde el punto de vista del alcance revisorio:** se habla de recursos *ordinarios* cuando la impugnación puede referirse a todas las facetas del juicio jurisdiccional (hechos y Derecho); y de recursos extraordinarios, en cambio, cuando el legislador limita o bien el elenco de resoluciones susceptibles de acceder al mismo, o bien tasa y circunscribe las infracciones jurídicas objeto de control, impidiendo la depuración de otras que se estiman más propias de la instancia. Pues bien: del primer tipo lo son –si bien en su propia medida– los de revocatoria y apelación; mientras que el recurso de casación se erige por excelencia en el único extraordinario.

Resulta también extraordinaria, con arreglo a los dos criterios expuestos (restricción de las resoluciones y de los motivos o causas para impugnar) desde luego, la revisión de sentencia firme, que sin embargo no es un recurso en sentido propio sino un proceso autónomo -de naturaleza, eso sí, impugnativa-, como tendremos ocasión de analizar más adelante.

309 De esta índole, por ejemplo, los autos de los arts. 81 CPCM por el que se conceda el carácter de coadyuvante a un tercero para intervenir en el proceso a favor de las pretensiones de una de las partes constituida; 127, rechazando la improponibilidad sobrevenida de la acción; y el art. 260 cuando se desestimó la oposición a la realización de diligencias preliminares;

310 Ver art. 427 último apartado, respecto de la desestimación de las excepciones procesales en la audiencia preparatoria del juicio común: "Si no se aceptase ninguna excepción procesal, el que las hubiere formulado podrá pedir que conste en acta su disconformidad, a efecto de apelar contra la sentencia que se dicte".

311 Ver art. 259 CPCM, levantando las diligencias preliminares acordadas cuando el interesado no ha constituido la caución necesaria en el plazo de 5 días.

Sobre esta base, el actual Código construye como su predecesor el Código de Procedimientos Civiles un sistema de doble instancia en el orden civil, tanto para las cuestiones de índole interlocutorio (recurso de revocatoria) como para las principales o definitivas (apelación), tras la cual todavía es posible en ciertos casos y cumpliendo con los requisitos exigidos, impetrar un recurso extraordinario que, por ser tal, no es ya una instancia en sentido técnico, lo que implica en estos casos llegar a atravesar hasta tres grados jurisdiccionales, desde luego suficiente para armonizar la garantía de control jurisdiccional con el principio de seguridad jurídica que impone la necesidad de que los procesos tengan un final y no se hallen perpetuamente abiertos, asegurando la pacificación del conflicto y la apertura subsiguiente de las vías de ejecución forzosa que devinieren precisas.

4.3 PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA:

Con carácter general, hablemos de recursos o de mecanismos de rescisión de la cosa juzgada, es posible reconocer hasta dos presupuestos básicos que habilitan al afectado para su interposición, tal como recoge la ley y resulta exigible en sana lógica jurídica: la legitimación y el gravamen. Son dos situaciones subjetivas que resultan concurrentes y que no puede fallar ninguna de las dos. En este momento nos ocupamos de examinar su reflejo en el nuevo Código:

4.3.1 Legitimación:

4.3.1.1 Legitimación activa:

Los medios de impugnación corresponde instarlos a aquellos sujetos que puedan considerarse directamente concernidos pero, además de eso, perjudicados, por la resolución judicial dictada. Lo segundo integra el requisito del gravamen al que luego nos referiremos. Lo primero atañe a la legitimación activa y se predica de quienes, viniendo señalados en la resolución judicial como obligados a soportar los efectos procesales y materiales derivados de su emisión, tienen interés jurídico en que se declare su ineficacia y revocación de sus efectos.

Ahora bien, ¿quiénes son estas personas? Tanto el art. 501 CPCM en general, como el art. 527 en cuanto al recurso de casación, y el art. 543 para la revisión de sentencia firme, conceden el derecho a impugnar a las "partes" que han resultado afectadas negativamente por la resolución de que se trate. Bajo esta categoría habremos de situar, en primer término, a quienes han actuado como tales en el proceso correspondiente en el que recae la resolución impugnada, ya sea desde un principio (como demandante/s o demandado/s) o ya sea incorporándose después al mismo (lo que presupone que el juez ha admitido su personación) pero antes de que finalice, como litisconsortes (arts. 76, 78, 79 y 80) o en su caso coadyuvantes con interés legítimo (art. 81), o intervinientes provocados (arts. 83 y 84).

Pero el concepto de "parte" al que aluden dichos preceptos, no puede limitarse a quien de manera efectiva alcanzó esa condición en el procedimiento previo, sino que la dicción legal ha de tomarse con un alcance amplio, esto es, también respecto de quienes podían haber

sido parte y no lo fueron por causas ajenas a su voluntad y a quienes, además, la ley les inviste del derecho a ser oídos y en este caso a cuestionar el tenor de la decisión adoptada a sus espaldas.

En este segundo grupo de legitimados activos (se insiste: también "parte" en el sentido de los arts. 501, 527 y 543 CPCM) cabe identificar entonces:

a) **Partes que no actúan:** quienes tenían reconocida por el tribunal de la causa la condición de parte (por ser miembros de la relación jurídica material controvertida) y sin embargo no actuaron en el proceso, bien porque no fueron emplazados por desconocerse absolutamente su paradero o no agotar el tribunal las posibilidades razonables para averiguarlo (haya mediado buena o mala fe de la parte actora ocultando esos datos, el tribunal tiene siempre el deber de agotar las pesquisas de averiguación que aparezcan factibles); bien porque fueron emplazados y voluntariamente decidieron no comparecer (que así hubiere sido no les priva, sólo por ello, del derecho a combatir la resolución que les perjudica, si lo hacen en plazo). Serán las circunstancias de cada caso las que determinarán si la ausencia de la persona del debate previo ha de acarrear la nulidad del proceso pero, en lo que ahora importa destacar, todos ellos poseen la legitimación activa necesaria para impugnar la resolución recaída.

b) **Denegación del carácter de parte:** están legitimados también quienes, pese a tener derecho a ser parte originaria (litisconsortes), no han gozado de esta condición. Esto puede suceder porque debiendo aparecer como codemandados (litisconsortes necesarios del art. 76 CPCM) no fueron señalados en el escrito de demanda y el tribunal no reparó en su existencia a partir de los documentos incorporados a los autos (por ej. contrato litigioso); bien porque, aun tratándose de litisconsorte voluntario y no resultando necesario por ello mismo su llamamiento para la correcta constitución de la relación subjetiva procesal, lo cierto es que la persona tuvo conocimiento del pleito a tiempo e intentó su personación en el mismo, la cual no obstante le fue denegada incorrectamente por el tribunal.

A este grupo se refiere el art. 501 CPCM al aludir a los litisconsortes "aun cuando no se hubieran convertido en partes". No precisa la ley si el litisconsorcio deriva a título necesario o también facultativo, por lo que no cabe hacer discriminaciones al respecto y ha de permitirse la de cualquiera de ellos, siempre que acrediten su conexión directa con el objeto de la litis.

c) **Sucesores procesales:** los sujetos que con posterioridad a entablarse la demanda se convierten en causahabientes de la relación material controvertida por acto entre vivos (art. 88 CPCM), mortis causa (art. 86) o por disolución de personas jurídicas (art. 89), pasando a ser así los sucesores procesales del actor o del demandado originales. Si el tribunal accede a su solicitud para ocupar el lugar de éstos antes de recaer sentencia, serán parte sin más tal como en el primero de los supuestos aquí enunciados. Si se formula la solicitud justo en el plazo legal para impugnar la

resolución, el órgano judicial deberá proveer a ello y, de acreditarse tal cualidad, tendrán legitimación también para impugnar la resolución.

d) **Legitimados indirectos:** en los casos donde la ley permite expresamente la llamada legitimación indirecta (art. 66 apartado segundo CPCM), el sustituto procesal, que por ejercitar la acción en nombre del titular ha llevado el peso del proceso en la instancia respectiva, dispondrá evidentemente de legitimación para recurrir la sentencia que considere contraria a Derecho, aunque la repercusión de cosa juzgada se proyecte ante todo sobre el titular material. Este último por cierto, lado, podrá recurrir la sentencia si se hubiera personado como coadyuvante con interés legítimo, o si solicita dicha personación en el plazo legal para impugnarla (ver tema sobre las Partes y la Legitimación indirecta).

e) **Extensión subjetiva de la cosa juzgada:** tampoco pueden olvidarse aquellos supuestos en que, a virtud de la especialidad de la materia, la ley amplía el espectro subjetivo de la cosa juzgada a aquellos terceros que pueden considerarse afectados por la sentencia, es decir, quienes están obligados no sólo a acatar ésta como cualquier ciudadano, sino a comportarse de acuerdo con lo impuesto en el fallo y desde luego a no realizar actos propios destinados a obstruir y menoscabar su eficacia: arts. 58 CPCM. Como afectados por la cosa juzgada, tienen derecho a impugnar la resolución si la entienden contraria a la legalidad.

f) **Terceros a los que había de comunicarse el proceso:** finalmente, habrán de tener legitimación activa para impugnar, aquellos terceros a los que la ley les confiere, dada su afectación refleja con las resultas del litigio, la prerrogativa de serle notificada la existencia del proceso (art. 230 CPCM), sea que así se hizo por el tribunal y como consecuencia se personaron (pasando a ser una parte más), sea que no se les emplazó y por ello mismo impugnan la resolución en plazo, a fin de poder ser oídos en la instancia superior.

4.3.1.1.2 Legitimación pasiva:

En sede impugnativa, ésta en principio se circunscribe a aquellas personas a las que el órgano judicial ha reconocido la condición de parte dentro del proceso (no a aquellas que, aun teniendo derecho o interés legítimo para personarse no lo hubieren hecho por la razón que fuere) y que, precisamente por no haber ejercitado su derecho a la impugnación ni de manera originaria ni sobrevenida, pasan automáticamente a tener el estatus de parte impugnada (legitimación pasiva), esto es, se presume que defienden el mantenimiento de la decisión que se cuestiona, situación que sólo pueden quebrar allí donde la ley les permite recurrir tardíamente (adhesión a la apelación, art. 514 CPCM).

No obstante, tampoco podemos descartar que alguna de las personas que no han intervenido como parte pero podían haberlo hecho, estuviera interesada en personarse a fin de defender la confirmación de la resolución judicial, o sea, para constituirse en parte impugnada. En esa hipótesis, no solamente tendrían legitimación pasiva, sino que ésta no

tendría por qué formalizarse de manera necesaria dentro de un determinado plazo –como ocurre con el legitimado activo que no ha sido parte hasta ahora- sino en cualquier instante a lo largo del proceso de segunda instancia, casación o revisión, bien que los trámites ya sustanciados para ese momento no tendrían que repetirse, sino que su actuación se limitaría a los actos pendientes.

Sea como fuere, a los legitimados pasivos por el hecho de serlo no les está permitido utilizar los trámites de audiencia que existan en ese procedimiento impugnatorio para articular una estrategia jurídica distinta a la de la oposición del correspondiente recurso o mecanismo de rescisión. Se antojaría por ello improcedente pedir la nulidad total o parcial de la resolución impugnada, y el órgano judicial no vendría sometido al deber de pronunciarse respecto de pretensiones que se deducen fuera de los cauces legales (lo que tendría que explicarse en la correspondiente sentencia resolutoria del recurso o medio de rescisión) por quien, de tal guisa, extralimitó su condición de legitimado pasivo y asumió un rol que en su caso debió ejercitar en el trámite legal para impugnar (legitimación activa).

4.3.2 El requisito del gravamen:

Junto al concepto de legitimación activa, pero con su propia entidad sustantiva, se alza el presupuesto o requisito del gravamen para impugnar, vinculando las consecuencias negativas que reviste la decisión adoptada, en relación con las pretensiones sustentadas por la persona en el proceso. A él se refiere en términos genéricos el art. 501 del Código ("tendrán derecho a recurrir las partes *gravadas* por la resolución que se impugna") y ya específicamente tanto el art. 527 para el recurso de casación ("este recurso sólo deberá interponerse por la parte que recibe *agravio* por la resolución impugnada"), como el art. 543 para la revisión de sentencias firmes ("Podrá solicitar la revisión quien hubiere sido parte *perjudicada* por la sentencia firme impugnada").

Si no existe gravamen el recurso o la rescisión está destinada a ser inútil, por no producir ningún resultado en la esfera del impugnante, el derecho a impugnar decae pues en el ordenamiento jurídico los medios de impugnación no representan meros instrumentos abstractos de control de la legalidad, sino para la reparación de situaciones subjetivas de lesión que se manifiestan por la noción de perjuicio.

2.1. El gravamen para impugnar se mide, en primer lugar, cotejando el contenido del fallo de la resolución atacada, de un lado, con el petitum del escrito principal presentado en ese procedimiento por la parte (demanda, contestación, reconvención y en su caso el de interposición de la apelación), de otro lado; esto es, el escrito donde se contengan las solicitudes concretas de tutela jurisdiccional formuladas y de tal guisa desestimadas, total o parcialmente.

Para saber si el resultado del proceso deviene perjudicial al sujeto –si hay gravamen- habrá que tener en consideración si se han planteado una o más peticiones; y concurriendo pluralidad de ellas, si se tratan todas de peticiones principales (la constitución o extinción de un derecho o estado jurídico, por ejemplo, más la condena a una obligación concreta); o si

una de ellas resulta ser la pretensión principal y las restantes subsidiarias (es decir, deducidas "en defecto de", con lo que habiéndose estimado la principal resulta, no ya irrelevante sino de hecho improcedente estudiar las demás); o son condenas accesorias dependientes de una principal (intereses de demora), etc. Según el caso, puede que la denegación de alguna de esas peticiones no conlleve un gravamen procesal, sino la consecuencia más bien de una prohibición procesal.

Asimismo, para que pueda hablarse de desestimación "parcial" de lo pedido, suficiente per se para engendrar el gravamen exigido, han de tratarse de pretensiones susceptibles de fraccionarse sea en dinero o en especie, pues solo entonces puede establecerse una gradación respecto de lo concedido y simultáneamente denegado, como fundamento del perjuicio.

2.2. En segundo lugar, de manera menos frecuente pero no por ello extraordinaria, el gravamen puede quedar trabado no ya por lo resuelto en el fallo, sino por los pronunciamientos contenidos en la previa fundamentación jurídica de la resolución judicial. Piénsese, por ejemplo, en aquellas condenas indemnizatorias basadas en la tenencia de un derecho, que el órgano judicial concede pero calificando la relación material con otro título jurídico distinto, lo que puede acarrea fuera de ese litigio la pérdida de otras prestaciones de las que se venía gozando el sujeto.

O bien piénsese en el escrito de contestación a la demanda que alega determinadas excepciones procesales (falta de competencia judicial o de legitimación de alguna de las partes, cosa juzgada, etc.) que el tribunal rechaza indebidamente para luego, a renglón seguido, desestimar la demanda en cuanto al fondo, haciendo que el actor recurra. ¿Podría hacerlo también el demandado? Si nos limitamos al tenor del fallo la respuesta sería negativa pues lo pretendido en términos globales por éste era la desestimación de la demanda y tal cosa ha sido la acordada.

Sin embargo y lanzado contra su voluntad al avatar de un recurso por voluntad de la parte actora, resulta evidente que no puede privarse al demandado de permitirle discutir también ante el superior sobre la disconformidad a Derecho de la desestimación de sus excepciones procesales, pues de prosperar este frente de ataque, lograría también el rechazo de la demanda deducida en su contra, mientras que de no permitírsele so capa de que la sentencia recurrida no le causa gravamen, se estarían reduciendo sus posibilidades de defensa en apelación o casación, circunscribiendo el debate al tema de fondo, cuando tales excepciones procesales entraban dentro de su legítimo ámbito de audiencia y defensa.

4.4 ALCANCE DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO:

4.4.1 Ejercicio y delimitación de la controversia:

Tanto en materia de recursos como de revisión de sentencia firme, rige de manera absoluta el principio dispositivo, también llamado de justicia rogada o a instancia de parte, en las tres facetas que pueden reconocerse del mismo: inicio, delimitación y fin de la controversia.

4.4.1.1 Inicio del recurso:

La primera de aquellas facetas comporta la imposibilidad de cualquier iniciativa judicial de oficio dirigida a poner en funcionamiento la alzada, ni por el órgano que ha dictado la resolución cuestionada, el cual únicamente puede acordar la modificación de su contenido dentro de los estrechos cauces de la aclaración (art. 225 CPCM)312 y en su caso subsanación de omisiones de pronunciamiento (art. 226); como tampoco por el tribunal *ad quem* encargado de resolverlo. Así, se prevé que el recurso empiece mediante la interposición (arts. 504, 525) o presentación (art. 511) de un "escrito", que de tal guisa es el que formaliza la parte impugnante; mientras que en la revisión de sentencia firme se establece que la "podrá solicitar" la parte perjudicada (art. 543 ya citado). No hay otro modo de abrir el proceso.

Cuestión distinta es que cualquier decreto de sustanciación, debido a su naturaleza y siempre que no otorgue derechos o expectativas procesales a las partes (apertura de trámites de defensa), pueda sustituirse de oficio por otro más adecuado, ante un cambio de circunstancias fácticas que lo provocaron o por la constatación de una aplicación indebida de la ley procesal en la resolución anterior. Dentro de estos estrictos límites, no puede decirse que el tribunal esté conculcando el principio dispositivo, sino tan sólo ejercitando sus facultades de impulso del procedimiento, tal como autoriza el art. 227 CPCM para todas las instancias313.

4.4.1.2 Objeto del recurso:

Una segunda vertiente del principio dispositivo que sí corresponde respetar en este ámbito impugnativo, es el de la delimitación de los términos de la controversia, que se proyecta aquí desde un doble plano:

a) En el de las pretensiones, en cuanto es la parte recurrente la que acota los aspectos de la resolución judicial sujeta a censura y la que fija qué vicios procesales o sustantivos le atribuye (arts. 504, 511, 514 y 525 CPCM), o justifica los motivos de rescisión de su firmeza (art. 547); argumentación sobre la que a su vez ha de girar la defensa de la contraparte. Y todo ello ocurre, sin que el tribunal competente pueda dictar sugerencias o recomendaciones acerca de la mejor fundamentación del recurso o de su oposición, lo que de hacerse supondría una interferencia de tal guisa prohibida.

b) En el de las pruebas, manifestación aquí del llamado principio de aportación de parte (derivación o subespecie de aquel dispositivo), recayendo sobre impugnante e impugnado, cada uno en su propia posición, la carga de proponer los documentos y medios de prueba con los que intenten demostrar las afirmaciones que sostienen en el procedimiento de alzada o revisión, cuando en ellos se prevé posible actividad probatoria (art. 514 CPCM para la apelación; art. 548 para la revisión de sentencia

312 Para los procesos de familia, art. 38 LPF.
313 La misma facultad, en el art. 39 LPF.

firme que se remite al proceso abreviado). Semejante carga no puede ser salvada por la provisión de prueba de oficio.

4.4.2 Desistimiento y otros medios de autocomposición:

Finalmente, como vertiente del principio dispositivo destaca la facultad de terminación anticipada por autocomposición de la litis y su aplicabilidad a la actividad impugnativa, impidiendo así que el proceso culmine con la resolución judicial (sentencia definitiva o incluso auto de inadmisión) que el tribunal competente considerase estrictamente la adecuada en Derecho. Tal facultad, o si se prefiere haz de facultades según los distintos mecanismos existentes, aunque inicialmente posibles no presentan sin embargo igual grado de encaje en esta sede, como de inmediato veremos:

4.4.2.1 Desistimiento:

4.4.2.2 Requisitos de validez:

A priori, el art. 501 CPCM, a pesar de tratarse de un precepto contenido en las Disposiciones Generales del Libro Cuarto, limita a los "recursos" la posibilidad de desistimiento por el legitimado activo del grado jurisdiccional abierto a su instancia y siempre que ello se haga "de conformidad con las disposiciones de este código", aspecto al que ahora nos referiremos. Parece excluirse así el desistimiento en el proceso de revisión de sentencia firme, en cuyo articulado tampoco aparece una regla sobre el particular.

Sin embargo, como conviene advertir desde ya, las normas especiales sobre autocomposición procesal del Libro Cuarto, deben cohonestarse con el régimen general de tales mecanismos inserto en los artículos 126 y siguientes del Código, no sólo ya por razones sistemáticas del conjunto de la ley, sino porque así lo quiere el antes citado art. 501 *in fine* al remitirse ("de conformidad con") a esas disposiciones. Así, concretamente en el art. 126, se habla del ejercicio del poder dispositivo sobre la controversia por las partes, en "cualquier estado y momento" del proceso, incluyendo los recursos y sin excluir a la revisión de sentencia firme. Teniendo en cuenta que este último constituye un proceso autónomo -aunque con finalidad impugnativa-, nada impide reconocer también en él facultades autocompositivas de los sujetos actuantes, en este caso la del desistimiento del actor en cuanto a su demanda de revisión, bien que su alcance vendrá modulado por una circunstancia peculiar -que también concurre por cierto en los recursos- y en la que luego nos detendremos, como es que las pretensiones defendidas por ambas partes giran alrededor de una resolución judicial previa, cuya existencia desde luego no puede desconocerse sin más para hacer prevalecer su voluntad.

Pero sigamos: dada la remisión efectuada por el art. 501 al bloque normativo de los arts. 126 y ss., habrá que tener presente qué reglas del régimen general son aplicables aquí y cuáles no. Ya hemos dicho que sirve para extender su procedencia no sólo a los recursos sino a la revisión de sentencia firme, pero además:

a) Rigen las prohibiciones a los mecanismos de autocomposición, sea el desistimiento o

los demás previstos, que figuran en el último apartado del art. 126 CPCM. Esto es: que así lo disponga una norma legal (del mismo Código o no), o derive de razones vinculadas al orden público, el interés general, la protección de menores o terceros afectados en la causa, o eventualmente la apariencia de quererse cometer un fraude de ley.

b) No rigen sin embargo, en concreto respecto del desistimiento, las reglas del art. 130 acerca de la necesaria autorización del demandado o, si éste se niega, la necesidad de que el juez resuelva lo procedente. Tampoco cabe que opere la notificación del emplazamiento para la contestación a la demanda, como acto preclusivo para desistir, como ahí se prevé.

Ambas reglas están pensadas no por casualidad para la primera instancia, donde al demandado se le reconoce un legítimo interés en querer mantener la controversia a la que inicialmente ha sido arrastrado por el actor, cuando por mor de la seguridad jurídica y frecuentemente también por el convencimiento de tener razón en el fondo, dicho demandado puede preferir que el asunto se dilucide en sentencia y no tener sobre sí la espada de Damocles de una futura nueva demanda sobre el mismo tema. La ley atiende al derecho de tutela jurisdiccional de ambas partes, conjurando así situaciones de abuso de derecho en la incoación de demandas infundadas, y facilita que la Jurisdicción resuelva el conflicto de intereses.

Esa necesidad de protección judicial, sin embargo, se minimiza tras la emisión de la resolución que pone fin al incidente o al proceso principal de que se trate, proporcionando así la solución a aquel conflicto, emergiendo en su lugar un derecho ulterior a reaccionar contra ella; derecho que sin embargo mediante el desistimiento pierde vigencia, pues la postura de la parte recurrida, consistente en defender el mantenimiento de la resolución impugnada, se satisface con la misma eficacia cerrándose el procedimiento por aquel desistimiento. Nada se puede ganar ya en términos de mejoramiento de la decisión de alzada respecto de la impugnada, por mucho que el procedimiento llegara al final, ya que siempre finalizaría con una sentencia meramente confirmatoria.

Así de deduce expresamente en el recurso de casación, donde el art. 531 CPCM señala que tras la presentación del correspondiente escrito, "el desistimiento se admitirá sin más trámite"; esto es, sin tener que consultar ni recabar la aquiescencia de los recurridos. No es preciso por lo demás que existan similares normas para la revocatoria, apelación y la revisión de sentencia firme, bastando con atenerse a los términos literales del art. 130 (que habla de demanda y demandado, no de recurrente y recurrido, o de impugnante e impugnado) y las razones que acabamos de exponer sobre la inadecuación del art. 130 más allá de la primera instancia.

Por último y para cerrar este apartado, indicar que la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha declarado que el desistimiento en materia de recursos es válido y no contraría el derecho fundamental de audiencia (debido proceso), siempre que aquél se emita por el sujeto con plena consciencia sobre sus efectos, y una vez iniciado el procedimiento de que

se trate, nunca antes. Es decir, no puede pactarse previamente a la vía judicial para que desista del ejercicio de una acción contra la otra parte, o en este caso de un recurso contra la sentencia que le ha sido desfavorable[314].

Una cláusula contractual de este tipo, por resultar atentatoria a la Constitución, ha de entenderse siempre nula de pleno Derecho.

4.4.2.3 Plazo y modo de formalizarlo:

De los arts. 501 y 531 CPCM se desprende que el desistimiento ha de hacerse efectivo a partir del momento procesal en que tiene sentido plantearlo, esto es, tras la presentación del escrito de interposición del recurso que sea y si es revisión de sentencia firme tras la presentación de la demanda, incluso aunque no se haya dictado aún la resolución de admisión a trámite de uno u otra.

Asimismo, el momento final o preclusivo para tenerlo por válido será el de dictarse la resolución que ponga fin al procedimiento (no el de su posterior notificación), luego de eso no hay ya nada que evitar.

Los mismos preceptos refieren que el desistimiento deberá hacerse por escrito, dándose por hecho que en éste debe constar la voluntad del sujeto, con palabras claras e inequívocas acerca de lo que está haciendo. Cualquier duda interpretativa sobre los términos del escrito deberán resolverse en contra de tener por formalizado el desistimiento, atendiendo a los severos efectos procesales que provoca el mismo.

En la apelación, al preverse la celebración de vista luego de la admisión del recurso, el art. 518 CPCM también introduce la figura del desistimiento *tácito*, evidenciado en la ausencia del apelante en esa vista, por lo que se considerará "desierto" el recurso, sin perjuicio de que pudiera llegar a demostrarse la imposibilidad de haber asistido por causa de fuerza mayor, lo que llevaría a replantearse la declaración de desistimiento.

---

314 En la antes citada Sentencia de la Sala Constitucional de 26 de enero de 2009, FJ IV, 4 (ref. CSJ, 296-2007), se dice a este respecto: "En cuanto a la renuncia de derechos de carácter constitucional –y concretamente los de contenido procesal como el derecho a recurrir- la Sala de lo Constitucional en la sentencia dictada el 9-V-2000 en el Amparo 194-99 afirmó que un derecho de esta naturaleza es irrenunciable, es decir, no puede sustraerse de la esfera jurídica de todo ciudadano ni por documento público, auténtico o privado, ni por acuerdo de voluntades entre particulares, aunque su ejercicio se mire limitado a las formalidades establecidas en la ley, ya que en la renuncia entran en juego categorías procesales y constitucionales procesales –derecho a un proceso constitucionalmente configurado, derecho de audiencia, derecho de igualdad y derecho a recurrir como medio de acceso a una segunda instancia-, que de no ser reconocidas, y sobre todo respetadas, impedirían la adecuada 'tutela' y la consiguiente salvaguarda de los derechos constitucionales de los particulares, provocando un estado de indefensión y desigualdad para una de las partes, con infracción de las normas procesales constitucionales.
Asimismo, mediante la sentencia de Inconstitucionalidad de referencia 9-97 dictada con fecha 15-II-2002, esta Sala estableció, con más especificidad, que los derechos o categorías integrantes del debido proceso, por su finalidad de potenciar el acceso completo de las personas a las instancias jurisdiccionales, sólo pueden disponerse –unilateral o bilateralmente- si se tiene pleno conocimiento de las consecuencias de dicha renuncia en el ejercicio de los referidos derechos".

4.4.2.4 Efectos:

Según se advertía arriba, el interés en autocomponer el proceso instado en un grado posterior a la primera instancia, despliega sus efectos sin que con ello pueda menoscabarse el poder de imperio emanado de la resolución judicial objeto de impugnación, y además en relación con los límites de las pretensiones deducidas en ese grado jurisdiccional, no en otro anterior. Con esto queremos decir que un desistimiento formulado en vía de recurso –o de revisión de sentencia firme- no puede, en ningún caso, retrotraer el conflicto jurídico a un estadio anterior al de la resolución impugnada, pues es más bien lo contrario: el desistimiento avoca a la confirmación y firmeza de tal resolución y a las situaciones materiales declaradas por ésta, y si se trata de un proceso de revisión, avoca al mantenimiento de la firmeza que aquélla ya había alcanzado en su momento. El único efecto nuevo derivado del abandono de la acción, que es de carácter económico, consistirá en la condena de las costas causadas a la parte impugnada hasta ese tramo del procedimiento en el que se desiste.

Este mismo esquema conceptual nos servirá para entender lo que ocurre en los restantes medios autocompositivos teóricamente aplicables a este contexto:

4.4.3 Otros mecanismos:

a) Renuncia de derechos: nada obsta desde luego a que la parte actora y el demandado que reconviene, convertidos tanto da en impugnante como en impugnado en la vía superior –si fueron ellos o la contraparte quien impugnó-, pueda formalizar una renuncia, no ya tanto a su acción procesal originaria (demanda, reconvención) que como tal, al haber provocado a esas alturas al menos una sentencia resolutoria, ha quedado ejercitada y no puede renunciarse propiamente a ella, sino sobre los derechos materiales reconocidos a su favor en el pleito.

   Ahora bien, esta renuncia, de formalizarse, no puede poner en entredicho la eficacia jurídica de la resolución que había sido impugnada, tan sólo su consecución material o ejecutabilidad: la persona, para entendernos, deja de obtener aquello a lo que tenía derecho merced a la renuncia, pero la declaración judicial del derecho, en sí misma no se revoca ni desaparece, simplemente no se lleva a efecto. El auto por el que, autorizando esa renuncia, ha de ponerse fin al recurso o proceso de revisión de sentencia firme, para nada debe injerirse en el contenido de la resolución judicial, tan sólo dejar constancia del alcance de la renuncia, la cual, por cierto, podría ser total o parcial respecto de lo reconocido en aquélla, y en este segundo caso el recurso o la revisión seguiría su curso para resolver la impugnación en aquella porción no renunciada.

   La renuncia, por supuesto, y valga la referencia para todos los mecanismos autocompositivos, al igual que sucedía con el desistimiento, deberá atenerse para su validez al catálogo de prohibiciones del art. 126 *in fine* CPCM.

b) Allanamiento: en este caso, dado que no nos hallamos en un procedimiento en primera instancia, la conformidad o claudicación del legitimado pasivo respecto de la pretensión deducida en ese peldaño jurisdiccional (apelación, casación, etc.), lo será en cuanto a la impugnación planteada por la contraparte contra la resolución judicial, es decir, el impugnado se "allana" al recurso o a la correspondiente demanda de revisión.

No puede ya hacerlo sobre la demanda de primera instancia (que es lo que regula el art. 131 CPCM) y si lo hace carecería de valor, pues, volvemos al punto de partida, existe ya una resolución judicial que ha estatuido lo que en Derecho procede sobre tales pretensiones iniciales, y ha de estarse a lo así resuelto.

Siendo ello así, ¿qué efecto tiene un allanamiento en vía de recurso o en sede de revisión de sentencia firme?: procesalmente sólo uno, el dejar de resistirse a la impugnación planteada y, con ello, impedir que el órgano judicial competente resuelva sobre lo que hubiera sido su argumentación favorable al mantenimiento de la resolución impugnada.

Pero no tiene por efecto ni alterar el tenor de la resolución, ni tampoco condicionar el desenlace del recurso o la demanda de revisión, pues la Sala sigue teniendo el deber de pronunciarse sobre los motivos alegados por la parte impugnante, sea para estimarlos o para desestimarlos bien que, en todo caso, sin contar como decimos con la oposición del impugnado, pero nada más.

c) Transacción judicial: de modo similar a los mecanismos anteriores, la transacción no está prohibida sino en los límites del art. 126 *in fine*, aunque su eficacia práctica en este caso es reducida, pues el acuerdo de las partes no puede menoscabar ni modificar la resolución impugnada, sino dejar de cumplir o de hacer exigibles las prestaciones condenadas en ella. Las partes no pueden transarse respecto de las pretensiones con las que entraron en la vía judicial (art. 132 CPCM), porque éstas ya han sido heterocompuestas por la Jurisdicción, sino sobre la exigibilidad de las reconocidas por ésta.

4.4.4 Deber de congruencia judicial. La prohibición de reformatio in peius:

3.1. La consecuencia derivada del despliegue en sede revisora de las modalidades que hemos identificado como propias del principio dispositivo, es la sujeción del tribunal competente para resolver el medio de impugnación concreto en los estrictos límites trazados, de un lado, por la dispositiva y fundamentación jurídica de la resolución censurada, y de otro lado por las pretensiones deducidas por las partes en sus escritos de alegaciones dentro del procedimiento respectivo (revocatoria, apelación, etc.), no en la primera instancia: *tantum devolutum quantum apellatum* es el brocardo que resume este efecto de cognición limitada para la segunda instancia, aunque vale la premisa para los diversos grados revisorios existentes, con el alcance objetivo que la ley permite en cada uno.

Resulta evidente desde luego la conexión entre unas pretensiones (las originales) y otras (las de alzada), pero sin que puedan confundirse ambas entre sí: las de la impugnación orbitan alrededor de la validez de una resolución judicial previa que unos cuestionan y otros defienden, no se trata ya de cómo el pleito podría resolverse sino si lo ha sido correctamente por esa resolución.

Los argumentos de fondo no pueden surgir *ex novo* sino que resultan tributarios de lo defendido en la primera instancia (si es el proceso de revisión de sentencia firme, lo será en cuanto a lo defendido en el proceso del que trae causa esta última), pero sólo resultan atendibles aquellos que se configuran como correspectivos motivos de apelación, casación, etc., y de su oposición, no otros. Importa lo vertido en la primera instancia sólo en la medida de lo resuelto por el órgano judicial en la resolución impugnada, y lo no resuelto únicamente si configura un supuesto de incongruencia omisiva fundante justamente del recurso. Fuera de estos límites el órgano de alzada no puede resolver. El sistema impugnatorio vigente no es de jurisdicción plena como si se partiera de cero y no sirviera lo actuado con carácter previo, sino que opera siempre con función controladora: *revisio prioris instantiae*.

3.2.- La garantía o prohibición de la *reformatio in peius* se presenta como una variante de la congruencia judicial en sede de recursos, y a ella se refiere con técnica adecuada el art. 502 CPCM al señalar que "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". Comporta tal mandato legal, que el órgano competente para resolver el recurso planteado no puede situar a la parte recurrente, respecto de su propio recurso, en una peor situación material que la declarada por la resolución que impugna; no puede llevar la desestimación de su recurso, para entendernos, más allá de la mera confirmación de la resolución impugnada, creando nuevos pronunciamientos desfavorables a su posición que esta última no contenía.

Pero fijémonos que decimos "en su propio recurso". No en el recurso de otro, vgr., no en paralelo o *a posteriori* (adhesión a la apelación) del que por su lado también haya podido interponer uno o varios de los demás litigantes en la causa, pues si así fuera deviene perfectamente factible que lo que se pide por esta otra persona, de concederse, lo sería en detrimento de aquélla, y si en efecto la razón le asiste en Derecho el tribunal acordará la estimación del recurso (total o parcial) con la consiguiente desestimación (total o parcial) de aquel otro recurso, siempre que sus pretensiones impugnatorias en definitiva aparezcan incompatibles entre sí (no pueden satisfacerse ambas simultáneamente, salvo con quiebra de la ley o el sentido común). Resultaría entonces perfectamente posible y no vulnerador de aquella garantía de prohibición, el que quede desmejorada la situación de uno de los recurrentes respecto de cómo previamente había quedado con la resolución impugnada y antes de promover el recurso justamente como consecuencia de la estimación del otro.

De hecho, siempre que recurran dos o más personas lo normal es que sea esto lo que suceda: el triunfo de uno llevará aparejado la pérdida de derechos y la imposición de obligaciones materiales al vencido (aparte en su caso de las costas).

4.5 EFECTOS DE LOS RECURSOS:

Hablamos de los efectos que produce la admisión a trámite -no la mera presentación del escrito que los formaliza- del correspondiente medio de impugnación. Esos efectos son dos:

4.5.1 Efecto devolutivo:

Ya hemos hablado de él al tratar de las clases de recurso y se refiere a la atribución o no de competencia para resolver la impugnación al mismo órgano que dictó la resolución impugnada (no devolutivo) o a otro órgano superior en grado (devolutivo).

Excepto el recurso de revocatoria (art. 503), los demás instrumentos son devolutivos y ello comporta que el órgano judicial a *quo*, ya sea de plano (apelación, revisión de sentencia firme) o todo lo más tras recibir el escrito de formalización y verificar que éste cumple los requisitos formales necesarios para admitirlo (ver, para el recurso de casación, la competencia de la Cámara ex art. 529 CPCM), deja de conocer del caso y ordena la remisión de los autos al tribunal *ad quem* para que éste resuelva.

Cesa mientras tanto, pues, de tener injerencia en el proceso, excepto en aquel ámbito que por concernirle en todo caso la ley le reserva incluso durante el tiempo de impugnación, como ocurre con la solicitud de ejecución provisional de la sentencia, en los términos del art. 512 CPCM (precepto aplicable, en realidad, tanto cuando la causa se halla en apelación, como en casación).

Una vez dictada la sentencia que corresponda las actuaciones retornan al órgano inferior, el cual podrá ser:

-- El que conoció del asunto en primera instancia, si se trata de iniciar la ejecución de la resolución impugnada por desestimación del recurso (art. 532); o porque éste se estimó pero sin posibilidad de continuar adelante (ej., si se declara la caducidad de la pretensión, la sumisión del asunto a arbitraje, o la excepción de cosa juzgada), limitándose el órgano ejecutor a cumplir con el mandato de cierre definitivo de la controversia.

-- O bien ante aquel tribunal que deba reabrir el procedimiento por estimación del medio interpuesto, tribunal que a su vez variará según el alcance de la infracción cometida: el Código distingue en ese sentido entre infracciones procesales que han podido subsanarse o no dentro de la apelación y, de acuerdo con ello, facultar o no el propio tribunal para resolver sobre el fondo (art. 516).

Y tratándose del recurso de casación, tampoco es indiferente el que se declare con lugar un motivo de incompetencia judicial, pongamos por caso, que el fundado en la denegación indebida de una prueba solicitada en la segunda instancia.

En ambos supuestos habrá reenvío al inferior (art. 537 CPCM), pero éste a su vez divergirá, pues en el primero será el Juzgado que tuvo la competencia del pleito en la primera

instancia, mientras que en el segundo lo será la Cámara de Segunda Instancia para que ésta practique (o tenga por aportada, si son documentos) la prueba y falle de nuevo sobre el fondo.

Por su lado, en la revisión de sentencia firme el art. 549 CPCM ordena, en caso de estimación, devolver el expediente al tribunal de procedencia para que las partes "usen su derecho según les convenga".

4.5.2 Efecto suspensivo:

Implica que la admisión a trámite del medio impugnativo deje sin efecto lo ordenado en la resolución de que se trate, hasta tanto la impugnación se resuelve. En una ponderación entre los perjuicios que se derivan para quien ha resultado favorecido por la resolución si ésta se suspende hasta que alcance firmeza, y los daños irreversibles o de difícil reparación que puede originar el no hacerlo, la ley se decanta en el ámbito de los recursos por el segundo factor (la suspensión); mientras que en la revisión de sentencia firme es a la inversa.

En los recursos, así, el Código únicamente consiente la suspensión –lo hace tácitamente, al no disponer lo contrario- para el de revocatoria, dado el carácter interlocutorio y escasamente irreversible de los temas que se resuelven en él; garantizando distintamente aquel efecto en los recursos devolutivos (ver art. 509 CPCM para la apelación, que vale también si el proceso sube luego a casación).

Por el contrario, por representar la revisión un instrumento excepcional de ruptura de la cosa juzgada material que ya venía operando, no procede la suspensión salvo en el caso extremo que proceda la del propio procedimiento revisor (arts. 550 y 587, en relación con los preceptos que regulan las situaciones de suspensión: arts. 198 –de oficio, por caso fortuito o fuerza mayor-, 199 –a instancia de parte- y 265 –cuestión incidental-). Dos precisiones no obstante han de efectuarse a lo expuesto:

-- La primera, que el efecto suspensivo lo que regula es una situación concreta, que es la provocada de manera única y exclusiva por la admisión a trámite del medio impugnatorio, sin considerar nada más. Por tanto, queda aparte la posibilidad, contingente según los casos, de que la resolución judicial se lleve a cabo no ya a virtud de una mera cesación del efecto suspensivo, sino porque se inste su ejecución provisional y ésta proceda por cumplirse los requisitos exigidos por el Código (arts. 592 y ss CPCM).

-- La segunda, que el efecto suspensivo del medio impugnatorio, una vez empieza a desplegarse, se mantiene hasta tanto se produzca el desenlace de aquél, momento a partir del cual sucederá una de las tres siguientes hipótesis: b-1) levantar la suspensión por quedar confirmada la resolución atacada (hay norma expresa en la revisión de sentencia firme: art. 587 CPCM); b-2) mantenerse la suspensión si cabe otro recurso posterior y éste se interpone y admite; b-3) y en tercer lugar, finalmente, la suspensión se tornará en revocación de los efectos de la dispositiva, de llegar a estimarse la impugnación tanto por nulidad (recurso) como por rescisión (demanda de revisión de sentencia firme: art. 588).

4.6 CÓMPUTO DE LOS PLAZOS

Tanto para el ejercicio del derecho al recurso como de la acción de revisión, los plazos se contarán, según sean días o meses, conforme al régimen general de los plazos procesales (art. 145 CPCM: si días únicamente los hábiles; y de fecha a fecha cuando se trate de meses).

La regla específica –más que especial, porque en realidad es también una derivación de aquel régimen general- que sí se introduce, se refiere al *dies a quo* para el mencionado cómputo: éste lo será desde el día siguiente a la notificación de la resolución impugnada, si no se hubiera pedido aclaración sobre ella o en su caso complemento por omisión de pronunciamiento; y en caso contrario, desde el día siguiente al del auto resolviendo sobre tal aclaración o complemento, con independencia de su signo.

Es decir, tanto si ha denegado la aclaración o el complemento, como si se ha accedido a una u otro en todo o en parte de lo pedido, el plazo solo empezará a contar desde el día siguiente a aquel en que, por habérsele notificado, la persona ya conoce el contenido definitivo de la resolución y con ello puede calcular el alcance del perjuicio que le produce y determinar el por qué de su ilicitud: art. 501 párrafo segundo CPCM, que vale para todos los recursos y que debe cohonestarse, a su vez, con el art. 511 para el escrito de interposición de la apelación y el art. 526 para el de casación. Por tanto, siempre que se haya solicitado aclaración habrá de estarse al día siguiente de la fecha del auto resolutorio correspondiente.

4.7 RECURSO DE REVOCATORIA

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Objeto y resoluciones recurribles.- II.- Requisitos para la correcta formalización del recurso.- III.-Procedimiento.- IV.- Decisión del recurso: contenido, efectos concretos y recurribilidad:

4.7.1 Objeto y resoluciones recurribles:

1. El recurso de revocatoria tiene por finalidad la corrección de las infracciones cometidas en la adopción de resoluciones de contenido procesal, tanto respecto de la apreciación de los hechos que fundamentan la aplicación de la norma (procesal) de que se trate, como de la interpretación y aplicación de esta última y de sus efectos. Lo que en él se resuelve son cuestiones de tramitación o incidentales dentro del procedimiento y por tanto no afecta a la cuestión controvertida de fondo. Fuera del ámbito del CPCM, el recurso de revocatoria puede extenderse, como ocurre en los procesos de familia, a cuestiones sustantivas accesorias a lo resuelto por la sentencia definitiva[315].

La revocatoria es un recurso *ordinario,* porque en cuanto al problema procesal planteado el órgano competente resuelve con plenitud de jurisdicción; de efecto no suspensivo (se sigue ejecutando lo ordenado en la resolución recurrida); y de carácter *devolutivo* porque, como sanciona el art. 503 CPCM, éste se instará y resolverá ante el propio órgano judicial que dictó la resolución recurrida. El Código sigue así la pauta de los ordenamientos procesales actuales que mantienen la existencia de un recurso no devolutivo para la corrección de infracciones menores (que no intrascendentes) o no definitivas, con el propósito de no bloquear continuamente la tramitación del proceso lo que ocurriría de contrario si cada resolución de trámite diera lugar a una apelación, por ejemplo; y ello aun a costa de la relativa eficacia práctica de este instrumento impugnativo (aspecto sobre el que volveremos en el último epígrafe de este apartado).

2. Constituyen resoluciones recurribles a través de la revocatoria, según señala el mismo art. 503 del Código, los decretos de sustanciación y los autos "no definitivos". De esta manera, y teniendo en cuenta como luego veremos que el recurso de apelación cabe a su vez por regla general (vgr., salvo excepciones expresas de la Ley), contra los autos que sí resultan

315 Tal como expresamente prevé el art. 150 LPF: "El recurso de revocatoria procede contra los decretos de sustanciación, las sentencias interlocutorias y la sentencia definitiva en lo accesorio".

|Al respecto, tiene precisado la Cámara de Familia de la Sección del Centro de San Salvador, en Sentencia dictada a las 14 horas del día 2 de marzo de 2007 (ref CSJ: 1-REVO-07), con cita de otras resoluciones suyas en el mismo sentido, que: "resulta improcedente la admisión de la revocatoria contra la resolución que resuelve el recurso de apelación; es decir, de la que en definitiva decide y pone fin a la impugnación interpuesta, lo contrario significaría volver a realizar el mismo análisis del primigenio recurso a través de otro recurso más simple como es el de la revocatoria, lo anterior no contraría el acceso a la segunda instancia y el derecho de revisión de las resoluciones judiciales, por cuanto dicho fin se cumplió a través de la resolución de la apelación, aceptar lo contrario implicaría prolongar indefinidamente la sustanciación normal de las presentes diligencias, redundando en los mismos argumentos ya sostenidos en la resolución de la apelación".

definitivos porque ponen fin al proceso impidiendo su continuación, así como contra las sentencias (art. 508 LEC); tendríamos que la configuración legislativa de uno y otro recurso (la revocatoria y la apelación), excluyentes por lo general entre sí, responde a la diferente naturaleza y alcance de la resolución atacable.

Este rígido esquema sin embargo no se antoja inamovible, tanto porque en ocasiones sí cabe apelación tras la revocatoria (ver *infra*, epígrafe IV), como porque, a pesar de la dicción del art. 503 CPCM, no todas las resoluciones recurribles en revocatoria son autos "no definitivos". En efecto, existen cuatro casos en los que la ley contempla el recurso de revocatoria –y solamente él, por cierto-, contra decisiones que cierran el paso a la tramitación del proceso (autos definitivos). A saber: a) la que declara la caducidad de la instancia por error en el cómputo de los plazos procesales (art. 139 CPCM); b) la que acuerda la inadmisibilidad de la demanda (art. 278); c) la que inadmite un recurso de apelación (art. 513) y, d) la que inadmite un recurso de casación (art. 530).

4.7.2 Requisitos para la correcta formalización del recurso:

Además de los requisitos comunes a todo recurso, relativos a la legitimación activa, la competencia y la interposición en plazo, que aquí será el de los tres días siguientes a la notificación de la resolución impugnada (art. 505 CPCM), importa destacar una exigencia peculiar de este recurso como es la necesaria constancia en el escrito que lo formaliza, ex art. 504 primer párrafo CPCM, de "la infracción legal que se estime cometida, con una sucinta explicación" de la misma, so pena de acordarse su inadmisión a trámite sin más (art. 504 *in fine*).

Podría resultar un tanto paradójico que, precisamente en un recurso con vocación legal de sencillez como es éste, se incluya un requisito que por su formalidad parece más propiamente llamado a insertarse en recursos de índole más solemne como podría ser el de casación, sobre todo cuando a su inobservancia se anuda la inadmisión insubsanable del mismo.

Sin embargo, la paradoja es más aparente que real, a poco que se reflexione sobre cuál es el sentido verdadero de este requisito, ya que es evidente que el escrito que motiva el recurso debe traer, desde luego, la explicación del por qué de su interposición, y que esa explicación no puede posponerse para otro momento posterior, ni puede pretenderse que sea el tribunal quien supla los argumentos de oficio al entrar a resolverlo.

Ahora bien: el problema radica en determinar que debe entenderse por "constar la infracción legal" en el escrito de la parte recurrente, a los efectos del art. 504 primer párrafo CPCM. Si infracción legal significa la narración del acto procesal realizado (los hechos) y la descripción del deber de conducta legalmente previsto cuya insuficiencia se achaca a la resolución impugnada, aunque se prescinda en ese relato (por olvido u otra causa) de la cita concreta del precepto del CPCM o ley procesal que regule el acto erróneamente practicado, el requisito del art. 504 CPCM debe darse por satisfecho en orden a permitir su admisión y pronunciarse sobre él (resolverlo).

Si, por el contrario, *infracción legal* comporta, argumentaciones al margen, la concreta cita del precepto procesal vulnerado, de tal guisa que si ésta no figura en el escrito ya no importa lo demás y ha de inadmitirse a trámite, el requisito se nos antojaría desproporcionado a los fines que se persiguen de verificar la "seriedad" de su deducción, y por tanto y en esa misma medida, lindante en lo inconstitucional.

En España, respecto del llamado recurso de reposición -de características análogas al de revocatoria-, la vigente LEC 1/2000 contempla una norma similar al mencionado art. 504 CPCM[316], con el fin justamente de superar el formalismo que destilaba el anterior art. 377 LEC 1881, el cual exigía que el escrito de interposición "citarse la *disposición* de esta Ley que haya sido infringida", lo que dio precisamente lugar a inadmisiones desproporcionadas frente a escritos que, salvo la cita del precepto, traía una completa o al menos fundamentación de la queja.

4.7.3 Procedimiento:

Como anticipamos arriba, la tramitación de la revocatoria es rápida y sencilla, facilitada por el hecho de su carácter no devolutivo: tras su interposición por medio de un escrito que ha de contener todos sus fundamentos y la solicitud correspondiente (estimación del recurso, revocación del decreto o auto y que en su lugar se dicte otro con el siguiente contenido…), y no existiendo obstáculo a su admisión a trámite, se dará traslado a la parte recurrida (uno o más litigantes, los que sean) por plazo de tres días para que puedan oponerse al recurso (art. 505 párrafo primero)

Cumplido esto, en el plazo de los tres días siguientes al de presentación del escrito de oposición o de vencimiento del plazo otorgado a la parte recurrida (si no presentó nada), el tribunal resolverá lo que corresponda, sin más dilación pero con congruencia a lo alegado por ambas partes (que es como debe leerse el art. 505, párrafo segundo, cuando dice "independientemente de que las partes hubieran hecho uso de sus derechos").

Como un supuesto especial, conviene destacar que el recurso de revocatoria contra decisiones adoptadas en el transcurso de una vista oral (audiencia preparatoria del proceso común; acto del juicio para la práctica de las pruebas en los procesos declarativos), se alegarán también de manera oral en el mismo acto, ex art. 507 CPCM; y para las objeciones a la admisión de pruebas en la audiencia probatoria, art. 407 CPCM. Aunque la ley no lo menciona, en estos casos debe entenderse que antes de resolver sobre ello el juez dará turno de palabra a la parte recurrida, a fin de que manifieste lo que a su derecho convenga (no tiene sentido cercenarle una oportunidad de defensa en tal sentido); y luego, entonces sí, el tribunal pronunciará también oralmente su decisión.

316 Art. 452 LEC: "El recurso de reposición deberá interponerse en el plazo de cinco días, *expresándose la infracción* en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente.
Si no se cumplieran estos dos requisitos, se inadmitirá, mediante providencia, la reposición, sin ulterior recurso".

4.7.4 Decisión del recurso: contenido, efectos concretos y recurribilidad:

1.- La desestimación de la revocatoria trae consigo la confirmación de la decisión impugnada, y el mantenimiento de sus efectos por lo demás no interrumpidos, como vimos, a raíz de su interposición. Por el contrario, de estimarse el recurso el tribunal competente debe dictar la solución adecuada a Derecho. Huelga decir que en todo recurso no devolutivo, y en este caso el de revocatoria, la responsabilidad judicial en la fase de resolución adquiere si se quiere en algún sentido mayor magnitud que en los recursos devolutivos, pues lo que se pide del juez es que formule una autocrítica –bien que inducida por el recurrente- acerca del propio error cometido y tenga la suficiente y necesaria humildad para reconocer su error, lo que en muchas ocasiones deviene más difícil que reparar el error ajeno.

Mas, si el sistema legal contempla un recurso de estas características y no opta por su eliminación, es, precisamente por la confianza que deposita en la figura del juez, del que éste debe hacer un uso correspectivo, no convirtiendo a la revocatoria en un simple adorno, sino en un instrumento real de mejoramiento de la Justicia.

2.- En cuanto al régimen de recurribilidad de las decisiones adoptadas en la revocatoria, tenemos que:

a) Con carácter general, deviene irrecurrible tanto el auto que lo inadmite a trámite (art. 506 CPCM), como aquel que entra a resolver el fondo del recurso admitido, ya sea en sentido estimatorio como desestimatorio (ver mismo art. 506, que habla en genérico de la resolución que "resuelva" sobre la revocatoria).

   En ocasiones, incluso, así se dispone expresamente para el supuesto específico: arts. 114, 139, 278, 407, 585 (cuando no proceda apelación) CPCM.

b) Como excepciones a esta regla general sin embargo aparecen:

1. Aquellas resoluciones que permiten interponer recurso de revocatoria y, si éste a su vez se deniega, el de apelación: arts. 51 y 560 CPCM; y también,

2. Las resoluciones que permiten revocatoria y cuando ésta se deniega, cabe replantear el problema procesal al momento de formular apelación contra la sentencia recaída en ese proceso: art. 49 CPCM.

4.8 RECURSO DE APELACIÓN

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Concepto y resoluciones recurribles.- II.- Objeto.- III.- Actividad de prueba en segunda instancia.- IV.- La adhesión a la apelación: 1) Concepto.- 2) Efectos.- 3) Límites del derecho a adherirse.- V.- Procedimiento: 1. Interposición. 2.- Admisión.- 3. Vista oral.- 4.- Sentencia.- IV.- Decisión del recurso.

4.8.1 Concepto y resoluciones recurribles:

4.8.1.1 Concepto:

El recurso de apelación es un recurso ordinario que tiene por finalidad el re-examen de las infracciones procesales y sustantivas contra resoluciones de primera instancia, a través de un procedimiento único con el que el tribunal competente (*ad quem*) ejercita una potestad de jurisdicción similar a la desplegada por el órgano inferior (a *quo*).

4.8.1.2 Resoluciones:

4.8.1.2.1 Con fuerza de definitivas:

El recurso de apelación cabe por ley (art. 508 CPCM) frente a dos tipos de resoluciones judiciales de primera instancia: como regla general las que revistan el carácter de "definitivas"; y en segundo lugar y por excepción, aquellas que no tengan dicha condición pero así se autorice expresamente por el legislador. Con carácter general, son las dictadas por los Juzgados de Primera Instancia o por los de Primera Instancia y Menor Cuantía, y en los casos específicamente previstos por el art. 29 CPCM, las dictadas por las Cámaras de Segunda Instancia.

Son definitivas, como sabemos, aquellas resoluciones que impiden o ponen fin al proceso de que se trate, ya sea éste declarativo, ejecutivo o cautelar, tanto en vía principal como de incidente. Que la resolución impugnable revista a su vez forma de auto[317] o de sentencia, dependerá del contenido de la decisión y a veces también del momento procedimental en que la misma se adopte. Así, resulta definitiva desde luego la sentencia que tras sustanciarse todos los trámites de la causa, entra a resolver sobre el fondo controvertido. Pero lo es también la Sentencia, dictada igualmente al final del proceso pero que no entra en el fondo, al apreciar en ese momento y no haberlo hecho antes, la falta de un presupuesto procesal (competencia, capacidad de las partes) o la concurrencia de un óbice procesal (litispendencia, cosa juzgada)[318].

317 Art. 212 CPCM, para la distinción entre autos simples y definitivos.

318 Sin hacer matizaciones en torno al contenido –estimatorio o no- de la Sentencia, se recoge la apelabilidad de las recaídas en rebeldía (art. 287); juicio ejecutivo (art. 469), procesos posesorios (art. 476), y de inquilinato (arts. 486 –desocupación por causa de mora- y 487 –para las demás pretensiones-).

También entran en la categoría de "definitivas", permitiendo por tanto apelación, aquellos autos que:

a) Impiden el inicio de un proceso principal, mediante la inadmisión a trámite de una demanda[319]. Por excepción, el art. 278 del Código permite sólo recurso de revocatoria y no apelación contra el auto que decreta la inadmisibilidad de la demanda, auto que aunque por su naturaleza deviene a priori una resolución definitiva, en la práctica resulta fácilmente subsanable y, en el peor de los casos, no impide que pueda presentarse otra *a posteriori*, sin los errores que condujeron a aquella inadmisibilidad[320].

b) Impiden la continuación de un proceso ya iniciado por decretar el archivo de las actuaciones por motivos procesales, de oficio o en estimación de una excepción opuesta por el demandado[321];

c) Ponen fin a un determinado procedimiento incidental[322].

Pero no deviene únicamente "definitiva" la resolución que pone fin al proceso *in totum* y para todas las partes: también lo es, para el perjuicio del que se presenta como apelante, aquella que le impide personarse en la litis de que se trate[323]; o la que acuerda su exclusión del proceso por considerar el juez que ha dejado de tener interés jurídico en el objeto del pleito (por transmisión de la cosa, por disolución de la comunidad de bienes, etc.), extremo que al efecto niegue el recurrente.

---

319 Prevé sendos recursos de apelación, frente a la inadmisión de demanda de un proceso declarativo en general, el art. 277; por la inadmisión de la del juicio ejecutivo, el art. 461; por la inadmisión de demanda de juicio monitorio, el art. 492; por inadmisión de demanda ejecutiva, el art. 575; y por inadmisión de demanda de ejecución provisional, el art. 595, todos del CPCM.

320 A diferencia de las causas de improponibilidad de la demanda a que alude el art. 277 y que afecta a la falta de presupuestos procesales o a la aparición de algún óbice impeditivo de una decisión de fondo, en la inadmisibilidad del 278 lo que se achaca a la demanda son defectos formales pero, además, perfectamente subsanables (redacción oscura, inentendible, sin guardar una mínima estructura, sin formular petición de tutela concreta, etc), que el sujeto bien porque no entiende lo que se le ha apercibido que corrija y lo hace mal, bien porque no quiere, bien porque deja pasar el plazo de los 5 días que se le otorga, no subsana *motu proprio.* Dado que no puede hacerlo el órgano judicial en su sustitución, porque estamos ante una jurisdicción rogada, a la demanda no puede dársele curso así como ésta, pues se antoja ininteligible o incompleta. Pero bien es verdad que nada impide la presentación posterior de otra nueva, libre de aquellos defectos, que en esa medida podrá ser admitida a trámite. Siendo todo ello así, entiende el legislador que no se justifica abrir un debate a doble instancia para discutir sobre una cuestión que no es esencial, ni irreversible y que en el peor de los casos, insistimos, se arregla *de facto* presentando una nueva demanda ya corregida. Por si acaso no obstante sí se permite el recurso de revocatoria, y que el Juez así reconsidere si el supuesto defecto que parece haber apreciado, responde en realidad a una mala percepción suya de lo que lee y no a un defecto cierto.

321 Las apelaciones contra las resoluciones de los arts. 45 (declaración de falta de competencia objetiva y funcional); 46 (declaración de falta de competencia territorial); 127 (finalización por improponibilidad sobrevenida de la demanda o la reconvención –de la pretensión ejercitada-); y 270 (estimando un incidente que pone fin al proceso); 563 (declaración de incompetencia para despachar ejecución) CPCM;

322 Art. 453 CPCM en cuanto a la apelación contra el auto resolutorio, en sentido positivo o negativo, de medidas cautelares.

323 Así, la apelación del art. 81 CPCM en cuanto a la resolución que deniega la petición para personarse como coadyuvante

4.8.1.2.2 Resoluciones no definitivas:

En cuanto a la apelación de resoluciones no definitivas, como decíamos, ha de ser la ley la que contemple para ellas, casuísticamente, el derecho a apelar. Tienen aquel carácter aquellas resoluciones, casi siempre de contenido procesal[324], a través de las cuales:

a) Se provee sobre solicitudes formuladas por las partes: se apela, entonces, cuando se deniega lo solicitado325; o bien,

b) Se provee a solicitudes de oposición frente a lo ya concedido a la contraria, apelando la parte perjudicada respecto de lo resuelto en tales oposiciones[326];

c) Se provee, en fin, sobre la continuación o suspensión[327] del proceso pero sin pretenderse su finalización –lo que entonces las haría definitivas-.

De no establecerse nada, la resolución admitirá únicamente revocatoria o ni siquiera esta última, si lo prohíbe la ley por convertirla en irrecurrible.

4.8.1.3 Acuerdos de conciliación:

Finalmente, mención aparte merece el supuesto del art. 253 del Código, el cual establece que "el acuerdo de conciliación podrá ser apelado por las partes y por quienes pudieran sufrir perjuicio por aquél ante el Juzgado competente para conocer del asunto objeto de la conciliación, por las causas que invalidan los contratos". La especialidad a la que nos referimos proviene de dos aspectos:

a) En lo orgánico, porque este precepto establece por excepción la competencia funcional a favor de los Juzgados de Primera Instancia del territorio, para conocer y resolver las "apelaciones" que se promuevan contra el auto que dicte el Juzgado de Paz aprobando una conciliación. La Ley habla de apelación y a ello ha de estarse; no es un error.

b) En el aspecto material, plantea también una especialidad este peculiar recurso porque, según se anota en el citado art. 253, lo que se puede cuestionar aquí en principio no es la infracción de normas procesales ni sustantivas, ello al dar por sentado en estos casos la ley que el Juzgado de Paz no ha resuelto controversia alguna sino simplemente ha verificado la validez del acto y la capacidad de los

324 Carecen de este contenido, por ejemplo, las que resuelven cuestiones incidentales materiales, ex art. 263 y ss. CPCM.

325 Ver apelación contra la resolución del art. 260 (denegación de diligencias preliminares),

326 Al efecto, la apelación contra los autos de los arts. 138 (estimación del incidente instado contra la declaración de caducidad de la instancia, dejando sin efecto ésta); 261 (denegación de oposición al auto de diligencias preliminares ya acordadas), 560 (nulidad de actos ejecutivos que contrarían el título); 584 (desestimando oposición a la ejecución) CPCM.

327 Ver arts. 49 (suspensión de la causa por prejudicialidad penal), 51 (suspensión por prejudicialidad civil o mercantil)

sujetos para obligarse. De allí que lo que puede impugnarse sería, si concurre, alguna de "las causas que invalidan los contratos", es decir, que pueda acreditarse que éste carecía por ejemplo de causa lícita o que alguna de las partes adolecía de falta de capacidad o de un vicio de la voluntad al momento de comprometerse ante su contrario.

Dicho esto, sin embargo, nos parece lógico que el recurso de apelación también pueda proceder por infracción también de alguna de las normas procesales que articula el propio Código para el acto de conciliación, si las mismas fueran conculcadas, o de aquellas que puedan imputarse a un mal quehacer jurisdiccional: por ejemplo, la quiebra del deber de imparcialidad del juez si éste se muestra partidario de alguna de las partes o evidencia un interés particular en la solución del conflicto.

4.8.2 Objeto:

En apelación pueden revisarse, en principio y como se desprende del art. 510 CPCM, todas las parcelas de la actuación jurisdiccional que subyacen a la emisión de la resolución judicial impugnada. Ello comprende:

1. Posibles infracciones en la selección, interpretación y aplicación de las normas procesales para la admisión a trámite y realización de los presupuestos del proceso y de los actos del procedimiento: tanto si dichas infracciones adquieren relieve constitucional –por vulnerar garantías reconocidas por la Constitución y la jurisprudencia de la Corte en sus Salas Constitucional y Civil-, como si únicamente acarrean un error de legalidad ordinaria.

2. Entre las infracciones procesales y de manera concreta, la ley se refiere a la inadmisión de medios de prueba (art. 510.4º); a la prueba admitida pero no practicada (art. 514, apartado 2º); y a la prueba nueva (art. 514), las cuales pueden dar lugar a una actividad probatoria en la segunda instancia, como veremos luego.

3. Son también procesales las infracciones cometidas en la sentencia, entendida ésta como acto procesal, infracciones que puede traducirse en incongruencia –en algunas de sus modalidades-, en falta o defecto de motivación, o en defectos formales exigidos por la ley para su validez (incumplimiento de las normas para la actuación de órganos colegiados; falta de firma del Juez o Magistrado, etc.);

4. Concierne ya al juicio de fondo controvertido, pero deviene todavía un problema procesal, el posible error en la fijación de los hechos, en alguna de las cuatro situaciones siguientes:

a) Por aplicación indebida de las reglas sobre el *onus probandi* (las generales del art. 321 CPCM; o las previstas en leyes especiales);

b) Por uso inadecuado de los instrumentos de fijación de hechos alternativos a la prueba, cuando ésta resultaba innecesaria (en concreto, las modalidades de fijación de hechos del art. 314 CPCM: hechos admitidos, que gocen de notoriedad general, etc.),

c) La valoración de medios de prueba prohibidos, sea por conculcar derechos fundamentales –art. 316 inciso segundo CPCM- o por infringir las reglas legales para la aportación o práctica en juicio del medio de que se trate; y

d) Los errores en la valoración de los medios de prueba lícitos, tanto en los escasos supuestos donde puede hablarse de reglas legales de valoración (arts. 341 párrafo primero y 353 CPCM), como respecto de medios de convicción sujetos a valoración libre pero donde el órgano judicial incurre en juicios absurdos o disparatados (contrarios a la sana crítica).

5. Finalmente y por supuesto, tratándose también de sentencia sobre el fondo se controlan en apelación los errores en la selección, interpretación y aplicación de las normas sustantivas; así como el error en la subsunción de los hechos en el derecho (calificación jurídica de los mismos) o el error perpetrado en la deducción de las consecuencias jurídicas correspondientes.

Ahora bien: si la apelación está abierta "en potencia" a la revisabilidad de todas aquellas cuestiones, no es menos cierto que el recurso se halla limitado en su plenitud desde cuatro parámetros distintos, todos ellos igualmente vinculantes, y a los que ha de atenderse a la hora de interponer cada recurso en concreto:

1. En primer lugar, la posible limitación del objeto de cognición resuelto en la resolución impugnada: en efecto, todas aquellas resoluciones que hubieren tratado problemas de índole exclusivamente procesal (inadmisión a trámite de la demanda, archivo de las actuaciones por excepción procesal, inadmisión de prueba) quedará contraído a este único ámbito, de manera que el recurso permitirá tratar, sí, de la alegada fijación incorrecta tanto de los hechos que debían tomarse en consideración para resolver tal problema procesal (esto es, los hechos a los que alude la norma reguladora de ese acto), como de los errores en la selección, interpretación y aplicación de esa norma procesal. Pero nada más. Por tanto no se extiende al enjuiciamiento de fondo de las pretensiones deducidas en el proceso. Desde esa perspectiva, podrá hablarse en estos casos de apelación, pero no de una "segunda instancia", término éste reservado en propiedad a los recursos en que se pide el re-examen de la decisión sobre el fondo.

2. En segundo lugar y con carácter general, en sede de apelación no pueden plantearse pretensiones impugnatorias que supongan modificar el objeto litigioso tratado en la primera instancia, es decir, lo que constituyó el *thema decidendi* en el proceso del que trae causa la resolución recurrida (*petitum* y causa de pedir). Esta prohibición atiende, por un lado, al título jurídico en que se funda la respectiva pretensión de parte, el cual no puede sustituirse por otro.

Y atiende, por otro lado y sobre todo, a los *hechos relevantes* del caso, en el sentido de que tanto los relatos fácticos (demanda y contestación) que delimitan y definen la relación material controvertida, como el arsenal probatorio dirigido a la fijación de los hechos como ciertos, ha de coincidir con el vertido en la primera instancia y tenido en cuenta por la resolución impugnada. No puede alterarse ese *factum* en apelación, por tanto, mediante datos nuevos o

desconocidos, pidiendo al tribunal competente que anule la sentencia del inferior, enjuiciando para ello unos hechos diversos a aquellos que configuraron el objeto litigioso de la primera instancia.

Esta limitación general, en la que prima como es fácil de ver el valor de la seguridad jurídica por encima del principio de búsqueda de la verdad material (de haber sido a la inversa, se hubiera consagrado una justicia de primera instancia provisoria, condicionada por la posibilidad de alterar sin trabas el *factum* en apelación), está no obstante sujeta a excepciones, motivadas por la imposibilidad material de las partes de alegar o probar determinados hechos en el momento procesal oportuno y el derecho a hacerlo después. A esas excepciones nos referiremos más adelante, en el siguiente epígrafe de este Título.

3. En tercer lugar, ni siquiera la apelación puede concebirse como un nuevo intento para discutir sobre las mismas pretensiones iniciales –demanda y contestación- de las partes, haciendo para ello tabla rasa de lo enjuiciado y resuelto por la sentencia del Juzgado. No, al menos, desde el punto de vista que aquí se contempla, es decir, el de la actividad de apelante y apelado. Otra cosa serán los efectos inherentes a una estimación del recurso.

En efecto: el objeto de la apelación (en realidad, de todo recurso, también de la apelación), sea quien sea la parte que lo promueve, lo constituye siempre la resolución judicial dictada para resolver el punto controvertido, procesal o de fondo, interlocutorio o definitivo. Es de la resolución judicial de la que se predica su supuesta invalidez y necesidad jurídica de revocación: por consiguiente, el recurso de apelación montado en su contra ha de circunscribirse a los aspectos censurados de esa resolución que se consideran contrarios a Derecho: *revisio prioris instantiae*.

Todo ello en el bien entendido de que no es sólo "revisar" lo que se pide del tribunal *ad quem*, sino también resolver el recurso. Y esto último, a su vez, puede traer consigo que de prosperar alguno de los motivos del recurso por causas inherentes a defectos en el juicio de fondo del órgano a *quo*, el tribunal de apelación sea colocado en la tesitura de resolver de nuevo sobre el mérito controvertido.

En esa misma medida y en ese preciso instante, ejercitando ya no jurisdicción negativa (anulación) sino positiva (segundo enjuiciamiento de la controversia), ha de pronunciarse de nuevo respecto de las pretensiones iniciales de las partes, demanda y contestación/ reconvención, tal como éstas se formularon ante el Juzgado y con poderes idénticos a los desplegados por este último. Pero ello como consecuencia de la previa declaración con lugar del recurso y por la orden legislativa de que no exista reenvío al inferior, no porque el objeto de la apelación consista en plantear ante el tribunal de apelación lo mismo que lo defendido en la primera instancia, pues no es así.

El escrito de interposición del recurso podrá resultar en cada caso, más o menos extenso, de acuerdo a que puedan imputarse una o más infracciones a la resolución judicial de que se trate; a la prolijidad de los argumentos; y al estilo de redacción del abogado (cuanto más directo y menos barroco, siempre mejor). Pero siempre se tratarán de parcelas acotadas

de la resolución aquellas las que se impugnan, nunca el recurso puede consistir en una petición simple y llana para que el órgano de apelación "lo revise todo" o para que declare su nulidad sin más.

Congruentemente con ello, la oposición a cada recurso de apelación debe enfocarse por el apelado, desde la óptica de desmontar los argumentos del apelante y defender el contenido de la resolución impugnada, sin introducir temas distintos, salvo por supuesto que haya planteado su propia apelación.

4. Por último, a virtud de que continúa rigiendo también aquí y en los demás recursos devolutivos el principio de justicia rogada o dispositivo, el órgano judicial *ad quem* deberá ceñir su análisis a los temas alegados en los escritos de parte, sin extenderse a otros ámbitos de la resolución impugnada diversos a los sometidos a cuestionamiento: *tantum devolutum quantum apellatum*. A salvo, claro ésta, la facultad del tribunal de apelación para el control en todo momento de los presupuestos del recurso, y en su caso la apreciación *ex officio* de la falta de algún presupuesto del proceso en su globalidad, que por tener tal carácter, devendría improrrogable y materia de orden público., por ello apreciable en todo estado y grado de la controversia.

4.8.3 Actividad de prueba en segunda instancia:

4.8.3.1 Consideración general:

Como hemos indicado antes, el juicio probatorio puede examinarse en apelación por dos motivos principales: o bien para subsanar la ausencia de un medio de prueba por alguna de las circunstancias a que se refiere la ley, o a la inversa excluir alguna prueba previamente admitida; o bien, en segundo lugar, para revisar el juicio intelectivo de valoración de la prueba realizado por el órgano inferior.

En principio se trata de dos situaciones perfectamente diferenciables, que no deben confundirse entre sí: mientras en la primera de ellas el problema se asienta en el caudal de prueba objeto de valoración, el cual debe ampliarse (prueba nueva) o disminuir (exclusión) respecto del tenido en cuenta en primera instancia, en función de motivos legales; en la segunda situación las fuentes de convicción manejadas por el Juzgado son intocables y lo que se censura es el juicio de éste para extraer, en sentido positivo o negativo, un resultado cierto de hechos probados.

No se cuestiona en el primer supuesto, propiamente por tanto, la capacidad del juzgado a *quo* para valorar correctamente la prueba, sino que se pide que el juicio probatorio se elabore de nuevo por el tribunal de apelación, pero por haber variado a su vez el material de convicción disponible al principio (esta variación, quizá, pueda ser imputable a un mal actuar del juzgado por una denegación indebida de la prueba o por una falta de celo en su práctica, pero no siempre, como ahora veremos). Dado que la apelación es un recurso ordinario y el legislador no desea más dilaciones, no se devuelve en estos casos el expediente a la instancia de procedencia una vez detectado el déficit o el exceso de medios, sino que el tribunal *ad quem*

provee sobre la solicitud de ampliación o exclusión de prueba que efectúe la parte interesada en la segunda instancia y luego, al dictar sentencia, valora de nuevo todo el material que se considere válido a tales efectos, con el desenlace que corresponda en Derecho.

Al final, es posible que la alteración del caudal de medios de prueba disponibles traiga consigo, a su vez, un diferente resultado en la valoración probatoria (de hecho, eso es lo que espera el apelante), aunque éste resulta un aspecto contingente de la garantía de prueba en la segunda instancia, satisfecha ya con aquellas decisiones de admisión o exclusión de medios. No necesariamente, pues, la segunda valoración deparará un distinto resultado de hechos probados.

Para que suceda esto último se precisaría que, tratándose de un medio de prueba nuevo, éste resulte decisorio para el tribunal de apelación, o que tratándose –si es el caso- de la exclusión de un medio de prueba que tenía tal carácter para el Juzgado a *quo*, no existan otros medios de prueba válidos que sostengan el mismo hecho, con lo que éste ya no se puede dar por cierto.

Si nada de ello ocurre, la admisión de la prueba nueva en apelación, o la exclusión de la prueba ilícita tenida en cuenta en primera instancia, ciertamente habrá permitido satisfacer las garantías procesales de la parte, pero no servirá para cambiar el resultado de la decisión definitiva, que volverá a emitirse con las propias palabras del tribunal de apelación, pero del mismo tenor al menos en el aspecto fáctico que la sentencia recurrida.

4.8.3.2 Prueba nueva y revaloración de la ya practicada:

Cuando sin embargo no se pide la práctica de una nueva prueba o la exclusión de otra, sino sólo una re-valoración de la prueba ya apreciada en primera instancia, no deviene preciso que la vista de apelación se dedique a repetir, por segunda vez, la práctica de los medios de prueba ya obrantes en autos, bastando con que los Magistrados accedan a la lectura del expediente y en su caso, a la reproducción audiovisual de la grabación de la vista de primera instancia cuando ésta se haya implementado por el Juzgado, de tenerse los medios técnicos.

Ni el CPCM ni los ordenamientos procesales civiles de nuestro entorno obligan a una nueva vista con contenido probatorio cuando el apelante impugna la sentencia sólo para que se re-valoren pruebas personales (testigos, peritos, interrogatorio de parte) de la primera instancia. Ello es necesario, únicamente, cuando se solicita la práctica de prueba nueva en apelación, como luego veremos al referirnos al acto de la vista.

4.8.3.3 Determinación de los supuestos legales:

Sentado pues lo que antecede, cabe hablar de "actividad de prueba en segunda instancia", para referirnos a los casos en que procede la admisión, y con ella la aportación (documentos) o práctica (pruebas personales) de un medio de prueba en apelación, por no haber podido disponerse de él en la primera instancia y concurrir causa justificada no imputable a la parte proponente, que puede ser a su vez tanto la apelante como la apelada, pues el derecho a la prueba en segunda instancia no se circunscribe a aquélla.

Las circunstancias que determinan dicha posibilidad de prueba *ex novo* están tasadas en el art. 514 CPCM a cinco; la primera de ellas deviene atribuible a un error o *arbitrariedad* del órgano judicial de primera instancia; la segunda quizá también a una negligencia de éste; y las tres últimas a motivos de fuerza mayor. Veamos:

A) Inadmisión indebida de un medio de prueba en primera instancia:

Presupone el cumplimiento por el proponente ante el órgano judicial a *quo*, de todos los requisitos exigidos por ley para que dicha prueba se hubiere admitido, es decir, tanto el haberla solicitado en tiempo y forma adecuados, como el resultar dicha prueba no ilícita a los efectos del art. 316 CPCM; además de posible (no una testifical sobre personas fallecidas o ilocalizables, o periciales o reconocimientos judiciales inejecutables, etc.); necesaria (para fijar los hechos); pertinente (relacionada con los hechos) y útil (relevante) para su defensa.

A virtud del efecto devolutivo del recurso, ya no es el Juzgado sino la Cámara el órgano que ha de resolver sobre estos extremos. No obstante, aunque la Cámara ha de reformular el juicio de pertinencia y utilidad de la prueba inicialmente inadmitida, no puede ni debe hacerlo a la luz del tenor de la sentencia recurrida, esto es, porque considere que la prueba va a servir para reforzarla o al contrario para debilitarla.

No es la prueba de la sentencia, es la prueba de la parte. La sentencia impugnada tendrá que anularse si se comprueba que debió dictarse contando con una prueba que no estaba, no al revés, no es la prueba la que deja de tener sentido porque ayude o no ayude a la sentencia impugnada. El marco de referencia de la pertinencia y utilidad en este caso de la prueba en apelación, lo constituye la pretensión de la parte proponente deducida en la primera instancia, sobre la cual alegó e intentó probar lo que a su derecho convenía.

Esto que decimos no resulta contradictorio con el carácter de *revisio prioris instantiae* de la apelación. El objeto del recurso sigue siendo ante todo la sentencia de primera instancia, no reproducir sin más el debate sustanciado ante el Juzgado.

Ahora bien, uno de los motivos para atacar la sentencia, justo el que ahora se examina, es el hecho de que la sentencia se halla viciada en cuanto al material de convicción sobre el que se pronunció, por faltar una o más pruebas que de manera probable habrían podido conducir a un resultado distinto. Por eso mismo se pide su admisión y/o práctica en segunda instancia; material de convicción éste que gira siempre por tanto sobre las pretensiones deducidas *ab initio*. Si la prueba se lleva a cabo, entraremos entonces en otro terreno distinto, el del juicio de fondo de la sentencia de apelación sobre el material de hecho y de Derecho, y los efectos de una eventual sentencia revocatoria de la impugnada.

B) Imposibilidad de práctica de un medio de prueba admitido:

Desde el punto de vista práctico resulta tan lesivo del derecho a la prueba (art. 312 CPCM) del justiciable el que ésta no se haya admitido, a que habiéndolo sido el órgano judicial no ponga los esfuerzos necesarios para procurar que la misma se practique y con ello acceda al

proceso la información que contenía, a fin de ser valorada en sentencia. Por eso resulta lógico encauzar esta hipótesis, también, en el cuadro de prueba permitida en apelación.

A su vez, desde el punto de vista jurídico, y en concreto en un plano orgánico y de competencia funcional, conviene tener en cuenta que en este segundo grupo de casos el medio de prueba ya ha pasado por un filtro previo, que fue justamente el de su admisibilidad en primera instancia, el cual superó (aunque, repetimos, a la postre no se practicase).

Por ello, cuando se plantea por la parte ante el tribunal de apelación el ordenar la práctica del medio previamente admitido, ¿puede negarse la solicitud, formulando la Cámara un nuevo juicio de pertinencia y utilidad de la prueba, concluyendo que ésta carece de uno o de otro, o queda vinculada por el criterio al respecto del Juzgado de procedencia?

Pues bien: dada la naturaleza ordinaria de la apelación, a la falta de limitaciones en los poderes de enjuiciamiento otorgados por la ley al tribunal *ad quem* en cuanto al objeto de cognición deducido, y que en estos casos dicho tribunal es el que ha de juzgar sobre el fondo, debe entenderse que por todo ello posee la potestad para formular nuevo juicio de legalidad, pertinencia y utilidad de la prueba, pudiendo denegarla no solamente cuando persistan las causas que impidieron hacerlo en la primera instancia, sino también cuando perciba que el medio de prueba carece de alguno de sus requisitos necesarios; que no debió admitirse en su día o que, en todo caso, carece de sentido permitirlo ahora.

No es un simple problema procesal de cosa juzgada formal de la decisión del a *quo* admitiendo la prueba: se trata de determinar a quién va dirigida ésta si se practicase, quién en definitiva va a valorarla y qué decisión es la que va a cerrar la instancia judicial.

Es el tribunal de apelación, no el Juzgado, el que tiene sobre sí esa responsabilidad y por ende resultaría abstruso negarle potestad para resolver sobre la entrada de esa prueba, con los mismos poderes que tuvo el juez de primera instancia.

O lo que es lo mismo, tal como si se tratase del supuesto anterior (prueba no admitida). De allí sin embargo no se deriva ninguna discrecionalidad de la Cámara para negar la solicitud, sin un razonamiento adecuado de por qué no estima que la prueba resulte ya pertinente o útil: todo lo contrario, su decisión al respecto debe ser apegada a la legalidad y puede de contrario desembocar en un recurso de casación, como veremos en el tema siguiente.

Aclarar por último, que la ley habla de no haberse podido practicar la prueba admitida, "en todo o en parte" (art. 514.2º *in fine* CPCM).

Lógicamente con esta dicción se está haciendo referencia bien a una pluralidad de medios de prueba del mismo tipo, de tal manera que varios de ellos han quedado sin practicar (caso típico de un grupo de testigos); o bien de un único medio de prueba respecto del cual la obtención de la información litigiosa sea posible fraccionar (un interrogatorio cumplido en parte; un cuerpo de documentos compuesto por varios folios, etc).

C) Documentos inexistentes (*nova reperta*):

En tercer lugar, aparecen los casos en que un medio de prueba, concretamente un documento, no ha podido ser propuesto durante la primera instancia porque no se había redactado a la fecha en que se cerró el plazo para formular proposición de prueba ante el Juzgado.

Los arts. 511 párrafo segundo y 514 párrafo segundo del Código, sólo hablan de "documentos relativos al fondo", descartando con ello cualquier otro medio de prueba, acaso por la presunción del legislador -en buena parte cierta- de que los demás medios de convicción y sobre todo los de carácter personal no puede decirse que existan antes o después de una instancia; en todo caso lo que puede ocurrir es que se ignore que el testigo o el perito poseen un conocimiento de los hechos controvertidos -o de máximas de experiencia útiles, caso del perito-, que podrían aportar ante el juez, pero entonces la hipótesis aplicable será la siguiente a ésta, la de la prueba desconocida. Con todo, debemos recordar que conforme al art. 343 CPCM serán tratados procesalmente como documentos, ciertos medios de prueba gráficos (dibujos, fotografías, planos, mapas, croquis "u otros instrumentos similares").

Distintamente, sin embargo, estarían excluidos de esta posibilidad de entrada en apelación, los medios audiovisuales de reproducción del sonido, voz e imagen (arts. 396-397 CPCM), a pesar de su utilidad práctica para haber podido captar hechos con relevancia en el caso, en una fecha posterior a la finalizar la proposición de prueba en primera instancia. Sin embargo, el 514 párrafo segundo no daría cobertura a su acceso en apelación.

Volviendo a los documentos, ya hemos precisado que la ley se refiere no a los de contenido procesal (sometidos a un régimen estricto de preclusión y cuya inexistencia, desde luego, de conectarse a la falta de un presupuesto del proceso determinaría el archivo de las actuaciones, ya por el Juzgado), sino a los que guardan relación con la cuestión controvertida ("relativos al fondo"). Y que además sean pertinentes y útiles, al decir los preceptos citados que en el documento de que se trate se viertan "elementos de juicio necesarios para la decisión" del pleito o causa.

En realidad, no se dice aquí nada sustancialmente distinto a lo que resulta de la aplicación de los parámetros generales de pertinencia y utilidad de la prueba, arts. 318 y 319 CPCM, que operan en toda instancia del proceso.

Para que pueda proceder su admisión en apelación, resulta necesario entonces que el documento haya sido creado, si se ventiló la contienda en primera instancia por los trámites de un proceso común, con posterioridad a la audiencia probatoria; y si lo fue a través de un juicio abreviado, con posterioridad a la celebración de la audiencia (mismo art. 514, párrafo segundo).

De esta manera, el legislador escalona tres niveles de acceso al proceso de los documentos de fecha tardía: a) como regla, su aportación con la demanda o la contestación –actor y

demandado, respectivamente- (art. 288), b) dispensa para hacerlo después aunque aún dentro de la primera instancia, en este caso por ser el documento "posterior" a los actos de alegación (art. 289 CPCM), y con el límite temporal que traza a su vez el arriba citado art. 514, vgr. la vista oral de contenido probatorio del proceso común o del abreviado; y c) siendo de fecha posterior a tal vista probatoria, su análisis queda relegado a la segunda instancia siempre que obviamente se promueva recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado y se pida la admisión del documento, por apelante o por apelado.

Para el primero de ellos, el momento de solicitarlo será con el escrito de interposición del recurso (art. 511 último párrafo), al que se acompañará el documento en cuestión, salvo que llegue a su poder en un momento ulterior, en cuyo caso –y explicándolo así-, podrá hacer la aportación en el acto de la audiencia (art. 514 párrafo segundo). El apelado, por su parte, dispondrá del acto de la audiencia para hacer la aportación (mismo art. 514 CPCM)., que es el trámite procesal en el que alega y prueba.

D) Prueba desconocida (*nova deducta*):

Con mayor amplitud, el Código autoriza a solicitar en apelación aquel medio de convicción, documental o no, que no hubiere podido proponerse en forma durante la primera instancia, por ignorarse su existencia o en todo caso su pertinencia y utilidad a los efectos de debate procesal concreto. Esto puede suceder en los casos siguientes:

1. Cuando acaezcan hechos que guarden relevancia con el asunto controvertido, en fecha ulterior a aquella en que se ha terminado de instruir la causa en primera instancia y se ha abierto ya el plazo para dictar sentencia (aunque ésta no se haya dictado): art. 514, 3º CPCM. En este primer supuesto, como puede percibirse, lo nuevo no es tanto –o no lo es necesariamente- la prueba en sí misma, sino los hechos sobre los que ésta va a proyectarse. Puede que esos hechos, a su vez, lleguen a acreditarse incluso por medios probatorios que ya fueron practicados por el Juzgado pero a otros efectos, por ejemplo solicitando una ampliación de las testificales previas o del interrogatorio a un perito ya traído a juicio, o bien que lo sean por medios hasta entonces inéditos. Lo cierto es que la novedad deviene ante todo causal, arranca con los hechos que afectan al *thema decidendi* y ello repercute en una entrada *ex novo* de la prueba pertinente y útil requerida a su demostración.

2. Cuando tratándose específicamente de documentos y prescindiendo de cuándo se crearon, la parte tenga noticia en todo caso de su existencia con posterioridad al acto de la audiencia probatoria –si era proceso común- o a la audiencia del abreviado –si fue éste- en primera instancia (arts. 511 último párrafo y 514 párrafo segundo CPCM). Se trata de dar aquí la misma solución legal que la ofrecida para los documentos de formación tardía a los que antes hicimos mención, de tal manera que también la aportación se hará para el apelante con el escrito de interposición, o en el acto de la audiencia, según el momento en que disponga de él.

La única especialidad que distingue el presente supuesto del anterior, estriba en que aquí se exige a la parte que "justifique que ha tenido conocimiento" de la existencia del documento

con posterioridad a aquel acto procesal, algo en sí innecesario claro ésta cuando el documento ni siquiera estaba redactado. Esa justificación, que la ley no define cómo ha de cumplirse, implica ante todo la carga de alegar las circunstancias en que se ha descubierto el documento y de las que puede inferirse, con arreglo a la experiencia y el sentido común, que la parte ignoraba o bien su existencia como tal, o bien su concreto contenido.

No arbitra el Código ningún incidente de prueba a este respecto, y por tanto a priori no se trata de tener que acompañarse de uno o más testigos que corroboren la versión de la parte. La prueba nueva lo es el documento y nada más.

Ahora bien, toda vez que la parte proponente del documento puede estar mintiendo, aunque los hechos que sirven a su justificación puedan tener la apariencia de verosímiles y en principio eso baste a la Cámara para admitir el documento, no deberá impedirse a la parte contraria el poder instar prueba dirigida a enervar esa justificación, o sea, dirigida a demostrar la extemporaneidad de aquella solicitud de la prueba documental porque la persona sí conocía su existencia y/o contenido, impidiendo así su valoración por el tribunal de apelación. Semejante prueba de la falsedad de la justificación, se sustanciaría entonces en la propia vista de segunda instancia del art. 514 CPCM.

E) Documentos indisponibles:

Finalmente y debe entenderse que fuera de todas las hipótesis anteriores, podrá instarse inclusive la admisión de un documento en apelación cuando éste no hubiera podido ser aportado en primera instancia "por alguna causa justa" (art. 514, párrafo segundo *in fine* CPCM).

A fin de no solapar situaciones, ha de colegirse que el problema no será ni de aparición tardía ni de inexistencia, sino de imposibilidad material de hacerse con el documento o de poder señalar el archivo o registro donde se encontraba a fin de que el Juzgado hubiera proveído a su entrega judicial (art. 288 segundo párrafo CPCM): bien porque conociendo su existencia y utilidad se ignora su paradero; bien porque se halla en posesión de la contraparte o de un tercero que se negaba a entregarlo (esto, con independencia de las sanciones procesales que tal manifestación de mala fe pudiera acarrear al sujeto responsable de tal conducta); bien, en fin, porque se había extraviado y apareció después.

En esta última modalidad, el momento más temprano de disponibilidad del documento ha de ser cualquier posterior a la audiencia probatoria de la primera instancia, que es el recogido por ese párrafo segundo del art. 514 CPCM.

Y aunque no lo precisa también para él, ha de darse por sentado que también aquí la parte proponente del documento deberá brindar cumplida "justificación" de las razones que le llevaron a aquella imposibilidad material desde que tuvo conocimiento de la existencia y contenido del documento; así como también deberá preservarse el derecho de la contraparte a demostrar su real extemporaneidad.

4.8.4 Procedimiento:

El nuevo Código apuesta por una tramitación del recurso de apelación articulada sobre dos criterios fundamentales: a) en lo orgánico, casi todo el recurso se sustancia ante el tribunal *ad quem* (la Cámara de Segunda Instancia), con apenas una primera actuación "instructora" del Juzgado a *quo*; b) en lo estrictamente procedimental, se apuesta por un modelo mixto de escritura (interposición) y oralidad de las actuaciones, con el que se espera alcanzar la concentración y rapidez de trámites, haciendo girar buena parte de la actividad procesal de las partes en torno al acto de la audiencia:

4.8.4.1 Interposición:

4.8.4.1.1 Plazo para presentarse:

El recurso debe formalizarse a través de un escrito que se consignará ante el propio órgano judicial que ha dictado la resolución impugnada, disponiendo el apelante para ello del plazo de cinco días (siempre cómputo procesal: días hábiles), contados desde el siguiente a la notificación de la resolución (art. 511 CPCM).

Este mismo plazo deberá observarse para el condenado en rebeldía, tal como señala el art. 287 párrafo 4º del Código. El rebelde dispone de la prerrogativa de instar el proceso de revisión de sentencia firme, siempre que la resolución llegue a su conocimiento con posterioridad a vencerse los plazos para recurrirla (lo veremos en el tema correspondiente). Sin embargo, si tal conocimiento se produce dentro del mencionado plazo de cinco días, contados desde el siguiente a la notificación de la sentencia, tendrá necesariamente la carga de interponer el recurso, en este caso el de apelación, si es que pretende que se declare su nulidad y se revoque.

De lo contrario, no sólo perderá la oportunidad de recurrirla sino que, tras consumarse la firmeza, no podrá alegar tampoco su condición de rebelde para instar contra ella el proceso de revisión. El citado art. 287 párrafo cuarto habla de interponer recurso dentro del plazo legal "sin perjuicio de que pueda plantear la revisión de la sentencia firme". Sin embargo, la dicción del precepto debe interpretarse siempre como el ejercicio de dos derechos impugnativos excluyentes entre sí; únicamente cuando el rebelde no ha podido promover recurso le quedará la vía de la revisión de sentencia firme, no de otra manera.

Lo que no tendría sentido es pensar en un derecho acumulativo del que aquél puede prescindir libremente, es decir, dejar de apelar –o de recurrir en casación- a pesar de poder hacerlo, simplemente porque prefiere ir a la revisión, poniéndole así en mejor posición procesal que al litigante común[328].

328 Algo que no guarda justificación porque lo que persigue la ley en estos casos, es contrarrestar una situación inicial de indefensión padecida por el sujeto por razones ajenas a su voluntad, pero no dotarle por su mera condición de rebelde en una posición superior. La cual incluye además la prerrogativa de ejercitar un mecanismo ciertamente perturbador de la seguridad jurídica, como es el proceso de revisión de sentencia firme, tolerado sólo en atención a una ponderación extraordinaria de intereses, que deja sin embargo de existir cuando se acredita

La clave en muchos casos radicará en si puede probarse que la persona tuvo o no conocimiento de la sentencia dentro del plazo para recurrir. Tal cosa no será problema si se le notifica personalmente (hipótesis a la que se refiere el art. 287 párrafo cuarto). Más complejo, por el contrario, resultará si la notificación ha de verificarse por tablero, art. 171, pues entonces será necesario un elemento externo que demuestre ese conocimiento *de facto*: quizá los datos que el propio interesado explique en su escrito de revisión de sentencia firme, quizá algún otro escrito introducido en esas fechas ante el órgano judicial con otro objeto, etc.

4.8.4.1.2 Condiciones del recurrente:

Por lo demás, toda persona que interponga el recurso de apelación deberá gozar para ello de la necesaria legitimación y del gravamen (perjuicio), derivado del contenido y efectos de la resolución impugnada, así como referirse a un sujeto que ha intervenido como parte en la primera instancia, o que no lo ha hecho a virtud de razones ajenas a su voluntad y conectadas con una situación de indefensión. Nos remitimos en cuanto a la condición de legitimado activo y el requisito del gravamen, a las consideraciones que ya hemos efectuado en el Título Primero (Disposiciones Generales).

4.8.4.1.3 Contenido del escrito:

El escrito de interposición ha de agotar toda la carga argumentativa necesaria, pues el apelante no dispondrá de otro momento para formular sus pretensiones. Por tanto, tras identificar la resolución objeto del recurso, la parte apelante –actor o demandado en la primera instancia- deberá articular de manera clara y separada, cada uno de los motivos que fundamenta su impugnación. Por tanto cada motivo contendrá: a) la especificación de cuál se trata (si infracción procesal o de fondo, y en este último caso, si inherente a la prueba o a la aplicación del derecho material); b) el pasaje o pasaje de la resolución que se considera afectada por cada motivo; c) la descripción de los hechos que originan cada infracción; y d) los razonamientos estrictamente jurídicos que sustentan la censura en ese punto de la resolución impugnada, con análisis del precepto o preceptos infringidos (procesales o sustantivos) por inaplicación o aplicación errónea.

En el caso de indefensiones procesales, habrá de explicarse por qué se considera cometida la misma, es decir, no sólo la infracción en sí del precepto regulador de la actuación que le ha sido prohibida judicialmente, sino el por ello le ha impedido alegar o en su caso probar en juicio y la trascendencia de esa privación, dada la relevancia del material de alegación o prueba que se tenía previsto aportar al proceso. A esta exigencia alude el art. 511 CPCM, en cuanto a distinguir en tal escrito cuál de las siguientes causas determina el motivo: "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 (…). Si se alegare 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".

que la persona pudo recurrir en plazo la sentencia y no lo hizo.

Por el contrario, el Código no condiciona la procedencia del recurso basado en infracciones procesales, como sí se hace en otros ordenamientos, al requisito o carga del apelante de haber sido diligente instando la reparación de la falta ante el propio órgano de primera instancia siempre que hubiere dispuesto de oportunidad para hacerlo (o sea, si se comete antes de dictarse la sentencia)[329]. Como el Código no lo exige, no cabe pedirlo judicialmente puesto que comportaría un óbice de procedibilidad que como tal ha de venir previsto por ley.

El escrito no necesita contener mención de las pruebas nuevas que en su caso quiera el recurrente que se practiquen en segunda instancia, pues la ley remite todo lo relativo a la proposición y práctica de prueba al ulterior acto de la vista oral.

Sin embargo, de querer aportarse un documento para su valoración al amparo en alguno de los supuestos ya examinados en el epígrafe anterior (art. 511, párrafo último) y quiera y pueda hacerse esa aportación con el escrito de interposición, es lógico que se incluya alguna consideración en el escrito para justificar el por que de esa aportación documental.

En cualquier caso, el escrito terminará solicitando aparte la admisión a trámite del recurso (aunque si no se formula carece de consecuencia práctica pues se sobreentiende efectuada) y sobre todo la de que el recurso sea estimado, con los efectos que al efecto se concreten y que han de corresponderse con los previstos en el Código y los que derivan de la naturaleza del vicio detectado.

4.8.4.1.4 Admisión a trámite:

Una vez recibido el escrito, el Juzgado a *quo* ostenta una función de mero control formal del recurso, debiendo limitarse a comprobar que el escrito lo es ciertamente de apelación; que se ha presentado dentro de plazo; y que se afirme tener legitimación para promoverlo (por haber sido parte, o tener derecho a serlo y sustanciarse el proceso a sus espaldas), sin efectuar el Juzgado valoraciones al respecto en uno u otro sentido (simplemente constatará que se ha hecho la afirmación de tal legitimación).

Tampoco se ha de extender su examen al requisito del gravamen, que comporta prácticamente siempre una valoración de fondo, a veces en efecto este es fácil de cotejar porque deriva de una estimación parcial de lo pretendido, pero el perjuicio también podría estar causado no en el fallo de la resolución, sino por los razonamientos efectuados por el Juzgado en alguno de sus fundamentos jurídicos, de tal modo que impute al apelante hechos o situaciones jurídicas que le resultan objetivamente perjudiciales. Ahí también podría haber gravamen. Quien debe revisar eso ha de serlo, por tanto y en todo caso, ha de ser el Tribunal *ad quem*.

No podrá por tanto el órgano a *quo* obstruir su continuación por cuestiones ligadas en uno u otro grado a los argumentos de los motivos del cuyo análisis queda ya a la jurisdicción del

329 El art. 459 in fine LEC señala: "Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello".

tribunal *ad quem*.

A este último se remitirá entonces lo actuado, notificando el Juzgado de ello a la parte recurrida (es decir, a todas las partes personadas en la primera instancia que no han apelado), para que pueda constituirse en el proceso de apelación ante la Cámara.

La competencia funcional del Juzgado en orden a la tramitación del recurso finaliza aquí, pero se mantiene en lo que concierne a la posible solicitud de ejecución provisional de la resolución impugnada (art. 512 último párrafo CPCM).

4.8.4.2 Admisión:

Una vez recibidas las actuaciones y designado Ponente, el tribunal de apelación estudiará la procedencia del recurso interpuesto, a efectos de acordar o no su admisión, así como, en caso positivo, se pronunciará también respecto de la prueba pedida o de los documentos aportados (art. 513).

Con todo, téngase presente que en esta fase del recurso el control sigue siendo esencialmente de de control de defectos formales (vgr., interposición en plazo, ser el órgano judicial incompetente; posible falta de representación procesal del recurrente; no haber afirmado su legitimación; no así el gravamen, que implica una valoración y por tanto no cabe revisarlo ahora), y por ende resulta análoga a la cumplida por el Juzgado anteriormente, bien que a éste ha podido pasársele por alto algún defecto de esta índole que la Cámara sin embargo sí detecta, impidiendo así que se tramite un recurso inútil.

Al contrario, cualquier aspecto que se halle conectado con alguno de los motivos en que se articula el recurso, deberá posponer su examen y decisión a la sentencia definitiva que haya de dictarse y la apelación por ende deberá admitirse a trámite. No porque no sea el Tribunal *ad quem* el competente para resolverlo, sino porque no es éste el momento procesal para ello.

La eventual concurrencia entonces de alguno de aquellos defectos propiciará la inadmisión del recurso, que se decretará por medio de un auto impidiendo así su continuación, deviniendo recurrible tal auto en revocatoria (art. 513).

El auto, además, podrá imponer una multa de entre dos y cinco salarios mínimos "al que hubiere abusado de su derecho", expresión esta última que deberá utilizarse con moderación tanto en cuanto a su propio uso, como al importe de condena.

4.8.4.3 Vista oral:

4.8.4.3.1 Finalidades.

Dando por sentado que el recurso entonces se admita, proveyendo en su caso sobre la solicitud de aportación de documentos o práctica de prueba, se convocará a las partes "dentro de los tres días siguientes" a producirse la admisión, para que asistan a una vista

oral en la sede del órgano judicial, la cual deberá celebrarse en el mes contado a partir del día siguiente a esa notificación (art. 513 segundo párrafo).

La inasistencia al acto del apelante se tomará como desistimiento tácito del recurso, lo que llevará a los Magistrados en ese mismo momento y constatada su ausencia, a declararlo desierto. La inasistencia del apelado no impedirá desde luego la continuación del acto, pero habrá dejado de aprovechar la oportunidad de la que disponía para defender la validez de la resolución impugnada y cuestionar los argumentos del recurso.

Si ambos litigantes han acudido, la ley prevé que la audiencia tenga un doble contenido: alegaciones de las partes empezando por el apelado -quien hasta ese momento no había sido oído-, y provisión sobre prueba de las partes en apelación (la presentada en ese mismo acto por el apelante, y la que promueva el apelado). Si sólo acude el apelante quedará reservada la sesión a este segundo cometido, salvo que éste no hubiere pedido prueba, en cuyo caso se dejaría lista la causa para sentencia.

4.8.4.3.2 Turno de alegaciones:

Situándonos en la hipótesis de que ambas partes asistieran, toca en primer término la oportunidad de intervención oral a la parte apelada (una o más personas, a la sazón constituidas como tales) para defenderse, a cuyos efectos podrá asumir alguna de las dos estrategias siguientes:

a) Oposición al recurso:

En este caso la parte recurrida alegará en primer lugar, si las tiene, las excepciones procesales que conducirían a la inadmisibilidad o archivo del recurso, y de no prosperar éstas o no invocarlas, planteará sus objeciones a los motivos de fondo deducidos por el apelante.

b) O distintamente, la adhesión al recurso. De ello nos ocupamos en el epígrafe siguiente.

4.8.4.3.2 Prueba y alegaciones finales (conclusiones):

Solicitada la admisión de documentos en este acto, por no haberse podido hacer antes, el tribunal proveerá dentro de la misma audiencia, conforme a las reglas que ya hemos analizado antes, así como respecto de la prueba a constituir con inmediación ante los Magistrados de la Cámara, la cual de admitirse en el acto se llevará a cabo de acuerdo a los requisitos y formas establecidos en el propio Código para cada medio de convicción. Precisa el art. 514.3º, que la resolución que se emita en ese momento rechazando uno o más pruebas pedidas, devendrá inimpugnable.

Tras la práctica de la prueba, que podría según su complejidad y número requerir de más de una sesión, se abrirá un nuevo turno de intervención oral de las partes (art. 514 último párrafo) para que ambas puedan recapitular, siempre en los estrictos términos del recurso/s

deducido (el inicial y en su caso el de adhesión), sobre la relevancia de sus argumentos y el resultado de la prueba recabada en apelación –resultado positivo o negativo, cada parte apoyará la postura que le interesa-.

También para que los Magistrados puedan pedir a alguna de las partes las aclaraciones que consideren oportunas, en cuanto a aspectos oscuros, ambiguos o contradictorios de su pretensión escrita u oral. Una vez completado este trámite, el asunto quedará visto para sentencia.

4.8.5 La adhesión al recurso de apelación:

4.8.5.1 Concepto:

De manera realmente escueta, el CPCM señala en su art. 514, párrafo primero, que en la audiencia se oirá a la parte apelada para se oponga "o para que se adhiera a la apelación". Y más adelante, al referirse a los pronunciamientos de la sentencia que ha de dictarse, se añade que ésta resolverá los puntos planteados en el recurso "y, en su caso, en los escritos de adhesión" (art. 515, párrafo segundo). De esta manera, con estas referencias legales se instituye el derecho tardío de quien por no apelar la resolución judicial dentro de plazo, había pasado automáticamente a adquirir la condición de parte recurrida y con ello a suponérsele a favor de la resolución y en contra del recurso, a poder desplegar una postura diferente, manifestando su voluntad de "adherirse" al recurso ya interpuesto.

4.8.5.2 Efectos:

¿Qué significado y alcance tiene esa adhesión? Obviamente, se trata ante todo de una impugnación de la resolución judicial, con lo que la parte apelada pasa a ejercitar procesalmente una legitimación activa, la del apelante por adhesión, quien inicialmente y por razones personales que no resulta preciso alegar ni justificar ante el órgano *ad quem* (acaso el haber sopesado como más conveniente no dar pie a un nuevo procedimiento, de resultado incierto) se había aquietado contra la resolución. Una vez arrastrado a la segunda instancia por la iniciativa de su contrario al apelar, aquél recobra su interés no sólo jurídico sino personal en obtener una decisión que revoque, en todo o en parte, la resolución dictada en aquello que le afecta.

Ahora bien, el problema aquí radica en determinar las consecuencias de esa manifestación de adhesión. Que no estamos hablando de una apelación autónoma y desconectada de aquella originalmente formalizada por la otra parte, parece evidente a la vista del término empleado por la ley[330] y el significado asignado históricamente a la apelación adhesiva, allí donde rige. Pero además, al hacerlo así el legislador ha desechado otras modalidades de

330 La Ley ha de interpretarse siempre a partir del significado propio de las palabras. El Diccionario de la Real Academia Española define la adhesión como "acción y efecto de adherir o adherirse, conviniendo en un dictamen o partido, o utilizando el recurso entablado por la parte contraria", o también como una "declaración pública de apoyo a alguien o algo". Una adhesión, por tanto, significa la asunción como propio de un planteamiento ajeno, e implica por ello una unidad de actuación, no una diversidad.

apelación tardía en derecho comparado en las que el apelado goza de autonomía de defensa y no halla trabas en los límites objetivos de su propio recurso[331].

Que la resolución impugnada ha de haber hecho algún pronunciamiento desfavorable para el sujeto, también deviene evidente, pues de faltar el requisito del gravamen (art. 501 CPCM) estaríamos hablando de un recurso carente de uno de sus presupuestos esenciales. Se puede guardar silencio o evacuar un escrito de mera conformidad con la apelación inicial, pero si el apelado ha obtenido en la resolución impugnada todo aquello a lo que podía aspirar en ese incidente o proceso principal –según sea-, nada de lo que alegue podría considerarse una adhesión a la apelación, esto es, de un segundo recurso –lo limitado que se quiera, pero recurso al fin y al cabo- engendrador de un correspondiente deber judicial de respuesta en la sentencia definitiva, que es a lo que lleva esta segundo opción del apelado regulada en el art. 514 CPCM.

Concedido y ejercitado entonces por el apelado su defensa en juicio, dispone el art. 514 en su primer párrafo que "en seguida" el tribunal oirá al apelante para responder a lo alegado por su contrario, sin que pueda éste aprovechar esta segunda ronda para añadir nuevos motivos a su propio recurso, ni las demás partes apeladas que no han presentado adhesión hacer nada distinto a oponerse a ésta.

4.8.5.3 Límites al derecho de adherirse:

La adhesión lleva consigo que el tribunal de apelación únicamente pueda atender y dar por correctamente deducidas aquellas afirmaciones del apelante por adhesión que se limite a sumar, dar por reproducidos, apoyar o pedir que se estimen, los motivos contenidos en el escrito de interposición. Mientras que, por el contrario, resultarán ineficaces y no se responderá, a los argumentos que pudieran configurar nuevos y diversos motivos de apelación respecto de los suscitados por el apelante inicial.

Pero también resulta perfectamente compatible con el modelo legal que se ha implantado, permitir al apelado que se adhiere aportar argumentos nuevos para la estimación del recurso, coincidan o no con los esgrimidos previamente por la contraparte, siempre que tiendan al mismo fin, pues de lo que se trata de es poder coadyuvar más eficazmente al control jurídico de la decisión impugnada. Lo que no incluiría es la posibilidad de imputar nuevas ni distintas infracciones jurídicas a la resolución impugnada por el apelante por adhesión, sea porque tal diversidad de infracciones puede suponer una sensible diferencia de efectos jurídicos ante una sentencia estimatoria (pensemos, por ejemplo, en una apelación original fundada en error en la motivación de la prueba, y una apelación adherida que aduce indefensión y la necesidad de retrotraer actuaciones desde el principio de la primera instancia), sea porque, en todo caso, no habría coincidencia entre recursos y, desde esa perspectiva, la presunta adhesión lo sería apenas en parte o prácticamente en nada.

331 El art. 461 LEC, que conscientemente evita utilizar el término "adhesión", se refiere a las dos opciones del apelado, como "oposición al recurso e impugnación de la sentencia (…) en lo que le resulte favorable".

Existirá, siempre además, una doble frontera intransponible –con flexibilidad o sin ella-, so pena de desnaturalizar el instituto de la adhesión para convertirla en un puro y nudo segundo recurso de apelación autónomo, algo que, insistimos, creemos no ha sido lo querido por el legislador.

Esa doble frontera es que no podrá alterarse ni el objeto del recurso original (la resolución judicial inicialmente apelada), ni el *petitum* de esa adhesión podrá ir más allá de la nulidad, pues para intentar reivindicar la declaración de derechos o situaciones jurídicas individualizadas, o pedir condenas a su favor, tendría que haber apelado al principio.

4.8.6 Decisión del recurso:

4.8.6.1 Forma:

1.1.- Sustanciado el procedimiento, prevé el art. 515 CPCM que el tribunal podrá dictar sentencia justo después de cerrarse la audiencia ("de inmediato"), se entiende que lo haría entonces de manera verbal y siempre que lo considere posible ("pertinente", dice el precepto), atendido el grado de sencillez del recurso. De lo contrario, dejará la causa vista para sentencia, empezando a correr un plazo legal de veinte días para dictarla, a contar desde el siguiente al cierre de la audiencia (art. 515).

1.2.- La reforma parcial del Código de 2010, ha introducido no obstante la exigencia de que el tribunal, "en todo caso", anuncie verbalmente el fallo al término de la audiencia, aun si optase por su ulterior redacción escrita en los plazos mencionados (nuevo inciso final del párrafo primero del art. 515).

Esto obligará a los Magistrados de la Cámara al estudio previo y a fondo del expediente de cada uno de los recursos, antes del día de la vista (probablemente en su víspera), pues de lo contrario, difícilmente y con la mera inmediación de las pruebas puede saberse ya la solución jurídica del caso, sin la cual a su vez no puede emitirse el fallo. En la práctica, parece lógico que esta regla propicie de ser necesario, que se suspenda por unos minutos las audiencias una vez realizados los actos de prueba, para que la Cámara se retire a deliberar y cuando tengan ya el fallo, volver a abrir la sesión para pronunciarlo.

1.3.- En el caso de que el tribunal de apelación se decante por una sentencia in voce (no simplemente por adelantar el fallo), se plantea la duda sobre su extensión: el articulado de la apelación nada indica, mientras que el supletorio art. 222, aplicable a la primera instancia, distingue según se traten de procesos abreviados y especiales (se adelanta el fallo y una sucinta motivación), u ordinarios (únicamente el fallo).

Esta distinción, sin embargo, resulta poco útil para la segunda instancia donde además de tratarse de un cauce procedimental único, no se persigue como objetivo el asegurar una posible firmeza inmediata de la sentencia por conformidad de todas las partes, entre otras cosas porque esa firmeza devendrá en muchos casos inminente ante la dificultad y carácter extraordinario del recurso de casación y la posibilidad de interponerlo.

4.8.6.2 Congruencia:

Pasando al contenido de la sentencia, destacarse que ésta deberá guardar el deber judicial de la debida congruencia –que se configura en paralelo como garantía o derecho del justiciable-, en relación tanto de los motivos del escrito de interposición, como de lo alegado de contrario por el apelado, y en su caso de la adhesión a la apelación (art. 515, párrafo segundo).

La sentencia en todo caso contendrá el pronunciamiento que corresponda en torno a las costas causadas en la apelación, y las de primera instancia si resulta procedente modificar lo dispuesto en su día por el Juzgado sobre estas últimas, también a resultas de si la apelación se estima o no.

4.8.6.3 Efectos:

4.8.6.3.1 Distinción entre los conceptos de estimación –total o parcial- y desestimación del recurso:

A fin de precisar los efectos derivados de la declaración con lugar del recurso de apelación, habrá que considerar dos aspectos fundamentales: la diferencia en primer lugar entre sentencia estimatoria y desestimatoria; y en segundo lugar las diversas consecuencias que depara en concreto la declaración con lugar de alguno de los motivos del recurso.

Por lo que atañe al primer aspecto, conviene partir de dos presupuestos conceptuales que sirven para medir el grado de estimación de las decisiones, tanto de apelación en este caso como de cualquier otro recurso devolutivo.

A saber: a) la sentencia de apelación resuelve ante todo las pretensiones de apelación, y sólo eventualmente las de primera instancia; y b) las pretensiones de apelación, como antes comentamos, presentan por así decirlo dos escalones: la solicitud de que se reconozca en la resolución judicial impugnada un determinado vicio o error jurídico y, la segunda solicitud, conectada a la anterior: que se modifique la resolución en todo o en parte, y se dicte otra que resulte conforme a Derecho y satisfaga los intereses de la parte apelante.

Pues bien, siendo ello así, resulta evidente que un recurso de apelación debe considerarse "estimado en parte", en cuanto la sentencia declare con lugar alguno de los motivos alegados en el escrito de interposición (y en su caso en el de adhesión) y ello traiga consigo una nulidad de una parte de la resolución recurrida, aunque sea en los razonamientos que integran su ratio decidendi, obligando a sustituirlos por otros. Sin embargo, para que haya "estimación" total del recurso resultará preciso además que la resolución recurrida:

1. Cuando se funde en motivos procesales, sea declarada nula en su totalidad y se establezcan los efectos procesales pedidos por el recurrente (retroacción hasta un cierto punto e instancia; o el archivo definitivo del proceso), pues de no otorgarse todo lo que se pide porque no lo permite la ley, será estimación parcial; o bien,

2. Aunque no se anule del todo sí que deba de dictarse un fallo distinto, dando la razón al recurrente. Si ocurre sólo lo primero, será estimación parcial; o bien,

3. Cuando deba completarse el fallo original por un punto controvertido no juzgado que de tal guisa se subsana (por ej., incongruencia omisiva), siempre que el recurso no contenga otras peticiones que a su vez deban rechazarse, en cuya tesitura la estimación será parcial.

Todo ello, como puede verse, dependerá a su vez de la naturaleza y magnitud del error perpetrado, puesto que si la infracción cometida concierne a un presupuesto o garantía del proceso, o a requisitos de validez de los actos que componen el procedimiento, deviene inevitable la revocación de la sentencia impugnada, lo que implica generalmente por ello la estimación total, salvo que el recurso, repetimos, reivindique un efecto procesal incorrecto derivado de la nulidad y este último no pueda ser concedido. Sin embargo:

a) Si la infracción atañe a una exclusión indebida de un medio de prueba, que de tal modo se subsana, o a la inclusión indebida de dicha prueba que así se declara ilícita e invalorable de nuevo, dado que el órgano de apelación tiene que elaborar un juicio de valoración probatoria que sustituya a la de la sentencia recurrida, ha de entenderse estimado el recurso por esta circunstancia, que se convertirá en estimación sólo parcial si la nueva valoración lleva al mismo resultado de hechos probados que el sustentado por el órgano a *quo*, y a su estimación total si además se modifica esa relación de hechos probados y con ello el fallo.

b) Cuando el vicio afecte a la sentencia como acto procesal, tanto por falta o defectos de motivación, como de incongruencia, habrá que determinar si la subsanación del error o defecto comporta sustituir o modificar el tenor de la decisión impugnada, lo que a su vez dependerá del grado de inmotivación o del tipo de incongruencia y su alcance, como veremos en el punto siguiente. Toda apreciación de incongruencia, en concreto, deparará una modificación de la sentencia impugnada (hay por ello estimación del recurso, al menos parcial), pero no toda influirá en un cambio en el fallo de ésta.

c) Finalmente, en este recorrido entre estimación total o parcial, tenemos que si la infracción atañe directamente al fondo controvertido, ya sea por errónea valoración de la prueba aunque no haya supuesto exclusión o inclusión indebida de un medio de convicción (sino porque las que obran en autos están mal valoradas[332]), ya sea la interpretación y aplicación de la norma sustantiva, en tales casos la estimación del recurso tiene lugar en cuanto se admite la ilicitud de la resolución recurrida merced

332 Piénsese por ejemplo que en el motivo de apelación se argumente que la sentencia recurrida negó valor a lo declarado por un testigo sin razón alguna o, sencillamente, no tuvo en cuenta el dicho del testigo por un descuido. Estimado el motivo, el tribunal de apelación, sin embargo, en la labor de valorar de nuevo toda la prueba, puede llegar a la conclusión de que el testigo no era decisivo, o que existen otros medios de prueba más convincentes respecto de aquél, que siguen sirviendo para respaldar la decisión de la sentencia recurrida, por lo que no procede revocarla.

al error y se procede a su corrección. Si a la postre ello determina un cambio en el fallo, habrá estimación total del recurso.

Alcanza su importancia todo lo que acaba de señalarse, en fin, no sólo por razones de estricta técnica procesal, sino también prácticas, para no ir más lejos en cuanto a la imposición de las costas en apelación, las cuales por remisión a los criterios de primera instancia (arts. 275 y 272), se rigen por el principio del vencimiento, esto es, cuando la parte "haya visto rechazadas todas sus pretensiones". No podrá hablarse de tal vencimiento, pues, cuando, aunque no se produzca modificación en el fallo, sí se declare con lugar el error jurídico denunciado.

4.8.6.3.2 Efectos de la desestimación:

Sentado lo que antecede, tenemos en primer lugar que la sentencia de apelación podría resultar desestimatoria en su totalidad del recurso, y por tanto tras desarrollar las argumentaciones que resulten menester y contestar negativamente a todos los motivos interpuestos, confirmará la resolución impugnada, que devendrá firme o no, según que todavía contra ella quepa recurso de casación (ver tema siguiente).

Incluirá, en ese caso, el pronunciamiento de las costas causadas en el recurso, imputándolas al apelante o al apelado si hay vencimiento total, o sin condena en caso de estimación parcial (art. 275, en relación con el 272 CPCM).

Nada excluye además la posibilidad de un posible mecanismo de autocomposición, unilateral o bilateral de las partes, para evitar que haya sentencia en el recurso. Nos remitimos a lo explicado en el tema anterior sobre este particular, en relación con todos los recursos.

4.8.6.3.3 Efectos de la estimación:

De declararse la estimación, total o parcial de los motivos del recurso, los efectos de tal sentencia dependerán como es lógico de la naturaleza del error apreciado. A priori, es posible distinguir tres hipótesis principales:

A) Infracciones procesales previas a la Sentencia:

Tratándose de la estimación de un motivo atinente a la falta de un presupuesto del proceso, o a la vulneración de una garantía procesal de las partes, o a un déficit de prueba, o a la omisión o indebida realización de actos procesales, su apreciación afectará de manera causal al juicio de fondo de la Sentencia recurrida, haciéndolo nulo del todo.

Lo que se plantea es si estimado el motivo, puede o no entrar el tribunal de apelación a juzgar sobre dicho fondo controvertido de la primera instancia o si debe devolver la causa al órgano de procedencia. Al respecto, el enjuiciamiento de las pretensiones originales por el tribunal de apelación sólo tendrá lugar, precisa el propio Código, si aquél dispone de los "elementos

de juicio suficientes para decidir"[333]. Por tanto y si careciere ellos, se entiende que se limitará a anular la resolución impugnada, devolviéndolas al momento procesal oportuno para que la contienda se reanude ante el órgano judicial inferior, a partir de ese punto.

El enunciado del art. 516 CPCM, sin embargo, no resulta en este aspecto muy preciso, pues el problema no radica, o no radicará casi nunca, en si el tribunal *ad quem* carece de los datos para resolver la cuestión de fondo controvertida[334], sino en si puede procesalmente hacerlo, atendiendo a la magnitud y consecuencias de la falta procesal cometida. Así:

a) Desde luego, no podrá nunca entrar en el fondo, pero tampoco reenviar el asunto al inferior para que éste lo continúe, cuando falta algún presupuesto procesal (falta de jurisdicción o de competencia objetiva; o de capacidad procesal de alguna de las partes, etc) o un óbice procesal insubsanable (litispendencia o cosa juzgada). El proceso queda invalidado en su totalidad y únicamente quedaría pendiente la alternativa de una nueva contienda desde el principio, si ello resulta factible en atención al vicio apreciado (por ej., en casos de incompetencia, y si no surge ningún otro obstáculo, puede volver a interponerse demanda ante el órgano competente).

b) Si la falta concerniera más bien a una vulneración de las reglas de procedimiento, o a una indefensión, devendrá la nulidad total o parcial del proceso, con retroacción de actuaciones aunque al menos el inferior podría reanudar el procedimiento a partir del momento en que se produjo la falta.

   Como quiera que fuera, en esta segunda hipótesis el tribunal *ad quem* no puede resolver sobre el fondo, porque la causa ha de retroceder a la primera instancia.

c) Únicamente las indefensiones derivadas de la falta de prueba, en alguna de las modalidades que hemos examinado antes (inadmisión indebida, *nova reperta*, etc.) pueden sanarse en la apelación a través de su pertinente solicitud y, de concederla el tribunal competente y materializarse su aportación y/o práctica, dará paso a un nuevo enjuiciamiento de los hechos y necesariamente también por ello, a un nuevo análisis jurídico-sustantivo de éstos.

d) En las infracciones de la Sentencia como acto procesal, habrá que distinguir entre los defectos externos e internos.

   Los de la primera clase pueden o no ser invalidantes, según de cuál se trate: son invalidantes los que conciernen a las reglas para la formación de la decisión colegiada, y las que atañen a ostentar correctamente el cargo de juez –no apartado

333 Textualmente, el art. 516 señala que el tribunal, tras apreciar la infracción de carácter procesal, pasará a resolver sobre "la cuestión o cuestiones que sean objeto del proceso".

334 En puridad, sólo si el expediente viniera incompleto y no pudiera reconstruirse, es que se podría hablar de una falta de los "elementos de juicio" necesarios para resolver. Luego, si el tribunal de apelación si tiene los hechos, y como no puede ser menos conoce el Derecho a virtud del *iura novit curia,* puede siempre o prácticamente siempre enjuiciar el objeto litigioso.

por causa legal de la carrera judicial, temporal o definitivamente - cuando se emite la decisión y se firma).

No son invalidantes, sin embargo y como regla general, los que conciernan a una motivación defectuosa de la resolución (por falta de dicha motivación, o por empleo de frases ambiguas u oscuras), salvo que nos enfrentáramos ante una hipótesis de afirmaciones incoherentes y contradictorias entre sí que tornaran toda la resolución en una quiebra lógica, haciéndola nula del todo.

Por su lado, en cuanto a la incongruencia como vicio interno de la resolución, también procede hacer distinciones. Respecto de la llamada incongruencia omisiva o ex silentio, ésta podría versar en primer lugar sobre la falta de enjuiciamiento de alguna de las varias peticiones de tutela formuladas de la demanda o la reconvención deducidos, por ejemplo en los casos de acumulación simple de peticiones (que se reconozca un derecho, más la condena al pago de una prestación principal, más la condena a otra accesoria); o bien cuando se insta una prestación inicial y otra subsidiaria para el caso de rechazarse la anterior, siendo que tal rechazo en efecto tiene lugar y sin embargo el Juzgado no resuelve la prestación subsidiaria.

En todos estos casos (incongruencia omisiva sobre un *petitum*), la apreciación de que ha habido tal silencio y la necesidad de subsanarlo, entrando a juzgar sobre la concreta tutela impetrada, provocará necesariamente un cambio en el fallo recurrido si se concede la prestación de que se trate (estimación total), aunque no si la deniega (estimación parcial).

Pero también la incongruencia omisiva puede aludir a la falta de enjuiciamiento del título o causa de pedir en el que se asentaba la pretensión. Aquí la estimación traerá consigo una alteración del fallo únicamente cuando tal causa de pedir posea relevancia jurídica bastante para conceder la razón a dicha parte, en su pretensión de fondo.

Esto último también operará cuando se trata de la llamada incongruencia extra petita.

e) Finalmente y como ya puntualizamos antes, en las infracciones sobre alguna de las facetas del juicio de fondo, cuando sea posible acceder al análisis de este último, la declaración con lugar del motivo consiguiente llevará al órgano de apelación a ejercitar una jurisdicción tanto negativa anulando los pronunciamientos inválidos, como subsiguientemente positiva, estatuyendo de nuevo sobre el fondo de la primera instancia (total o parcialmente, según el alcance del motivo).

Todo ello conforme al art. 517 CPCM, que impone el deber de "resolver la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso", tanto en cuanto a la fijación de los hechos y el Derecho sustantivo (si es un error sobre la valoración de la prueba, acto seguido debe calificar jurídicamente los hechos que deban tenerse por cierto

y deducir sus consecuencias legales), o únicamente sobre esto último si la infracción deviene exclusivamente material.

Contra la sentencia de apelación sólo cabrá recurso de casación, en los casos y con los requisitos establecidos por el Código, a los que ahora prestaremos atención.

4.9 RECURSO DE CASACIÓN

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Concepto y resoluciones recurribles.- II.- Motivos del recurso: II.I.- Su presupuesto: la infracción jurídica.- II.II.- Motivos de fondo.- II.III.- Motivos procesales ("de forma").- III.- Procedimiento: 1. Interposición.- 2.- Admisión.- 3. Vista oral.- IV.- Decisión del recurso.-

4.9.1 Concepto y resoluciones recurribles:

4.9.1.1 Concepto:

El recurso de casación es un recurso extraordinario que procede contra determinadas resoluciones judiciales y en atención a motivos tasados, cuya finalidad es velar por una correcta y uniforme aplicación del ordenamiento jurídico por los tribunales de instancia, al tiempo que tutela los derechos concretos de quienes actúan como partes en cada recurso.

La historia de la casación en El Salvador puede resumirse como la crónica de su alternatividad frente a la tercera instancia, y la opción adoptada por el legislador –y en ocasiones hasta por el constituyente- de cada momento histórico, sobre cuál ha de ser el mecanismo de defensa más apropiado para culminar la actividad de Administración de Justicia, con plena garantía de seguridad jurídica sin prescindir de un fin de justicia individual.

Habiendo regido en una primera etapa entre 1883 a 1886, en que fue suprimida por la Constitución de ese último año que crearon las Cámaras de Tercera instancia, retornó en 1953 con la aprobación de una Ley reguladora, trayendo consigo de nuevo la liquidación de la tercera instancia.

Ahora, el CPCM, que ha derogado la Ley de 1953 –varias veces reformada por cierto en estos años-, ha mantenido la tradición jurídica patria heredada de la española, y por lo demás presente en la mayor parte de los países del mundo, de confiar un último instrumento de revisión de resoluciones judiciales a un órgano único y centralizado, como es la Corte Suprema de Justicia, pero con cuyas decisiones, al margen de su trascendencia para el caso concreto, se intentan –y de ordinario se consigue- cumplir determinados fines de política judicial general, ajenos a una justicia de mera instancia.

No es posible, en efecto, contemplar el recurso de casación simplemente desde la perspectiva del derecho del justiciable a una tercera oportunidad de re-examen de su contienda, no sólo porque el derecho al recurso en sus diversas articulaciones representa un derecho de configuración legal como ya vimos, sino porque es evidente que al margen de la realidad de la comisión de errores por los tribunales de apelación, en todo caso minoritaria, no puede desconocerse que las causas que llegan a la Corte han atravesado ya por el filtro judicial de dos instancias, lo que con carácter general puede considerarse como suficiente.

De modo, pues, que la tutela del recurrente –y del recurrido-, el llamado ius litigatoris, no puede explicar por sí misma la existencia de la casación, sino que ésta se halla conectada en buena medida también, con un fin general de irradiación de la seguridad jurídica (el *ius constituionis*) al imponer la ley que sea el tribunal supremo y superior en todos los órdenes jurisdiccionales, en este caso civil, el que pueda y deba pronunciar una única palabra en torno a la interpretación y aplicación de las fuentes del ordenamiento: la jurisprudencia, referencia uniformadora de los criterios jurídico-judiciales; censurando con ello la aplicación inadecuada de las normas (nomofilaxia). El recurso de casación ha discurrido desde sus orígenes y de acuerdo a los distintos países por crisis y reformas de diverso calibre; mutable el catálogo de resoluciones impugnables y la inclusión o no de ciertos principios (como la oralidad) en el procedimiento. Contra cambios y revoluciones, sin embargo, ha soportado la casación el paso de los siglos y sigue estando ahí, pues deviene innegable que los fines para los que ésta se ha creado siguen considerándose imprescindibles en un Estado civilizado de Derecho.

4.9.1.2 Resoluciones recurribles:

2.1.- De acuerdo a lo establecido en el CPCM, el recurso de casación cabe solamente contra determinadas resoluciones judiciales, y esta restricción configura una de sus notas características como recurso extraordinario. En concreto, cabe contra sentencias y autos pronunciados en apelación, lo que elimina la posibilidad de casación *per saltum* desde la primera instancia, y siempre que se hallen dentro de alguno de los siguientes supuestos:

a) Si son sentencias, han de referirse a pretensiones ventiladas en su primera instancia por un proceso declarativo ordinario (proceso común y abreviado), o por un proceso especial de los regulados en el mismo CPCM o en leyes especiales de naturaleza civil o mercantil (art. 519.1º), sin que sea necesario tratándose de sentencias que existan preceptos específicos que así lo prevean, pues basta al efecto con el dictado general del art. 519335.

   Se impone sin embargo una limitación: la Sentencia no podrá carecer por ley del efecto de cosa juzgada material, pues de ser así queda excluida por ello del recurso (art. 520 con carácter general, y último inciso del art. 515 para las sentencias del abreviado –inciso éste introducido por la reforma parcial de 2010-).

   Seguramente lo estipula la Ley de este modo por entenderse que en tales situaciones el camino más rápido para eliminar la validez de la resolución que se censura, es lograr su sustitución por otra nueva en un proceso de instancia.

b) Los autos han de haber sido dictados en el ámbito de los mismos procesos declarativos civiles o mercantiles cuyas sentencias permiten casación (ver apartado anterior), o haberse dictado en juicios ejecutivos fundados en título valor (519.1º).

335 Con todo, se encargan de avisar que procederá "en su caso", el recurso de casación contra las sentencias de apelación dictadas en rebeldía y en materia posesoria, los arts. 287 párrafo cuarto y 476 CPCM, respectivamente.

c) En tercer lugar y fuera ya de los litigios civiles y mercantiles, también permiten casación las sentencias definitivas (no autos) dictadas en apelación al amparo de la Ley Procesal de Familia (519.2º)[336] y del Código de Trabajo[337] (519.3º). Para estas sentencias se entiende que también opera la limitación derivada de la ausencia de cosa juzgada[338], pues el precepto es genérico.

2.2.- Por lo demás y si bien no resultaba necesario mencionarlo, pues quedan ya excluidas por su condición de actos extrajudiciales, añade la ley (art. 520 CPCM), que no cabe casación respecto de las resoluciones adoptadas por los notarios en asuntos de jurisdicción voluntaria (los casos previstos por la LENJVD de 1982[339]).

2.3.- Apuntar además que la Ley no ha optado por exigir en los asuntos valorables económicamente, una cuantía mínima del pleito para poder recurrir (requisito de la *summa gravaminis*). Se acentúa en este punto el fin del ius constitutionis de la casación civil salvadoreña, al permitir su interposición con independencia del perjuicio que la resolución ha podido causar al patrimonio del recurrente, importando más bien sobre todo la existencia de un vicio jurídico que debe erradicarse, y el evitar que esos límites cuantitativos deriven en la falta de control en casación de materias y relaciones jurídicas socialmente importantes y frecuentes.

4.9.2 Motivos del recurso:

4.9.3 Su presupuesto: la infracción jurídica:

Como hemos indicado, la casación es un producto histórico adaptado a las necesidades jurídicas de cada país. Posee realmente unos caracteres básicos uniformes derivados de su carácter extraordinario y restringido, pero no se puede decir que la casación significa o deja de significar ella misma porque incluya o deje fuera determinadas parcelas de control jurisdiccional.

336 Los arts. 147 y 148 LPF mencionan con carácter genérico la recurribilidad de las diversas resoluciones dictadas por los Jueces de Familia, en sede de revocatoria, apelación y casación. Este último recurso, en cuanto a su interposición y tramitación, lo será "conforme a las reglas de la casación civil". Es el art. 519.2 CPCM la que lo limita a las sentencias.

337 Según el art. 586 CT: "Sólo podrá interponerse recurso de casación contra las sentencias definitivas que se pronunciaren en apelación, decidiendo un asunto en que lo reclamado directa o indirectamente en la demanda, ascendiere a más de cinco mil colones y con tal de que dichas sentencias no sean conformes en lo principal con las pronunciadas en primera instancia.
Los reclamos de salarios caídos, vacaciones y aguinaldos proporcionales, no serán tomados en cuenta por el tribunal al hacer el cálculo de la suma total de lo reclamado en la demanda".

338 El art. 83 LPF establece que: "Las sentencias sobre alimentos, cuidado personal, suspensión de autoridad parental, tutorías, fijación de regímenes de visitas, deber de convivencia y todas aquellas que no causan cosa juzgada de conformidad al Código de Familia, podrán modificarse o sustituirse de acuerdo a la Ley.
En el caso de las medidas de protección de menores, el Juez las revisará de oficio cada seis meses, a fin de mantenerlas, sustituirlas, modificarlas o cesarlas".

339 Incluyendo la modificación de la facultad de establecimiento subsidiario del estado civil o la muerte de una persona, art. 12 modificado por Decreto Legislativo nº 242, de 8 de enero de 2010.

Que ello es así, trae consigo, en primer lugar, una opción de política legislativa en torno al alcance objetivo que cabe dar al recurso, esto es, si seguir confiando en él la nomofilaxia y uniformidad jurisprudencial del ordenamiento procesal y del sustantivo, o eliminar alguna de ellos de su control para hacerlo cuantitativamente más manejable.

Pues bien, el nuevo Código apuesta por mantener en casación el doble control de la normativa sustantiva y procesal, como se desprende de sus artículos 522 y 523. Una opción no solamente legítima –por todo lo que hemos acotado- sino positiva y conveniente, tanto desde la perspectiva de su evidente valor igualitario entre las fuentes del ordenamiento jurídico (no es más importante ni puede serlo, para entendernos, proporcionar criterios ciertos de exégesis a los preceptos sustantivos y no a los procesales, ni viceversa), como desde la constatación de que una pluralidad de órganos últimos aplicadores de todo un sector jurídico, aun sea el procesal, sin nadie que los uniforme, alentaría la dispersión de criterios y con ello la diferencia de trato entre justiciables.

De manera no diferente en realidad a como ocurre en el recurso de apelación, el art. 521 CPCM entroniza el objeto del recurso de casación alrededor del concepto de "infracción jurídica", en el sentido de que las pretensiones de la parte recurrente no pasan por una reiteración de las pretensiones de primera instancia, sino ante todo de un cuestionamiento a una resolución judicial, de modo que sólo en la medida en que a ésta -la impugnada- pueda atribuírsele una infracción del ordenamiento, y si no concurren obstáculos procesales que lo impidan, podrá entrar a juzgarse sobre la situación material de las partes instaurada por dicha resolución recurrida, como ya vimos en apelación y volveremos sobre ello aquí.

El art. 521 señala que el recurso de casación tiene por objeto una "infracción o errónea aplicación de la norma de derecho", términos ambos que han de reputarse sinónimos y con los que no se pretende distinguir situaciones distintas.

El concepto genérico de *infracción* basta para dejar cubiertas sus distintas modalidades, pero el uso alternativo de la frase "errónea aplicación" no debe generar ninguna limitación cognitiva ni debate dialéctico carente de sentido. A lo que en definitiva se hace referencia con ambas expresiones es a la antijuridicidad de la resolución impugnada.

La infracción jurídica, pues, puede proyectarse sobre tres grandes áreas, que ya identificamos en el recurso de apelación y que ahora expondremos siguiendo el orden que sigue la Ley para el recurso de casación: a) el enjuiciamiento de la cuestión de fondo (vicios *in iudicando*), b) las normas para la tramitación del proceso y, c) las normas reguladoras de la sentencia (o el auto) entendido como acto estrictamente procesal (estos dos últimos, vicios *in procedendo*).

El Código articula el sistema de causas para acceder a casación mediante la técnica de contraponer un enunciado abierto, que trata de la "infracción de ley o de doctrina legal" (art. 522), frente a un listado cerrado de infracciones genuinamente procesales (art. 523). Contraposición de la que se colige que el enunciado abierto se refiere a su vez al control de las normas aplicadas para el enjuiciamiento de las pretensiones materiales. Tenemos así:

4.9.4 Motivos de fondo:

4.9.4.1 Normas sujetas a control:

1.1.- Se impone ante todo efectuar dos precisiones acerca del ámbito objetivo de este motivo casacional. La primera es que el Código, al hablar de "ley" o de "doctrina legal" como veremos en su art. 522, no está delimitando cuál es el contenido de las normas concernidas, o si se prefiere decir así, la faceta del enjuiciamiento de fondo tutelada a través de este motivo casacional. Desde luego, no es de dudar que se refiere básicamente a las normas sustantivas que contemplan el supuesto de hecho controvertido. Pero no son únicamente de esta especie, por cierto, las reglas que ordenan el enjuiciamiento de fondo. No lo son, en concreto:

a) Las que regulan el instituto de la legitimación procesal en cualquiera de sus variables (tipos de legitimación, pluralidad de legitimados, intervención de terceros, sucesión procesal) y que por las razones que daremos más adelante (ver Infra, en los Motivos procesales y el control de los presupuestos subjetivos) no han sido incluidas en el listado del art. 523 CPCM;

b) Las que permiten y regulan la fijación de los hechos del caso:

-- Bien sea al margen de la prueba, por ejemplo cuando se produce por admisión de las partes o por notoriedad judicial (art. 314 CPCM).

-- Si por el contrario y como sucede la mayor parte de las veces, resultaba necesario acudir a la actividad de prueba, devienen igualmente procesales y no sustantivas las normas que otorgan valor a los distintos medios de convicción (prueba tasada, y libre valoración),

-- De no haberse propuesto prueba, o no ser eficaz la practicada para convencer al juez, habrá que atender a las reglas de distribución del *onus probandi* (art. 321), a fin de determinar cuál de las partes ha de sufrir las consecuencias de esa falta de prueba.

Todas estas normas que intervienen –o pueden intervenir- tanto en la imputación subjetiva de la pretensión (legitimación), como en la confección de la premisa fáctica del juicio de fondo, no ofrece ninguna de ellas cabida en el listado del art. 523 CPCM, dedicado a las infracciones procesales y al que luego haremos alusión. Por tanto, este grupo de infracciones ha de tener su cobertura casacional en esta primera modalidad de infracciones del art. 522 CPCM, a la par que la perpetrada sobre la legislación material, porque también aquéllas influyen directamente en el contenido del juicio de fondo.

1.2.- Segunda precisión: tampoco el precepto citado delimita el marco de las relaciones materiales afectadas ni el rango de las normas sujetas a control. Con carácter general, resulta evidente en cuanto al primer aspecto, que se tratarán de las relaciones jurídicas civiles o mercantiles, pues son éstas las que se heterocomponen jurisdiccionalmente en los procesos regidos por el CPCM. Sin embargo, no puede en absoluto descartarse que la Sala Civil de la Corte (o en su caso el Pleno), al socaire de la interposición de recursos de casación civiles,

se vea en la necesidad de estatuir también respecto de normas de diversa naturaleza (penal, laboral, administrativa). Ello ocurrirá:

a) De manera necesaria: cuando deba resolver sobre casación de sentencias dictadas en materia de relaciones laborales, conforme hemos visto tiene igualmente asignado (las sentencias en materia de familia, a su vez, podemos considerarlas de índole civil).

b) De manera eventual o contingente: cuando concurran supuestos de prejudicialidad de cuestiones penales, administrativas o laborales, respecto de pleitos civiles o mercantiles donde aquellas cuestiones devienen causalmente conectadas con el objeto litigioso principal.

Esto último exige una puntualización. Recuérdese que la prejudicialidad en el proceso civil puede tener efectos devolutivos o no devolutivos, según la ley obligue al juez del caso a suspender la causa, hasta tanto recaiga una decisión sobre la cuestión prejudicial de que se trate bien sea en un proceso penal, o de otra especie, siguiendo para ello las reglas de los arts. 48 y ss CPCM. Pues bien: en aquellos casos en que la prejudicialidad haya sido devolutiva, el juez deberá atenerse a las calificaciones jurídicas efectuadas por la sentencia que se le aporta, sin poder modificarlas.

Pero en cambio, en todos los casos en que no sea así y pueda el Juzgado de Primera Instancia competente y luego la Cámara de Segunda Instancia civil, efectuar por sí dichas calificaciones prejudiciales, incluso de índole administrativa o laboral (éstas en ocasiones inevitables, aunque no se prevea expresamente nada en el Código[340]), por reputarse necesarias en el caso concreto para llegar a la resolución del *thema decidendi* principal, la eventual infracción que cometan en esa labor aplicativa hará susceptible de recurso de casación la sentencia.

Lo que tanto significa como que, al resolver el recurso, los Magistrados de la Corte deberán acometer la pertinente exégesis y aplicación de tales preceptos sobre la cuestión prejudicial, incluso preceptos ajenos a su ámbito jurisdiccional civil y mercantil (repetimos de nuevo: salvo que haya habido prejudicialidad devolutiva, y deba estarse entonces, sin más, a la sentencia que la resuelve). Para ello la prudencia aconseja que la Sala de lo Civil, de ser preciso, atienda a la exégesis o doctrina legal de aquella otra Sala de la Corte que tenga formada doctrina legal sobre la materia.

1.3.- Finalmente, en cuanto al "rango" de las disposiciones sujetas a control, abarca todas las escalas de la pirámide normativa, partiendo de la Constitución, y por ende también los

340 Dejando a un lado los supuestos en que tal análisis deviene imperativo ya ab initio, por estar en juego una posible falta de competencia jurisdiccional, piénsese por ejemplo en que tratándose de una pretensión civil-mercantil, se susciten dudas sobre el correcto fuero para demandar a quien aduce emplazamiento incorrecto por no observarse su condición de funcionario público (art. 64 CC); o haya de acreditarse tal condición de funcionario en cuanto al otorgamiento válido de un documento público; o en fin, se trate de determinar si la persona jurídica, actora o demandada, lo es de derecho público o privado, en el primer caso (arts. 540 y ss. CC) por alguna de las formas admitidas por el derecho administrativo.
En el ámbito laboral, puede precisarse la ayuda de este ordenamiento para calificar adecuadamente la situación del demandado (o actor) en la empresa y su posición frente al crédito que se reclama, etc.

preceptos de legalidad ordinaria, de origen interno o derivado de la suscripción de Tratados y Convenios, e igualmente las normas de rango infralegal (reglamentos), que puedan llegar a regular algún elemento de la relación controvertida. Por ende, los términos "ley" o doctrina "legal" empleados por el art. 522 CPCM al que ahora haremos referencia, han de leerse como sinónimo de *legalidad* en su más amplio significado.

4.9.4.2 Modalidades de infracción casable:

El mencionado art. 522 del Código conceptúa la infracción del ordenamiento –material y eventualmente procesal- susceptible de censura en sede casacional, desde dos planos distintos aunque no necesariamente excluyentes entre sí: el de la infracción de ley, y el de la infracción de doctrina legal. Veamos:

4.9.4.2.1 La "infracción de ley"

Ha de ser entendida como una infracción *directa* de la norma causada por la resolución recurrida, lo que lleva a un cotejo entre el texto legal y la interpretación y aplicación judiciales que de ella se ha hecho en el caso[341]. El Código en este art 522 enseña que se habrá producido infracción de ley, por alguna –o varias- de las siguientes circunstancias[342]:

1. Aplicación indebida de la norma, en el sentido de que ésta no devenía relevante para la solución del caso y sin embargo se aplica;

2. Aplicación errónea de la norma, cuando se produce por el juzgador un defecto de intelección en cuanto al contenido y alcance de aquélla, interpretándose mal[343], o bien si se deducen consecuencias jurídicas indeseadas por el legislador;

3. Y la inaplicación (pura y simple) de la norma que sí concernía al *thema decidendi* deducido por las partes.

Para que pueda denunciarse en casación alguna de estas incorrecciones, es preciso que nos encontremos ante una norma legal que permita su subsunción ideal o hipotética en un supuesto de hecho concreto. Es decir, que resulte por su naturaleza susceptible de ser aplicada y, también por eso, susceptible de ser infringida. De lo contrario el recurso no procede. Así ocurre con normas de carácter meramente definitorio, o admonitivo, tan genéricas que difícilmente pueden acarrear una antijuridicidad concreta por el mero hecho de no parecer

341 En palabras de la Sala de lo Civil de la Corte, "la violación de ley se da, cuando se omite la norma jurídica que hubiera podido ser aplicada, pero debiéndose tal omisión a la falsa elección de otra norma, o por la no aplicación de la disposición legal que debió haber sido aplicada al caso": Sentencia de 27 de enero de 2005, dictada a las 9.10 horas (referencia 1743-2005).

342 Art. 522, inciso segundo: "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".

343 Ilustra la Corte Suprema que la "interpretación errónea de la ley consiste, en darle a la norma un sentido distinto del que lógicamente tiene, o una interpretación equivocada, desatendiendo su tenor literal y los demás elementos de interpretación, tergiversando los efectos jurídicos de la misma…": Sentencia de 27 de enero de 2005 ya citada (referencia 1743-2005).

haber sido observadas en un proceso, sean de esta clase preceptos de carácter sustantivo o procesal (el listado del art. 523, que luego veremos, presupone la infracción de normas procesales con un poder aplicativo tangible), por lo demás raros en la práctica[344].

4.9.4.2.2 La infracción de "doctrina legal"[345], comporta por su lado una infracción si se quiere decir así, indirecta de la norma, que se produce al resolver el tribunal de apelación la controversia interpretando o aplicando la norma relevante al caso, de un modo contrario o distinto, no tanto a su significado literal (infracción directa) sino al significado establecido por la Corte en cuanto al contenido y alcance de ese precepto. Pero para que se trate ciertamente de doctrina legal, el criterio hermenéutico ha de estar ya recogido "en tres o más sentencias constantes, uniformes y no interrumpidas por otra doctrina legal" (art. 522, párrafo segundo).

Prefiere el Código, como puede verse, emplear aquí el término de "doctrina legal" en vez de aquel otro de "jurisprudencia", que en buena medida son sinónimos y que en otros ordenamientos, de hecho, ha venido a sustituir al de doctrina legal. Conceptualmente, la distinción entre ambos adquiere quizá más significado en la figura del precedente judicial propio de los países del *common law*, donde tanto importa la máxima jurídica, como el supuesto de hecho al que aquella se anuda y que juntos forman el precedente que a partir de ese momento vincula a los tribunales inferiores. En el sistema continental europeo y también en los países iberoamericanos, sin embargo, la jurisprudencia se entiende sobre todo en función de las máximas que acuñan los Tribunales Supremos, más que su cohonestación a un caso concreto. Ello sin perjuicio obviamente de que cada máxima, al estar referida a una determinada norma jurídica, puede predicarse de un catálogo plural pero siempre delimitado de supuestos de hechos.

La doctrina legal (la jurisprudencia) no constituye fuente de Derecho en El Salvador –siguiendo la tónica de los países de nuestro entorno-, ni puede serlo mientras no lo proclame así la Constitución o una norma legal. Por tanto, carece de efecto vinculante a diferencia de la ley y eventualmente también de la costumbre (art. 2 CC). A pesar de ello, no puede por menos que reconocerse un cierto influjo (por no hablar de vinculación *stricto sensu*) que ejerce sobre los tribunales de instancia, la posibilidad como vemos de que se pueda fundar un recurso de casación, única y exclusivamente, en la infracción de la doctrina legal (jurisprudencia).

344 Alegado en un recurso de casación como motivo de "violación de ley", el haber infringido la sentencia de apelación recurrida los arts. 4 y 5 de la Ley de Procedimientos Civiles (dispositivos éstos que, respectivamente, definían qué se entiende por juicio, y por juicio civil), la Sala de lo Civil de la Corte lo declara inadmisible en este punto, razonando que: "del análisis del libelo contentivo del recurso se observa, que la recurrente al tratar de justificarlo, por violación a los citados arts. 4 y 5 Pr. C., hace mención, al relacionar el concepto de la infracción, a situaciones que a juicio de este Tribunal, no pueden ser vulnerados a la luz del submotivo específico alegado, pues son normas generales, que contienen conceptos también generales, según se puede constatar de la lectura de las disposiciones legales transcritas; consecuentemente no son aplicables a un caso concreto (…); la infracción a las disposiciones legales citadas como infringidas, debe referirse a disposiciones concretas, que regulan la cuestión tratada en el recurso, con el fin de precisar el concepto de la infracción": Sentencia de 27 de enero de 2005, dictad a las 9.10 horas (referencia 1743-2005).

345 Inciso tercero y último del mismo art. 522 CPCM: "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".

Ello no deviene obstáculo, sin embargo, para que fundado el recurso de casación en este motivo, la Corte lo desestime por entender que, aun resultando cierta la contradicción o apartamiento de esa jurisprudencia por parte de la resolución impugnada, se reputa más correcto en Derecho la solución a la que esta última ha llegado, debiendo así modificarse, aclarar o efectuar matizaciones sobre su jurisprudencia. No necesariamente por ello, la previsión de un motivo de casación por infracción de la doctrina legal atenta contra la propia evolución o progresividad de los criterios de interpretación jurisprudencial: está en manos de los Magistrados del Alto Tribunal saber conjugar ambos aspectos, el de la seguridad jurídica, y el de una aplicación más correcta y actualizada de la norma cuando así se perciba como necesario.

4.9.5 Motivos procesales ("de forma"):

Pasamos entonces al segundo grupo de infracciones jurídicas tutelables en casación, que son las definidas en el art. 523 CPCM, todas las cuales conciernen a vulneraciones de preceptos e instituciones procesales que, o bien se ha producido en origen durante la primera instancia y luego no se ha reparado en apelación, o bien la infracción sucede ya en la segunda instancia.

Apuesta el Código, como ya adelantamos, por un listado tasado de tales infracciones –el cual, con diferencias, ya contemplaba el art. 4 de la extinta Ley de Casación-, en detrimento de una fórmula abierta alternativa que hubiera podido dar más libertad a la Corte a la hora de extender su cobertura a cualquier infracción relevante de carácter procesal. Se ha preferido la fórmula del listado, en aras a un fin de seguridad jurídica, que como tal deviene plausible y justificado como opción de política judicial.

Este listado actual puede considerarse positivamente un avance respecto del régimen anterior, toda vez que la nueva Ley se ha cuidado de residenciar aquí únicamente lo procesal, mejorando así la sistemática seguida por el art. 3 de la derogada Ley de Casación, que mezclaba motivos de infracción de doctrina legal con supuestos genuinamente procesales[346] (aparte del listado de su art. 4).

El Código nada establece en cuanto a si el "quebrantamiento de las *formas esenciales* del proceso", expresión que por cierto intenta remarcar el carácter relevante o decisivo de las infracciones que se han seleccionado en el listado, ha de serlo de la "ley" procesal o también de la "doctrina legal" (jurisprudencia) respecto de tales preceptos legales, como sí lo hace en cuanto a los motivos de fondo. Quizá esto se deba a que el art. 523 CPCM da por sentado que tales quebrantamientos representan ante todo una realidad fáctica, es decir, el acto procesal se configura por ley de una determinada manera y éste se realiza o no se realiza así, trayendo consigo el quebrantamiento (la infracción), con lo que el debate jurídico-normativo pasa a un segundo plano.

346 En concreto ocurría así con las causas de incongruencia –apartado 4º- y defecto de motivación –apartado 5º- de la respectiva resolución judicial; desconocimiento de cosa juzgada, litispendencia o eventual autocomposición de la litis –apartado 6º-; errónea fijación de la jurisdicción –apartado 7º- y el error en la valoración de pruebas tasadas –apartado 8º-, todas del mencionado art. 3 de la Ley de 1953. Listado por cierto actualizado mediante reforma parcial de 28 de septiembre de 1989 (Decreto legislativo nº 339).

La práctica sin embargo demuestra que esto no es en muchas ocasiones así, sino que la adopción de una resolución judicial, especialmente autos y sentencias, demanda con frecuencia la interpretación de normas que otorgan márgenes de actuación judicial más o menos amplios a través de conceptos jurídicos indeterminados (para admitir pruebas –pertinencia y utilidad-, para acordar medidas cautelares –ponderación del *periculum in mora*-, etc.), o que obligan a pronunciamientos interlocutorios de fondo (piénsese en ciertas excepciones procesales de la audiencia preparatoria, como la cosa juzgada; o en las causas de oposición a una ejecución).

No todos son plazos ni reglas apodícticas cuya infracción se evidencia con la sola exteriorización del acto procesal.

La lógica, entonces, parece decirnos que la articulación de estos otros motivos de casación, los procesales o de "forma" (muchas veces no tan de forma), han de construirse de manera similar o paralela a la de los motivos de fondo, esto es, y tras describir el aspecto de la resolución impugnada, situando cuál es el precepto regulador del acto o decisión procesal en cuestión, y cómo se ha hecho de ese precepto una interpretación o aplicación errónea.

En su caso también, cómo se ha desatendido injustificadamente la jurisprudencia de la Corte sobre el contenido y alcance de dicha norma, que para eso la fija, para que sea seguida como pauta uniformadora y de seguridad jurídica por los tribunales de instancia, salvo apartamiento motivado por circunstancias concretas.

A efectos de una mera sistematización pedagógica, podemos ordenar las causas comprendidas en el listado del art. 523 CPCM con arreglo al siguiente criterio:

4.9.5.1 Infracción de presupuestos procesales subjetivos:

Como sabemos, constituyen presupuestos procesales subjetivos, de un lado, los que se refieren a la jurisdicción y competencia del órgano judicial de instancia, y de otro lado, a los requisitos necesarios para la válida adquisición del carácter de parte en el proceso, sea como actor o como demandado. Partiendo de ello, incluiríamos en esta categoría los siguientes supuestos del listado:

- Apartado 1º. Abuso, exceso o defecto de jurisdicción:

Se utilizan tres conceptos distintos para hacer referencia, en puridad, a dos realidades: la primera de ellas, para las que se emplean los términos sinónimos de "abuso" y "exceso", es la atribución de jurisdicción a un órgano judicial para que conozca de un determinado asunto (por sí mismo o porque se lo imponga un tribunal superior), cuando en verdad carece de ella conforme a las reglas legales.

La segunda situación consiste justamente en lo contrario y a ello lo llama el apartado 1º un "defecto de jurisdicción": esto es, la negación incorrecta de jurisdicción al órgano que por ley sí la tenía para hacerse cargo de la controversia, producto de una indebida inhibición del propio órgano concernido, o a virtud de lo resuelto por un superior que le vincule.

Define pues la norma este primer motivo partiendo, por así decirlo, de las consecuencias derivadas de la decisión adoptada sobre la asunción o no de jurisdicción,. En todo caso, nos enfrentamos a variantes de infracción jurídica ya por inaplicación del fuero, o por una interpretación o aplicación incorrecta del mismo. El motivo no distingue, y por tanto puede tratarse de las reglas de jurisdicción por razón de la materia (que el asunto sea administrativo y no a un conflicto judicial; o que aun siéndolo, corresponda su conocimiento a los tribunales de otro orden jurisdiccional) o por razón del territorio (criterios de conexión internacional o con elementos de extranjería).

- Apartado 2º. Falta de competencia:

A este motivo se reconducen todas las infracciones de cualesquiera de los criterios atributivos de competencia dentro de los tribunales civiles, siempre y cuando se trate de fueros improrrogables (indisponibles), lo que sucede siempre con la competencia objetiva y con la competencia funcional (incidentes y recursos).

Respecto de la competencia territorial, podrá hablarse de infracción casable cuando se trate:

1) De fueros legales indisponibles que no pueden alterarse por sumisión expresa ni tácita de las partes;

2) De fueros donde cabe sumisión, pero ésta no se suscribe o no resulta válida la realizada por no hacerlo con los requisitos formales exigibles, manteniendo así toda su eficacia el fuero legal;

3) O cuando cabiendo sumisión y formalizándose correctamente ésta, resulta sin embargo que la demanda se interpone ante un órgano judicial que no es ni el señalado en la ley ni el pactado por las partes.

Los problemas en todos estos ámbitos competenciales pueden así surgir, no solamente porque el juzgado o la Cámara se hayan irrogado una competencia que no poseen, sino también porque se les haya desposeído de la misma, de manera contraria a la legalidad. De uno u otro modo se patentiza la "falta" de competencia de la que habla este apartado.

- Apartado 7º. Sumisión al arbitraje y el pendiente compromiso:

Salvo en las materias que por ser de orden público no admiten su sujeción a la vía arbitral[347], la suscripción de un convenio o la inserción de una cláusula contractual por el que las partes, en caso de conflicto sobre un asunto de naturaleza civil o mercantil, se someten a la autoridad de un árbitro o a un tribunal arbitral, excluye la intervención de los tribunales de justicia y se traduce en una auténtica regla particular de exclusión de la jurisdicción, por razón de la materia.

347 Véase las materias excluidas, en todo o en parte, ex arts. 23 a 26 LMCA.

- Apartado 4º. Falta de capacidad para ser parte, de actuación procesal y de postulación:

Se refiere, respectivamente, a la ausencia de los requisitos previstos por el Código para la asunción de la capacidad para ser parte (art. 58); de la capacidad procesal o para actuar en juicio (arts. 59 1 65); y de la postulación o representación judicial (arts. 67 y ss CPCM). La infracción de cualquiera de ellas puede traer consigo bien sea el otorgamiento de tales capacidades a quien, sin embargo, no ha acreditado el cumplimiento de lo necesario, o a la inversa, su negación a quien sí cumple con los atributos exigidos. Cualquiera de los defectos que se proyecten sobre la personalidad de los litigantes afecta a la correcta constitución de la relación jurídico procesal en su vertiente subjetiva y anula al proceso de raíz, excepto que el defecto en realidad no se hubiere cometido, o se hubiere subsanado, que es lo que deberá verificarse.

No incluye el art. 523 del Código, ni en este ni en otro de sus apartados, los problemas concernientes a la falta de "legitimación" de las partes, sea la originaria para personarse como demandante o ser tenido por demandado (legitimación directa, y en su caso la llamada indirecta o por sustitución), sea la legitimación sobrevenida del tercero y sus causas (coadyuvancia –arts. 81-82-; intervención provocada –arts. 83-84-), ni tampoco los fenómenos de legitimación plural o litisconsorciales (arts. 76 y ss); ni los de legitimación por sucesión procesal (arts. 86-89).

La razón de esa exclusión posiblemente responda a un diagnóstico del legislador –en tal sentido correcto- de que la legitimación, con carácter general, no representa un presupuesto del proceso (basta con que se decrete lo que corresponda sobre ella, al dictarse sentencia de fondo, no depende de ello la validez de las actuaciones) y de que, con frecuencia, su discernimiento judicial viene unido al análisis de la propia cuestión de fondo, por lo que el control de los errores cometidos en la apreciación fáctica o en la calificación jurídica de esas legitimaciones, pertenece más bien al espectro de los vicios *in indicando*, del art. 522.

Todo esto, claro, no nos lo dice la ley, tenemos que inteligirlo, pues la otra opción resultaría algo tan absurdo como pensar que el legislador ha proscrito el control en casación de estos preceptos, tan vinculantes como los demás y de tan directa trascendencia en el desenlace del fondo de la litis. Por tanto, los errores en la fijación de la legitimación activa y pasiva han de reconducirse al ámbito de la casación por motivos de fondo, al no estar aquí en el listado del art. 523 CPCM.

Ciertamente, en alguna que otra situación el título del que nace la legitimación invocada no se identifica con la propia cuestión de fondo, sino que arranca de un mandato ex lege (como en la legitimación indirecta), o de un hecho o relación jurídico material ajena a la controvertida (como en la sucesión procesal, sea por transmisión inter vivos o mortis causa), y resulta además por ello más sencillo de fijar judicialmente, incluso desde el principio. Aún así, seguimos estando en el terreno de la legitimación, y al no preverse expresamente su cobertura por el listado del art. 523, debemos mantener la solución de impetrar su control dentro del catálogo ya mencionado de los motivos *in iudicando*.

Como única excepción, cabrá el control de la legitimación en casación por la vía del art. 523 CPCM, cuando se incurra en falta de apreciación del debido litisconsorcio pasivo necesario, el cual, como ahora más abajo veremos, ha de darse por incluido en el apartado noveno del listado.

4.9.5.2 Infracción de presupuestos procesales objetivos:

- Apartado 3º.- Inadecuación de procedimiento:

Todo proceso para considerarse válidamente sustanciado, ha de seguir el cauce previsto de manera predeterminada en la ley. No se trata sólo de un tema de ritos y plazos, del "procedimiento" estrictamente hablando. Se trata, ante todo, de un régimen de derechos y garantías que se anudan a un determinado modelo procesal, de acuerdo a un sistema de alegaciones y de prueba donde dominan en cada caso ciertos principios de actuación jurisdiccional con contenido concreto en función de la importancia y naturaleza del tema debatido (concentración o dispersión, oralidad o escritura, etc.) Los procedimientos se hallan regulados al fin y al cabo por normas de orden público, y la elección de cuál sea el cauce predeterminado para cada controversia deviene materia de la misma índole, incluso ahí donde las partes pueden elegir entre acudir a un proceso especial o a otro ordinario (aun entonces, seguirá siendo improrrogable cumplir con los requisitos que facultan acudir a uno u otro).

Cuando la tramitación de la causa se produce por un procedimiento inadecuado, por ejemplo trastocando los repertorios de materias de los arts. 240 y 241 CPCM y asignando la causa a aquel que no le correspondía, existe una vulneración de esas normas de orden público y falta un presupuesto válido del proceso, de carácter objetivo y de naturaleza insubsanable, a pesar de haber atravesado ya para entonces por dos instancias cuando llega su examen a casación. Lo mismo cuando se abre un proceso especial para conocer de pretensiones ajenas al mismo. Incluso cuando la determinación depende sólo del criterio de la cuantía, y se sustancia por el verbal un asunto que debió serlo por el proceso común, con pérdida de oportunidades y trámite de defensa, queda lesionado este presupuesto del proceso y la sentencia que le ha puesto fin deviene casable.

- Apartado 8º.- Renuncia, desistimiento, allanamiento y transacción, si el objeto no fuera disponible:

También conectada a la existencia objetiva del proceso, esta vez en cuanto a su posible finalización anticipada, resulta ser la infracción de las reglas que regulan los mecanismos de autocomposición de la litis, unilateral o bilateral de las partes, arts. 129-132 CPCM. En efecto, una vez que esos mecanismos han sido ejercitados por el actor (renuncia, desistimiento), por el demandado (allanamiento) o por ambos (transacción), resulta preciso esclarecer si se han acreditado los requisitos, de forma y fondo, para que surtan efecto dentro del proceso y lleven a un auto de homologación y consiguiente archivo de las actuaciones. La fuerza del principio dispositivo impide que el proceso continúe en tales casos, salvo que concurran motivos que las propias normas han ponderado como justificadas para obligar a que el procedimiento se sustancie en todas sus fases, tal como ya pone de manifiesto el propio enunciado del presente

apartado octavo al referirse a que el "objeto no fuera disponible" (vgr., menores, relaciones familiares), pero además todas las restantes circunstancias mencionadas en los preceptos correspondientes (así, la necesidad de consentimiento del demandado en ciertos casos para el desistimiento; las prohibiciones para allanarse del art. 131).

Eso es lo que estará en entredicho, en uno u otro sentido (por inaplicarlas indebidamente, o por aplicarlas cuando no se debía, o por aplicarlas con error), y es lo que deberá dilucidarse al resolver sobre este motivo casacional.

4.9.5.3 No ser llamado el demandado al proceso:

- Apartado 9º. Falta de emplazamiento para contestar a la demanda:

El hecho configurador de este supuesto de casación formal se refiere a la ausencia del proceso del demandado por no haber sido emplazado para contestar a la demanda, lo que no significa necesariamente -aunque así ocurrirá la mayoría de las veces- que el demandado haya estado ausente durante todo el proceso, pues ha podido ocurrir que por noticia de tercero tuviera conocimiento extrajudicial de la tramitación de la causa antes de que ésta finalizara. Si decide personarse y el Juzgado no acuerda la necesaria retroacción de actuaciones, quedaría así privado de fases esenciales para su defensa en juicio, lo que hace susceptible de apelación la sentencia que recaiga, y si la lesión no se repara en la segunda instancia, también ahora en casación.

Ahora bien, bajo este enunciado normativo amplio interesa distinguir las razones que motivan la falta de emplazamiento, pues en atención a ello la magnitud del problema puede variar, así como también la solución que ha de brindarse en esta sede:

A) Omisión de emplazamiento por no aparecer como demandado:

La primera situación viene provocada porque la persona no deviene emplazada como demandado, por no aparecer identificada en la demanda como el sujeto pasivo de la acción, omitiéndose su mención de manera absoluta o describiéndosele como tercero respecto de los hechos, lo que lleva al juez a no formular tal emplazamiento. Si la sentencia finalmente le condena por sorpresa, porque la lectura del expediente determina su verdadero papel en la relación jurídica, pero se hace sin haber sido llamado al proceso ni retrotraído las actuaciones, habrá indefensión y por tanto nulidad de todo lo actuado desde la admisión a trámite de la demanda, así como nulidad por supuesto de las sentencias (de primera instancia y apelación) dictadas.

B) Emplazamiento incorrecto:

Una segunda posibilidad, es el que el demandado sí haya sido identificado con este carácter en la demanda admitida a trámite, pero su emplazamiento no se produce por razones ajenas a su voluntad, lo que puede deberse tanto a un ocultamiento de su paradero por el actor, precisamente para que no se le emplace; como porque en verdad éste no lo sabe y el órgano

judicial, quedando obligado por ley a ello, no agota sin embargo las diligencias posibles para su localización, con el alcance de las autorizadas a tal fin por el art. 181 párrafo segundo CPCM.

De llegarse entonces a una notificación por edictos, la misma no estará justificada de descubrirse posteriormente la estratagema del actor, o por la indiligencia del tribunal al no haber agotado todas las posibilidades razonables de notificación personal, lo que determina indefensión y nulidad del proceso, además de una sanción económica del litigante de mala fe, de acuerdo al art. 186 último párrafo CPCM.

C) Litisconsorcio pasivo necesario:

Como tercera hipótesis, que va más allá del hecho mismo –que también- de la falta de emplazamiento y consiguiente lesión del derecho de defensa que ello entraña, pues afecta a la correcta constitución de la relación procesal, aparece el recurso de casación promovido por un litisconsorte pasivo necesario que no ha sido llamado al proceso, versando la controversia sobre alguno de los casos previstos en el art. 76 (relación jurídica indivisible) o en el art. 78 (nulidad de actos jurídicos con pluralidad de participantes) CPCM. El litisconsorcio en sus diferentes formas, y por tanto también el pasivo necesario, revisten modalidades de legitimación que en cuanto tales aparecen vinculadas íntimamente con la cuestión de fondo pero que, a diferencia de los supuestos ordinarios de legitimación, exigen un control en todo grado y estado del proceso y no únicamente al final del mismo, precisamente para evitar la exclusión de personas que están indudablemente afectadas por el objeto litigioso deducido.

Para entendernos: no sufre el proceso en su validez porque, de aquel de quien se predica por el actor en la demanda ser legitimado pasivo y por eso adquirir formalmente la condición de demandado, quede luego absuelto en la sentencia definitiva por considerar el órgano judicial que en realidad no formaba parte de la relación controvertida.

En cambio, a la inversa, estará mal trabada la litis cuando tratándose de una relación material de destinatarios plurales, no se ha permitido por causa imputable al tribunal competente el ejercicio del derecho de defensa por todos ellos, al menos cuando esa sentencia puede producir efectos negativos en su respectiva esfera jurídica (el CPCM como ya sabemos, sólo obliga a llamar a todos en el litisconsorcio pasivo, no en el activo).

Si el litisconsorte no es llamado por el actor como demandado, bien sea en su escrito de demanda, bien sea después en trámites procesales pertinentes (audiencia preparatoria del proceso común, vista oral del abreviado), y dado que el Juzgado no puede integrar el litisconsorcio de oficio, si tampoco requiere al actor para que subsane el defecto a fin de que dirija también contra el litisconsorte la demanda, ni archiva ésta verificada su pasividad en subsanar (arts. 77 y 301 CPCM) permitiendo que el proceso continúe en esas condiciones, el problema no se reduce sólo a que la sentencia una vez dictada no pueda serle opuesta al litisconsorte (que desde luego, no puede serlo), sino que el proceso seguido al efecto carece de validez. Y ello no sólo por razones subjetivas sino incluso objetivas, pues no se ha permitido el estudio del objeto litigioso desde todas las perspectivas posibles, una de las

cuales era la que hubiera podido aportar el litisconsorte ausente, a pesar de que se trata de una relación jurídica material que concierne por igual a todos.

La inescindibilidad de la relación material, se traslada también por así decirlo a una cierta inescindibilidad en la defensa procesal (aunque cada uno prefiera actuar por su propia cuenta). Cuestión distinta es que el litisconsorte, debidamente emplazado, opta libremente por no personarse, quedando entonces sometido a las consecuencias inherentes a su inactividad, como cualquier otro demandado, sin afecta por ello a la validez del proceso ni de su sentencia.

Asimismo, si lo que ocurre es que el litisconsorte sí figura como demandado en la demanda (la relación procesal, subjetivamente, está bien trabada), pero no se le emplaza por alguna de las circunstancias ya mencionadas anteriormente (el actor oculta su paradero o el órgano judicial no practica las diligencias necesarias para localizarle), podrá haber indefensión también conforme a este apartado noveno del listado, pero sin ninguna especialidad derivada de ser litisconsorte, sino como le ocurriría a cualquier otro demandado indebidamente no emplazado.

D) Situación de los otros litisconsortes sí llamados:

Más forzado resultar incluir en este precepto el recurso de casación de otro de los litisconsortes, que sí fue llamado como demandado o como codemandado, pero que se queja precisamente de que la demanda no se ha dirigido contra todos a quienes concernía la relación material, deviniendo ello en una errónea constitución subjetiva de la relación jurídica procesal. En un sentido estricto no puede decirse que el litisconsorte llamado y comparecido ha padecido indefensión a título personal.

Sin embargo, la verdad es que este apartado noveno del art. 523 CPCM no habla de indefensión, aunque ella esté implícitamente presente en las situaciones de hecho que subyacen a la falta de emplazamiento. El precepto habla, sólo, de que la sentencia pueda casarse a virtud de esa falta de emplazamiento.

Y así, resultando inobjetable que donde existe litisconsorcio pasivo necesario la relación procesal tiene que constituirse con todos los afectados por la sentencia, no puede descartarse el derecho de los demás litisconsortes ha denunciar la infracción que se ha cometido, al amparo de este motivo de casación formal.

4.9.5.4 Óbices procesales:

Existen circunstancias que impiden un pronunciamiento de fondo de las pretensiones deducidas en juicio por motivos de naturaleza procesal no invalidan como tal el proceso seguido, aunque obligan a que la sentencia consiguiente se limite a fundamentar y declarar la existencia del óbice, sin entrar como decimos en el fondo. Cuando este correcto orden de proceder no se sigue, o se hace mal, la sentencia es susceptible de recurso de casación por alguna de las siguientes circunstancias:

- Apartado 5º.- Caducidad de la pretensión:

a) Bajo este enunciado se incluye, en primer lugar, la caducidad de la acción en todos aquellos ámbitos materiales en que la ley estipula un plazo fatal para el ejercicio de pretensiones relativas a un determinado derecho o título jurídico[348]. Pasado ese plazo no pueden exigirse judicialmente esos derechos.

b) En segundo lugar, la lógica y la trascendencia de la infracción lleva a incluir también en el seno de este apartado los casos de caducidad de la instancia, en el que el procedimiento paralizado por inactividad de la parte y no reanudado en los plazos suficientemente holgados previstos por el art. 133 CPCM, llevan a una presunción de abandono de la pretensión por el demandante (que es sobre todo, quien cuenta a tales efectos). Sin que pueda rehabilitarse ya salvo que se acreditara la concurrencia de fuerza mayor impeditiva para actuar (art. 135 CPCM), lo que por cierto podría constituir justamente el aspecto controvertido en este recurso, que por lo demás puede conocer del problema de la caducidad de primera instancia, no decretada en apelación, o la producida ya estando la causa en segunda instancia.

- Apartado 6º. Litispendencia y cosa juzgada:

Razones esenciales de seguridad jurídica y de prohibición, también en el proceso civil, del *non bis in idem*, determinan que un proceso es inútil pero además no puede existir, cuando con él lo que se pretende es deducir la misma pretensión que ya ha sido objeto de un primer proceso, sea que éste ya hubiera finalizado por sentencia firme, el llamado efecto negativo de la cosa juzgada (art. 231 párrafo primero CPCM), o al menos se hubiera ya admitido a trámite la demanda previa (litispendencia).

Sólo en la medida en que pueda establecerse entre ambos procesos la conocida como triple identidad "sujetos[349], objeto[350] y causa[351]" entre ambos procesos, podrá aducirse como excepción procesal, y ahora como motivo de casación.

De concurrir entre los dos procesos alguna/s de esas identidades pero no todas, podríamos estar en presencia más bien de un problema de prejudicialidad o también llamado efecto positivo de la cosa juzgada material (vinculación de lo resuelto, sobre cualquier otro proceso posterior que debata los mismos hechos) ex art. 231 párrafo segundo CPCM, constitutivo también de una infracción procesal casable por este apartado sexto (el cual no discrimina qué clase o tipo de efecto de la res iudicata puede haberse infringido), si bien ya no por litispendencia (que siempre exige la triple identidad).

348 De esta índole, entre otros, los plazos para el ejercicio de acciones cambiarias (arts. 639, 649, 776, 791, 871 CCom); las de otras contrataciones mercantiles (arts. 995, 996, 10221 y 1562 CCom); o el de 60 días del art. 57 LPEAT, en cuanto a la acción civil de daños por accidente de tránsito, etc.

349 Aunque cambie la posición de éstos de un litigio a otro, no importa, ni si hay sucesión procesal tampoco.

350 La tutela reclamada, que se exterioriza en la petición final de los escritos demanda, contestación y reconvención.

351 Los hechos jurídicamente relevantes que fundamentan las pretensiones y determinan el título jurídico correspondiente.

4.9.5.5 Infracciones de prueba:

- Apartado 10º. Denegación de prueba legalmente admisible:

A este apartado deben reconducirse todas las denegaciones al ejercicio del derecho a la prueba, tanto en la primera instancia como en apelación. De hecho, ha debido solicitarse ante el tribunal de segunda instancia la práctica de la prueba denegada por el Juzgado, así como aquella que no se pudo aportar ante éste porque no existía (documentos), o porque resultaba desconocida, etc (nos remitimos en este punto a las diversas alternativas expuestas sobre todo ello, en el epígrafe "Actividad de prueba en segunda instancia", dentro del tema de la apelación).

- Apartado 11º. No haberse practicado un medio probatorio admitido en la instancia:

Otro tanto cabe decir de esta otra vertiente de indefensión probatoria, causada no por su inadmisión sino por la falta de práctica del medio de prueba, por lo que no ha podido formar parte del arsenal de convicción judicial. Esa falta de práctica puede arrancar desde la primera instancia, y si es así ha debido pedirse a la Cámara que se acordara su realización, obteniendo se entiende un resultado infructuoso de esa solicitud.

O bien que se trate de prueba nueva que no pudo pedirse al Juzgado, que por ello así se solicitó en segunda instancia y el tribunal de apelación la admita, pero dejando de proveer diligentemente a su práctica. La consecuencia es la misma.

- Apartado 12º. Practicarse un medio de prueba ilícito:

Cuando ingresa a los autos una prueba obtenida con incumplimiento de cualesquiera de sus formalidades legales, o bien con vulneración de los derechos fundamentales, perjudicando a otras partes distintas a la promovente de la prueba, tal situación no compromete propiamente el derecho a la prueba en su significado estricto, pero sí a la garantía del proceso debido, a una concepción limpia de las reglas del juego procesal, que prohíbe que puedan valorarse en sentencia, medios de prueba obtenidos al margen de la ley en alguno de los dos grados que se han recordado y que describe el art. 316 CPCM, que es el precepto directamente infringido en tales casos, en relación con aquel que prevea las reglas de práctica del medio si la licitud deriva de ello.

4.9.5.6 Vicios de la sentencia (como acto procesal):

- Apartado 14º. Por infracción de requisitos internos y externos de la sentencia:

Ya identificamos en apelación la diagnosis de este problema, que no atañe a la tramitación del proceso, ni tampoco al enjuiciamiento de la cuestión de fondo (no, desde la óptica de juicio intelectivo de análisis, selección y fijación de hechos, normas y efectos jurídicos), sino a los requisitos de validez de la resolución judicial que envuelve tal decisión, generalmente sentencia

sin duda, pero eventualmente también auto que no olvidemos resulta en ocasiones también impugnable en esta sede casacional.

Por requisitos *internos* se refiere la ley, tanto a la infracción de las reglas sobre congruencia, como a las normas atendibles para alcanzar una decisión tratándose de órganos colegiados. Respecto de la congruencia, indicar aquí que el art. 523.14º CPCM aprovecha para enunciar en negativo (el defecto) lo que ya había formulado en positivo (el deber) en el art. 218. Hay así incongruencia por: "haber otorgado el juez más de lo pedido por el actor [incongruencia *ultra petita*], menos de lo resistido por el demandado [incongruencia *infra petita*] o cosa distinta [extra petita] a la solicitada por ambas partes; o haber omitido resolver alguna de las causas de pedir [incongruencia omisiva] o alguna cuestión prejudicial o jurídica" [también incongruencia omisiva]. A ese elenco debe sumarse, obviamente también, la incongruencia omisiva referida a uno de los *petitum* de la demanda o la reconvención.

Por el contrario, son requisitos *externos* los que atañen a la motivación de la resolución y a la forma de ésta. El propio apartado 14 pone como ejemplos de defectos de motivación la omisión en la relación de hechos probados, o de fundamentación jurídica, o la "oscuridad en la redacción del fallo". No cabe confundir por lo demás estos defectos con una incongruencia omisiva: en esta última el punto controvertido no ha sido enjuiciado y por tanto, no hay modo de reconocer un pronunciamiento positivo o negativo del mismo ni en los fundamentos ni en el fallo. En la falta de motivación, sí hay expresión de la decisión adoptada en la dispositiva de la resolución, o ésta se infiere del tratamiento que se hace sobre otros aspectos de la pretensión conectados con aquél, pero falta la necesaria explicación del razonamiento judicial y sin él, no es posible entender cabalmente la decisión adoptada, lo que la hace inválida.

4.9.5.7 Vulneración del derecho al recurso:

- Apartado 13º. Por haberse declarado indebidamente la improcedencia de una apelación:

a) El presente motivo trasluce el cuidado del legislador por evitar que se produzcan situaciones de denegación del derecho a la justicia de segunda instancia, lo que siempre hay que saludar, dejando claro que el control que aquí ha de efectuarse deviene estrictamente formalista. Es decir, no se trata de prejuzgar el acierto del recurso (del que por otro lado la Corte Suprema, salvo excepciones, tampoco iba a conocer), al socaire de la desestimación de este motivo. Aquí sólo cabe examinar el acierto o no del Juzgado y en todo caso del tribunal de apelación, por no permitir el recurso ante este último.

b) No encontramos previsión, sin embargo, para el control por la Corte Suprema de las eventuales decisiones incorrectas de inadmisión de recursos de casación adoptadas, no ya por la propia Corte cuando recibe las actuaciones (cabría revocatoria), sino por los tribunales de apelación en la primera fase del procedimiento casacional que éstos tienen asignada (ver epígrafe siguiente). La ausencia dentro del sistema impugnativo del nuevo Código procesal civil, de un mecanismo dirigido a conocer específica y

perentoriamente de inadmisiones a trámite (presuntamente incorrectas) de recursos devolutivos, papel que cumple en otro ordenamientos por ejemplo el llamado recurso de queja[352], lleva aquí a un vacío (el auto, como tal, no es recurrible ante la Corte Suprema en apelación, porque no estamos en el supuesto del art. 27), el cual se hubiera podido integrar de manera sencilla y expedita con un recurso como el de queja.

Hoy por hoy, no parece se pueda ofrecer otra solución a este problema que la de permitir que se articule un recurso de casación concreto contra el auto de inadmisión de la Cámara, aplicando por analogía este apartado decimotercero del art. 523, aunque como hemos visto en él sólo se hace referencia a la indebida improcedencia de *apelaciones*. De esta manera, dará lugar a un (segundo) recurso de casación cuyo exclusivo objeto es dilucidar si aquel ya interpuesto cabía o no, y en caso positivo, se acuerde así estimando este segundo recurso y ordenando a la Cámara que eleve las actuaciones de la casación indebidamente inadmitida, para poder continuar su sustanciación. Una fórmula ciertamente antieconómica, pero con la que se evita la vulneración del derecho al recurso de la parte.

4.9.6 Procedimiento:

Los trámites para el recurso de casación siguen una sistemática no muy alejada de la que veíamos para la apelación, pero incluso más simple, pues aquí no cabe pedir que se instrumente una fase probatoria: todas las infracciones de prueba cometidas por los órganos inferiores, de declararse con lugar, llevarán a una retroacción de los autos a la segunda instancia (ver punto siguiente), que es donde deben subsanarse. Por tanto, el proceso se configura en realidad con una fase única de alegaciones a la que seguirá luego la de decisión, partidas ambas por un trámite de control de la Sala *ad quem* sobre la admisión del recurso.

Resulta un tanto curiosa la imposición con que se abre el articulado dedicado al procedimiento (Capítulo Segundo, del "modo de proceder"), en cuanto el art. 524 CPCM señala que: "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". Dejando a un lado la innecesariedad de distinguir entre dos términos claramente utilizados como sinónimos, la "seguridad" y "certidumbre", la cuestión básica radica en saber qué utilidad puede revestir, a los efectos de tramitar el recurso, la invocación de los principios teleológicos de la casación como son estos que menciona el art. 524. No obstante, si tenemos en cuenta que dentro del "procedimiento" lógicamente también se incardina la fase de sentencia, aquella previsión legal alcanza su comprensión proyectada sobre ella[353]. Veamos en todo caso cada una de las fases:

352 Ver en Uruguay, arts. 262-267 CGP; y los arts. 494 y 495 de la LEC española. También como formulación doctrinal, los arts. 232-237 CPCMI.

353 De lo contrario, nos parece más que retórico el que se diga, por ejemplo, que el recurso debe admitirse o inadmitirse "en la forma que más favorezca la uniformidad de la jurisprudencia…", salvo que se quiera referir a la propia jurisprudencia existente sobre la admisión del recurso, y así sucesivamente en cuanto a los demás actos del procedimiento. Pero es evidente que el recurso se admite porque cumple (o parece cumplir) todos los requisitos

4.9.6.1 Interposición:

Pues bien, tal como prevé el Código en su art. 525, el recurso comenzará por la presentación de un escrito debidamente motivado, esto es, en el cual además de identificar los datos habituales (órgano judicial *ad quem*, nombre de la parte recurrente, identificación de la resolución judicial impugnada y objeto del escrito: art. 528.1º CPCM) se desglosarán, por separado:

a) Cada uno de los distintos motivos que articulan la pretensión impugnatoria (art. 528.2º), empezando por exponerse –no lo dice la ley, lo dice la sistemática elemental- por los motivos de orden procesal, dado su efecto retroactivo si se estimasen. Tras éstos y en su caso, los motivos de fondo. Un orden inverso de exposición, en todo caso, no sería un defecto causante de la inadmisión del recurso, pues nada impide a la Corte resolverlos en el orden que corresponda al dictar su sentencia definitiva.

b) En cada motivo, a su vez, deberá hacerse cita del precepto infringido o la doctrina legal inobservada (art. 528.2º CPCM). En principio se entiende que debería redactarse un motivo por cada precepto infringido y en su caso también por la jurisprudencia concretamente quebrantada, facilitando así la labor de lectura por la Corte, dado además que con frecuencia cada precepto tiene su propia dinámica tanto de interpretación como de aplicación, aunque puedan converger dos o más a la solución jurídica del fondo controvertido.

Esta última exigencia formal -un motivo por cada precepto infringido- es lo que parece pedir la ley cuando señala que en el escrito habrá de hacerse "la mención de las normas de derecho que se consideren infringidas, razonándose en párrafos separados, la pertinencia y fundamentación de los motivos alegados". Y representa desde luego la técnica más ortodoxa y adecuada para construir la pretensión casacional. Ahora bien: el incumplimiento de este requisito no tiene por qué acarrear siempre la inadmisión del recurso; no, en concreto, cuando la incorrección resulta meramente formalista y no sustancial: por ejemplo, puede aparecer un escrito en el que bajo un único rótulo de "infracción de ley" aparezcan, eso sí debidamente tratados por separado, la infracción de dos o más preceptos legales. Esto es un tema menor y aunque el abogado no se haya preocupado de encabezar cada denuncia de lesión por un rótulo de "motivo primero…motivo segundo…", etc., siempre que resulte perfectamente discriminable la alegación de cada infracción será evidente que nos hallaremos ante tantos motivos cuantas infracciones se invocan.

Por el contrario, cosa indebida sí será que se deduzcan motivos generales, invocando *totum revolutum* la infracción de un conjunto de normas jurídicas distintas entre sí, fundándose

legales y nada más, y que se inadmite cuando carece de alguno, y punto, no en atención a factores finalistas, alejados del carácter eminentemente dispositivo de este recurso. Y que el otorgamiento de un plazo a la parte recurrida para defenderse, se implemente a virtud del principio de defensa y contradicción recogido en el art. 530, y no a los fines de uniformidad jurisprudencial, etc. Ahora bien, si conectamos la mentada admonición con lo que debe ser el contenido de las sentencias casacionales y cómo, a través de ellas, se satisfacen los fines que nutren la institución, entonces aquel enunciado sí que cobra toda su plenitud.

el motivo en argumentos comunes y no individualizados, pretendiendo con ello dotar de consistencia al motivo a virtud de la supuesta "gravedad" que conlleva que la sentencia recurrida haya violado tantas normas a la vez. En realidad, tal estrategia lo que persigue casi siempre es suplir las carencias de un razonamiento impugnativo que en realidad no se tiene, pretendiendo –en vano- llamar la atención de la Corte apabullando con una denuncia masiva e indiscriminada de dispositivos.

Por otro lado, con la nueva dicción del art. 528 CPCM, se simplifica un poco el formalismo del escrito de interposición que traía el art. 10 de la Ley de Casación de 1953, cuando exigía la triple expresión del motivo, el precepto infringido "y el concepto en que lo haya sido". No lo decimos desde la perspectiva de que tal "concepto", esto es, el origen de la infracción, no deba tratarse también ahora dentro de la fundamentación del motivo, como en efecto hay que seguir haciéndolo, explicando como hemos dicho si la infracción deriva de no aplicarse un determinado precepto, o por aplicarlo donde no cabía, o por interpretarlo con error, y el por qué de ello[354]. Ni tampoco en que no tenga que seguir existiendo correlación entre el "motivo" y el "concepto", que también debe persistir[355]. Se aligera sin embargo en lo formalista, y es a lo que queremos referirnos, por no tenerse que precisar el concepto ya en el propio rótulo de cada motivo, como si fuera un elemento identificativo necesario de éste. En la práctica, los recursos de casación vinieron a encabezarse aludiendo al "motivo o causal general" (el motivo) y al "motivo específico" o "submotivo" (el concepto).

Esta última formalidad, la de expresar el concepto en el propio rótulo del motivo, no cabe extraerla del actual art. 528 y puede llevar a inadmisibilidades rigurosas si de pronto no concuerda el rótulo y el contenido por una torpeza de redacción. Lo que importa en todo caso es este último, el contenido y desarrollo del motivo.

Finalizará el escrito de interposición, con la solicitud de que el recurso se admite a trámite y sobre todo, que se estime, con los efectos que legalmente corrspondan y que siempre conviene precisar, aunque no serán vinculantes para la Corte pues su otorgamiento o no deriva de la aplicación estricta de la legalidad, como ahora veremos.

354 "Estudiado que fue el escrito de interposición del recurso, se encuentra que el mismo carece de precisión, por no señalar en cuales argumentos la Cámara sentenciadora interpretó erróneamente los preceptos legales señalados, y cual debió ser la interpretación correcta, rebatiendo las motivaciones legales del fallo, ya que sin razonar las infracciones denunciadas no existe formalización del recurso, pues esta debe hacerse en forma clara y precisa, vinculando el contenido de las normas que se consideren infringidas con el (…) motivo denunciado, señalando como, cuando y en qué forma, se cometió la infracción de cada uno de los preceptos contenidos en los artículos señalados": Sentencia de la Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2009, dictada a las 11 horas (referencia 132-2009). En el caso, el recurso se decretó inadmisible.

355 Expresa al respecto la Corte, con base en el art. 10 LC, que "Para que un recurso de casación sea admisible es preciso que el concepto de la infracción de las disposiciones legales que se estimaren infringidas, corresponda al motivo denunciado; si esa correspondencia falta, equivale a no haberse expresado dicho concepto": Sentencia de 17 de noviembre de 2008, dictada a las 9.15 horas (referencia 221-C-2007). En este caso el recurso se declaró inadmisible, tanto por la comisión de aquel defecto, como porque el escrito de interposición ni siquiera se preocupaba de formular un ataque a la sentencia de apelación que se recurría, sino que el mismo se limitaba, en "un extenso recurso que contiene nueve folios, en los cuales, notoriamente, expresa su disconformidad con la sentencia de primera instancia y enumera una larga serie de preceptos legales infringidos".

El escrito se deducirá en el plazo de los 15 días siguientes a la notificación de la resolución que se impugna (art. 526), ante el tribunal de apelación que ha dictado la resolución recurrida (art. 528). Éste limitará al máximo sus poderes de control a la verificación de los requisitos formales del recurso como son: plazo, carácter recurrible de la resolución, y afirmación de la legitimación activa del recurrente –recordemos, por haber sido parte en la instancia previa o afirmar que tenía derecho a ser emplazado y no lo fue (el tribunal de apelación no entrará a juzgar sobre esto último, ni sobre el gravamen: su realidad la dilucidará la Corte).

No dice nada la ley sobre los poderes de control del tribunal de segunda instancia, aunque tampoco los niega, y si algún sentido ha de tener que se confíe al órgano inferior el recibir el recurso y darle cauce, en vez de haber dispuesto que el recurrente pudiera presentar su escrito de interposición directamente ante el tribunal *ad quem*, se supone que es, precisamente, para que aquél, como órgano conocedor de las circunstancias subjetivas y objetivas dentro de las cuales ha recaído la resolución impugnada, se halle en posición idónea para filtrar los escritos que adolecen de los requisitos objetivos necesarios. De lo contrario, ¿para qué su intermediación? Siempre, eso sí, en la óptica estrictamente formal que se ha descrito.

4.9.6.2 Admisión:

Suponiendo que no haya dificultades con los aspectos formales del recurso, el tribunal de apelación, dice el art. 529 CPCM, remitirá las actuaciones a la Sala *ad quem* en los 3 días siguientes, notificando de ello a las partes.

Una vez recibido el expediente, esta última, con instrucción del Ponente que se designe, estudiará y resolverá sobre la admisión del recurso, con base en la comprobación de los requisitos formales ya mencionados (carácter recurrible de la resolución, gravamen, legitimación afirmada, plazo), sin prejuzgar sobre el acierto de los motivos deducidos. El Código, con buen criterio a nuestro parecer, no recoge ninguna causa de inadmisión del recurso que pudiera traer consigo un examen preliminar de los motivos interpuestos (tal como se prevé en ocasiones en otros ordenamientos, con ese fin claro356), lo que redunda en la idea de que el control en este estadio del procedimiento ha de ser estrictamente formal.

Caso de inadmitir el recurso, cabrá recurso de revocatoria.

356 Resulta de esta guisa, por ejemplo, la causa de inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal del art. 473.2.2º LEC ("si el recurso careciere manifiestamente de fundamento"), o el de casación del art. 483.2.3º LEC ("...o no existiere interés casacional por inexistencia de oposición a la doctrina jurisprudencial, por falta de jurisprudencia contradictoria o si la norma que se pretende infringida llevase vigente más de cinco años o, a juicio de la Sala, existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre dicha norma o sobre otra anterior de contenido igual o similar"). No hace falta gran esfuerzo para percatarse que la dilucidación de estas circunstancias de inadmisión, entrañan casi siempre y excepto los casos extremos en que el escrito de interposición carece de argumentos, a un análisis de fondo de los motivos presentados, es decir, a adelantar a una fase anterior (admisión) a la que naturalmente le correspondía (sentencia definitiva), la decisión sobre la falta de razón del recurso deducido.

4.9.6.3 Oposición al recurso:

De admitir el recurso la Corte, se abrirá plazo de 8 días a la parte recurrida para que pueda alegar "lo que de su parte considere conveniente" (art. 530 CPCM), lo que debe entenderse se efectuará por escrito, no oralmente. La ley no habla de vista, ni de citación de la parte recurrida a un día y hora determinados para formular alegaciones, sino de un plazo, lo que en términos lógicos nos coloca en la hipótesis de presentación de un escrito con tal contenido.

Dado que no contempla el Código aquí ninguna figura semejante a la adhesión de la apelación, tales alegaciones de las distintas partes, al menos las que pueden engendrar un deber de respuesta del tribunal *ad quem*, se entiende que sólo pueden serlo para oponerse al recurso o recursos planteados. Transcurrido el plazo, o presentado escrito respectivo antes de su vencimiento por todas las partes recurridas, quedará conclusa la causa para sentencia.

4.9.7 Decisión del recurso: contenido y efectos:

4.9.7.1 Pautas para su enjuiciamiento:

Con carácter general, la Sentencia que entre a resolver sobre los motivos interpuestos en un recurso de casación civil debe regirse por los tres siguientes cánones:

a) El deber de congruencia cuantitativo o de exhaustividad que debe de cumplir la Corte Suprema al resolver el recurso, se extiende por orden de la ley (art. 534 CPCM) a la totalidad de los motivos interpuestos, sin que la declaración con lugar de uno de ellos releve al Tribunal de tener que contestar los demás[357]. Se trata ésta de una imposición legal que no opera para la apelación, y que alcanza su verdadero sentido atendiendo a los fines peculiares y únicos de este recurso extraordinario. Se trata de no hurtar a la Corte de la posibilidad de formular "doctrina legal" sobre todos los temas jurídicos suscitados en el recurso, más allá de su utilidad para el supuesto litigioso concreto, prevaleciendo así el ius constitutionis de la institución.

   Ahora bien, el art. 534 no puede leerse de manera aislada, sino que ha de hacerse en conjunción con el precepto que le sigue, el 535 CPCM, que al tiempo de fijar el orden correcto de los pronunciamientos de la sentencia, advierte que la misma "sólo se pronunciará sobre los [motivos] de fondo si aquellos [los de forma] fueran desestimados". Por tanto, en puridad, el deber de exhaustividad que consagra el art. 534 lo es únicamente respecto de la misma categoría de motivos del recurso; esto es, cuando se deduzcan en el escrito de interposición dos o más motivos de forma del art. 523, entre éstos; o cuando se deduzcan dos o más motivos de fondo del art. 522, entre éstos. No hay tal deber de exhaustividad, por el contrario, en cuanto a tener que estatuir sobre los motivos de fondo si se ha apreciado alguno de forma, porque

357 Art. 534 CPCM: "En la sentencia, el tribunal de casación deberá pronunciarse sobre todos los motivos invocados por el recurrente, aún cuando sólo fuere procedente casar la sentencia por uno de ellos".

lo prohíbe taxativamente el 535. Aunque entonces, repetimos, sí resolverá los demás motivos de forma que eventualmente se hubieren invocado.

b) Como segundo canon de enjuiciamiento general el Código establece en su art. 536, tras insistir en el deber de congruencia cuantitativo, la vigencia del principio *iura novit curia* en los términos siguientes: "el tribunal de casación está vinculado al fallar por los motivos invocados y en razón de los argumentos jurídicos que hubiera presentado el recurrente; 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".

De lo descrito por la norma se desprende, en esencia, que el Tribunal de Casación al dar respuesta a los motivos del recurso presentado, motivos que consisten en un cuestionamiento de la interpretación o aplicación de la sentencia recurrida sobre uno o más preceptos jurídicos, ha de referirse por fuerza a esos preceptos y partir de los argumentos del recurrente, sea para decirle que sí, sea para desestimar los motivos. Sin embargo, para dar su respuesta el Tribunal de Casación no está vinculado a los razonamientos del recurrente, sino que puede elaborar los suyos propios, pues para eso crea "doctrina legal" y para eso ejercita jurisdicción positiva y no solamente negativa.

Ahora bien, el art. 536 CPCM habla, como hemos visto, de la aplicación por el Tribunal de Casación de "otras *normas y fundamentos jurídicos* que estime pertinentes". Se tratan por tanto de dos cosas distintas, que no deben confundirse: una son las "normas" y otra los "razonamientos" sobre esas normas. Los razonamientos son libres del Tribunal; las normas, sólo a partir de un determinado punto: aquel en el que el Tribunal case la sentencia impugnada por haber cometido ésta una infracción, procesal o sustantiva, y deba colocarse en el deber de resolver ella misma sobre el punto controvertido de que se trate. Sólo cuando la resolución recurrida queda anulada y el Tribunal de Casación entra a sustituir al órgano de instancia en el enjuiciamiento del tema (procesal o sustantivo), es cuando el Tribunal de Casación adquiere el poder pleno del *iura novit curia* para fallar del modo como corresponda en Derecho, sean o no los preceptos solicitados por el recurrente, y eso sí, respetando los hechos que constituyen el título jurídico, los cuales han de ser siempre introducidos por las partes.

Mientras eso no ocurra, o por mejor decir, si la resolución judicial impugnada no se casa, el ámbito de actuación de la Corte Suprema se habrá contraído únicamente a verificar si la interpretación y aplicación de las normas seleccionadas por el tribunal inferior devino acertada o desacertada.

c) Tercer canon: volviendo otra vez al ya citado art 524 CPCM y situándolo en esta fase de actuación intelectiva, la Corte intentará también aquí y ahora favorecer "la uniformidad de la jurisprudencia", en cuanto instrumento de la "igualdad ante la ley (…) la seguridad y la certidumbre jurídica". Lo que tanto significa como que el

Tribunal de Casación deberá extremar el cuidado en el empleo que haga de su propia doctrina cada vez que resuelve un recurso, evitando fundamentaciones y soluciones contradictorias entre sí; la ambigüedad o el oscurecimiento de los asertos donde se contenga la doctrina legal; y/o la disparidad de tratamiento entre dos justiciables cuya situación fáctica es similar, salvo que concurran razones que motiven un cambio de doctrina y que de tal guisa deberá exponerse. En definitiva, huirá de la *arbitrariedad*, de la justicia de caso único, del selectivismo caprichoso y la falta de igualdad judicial.

4.9.7.2 Orden de los pronunciamientos:

Conforme al art. 535 CPCM, la Corte debe resolver primeramente los motivos de forma del listado del art. 523, y pasar luego a analizar los motivos de fondo, salvo que la estimación de alguno de los anteriores impida a la Corte la revisión de los vicios *in indicando* por imponerse la retroacción de los autos. A su vez, dentro de cada una de las categorías de motivos, convendría por una cuestión lógica en cuanto a la *antigüedad* de la infracción, revisar en los procesales primero los que atañen a la falta de presupuestos procesales, o que pueden acarrear la nulidad de todo o parte del procedimiento, y dejar para lo último los vicios de la sentencia como acto procesal. Asimismo, en los motivos de fondo, principiar por el análisis de los errores en la carga de la prueba o en su caso la valoración de la prueba (fijación de hechos), y luego en los errores del ordenamiento sustantivo, no a la inversa.

4.9.7.3 Sentencia desestimatoria:

Al tratar de los efectos de la sentencia de apelación formulamos algunas consideraciones sobre cómo medir los conceptos de "estimación" y "desestimación" del recurso, y en el primer aspecto, cuándo ésta ha de considerarse estimada total o parcialmente. Consideraciones que resultan perfectamente trasladables a este ámbito casacional, por lo que las damos por reproducidas.

Así pues, entrando ya en el pronunciamiento desestimatorio del recurso de casación, cabe identificar que éste tendrá lugar cuando se revele la inatendibilidad del recurso, bien porque se aprecia tardíamente alguna causa de inadmisión que tenía que haberse decretado antes y pasó desapercibida; bien porque, entrando en el análisis de los motivos interpuestos, todos ellos se rechazan por falta de razón. En uno u otro caso la sentencia traerá consigo la confirmación de la resolución impugnada y que esta última alcance firmeza por devenir ya inimpugnable. En ese caso se condenará en costas al recurrente (art. 539 CPCM).

De manera específica, señala la ley que en el supuesto de casación sobre el fondo, aun apreciándose cometido por la sentencia de segunda instancia un error jurídico, no cabrá hablar de "estimación" del recurso sino de su desestimación cuando la Corte determine, de acuerdo a su propio enjuiciamiento del objeto litigioso, que la decisión del inferior es sostenible aunque con otras razones y que por ende no ha lugar a modificar el fallo (art. 538 CPCM). Si tal cosa sucede, ciertamente no se ha logrado el fin para el que se interpuso el recurso desde la perspectiva del recurrente, que es aquel desde la cual ha de medirse el

sentido de su pronunciamiento. La casación no es un mecanismo de control abstracto de la legalidad, sino cauce especial y extraordinario pero de reparación a fin de cuentas del gravamen producido por una resolución judicial, bien que satisfaciendo también con ello los fines de uniformidad jurisprudencial y nomofilaxia.

4.9.7.4 La sentencia estimatoria y sus efectos:

4.1.- El Código se refiere al contenido de dicha sentencia en su art. 538, aunque empieza por referirse a los motivos de fondo y no los de forma, siendo que el orden de los pronunciamientos debe ser el inverso, es decir, la Corte habrá de resolver primero los motivos de carácter procesal. En todo caso advierte el legislador, con buen criterio, que al hacerlo deberá estarse a la naturaleza de la infracción cometida, para saber si cabe o no la retroacción de actuaciones.

Así, en primer lugar, cuando la infracción afecta a un presupuesto del proceso, lo que implica no sólo que todo lo actuado deviene contrario a Derecho e ineficaz, sino que en casi todos los casos el proceso no podrá reanudarse, el Código señala (art. 537 párrafo primero) que "sólo procederá la anulación", lo que significa que la Corte no acordará la retroacción de actuaciones pues no hay nada que subsanar ni que reanudar. Como ejemplos de ello, el mismo precepto menciona la infracción de los presupuestos relativos al órgano judicial ("jurisdicción, competencia") y a la elección de procedimiento ("vía judicial"). La misma solución, con todo, cabe predicarla cuando se estime cualesquiera de los que pueden calificarse como infracción a los presupuestos del proceso (ver al respecto, nuestra clasificación en el listado de motivos del art. 523 CPCM).

4.2.- En segundo término, si el vicio procesal se refiere a los actos del procedimiento o a la merma de garantías procesales de las partes, la estimación casacional llevará aparejada consigo, además de la nulidad de la resolución impugnada, la retroacción de los autos (pues el proceso como tal no se ha extinguido y tiene que activarse de nuevo), que es lo que se conoce como casación con reenvío. La retroacción alcanzará hasta el primer acto procesal considerado nulo, que es a partir del cuál debe celebrarse la repetición del procedimiento. La Sentencia de la Corte deberá precisar en cada caso el alcance de la retroacción. En tales situaciones, además, tampoco la Corte no podrá analizar los motivos de fondo del recurso, si se hubieren interpuesto, ni juzgar sobre las pretensiones de primera instancia.

4.3.- Mención específica dentro de este segundo grupo de infracciones "de forma", merecen las referidas a las causadas sobre el derecho a la prueba, tanto cuando se aprecia por la Corte Suprema la inadmisión indebida o la falta de práctica (de la previamente admitida), o una injustificada negativa a la aportación o práctica de prueba nueva. Establece el Código que la apreciación de un motivo de este tipo, de tal manera que la prueba debe admitirse o practicarse por devenir pertinente y útil, comportará necesariamente la devolución de la causa "al tribunal que cometió el vicio", para que éste se encargue de incorporar el medio de convicción, y formule de nuevo el juicio que corresponda sobre los hechos probados[358].

358 Textualmente, dice el art. 537 CPCM que 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 dicho

Es evidente que esta disquisición sobre si la prueba incide o no en el fallo corresponde realizarlo a la Corte, comportándose de tal modo como tribunal de instancia, al tener que valorar su pertinencia y utilidad, a la luz de los hechos alegados por las partes en sus pretensiones iniciales (demanda y contestación). Cosa distinta sería un motivo de casación por infracción de las reglas para su práctica (de tiempo, lugar o forma), queja que puede resolverse mediante un juicio de la legalidad procesal más abstracta o desconectada del *thema decidendi*.

Fijémonos además que la norma (art. 537 último párrafo CPCM) es clara: la retroacción no se limita necesariamente a la apelación, sino a la instancia en la que se haya producido originariamente la denegación o falta de práctica de la prueba. Si el problema arranca de una prueba propuesta al Juzgado y rechazada indebidamente por éste, la retroacción lo será de nuevo hasta esa primera instancia. Si por el contrario se trata de alguna de las hipótesis de "prueba nueva" en apelación ex art. 514, será el tribunal de segunda instancia, único responsable de no haber permitido esa prueba, el que deberá proveer a su aportación o práctica y valorar todas las pruebas de nuevo, y en tal sentido obrará el reenvío.

El no circunscribir por el legislador siempre la retroacción en estos casos a la segunda instancia, puede parecer en apariencia una medida antieconómica. Sin embargo, nos parece en realidad la solución más satisfactoria, primero porque otorga a cada órgano judicial la responsabilidad que realmente le corresponde en la causación de los hechos y en la infracción de prueba detectada; pero sobre todo, porque así el justiciable no pierde una instancia completa en la retroacción, cuando el vicio de prueba arrancaba en origen del Juzgado. Este último, en tales casos, dictará así la sentencia con arreglo al arsenal de convicción fáctica que resultaba correcto y procedente desde el comienzo, permitiendo todavía que los eventuales errores en que pudiera incurrir la nueva decisión (se entiende, errores de otra especie, tales como en el enjuiciamiento del fondo) permitirán su denuncia en apelación, que es recurso ordinario y con plenitud de jurisdicción revisora en los términos que ya explicamos en el tema anterior, por aquella de las partes a la que perjudique la sentencia de primera instancia.

4.4.- Por último, en el ámbito de motivos de fondo casacionales, éstos pueden afectar tanto al error en la valoración de la prueba, como al error en el manejo y aplicación de las normas sustantivas.

Empezando por el error en la valoración de la prueba, conviene recordar que la casación no es una tercera instancia ante la que se puede instar de la Corte una nueva apreciación judicial del material de hecho, sin otro leit motiv que la particular creencia de la parte recurrente de que, aún dentro de lo opinable, el juicio probatorio del tribunal de apelación no ha sido el mejor posible, lo que devendría sin embargo razón insuficiente para instar su modificación. Como esto evidentemente no es así, el art. 537 CPCM debe leerse en relación con aquellas situaciones en que puede hablarse de la denuncia de un error jurídico, de la infracción objetiva de un precepto legal regulador del valor de un medio de prueba, lo cual abarca dos hipótesis concretas:

tribunal a su diligenciamiento".

a) La infracción de las normas legales de prueba tasada. Como ya se explicó oportunamente esta categoría se reduce en el nuevo Código, ex arts. 416, 341 primer párrafo y 353, únicamente a la prueba documental pública en cuanto a los hechos presenciados directamente por el funcionario o el fedetario que lo crea; y a la declaración de parte respecto de los hechos perjudiciales y directos que ésta reconociere, y siempre que no hubiere prueba de distinto signo.

b) La eventual y extraordinaria vulneración de las normas que prevén una apreciación de las pruebas "conforme a las reglas de la sana crítica". Se trata, como ya sabemos, de un concepto jurídico-procesal abierto, en el que se pretende ordenar no tanto un resultado concreto de convicción, sino la imposición de una metodología valorativa judicial, aquella que aun sin decirlo se remite a estándares de lógica y sentido común.

Por tanto, para hacer saltar este parámetro, la valoración de la prueba que se impugna no puede resultar simplemente opinable o no compartida, sino que ha de revestir la faz de una valoración absurda, disparatada, a partir de los términos en que la sentencia de apelación recurrida, hubiere argumentado esa valoración. Si el problema atañe, antes bien, a la falta de explicitación de los razonamientos valorativos, el vicio perpetrado lo será de falta de motivación.

Por otro lado, debemos aclarar que pese a que el art. 537 CPCM parece dar un tratamiento común a los casos de "admisibilidad y a la valoración de la prueba", en cuanto a la necesidad de que la Corte pondere la influencia del error en el fallo impugnado y en función de ello acuerde o no "devolver los autos al tribunal que cometió el vicio", en realidad, la alternativa de una casación con reenvío sólo cobra sentido en el primer caso, el de la admisión de la prueba, no en el de su re-valoración.

En este último caso, sea que se trate de aplicar la norma de valor tasado que la resolución recurrida dejó de lado, o de hacer justo lo inverso (declarar que no rige valor tasado para un medio que se ha tenido como tal), nada impide al Tribunal de Casación asentar la relación de hechos probados que corresponda y, de inmediato, resolver sustantivamente la controversia, que es lo que procede siguiendo el mandato del art. 537 inciso primero CPCM.

4.5.- Finalmente, para la casación de recursos por errores del derecho material, no se plantea ninguna especialidad en cuanto a la estimación de este tipo de infracciones en apelación, ni desde la perspectiva de las modalidades infractoras posibles (aplicación indebida, inaplicación indebida, interpretación errónea), ni de las operaciones jurídicas que entraña (calificación jurídica de los hechos, interpretación de conceptos sustantivos indeterminados, deducción de las consecuencias legales, fijación de las declaraciones y prestaciones que pueden concederse y cuáles no). Todo esto ha de acometerlo la Corte Suprema, una vez más cual si de un tribunal de instancia se tratase. Así se desprende del mencionado art. 537 inciso primero CPCM, al prever que la sentencia se case y deba dictarse "la que en su lugar corresponda".

Lo que hace específico al juicio casacional, es precisamente que para poder resolver el recurso la Corte enuncia principios o máximas atinentes al contenido y alcance de las normas jurídicas, en este caso sustantivas. Es a partir de esos principios o máximas, que se construyen o relacionan a un supuesto de hecho (procesal o material) concreto, el sometido a su jurisdicción en el marco de cada recurso, con lo que logra cerrarse el círculo de compatibilidad entre el ius constitutionis (nomofilaxia y uniformidad jurisprudencial) y el ius litigatoris de las partes del recurso.

4.10 REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES

Juan Carlos Cabañas García

SUMARIO: I.- Concepto y resoluciones recurribles.- II.- Motivos de la revisión.- III.- Plazos para el ejercicio de la acción.- IV.- Procedimiento: 1. Interposición. 2.- Admisión y alegaciones.- 3. Vista oral.- IV.- Decisión.-

4.10.1 Concepto y resoluciones recurribles:

4.10.1.1 Concepto:

La revisión constituye un mecanismo excepcional de interrupción de los efectos de cosa juzgada material de resoluciones judiciales firmes, ante la concurrencia de circunstancias graves que vician la validez de la decisión, y llevan a la ley a permitir la reapertura de la causa. Estamos ante una de las novedades más significativas del nuevo Código, que ha ampliado la protección jurisdiccional de los derechos hasta aquellas situaciones límite en que la injusticia y la indefensión, resultan prevalentes frente al principio de seguridad jurídica emanado de la firmeza de la resolución judicial, en línea con los ordenamientos procesales modernos359.

La revisión no puede considerarse en sentido técnico-procesal un recurso, puesto que éste sólo se predica de resoluciones aún no firmes, que además siguen sin estarlo en cuanto se interpone el recurso y con ese estatus se mantienen hasta la resolución del último recurso que quepa. En la revisión, por el contrario, se parte de aquel carácter firme, bien porque la resolución no se recurrió, bien porque así se hizo (uno o más recursos) y ya se alcanzó una decisión inimpugnable. Aunque el Código se cuida de no definir su naturaleza –ni en un sentido ni en otro- en el rótulo que acompaña al Título Quinto360, luego sin embargo en algunos de sus preceptos (ver arts. 544, 547, 550) comete la impropiedad –inocua, pero impropiedad al fin y al cabo- de calificarla como un "recurso", lo que ya hemos explicado que no es.

Por tanto, la llamada "revisión de sentencias firmes" se configura inequívocamente como un proceso, esto es, una actividad jurisdiccional de objeto propio en el que se debate una pretensión individualizada que diverge estrictamente de la tratada en cualquier otro proceso previo, aunque guarde una evidente conexión con aquel en el que se dictó la resolución cuya revisión se insta. En efecto, aunque con un trasfondo reaccional o impugnativo evidente, la demanda de revisión plantea una pretensión muy concreta, que de ningún modo consiste en que se resuelva o estatuya sobre las pretensiones debatidas en la instancia del proceso previo, sino única y exclusivamente que se determine si la resolución está viciada por alguna

359 Ver por ejemplo arts. arts. 281-292 CGP; arts. 395-403 CPC Italiano (cuyo mecanismo denominan "revocazione"); y arts. 509-516 LEC.

360 No lo hace tampoco la LEC, cuyo Título VI (Libro II) emplea la misma frase: "De la revisión de sentencias firmes", acaso con el fin de no abrir un debate doctrinal sobre su naturaleza, por otro lado actualmente en buena medida superado por los estudiosos.

de las circunstancias previstas en la ley, y por ello, debe ser rescindida en sus efectos de cosa juzgada material. El procedimiento que se abre para conocer de este pretensión, que podrá ser resistida por las partes a las que podría perjudicar la revocación de la resolución revisada, tiene como único fin discutir sobre esto, y de ser estimatoria de la acción ejercitada aquella rescisión provocará la inutilidad del proceso anterior (en todo o en parte, según veremos), pero no condicionará su resultado futuro, una vez aquél se reemprenda de nuevo, sino únicamente en los límites de no desconocer los pronunciamientos que han servido para la rescisión misma (sobre esto volveremos más adelante).

4.10.1.2 Resoluciones recurribles:

Tres cuestiones procede destacar en este punto:

a) La primera, es que la ley únicamente consiente el proceso de revisión contra sentencias, no vale para otro tipo de resoluciones judiciales, como así se expresa en el art. 540 CPCM. La razón ha de buscarse en el atributo de la cosa juzgada material, de la cual carecen los decretos y autos, aunque éstos sí proyectan cosa juzgada formal. Por esta misma razón quedan excluidas, conforme añade el mismo precepto, aquellas sentencias firmes (cosa juzgada formal) que "por disposición legal, carezcan de efectos de cosa juzgada", pues para ellas el camino impugnatorio más sencillo es el de la incoación de una nueva demanda en sede declarativa.

b) Se predica la revisión, por tanto, de sentencias firmes que producen cosa juzgada material. Desde luego ello comprende a las recaídas en los procesos regidos por el CPCM, esto es, civiles y mercantiles. No obstante, aunque nada matice el Código, entendemos que igualmente debe permitirse la revisión respecto de aquellas sentencias dictadas en *materia de familia*, y de *relaciones laborales*, para las cuales el mismo legislador sí ha permitido recurso de casación: de un lado, porque tampoco el Código lo prohíbe en el sentido de limitar la revisión a las sentencias de aquella índole (civil-mercantil), como tampoco lo prohíbe la Ley Procesal de Familia ni el Código de Trabajo; y de otro lado, porque si tratándose de sentencias que versan sobre relaciones con frecuencia meramente patrimoniales y negociales, el CPCM permite hacer prevalecer la justicia y el derecho de defensa sobre la seguridad jurídica, con más razón nos parece que tal cosa debe autorizarse, siempre en los estrictos cauces tasados que aquí contempla el Código, tratándose de sentencias que han estatuido sobre pretensiones imbuidas de un eminente orden público, y que afectan en muchos casos a débiles jurídicos (menores, trabajadores), como son las que derivan de aquellos otros ámbitos jurisdiccionales. No vemos razones que legitimen la exclusión de las sentencias de familia y laborales de este mecanismo.

c) Por último, ha de observarse que el art. 540 y los subsiguientes del CPCM, no circunscriben cuál ha de ser la instancia en la que se dictó la sentencia sujeta a revisión. Eso significa que no existe límite en tal sentido y que por tanto, igual puede instarse este proceso respecto de una sentencia que ni siquiera fue apelada –porque las partes, de hecho, desconocían en ese momento la irregularidad de que se trate-,

como de otra que se haya pronunciado en apelación, o en casación. El vicio que afecta y contamina la resolución judicial ha podido contraerse en cualquier grado jurisdiccional (pensemos en un cohecho cometido por un funcionario o Magistrado de apelación; o debido a un documento que se aporta en segunda instancia ex art. 514 CPCM y luego se declara falso).

Por tanto, si lo que importa es impedir que este tipo de ilicitudes graves quede impune, ninguna cortapisa puede ponerse al hecho de que la sentencia, en su día, se hubiere recurrido en mayor o menor medida. El único límite lo marca, claro está, la fecha de conocimiento o en su caso de declaración de la existencia del vicio, como luego veremos.

4.10.2 Motivos de la revisión:

Dada la gravedad que entraña la ruptura de la cosa juzgada material que se pretende con la revisión, no ya desde la perspectiva estrictamente jurídica, sino de su repercusión efectiva sobre aquellas situaciones materiales creadas con la sentencia que devino en su día firme, es obvio que la revisión sólo puede tolerarse bajo rigurosos límites, los cuales atañen tanto al listado de infracciones susceptibles de control, como de los plazos en que la acción se puede ejercitar. Ambos aspectos, como veremos, vienen inextricablemente relacionados entre sí, de modo que incluso los plazos varían en orden al origen fáctico o motivo de la revisión. Por lo que a éstos concierne, los motivos, se pueden formular algunas observaciones al hilo de su clasificación sistemática en dos grupos:

4.10.2.1 Motivos conectados a una injusticia manifiesta de la sentencia ("motivos generales" del art. 541 CPCM): estos a su vez pueden distinguirse en tres supuestos:

4.10.2.1.1 Aparición de documentos decisivos (art. 541.1º)[361]:

Aparece en primer término la posibilidad de revisión cuando, como describe el Código, después de dictada la sentencia se recobren u obtengan documentos "decisivos", que no pudieron aportarse a las actuaciones del expediente "por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado la sentencia". Del enunciado legal se desprende, un doble condicionante para la aplicación del motivo:

a) A efectos objetivos, la ley limita a los documentos el único medio de prueba que puede rehabilitarse *ex novo* tras la firmeza de la sentencia, para consentir su revisión. No obstante, no se hace discriminación alguna en su naturaleza, por lo que puede tratarse tanto de documentos públicos como privados.

361 Art. 541.1º CPCM: "Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: 1º. 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".

El documento en cuestión, además, dice la ley, ha de resultar "decisivo", sin definir sin embargo desde qué perspectiva lo dice. Hay una primera, evidente, la de su decisividad para resolver la controversia en cuanto al fondo. Estaríamos ante la hipótesis de un documento material que probaría las afirmaciones del proponente de la revisión, bien sea porque sobre ese documento pesa una regla tasada de valoración que llevaría a ese resultado (art. 341 primer inciso CPCM), bien porque aun no siendo así, se pueda cuanto menos establecer un juicio de probabilidad respecto a que, de haberse contado con el documento, el tenor del fallo que se impugna habría podido ser otro, favorable al ahora demandante de la revisión.

Queda la duda, en segundo lugar, de si el documento "decisivo" podría surtir efecto en relación con datos o hechos configuradores de óbices procesales impeditivos de un pronunciamiento de fondo, y tal sea lo que ahora se achaca en revisión a la sentencia impugnada. El legislador no ha limitado su cobertura a los documentos "materiales" y por ende en teoría cabe también aquí su aplicación.

Con todo, habrá que atender a cada clase de óbice, pues no parece que el supuesto tenga virtualidad, de entrada, en cuanto a los requisitos de capacidad para ser parte y capacidad procesal, pues no es dable pensar que, por ejemplo, el proceso previo marchara sin la aportación del documento que acreditase la representación de la persona jurídica demandada, o la designación del procurador actuante. En todo caso, tales omisiones debieron tener sus propios cauces depuradores en el seno de ese proceso y con ello un desenlace específico (archivo, o subsanación).

Resulta también difícil imaginar que ese documento "decisivo" pueda serlo una sentencia o un auto de admisión a trámite de una demanda, acreditativos respectivamente de la excepción de cosa juzgada o litispendencia.

Hablamos aquí de documentos públicos judiciales, que no pueden ser secretos ni inaccesibles para las partes, y de los que por tanto no puede predicarse su ocultamiento ni imposibilidad material de aprehensión, que es lo que exige en estos casos la norma ("de los que no se hubiera podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte…").

Salvo un caso: que el motivo por el que la persona no pudo disponer de la sentencia o el auto, fue su falta de notificación personal (si ésta procedía) a virtud de un engaño cometido por "la parte a cuyo favor se hubiese dictado la sentencia" objeto de revisión. Una hipótesis un tanto alambicada, aunque teóricamente posible[362].

362 Lo dicho no exime para que en otros ordenamientos, bien que prescindiendo de toda consideración sobre motivos de fuerza mayor o similares, se prevea la obtención de tales documentos judiciales como causa de revisión: así, el art. 283.3 CGP: "Cuando la resolución fuere contraria a otra anterior que tuviere entre las partes autoridad de cosa juzgada, siempre que no hubiere recaído pronunciamiento sobre la respectiva excepción". También el art. 395.5 CPC Italiano: "si la sentencia es contraria a otra precedente que tenga entre las partes autoridad de cosa juzgada, con tal de que no se haya pronunciado sobre la referida excepción".

En realidad, lo que puede pasar con la sentencia (cosa juzgada) o el auto (litispendencia) se resumirá casi todas las ocasiones en su mero desconocimiento, circunstancia ésta que bajo ciertas condiciones permite como sabemos su entrada al expediente hasta en fase de apelación (art. 514 CPCM), pero no aquí en revisión.

Sí podría ocurrir, y deviene óbice procesal a una sentencia de fondo, al margen de sus consecuencias materiales, que el documento recientemente recobrado pudiera demostrar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario (legitimación), o la caducidad de la acción originaria deducida en la instancia. Son supuestos en todo caso poco frecuentes, que hay que tratar con la excepcionalidad debida, aunque el legislador insistimos no ha prohibido su aplicabilidad a este ámbito de la revisión.

b) A efectos temporales, lo importante en este motivo legal no es cuándo se formó o suscribió el documento (si en fecha anterior a entablarse la demanda de primera instancia, o de celebrarse la audiencia preparatoria o probatoria si era un juicio común, o si se creó estando el proceso en apelación, etc.), bastando con que lo sea de fecha anterior a la sentencia que se trae a revisar.

Lo realmente importante, es que su descubrimiento o bien la posibilidad material para disponer de dicho documento, haya tenido lugar "después de pronunciada" la sentencia objeto de revisión.

De esta manera y para entendernos, lo que el legislador prohíbe en términos amplios es que se pueda instar la revisión para conocer de un documento que ya podía haber sido examinado en el proceso previo, pues entonces la falta de aportación del mismo deberá imputarse –salvo la excepción que ahora se dirá- a la negligencia de la parte, lo que desactiva el interés cualificado que permite poner en entredicho el valor de la cosa juzgada material.

Ahora bien, la prohibición como vemos no es absoluta, puesto que cabe la revisión cuando se sabía de la existencia del documento pero éste no se pudo aportar ora por razones de imposibilidad material, ora por maquinaciones fraudulentas de la contraparte del proceso previo para ocultar el documento o negar que lo tuviera en su poder. En este último caso, se entiende que tales estratagemas surtieron éxito en el proceso previo, en el sentido de que los tribunales que conocieron del caso no llegaron a percibir el fraude de la contraparte (fuese que lo denunciara o no el ahora demandante de la revisión).

De haberlo detectado entonces, lo lógico es que se hubieran puesto en marcha los mecanismos procesales previstos para sancionar al litigante de mala fe (al margen de su eventual responsabilidad penal) y beneficiar al perjudicado[363], incluyendo una aplicación flexible de las reglas sobre carga de la prueba.

363 En diligencias preliminares, véase art. 261, apartados 2º y 3º CPCM; ya en sede contenciosa, art. 336 sobre el deber de exhibición de documentos.

4.10.2.1.2 Falsedad de medios de prueba valorados como relevantes (art. 541.2º y 3º):

En segundo lugar, el Código se refiere a un supuesto inverso al anterior, esto es, no a pruebas que por no hallarse disponibles no pudieron tomarse en cuenta, presumiéndose decisivas, sino a pruebas que sí se apreciaron y además con ese carácter, lo que sin embargo no debió ocurrir pues adolecían de falsedad. En este supuesto, el legislador es más amplio e incluye tanto documentos (art. 541.2º), como prueba testifical y pericial (art. 541.3º CPCM), pero sujeta su procedencia, a que se acredite el hecho de la falsedad por una declaración judicial expresa. Esta última exigencia determina:

4.10.2.2 Documentos falsos (art. 541.2º CPCM)[364]:

Tratándose de documentos, la falsedad puede venir declarada según el Código, tanto en una sentencia penal, como en una sentencia de otro orden jurisdiccional incluyendo el civil. Siempre, en todo caso, la sentencia que se aporta para fundar el motivo debe ser firme, de lo contrario pendiente un recurso sobre ella y si prosperase, quedaría revocada en la propia vía donde se dictó (penal, etc.), dejando en ese momento a la revisión civil –ya resuelta o no, es lo de menos- huérfana de presupuesto.

1.1.- Siendo sentencia penal, pues, ha de constar como hecho probado la perpetración del delito de falsedad documental de los arts. 283 y ss CP, en relación precisamente con ese documento. No importa que hubiere habido condena o no sobre el sujeto responsable de la falsedad: aunque deviniere absolutoria por circunstancias personales del acusado (arts. 27-28 CP) o por prescripción del delito, lo importante es que si en ella se establece como cierta la falsedad de ese documento, ya está constituido el motivo para la revisión civil.

También podría tratarse, aunque con menos frecuencia, de una causa penal en la que el documento valorado positivamente por la sentencia civil objeto de revisión, hubiere intentado ser utilizado también como medio de prueba y ello se hubiere rechazado, al probarse dentro del mismo su falsedad.

1.2.- Esto último podría suceder igualmente en un proceso no penal, y a tal efecto el art. 541.2º CPCM tras hablar de falsedad penal, menciona la posibilidad de aquella otra que "fuera declarada después". Es importante atender a esta última dicción, a fin de formular dos aclaraciones:

a) De una parte, el elemento cronológico no debe tomarse *a contrario sensu*, es decir, no debe tomarse en el sentido de que la falsedad penal sí se ha tenido que declarar antes de dictarse la sentencia traída a revisión, mientras que en la falsedad no penal la declaración ha debido ser posterior. En realidad, resulta perfectamente posible que también la falsedad penal se haya declarado después de dictarse la sentencia objeto

364 Conforme a éste procede la revisión: "2º. Si se hubiera pronunciado en virtud de documentos declarados falsos en proceso penal, o cuya falsedad fuera declarada después".

de revisión civil y, como es evidente, incluso con más razón por la gravedad que supone una condena punitiva, no puede desconocerse el poder de esa declaración de falsedad penal para poder instar la acción del art. 540 CPCM.

b) A lo que apunta el legislador no es, pues, a una limitación sobre la data de la sentencia penal, que puede ser anterior o posterior a la sentencia de revisión (únicamente, eso sí, que no pudiera aportarse ni en primera instancia ni en segunda, ex art. 514 CPCM), sino a la data de la "otra falsedad", la no penal, donde sí se exige que la sentencia que la declara resulte posterior a aquella de la que se pide la revisión.

En este último caso, hay que incluir todas las alternativas de una exclusión del documento de otros procesos civiles o de procesos de distinta índole (laborales, de familia, contencioso-administrativos), justamente porque se haya acreditado su falta de autenticidad (falta de autoría), en los términos siempre aplicables supletoriamente de los arts. 334 y 338-341 CPCM.

4.10.2.3 Testigos y peritos (art. 541.3º CPCM)[365]:

El tenor del Código exige que los sujetos afectados "hubieran sido *condenados* por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia". Por tanto, implica que la falsedad exigida tiene que serlo penal, por la comisión del delito del art. 305 CP[366]. E implica también que la condena ha de haber girado justamente sobre los mismos hechos valorados como ciertos por la sentencia que se impugna en revisión, bien sea por haberse abierto diligencias penales a raíz de las declaraciones dadas por el sujeto dentro del citado litigio civil, bien sea porque, eventualmente, esos mismos hechos los hubiera vertido en otro tipo de procesos pero que gracias a ello se abrió la investigación penal, que a la postre culmina con la declaración penal de falsedad de ese testimonio.

No basta por tanto, con acreditar que el perito o el testigo concreto ha sido tachado de mendaz en algún proceso penal, una o más veces. Ha de haberlo sido por los mismos hechos que han servido para dictar, con ese contenido y efectos, la sentencia llevada a la revisión. Ahora bien, como hemos dicho el art. 541.3º habla de "condena", dando por sentado que la fijación de ls falsedad va a llevar aparejado que se establezca la responsabilidad de la persona y la imposición de una pena: sin embargo, y de modo idéntico a como ya

365 Reza a su vez este dispositivo: "3º. 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".

366 Art. 305 CP: "El que en declaración como testigo ante autoridad competente, afirmare una falsedad, negare o callare, en todo o en parte, lo que supiere acerca de los hechos y circunstancias sobre los cuales fuere interrogado, será sancionado con prisión de dos a cinco años.
En la misma sanción incurrirán los peritos, intérpretes, traductores y asesores que actuando como tales ante autoridad, afirmaren una falsedad u omitieren la verdad en sus manifestaciones.
No habrá lugar a sanción penal cuando el hecho descrito en los artículos anteriores fuere ejecutado en proceso penal en favor de un procesado por ascendiente, descendiente, adoptante, adoptado, hermano, cónyuge o conviviente o persona en análoga relación de afectividad con aquél".

apuntamos en el supuesto anterior de la falsedad documental, lo que importa aquí no es si el sujeto ha sido o no castigado de manera efectiva, si no si se estableció como hecho probado y firme la falsedad de su testimonio. Puede haber sentencia absolutoria por apreciarse una causa de exención de responsabilidad de los arts. 27-28 CP o por prescripción del delito, y sin embargo será suficiente para instar la revisión civil si tal sentencia dio por probada la falsedad. De no interpretarse así, a la injusticia manifiesta original (falsedad) se uniría una segunda injusticia manifiesta: la de no poder abrirse la revisión civil por un factor completamente ajeno a los fines que la instrumentan.

4.10.2.3.1 Sentencia ganada de manera fraudulenta (art. 541.4º)367:

A) Delimitación subjetiva de la norma:

Dentro de esta categoría sistematizamos los tres supuestos a los que alude la norma citada, la de la sentencia ganada por cohecho, violencia o fraude, circunstancias que vician gravemente la voluntad de sujetos que debido a la posición que detentan en la contienda, influyen o se les hace influir, por acción u omisión consciente, en un devenir torcido de la decisión final.

Esos sujetos pueden ser, ante todo, los que integran el propio órgano judicial: el juez o colegio de jueces, mediante las decisiones que adoptan dentro del proceso, quizá ya antes de la sentencia definitiva precisamente para poder moldear luego ésta (por ejemplo, excluyendo o incluyendo pruebas de manera indebida) y en todo caso al dictar esta última, sabiéndola injusta.

Pero también por algún funcionario del órgano judicial, quien de tal modo ha podido manipular, destruir o extraviar actuaciones del expediente.

Pueden incurrir también en estas conductas impropias, sujetos que prestan su ayuda o auxilio en un proceso, como los testigos o peritos. A priori la falsedad de su declaración, aunque sea motivada por precio o por violencia, queda subsumida en el supuesto anterior de la revisión y no en éste.

Sin embargo, sí que podría ocurrir que esos mismos sujetos pudieran pretender desviar o manipular la atención del tribunal mediante otro tipo de argucias, alterando el objeto de la pericia, aportando datos erróneos no ya sobre su percepción de los hechos litigiosos sino sobre alguna de las partes, etc. Tales actos y afirmaciones dirigidas al engaño sí tendrían su cobertura en este motivo.

En tercer lugar la previsión está dirigida a la contraparte de quien solicita la revisión, cuando ésta ha litigado con mala fe procesal ocultando datos para poner a su contrario en indefensión, o para hacer incurrir al juez en error.

367 Art. 541.4º CPCM: "Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: (...) 4º. Si el caso se hubiera ganado injustamente por cohecho, violencia o fraude".

Y por último, a cualquier tercero que, vinculado o no con alguna de las partes pero obrando por un interés espurio propio, se dirigen a los funcionarios del órgano judicial a fin de obtener su colaboración delictiva, la maquinación fraudulenta que adultere el resultado de la contienda.

B)Delimitación objetiva del supuesto:

a) El cohecho:

Conviene precisar que las tres situaciones enunciadas por el precepto citado, esto es, el cohecho, la violencia y el fraude, no se hacen estrictamente desde una perspectiva penal, en el sentido de que no hay remisión expresa a determinadas figuras delictivas previstas en el CP.

Esa remisión, con todo, se torna inevitable al menos en lo que atañe al cohecho, que es un concepto jurídico penal de contenido concreto. Así, cuando se alegue su comisión, aunque no lo indique expresamente el art. 541 CPCM, deberá exigirse una sentencia de condena penal firme para que proceda la revisión, pues razones básicas de prejudicialidad determinan que no puede constituir objeto de una revisión civil el tener que dilucidar si se ha cometido o no un delito; extremo éste que tiene que hallarse ya despejado para cuando se entabla la demanda de revisión.

El cohecho, en sus dos modalidades de propio (art. 330 CP[368]) e impropio (art. 331 CP[369]), deviene aplicable únicamente a funcionarios públicos. Por su parte, el cohecho activo del art. 335 CP[370], concierne al particular que compra la voluntad del funcionario y con cuya condena quedaría abierto también el camino de la revisión civil, siempre que lo sea por lo realizado en relación a ese proceso y a la sentencia que se trae a la revisión.

Muy cercano al cohecho, se encuentra también el delito de prevaricato del art. 310 CP[371], en el que con frecuencia se sintetiza toda la gravedad de un comportamiento

368 Art. 330 CP: "El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para realizar un acto contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto debido, propio de sus funciones, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del empleo o cargo por igual tiempo".

369 Art. 331 CP: "El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para realizar un acto propio de sus funciones o por un acto ya realizado propio de su cargo, será sancionado con prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo".

370 Art. 335 CP: "El que por sí o por interpuesta persona, prometiere, ofreciere o entregare a un funcionario o empleado público una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida, para que ejecutare un acto contrario a sus deberes oficiales o para que no realizare o retardare un acto debido, será sancionado con prisión de seis a diez años.
Si el hecho consistiere en que ejecutare un acto propio de sus funciones oficiales o se trae de un acto ya realizado, propio de su cargo, será sancionado con prisión de dos a cuatro años".

371 Art. 310 CP: "El juez que a sabiendas dictare resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés

judicial contrario a las reglas de la ley, la ética y la probidad. Esto es, el haber dictado la sentencia a sabiendas de que la misma resulta contraria a la ley o está fundada en hechos falsos, incluso si ello se produce por negligencia o ignorancia "inexcusable" y no por dolo. Con no menos motivos que el anterior y para no incurrir en una diferencia de trato en esta sede ante conductas muy similares, una condena por la comisión de prevaricato debe permitir también la demanda de revisión ex art. 541.4º CPCM, aunque sea bajo la acepción a estos efectos lato sensu impropia- del concepto de "cohecho". Tal extensión es posible, porque no se trata de pretender que en la revisión civil se califiquen conductas punitivas (si así fuera, sí podría esgrimirse la prohibición de analogía o de interpretación restrictiva del derecho penal), calificaciones que ya se han producido en la sentencia penal. Únicamente se trata de delimitar un motivo para el re-examen de la injusticia de la sentencia civil y, en lo que aquí importa, la gravedad de las conductas que han de poder justificar su rescisión. Dejar fuera los casos de condena por delito de prevaricato resultaría sencillamente absurdo.

Por lo demás, los hechos que justifican la imposición de la condena por uno de esos delitos, han de versar precisamente con lo actuado en el proceso en el que recayó la sentencia impugnada ahora en revisión. No basta con que se acredite, en un determinado momento y en relación con otras causas seguidas ante ese órgano judicial, una conducta indebida de sus responsables.

b) La "violencia":

Por lo que atañe, en segundo lugar, al supuesto de "violencia" del art. 541.4º CPCM, éste conecta por sus características fácticas con la comisión del delito de coacciones del art. 153 CP[372], pero también con el de "amenazas" del art. 154 CP[373], dirigido como aquél a la tutela del mismo bien jurídico, aunque desde expresiones coercitivas diferentes (y ambos con sus posibles agravaciones, ex art. 155 CP[374]).

---

personal o por soborno, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del cargo por igual tiempo.
Si la sentencia fuere condenatoria, en proceso penal, la sanción será de tres a diez años de prisión.
Lo dispuesto en el inciso primero será aplicable, en su caso, a los árbitros.
Se tendrá como prevaricato el hecho de que un magistrado juez o secretario, dirijan por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes en juicio o diligencias que se sigan en el tribunal en el que desempeña sus funciones o en algún otro.
Los que incurran en este delito serán sancionados con prisión de uno a tres años.
El juez que por negligencia o ignorancia inexcusable, dictare sentencia manifiestamente injusta, será sancionado con prisión de dos a cuatro años".

372 Art. 153 CP: "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".

373 Art. 154 CP: "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".

374 Art. 155 CP: "En los casos de los dos artículos anteriores se considerarán agravantes especiales, si se cometieren con alguna de las circunstancias siguientes:
1) Que el hecho fuere cometido con arma;

c) Fraude:

Y finalmente, respecto del concepto de "fraude", incluido en el mentado art. 541 CPCM, aquí no parece posible hacer aplicación de la figura penal del art. 306 CP, el cual si bien describe conductas que encajan propiamente con aquellas que se pretende precisamente reprimir por esta vía de la revisión, el tipo penal sin embargo se articula en cuanto a su comisión en "procesos penales"[375]. No, por tanto, en los procesos cuyas sentencias permiten la revisión conforme al Título Quinto del CPCM.

En consecuencia, la Corte tiene aquí el campo abierto, como sucede en otros ordenamientos, para apreciar la concurrencia del motivo a la vista de los datos que se aporten en la demanda de revisión, y de lo que razonablemente pueda probarse dentro del propio proceso de revisión, en torno a conductas o maquinaciones consideradas fraudulentas, con frecuencia cometidas por la contraparte para inducir a engaño al tribunal de la causa que dictó la sentencia o para dejar fuera del pleito a su contrario.

En este último supuesto se halla una modalidad muy típica de fraude, consistente en decir que se desconoce el domicilio del demandado –siendo ello mentira-, o el suministrar un domicilio erróneo, para impedir su emplazamiento personal y que deba acudirse a los edictos[376]. Como consecuencia, el demandado no llega

2) Que la acción fuere cometida por dos o más personas;
3) Si las amenazas fueren anónimas o bajo condición; y
4) Si las acciones recayeren en quienes tuvieren la calidad de víctimas o testigos y en cualquiera de las personas que gocen del régimen de la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos.
En estos casos la pena será de tres a seis años de prisión".

375 En efecto, conforme al mencionado art. 306 CPCM: "El que en el curso de un proceso penal o inmediatamente antes de iniciarse, alterare artificiosamente el estado de los lugares o la posición o condición de las personas, de las cosas o de los cadáveres con el fin de engañar en el acto de la inspección o reconstrucción judicial, o suprimiere o alterare en todo o en parte lo que acreditare la realidad o verdad de lo que se pretendiere conocer, investigar o probar, para inducir a error en una actuación o decisión judicial o de la Fiscalía General de la República, será sancionado con prisión de dos a diez años.

376 Constituye este acaso el supuesto más frecuente de revisión civil española, como da cuenta de ello la jurisprudencia de la Sala Primera TS, a propósito de la dicción del art. 510.4 LEC que habla de "maquinaciones fraudulentas", en términos idénticos al derogado art. 1796.4º de la LEC de 1881. Sobre su concurrencia, explica últimamente por ejemplo la Sentencia de la citada Sala nº 557/2009, de 28 de julio (recurso: 62/2007): "Una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta que permite la revisión de la sentencia es aquella en que incurre quien ejercita una acción judicial cuando oculta el domicilio de la persona contra la que estaba dirigida, alegando que lo desconoce para interesar que se le emplace por edictos y se sustancie el procedimiento en rebeldía (STS de 14 mayo 2003, 9 de mayo de 2007 procedimiento de revisión n.º 4/2005, 6 de septiembre de 2007, procedimiento de revisión n.º 56/2005). Esta causa de revisión ha sido relacionada por la jurisprudencia con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el carácter subsidiario que, según la jurisprudencia constitucional, debe tener el emplazamiento o citación por edictos, de tal manera que sólo cabe acudir a él como última solución cuando no se conoce el domicilio de la persona que deba ser notificada o se ignora su paradero por haber mudado de habitación (…). Como consecuencia de ello se ha entendido que no cabe prescindir de la llamada a juicio en forma personal cuando existe una posibilidad directa o indirecta de localizar al interesado y hacerle llegar el contenido del acto de comunicación o, si se trata del emplazamiento de los herederos, cuando resulta posible averiguar la identidad de los sucesores (STS 19 de febrero de 1998 procedimiento de revisión n.º 497/1997). En consecuencia, el actor tiene la carga procesal de que se intente dicho acto en cuantos lugares existe base racional suficiente para estimar que pueda hallarse la persona contra la que se dirige la demanda y debe desplegar la diligencia adecuada en orden a adquirir el conocimiento correspondiente, aunque no cabe exigirle una diligencia

a personarse e incurre en rebeldía, pasando a tenérsele procesalmente con esta condición, con los efectos a ello inherentes. Aunque una segunda causa para la revisión, según de inmediato analizaremos, es precisamente la del demandado rebelde que lo es en contra de su voluntad, en los casos del art. 542, hemos de advertir que no siempre el camino para la revisión del rebelde ha de ser este último, sino que puede serlo también a virtud de la modalidad que ahora examinamos, la de haber padecido el proceso inaudita parte a resultas de un fraude de su contrario. Cuando más abajo nos refiramos a aquélla otra, marcaremos las diferencias de tratamiento.

Por lo demás, el factor de la indefensión no tiene por qué ser el único a considerar en la modalidad de fraude del art. 541.4º CPCM. También puede serlo, repetimos, cualquiera maniobra espuria de la parte que entrañe un intento de desfiguración de los hechos litigiosos, con el fin de ocultar su verdadero trasfondo[377].

4.10.2.4 Delimitación temporal del supuesto:

Nada indica la ley respecto al tiempo en que ha de haberse producido el cohecho, la violencia o el fraude, respecto de la fecha en que se ha dictado la sentencia impugnada en revisión, ni tampoco cuando tuvo que ser descubierta. La lógica indica que, por lo que hace al primer

extraordinaria (STS 3 de marzo de 2009 procedimiento de revisión n.º 49/2005).
De no hacerlo así se entiende que el demandante ha incurrido en ocultación maliciosa constitutiva de la maquinación fraudulenta que puede dar lugar a la revisión de la sentencia (STS 16 de noviembre de 2000, procedimiento n.º 378/2000). En suma, la maquinación fraudulenta consistente en la ocultación maliciosa del domicilio del demandado concurre objetivamente no sólo cuando se acredita una intención torticera en quien lo ocultó, sino también cuando consta que tal indefensión se produjo por causa no imputable al demandado (SSTS 9 de mayo de 1989; 10 de mayo de 2006, 14 de junio 2006, 15 de marzo de 2007, procedimiento de revisión n.º 8/2006)".

377 Continuando con el TS español, la Sentencia nº 568/2009, de 14 de julio (recurso nº 16/2007) resuelve la demanda de revisión interpuesta contra una sentencia que había decretado la resolución de un contrato de arrendamiento de vivienda por necesidad personal del arrendador. La parte promovente (a la sazón demandada en la instancia previa) sostenía que se había acreditado que el arrendador en realidad no tenía pensado utilizar para sí esa vivienda, pues estando la sentencia del Juzgado apelada y pendiente de dilucidarse tal recurso, el arrendador firmó un contrato con una empresa de construcción para obtener por permuta, el derecho de propiedad sobre algunas de las viviendas que se iban a levantar en un terreno de su propiedad. Pues bien, la Sala Primera TS rechaza el argumento de la demanda de revisión con el siguiente razonamiento: "Descartada la idea de que el arrendador tuviera previsto el contrato de permuta al tiempo de la demanda [de primera instancia], y menos todavía al tiempo de efectuar el requerimiento resolutorio [de abandono de la vivienda] por medio de un burofax, aunque el momento decisivo es el de la litispendencia [admisión a trámite de la demanda de primera instancia], no cabe apreciar en el caso una actuación engañosa del accionante de resolución contractual que, encubriendo una situación diferente de la realmente planteada en el proceso, pueda incardinarse en el motivo cuarto del art. 510.4 LEC. Y ello es así porque la maquinación fraudulenta sancionada en la norma legal consiste en el empleo de ardides, argucias, artilugios, o maniobras artificiosas tendentes a impedir, dificultar u obstaculizar la defensa del adversario para asegurar el éxito de la demanda. No ha habido entonces, al tiempo de constituirse la litis, una actividad engañosa, falaz y contraria a la verdad para obtener el resultado procesal pretendido. El hecho de que posteriormente se celebrara el contrato aludido y no lo pusiera en conocimiento del tribunal no cambia el estado de las cosas ni tiene relevancia para integrar el motivo de revisión, y ello no solo ya por el momento procesal en que se produce, -'perpetuatio actionis'-, sino, además, porque la mera celebración del contrato no significa 'per se' la adquisición de una vivienda que pudiera excluir la aplicación de la causa resolutoria, tanto más que la interpretación y aplicación de las causas de revisión deben ser objeto de un trato restrictivo, como viene reiterando la doctrina de este Tribunal".

aspecto, la conducta ilícita ha de haberse producido en la primera instancia u otro grado jurisdiccional superior, incluso pergeñarse antes de deducirse la demanda, pero en todo caso antes de dictarse la sentencia objeto de revisión, único modo en que puede fijarse una necesaria relación causa-efecto entre la irregularidad y el tenor de la sentencia. De datarse el vicio *a posteriori* de ella, no podría decirse que la sentencia "ha sido ganada" por cohecho, violencia o fraude.

Y sobre el segundo aspecto, y dado que estamos hablando de situaciones lo suficientemente graves como para justificar una nulidad de actuaciones caso de haberse sabido a tiempo, ex art. 232.b) CPCM, es de suponer que el descubrimiento de la ilicitud deviene posterior a dictarse la sentencia de la que se pide revisión, pues de contrario debió denunciarse esa nulidad dentro del proceso, es decir, antes de que recayere aquélla (art. 235), o impugnarla si hubo tiempo, por medio de los correspondientes recursos (art. 238).

A) Motivos conectados a una situación de indefensión de la parte (sentencias dictadas en rebeldía, art. 542 CPCM):

El nuevo Código ha optado por reconducir al seno del proceso de revisión de sentencia firme, las posibilidades de defensa tardía del demandado que resulta condenado en rebeldía, lo que en otros sistemas procesales se sustancia a través de un instrumento específico, distinto de la revisión[378], sin que en todo caso quepa atribuir menos eficacia al modelo aquí seguido.

Así las cosas, el art. 542 se refiere al demandado declarado en rebeldía y que no se persona en la causa hasta después de recaer sentencia, pero ya fuera de plazo para impugnarla mediante los recursos procedentes, lo que la transforma en firme. Aun así, y de haber operado en su momento -al menos desde una apariencia de normalidad- la notificación de los actos judiciales por vías no personales (esquelas, edictos), si se descubren circunstancias que le impidieron comparecer y designar una defensa en juicio, podrá instar ahora la rescisión de la sentencia que le resulta adversa. Siempre que lo haga en los plazos a que luego aludiremos, y su situación encaje en alguna de las dos hipótesis siguientes, ambas por lo demás impregnadas de sentido común:

a) Falta de personación por causa de fuerza mayor ininterrumpida (apartado 1º del art. 542 CPCM)[379]:

   La fuerza mayor a la que aquí se hace referencia, ha de haberse prolongado durante todas las instancias en que se ventiló la contienda (que puede haber sido

378 Así, el proceso de rescisión de sentencia firme a instancia del rebelde y posterior nueva audiencia de éste, de los arts. 501-508 LEC. La diferencia esencial entre ambos modelos, es que en la llamada revisión de sentencia firme no se articula la fase judicial posterior a la sentencia estimatoria, limitándose tanto en España como en El Salvador, como veremos luego, a proveer para que las partes puedan "usar de su derecho" en un nuevo proceso. En la otra sede rescisora de los arts. 501-508 LEC, la ley ya regula también cómo debe de tramitarse la pretensión en instancia, una vez se dicte sentencia estimatoria a favor del rebelde (arts. 507-508).

379 Art. 542.1º CPCM: "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 habérsele comunicado".

más de una[380]) y "aunque hubiere tenido conocimiento del proceso, por habérselo comunicado". No se discute por tanto en este primer supuesto si se ignoraba o no la existencia de la litis, sino la imposibilidad de concurrir a ella.

Corresponderá a la Corte Suprema apreciar, en ese sentido, si hay o no fuerza mayor de tal magnitud como para impedir físicamente a la persona facultar a un representante judicial y defensor (funciones de procurador y abogado) para que se persone en su nombre. También acerca de su carácter "ininterrumpido", algo no siempre fácil que concurra, al menos tratándose de motivos antaño más factibles, como solían ser las dificultades de comunicación geográfica entre poblaciones (a salvo catástrofes naturales que pudieran dejar aislada una ciudad o pueblo por mucho tiempo).

Pero también podría conectarse la citada imposibilidad a algún padecimiento psíquico o físico invalidante sobre el demandado, que hubiere sufrido antes de personarse y del que no hubiera podido salir hasta después de devenir firme la sentencia, incluso para facultar a un abogado para su defensa. Extremo que obviamente resultará necesario de acreditarse mediante prueba (en principio, informe pericial) a presentar con la demanda de revisión.

b) Falta de personación por desconocimiento del proceso (apartado 2º del art. 542 CPCM)[381]:

Aunque el precepto habla de desconocer "la demanda y el proceso", de poco en la práctica puede servirle al recurrente saber de aquélla –la demanda-, si ignora si la misma ha sido presentada y ante qué órgano judicial, y sobre todo, si ha sido admitido a trámite y por tanto se ha aceptado conocer judicialmente de la pretensión formulada en su contra.

Si lo que ocurre es que se desconoce la demanda pero no el proceso, porque recibió alguna notificación del mismo (por vía incluso notarial, a instancia del contrario), o sencillamente porque lleguen a sus oídos noticias del pleito entablado en su contra, se diluye la causa para solicitar la revisión porque entonces era de su carga el haber comparecido entonces.

Sea como fuere, lo que importa es que el proceso seguido contra el demandado que se declara en rebeldía se haya seguido a sus espaldas, no sólo en el sentido formal (evidente, desde

380 No hay que olvidar que la contraparte, sí personada, pudo haber apelado la sentencia que desestimó su demanda (la ausencia del demandado no era impeditiva de esa desestimación, desde luego) y hasta recurrida en casación, obteniendo a la postre un resultado favorable, en esa misma medida perjudicial para el demandado rebelde.

381 Art. 542.2º CPCM: "Cuando desconociera la demanda y el proceso, bien porque se le notificó por esquela 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".

que no se persona), sino material, por su ignorancia acerca de su existencia. La ley, a este respecto, descartada como es obvio la notificación personal de la demanda (la cual, de haberse cumplido, destruiría cualquier opción a instar por este cauce la revisión), prevé:

a) Que haya podido fallar *de facto* la notificación por esquela, si el tercero al que le fue entregada (alguno de los sujetos nombrados en los arts. 183-184 CPCM) nunca le dio noticia de ella al demandado al que iba dirigida, ya porque nunca pudo localizarle, ya porque no lo hizo por negligencia o mala fe; en todo caso, por motivo ajeno a la voluntad del demandado, o,

b) Que se haya practicado el emplazamiento por edictos (anuncios), lo que en principio sería suficiente para tener por válido aquella comunicación, pero la persona demuestre que no residió en el territorio nacional (esto es, el "del lugar del proceso o de cualquier otro de la República") también durante el tiempo en que duró el proceso.

   De este modo, el art. 542.2º CPCM, por decirlo de un modo gráfico y al menos a estos particulares efectos de la revisión de sentencia firme, delimita el ámbito espacial de eficacia de la comunicación por anuncios al interior del país.

Huelga decir que aunque la demanda de revisión se admita a trámite por aparecer correctamente argumentado el motivo del art. 542.2 CPCM, tendrá luego la parte demandada en revisión -y actora en el proceso originario-, de tal guisa interesada en que no se rescinda la sentencia, la posibilidad de probar dentro del propio proceso revisorio que el demandado rebelde sí conoció la pendencia del proceso en su contra.

A la vista de lo expuesto, y enlazando con una observación que hemos hecho antes, ocurre que el declarado en rebeldía puede decantarse en ocasiones por la vía de la revisión del art. 541.4º CPCM y no por ésta del art. 542.2º CPC por desconocimiento del proceso:

1. Así sucederá, y le convendrá hacerlo, siempre que pueda imputar a su contrario el no haber podido recibir la notificación judicial de la demanda interpuesta en su contra (por mor de una maquinación fraudulenta de aquél) y se hubiere hallado dentro "del lugar del proceso o de cualquier otro de la República en que dicha notificación se hubiera producido", pues entonces ya no puede acogerse al motivo del art. 542.2º CPCM.

2. Por el contrario, deberá acudir a esta última vía y no a la del art. 541.4º del Código cuando la causa por la que no recibió la notificación de la demanda, si bien no achacable a sí mismo, tampoco puede serlo a un ardid de su contraparte sino al descuido o dolo de un tercero (este ultimo, se entiende, no pagado ni influido por su contrario, so pena de fraude) y siempre que cumpla con los demás requisitos de este precepto.

Que pueda o deba el demandado rebelde, acogerse a una u otra alternativa, repercutirá no solamente en los hechos constitutivos de la revisión y su prueba, sino también, como ahora veremos, en los plazos para interponer la demanda de revisión.

4.10.3 Plazos para el ejercicio de la acción:

Existe a este respecto un plazo invariable que opera para toda causa de revisión, y junto con él y de manera concurrente, impone la ley además un segundo plazo de caducidad, cuya extensión varía dependiendo de la clase de motivo que origina la revisión:

4.10.3.1 Plazo general:

Conforme al art. 544 CPCM, no procederá ("se rechazará") la 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".

Ha de tenerse presente que cuando se habla aquí de "notificación de la sentencia", lo es por cualquiera de los modos admitidos por la ley y al que de hecho haya tenido que acudirse en el proceso de que se trate. Por tanto, no necesariamente la notificación personal, y en muchos casos quizá a través de estrados. Cuáles sean las circunstancias que han podido rodear la imposible notificación personal de la sentencia, será tema más bien vinculado al motivo de la revisión, pero no a este primer plazo general, que corre fatalmente para todas las demandas que se presenten.

No puede perderse de vista que la revisión de sentencia firme es una medida legislativa en la que participa, como problema de fondo llamado a ser resuelto con ella, una colisión entre el derecho a la defensa de quien no ha podido actuar en el proceso que le concernía, y el principio de seguridad jurídica emanado de la firmeza de la sentencia así como de la estabilidad de las situaciones materiales creadas por ella. En ese pulso, en ese conflicto de derechos y principios jurídicos, el legislador acepta inclinar la balanza, dentro de determinadas condiciones, a favor del derecho de defensa del justiciable. Pero no lo hace incondicionadamente, ni permitiendo que la seguridad jurídica, ni siquiera por vía extraordinaria, quede sujeta de manera indefinida a una posible ruptura. Por eso, el vencimiento o superación de este plazo general, comporta que con independencia de que las razones de la indefensión sean ciertas, que el promovente le fue imposible conocer el proceso o acudir a él, que el documento en el que se basó decisivamente la sentencia es falso penalmente, etc., pese a todo ello, a partir de los dos años posteriores, contados a partir del día siguiente a la notificación (por algún medio previsto en el Código) de la sentencia, el valor seguridad jurídica se restablece ya de manera absoluta e inquebrantable y si todavía no se ha interpuesto la demanda de revisión, ya no podrá hacerse después.

Si no se comprende esto, que podrá parecer discutible en una dirección u otra pero que se erige en el necesario contrapeso introducido por la ley (vgr., por todos los ordenamientos procesales que contemplan una institución similar, aunque varíe en concreto el plazo) para permitir levantar el carácter sacrosanto de la cosa juzgada material, no podrá entenderse lo demás. Dicho con otras palabras todavía más contundentes: pasado el plazo del art. 544 CPCM, la injusticia queda sin reparar, haya sido o no real. A partir de los dos años, contados desde el día siguiente a la notificación de la sentencia, la seguridad jurídica es el único valor considerado.

4.10.3.2 Plazos concurrentes:

4.10.3.2.1 Para los motivos de revisión por injusticia manifiesta (o también llamados "motivos generales"):

El art. 545 del Código fija pues un segundo plazo concurrente –esto es, un plazo que ni afecta ni interrumpe ni suspende el del art. 544, que va corriendo por su cuenta indefectiblemente-, en las demandas de revisión basadas en los motivos del art. 541 CPCM, plazo que es de tres meses, también de caducidad, "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 o declarado la falsedad".

Como bien se ve este segundo plazo, salvo en el supuesto de falsedad del medio de prueba, no se computa desde que el hecho causante de la revisión se materializa, sino desde la fecha en que la persona que promueve la demanda de revisión ha tenido conocimiento de su existencia. Conocimiento que no puede ser meramente supuesto, especulativo o apenas aproximado, sino que tiene que ser efectivo y real. Mientras tanto, este segundo plazo no puede empezar a correr en su contra. Es evidente, claro, que todas estas circunstancias han de ser descritas pormenorizadamente en la demanda de revisión y que si ésta resulta admitida a trámite, tiempo tendrá la parte demandada en revisión para intentar desvirtuarlo probatoriamente. Lo importante y es lo que ahora queremos recalcar, es que dando por sentado que lo que se dice es cierto en cuanto a cuándo supo el demandante del nuevo medio de prueba, o del vicio de la voluntad que contaminó la sentencia civil, el plazo de los tres meses no arranca sino desde la fecha que se señale como tal conocimiento efectivo.

En el caso del demandado rebelde que desconoce la existencia del proceso y funda la revisión ex art. 541.4º CPCM (supongamos que correctamente), la determinación de la fecha de conocimiento efectivo de la indefensión no puede establecerse, simplemente, por referencia al día en que supo en que se había seguido un proceso en su contra, sin más, o de que se había dictado una sentencia que le condenaba a una prestación, y punto. No. La indefensión no deriva del mero hecho de tramitarse el proceso inaudita parte, sino a la injustificación de esa circunstancia. Y eso sólo es posible saberlo una vez que la persona (o su abogado, en su nombre) accede directamente al examen del expediente, previo pedirlo al correspondiente órgano judicial y autorizarlo éste. Sólo en tal momento de examen de las actuaciones, podrá constatar no ya si el proceso se siguió en su ausencia –algo evidente-, sino el por qué de ello, que es lo importante. Si la notificación de la demanda tuvo lugar, en definitiva, por una causa imputable al propio demandado rebelde, y eso es lo que podrá verificar cuando vea el expediente, la revisión no procede. Si por el contrario la falta de notificación se debe a una maquinación de su contraparte, es desde ese momento y no antes, que la persona conoce la magnitud de lo sucedido procesalmente y puede reaccionar preparando una demanda de revisión. Es, desde entonces, por tanto, que podrá correr el plazo legal para su ejercicio.

Cabe precisar, por último, que tratándose de la declaración judicial de falsedad del medio de prueba, el plazo se computa desde la notificación (por cualquier medio, incluso no personal)

de la sentencia que declara como hecho probado, la falsedad del medio de prueba documental, testifical o pericial. El art. 545 CPCM *in fine* no habla propiamente de la notificación de la sentencia, sino que parece referirse a la fecha de esta misma (que es, *stricto sensu*, cuando "se hubiese reconocido o declarado la falsedad"), sin embargo, mientras ésta no se notifique de algún modo permitido en derecho y no alcanza publicidad, no puede ser fuente reveladora de nada, por lo que mal podría defenderse el cómputo del plazo desde que se firma, siendo todavía desconocida por sus destinatarios.

4.10.3.2.2 Para los motivos de revisión al demandado rebelde:

Por su lado, para el otorgamiento de defensa tardía al demandado que ha sido condenado en rebeldía ex art. 542 CPCM, el Código señala en su art. 546 CPCM un plazo de caducidad de "tres meses contados desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia", si ésta no lo fue personalmente; o en caso contrario de "treinta días, que se contarán a partir del día siguiente a aquél en que se notificó" de manera personal, se trate en ambos casos de sentencia de apelación o casación. Aquí no importa cuál ha sido la circunstancia que ha propiciado la indefensión, en la medida en que el interesado se haya acogido al cauce del art. 542 los plazos quedan fijados, no por la fecha en que tiene conocimiento del proceso en ausencia, sino de manera inexorable, desde la notificación de la sentencia recaída y de la que se pretende su revisión.

Con todo, tanto el plazo de los tres meses como en su caso el de treinta días no empezarán a contarse, para el rebelde que aduzca el motivo del art. 542.1º CPCM, hasta tanto no desaparezca la circunstancia de fuerza mayor que le imposibilitó comparecer, al menos mientras no desaparezca con la intensidad suficiente como para permitirle ejercitar su derecho a la revisión. Por si acaso –y recordemos lo que ya hemos explicado sobre el particular-, el mismo precepto advierte que la posposición del *dies a quo* para tal cómputo lo será sin perjuicio, esto es, sin afectar, el transcurso del plazo general de los dos años del art. 544 CPCM.

4.10.4 Procedimiento:

4.10.4.1 Interposición:

La pretensión revisora se formaliza a través de un escrito de demanda, como lo califica correctamente el art. 547 CPCM (dado que se trata del escrito iniciador de un proceso autónomo y nuevo, no de un recurso), el cual deberá atenerse en su estructura y sobre todo en su contenido a "los requisitos y formalidades previstos para la demanda en el proceso común". Por tanto, en la demanda de revisión aparte de identificar perfectamente la sentencia que se impugna, habrá de desglosarse el motivo de la revisión tanto en la narración de los hechos que lo integran, como de su calificación jurídica (en el elenco de apartados del art. 541 o del 542; así como los plazos, y la legitimación para instar esta acción.

En cuanto a esta última, el art. 543 proyecta la legitimación activa desde la condición de sujeto vinculado por la sentencia, en quien además ha de concurrir el imperativo del gravamen (resultando así "perjudicado" por lo resuelto en aquélla).

Junto con la demanda habrán de acompañarse los documentos, procesales y materiales que funden la acción, y eso implicará en su caso la sentencia que declara la falsedad del medio de prueba, o el documento del que ahora se ha podido disponer y en el que se basa la demanda, etc., por tanto esencialmente prueba documental, o pruebas preconstituidas que no necesitan de una vista oral para su examen antes de decidirse la admisión a trámite de la demanda (informes periciales, fotografías, grabaciones audiovisuales, etc.), siempre que, obviamente, resulten pertinentes en el contexto del motivo de revisión invocado.

La demanda ha de interponerse directamente ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, único órgano competente por la ley para conocer y dictar sentencia de revisión en este ámbito (arts. 28.4 y 547 CPCM). Y dicha interposición no tendrá efectos suspensivos sobre la sentencia objeto de revisión, como precisa el art. 550 del Código, sino en la hipótesis del art. 587 (esto es, cuando concurra causa justificada, debidamente alegada y apreciada como tal por el tribunal, y se presta caución suficiente para responder de los daños y perjuicios derivados de esa suspensión).

4.10.4.2. Admisión y alegaciones:

El Código no señala nada en torno a la fase de admisión de la demanda presentada, pero ésta se antoja ineludible y no puede resultar simbólica ni falta de controles.

La Corte Suprema, como mínimo, ha de depurar una vez reciba el escrito y documentos anexos, la procedencia formal de la acción, lo que incluye la posibilidad de inadmisión a trámite de la demanda de revisión: a) cuando la sentencia impugnada no esté firme; b) cuando el proponente carezca de legitimación o de gravamen (porque la sentencia no le vincula, o porque ésta es de absolución a su favor); c) porque no se invoque uno de los motivos previstos en los arts. 541 o 542 del Código; d) o se interponga la demanda fuera de los plazos generales o particulares ya citados; e) o bien no se acredite la representación judicial y defensa necesaria.

Por el contrario, cualquier análisis preliminar sobre la suficiencia de los hechos descritos y/o el examen de fondo de la documental material en que se sustente el motivo (aparte de la sentencia objeto de revisión, cuyo examen ha de ser inmediato, a los efectos ya indicados), ha de aparcarse en esta fase del proceso, es decir, no debe dar lugar a una inadmisión, sino que la demanda debe seguir su curso a reserva de la valoración final que cumpla la Corte para resolver la revisión.

Así pues, dice el Código que una vez admitido el recurso, la Sala de lo Civil de oficio requerirá al tribunal de procedencia para que le remita todo el expediente del proceso de que se trate (art. 547 CPCM), emplazando a quienes fueron parte en él activa o pasivamente (aparte, claro, del promovente de la revisión lo que no es necesario) o de sus eventuales causahabientes materiales (quienes una vez personados, lo serán también procesales), otorgándoles un plazo de cinco días a cada uno contados desde el siguiente a su personación, para formular alegaciones en lo que convenga a sus intereses y siempre relacionado con la pretensión que se ha deducido, la cual constituye el objeto exclusivo y excluyente de esta contienda. No cabe por ende ejercitar reconvenciones, ni pedir otros

pronunciamientos, aparte de las costas que puedan causarse aquí, que la estimación o no de la demanda de revisión.

Desde esa óptica, habrán quienes se personen para defender la validez de la sentencia impugnada, y otros para apoyar por el contrario su rescisión, bien que en esta última hipótesis vendrán a ser meros coadyuvantes sin poder decisorio real sobre la demanda de revisión. Deberán todos hacerlo por escrito, cual si se tratase de una contestación a la demanda del proceso común ("conforme a los requisitos y formalidades previstos en el proceso común").

4.10.4.3 Vista oral:

3.1.- Cumplido el trámite de otorgamiento de un derecho de alegaciones a la parte demandada en revisión, y presentados los escritos o en su defecto vencido el plazo, dispone el art. 548 que "se dará a las actuaciones la tramitación establecida para el proceso abreviado". La remisión a dicho procedimiento, en un momento en el que ya se ha evacuado una fase escrita de alegaciones, implica que lo que queda por sustanciar a virtud de su cauce se limita a la celebración de la vista oral prevista con la finalidad del art. 428 del Código: esto es, no ya para completar una ronda de alegaciones que como tal carece de sentido aquí, pues todas las partes dispusieron de plazo suficiente para presentarla de manera exhaustiva, suficiente y por escrito; sino para que tenga lugar la práctica de los medios de convicción que convenga a la defensa de cada uno (si es el demandante, para que complemente a la prueba documental e informes periciales que ya aportó con su demanda), y resulten pertinentes y útiles, en su caso mediante solicitud previa para diligenciar citaciones de peritos, testigos o partes, ex art. 428 inciso segundo CPCM.

3.2.- Una vez practicada la prueba servirá también la audiencia para una recapitulación final de lo alegado, como recoge el art. 429 del Código, sin excluir que los Magistrados de la Corte que presencien el acto puedan requerir a los abogados las preguntas y aclaraciones que procedan, respecto de alguno de los extremos de sus escritos o alegatos finales previos.

3.3.- Termina este art. 548 dedicado al procedimiento, preceptuando que "si se suscitaren cuestiones prejudiciales penales durante la tramitación de la revisión, se aplicarán las normas generales establecidas en el presente código". Con ello se hace referencia a toda aquella prejudicialidad que eventualmente pueda suscitarse al socaire de alguno de los datos alegados, o de las pruebas presentadas, para apoyar la demanda de revisión: a) por ejemplo, que los hechos que se alegan como constitutivos del fraude de la contraparte a efectos del art. 541.4º CPCM, resulten a su vez una calumnia y hayan dado pie -por denuncia del ofendido- a la apertura de unas diligencias penales dirigidas a aclarar la realidad del delito del art. 177 CP: esto abriría una prejudicialidad penal del art. 48 CPCM, a cuyas reglas habría de estarse; b) o que el documento o documentos que se dicen recuperados y que resultan aparentemente decisivos, ex art. 541.1º CPCM, son a su vez falsos y se incoan también actuaciones penales por ello. Hay que esperar a su resolución.

Lo que sin embargo no significa ese precepto, es que pueda formalizarse la demanda de revisión sin aportarse los elementos de convicción justificativos de ella, con el fin de que

sea admitida a trámite –poco menos que gratuitamente- a la espera de poder probar las falsedades penales que se exigen por ejemplo en el art. 541 CPCM, paralizando el proceso de revisión hasta tanto recaiga un pronunciamiento penal al respecto (vgr., hasta que se dilucide si la sentencia objeto de revisión se basó en una prueba falsa, o se dictó bajo cohecho, etc). Nos hallaríamos ante un fraude de ley procesal que colapsaría la jurisdicción de la Corte en esta sede revisora, lo que se alejaría de cualquier intención legislativa razonable. Por eso insistimos en que la prejudicialidad, que ha de tratarse siempre de manera rigurosa y excepcional, tendrá por objeto en su caso verificar la posible ilicitud penal de la prueba que se ofrece como demostrativa de la causa de revisión; pero no la prueba propiamente tal de la revisión, que salvo la de carácter personal (testigos, peritos) que pudiera practicarse en la ulterior vista, debe siempre ofrecerse y entregarse al momento de deducirse la demanda de revisión.

4.10.5 Decisión:

De la sentencia de revisión se ocupa el art. 549 del Código, regulando lo que se conoce como el juicio rescindente o destructivo de la cosa juzgada, a cargo de la Corte Suprema, sin prejuzgar la ley a su vez lo que pueda ocurrir después -con la salvedad que ahora se dirá- una vez que, siendo estimatorio el fallo de revisión, la contienda llegue ulteriormente a reanudarse en el grado jurisdiccional que corresponda. Este segundo, el llamado juicio rescisorio, deviene en este momento todavía inexistente, aunque en la práctica pueda predecirse en muchos casos su lógico desenlace.

Pues bien: para dictar su sentencia, la Corte Suprema de Justicia habrá de valorar entonces las alegaciones y pruebas que se le hayan presentado, sin estar vinculada por pronunciamiento alguno de la sentencia recurrida, aunque sí por las sentencias que se hubieran dictado declarando las falsedades y/o delitos objeto de controversia. La Corte ha de dotar de contenido, en relación con la situación concreta del demandante de revisión, si concurre o no la "fuerza mayor ininterrumpida", o su desconocimiento no negligente ni culpable de la pendencia del proceso, o si se da la actuación fraudulenta de la contraparte, etc., en fin, los hechos legales que integran la causa de revisión, y de acuerdo con ello acordar o no la rescisión de la sentencia, interrumpiendo sus efectos de cosa juzgada.

Si se estima la demanda y se rescinde entonces la sentencia, la Corte mandará que se expida certificado de su resolución para que las partes "usen de su derecho según les convenga, en el proceso correspondiente".

Mas no se trata simplemente –pues de haberlo querido así el legislador, lo habría precisado- de retornar el caso al órgano judicial responsable para que dicte de nuevo otra sentencia, salvando todo lo actuado en el procedimiento de que se trate, sino que se decreta una reserva de acciones para que éstas puedan usarse "en el proceso correspondiente", lo que entraña algo más severo y extenso. Téngase en cuenta que la sentencia objeto de revisión puede ser la dictada en la primera instancia o en un grado superior: en esa medida, la sentencia estimatoria determina la ineficacia de todo lo actuado en la instancia de que se trate y en las superiores a ésta, no afectando a las anteriores. Así:

1.- Si la sentencia revisada fue dictada en apelación no será preciso repetir la primera instancia, pero sí toda la segunda y en su caso el procedimiento de casación ulteriormente seguido contra aquélla si tal casación se interpuso, volviendo a iniciarse la segunda instancia ante la Cámara competente[382]. Salvo, claro, que la parte que devino recurrente en origen desista ahora del recurso, en cuyo caso no se la puede obligar a sostenerlo por segunda vez si no quiere.

2.- Si la sentencia revisada ha sido directamente la que recayó en casación, algo infrecuente pero factible, el único procedimiento que queda sin efecto es el propio de casación, no las instancias precedentes[383].

3.- Ahora bien, cuando distintamente la sentencia contaminada es la del Juzgado, lo que en efecto ocurrirá muchas veces, el proceso en su totalidad queda inutilizado al igual que la sentencia de primera instancia y la de cualquier otra superior.

Las partes pueden optar por no entablar de nuevo la litis, o deducir demanda empezando así desde el principio, sin que se hallen amenazadas por la posible consumación en el ínterin de esos años ya pasados, de una caducidad de la acción o de la instancia ni la prescripción de derechos, que se entienden automáticamente paralizados –aunque sea en retroactivo- desde el instante en que la ley garantiza a aquéllas que puedan "usar de su derecho según les

382 Así por ejemplo, véase el fallo de la STS, Sala Primera, de 26 de junio de 2007 (recurso nº 44/2006): "Que estimamos la demanda de revisión interpuesta por la representación procesal de Dña. Raquel y declaramos la rescisión de la Sentencia firme dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León el 22 de septiembre de 2.003, en el Rollo núm. 322 del propio año, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 644 de 2.002 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de la misma Capital. Asimismo acordamos devolver los autos y Rollo de apelación al Tribunal de que proceden, a los que se acompañará certificación de esta resolución a los efectos procedentes. Devuélvanse el depósito a la parte actora. No se hace especial imposición de costas por este juicio de revisión. Contra esta resolución no cabe recurso alguno".

383 La STS, Sala Primera, de 6 de febrero de 1993 (recurso nº 102/1987), conociendo de una demanda de revisión contra Sentencia de casación dictada previamente por ella misma el 21 de junio de 1986, declaraba su estimación en los siguientes términos: "Por todas y cada una de las razones expuestas, y habida cuenta del informe del Ministerio Fiscal, procede dar lugar al presente recurso de revisión (…) y en su consecuencia rescindir en su totalidad la Sentencia de esta Sala de fecha 21-6-1986, dictada en el Recurso de casación núm. 638/1985. Entendiendo que en ninguna de las sentencias dictadas en las instancias se tuvo en cuenta, ni fue decisivo, el defecto de forma observado en las copias del testamento que obraban en autos, procede expedir testimonio del fallo de esta resolución, y devolver los autos principales a la Audiencia Territorial (hoy Provincial) de Zaragoza de donde proceden, para que a partir de la resolución dictada en apelación las partes usen de su derecho según les convenga; todo ello sin hacer expresa declaración de las costas causadas, y con la devolución del depósito constituido". El testamento al que se hace referencia había sido valorado por el TS en la sentencia de casación de 1986 a partir de una copia en la que no figuraba la fecha de otorgamiento del acto, cuando ese dato sí aparecía en la escritura original, decretando indebidamente la nulidad del título por esta circunstancia, descubriéndose después el error, lo que provocó la interposición de la demanda de revisión a la postre estimada.
En ejecución de la STS de revisión, la propia Sala de lo Civil dictó una segunda Sentencia de Casación el 12 de mayo de 1998, más de cinco años después de estimarse dicha revisión (y doce años de la primera de casación), retraso que se explica, según recuerda la Sala, "la rescisión repone a las partes en la situación jurídica anterior; así, (…) La Sentencia de esta Sala, de revisión, de 6 febrero 1993, mandó devolver los autos a la Audiencia de Zaragoza para que a partir de la resolución dictada en apelación (su Sentencia de 7 marzo 1985) las partes usen de su derecho según les convenga. Efectivamente, las partes lo utilizaron formulando nuevo recurso de casación contra tal sentencia, el cual fue tenido por preparado por la Audiencia y admitido por esta Sala, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, el cual había dictaminado contra la admisibilidad de los primeros cinco motivos y la admisión de los restantes".

convenga". Esto es, de manera similar a como pudieron hacerlo en la fecha en que se abrió en origen dicha primera instancia o en su caso la que corresponda, si se revisa sentencia de apelación o casación.

El hecho de que la ley no apueste por la conservación de los actos limitándose a rescindir la sentencia sino que erradica la validez de todo el procedimiento en tal instancia o grado jurisdiccional y en los ulteriores, tiene que ver con la percepción de que al margen de que se haya podido localizar e identificar la anomalía, el proceso aparece dañado por una actividad judicial cognitiva que se revela torcida o defectuosa, porque permitió fuera impregnada por la indefensión, la falsedad o el fraude.

No se trata simplemente de quitar o poner pruebas, se trata de limpiar el proceso en el que ha brotado la causa de injusticia manifiesta o la indefensión que nunca debió producirse, situando la curación en esta instancia y cualquier grado jurisdiccional posterior.

4.- Pero advertíamos antes que la no injerencia en el devenir del proceso futuro a que conduce la sentencia estimatoria de la revisión no era total, quedando así sujeta a una reserva, y es la que prevé el mismo art. 549 CPCM: "en dicho proceso habrán de tomarse como base, sin que puedan ser discutidas las declaraciones hechas en la sentencia de revisión".

La regla resulta evidente, no sólo por los obvios efectos de cosa juzgada formal y material que emanan del fallo de revisión, sino porque precisamente de esta forma se garantiza que no volverá a repetirse la irregularidad que ha traído consigo la rescisión que se declara.

5.- Finalmente, y en sentido contrario a lo expuesto, si la Corte dicta sentencia desestimatoria de la revisión quedará confirmada la validez de la resolución judicial impugnada, cuyos efectos de cosa juzgada se mantendrán intactos, debiéndose condenar además en costas al recurrente por las causadas en este proceso de revisión (art. 549, inciso segundo CPCM).

BIBLIOGRAFÍA:

Además de las obras generales citadas al final del Título Preliminar, recomendamos: ARAGONESES, PEDRO y GISBERT, MARTA: *La apelación en los procesos civiles: antecedentes, legislación, doctrina, jurisprudencia y formularios*, Thomson Reuters Aranzadi, segunda edición, Cizur Menor, 2008; CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos: *La Valoración de las pruebas y su control en el proceso civil: Estudio dogmático y jurisprudencial*, Trivium, Madrid, 1992; CALAMANDREI, Piero: *La casación civil*, 3 vols., Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945; LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *El interés casacional*, Civitas, Madrid, 2002; MARTÍN BRAÑAS, Carlos: *El recurso de casación civil por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales; análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Supremo*, McGraw Hill, Madrid, 1997; MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José: *El recurso de casación civil: casación e infracción procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009; MUERZA ESPARZA, Julio Javier: *El motivo 1º del artículo 1962 de la LEC de 1881 y su evolución*, EUNSA, Pamplona, 1986; SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, y otros: *Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal doctrina de*

la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la nueva Ley de enjuiciamiento civil, Bosch, Barcelona, 2002; SIGÜENZA LÓPEZ, Julio: *La revisión de sentencias firmes en el proceso civil*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007.

LIBRO QUINTO
LA EJECUCIÓN FORZOSA

TÍTULO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES

Santiago Garderes

SUMARIO: I. Introducción: características generales de la ejecución. II. El derecho fundamental a la ejecución de la sentencia. III. Principios de la ejecución forzosa. IV. Títulos de ejecución. V. Competencia. VI. Las partes en la ejecución. VII. Solicitud de ejecución, despacho de ejecución y notificación al ejecutado. VIII. Oposición a la ejecución. IX. Suspensión de la ejecución. X. Ejecución contra el Estado.

INTRODUCCIÓN: CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA EJECUCIÓN.

El libro quinto del Código Procesal Civil y Mercantil, destinado a la ejecución forzosa, se compone de ciento cuarenta y nueve artículos divididos en cuatro títulos: el primero contiene las disposiciones generales, que comprenden los principios de la ejecución forzosa, la enumeración de los títulos de ejecución, las reglas de competencia, la regulación de las partes, los requisitos de la solicitud de ejecución, el procedimiento (despacho de ejecución, notificación, eventual oposición del ejecutado), la suspensión de la ejecución, y la ejecución contra el Estado; el título segundo regula la ejecución provisional; el tercero, la ejecución dineraria; y el título cuarto, la ejecución de obligaciones de hacer, no hacer y dar cosa determinada.

La regulación de la ejecución forzosa en el nuevo Código, se inspira fundamentalmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, y refleja un vasto cuerpo normativo, moderno y adecuado a las exigencias de eficacia de la tutela jurisdiccional, que procuran la efectiva satisfacción del derecho del acreedor declarado por sentencia firme. Se trata, en definitiva, de un auténtico sistema de ejecución, que contiene referencias a los principios, los sujetos (tribunal, partes y terceros), los actos procesales y la estructura o procedimiento, que a su vez se divide en varias categorías en función del tipo de ejecución.

Las características más relevantes del nuevo modelo de ejecución, consisten en la enumeración de los títulos de ejecución -distinguiéndolos de los títulos ejecutivos-, la regulación de la oposición del ejecutado, la ejecución provisional, y la ampliación de los medios o instrumentos de ejecución, que no se limitan al remate.

En términos similares, la doctrina española ha destacado como principales reformas de la L.E.C. en materia de ejecución, la regulación de la ejecución provisional y las medidas

tendientes a la localización de bienes del deudor. Así resulta de un estudio presentado en el marco de la reforma procesal civil de El Salvador, que contempla las similitudes entre ambos sistemas normativos, especialmente en lo relativo a la ejecución forzosa de sentencias, en el que "esencial y principalmente, se destacan dos de las reformas que representan novedades relevantes en el tema de la ejecución, como en una de ellas el propio legislador reconoce: nos referimos a la reforma de la **ejecución provisional**, de un lado, y de otro, a la previsión por vez primera en el proceso civil español de **medidas tendientes a la localización de bienes** en el momento del embargo, dirigidas frente al deudor, órgano judicial y terceros, en las tareas de búsqueda de bienes a efecto de lograr la materialización de la condena."[384]

El C.P.C.M. plantea un cambio fundamental en lo relativo a la ejecución forzosa, al regular, como ya hemos dicho, un auténtico sistema de ejecución. Comparada incluso con normas recientes, como la Ley Procesal de Familia, se observa que la nueva legislación procesal civil y mercantil es más completa y novedosa, abarcando institutos que no estaban previstos anteriormente.

Desde una perspectiva conceptual, la ejecución -en su acepción común- alude a la idea de poner por obra algo; en otras palabras, realizar, hacer, cumplir. Ese cumplimiento, en términos procesales, está referido a un mandato, contenido en la sentencia o en otras resoluciones judiciales. A falta de cumplimiento voluntario del obligado, el acreedor puede solicitar la ejecución forzada, acudiendo a los tribunales para obtener, mediante un procedimiento coercitivo, la satisfacción de su interés.

Como veremos, la ejecución forzosa se limita a las sentencias de condena, es decir, aquellas que contienen un mandato dirigido al deudor, de pagar una suma de dinero, hacer o no hacer algo, o dar algo distinto del dinero; las sentencias meramente declarativas y las constitutivas, no requieren una actividad posterior de ejecución, en el sentido de procedimiento coercitivo dirigido contra el deudor, sin perjuicio de eventuales actos materiales de ejecución, en un sentido amplio, como el registro o anotación de la sentencia.

El artículo 559 del C.P.C.M. lo aclara, señalando que "no se dará curso a ninguna solicitud de ejecución forzosa respecto de las sentencias de mera declaración o de las sentencias constitutivas, sin perjuicio de que se inscriban o anoten en los registros públicos cuando por su contenido lo requieran."

La coerción constituye una característica de la ejecución, aspecto al que aludía COUTURE al caracterizar la ejecución forzada, en los siguientes términos: "La coerción permite algo que hasta el momento de la cosa juzgada o del título ejecutivo era jurídicamente imposible: la invasión en la esfera individual ajena y su transformación material para dar satisfacción a los intereses de quien ha sido declarado triunfador en la sentencia. Ya no se está en presencia de un obligado, como en la relación de derecho sustancial, sino en presencia de un *subjectus*, de un sometido por la fuerza coercible de la sentencia."385

384 Ochoa, Virtudes, "La ejecución de sentencias", en "La oralidad en la reforma legal de El Salvador", ps. 53 y ss.
385 Couture, Eduardo J., "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", Depalma, 1997, ps. 437 y ss.

Tales afirmaciones pueden merecer alguna reflexión adicional, a la luz de la normativa comentada y de la evolución que ha experimentado, en general, la ejecución forzada. Puede señalarse, en efecto, que la coerción no es manifestación exclusiva de la cosa juzgada, puesto que, en muchos sistemas procesales modernos, entre los que cabe incluir al C.P.C.M., se prevé la ejecución provisional de las sentencias que no han pasado aún en autoridad de cosa juzgada; por otra parte, se admite también la ejecución de providencias cautelares, a través del mismo procedimiento previsto para la ejecución de sentencias firmes. La situación del ejecutado, descripta a partir de la idea de sujeción o sometimiento a la sentencia, esencialmente correcta, debe complementarse con la referencia a las garantías que, aún en esa situación, tutelan el derecho de defensa del ejecutado, y que el nuevo Código recoge al regular los motivos de oposición, reflejando un adecuado equilibrio entre el derecho a la ejecución y el derecho de defensa.

Insistiendo en el punto, allí reside, en definitiva, la principal dificultad de todo sistema de ejecución, derivada de la tensión natural entre exigencias contrapuestas: por un lado, las derivadas del derecho a la ejecución, que procuran la abreviación del proceso y la limitación o supresión del debate en esta etapa procesal; y por otro lado, las exigencias derivadas del derecho de defensa o principio de contradicción, que procuran asegurar al ejecutado una razonable oportunidad de defensa frente al poder coactivo ejercido mediante la jurisdicción.

Se trata, indudablemente, de dos derechos fundamentales, que integran la noción de debido proceso. El proceso no brinda las garantías necesarias, si no asegura al acreedor el derecho a ejecutar la sentencia que lo favorece; pero tampoco estaremos ante un debido proceso, si la ejecución se conduce de modo tal que prive al ejecutado del derecho de defensa en esta crucial etapa, en la que están en juego sus derechos patrimoniales de un modo más directo e inmediato que en el proceso o etapa declarativa o cognoscitiva.

El CPCM resuelve con acierto la natural tensión entre las exigencias de celeridad y de defensa, mediante un procedimiento ágil y dotado de instrumentos convenientes de tutela del acreedor (averiguación de bienes, variedad de medios de realización, etc.), sin desmedro del derecho de defensa del ejecutado, que podrá oponerse a la ejecución alegando los motivos previstos en la ley.

Uno de los ejes del equilibrio que caracteriza la regulación del nuevo Código, consiste en la previsión del efecto no suspensivo de la oposición, respecto del trámite de la ejecución (art. 580); lo que procura evitar la utilización de los medios de defensa con fines meramente dilatorios, cuestión de prioritaria relevancia en esta etapa del proceso.

No habremos de ingresar en el conocido debate teórico acerca de la autonomía del proceso de ejecución, aspecto que en definitiva, resultará del marco normativo que se analice. Sin perjuicio de ello, puede señalarse que la especialidad de la ejecución forzosa, no obsta al carácter unitario de la potestad jurisdiccional, que no se limita a la declaración del derecho ("juzgar"), sino que comprende también la ejecución de los mandatos ("hacer ejecutar lo juzgado").

COUTURE lo explica con su habitual claridad, afirmando que la ejecución resulta ser la etapa final de un largo itinerario. "En el proceso humano que consiste en saber, querer y obrar, la ejecución corresponde al último tramo. En el proceso judicial también se comienza por saber los hechos y el derecho mediante el contradictorio de ambas partes y por obra del juez; luego éste decide, esto es, quiere en sentido jurídico, a cuyo querer se asigna una eficacia especial; y por último, obra, esto es, asegura prácticamente el resultado de la obra intelectual y volitiva, mediante las diversas formas exigidas por el contenido mismo de la sentencia." Y agrega lo siguiente: "La actividad jurisdiccional se cumple tanto mediante la actividad de conocimiento como mediante la actividad de coerción. Un concepto que tome este problema en todos sus instantes, desde el primero al último, debe reconocer que existe una unidad fundamental entre todos los momentos de la jurisdicción, tanto en los declarativos, o cognoscitivos, como en los ejecutivos."[386]

Sin duda, la ejecución no puede comprenderse en forma aislada, despojada de la actividad de juzgamiento que caracteriza fundamentalmente la labor jurisdiccional. Desde esa perspectiva, no cabe concebir a la ejecución forzosa como una fase o etapa procesal limitada a la realización de actos materiales de ejecución, como el embargo y posterior remate; el juez de la ejecución nunca pierde su función de juzgamiento, que precede siempre a los actos materiales de ejecución. Citando nuevamente la opinión de COUTURE, puede afirmarse lo siguiente: "Aunque examinados aisladamente, conocimiento y ejecución parecen funciones antagónicas del orden jurídico, lo cierto es que, en el derecho de los países hispanoamericanos, ambas actividades interfieren recíprocamente y se complementan en forma necesaria. Virtualmente todo proceso de ejecución lleva consigo etapas o elementos de conocimiento. … En el orden del derecho, ejecución sin conocimiento es *arbitrariedad*; conocimiento sin posibilidad de ejecutar la decisión, significa hacer ilusorios los fines de la función jurisdiccional."

En términos similares ha expuesto PALACIO la relación entre conocimiento y ejecución[387]:

"El objeto del proceso de ejecución consiste, fundamentalmente, en modificar una situación de hecho existente a fin de adecuarla a una situación jurídica resultante, sea de una declaración judicial o de un reconocimiento consignado en un documento al que la ley asigna fuerza ejecutiva. Ya no se trata, como en el proceso de conocimiento, de obtener un pronunciamiento acerca de un derecho discutido, sino de actuar, de traducir en hechos reales un derecho que, pese a haber sido judicialmente declarado o voluntariamente reconocido, ha quedado insatisfecho. En otras palabras, puede decirse que en la base de todo proceso de ejecución se encuentra un derecho ya cierto o presumiblemente cierto, cuya satisfacción se tiende a asegurar mediante el empleo de la fuerza. De modo que la coacción, como elemento de la actividad jurisdiccional, desempeña en este tipo de proceso un papel preponderante. CARNELUTTI lo ha destacado con claridad al poner de manifiesto la diversa materia del proceso de conocimiento y del proceso ejecutivo. No sería temerario subrayar esa diferencia –dice- mediante la antítesis entre la razón y la fuerza: en realidad, aquélla es el instrumento del proceso jurisdiccional (de conocimiento), y ésta, el del proceso ejecutivo. De ese modo –

386 Couture, E., ob cit.
387 Palacio, Lino E., "Manual de Derecho Procesal Civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 15ª edición.

agrega- se comprende también la subordinación normal del segundo al primero: hasta que no se haya establecido la razón, no debe ser usada la fuerza".

"La pretensión ejecutiva reviste, por ello, en cuanto a sus efectos, una característica que la diferencia de la pretensión que origina un proceso de conocimiento. Mientras que esta última produce, como efecto inmediato, la posibilidad de que el sujeto pasivo la contradiga mediante el planteamiento de oposiciones de cualquier índole, la pretensión ejecutiva incide inmediatamente sobre el patrimonio del deudor, sin que sea necesaria la previa provocación del contradictorio. De manera que el mero planteamiento de la pretensión ejecutiva es susceptible de provocar el empleo de medidas coactivas sobre los bienes del sujeto pasivo, sin perjuicio de que éste, en una etapa ulterior de conocimiento, deduzca ciertas y determinadas oposiciones al progreso de la ejecución."

En cuanto a los presupuestos de la ejecución forzosa, si bien los criterios doctrinarios pueden variar, suelen mencionarse los siguientes: un título de ejecución, la iniciativa de parte y la existencia de un patrimonio ejecutable. Aunque, en realidad, la existencia de un patrimonio ejecutable no es un presupuesto necesario de toda ejecución, si pensamos en algunas modalidades de ejecución que no suponen, al menos inicialmente, una injerencia directa en el patrimonio del ejecutado mediante embargo de sus bienes u otra medida coactiva similar.

Como se ha explicado tradicionalmente, el título de ejecución se requiere por aplicación del precepto *nulla executio sine titulo*; mientras que la iniciativa de parte es indispensable por aplicación del principio *ne procedat iudex ex officio*.

Ambos aspectos se encuentran reflejados en la regulación de la ejecución forzosa en el nuevo Código. En relación a la iniciativa de parte, resulta claro que no podrá el juez iniciar de oficio la ejecución, lo que constituye, en definitiva, una garantía que preserva la separación de funciones también en esta etapa procesal; lo cual no obsta a la iniciativa que la ley confiere al juez para la realización de determinadas actividades de ejecución, o para la averiguación de bienes del ejecutado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 612, una vez promovida la ejecución por el interesado.

Las características generales de la ejecución forzada, pueden sintetizarse, siguiendo el desarrollo tradicional sobre el punto, con la referencia a la limitación del contradictorio y el aumento de los poderes del tribunal.

La limitación o atenuación del contradictorio, resulta de la enunciación de los motivos de oposición que puede hacer valer el ejecutado, una vez notificado del despacho de ejecución (art. 579). Como veremos, la ley reconoce al ejecutado el derecho de defensa, que podrá ejercitar formulando oposición a la ejecución; pero limita ese derecho en forma razonable, señalando los concretos motivos en los que podrá fundar tal oposición.

A lo que se agrega el efecto no suspensivo de la oposición (art. 580), al que ya hemos hecho referencia; basta con reafirmar la conveniencia de esa regla, a fin de evitar la oposición con fines meramente dilatorios, tan frecuente en esta etapa del proceso. Desde esa perspectiva, la

solución del C.P.C.M. mejora sustancialmente la prevista en el Código Modelo y en el C.G.P. uruguayo, en los que, a falta de esa regla, la oposición del ejecutado determina la suspensión de la ejecución, que recién podrá ser retomada mediante los actos preparatorios del remate, una vez resuelta la oposición por sentencia firme.

La mayor injerencia del tribunal durante la ejecución forzosa, resulta de los poderes que la ley le confiere para la dirección del proceso y, particularmente, para asegurar la efectiva vigencia de sus mandatos, así como para la averiguación de los bienes del ejecutado.

Los distintos tipos de ejecución en el nuevo Código, se organizan de acuerdo a los lineamientos tradicionales, que distinguen entre la ejecución de condenas dinerarias, ejecución de obligaciones de hacer, no hacer y dar cosa distinta del dinero.

5.2 EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

Como ha afirmado OCHOA[388], "si hay una fase donde la efectividad de la justicia se encuentra especialmente en entredicho, dicha fase es la de la ejecución forzosa de la sentencia. Si el litigante que tras el peregrinaje del proceso obtiene una sentencia favorable no ve finalmente satisfecho su derecho, no puede hablarse de efectividad ni de eficacia del sistema".

Sus reflexiones, referidas al marco normativo español, reflejan la trascendencia del sistema de ejecución forzosa en un Estado de Derecho: "La ejecución de las sentencias -en sí misma considerada- es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución –art. 1º-, que se refleja en la sujeción de los ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, cuya efectividad –en caso de conflicto- se produce normalmente por medio de la actuación del Poder Judicial, que finaliza con la ejecución de sus sentencias y resoluciones firmes. Por ello, difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las sentencias y resoluciones judiciales firmes."

En su opinión, plenamente compartible, "la ejecución representa el medidor más real sobre el funcionamiento de la justicia, a lo cual se añade el hecho de que el propio sistema de ejecución va a poner en entredicho la efectividad de la tutela judicial que el Estado, a través de jueces y tribunales, está encargado de procurar."

La preocupación por la ejecución de las sentencias es una constante en la doctrina iberoamericana. En un estudio de derecho comparado sobre los sistemas iberoamericanos de ejecución de sentencias, OTEIZA y SIMÓN afirman que " la atención a la virtual ejecución en tiempo razonable se concibe muchas veces como elemento integrante de la noción de debido proceso o del derecho a la tutela judicial efectiva, pues el acceso a la justicia no se concreta meramente con obtener una declaración que indique que asiste razón al justiciable, sino que ella se logra con la real actuación del contenido de aquel derecho."

388 Ochoa, V., ob. cit.

Aludiendo al derecho español, se ha concluido que el derecho a la ejecución de las sentencias integra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: "El artículo 24 de la Constitución española garantiza a todo justiciable el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Ello comporta, en palabras del Tribunal Constitucional, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, pues solo así se evita que se conviertan en meras declaraciones de intenciones sin virtualidad alguna."[389]

La referencia a la ejecución como un derecho fundamental, puede encontrarse en diversos fallos del Tribunal Constitucional español, que ya desde su sentencia 32/1982 sentó las bases para afirmar que una tutela judicial efectiva rectamente entendida se integraba con el cumplimiento de las resoluciones judiciales[390]. En ese fallo, el T.C. concluye que "el derecho a la tutela efectiva que el art. 24.1 de la Constitución consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia (…) ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho (…). Exige también que el fallo judicial se cumpla, y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido".[391]

Al respecto, OCHOA[392] concluye que "la doctrina así establecida por el Tribunal Constitucional marca, a partir de la aludida sentencia, un hito importante en la configuración del derecho a la ejecución de las sentencias que queda integrado, desde entonces, como contenido esencial dentro del art. 24.1 de la Constitución como una manifestación de la efectividad de la tutela judicial … En consecuencia, al litigante que obtiene una sentencia favorable le ampara un derecho subjetivo de carácter fundamental a la ejecución de la resolución, una vez que la misma ha alcanzado firmeza … El obligado cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho."

Los argumentos del Tribunal Constitucional español y de la doctrina citada, en cuanto afirman la naturaleza fundamental del derecho a la ejecución de las sentencias como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, resultan válidos también en el sistema constitucional salvadoreño, una vez admitido en su seno este último derecho o garantía.

Desde otra perspectiva, la ejecución de las sentencias se vincula con uno de los caracteres que, para una trascendente corriente del pensamiento jurídico, definen a la norma jurídica como un orden coactivo y permiten diferenciarla de otras leyes sociales (moral, religión). De acuerdo a la opinión de KELSEN, "en una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como

389 Picó I Junoy, Joan, "La ejecución provisional en España", "Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas", Universidad de Lima, 2008, ps. 681 y ss.

390 Ochoa, Virtudes, "Tutela judicial efectiva y ejecución de sentencias", Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 4/2004, ps. 379 y ss.

391 Tribunal Constitucional español, S. 32/1982. Esta y todas las sentencias que se citan del T.C.E. pueden consultarse en el website del Tribunal: www.tribunalconstitucional.es, o a través de la base de datos del Boletín Oficial del Estado español: www.boe.es/tc, ingresando el número y año de la sentencia.

392 OCHOA, V., ob. cit., ps. 384-385.

la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una ejecución forzada …". Y agrega: "para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción … Una norma que se limitara a imponer (una) obligación … sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica".[393]

En síntesis, se afirma el carácter fundamental del derecho a la ejecución de las sentencias judiciales firmes, como manifestación o vertiente del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

Tratándose, pues, de un derecho fundamental reconocido en la Constitución, no puede ser desconocido legalmente, aun cuando eventualmente pueda ser limitado por razones de interés general.

En cuanto al alcance del derecho a la ejecución de las sentencias, se ha afirmado en el marco del sistema procesal español, que la ejecución debe realizarse "en los propios términos de la sentencia, de acuerdo con el fallo, que es el que contiene el mandato de cumplimiento de la misma, sin posibilidad de modificarlo. En consecuencia, si un Tribunal se aparta sin causa justificada de lo previsto en el fallo de la sentencia que está ejecutando, o introduce una cuestión nueva no contenida en dicho fallo, está vulnerando el artículo 24.1 C.E. y, por tanto, es nula la resolución en que se opera esa modificación."[394]

En términos similares, analizando el alcance del derecho fundamental a la ejecución de las sentencias en la L.E.C. española, OCHOA[395] señala lo siguiente:

"Se recoge en primer lugar, como requisito esencial el cumplimiento de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos, lo cual conlleva como presupuesto lógico siguiendo la jurisprudencia constitucional a la exigencia de la intangibilidad de las resoluciones judiciales y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas (SSTC 86/2005; 190/2004; 175/2002; 13572001; 106/1999; 152/1990). Ello trasciende y determina el contenido y alcance propio de este derecho fundamental ya que establece el TC que "mientras que el derecho a la ejecución de lo juzgado es obligada consecuencia de la necesaria eficacia de la tutela judicial, el derecho a que esa ejecución se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce en un derecho subjetivo del justiciable que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley" (S. T.C. 175/2002).

393 KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, EUDEBA, 1973, ps. 70 y 77.
394 Picó I Junoy, J., ob. Cit.
395 Ochoa, Virtudes, ob. cit.

En aras de lograr la anhelada eficacia, se prevé, en segundo lugar, el deber de los órganos judiciales de adoptar cuantas medidas sean necesarias para el estricto cumplimiento del fallo … En puridad, sólo en el supuesto de que el órgano jurisdiccional adopte las medidas con la intensidad necesaria para lograr el cumplimiento de las resoluciones judiciales, el derecho a la tutela judicial efectiva se habrá satisfecho totalmente.

En consecuencia, corresponde a los órganos jurisdiccionales la determinación de las medidas procedentes para asegurar el cumplimiento y efectividad de sus resoluciones, por lo que no es aventurado afirmar que, si los órganos judiciales se abstienen, sin causa justificada, de adoptar dichas medidas, o se apartan injustificadamente del fallo, se vulnera el derecho a la ejecución de las sentencias, y surge a favor del particular un derecho de reparación.

Ahora bien, la obligación del órgano judicial no se satisface con la mera adopción de las medidas, sino que éstas habrán de adoptarse con la intensidad necesaria, de forma enérgica y eligiendo las más adecuadas, de forma tal que si no fuera realizada su actividad bajo estos parámetros por el órgano judicial, con independencia de la prontitud en su adopción, también en este caso se vulneraría el art. 24.1 C.E. (STC 298/1994, de 14 de noviembre)."

El derecho a la ejecución podrá estar sujeto a límites razonables, impuestos en consideración al interés general. Así, el T.C. en su sentencia 73/2000 establece que "cuando el legislador imponga requisitos o limitaciones al ejercicio del derecho fundamental, su legitimidad constitucional habrá de ser examinada para comprobar si responden a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan debida proporcionalidad con dichas finalidades, lo cual significa que serán inconstitucionales, por vulneración del derecho fundamental, aquellos requisitos, formalidades y limitaciones que comprometen su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles a la luz de una ponderación razonable y proporcionada de los valores acogidos en la Constitución."[396]

En opinión de OCHOA, "inembargabilidades de bienes públicos y supuestos de inejecución representan los límites más comunes que suelen presentarse en la fase de ejecución y que, en determinados supuestos, representan limitaciones injustificadas y, por tanto, podrían vulnerar y atentar a la tutela judicial del 24.1 CE en su manifestación de la ejecución de sentencias.".[397]

5.3 PRINCIPIOS DE LA EJECUCIÓN FORZOSA

El capítulo primero del título referido a las disposiciones generales de la ejecución forzosa, establece los principios de la ejecución, que se concretan en los siguientes enunciados: el acceso a la ejecución forzosa, o derecho a la ejecución (art. 551), el principio de completa satisfacción del ejecutante (art. 552), y las reglas sobre prescripción de la pretensión de ejecución.

396 Ochoa, V., ob. cit., p. 388.
397 Cfe.: Ochoa, V., ob. cit.

El derecho a la ejecución de las sentencias, resulta de lo dispuesto en los artículos 551 y 552, y es manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, según viene expuesto. El artículo 551 reconoce el derecho a hacer efectiva la sentencia firme o los restantes títulos que traen aparejada ejecución, a iniciativa de parte; y el artículo 552 completa esa referencia, al indicar que el ejecutante tiene derecho a que la sentencia se ejecute en sus propios términos, reconociendo de esa forma el derecho a la ejecución in natura, lo que restringe la ejecución por equivalente a supuestos de excepción, cuando no sea posible ejecutar la sentencia en sus propios términos. Se reconoce además, el derecho a la completa satisfacción del ejecutante, de modo que la ejecución "sólo terminará cuando el derecho del ejecutante haya quedado completamente satisfecho".

Conviene recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en cuanto ha afirmado que, "mientras que el derecho a la ejecución de lo juzgado es obligada consecuencia de la necesaria eficacia de la tutela judicial, el derecho a que esa ejecución se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce en un derecho subjetivo del justiciable que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley" (STC 175/2002).[398]

En otras palabras, debe preferirse siempre la ejecución in natura, por ser aquella modalidad de ejecución que respeta los términos de la sentencia y garantiza de esa forma la vigencia plena de la tutela judicial efectiva (que -como vimos- no se agota con la sentencia, sino que exige su cumplimiento o ejecución forzada en caso de resistencia del obligado); y sólo en situaciones excepcionales, cuando pese al requerimiento judicial resulte imposible materialmente la ejecución en especie, cabrá admitir como sucedáneo la ejecución por equivalente.

El capítulo de principios incluye una referencia a la prescripción, en el art. 553, conforme al cual la pretensión de ejecución prescribe a los dos años de haber quedado firme la sentencia o resolución, del acuerdo y transacción judicial aprobados y homologados, o del laudo arbitral cuyo cumplimiento se pretenda.

5.4 TÍTULOS DE EJECUCIÓN

El capítulo segundo refiere a los títulos de ejecución, y distingue entre títulos nacionales y extranjeros.

El título constituye un presupuesto de la ejecución forzosa, en virtud del precepto *nulla executio sine titulo*; en otras palabras, sin título no puede promoverse la ejecución, y sólo la ley puede determinar qué documentos tienen esa calidad.

Como lo afirmaba COUTURE[399], "pocos vocablos del lenguaje jurídico tienen más acepciones que la palabra título. En tanto unos asignan a la palabra su significado material,

398 Cfe. Ochoa, V., ob. cit.
399 Couture, Eduardo J., ob. cit.

relativo a calidad, atributo y condición respecto del derecho, otros discuten sobre el sentido instrumental que tiene el mismo vocablo, pensando en el título como documento, papel, pieza o conjunto de piezas escritas. Entre los escritores italianos, para unos el título ejecutivo es un elemento constitutivo de la acción (LIEBMAN); para otros es una condición requerida para el ejercicio de la acción (ZANUCCHI); para otros es un presupuesto de procedibilidad (FURNO); para otros es la prueba documental del crédito (CARNELUTTI)."

Sin pretender ahondar en el conocido debate acerca del elemento constitutivo del título (documento u obligación documentada), puede decirse que el núcleo conceptual lo constituye la obligación, aunque debe estar contenida en alguno de los documentos previstos en la ley.

Es preciso distinguir conceptualmente, el título de ejecución y el título ejecutivo; conceptos que en algunos sistemas legales tienen un mismo significado, en la medida que la ejecución de sentencias se realiza mediante el juicio ejecutivo, que comprende la ejecución de títulos judiciales (sentencias y actos equiparados) y títulos extrajudiciales (títulos valores, por ejemplo). En el nuevo Código, el proceso ejecutivo se concibe como un proceso especial, diverso del trámite previsto para la ejecución forzosa; de modo que los títulos ejecutivos, previstos en el art. 457, dan lugar al proceso ejecutivo, y los títulos de ejecución, previstos en los arts. 554 y 555, darán lugar a la ejecución forzosa.

El artículo 554 enumera los títulos de ejecución nacionales, a saber:

1º. Las sentencias judiciales firmes.

2º. Los laudos arbitrales arbitrales firmes.

3º. Los acuerdos y transacciones judiciales aprobados y homologados por el juez o tribunal.

4º. Las multas procesales.

5º. Las planillas de costas judiciales, visadas por el juez respectivo, 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.

6º. Cualesquiera otras resoluciones judiciales que conforme al Código u otras leyes, lleven aparejada ejecución.

En todo caso, debe resultar del título una obligación de pagar una suma de dinero líquida y exigible, o una obligación de hacer, no hacer o dar cosa distinta del dinero.

En cuanto a las sentencias, debe tratarse de una sentencia de condena, puesto que no admiten ejecución las sentencias declarativas y constitutivas (art. 559), ya que en esos casos la eficacia de la tutela jurisdiccional se obtiene con la sentencia, sin necesidad de ulterior actividad coactiva sobre la parte vencida.

Comenzando por el análisis de la sentencia como título de ejecución, debe tratarse de una sentencia firme, es decir, que haya pasado en autoridad de cosa juzgada. Conforme a lo dispuesto en el artículo 229, los autos definitivos y las sentencias adquieren firmeza en los siguientes casos:

1°. Cuando los recursos interpuestos hubieran sido resueltos y no existieren otros disponibles en el caso.

2°. Cuando las partes los consintieran expresamente.

3°. Cuando se hubiera dejado que transcurriera el plazo de impugnación sin interponer el correspondiente recurso.

Respecto de los recursos, corresponde apuntar que la sentencia se reputa firme aún cuando admita recurso de revisión, que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 544, puede interponerse dentro del plazo de dos años posteriores a la notificación de la sentencia. En efecto, la revisión procede contra las sentencias firmes (art. 540), de modo que la pendencia del plazo previsto para interponer ese recurso, no obsta a la firmeza del fallo, que en consecuencia será ejecutable. A lo que se agrega que el proceso de revisión no suspende, en principio, el trámite de la ejecución (art. 587).

Corresponde aclarar, no obstante, que en el nuevo sistema procesal la ejecución no presupone, necesariamente, la firmeza del fallo, ya que se admite la ejecución provisional de sentencias recurridas, mientras se sustancian los recursos, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 592 y ss., cuestión a la que haremos referencia más adelante. Como vimos, las sentencias, para ser ejecutables, deben contener una condena, quedando excluidas del régimen de ejecución forzosa las sentencias de mera declaración, así como las sentencias constitutivas, sin perjuicio de que sean inscritas o anotadas en Registros Públicos cuando por su contenido lo requieran (art. 571).

En la doctrina uruguaya se ha sostenido la posibilidad de ejecutar una sentencia parcialmente firme, cuando la apelación no refiere a todos los puntos de la condena; a modo de ejemplo, si la sentencia dispone la condena al pago de distintos rubros indemnizatorios (lucro cesante, daño moral), y la parte demandada apela exclusivamente la condena al resarcimiento del daño moral, podría ejecutarse la sentencia en aquella porción que ha quedado firme, es decir y siguiendo el ejemplo, en lo relativo a la condena a indemnizar el lucro cesante, pues en ese punto no podrá ser modificada en segunda instancia. Aunque no existe consenso jurisprudencial sobre el tema, se ha admitido en algún caso la ejecución en esos términos.

Como lo ha señalado URIARTE[400] en relación al derecho uruguayo, "se trata de aquellos casos en los que se recurre, ya sea por el actor, ya por el demandado, solo algunos de los

400 Uriarte, Gonzalo, "Vía de apremio. Algunos títulos y preparación de la misma", en "Estudios sobre el proceso de ejecución. En homenaje a Enrique E. Tarigo", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, ps. 103 y ss.

rubros de la sentencia, por lo cual y conforme al principio tantum devolutum, quantum apellatum, la parte no apelada no puede ser objeto de modificación por el tribunal de alzada. ARLAS se inclinaba por sostener que podía ejecutarse la parte no apelada de la sentencia, señalando: "la ley no exige que toda la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada y parece que no existe ningún obstáculo para que la ejecución sea solamente parcial, cuando solo una parte de la sentencia haya adquirido aquella calidad.

Planteado el punto ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º turno, los Dres. Van Rompaey y Rochón siguiendo la opinión de Arlas, aceptaron la ejecución pronunciándose discorde la Dra. Presa señalando que, a su criterio, el fallo es una unidad de resolución y que lo que adquiere ejecutoriedad es la sentencia como unidad y no sus partes."

Otra cuestión de interés que se ha planteado en la doctrina y jurisprudencia uruguaya, refiere a la posibilidad de ejecutar parcialmente la sentencia, cuando la condena es parcialmente líquida. Como veremos al comentar la ejecución dineraria, se requiere que la condena sea líquida, y si no lo fuera deberá liquidarse previamente de acuerdo a lo previsto en el art. 696; pero si la condena fuera parcialmente líquida, podría ejecutarse en esa parte, sin tener que aguardar la liquidación de la parte ilíquida. Así lo ha sostenido calificada doctrina en el marco normativo uruguayo.

La norma comentada (art. 554 inc. 1º) refiere a las sentencias judiciales firmes, lo que permite considerar comprendidas en ese ámbito a las sentencias dictadas en cualquier proceso declarativo, al igual que en un proceso especial, siempre que se encuentren firmes. Aunque desde una perspectiva técnica, la interpretación de la norma puede plantear dudas en relación con algunas resoluciones judiciales, a fin de establecer si constituyen títulos de ejecución comprendidos en el inciso 1º del citado art. 554; nos referimos concretamente a las resoluciones dictadas en el proceso ejecutivo y en los procesos monitorios. De todos modos, no caben dudas acerca de la posibilidad de ejecutar la sentencia dictada en el proceso ejecutivo, ya sea por falta de oposición del demandado (art. 465) o la que desestime la oposición (art. 468); y respecto del proceso monitorio, la ejecución del mandato de pago o de cumplimiento de la obligación está prevista expresamente en los arts. 493 y 495. En todo caso, aún si se entendiera que esas resoluciones no ingresan en la previsión del inciso 1º del artículo 554, estarían comprendidas en la referencia final del art. 554, en cuanto dispone que son títulos de ejecución "cualesquiera otras resoluciones judiciales que conforme a este Código u otras leyes, lleven aparejada la ejecución".

Corresponde mencionar, además, la posibilidad de ejecutar las providencias cautelares, con arreglo a lo previsto en el art. 454; solución que procura asegurar la eficacia de la tutela cautelar, en términos similares a los previstos en la L.E.C. española.

También son títulos de ejecución "los laudos arbitrales firmes", conforme lo dispone el inciso 2º del artículo 554. El laudo arbitral tiene la misma eficacia que la sentencia, y así resulta de lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, conforme al cual el laudo arbitral firme tiene la misma fuerza y validez de una sentencia judicial ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada.

El inciso 3º prevé como título de ejecución, los acuerdos y transacciones judiciales aprobados y homologados por el juez o tribunal. Con arreglo a lo previsto en el artículo 132 del C.P.C.M., "las partes podrán realizar una transacción judicial llegando a un acuerdo o convenio sobre la pretensión procesal", y "dicho acuerdo o convenio será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin y tendrá efecto de cosa juzgada".

El inciso 4º incluye como títulos de ejecución, las multas procesales. Se trata de resoluciones judiciales que imponen multas a las partes o a terceros, con el fin de sancionar la falta de colaboración procesal en diversas hipótesis contempladas en la ley, generalmente en relación con la actividad probatoria. Así, cabe mencionar a vía de ejemplo las multas previstas en los artículos 12 (obligación de colaborar), 186 (emplazamiento por edictos), 261 (negativa del requerido a aportar documentos), 336 (deber de exhibición de documentos), 362 (incomparecencia injustificada del testigo), 388 (incomparecencia injustificada del perito), etc.

Conforme a lo dispuesto en el inciso 5º del art. 554, también son títulos de ejecución "las planillas de costas judiciales, visadas por el juez respectivo, 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".

Los títulos de ejecución extranjeros están previstos en el artículo 555, y comprenden las sentencias y otras resoluciones judiciales extranjeras que pongan fin a un proceso, y los laudos arbitrales extranjeros reconocidos en El Salvador.

Se estará en primer término, a lo que dispongan los tratados internacionales multilaterales, las normas de cooperación jurídica internacional o los tratados celebrados con el país del que provengan los títulos de ejecución.

La ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros requiere el previo reconocimiento del título, que se realizará con arreglo a lo dispuesto en los tratados o normas internacionales aplicables y, en su defecto, según lo dispuesto en los artículos 556 y 558 del C.P.C.M.

Se trata del denominado *exequatur*, expresión referida al procedimiento de reconocimiento de sentencias extranjeras previo a su ejecución. La competencia para el reconocimiento de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, corresponde exclusivamente a la Corte Suprema de Juscitia (art. 557), y el procedimiento será el previsto en el artículo 558 del C.P.C.M.:

"El reconocimiento deberá ser pedido por la parte a la que le interese, mediante solicitud escrita presentada ante la Corte Suprema de Justicia. De esta solicitud se dará audiencia a la parte contraria, emplazándola ante la Corte, para que pueda formular alegaciones sobre los requisitos establecidos para que proceda el reconocimiento de títulos extranjeros a falta de tratados internacionales, y proponer pruebas en el plazo de diez días. Cuando no se hubieran formulado alegaciones, o no se practicara prueba, la Corte dictará sentencia haciendo reconocimiento de la resolución extranjera y otorgándole plenos efectos, o denegando dicho reconocimiento, en el plazo de diez días, con devolución de la ejecutoria a quien hubiera promovido el procedimiento.

Si se hubiera propuesto prueba útil y pertinente, se ordenará su práctica en audiencia, que deberá celebrarse en un plazo que no pase de veinte días, y concluida la cual se dictará sentencia en los términos del inciso anterior. Contra las sentencias de la Corte no procederá recurso alguno."

Los requisitos para el reconocimiento de un título extranjero como título de ejecución, resultan de lo dispuesto en el art. 556, que será de aplicación a falta de tratado o norma internacional. A esos efectos, se establecen los siguientes requisitos:

1°. Que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane del tribunal competente según las normas salvadoreñas de jurisdicción internacional.

2°. Que la parte demandada, contra la que se pretende realizar la ejecución, hubiese sido legalmente emplazada, aunque fuera declarada rebelde, siempre que se le hubiera garantizado la posibilidad de ejercer su defensa y que se le hubiese notificado legalmente la resolución.

3°. Que la sentencia reúna los elementos necesarios para ser considerada como tal en el lugar donde se dictó, así como las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional.

4°. Que la sentencia no afecte los principios constitucionales o de orden público del derecho salvadoreño, y que el cumplimiento de la obligación que contenga sea lícito en El Salvador.

5°. Que no exista en El Salvador un proceso en trámite, ni una sentencia ejecutoriada por un tribunal salvadoreño que produzca cosa juzgada.

5.5 COMPETENCIA

El capítulo referido a la competencia para la ejecución, se organiza en función de la fuente nacional o extranjera del título.

Conforme lo dispone el artículo 561, referido a los títulos de ejecución nacionales, la competencia para conocer de la ejecución forzosa de la sentencia corresponde al juez que la hubiese dictado en primera instancia, independientemente de cual sea el tribunal que la declaró firme; la competencia para conocer de la ejecución de los acuerdos y transacciones judiciales debidamente aprobados y homologados le corresponderá al juez ante el que se hubiere producido el acuerdo o transacción, y cuando los acuerdos o transacciones se den en segunda instancia o en casación, serán ejecutados por el juez que conoció en primera; para la ejecución de los laudos arbitrales será competente el juez de primera instancia que debió conocer de la controversia sino hubiera habido arbitraje; la ejecución de otras resoluciones judiciales que legalmente tengan la categoría de títulos de ejecución será competencia del juez que las hubiera dictado; para la ejecución del acuerdo celebrado en conciliación, será

competente el juez de primera instancia de la circunscripción en que se celebró, según lo dispuesto en el artículo 254.

Para la ejecución de los títulos extranjeros reconocidos tendrá competencia el juzgado de primera instancia del domicilio del ejecutado o, si éste no residiere en la República, los de primera instancia del lugar en que se encuentre la cosa que deba entregarse, o el que designe el ejecutante por encontrarse en ese lugar los bienes que hubieran de ser embargados (art. 562). Como vimos, el reconocimiento del título extranjero como título de ejecución es de competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia.

5.6 LAS PARTES EN LA EJECUCIÓN

En principio, son partes en la ejecución el ejecutante y el ejecutado, aunque podrán intervenir también terceros para la defensa de sus derechos e intereses, cuando sus bienes o derechos resulten afectados por la ejecución.

La condición de parte ejecutante resulta de la solicitud de ejecución, y deberá estar fundada en el título, del que deberá resultar la legitimación respectiva (calidad de acreedor de la prestación cuya ejecución se reclama). Del mismo modo, la calidad de parte ejecutada resulta de la condición de sujeto contra el cual se dirige la solicitud de ejecución, y deberá resultar del título, en el que habrá de figurar como obligado al cumplimiento.

La ejecución podrá pedirse por el sucesor del acreedor según el título, o contra el sucesor de quien en dicho título aparezca como deudor (art. 565). En ese caso, la sucesión deberá acreditarse en forma documental y fehaciente ante el juez, que habrá de despacharla en la forma solicitada, si estima suficientes los documentos presentados. En otro caso, convocará a todos los implicados a una comparecencia en la que luego de oírlos, decidirá lo que proceda, para los exclusivos efectos de la ejecución y, por ende, sin eficacia prejudicial.

Tratándose de obligaciones solidarias, el artículo 568 dispone que 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; lo cual resulta redundante, puesto que en ese caso se trata del sujeto condenado y su condición de parte en la ejecución ya resulta del artículo 564.

Con todo, la solución ofrece mayores garantías que la prevista en el Código Modelo (y en el CGP uruguayo), que permiten dirigir la ejecución contra el obligado solidario aún cuando no haya sido parte en el proceso de conocimiento (o declarativo), lo que puede generar una clara indefensión.

También podrán intervenir en la ejecución, para la defensa de sus derechos e intereses, aquellos terceros cuyos bienes o derechos hubieran resultado afectables por la ejecución, aún cuando no sean parte ejecutante ni ejecutada. En ese caso, la intervención alcanzará al ejercicio de todos los derechos y posibilidades que conceda el ordenamiento jurídico para la mencionada defensa, quedando sujetos los que la ejerzan a las obligaciones y cargas que

aquél determine; la norma alude concretamente, a la tercería de dominio y a la tercería de preferencia de pago, reguladas en el ámbito de la ejecución dineraria.

5.7 SOLICITUD DE EJECUCIÓN, DESPACHO DE EJECUCIÓN Y NOTIFICACIÓN AL EJECUTADO. TRÁMITE DE LA EJECUCIÓN FORZOSA

El trámite de la ejecución forzosa se encuentra previsto en los artículos 570 y ss., sin perjuicio de las particularidades que asume en función de las distintas modalidades de ejecución (ejecución dineraria, ejecución de obligaciones de hacer, no hacer y dar).

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 570, "la ejecución forzosa sólo podrá iniciarse a instancia de parte ejecutante, que la solicitará por medio de un escrito en el que deberá constar la identificación suficiente de la persona contra la que se pretenda dicha ejecución, el título en que se funde, lo que se busca obtener y las actuaciones ejecutivas que se solicitan"; y en el caso de ejecución en dinero, "se deberá indicar la cantidad que se pretende, la cual podrá ser incrementada hasta en 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".

La norma consagra el principio dispositivo en el ámbito de la ejecución forzosa, de modo que no podrá iniciarse de oficio por el juez en ningún caso.

Como lo indica el artículo 571, "en la solicitud se podrá hacer mención de los bienes del ejecutado que podrían ser afectables por la ejecución, si fueran conocidos por el ejecutante; "si éste no conociera bienes o los que conociera no fuesen suficientes, tendrán derecho a solicitar del tribunal las medidas de localización de bienes previstas en este código", que son las reguladas en el título referido a la ejecución dineraria, en los artículos 612 y ss. La referencia a los bienes que podrá mencionar el ejecutante, se vincula con la solicitud de embargo que puede formular en la ejecución, y que se encuentra regulado con detalle en la ejecución dineraria.

Como lo indica el artículo 572, "a la solicitud de ejecución habrá de acompañarse el título, salvo que se trate de resolución dictada por el propio juez a quien se dirija, o de un acuerdo o transacción aprobado u homologada por él, en cuyo caso bastará señalar el procedimiento del que derive". En algunos casos, será necesario acompañar otros documentos a la solicitud de ejecución; a vía de ejemplo, si la ejecución se dirige contra los sucesores del deudor, deberá el solicitante acompañar la documentación que acredite esa condición, en los términos previstos en el artículo 565.

El artículo 573 permite la acumulación de ejecuciones, remitiendo en ese sentido a lo dispuesto en el artículo 97, a cuyo comentario remitimos.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 574, presentada la solicitud, el juez dictará auto de despacho de ejecución si concurren los presupuestos procesales establecidos en el Código, si el título no presenta ninguna irregularidad y si las actuaciones que se solicitan son congruentes con el título, este auto no admitirá recurso. La impugnación del despacho de ejecución podrá hacerse mediante la oposición formulada por el ejecutado, según veremos.

El contenido del despacho de ejecución está regulado en el artículo 576: "el despacho de ejecución determinará con precisión la persona contra la que se dirige, la cantidad por la que se sigue, las actuaciones que se ordenan, incluido el embargo de bienes, y las medidas de localización de elementos patrimoniales del deudor".

Ese decreto (despacho de ejecución) será notificado al deudor con arreglo a lo dispuesto en el artículo 577: "el despacho de la ejecución, junto con una copia de la solicitud y de sus documentos, se notificará al ejecutado, sin citación ni emplazamiento, para que pueda comparecer en cualquier momento y se entiendan con él las sucesivas actuaciones". El deudor dispone de un plazo de cinco días siguientes al de la notificación del despacho de ejecución, para formular oposición.

La notificación del despacho de ejecución al deudor tiene los efectos previstos en el art. 578: supone la orden judicial que le impide disponer de sus bienes y derechos, limitarlos o gravarlos sin autorización judicial, lo que deberá asegurarse mediante la anotación en los registros públicos correspondientes, si a ello hubiere lugar. La norma aclara que una vez cumplida la obligación de manifestación de bienes suficientes (art. 611), se alzará la prohibición general de disponer; y en caso de no existir bienes suficientes, serán nulos todos los actos de disposición o renuncia efectuados por el ejecutado desde el momento en que se solicite el inicio de la ejecución.

Vencido el plazo previsto para la oposición, la ejecución continuará con arreglo a lo dispuesto en los respectivos capítulos, según se trate de ejecución dineraria o de ejecución de obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa determinada. De formular oposición el deudor, se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 580 y ss., sin suspensión de las actuaciones.

Puede ocurrir, por el contrario, que presentada la solicitud de ejecución el juez la rechace in limine, por no ajustarse a los requisitos de fondo previstos en el artículo 574. En ese caso, de acuerdo a lo previsto en el artículo 575, deberá hacerlo mediante auto expresamente motivado, que será susceptible de recurso de apelación. Si la solicitud contuviera defectos y éstos fueran subsanables, el juez deberá otorgar plazo, que no excederá de cinco días, para que el ejecutante los subsane; y una vez subsanados se dictará auto de despacho de la ejecución. De lo contrario, si no hubiera procedido a la subsanación el juez confirmará el auto de rechazo a la solicitud.

5.8 OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN

El capítulo sexto regula la oposición a la ejecución, en términos que revelan un razonable equilibrio entre las exigencias de celeridad propias de la ejecución y las garantías de defensa que deben acordarse al ejecutado.

El ejecutado dispone de un plazo de cinco días siguientes al de la notificación del despacho de ejecución, para comparecer formulando oposición a la ejecución, por los motivos indicados en el artículo 579: falta de carácter o calidad del ejecutante o del ejecutado, o de representación de los mismos; falta de requisitos legales en el título; pago o cumplimiento de la obligación,

justificado documentalmente; por haber prescrito la pretensión de ejecución; o por la transacción o acuerdo de las partes que consten en instrumento público.

También podrá alegar, en la misma oportunidad, la existencia de defectos procesales, según resulta de lo dispuesto en el artículo 581.

Los motivos de oposición se encuentran regulados en términos más razonables que los previstos en el Código Modelo, que limita las defensas a las de pago e inhabilidad del título por falta de los requisitos esenciales para su validez, generando en sistemas que han recogido ese modelo (CGP uruguayo) continuos debates en torno al criterio amplio o restrictivo con que debe interpretarse esa limitación, que de acuerdo a la opinión más difundida obsta al planteo de defensas como la prescripción así como la alegación de defectos procesales.

En el sistema del CPCM, las defensas o motivos de oposición están limitados, pero permiten un adecuado ejercicio del derecho de defensa, teniendo presente que el debate en esta etapa debe limitarse a cuestiones referidas al título o al procedimiento.

Se establecen además, límites a la prueba que puede aportar el ejecutado para acreditar los hechos en que se fundan algunos motivos de oposición, como el pago o cumplimiento de la obligación, que deberán justificarse documentalmente, o la transacción o acuerdo, que deberán constar en instrumento público (art. 579).

El artículo 580 consagra el efecto no suspensivo de la oposición respecto del trámite de la ejecución forzosa, disponiendo que la oposición se sustanciará sin suspensión de las actuaciones, en una audiencia a la que serán citadas todas las partes personadas para que acudan con los medios de prueba de que intente valerse, y que deberá celebrarse dentro de los cinco días siguientes al de la notificación. La regla de no suspensión de las actuaciones resulta conveniente, para prevenir la oposición con fines meramente dilatorios, situación que se observa con frecuencia en sistemas que, como el vigente en Uruguay, no contienen una regla similar.

La audiencia deberá celebrarse dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la citación, lo que permite asegurar un trámite y decisión ágil. Las partes deberán acudir con los medios de prueba de que intenten valerse, aunque -en nuestra opinión- los documentos que justifiquen los motivos de oposición, como el pago o cumplimiento de la obligación, o la transacción o acuerdo, deberán ser aportados al formularse la oposición.

La incomparecencia injustificada del ejecutante a la audiencia, determinará que se decida sobre los motivos de oposición sin escucharle. Si no compareciere el ejecutado, se entenderá que ha desistido de la oposición, disponiéndose las medidas pertinentes para continuar con la ejecución, condenándole a las costas procesales causadas y a indemnizar por daños y perjuicios al demandante, si éste lo solicitara y los acreditara (art. 580).

La audiencia comenzará con la exposición del demandante sobre los defectos procesales que se hubieran alegado como motivo de oposición, debiéndose practicar la prueba que en el

momento se admita, dictándose posteriormente la correspondiente resolución. Si los defectos fueran subsanables, se concederá al ejecutante un plazo de cinco días para la subsanación; si no fueran subsanables o se omitiera subsanarlos en el plazo concedido, se dictará auto dejando sin efecto la ejecución, alzando las medidas adoptadas contra el patrimonio del ejecutado y condenando en costas al ejecutante así como a la indemnización por daños y perjuicios.

Si los motivos de oposición procesal fueran desestimados o fueran subsanados los defectos en el plazo concedido, se pasará al examen de la oposición por motivos de fondo, salvo que no se hubiera articulado tal oposición, en cuyo caso se dictará auto ordenando continuar con la ejecución; aunque, como vimos, la oposición no suspende la ejecución, de modo que ésta debería continuar en todo caso, aun durante la sustanciación de la oposición por motivos procesales o de fondo.

En cuanto a la oposición de fondo, las partes tomarán la palabra por su orden para hacer las alegaciones que estimen oportunas y practicar la prueba que admita el juez en el momento. Como vimos, la alegación de los motivos de oposición debe efectuarse por escrito en el plazo de cinco días posteriores al de la notificación del despacho de la ejecución, de modo que en la audiencia, corresponderá oír en primer término al ejecutante ("las partes tomarán la palabra por su orden", dispone el art. 582), sobre los motivos de oposición alegados por el ejecutado, quien será oído posteriormente, una vez concluida la exposición del ejecutante.

Los medios de prueba podrán ser propuestos en la audiencia, aunque consideramos que los documentos que justifiquen la oposición del ejecutado deberán ser aportados con el escrito de oposición.

Finalmente, se dictará sentencia resolviendo acerca de la oposición del ejecutado. Si se desestima la oposición de fondo, el juez mandará por auto que continúe adelante la ejecución, condenando al ejecutado en las costas de la oposición. El artículo 582 no contiene ninguna referencia a la forma y requisitos de la sentencia, por lo que no resulta claro si la sentencia se dictará en audiencia, en forma oral; en todo caso, deberá estarse a lo previsto en la regulación general de las resoluciones judiciales, teniendo especialmente en cuenta las reglas del artículo 222, así como los artículos 215, 216 y 217.

La decisión sobre la oposición admite recurso de apelación, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 584: contra el auto que desestime los motivos de oposición alegados podrá interponerse recurso de apelación, que no suspenderá el curso de la ejecución; contra el auto que estime los motivos de oposición alegados se podrá interponer recurso de apelación; y durante la sustanciación el solicitante tendrá derecho a pedir que se mantengan las medidas ejecutivas adoptadas en relación con el patrimonio del ejecutado, lo que será acordado si el ejecutante presta caución suficiente.

El artículo 583 regula especialmente la oposición fundada en la falta de competencia territorial, que deberá plantearse dentro de los cinco días siguientes al de la notificación del despacho de la ejecución, y se sustanciará conforme a lo dispuesto en el libro primero del Código.

Por último, el art. 585 regula la oposición a concretas medidas ejecutivas, cuando excedan o contradigan el título o infrinjan la ley. En ese caso, el ejecutado podrá interponer el recurso de revocatoria o el de apelación cuando lo establezca expresamente el Código.

5.9 SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN

La regla en la materia, es que la oposición del ejecutado no suspende el trámite de la ejecución forzosa, según lo dispuesto en el artículo 580 del nuevo Código. Sin embargo, la ejecución podrá suspenderse, excepcionalmente, en los casos previstos en este capítulo sobre suspensión de la ejecución (arts. 586 y ss.).

El carácter excepcional de la suspensión, resulta claramente del texto del artículo 586, al disponer que la ejecución sólo podrá suspenderse en los casos allí previstos.

La primera hipótesis de suspensión regulada en el artículo 586, refiere al acuerdo de partes: la ejecución podrá suspenderse cuando lo soliciten todas las partes personadas. También podrá suspenderse cuando lo ordene expresamente la ley. En todo caso, se mantendrán las medidas necesarias para garantizar las actuaciones ejecutivas adoptadas; y si no se hubieran cumplido aún, se cumplirán las medidas ejecutivas adoptadas.

En cuanto a los recursos previstos contra las actuaciones ejecutivas, la regla es que no suspenden el curso de la ejecución; aunque, excepcionalmente, el juez podrá acordar la suspensión a pedido del ejecutado, cuando acredite que el no suspenderla le acarreará daños de difícil reparación y siempre que preste caución suficiente.

El recurso de revisión no suspende, como regla, la ejecución forzosa, conforme a lo dispuesto en el artículo 587 y en el artículo 550. No obstante, el tribunal tiene facultad para acordar la suspensión cuando así lo solicitare el ejecutado, si concurre causa justificativa suficiente en el caso concreto y que se preste caución bastante para responder de los daños y perjuicios que se puedan causar al ejecutante. Si la demanda de revisión fuera desestimada, en cuanto se tenga conocimiento de este hecho, se alzará la suspensión y se ordenará que continúe la ejecución.

El artículo 588 contiene una regla especial en caso de revisión de la sentencia dictada en rebeldía; en ese caso, el archivo de las actuaciones sólo procederá cuando se hubiese estimado la revisión y hubiera sentencia favorable en el proceso posterior que se siga con audiencia del demandado.

Finalmente, el artículo 589 regula la suspensión en caso de prejudicialidad penal, disponiendo que si se iniciara un proceso penal por hechos delictivos relacionados con el título o con el despacho de ejecución, se podrá decretar la suspensión de ésta, previa audiencia de todas las partes y del Fiscal General de la República, aunque el ejecutante podrá evitar la suspensión prestando caución suficiente.

Cabe mencionar una situación que puede incidir en el trámite de la ejecución forzosa, determinando una solicitud de suspensión. Nos referimos al proceso ejecutivo, que conforme

a lo previsto en el art. 470 admite un proceso posterior "para controvertir la obligación que causó la ejecución"; de modo que, en ese caso, el deudor podría promover un nuevo proceso, eventualmente simultáneo a la ejecución forzosa tramitada por el acreedor. En Uruguay, con un marco normativo similar en lo relativo a la eficacia de la sentencia en el proceso ejecutivo, se ha planteado la posibilidad de que el deudor solicite la suspensión de la ejecución, demostrando que está en trámite un proceso posterior al ejecutivo con el objeto de revisar lo resuelto en dicho proceso. En general, la jurisprudencia ha negado esa posibilidad, aunque en alguna ocasión la admitió como medida de no innovar, tendiente a evitar los perjuicios que supondría continuar con la ejecución forzosa, siempre y cuando se acredite suficientemente la apariencia de buen derecho de la pretensión ejercida por el ejecutado, tendiente a controvertir la existencia de la obligación.

5.10 EJECUCIÓN CONTRA EL ESTADO

La ejecución contra el Estado se regula en los artículos 590 y 591, referidos al procedimiento y a la legitimación, respectivamente.

Es frecuente observar, en derecho comparado, un sistema autónomo de ejecución de sentencias contra el Estado, basado en una premisa común a diversas legislaciones: la inembargabilidad o inejecutabilidad de los bienes del Estado, lo que a su vez impide diseñar un procedimiento de ejecución basado en el embargo y remate de los bienes estatales.

Con todo, es preciso reflexionar acerca de las características del sistema de ejecución de sentencias contra el Estado, para reafirmar la necesidad de soluciones coactivas que aseguren el acreedor el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias. A modo de ejemplo, en Uruguay se ha establecido legalmente la inembargabilidad absoluta de los bienes del Estado, sin límites ni excepciones, y el procedimiento de ejecución contra el Estado se limita a la notificación judicial efectuada al órgano estatal condenado, para que proceda al pago en el plazo de 45 días; pero no se establecen otras medidas que permitan asegurar el efectivo cumplimiento de la condena en el plazo señalado, toda vez que el acreedor no dispone de medidas coactivas que pueda imponer el juez al órgano estatal para obtener tal cumplimiento. Se discute incluso, si es posible imponer al Estado multas o astreintes en el proceso de ejecución, como medida coercitiva, que puede aplicarse a cualquier otro sujeto condenado; existiendo una importante corriente jurisprudencial que niega tal posibilidad.

En cuanto al procedimiento previsto en el CPCM para la ejecución de sentencias contra el Estado, está regulado, como vimos, en el artículo 590 "Cuando se pida la ejecución de una sentencia que condene al Estado, a un municipio o a una institución oficial autónoma al pago de cantidades líquidas, el juez remitirá el auto de despacho de la ejecución al funcionario que corresponda, así como a cualquier otro que indique la ley de la materia, a fin de que libren y autoricen las órdenes de pago con cargo a las partidas correspondientes del presupuesto general vigente. Si no fuere posible cargar la orden de pago al presupuesto vigente, el funcionario que corresponda 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. El incumplimiento de lo prescrito en este artículo será responsabilidad

personal del funcionario infractor. Además, la afectada podrá deducir ante los tribunales e instancias competentes la ilegalidad de la omisión."

Como puede verse, el procedimiento de ejecución contra el Estado no contempla expresamente la utilización de medidas coercitivas para forzar la voluntad del obligado, más allá de la eventual responsabilidad personal del funcionario infractor por la omisión en proceder según lo dispuesto en el citado artículo.

En cuanto a la legitimación para intervenir en el proceso de ejecución, el art. 591 dispone que si la sentencia fue pronunciada contra el Estado, intervendrá el Fiscal General de la República por medio de algún delegado, quedándole expedito en todo momento el derecho de allanarse u oponerse según se considere procedente. Cuando se trata de los municipios o de las instituciones oficiales autónomas, intervendrá la persona quien conforme a la ley ejerza la representación de los mismos.

5. 11 LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

Santiago Garderes

SUMARIO: I. Introducción: caracteres generales de la ejecución provisional II. Fundamentos de la ejecución provisional. III. Requisitos de la ejecución provisional. IV. Títulos provisionalmente ejecutables. V. Procedimiento de la ejecución provisional. 1. Competencia. 2. Solicitud de ejecución provisional. 3. Despacho de la ejecución provisional. 4. Oposición a la ejecución provisional. 5. Sustanciación y decisión sobre la oposición. VI. Revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada.

5.11.1 Introducción: características generales de la ejecución provisional.

El título segundo está destinado a la ejecución provisional de sentencias que, como lo indica la expresión, carecen de la nota de firmeza que caracteriza la ejecución definitiva, por estar sometidas a recurso.

El carácter provisional de la ejecución deriva, precisamente, de la condición a la que está sujeta la ejecución, pues en caso de revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada, se deberá procurar restablecer las cosas al estado anterior a la ejecución.

El nuevo Código admite la ejecución provisional de sentencias de condena sujetas a recurso, y aunque no lo aclara expresamente, se refiere tanto a las sentencias apeladas como a las sentencias sujetas a recurso de casación.

Como veremos, la ejecución provisional procede respecto de sentencias de condena, aunque también podrá ejecutarse provisionalmente los pronunciamientos de condena contenidos en sentencias constitutivas o meramente declarativas.

Se trata de una de las principales innovaciones del C.P.C.M., que tiene en este punto -como en la regulación general de la ejecución forzosa- a la Ley de Enjuiciamiento Civil española como principal antecedente. El instituto de la ejecución provisional se encuentra también en el Código Modelo para Iberoamérica, y en algunas legislaciones que lo han seguido, como el Código General del Proceso de Uruguay (1989), aunque estos sistemas plantean algunas diferencias con el previsto en el C.P.C.M. y en la L.E.C.; a vía de ejemplo, el C.G.P. uruguayo exige la prestación de caución para la ejecución provisional de la sentencia apelada, mientras que el C.P.C.M. establece como regla que el solicitante de la ejecución provisional no estará obligado a prestar garantía o caución. Esa variante resulta fundamental, y explica la escasa utilización de la ejecución provisional en el sistema procesal uruguayo.

En la mayoría de los sistemas normativos de la región iberoamericana, la ejecución provisional se encuentra prevista en forma aislada para determinados casos, como el proceso de alimentos u otros caracterizados por la nota de urgencia. Pero no suelen prever un auténtico sistema de

ejecución provisional aplicable con carácter general a la materia civil, como el previsto en el C.P.C.M., en la L.E.C. española o en el C.G.P. uruguayo.

En un estudio reciente de legislación comparada, se indica que "existen estados que no han dictado normas específicas sobre el tema o que lo han previsto para de modo asaz restringido, para casos determinados. Otros estados, siguiendo el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, han regulado en forma amplia la ejecución provisional e, incluso, han extendido la propuesta de aquel modelo. En el primer grupo, por ejemplo, carecen de disposiciones sobre ejecución provisional los regímenes procesales de Paraguay y Venezuela. También en el primer grupo, pero conteniendo disposiciones que en forma limitada viabilizan la ejecución provisional –por prever la apelación con efecto suspensivo como regla y restringir la procedencia de la ejecución provisional a determinados casos-, se encuentran múltiples regímenes procesales, como por ejemplo, los de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México, Perú y Portugal. En el segundo grupo cabe incluir aquellos sistemas que no sólo regulan expresamente la ejecución provisional de la sentencia pasible de recursos, sino que también disponen un régimen amplio de casos en que puede utilizarse esta modalidad de ejecución." En ese grupo incluyen al Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, al C.G.P. uruguayo, y a la L.E.C. española que consideran el régimen más propicio para la ejecución provisional, pues no exige la prestación de garantía como regla.[401]

En Uruguay, como hemos mencionado, la ejecución provisional se encuentra prevista con alcance general para el proceso civil, pero ha sido escasamente utilizada en relación a las sentencias sujetas a apelación. Se indican como principales razones de la escasa vigencia práctica del instituto, la exigencia de caución a quien solicita la ejecución provisional de la sentencia apelada, y la falta de seguridad jurídica de quien adquiere en remate un bien subastado en el marco de una ejecución provisional, que -de acuerdo a una interpretación doctrinaria que estimo errónea- podría ver afectado su derecho por la posterior revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada.[402]

Otra razón que puede afectar la utilización de este instituto, está vinculada con la duración de la segunda instancia. En Uruguay, la duración promedio de la segunda instancia se ha reducido a un promedio de ocho a diez meses, mientras que la ejecución -que tratándose de condenas dinerarias, prevé exclusivamente el remate como sistema de realización de los bienes embargados- suele llevar un plazo mayor, por lo que difícilmente se llegue al remate antes de que se dicte la sentencia de segunda instancia. Todo lo cual determina que, en general, se prefiera aguardar la sentencia de segunda instancia para, en caso de confirmarse la condena, proceder a su ejecución definitiva. Sin embargo, la ejecución provisional se utiliza con más frecuencia en relación a las sentencias sometidas a recurso de casación, puesto que en ese caso la legislación uruguaya no requiere la prestación de caución por parte de quien solicita la ejecución provisional.

401 Cfe.: Oteiza, Eduardo y Simón, Luis M., "Ejecución provisional de la sentencia civil", en "Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas. Lima 2008", Universidad de Lima, ps. 519 y ss.

402 El art. 375.4 del CGP, al regular los efectos de la revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada, dispone: "En ningún caso la revocación y la casación podrán perjudicar a terceros de buena fe ni determinar la anulación de los actos o contratos celebrados con el dueño aparente de los bienes".

El régimen de la ejecución provisional en el C.P.C.M. resulta más propicio que el previsto en el Código Modelo y en el C.G.P. uruguayo, favoreciendo su utilización práctica y contribuyendo de esa forma a la eficacia de la tutela judicial en el marco de la ejecución forzosa de las sentencias.

Los caracteres generales del sistema de ejecución provisional en el C.P.C.M. resultan de lo expuesto, y pueden resumirse de la siguiente forma: a) procede respecto de las sentencias de condena nacionales sometidas a recurso, con la única salvedad de las que impongan realizar una declaración de voluntad; b) puede solicitarse por la parte que hubiera obtenido un pronunciamiento favorable, en cualquier momento desde que conste la pendencia de un recurso y antes de que se dicte sentencia en él; c) será competente el juez que hubiere resuelto en primera instancia; d) como regla general, no se exige garantía o caución, aunque la regla admite excepciones; e) se seguirán los mismos trámites de la ejecución de sentencias firmes; f) la eventual revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada, determinará que se ponga fin a la ejecución, debiendo el juez adoptar las medidas necesarias para hacer volver las cosas al estado anterior.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este instituto, no puede formularse un criterio único pues dependerá de la concreta regulación legal. En algunos sistemas legales, la ejecución provisional presenta rasgos característicos de las medidas cautelares, en tanto se exige la invocación de un peligro de lesión o frustración del derecho para decretar la ejecución provisional; de modo que la ejecución provisional se justificaría como instrumento de prevención del riesgo de inejecución de la sentencia, derivado del tiempo que insume la sustanciación y resolución del recurso de apelación. Tal exigencia no se encuentra prevista en el C.P.C.M., ni cabe inferirla del sistema de ejecución que estatuye dicho Código, por lo que no resulta adecuado invocar un fundamento cautelar en la base de este instituto, que en definitiva constituye un sistema de ejecución fundado en otros motivos o razones, no necesariamente cautelares.

En todo caso, la ejecución provisional rompe con el esquema tradicional que identifica ejecución con firmeza de la sentencia; la cosa juzgada no es ya un atributo necesario de la sentencia ejecutable, pues en sistemas como el del C.P.C.M. admiten ejecución aún las sentencias que no han adquirido eficacia de cosa juzgada. Lo cual no debería llamar la atención desde una perspectiva sistemática, si se tiene presente que las resoluciones judiciales son esencialmente ejecutables aunque no pueda invocarse a su respecto la nota de firmeza que caracteriza a las sentencias ejecutoriadas; y en un análisis particular, las providencias cautelares son un claro ejemplo de resoluciones judiciales que, a pesar de su esencial revocabilidad, pueden -y deben- ejecutarse en forma inmediata, pues en ello va comprometida su propia eficacia.

Desde otra perspectiva, el efecto suspensivo de la apelación de las sentencias definitivas tampoco constituye una regla absoluta e inmutable; el legislador puede considerar conveniente relativizar esa regla, que en otros tiempos se justificaba por otros fundamentos ya abandonados en la mayoría de los sistemas legales, y admitir como regla la ejecución provisional de la sentencia apelada, buscando propiciar la eficacia de la tutela judicial.

5.11.2 Fundamentos de la ejecución provisional

En un interesante estudio sobre la ejecución provisional en la L.E.C. española, se afirma como fundamentos del "radical cambio normativo" que representa la ejecución provisional, los siguientes:

a) Favorecer al litigante que, al final del proceso, ve reconocida su pretensión. En ese sentido, el Libro blanco de la justicia civil, publicado por el Consejo General del Poder Judicial en 1997, y que sirvió de base para la reforma de la justicia civil, demostró que el 73% de los fallos de primera instancia eran totalmente estimatorios -y solo el 11% totalmente desestimatorios-, y que cerca del 70% de los recursos de apelación eran desestimados. … Por ello, la regulación debía necesariamente favorecer la posición del acreedor ejecutante.

b) Evitar la formulación de recursos de apelación con el único ánimo dilatorio. Está claro que, si con la ejecución provisional se desactiva el clásico efecto suspensivo de la apelación, todas las apelaciones que estratégicamente se formulan para retrasar la ejecución carecen ya de sentido.

c) Reforzar la virtualidad de los juicios efectuados en la primera instancia. En la medida en que la sentencia que en ella se dicte sea ejecutable provisionalmente, aumenta su valor, por lo que el enjuiciamiento de primera instancia adquiere un mayor protagonismo.

d) Reducir la duración de la segunda instancia. Como consecuencia directa de la reducción del número de apelaciones, se deduce la disminución del tiempo en resolverse los recursos …

e) Mejorar la calidad de la justicia de segunda instancia. Puesto que el número de recursos de apelación debería disminuir, los magistrados encargados de resolverlos tendrán más tiempo para dedicarles …

f) Favorecer la transacción o conclusión anticipada del proceso. La posibilidad de ejecutar provisionalmente la sentencia coloca a las partes en una situación muy diferente a la que existía al iniciarse el proceso, lo que puede auspiciar la mitigación de la inicial intransigencia de las partes a favor de la transacción o pacto entre ellas.[403]

Teniendo en cuenta la semejanza del sistema de ejecución regulado en la L.E.C. y en el C.P.C.M., pueden trasladarse al ámbito legal salvadoreño los fundamentos señalados como base del modelo de ejecución provisional en la L.E.C.

403 Picó I Junoy, Joan, "La ejecución provisional en España", en "Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas. Lima 2008", Universidad de Lima, ps. 681 y ss.

Resulta particularmente interesante el fundamento estadístico recogido en el estudio citado, referido al derecho español; puesto que, en definitiva, la justificación de la ejecución provisional de sentencias debe apoyarse en datos de la realidad, que permitan inferir su utilidad y conveniencia práctica.

En opinión de algunos autores, la ejecución provisional no se apoya en criterios dogmáticos absolutos, puesto que no sería derivación necesaria de las garantías constitucionales del proceso, sino que constituye una opción legislativa.

Podría plantearse, no obstante, si la ejecución provisional no es susceptible de afectar la garantía de la doble instancia, que conforme modernos desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales integra el elenco de garantías fundamentales del proceso; se trata de establecer con ese análisis, si la posibilidad de ejecutar provisionalmente la sentencia de primera instancia, supone una afectación del derecho a la doble instancia, respecto de la parte que está siendo ejecutada provisionalmente en base a una sentencia que aún no se encuentra firme.

En ese sentido, considero que la ejecución provisional no afecta la garantía de la doble instancia, concebida como derecho a la revisión del fallo, que no implica que, en base a otros argumentos y principios igualmente atendibles y derivados del derecho a la tutela judicial efectiva, se admita la inmediata ejecución de las sentencias, con carácter provisional y tomando los recaudos necesarios para evitar en lo posible una afectación patrimonial irreversible, en vistas a la eventual revocación de la sentencia ejecutada.

En la Presentación del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil se justifica el sistema de ejecución provisional de sentencias, señalando que "un Código Procesal Civil y Mercantil debe responder a las expectativas de protección del tráfico jurídico y económico, proporcionando a los acreedores que disponen de un título fiable los instrumentos procesales oportunos para conseguir una rápida y eficaz tutela de su derecho de crédito frente al deudor que resulta incumplidor", y se aclara que "uno de esos instrumentos es la ejecución provisional, con cuya regulación se quiere proteger al litigante que resultó ganador en la primera instancia, de manera que pueda obtener el cumplimiento de la resolución de que se trate aunque contra ella se hayan interpuesto los recursos legalmente establecidos." Por ello, agrega la presentación, "se establece la ejecución provisional de forma casi automática, pues el órgano judicial debe despacharla salvo que la sentencia no sea condenatoria …".[404]

Se trata, en definitiva, de un sistema que procura asegurar la eficacia de la tutela judicial del derecho del acreedor, lo que a su vez permite asegurar otros fines a los que también contribuye el sistema de ejecución provisional, como vimos.

404 Presentación del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil, capítulo introductorio del "Anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil de la República de El Salvador", Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2003, ps. xxiv y ss.

5.11.3 Requisitos de la ejecución provisional

El primero de los presupuestos de la ejecución provisional, es la existencia de un título provisionalmente ejecutable, de aquellos previstos en el artículo 592: sentencia de condena recurrida.

El segundo requisito es la iniciativa de parte. La ejecución provisional sólo procede a solicitud de la parte que hubiera obtenido un pronunciamiento favorable. La solicitud podrá efectuarse en cualquier momento desde que conste la pendencia de un recurso y antes de que se dicte sentencia en él (art. 593).[405] Nada obsta en nuestra opinión, a que la ejecución provisional sea solicitada por la propia parte apelante, cuando la sentencia hubiera estimado parcialmente su demanda, solución que, con un marco normativo similar en cuanto a los presupuestos de la ejecución privisional, ha sido admitida por la doctrina y jurisprudencia uruguaya.

Como regla, no se exige la prestación de caución o garantía, conforme lo dispone el art. 594. No obstante, "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 podrá hacerlo y en qué cuantía. La cuantía que se fije será proporcional a la capacidad económica del solicitante."

La solución procura asegurar la igualdad de acceso a la ejecución provisional, excluyendo la exigencia de prestación de garantía en los casos en que la capacidad económica del solicitante no le permita cumplir con ese requisito. Más allá de la fórmula legal, que puede generar dudas interpretativas al momento de establecer en qué casos podrá el juez exigir la prestación de caución, debe tenerse presente la regla enunciada en el citado artículo, de modo que la exigencia de caución debe ser excepcional y, en caso de duda, deberá preferirse la solución contraria.

En la Presentación del Anteproyecto, se afirma que "se ha tenido en cuenta que hay casos en los que el ejecutante provisional tiene una solvencia económica importante, y por ello se ha posibilitado que el juez pueda fijar una garantía o caución atendiendo a la capacidad económica del solicitante y proporcionada a ella. Esta norma piensa sobre todo en aquellos ejecutantes solventes que pueden sin dificultad someterse a algún género de restricciones a la ejecución acorde con la revocabilidad del título que se pretende ejecutar, que es siempre una espada de Damocles que pende sobre la ejecución provisional".

5.11.4 Títulos provisionalmente ejecutables

La ejecución provisional procede respecto de los títulos previstos en el artículo 592: sentencias de condena dictadas por tribunales de la República en los procesos civiles y mercantiles, salvo aquellas que impongan realizar una declaración de voluntad. Respecto de la exclusión

405 La regulación del momento para solicitar la ejecución provisional se formula en términos amplios, lo que favorece la utilización de este mecanismo. En el CGP uruguayo, la solicitud de ejecución provisional debe efectuarse dentro del plazo para evacuar el traslado del recurso de apelación.

de las sentencias que impongan una declaración de voluntad, se ha señalado que "estamos ante una opción legislativa a favor de no sustituir provisionalmente una conducta de hacer personalísima y, por tanto, infungible", aclarándose que "el caso más frecuente es el de la condena a otorgar una escritura pública, normalmente de compraventa".[406] El C.P.C.M. regula la ejecución de sentencias que imponen realizar una declaración de voluntad, en el artículo 686, dentro de la ejecución de obligaciones de hacer.

Admiten ejecución provisional, tanto las sentencias que condenan al pago de una cantidad de dinero líquida, como aquellas que establecen una condena a hacer, no hacer o dar cosa determinada.

Debe tratarse de sentencias recurridas, pues de lo contrario adquieren firmeza y pueden ejecutarse en forma definitiva. Aunque la norma no lo aclare, son pasibles de ejecución provisional tanto las sentencias de primera instancia sujetas a recurso de apelación como las de segunda instancia que han sido impugnadas mediante el recurso de casación.

Sólo admiten ejecución provisional las sentencias de condena, regla que también se aplica a la ejecución definitiva. Aunque puede solicitarse la ejecución provisional de los pronunciamientos de condena contenidos en sentencias constitutivas o meramente declarativas.

Las sentencias extranjeras que no hubieran alcanzado firmeza se podrán ejecutar provisionalmente cuando así lo disponga el tratado internacional aplicable al caso (art. 592).

5.11.5 Procedimiento de la ejecución provisional

La ejecución provisional sigue los mismos trámites de la ejecución de sentencias firmes, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 593.

5.11.5.1 Competencia

Será competente para la ejecución provisional de la sentencia, el tribunal ante el que se tramitó la primera instancia en el proceso respectivo.

El artículo 593 indica que la ejecución se llevará a efecto "*por el juez que hubiere resuelto en primera instancia, cualquiera que sea la instancia o grado en que se halle el proceso*", aunque es claro que la norma no refiere específicamente al juez que dictó la sentencia (pues éste puede haber sido trasladado o sustituido) sino al tribunal ante el cual se tramitó la primera instancia.

5.115.2 Solicitud de ejecución provisional

La solicitud podrá formularse en cualquier momento desde que conste la pendencia de un recurso y antes de que se dicte sentencia en él.

406 Picó I Junoy, Joan, ob. cit., p. 685.

El artículo 593 establece que la ejecución provisional sólo se iniciará por solicitud de la parte que hubiere obtenido un pronunciamiento favorable. Como regla, será su contraparte quien haya recurrido la sentencia, determinando el interés del acreedor por solicitar la ejecución provisional; pero puede ocurrir que, tratándose de una sentencia parcialmente favorable al demandante, éste apele por la parte desestimada de su demanda, en cuyo caso consideramos que estaría igualmente legitimado para promover la ejecución provisional de la sentencia, en lo relativo a la condena estimatoria de la demanda.

Conforme lo dispone la norma citada, cuando se solicite la ejecución y los autos se encuentren ante otro tribunal, se recabará de éste certificación de lo necesario para llevarla a efecto, acompañando el pedido a la solicitud. Si se solicita antes de que los autos pasen a otro tribunal, quedará en el juzgado certificación de lo necesario para proceder a la ejecución.

La solicitud deberá adecuarse al tipo de ejecución de que se trate, de acuerdo al contenido de la condena, ya se trate de condena dineraria, o de condena a hacer, no hacer o dar cosa determinada; siguiéndose, como hemos apuntado, el procedimiento previsto para la ejecución de sentencias firmes.

No es necesario, en principio, que el solicitante preste garantía suficiente para responder por los perjuicios que la ejecución pudiera causar a la contraparte si la sentencia provisionalmente ejecutada fuera finalmente revocada. Como vimos, la regla prevista en el artículo 594 excluye ese requisito, aunque el juez, atendidas las circunstancias del caso, podrá exigir la prestación de garantía al solicitante previo al despacho de la ejecución.

El sistema de ejecución provisional del C.P.C.M. no exige la invocación de motivos que justifiquen la solicitud de ejecución provisional, siendo suficiente fundamento la sentencia de condena y la pendencia del recurso interpuesto por la contraparte. Como se expresa en la Presentación del Anteproyecto de C.P.C.M., "se establece la ejecución provisional de forma casi automática, pues el órgano judicial debe despacharla salvo que la sentencia no sea condenatoria …". De modo que en la solicitud, no será necesario invocar ningún fundamento cautelar referido al potencial riesgo de inejecución de la sentencia por la demora de la segunda instancia.

5.11.5.3 Despacho de la ejecución provisional

Presentada la solicitud de ejecución provisional, el juez dictará auto de despacho de la ejecución, "si ésta fue solicitada en tiempo y se prestó la garantía fijada, en su caso" (art. 595).

El control judicial se limita a los requisitos previstos en los artículos 592 y 593. De modo el juez que deberá controlar en primer término, si la sentencia reúne los requisitos del artículo 592 para ser un título provisionalmente ejecutable: que se trate de una sentencia de condena, o de un pronunciamiento de condena contenido en una sentencia constitutiva o meramente declarativa; que no se trate de una condena a realizar una declaración de voluntad; que la sentencia haya sido dictada por un tribunal de la República en un proceso civil o mercantil, salvo que, tratándose de sentencia extranjera, el tratado internacional aplicable al caso

autorice la ejecución provisional; que esté pendiente un recurso interpuesto contra la sentencia, y que aún no haya sido resuelto. En segundo término, y si se hubiera exigido la prestación de garantía atendidas las circunstancias del caso, el juez deberá controlar la efectiva prestación de esa garantía previo a disponer el despacho de ejecución.

Si se cumplen los requisitos mencionados, dictará despacho de ejecución provisional, cuyo contenido dependerá de la modalidad de ejecución de que se trate según la prestación prevista en la condena (pagar una suma de dinero, hacer o no hacer algo, dar cosa determinada).

Contra el decreto que ordene la ejecución provisional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de la oposición que podrá formular el ejecutado. La resolución denegatoria de la ejecución provisional admitirá recurso de apelación.

5.11.5.4 Oposición a la ejecución provisional

El ejecutado podrá formular oposición a la ejecución provisional o a concretos actos de ejecución, en el plazo de cinco días contados desde el siguiente al de la notificación del despacho de la ejecución o de la concreta actividad ejecutiva.

La oposición podrá fundarse en el incumplimiento de los requisitos legales de la ejecución provisional. El ejecutado también podrá alegar, como motivo de oposición, "la extrema dificultad o la imposibilidad de devolver las cosas al estado en que se encontraban antes de las actuaciones ejecutivas, o pedir que se le asegure la indemnización si la sentencia fuera revocada". Aunque el artículo 596 no lo indique expresamente, también podrán invocarse los motivos de oposición previstos en el artículo 579 para la ejecución de sentencias firmes, como el pago o cumplimiento de la sentencia.

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 597, "si la condena fuera dineraria, 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 compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios. En este caso, el ejecutado deberá señalar, en el escrito de oposición, medidas alternativas que resulten posibles y no proveen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone".

Por otra parte, el ejecutado podrá solicitar la interrupción de la ejecución provisional de la condena dineraria, consignando el principal más los intereses y costas devengados o que se pudieran devengar hasta la firmeza de la sentencia, en cuyo caso el juez deberá detener la ejecución de acuerdo a lo previsto en el artículo 600.

5.11.5.5 Sustanciación y decisión sobre la oposición

Del escrito de oposición se dará audiencia al ejecutante, 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.

En la audiencia, las partes alegarán lo que consideren pertinente y practicarán la prueba que en el acto aporten y que el juez admita, debiéndose dictar a continuación la resolución que resulte procedente.

Los efectos de la decisión sobre la oposición, están previstos en el art. 599: si se desestima la oposición, continuará adelante la ejecución provisional; si se estima la oposición por estar indebidamente concedida la ejecución provisional, ésta se declarará improponible, con orden de archivar las actuaciones ejecutivas, levantándose todas las medidas adoptadas contra el patrimonio del ejecutado; si se estima la oposición por razones de fondo, se suspenderá la ejecución, manteniéndose las medidas tomadas sobre el patrimonio del ejecutado; si estima la oposición referida a una concreta actuación ejecutiva, se procederá conforme a la medida alternativa que acepte el juez, y si no se acepta la medida alternativa, el ejecutado deberá constituir garantía y la ejecución provisional seguirá adelante sin realizar la actuación concreta para la que hubo oposición.

La oposición por razones de fondo a la que alude el artículo 599, está referida a la causal prevista en el artículo 596 inciso 2º, que permite invocar como motivo de oposición "la extrema dificultad o la imposibilidad de devolver las cosas al estado en que se encontraban antes de las actuaciones ejecutivas, o pedir que se le asegure la indemnización si la sentencia fuera revocada"; lo que explica que si se estima la oposición, se suspenda la ejecución manteniéndose las medidas cautelares adoptadas.

5.11.6 Revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada

El carácter provisional de la ejecución determina que, si la sentencia ejecutada fuera finalmente revocada o casada, deba ponerse fin a la ejecución y adoptarse las medidas necesarias para hacer volver las cosas al estado anterior. Por el contrario, de confirmarse la sentencia provisionalmente ejecutada, se continuará con la actividad de ejecución ya iniciada.

A ello refieren los artículos 601 y siguientes del C.P.C.M. El art. 601 prevé la hipótesis de confirmación de la sentencia o resolución ejecutada provisionalmente, disponiendo que en ese caso "continuará adelante la actividad ejecutiva provisional, salvo en el caso de que la sentencia hubiera alcanzado firmeza por no haber recurso contra ella o cuando no se hubiese presentado el recurso en el plazo legal", y que "en ambos supuestos la ejecución continuará como definitiva."

El art. 602 refiere a la revocación total de la sentencia provisionalmente ejecutada, y dispone que en ese caso "se pondrá fin a la ejecución, y el juez deberá adoptar las medidas que sean procedentes para hacer volver las cosas al estado anterior, bien sea por la devolución que haga el ejecutante del dinero percibido, de la cosa o del bien que se le hubiera entregado; bien sea por la vía de deshacer lo hecho"; "si no fuera posible la devolución del bien o de la cosa, se sustituirá por su equivalente en dinero." La norma agrega que "la devolución alcanzará a los intereses, frutos o rentas. Asimismo se reintegrarán al ejecutado las costas ocasionadas y se le indemnizarán los daños y perjuicios." Resulta claro que la restitución no podrá afectar los derechos de terceros que hubieran adquirido bienes subastados durante la ejecución

provisional o mediante otra de las formas de realización de los bienes del ejecutado previstas en el Código; la norma comentada refiere a la devolución "que haga el ejecutante del dinero percibido, de la cosa o del bien que se le hubiere entregado", o a deshacer lo hecho (en clara alusión a la ejecución provisional de obligaciones de hacer), previendo asimismo la restitución del equivalente en caso de que no fuera posible la devolución del bien o de la cosa.

El supuesto de revocación parcial de la sentencia ejecutada provisionalmente, se encuentra previsto en el art. 603. En ese caso, si se trata de condena pecuniaria, "se devolverá sólo la diferencia entre lo que percibió el ejecutante y la cantidad a la que fue condenado en la sentencia que decidió el recurso", agregando la norma que "el ejecutante podrá oponerse a la devolución, prestando garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar al ejecutado."

5.12 LA EJECUCIÓN DINERARIA

Santiago Garderes

SUMARIO: I. Ámbito de aplicación. II. Procedimiento. III. Cumplimiento del ejecutado. IV. Determinación del patrimonio del ejecutado. V. Embargo. VI. Tercerías. 1. Tercería de dominio. 2. Tercería de preferencia de pago. VII. Realización y subasta de los bienes embargados.

5.12.1 Ámbito de aplicación.

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 604 del C.P.C.M., las disposiciones de la ejecución dineraria serán aplicables "a todos los reclamos derivados de la existencia de un título de ejecución cuando la obligación contenida en el mismo sea líquida", considerándose líquida "toda cantidad de dinero determinada, expresada en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles, prevaleciendo la que conste con letras si hubiera disconformidad".

La norma aclara que "al efecto de ordenar la ejecución, la cantidad que el ejecutante solicite por los intereses que se pudieran devengar durante la ejecución y por las costas que ésta origine no tendrá que ser líquida".

Se trata de la modalidad de ejecución que la doctrina clásica ha denominado expropiativa, por el sistema previsto para la satisfacción del interés del acreedor, que se concreta en la afectación de bienes del deudor mediante embargo, para su posterior remate y entrega del producido al acreedor hasta la completa satisfacción de su crédito, intereses y costas.

También podrá tramitarse la ejecución dineraria cuando, por los motivos previstos en los respectivos capítulos, no sea posible la ejecución in natura de las obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa determinada, en cuyo caso podrán ejecutarse por su equivalente dinerario.

El nuevo Código, inspirado en el sistema de ejecución de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, consagra un régimen moderno que amplía los instrumentos de tutela del acreedor, sin desmedro del derecho de defensa del ejecutado.

Como veremos, se establecen medios para la determinación del patrimonio del deudor, y se regula convenientemente el sistema de realización de los bienes embargados, que no se limita al remate.

Los presupuestos para tramitar la ejecución dineraria, resultan de lo dispuesto en el artículo 604, y se concretan en la existencia de un título de ejecución del que resulte la obligación de pagar una cantidad de dinero líquida y exigible, conceptos que la propia norma determina.

La obligación podrá resultar de cualquiera de los títulos previstos en el artículo 554, o bien de una sentencia de condena extranjera, siempre que en ese caso se hubiera tramitado su reconocimiento por el procedimiento previsto en el art. 556

Si la cantidad prevista en el título no fuera líquida, deberá procederse previamente a su liquidación con arreglo a lo previsto en los artículos 696 (liquidación de daños y perjuicios) o 697 (liquidación de frutos o rentas), a cuyo comentario remitimos. Una vez aprobada la liquidación, se continuará la ejecución de acuerdo con lo dispuesto para las obligaciones de pago de dinero.

La cantidad por la que se despacha la ejecución podrá ser ampliada en los supuestos previstos en los artículos 605 y siguientes, que aluden al vencimiento de un nuevo plazo de la obligación contenida en el título, lo que podrá determinar la ampliación de la ejecución hasta el importe de los nuevos vencimientos, lo que podrá pedirse en la solicitud de ejecución, o posteriormente.

5.12.2 Procedimiento

El procedimiento de la ejecución dineraria debe integrarse con las disposiciones generales de la ejecución forzosa, contenidas en los artículos 551 y siguientes, en particular, los artículos 570 referidos a la solicitud de ejecución y al procedimiento; con arreglo a las cuales, presentado el título y verificado el cumplimiento de los requisitos legales, se dictará despacho de ejecución con el contenido previsto en el artículo 576, notificándose al ejecutado, quien podrá formular oposición por los motivos previstos en el artículo 579 dentro del plazo de cinco días.

La solicitud de ejecución deberá efectuarse de acuerdo con lo previsto en el artículo 570, por medio de un escrito en el que deberá constar "la identificación suficiente de la persona contra la que se pretenda dicha ejecución, el título en que se funde, lo que se busca obtener y las actuaciones ejecutivas que se solicitan"; y en el caso de ejecución en dinero, "se deberá indicar la cantidad que se pretende, la cual podrá ser incrementada hasta en 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".

Como lo indica el artículo 571, "en la solicitud se podrá hacer mención de los bienes del ejecutado que podrían ser afectables por la ejecución, si fueran conocidos por el ejecutante; "si éste no conociera bienes o los que conociera no fuesen suficientes, tendrán derecho a solicitar del tribunal las medidas de localización de bienes previstas en este código", que son las reguladas en los artículos 612 y ss. La referencia a los bienes que podrá mencionar el ejecutante, se vincula con la solicitud de embargo, característica de la ejecución dineraria.

El contenido del despacho de ejecución resulta de lo dispuesto en el artículo 576, a cuyo comentario remitimos en el marco de las disposiciones generales de la ejecución forzosa. En la resolución se determinará con precisión la persona contra la que se dirige la ejecución, la cantidad por la que se sigue, las actuaciones que se ordenan, incluido el embargo de bienes, y las medidas de localización de elementos patrimoniales del deudor, aspecto al que haremos referencia más adelante.

La ejecución se decretará por la cantidad que indique el ejecutante en la solicitud, en concepto de principal e intereses vencidos hasta la fecha en que se presenta, de conformidad con lo previsto en el artículo 608; con la aclaración resultante del art. 605, que permite ampliar

la ejecución por vencimiento de nuevos plazos de la obligación. Comprenderá además 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 el primer inciso del artículo 608 (principal e intereses vencidos hasta la fecha de la solicitud), salvo que excepcionalmente se justifique una superior cuantía previsible, atendidas las circunstancias del caso. Como lo indica la norma citada, "la ejecución por estas cantidades se entiende sin perjuicio de la posterior liquidación".

Ese decreto (despacho de ejecución) será notificado al deudor con arreglo a lo dispuesto en el artículo 577: "el despacho de la ejecución, junto con una copia de la solicitud y de sus documentos, se notificará al ejecutado, sin citación ni emplazamiento, para que pueda comparecer en cualquier momento y se entiendan con él las sucesivas actuaciones". El deudor dispondrá de un plazo de cinco días siguientes al de la notificación del despacho de ejecución, para formular oposición.

La notificación del despacho de ejecución al deudor tiene los efectos previstos en el art. 578: supone la orden judicial que le impide disponer de sus bienes y derechos, limitarlos o gravarlos sin autorización judicial, lo que deberá asegurarse mediante la anotación en los registros públicos correspondientes, si a ello hubiere lugar. La norma aclara que una vez cumplida la obligación de manifestación de bienes suficientes (art. 611), se alzará la prohibición general de disponer; y en caso de no existir bienes suficientes, serán nulos todos los actos de disposición o renuncia efectuados por el ejecutado desde el momento en que se solicite el inicio de la ejecución.

Vencido el plazo previsto para la oposición, la ejecución continuará con arreglo a lo dispuesto en el capítulo séptimo, sobre realización y subasta de los bienes embargados. Si el deudor formula oposición, se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 580 y ss., sin suspensión de las actuaciones. Los motivos de oposición se encuentran previstos en el artículo 579, admitiéndose asimismo la alegación de defectos procesales.

La competencia para la ejecución forzosa se rige por las reglas generales (art. 561), conforme a las cuales será competente para la ejecución de la sentencias el juez que la hubiese dictado en primera instancia; si el título fuera un acuerdo o transacción, será competente para su ejecución el juez de primera instancia que conociera del proceso en el que se hubiera producido el acuerdo o transacción; tratándose de un laudo arbitral, la competencia para su ejecución corresponderá al juez de primera instancia que debió conocer de la controversia si no hubiera habido arbitraje.

5.12.3 Cumplimiento del ejecutado.

La ejecución forzada presupone la negativa o resistencia del deudor al cumplimiento voluntario de la obligación contenida en el título de ejecución; de modo que siempre podrá evitarse la ejecución si el deudor paga el importe adeudado, lo que podrá hacer en cualquier momento, "poniendo a disposición del acreedor el total de las cantidades adeudadas, mediante consignación de las mismas en el tribunal, que deberá extender comprobante al deudor; y, tras

la liquidación de las costas, se dará por cerrada la ejecución" (art. 609). El deudor también podrá allanarse sin más al pago de la suma debida tras recibir la notificación de la ejecución, procediéndose en la forma ya indicada.

En principio, serán de cargo del ejecutado las costas de la ejecución, salvo si acredita un impedimento por causa que no le sea imputable.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 610, "cuando la consignación sea total, no se admitirá al respecto insatisfacción alguna proveniente del acreedor", en cuyo caso el juez admitirá la consignación y remitirá a la cuenta de Fondos Ajenos en Custodia la cantidad de dinero de que se trate, quedando de plano extinguida la obligación. "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".

5.12.4 Determinación del patrimonio del ejecutado.

Como resulta del artículo 571, en la solicitud de ejecución se podrán solicitar medidas de localización de bienes, si el ejecutante no conociera bienes o los que conociera no fuesen suficientes. Esas medidas de localización de bienes son las previstas en los artículos 612 y ss. del C.P.C.M., y constituyen una solución conveniente e innovadora que procura asegurar la eficacia de la ejecución.

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 611, "el juez exigirá al ejecutado que presente, en el plazo de cinco días, 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 será efectuado "con el apercibimiento de que, si no lo hace o lo hace falsamente, incurrirá en las sanciones a que hubiere lugar por la desobediencia a mandato judicial."

La averiguación de bienes está regulada en el artículo 612, que dispone lo siguiente: "Si, instalada la ejecución, no se tuviere conocimiento de la existencia de bienes suficientes en poder del ejecutado, el juez podrá dirigirse a los registros públicos pertinentes a fin de que faciliten la relación de todos los bienes o derechos del ejecutado, de los que se tuviera constancia. También se podrá pedir que se solicite informe de los saldos de cuentas y depósitos que pudiera tener el ejecutado en entidades financieras, hasta el límite de la cantidad objeto de ejecución. Lo anterior será aplicable cuando la averiguación que pudiera efectuar el acreedor ejecutante hubiese resultado infructuosa."

Aunque la norma no lo aclare, consideramos que las potestades de averiguación de bienes del ejecutado podrán ser ejercidas a solicitud de parte interesada (ejecutante), y no de oficio por el juez; manteniendo de esa forma la solución de principio, también aplicable a la ejecución forzosa, que exige la iniciativa de parte, sin perjuicio del impulso de oficio referido al trámite de la ejecución.

La eficacia de las medidas de averiguación de bienes, se complementa con el deber de colaboración consagrado en el artículo 613, referido a las personas y entidades a las que se

dirija el juez en aplicación del artículo 612, que están obligadas a prestar su colaboración y a entregarle cuantos documentos y datos tengan en su poder, respetándose en todo caso los derechos fundamentales y los límites que expresamente impongan las leyes. La norma agrega que "el juez podrá imponer multas periódicas a las personas y entidades que no presten la colaboración que el tribunal les demande con arreglo al inciso anterior, en cantidades que oscilen entre cinco y diez salarios mínimos, urbanos vigentes más altos, las que graduará según sea el valor en litigio, sin perjuicio de informar al respecto a las entidades contraloras." Se establece además, que si el tribunal recibiese datos ajenos a los fines de la ejecución, adoptará las medidas necesarias para garantizar su confidencialidad.

La insuficiencia de bienes del ejecutado podrá determinar el archivo provisional de la ejecución, una vez agotados razonablemente los medios de averiguación, hasta que se conozcan otros bienes del ejecutado. La resolución que declara la insuficiencia de bienes y sus ulteriores modificaciones se anotará en los registros públicos pertinentes, con el efecto previsto en el artículo 578.

5.12.5 Embargo

Los artículos 615 y siguientes regulan el embargo como medida de afectación de bienes a la ejecución. Como vimos al comentar el procedimiento de la ejecución dineraria, en la solicitud el ejecutante podrá hacer mención de los bienes del ejecutado que podrían ser afectables por la ejecución, solicitando el embargo correspondiente; si no conociera bienes o los que conociera no fuesen suficientes, podrá solicitar del tribunal las medidas de localización de bienes previstas en el Código, a las que ya se ha hecho referencia. Los actos materiales de ejecución, que se concretan finalmente en las formas de realización y/o subasta de los bienes embargados previstas en los arts. 646 y ss., presuponen la afectación material de esos bienes mediante el embargo.

El embargo puede definirse, siguiendo la doctrina clásica, como "la afectación, por orden judicial, de uno o varios bienes del deudor, o presunto deudor, al pago del crédito sobre que versa la ejecución de un crédito que se reclama o ha de ser reclamado en un proceso de conocimiento."[407]

En cuanto a sus efectos, puede señalarse que "el embargo produce, en primer lugar, el de individualizar e inmovilizar uno o más bienes del deudor, asegurando que el importe resultante de su eventual realización se destine a la satisfacción del derecho del acreedor. Pero el bien o bienes continúan siendo de propiedad del deudor hasta el momento de su realización, aunque aquél se halla impedido de ejecutar actos que impliquen disminuir la garantía que tales bienes representan."[408]

407 Cfe. Palacio, Lino E., "Manual de Derecho Procesal Civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 15ª edición, ps. 672 y ss.

408 Palacio, Lino E., "Manual de Derecho Procesal Civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 15ª edición, ps. 672 y ss.

El principal efecto del embargo, consiste en la inoponibilidad al acreedor embargante, de los actos de disposición posteriores que realice el ejecutado sobre los bienes embargados.

En cuanto a los presupuestos objetivos del embargo, suelen mencionarse los siguientes: a) la existencia de un bien en sentido restringido; b) que ese bien sea enajenable; y c) que ese bien sea embargable.[409]

El art. 615 del C.P.C.M. establece la regla general en materia de ejecución dineraria, al disponer que "despachada la ejecución, se procederá al embargo de bienes por medio de la oportuna declaración judicial que lo acuerde". El ejecutado podrá consignar la cantidad debida, en cuyo caso se suspenderá el embargo. La norma también regula los efectos de la oposición del ejecutado respecto de la consignación efectuada, en los siguiente términos: "Si el ejecutado formulare oposición, la cantidad consignada se depositará en la cuenta de Fondos Ajenos en Custodia. Si no la formulare, la cantidad consignada para evitar el embargo se entregará al ejecutante sin perjuicio de la posterior liquidación de intereses y costas."

Consideramos oportuno advertir, aunque pueda resultar obvio, que el embargo debe cumplirse antes de la notificación del despacho de ejecución al ejecutado, para evitar su frustración; aunque la norma no es clara en este punto, como tampoco lo es el artículo 577 al regular la notificación del despacho de ejecución en el marco de las disposiciones generales de la ejecución forzosa. En todo caso, y aunque el artículo 615 establezca como efecto de la consignación la suspensión del embargo, no puede concluirse que la medida de embargo deba notificarse al ejecutado previo a su cumplimiento para posibilitar esa consignación, por las razones ya indicadas; lo que no obsta a que el deudor comparezca en la ejecución consignando la cantidad debida, previo a la ejecución del embargo, o que, una vez consignada esa suma, se deje sin efecto el embargo siguiéndose lo previsto en el art. 615. Podrá también efectuar esa consignación y evitar el remate, en el marco del procedimiento previsto para la determinación de los bienes del ejecutado.

Los efectos del embargo están previstos en el art. 616, con arreglo al cual, "decretado el embargo, los bienes a que se refiera quedarán afectos a la ejecución", y "no surtirá efecto alguno en perjuicio del ejecutante, ni de los responsables solidarios o subsidiarios del ejecutado, la disposición a título gratuito o la renuncia que de los bienes o derechos embargados haga el ejecutado durante la permanencia del embargo." Tales efectos se aseguran mediante el sistema de ejecución de embargos, que se regula de acuerdo a los diversos tipos de embargo previstos en el Código. La referencia debe complementarse con lo dispuesto en el artículo 578 sobre los efectos de la notificación del despacho de ejecución al ejecutado, cuando no existieran bienes suficientes: "El inicio de la ejecución, notificado al deudor, supone la orden judicial que le impide disponer de sus bienes y derechos, limitarlos o gravarlos sin autorización judicial; y esto deberá asegurarse mediante la anotación en los registros públicos correspondientes, si a ello hubiere lugar. Cumplida la obligación de manifestación de bienes suficientes, se alzará la prohibición general de disponer. De no existir

409 Cfe., entre otros, Valentín, Gabriel, "Un estudio sobre las inembargabilidades en el derecho procesal uruguayo", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 2/2000, ps. 327 y ss.

bienes suficientes, serán nulos todos los actos de disposición o renuncia efectuados por el ejecutado desde el momento en que se solicite el inicio de la ejecución."

El artículo 619 regula la extensión del embargo, disponiendo que el embargo de una cosa o derecho comprende el de todos sus accesorios, pertenencias y frutos, aunque no hayan sido expresamente mencionados o descritos. En cuanto a los límites del embargo, se establece 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."

El embargo se hará por medio de un ejecutor de embargos, como delegado del juez y con la autoridad conferida por éste, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 617. Tratándose del embargo sobre salarios o sobre bienes inscritos en cualquier oficina o registro público, podrá trabarse mediante oficio librado por el juez a tales efectos (art. 618).

El art. 620 consagra la nulidad del embargo indeterminado, referido a bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste. Aunque aclara que podrán embargarse "los depósitos bancarios y los saldos favorables que arrojaren las cuentas abiertas en entidades de crédito, siempre que, en razón del título ejecutivo, se determine una cantidad como límite máximo."

Los bienes inembargables están previstos en los artículos 621 y 622. La inembargabilidad constituye una excepción a la regla conforme a la cual todos los bienes del deudor son la garantía común de sus acreedores. Como se ha expresado en relación al marco normativo uruguayo, "cualquier bien del deudor, en principio, puede ser afectado formalmente a una venta judicial; de modo que puede sostenerse que en nuestro régimen jurídico vigente el principio es la embargabilidad de todos los bienes del deudor, salvo excepción expresa. Este principio es afirmado en general por la doctrina y de él se deduce que, siendo la embargabilidad el principio, toda disposición que declare la inembargabilidad de un bien (negando así la regla señalada) debe interpretarse de modo restrictivo, justamente por tratarse de una norma excepcional.

Este punto está vinculado a otro principio que se enuncia diciendo que la inembargabilidad debe estar establecida por ley. En efecto, siendo que el principio de la embargabilidad, como no podía ser de otro modo, está establecido en un texto de rango legal, solo otra ley puede negar aquella regla para un supuesto particular."[410]

Analizando los fundamentos de la inembargabilidad en el sistema procesal uruguayo, el citado autor menciona algunos que resultan aplicables al marco normativo del C.P.C.M., como el relativo al destino alimentario de ciertos bienes, razones de humanidad, destino económico de algunos bienes y protección del trabajo individual, entre otros.

Analizando las disposiciones del C.P.C.M., con arreglo a lo dispuesto en el art. 621 son inembargables los siguientes bienes:

410 Cfe. Valentín, Gabriel, ob. y ps. cit.

"1°. Los bienes y derechos declarados inalienables, así como los que carezcan de contenido patrimonial. Se podrán embargar, no obstante, los accesorios alienables con independencia del principal."

"2°. Los bienes y cantidades expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal o por Tratado Internacional."

"3°. El mobiliario de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia." En otras legislaciones se limita la inembargabilidad, excluyéndola respecto de "bienes suntuarios de alto valor" que puedan encontrarse en la casa del ejecutado (por ejemplo, el C.G.P. uruguayo).

"4°. Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado." Se preserva con esta disposición, el destino económico asignado a esos bienes, y el derecho fundamental al trabajo.

"5°. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten indispensables para que el ejecutado y las personas que de él dependen puedan atender a su subsistencia con razonable dignidad."

El fundamento alimentario de la inembargabilidad resulta evidente en esta disposición, debiendo quedar al prudente arbitrio judicial la determinación de los bienes necesarios para atender con razonable diginidad a la subsistencia del ejecutado y de aquellos que de él dependan.

"6°. Los destinados al culto de las confesiones religiosas legalmente establecidas."

"7°. Los que por su naturaleza, a criterio del juez, sean de valor inferior al de los gastos necesarios para su realización." Elementales razones de economía tornan conveniente esta solución, teniendo presente que el embargo no se justifica en sí mismo sino en vistas a su posterior realización para satisfacción del crédito del ejecutante.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 622, también es inembargable "el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, en cuanto no exceda de dos salarios mínimos, urbanos vigentes".

Aunque la norma estaría referida a salarios y pensiones, la inclusión de las "retribuciones" sin otro aditamento o calificación, puede arrojar dudas en relación a la eventual inembargabilidad de la contraprestación que perciba el ejecutado por servicios prestados fuera de la relación de dependencia, como los que brinda un profesional universitario en esa calidad.

La inembargabilidad del salario se complementa con la siguiente referencia: "Sobre las cantidades percibidas en tales conceptos que excedan de dicha cuantía se podrá trabar embargo de acuerdo con la siguiente proporción:

- un cinco por ciento para la primera cuantía adicional hasta que suponga el importe del doble del salario mínimo;

- un diez por ciento para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo;

- un quince por ciento para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo;

- un veinte por ciento para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo;

- un veinticinco por ciento para las cantidades que excedan de esta suma."

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 623, "son nulos de pleno derecho los embargos de bienes inembargables y aquellos que excedan los límites fijados en este código, aunque se realicen con el consentimiento del afectado."

El orden de bienes para el embargo resulta de lo dispuesto en el art. 624: "cuando hubiera bienes hipotecados o empeñados, se procederá contra ellos antes que contra los que no lo estuvieran; pero si el deudor presentara otros bienes y el acreedor se conforma se trabará en éstos el embargo." La norma autoriza el embargo de otros bienes, siempre que, a juicio del ejecutor de embargos, no alcanzaren los bienes hipotecados. Fuera del supuesto referido (bienes hipotecados o empeñados), no se establece el orden para el embargo de otros bienes, como sí lo establecen otros códigos, señalándose a vía de ejemplo el orden legal previsto para el embargo de bienes en el Código Modelo para Iberoamérica, que también adopta el C.G.P. uruguayo: "bienes muebles, inmuebles, créditos y genérico en derechos y acciones".

En lo sucesivo, el Código regula con precisión el procedimiento de embargo de acuerdo a los bienes afectados, refiriéndose al embargo de cuentas, créditos, sueldos, salarios u otras remuneraciones (art. 626), títulos, valores o instrumentos financieros (art. 627), intereses, rentas y frutos (art. 628), bienes muebles (art. 629), inmuebles (art. 632), embargo de empresas y administración judicial (art. 633).

En relación al embargo de bienes muebles, se regula con detalle el depósito de los bienes embargados, debiéndose determinar la entidad o persona encargada del depósito, "teniendo en cuenta la naturaleza del bien y su productividad", pudiéndose designar depositario al ejecutado o a un tercero de responsabilidad y solvencia, a lo que se agrega que "cuando se trate de objetos de especial valor o que necesiten cuidados especiales, el depósito se realizará en la entidad pública o privada acreditada que resulte más conveniente".

Los deberes del depositario están previstos en el artículo 631: debe custodiar y conservar los bienes con la debida diligencia, exhibirlos en las condiciones que se le indiquen y entregarlos a la persona que el juez designe. La norma agrega que "cuando el ejecutado fuere nombrado depositario, podrá autorizársele el uso de lo embargado que no sea incompatible con su

conservación, así como su sustitución si lo exige la naturaleza de las cosas o la actividad empresarial, pero sus frutos o rentas quedarán afectos a la ejecución."

El embargo de inmuebles y otros bienes inscribibles, deberá ser inscripto por el ejecutor de embargos, con arreglo a lo dispuesto en el art. 632.

El embargo de empresas regula con precisión los cometidos del interventor que nombrará el tribunal con cargo a la caja, asignándose funciones de vigilancia de la contabilidad de la empresa y de su giro habitual, de las inversiones de fondos, supervisión del cobro de deudas a favor de la empresa, así como velar porque la empresa embargada continúe con la explotación del giro que tuviere encomendado. La norma establece que "en caso de que el interventor notare abuso o malversación en la administración de dichos bienes dará aviso al juez y al ejecutante, pudiendo el primero decretar el depósito y retención de los productos líquidos en un banco o en poder de quien estime conveniente sin perjuicio de informar a la Fiscalía General de la República."

Finalmente, el artículo 634 regula la mejora y reducción del embargo, "cuando el cambio en las circunstancias haga dudar de la suficiencia de los bienes afectos a la ejecución, o cuando el monto embargado exceda de lo necesario para hacer frente a la obligación, o cuando las circunstancias del embargo puedan cambiar sin riesgo para el éxito de la ejecución."

5.12.6 Tercerías

La intervención de terceros en la ejecución forzosa, prevista con carácter general en el art. 567, se concreta en relación a la ejecución dineraria con la referencia a la tercería de dominio y a la tercería de preferencia de pago.

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 567, "podrán intervenir en la ejecución, para la defensa de sus derechos e intereses, aquellos cuyos bienes o derechos hubieran resultado afectables por la ejecución, aún cuando no sean parte ejecutante ni ejecutada conforme a este código", disponiendo la norma citada que "la intervención alcanzará al ejercicio de todos los derechos y posibilidades que conceda el ordenamiento jurídico para la mencionada defensa, quedando sujetos los que la ejerzan a las obligaciones y cargas que aquél determine."

Como se explica en un estudio sobre la intervención de terceros en la ejecución forzosa, "el fenómeno de las tercerías se produce cuando en un proceso determinado se incorporan personas distintas a las partes originarias (actora y demandada) en defensa de un interés propio, de algún modo conexo con el objeto del litigio. En los procesos de ejecución o ejecutivos, la tercería implica que además del ejecutante y del ejecutado (partes originarias) intervendrá en el proceso un tercero, quien adquirirá también la calidad de parte, para la defensa de un concreto interés que le es propio y que se encuentra vinculado al debatido en el proceso principal que siguen el actor y el demandado."[411]

411 Cfe. Simón, Luis María, "La intervención de terceros en los procesos de ejecución y ejecutivos", en "Estudios sobre el proceso de ejecución. En homenaje a Enrique E. Tarigo", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo,

Analizando específicamente las tercerías de dominio y de mejor derecho (como se denomina en la legislación uruguaya a la tercería de preferencia de pago), señala el citado estudio que esas tercerías "resultan ser subespecies de la tercería voluntaria excluyente porque la situación procesal del tercero es de oposición tanto al ejecutante como al ejecutado, aunque no refiere al objeto principal (crédito en ejecución) sino al objeto de la ejecución (un bien determinado o el producto del remate).

Justamente la particularidad de estas tercerías radica en que no pretenden discutir la existencia o no del crédito del ejecutante contra el ejecutado (objeto principal) sino que plantean un objeto conexo, dando lugar técnicamente a un incidente, relativo a la aptitud o no de un determinado bien para ser embargado y rematado en esa concreta ejecución (tercería de dominio), o al orden en que ha de distribuirse el producto líquido del remate, con respecto al cual el tercerista sostiene que debe satisfacerse su crédito antes que el del ejecutante (tercería de mejor derecho)."

5.12.6.1 Tercería de dominio

La tercería de dominio está regulada en los artículos 636 y siguientes del nuevo Código. Podrá interponerla quien afirme ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado, siempre que no lo hubiera adquirido de éste una vez trabado el embargo. Como lo indica la norma, "también podrán interponer tercerías para el alzamiento del embargo quienes sean titulares de derechos que, por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa de uno o más bienes embargados como pertenecientes al ejecutado."

Esta tercería procede en la modalidad de ejecución que estamos analizando (ejecución dineraria), puesto que presupone el embargo de un bien para satisfacción del crédito del ejecutante; no obstante, en otras modalidades de ejecución se prevé la posibilidad del embargo de bienes del ejecutado (por ejemplo, como medida de garantía en la ejecución de obligaciones de hacer, art. 676), lo que permite afirmar la admisibilidad de esta tercería siempre que en la ejecución se hubiera embargado un bien cuya propiedad alegue el tercerista.

Como hemos señalado, la finalidad de la tercería de dominio se concreta en el alzamiento del embargo trabado sobre los bienes cuyo dominio alega el tercerista, procurando con ello su exclusión como objeto de la ejecución.

En ese sentido, la jurisprudencia uruguaya ha tenido ocasión de analizar el alcance de la tercería, en supuestos en los que no se logra acreditar el dominio pero se prueba que el bien embargado no pertenece al ejecutado.

"En ocasiones, aunque la tercería no pueda prosperar como tal, actúa a título de denuncia de la falta de un presupuesto para la ejecución, demostrando que los bienes sometidos a la misma no son propiedad del ejecutado. Es decir, el tercero no logra acreditar que los bienes son de su propiedad, pero sí alcanza a probar (negativamente) que tales bienes tampoco son propiedad

2006, ps. 69 y ss.

del ejecutado, hipótesis en la que el Oficio judicial debe relevar la ausencia de ese presupuesto para la ejecución, que opera como condición esencial del proceso de ejecución forzada, que reclama, entre otros requisitos, la existencia de un patrimonio ejecutable del deudor …"[412]

Comentando dicho fallo, se afirma que "a pesar de su nombre, la tercería de dominio, más que probar la propiedad del tercerista (que es su objeto inicial) tiene por finalidad obtener el levantamiento del embargo y exclusión de un determinado bien de la ejecución, lo cual puede ser alcanzado aún cuando no se acredite aquel dominio, siempre que se justifique que tampoco pertenece al ejecutado."[413] Insistiendo en esas ideas, cita otro fallo en el que se precisa que: "La tercería de dominio, en caso de recaer sentencia estimatoria, sólo rinde la emisión de un proveimiento de exclusión; y esto significa que un determinado bien queda excluido como objeto de la ejecución y que la decisión no juzga ni prejuzga sobre la definitiva titularidad dominial de la especie interdicta".[414]

Como veremos, la tercería de dominio en el C.P.C.M. presenta características similares, limitándose su objeto a decidir sobre "la continuidad o el alzamiento del embargo que hubiera recaído en el bien al que se refiere la tercería" (art. 640), aclarando el art. 641 que el auto que decida la tercería "no causará efecto de cosa juzgada", en alusión a la posibilidad de debatir en el proceso que corresponda, al margen de la ejecución forzosa, la titularidad dominial del bien. Al tiempo que, en caso de que se desestime la tercería, se ordenará que continúe el embargo sobre el bien (art. 641), lo que reafirma que la finalidad de la tercería de dominio se limita a determinar si corresponde excluir el bien como objeto de la ejecución.

La tercería de dominio deberá interponerse en forma de demanda, ante el mismo juez que esté conociendo del proceso. La oportunidad para plantearla resulta de lo dispuesto en el artículo 637: desde que se hubiera trabado embargo en el bien o en los bienes a que se refiera, hasta la entrega del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta.

La norma establece un requisito probatorio para admitir la demanda de tercería de dominio, al disponer que "con la demanda deberá aportarse un principio de prueba del fundamento de la pretensión del tercerista", y agrega: "Si a la demanda de tercería de dominio no se acompaña el principio de prueba exigido, se prevendrá al tercerista por una sola vez, y por el plazo de tres días, para que se subsane dicha omisión; si no lo hiciera, se rechazará la demanda."

Considero que deberá actuarse con cautela al momento de verificar el principio de prueba aportado, adoptando un criterio propicio a la admisión de la tercería, asegurando de esa forma el acceso a la justicia en un ámbito que puede determinar la afectación de los derechos del tercerista.

412 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º turno (Uruguay), sentencia publicada en la Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 2/1990, caso 591 p. 310; referida por Simón, Luis M., en ob. cit., ps. 84 y 85.

413 Simón, Luis M., ob. cit., p. 85.

414 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º turno (Uruguay), sentencia publicada en R.U.D.P. Nº 1/1991, caso 666, p. 169; transcripta por Simón, Luis M., en ob. cit., p. 85.

El artículo 638 prohíbe el planteo de segunda o ulterior tercería sobre los mismos bienes, fundada en títulos o derechos que poseyera el que la interponga al tiempo de formular la primera; se procura evitar de esa forma, la utilización abusiva de la tercería, con fines dilatorios.

La tercería de dominio, una vez admitida la demanda, determina la suspensión de la ejecución exclusivamente respecto del bien al que se refiera (art. 639). Aunque la norma dispone que "el juez, previa audiencia de las partes, podrá condicionar la admisión de la demanda de tercería a que el tercerista preste caución por los daños y perjuicios que pudiera producir al acreedor ejecutante." Tal exigencia debe manejarse con prudencia, a fin de evitar que se transforme en un obstáculo insalvable para la admisión de la tercería, en supuestos en los que el tercerista no posea capacidad económica para prestar la caución, o cuando su derecho resulte verosímil a partir del principio de prueba aportado con la demanda.

La demanda de tercería se presentará contra el acreedor ejecutante y contra el deudor ejecutado.

El procedimiento de la tercería de dominio está regulado en el artículo 640, que remite a la vía del proceso común, procedimiento que brinda plenas garantías de defensa y prueba. En otros sistemas, como el previsto en el Código Modelo, la tercería de dominio se tramita por vía incidental, procurando una mayor agilidad en su trámite.

Como vimos al comentar el objeto de la tercería, el auto que la decida no causará efecto de cosa juzgada (art. 641); de modo que las partes podrán plantear en el proceso que corresponda, las pretensiones y defensas de que se consideren asistidos en relación a la titularidad dominial del bien en cuestión. En ese sentido, la decisión que adopte el juez en el marco de la tercería de dominio, acerca de la propiedad del bien embargado, tiene por exclusiva finalidad determinar si debe mantenerse el embargo o disponerse su alzamiento, por lo que la cuestión relativa al dominio se juzga *incidenter tantum*, a esos solos efectos.

La parte final del artículo comentado así lo confirma, al disponer que "en caso de que se desestime la tercería se ordenará que continúe el embargo sobre el bien", sin otro efecto. En caso de estimarse la tercería, se ordenará el alzamiento de la traba y la remoción del depósito, así como la cancelación de la anotación preventiva y de cualquier otra medida de garantía del embargo sobre el bien al que se refiera la tercería (art. 642).

No se aclara en el capítulo comentado, si la resolución que decide la tercería de dominio admite apelación; aunque por la remisión al proceso común, podría concluirse en la admisión del recurso, teniendo presente además que, aunque la tercería de dominio plantea una cuestión conexa con la principal (ejecución), el tercerista no tiene un interés específico en el objeto principal, por lo que su interés se concreta y limita al ámbito específico de la tercería. La ley refiere al auto por el que decide la tercería, señalando sus efectos sobre la ejecución; de modo que no lo califica como sentencia, aunque puede entenderse que le pone fin al proceso en cuestión (tercería), en cuyo caso estaría comprendido en las previsiones sobre apelabilidad.

5.12.6.2 Tercería de preferencia de pago

La tercería de preferencia de pago, regulada en los artículos 643 y ss., se funda en el derecho a ser reintegrado de su crédito con preferencia sobre el acreedor ejecutante.

A diferencia de la tercería de dominio, en este caso el tercerista no pretende la exclusión del bien embargado como objeto de la ejecución, sino que pretende cobrar con preferencia al acreedor ejecutante.

Esta tercería deberá deducirse ante el juez que esté conociendo de la ejecución, y se sustanciará con el ejecutante y el ejecutado, por los trámites del proceso común.

No tiene efecto suspensivo sobre la ejecución, que deberá continuarse hasta la realización de los bienes o derechos embargados, depositándose el importe resultante, hasta el límite de la cuantía discutida, en la Cuenta de Fondos Ajenos en Custodia.

Al igual que en el régimen de la tercería de dominio, el tercerista de pago deberá acompañar a su demanda un principio de prueba del derecho alegado, sin el cual la demanda será rechazada (art. 644).

Este tipo de tercería no podrá deducirse después de realizado el pago al acreedor ejecutante, en cuyo caso será rechazada; tampoco podrá plantearse después de la entrega del bien al ejecutante, siempre que éste ya hubiera adquirido su titularidad conforme al derecho civil.

Como lo establece el artículo 644, "el proceso se limitará a decidir sobre la existencia del privilegio y el orden de satisfacción de los distintos créditos, sin prejuzgar otras acciones que pudieran ejercitarse".

El art. 645 prevé el supuesto de allanamiento del ejecutante, cuando el crédito del tercerista conste en título ejecutivo, en cuyo caso se dictará, sin más trámites, auto que ordene seguir adelante la ejecución, para satisfacer en primer lugar al tercerista.

Cuando el crédito del tercerista no conste en título ejecutivo, se estará a la actitud que adopte el ejecutado, a quien se le dará traslado del escrito de allanamiento: si, dentro del plazo de cinco días siguientes al de la notificación del traslado, el ejecutado expresa su conformidad con el allanamiento del ejecutante o deja transcurrir el plazo sin expresar su disconformidad, se procederá en la forma ya indicada, ordenándose seguir adelante la ejecución para satisfacer en primer lugar al tercerista; si, por el contrario, el ejecutado se opone al allanamiento, se tendrá por allanado al ejecutante, mandando seguir la tercería con el ejecutado.

Puede ocurrir que, notificado de la demanda del tercerista, el ejecutante desista de la ejecución; en ese caso, se ordenará seguir adelante la ejecución para satisfacción del tercerista, siempre que su crédito conste en título ejecutivo; si no fuera así, se sobreseerá en el proceso de ejecución, salvo que el ejecutado se mostrare de acuerdo en que prosiga para satisfacer el crédito del tercerista.

5.12.7 Realización y subasta de los bienes embargados.

El capítulo séptimo se dedica a la regulación de la realización y subasta de los bienes embargados, etapa que presupone la firmeza del despacho de ejecución, por falta de oportuna oposición del ejecutado o por resolución firme desestimatoria de la oposición oportunamente formulada.

Las características más salientes del sistema de realización de bienes previsto en el C.P.C.M., reside en la eficacia que procura mediante la implementación de diversas alternativas que no se limitan al remate judicial, a tal punto que la subasta asume carácter residual, cuando no hubiera sido posible acordar otro medio de realización de los bienes. La fijación de una audiencia para la realización de los bienes, contribuye a la economía de la ejecución, que habrá de redundar en beneficio de ambas partes.

Tratándose de dinero, saldos en depósito, bienes o valores que sean aceptados por el ejecutante en su valor nominal o divisas convertibles, se establece un sistema de realización inmediata, mediante entrega al acreedor previo recibo. El artículo 646 aclara que "las acciones, obligaciones y otras formas de participación societaria se realizarán mediante enajenación en el correspondiente mercado, o conforme a las normas que sean de aplicación si no son cotizables en el mercado."

El art. 647 regula el procedimiento de valúo de los bienes embargados, de prioritaria relevancia en el marco de la realización y subasta de esos bienes, como veremos. El valúo se realizará por medio de perito nombrado por el Juez, a cuyos efectos se nombrará un perito tasador que demuestre conocimientos técnicos en la materia. Se prevén mecanismos de control de la imparcialidad del perito, que podrá ser recusado por las partes. El perito dispone de un plazo de cinco días, extensible por un nuevo plazo de diez días si concurren circunstancias justificadas, para entregar al tribunal la tasación. La norma no prevé la eventual oposición o impugnación de las partes a la tasación o justiprecio fijado por el perito, lo que, teniendo en cuenta la relevancia que asume dicho valúo en el sistema de ejecución forzosa, puede representar una solución inconveniente.

El art. 648 faculta al ejecutado para presentar un interesado en adquirir total o parcialmente el o los bienes embargados, por el valor de tasación, en lo que denomina "enajenación previa de bienes".

Como hemos adelantado, el nuevo Código prevé la convocatoria a una audiencia para la realización de los bienes. El art. 649 dispone que, una vez presentada la tasación de los bienes, "se citará, a instancia de cualquiera de ellos, a las partes y a los terceros que tengan derechos sobre los bienes por liquidar a una audiencia que tendrá por objeto decidir la mejor forma de realización de dichos bienes." La mención de los terceros alude al tercerista que alega preferencia en el cobro, ya que el tercerista de dominio formula una pretensión incompatible con la realización de los bienes embargados, al tiempo que, de regla, la tercería de dominio suspende la ejecución hasta su decisión, con lo que difícilmente se avanzaría en la fase de realización si no se ha resuelto aún la tercería.

Con arreglo a la norma citada, la audiencia para la realización de los bienes, se llevará a cabo aunque no concurran todos los citados en forma, si al menos estuvieran presentes el ejecutante y el ejecutado. En cuanto al contenido del posible acuerdo de realización, se establece que "los concurrentes podrán proponer en la audiencia el procedimiento de realización y sus condiciones, y presentar en el acto personas que, con la debida fianza, se ofrezcan a adquirir los bienes por el justiprecio."

Los artículos 651, 652 y 653 prevén distintas vías de realización de los bienes, mediante acuerdo de las partes o por iniciativa de una de ellas. En ese sentido, las partes podrán acordar un convenio de realización (art. 651), a cuyos efectos la audiencia representa un instrumento propicio para el acuerdo; en ese caso, si hay acuerdo entre ejecutante y ejecutado sobre la forma de realización, la aprobará el juez salvo que sea contraria a la ley o que cause perjuicios a terceros, señalando –en caso de aprobación- un plazo máximo para proceder a la misma, quedando suspendida entre tanto la ejecución. En caso de incumplimiento del convenio, se procederá a la subasta del bien. El artículo 652 prevé la realización por el ejecutado a su solicitud, sobre lo que decidirá el juez previa audiencia del ejecutante, fijándole un plazo máximo para la realización en caso de admitir el pedido. Otra de las vías de realización que podrán acordar las partes, consiste en la delegación, encomendando la realización de los bienes a persona idónea designada al efecto, con los requisitos previstos en el artículo 653.

Por otra parte, y conforme lo dispone el artículo 654, "el ejecutante tendrá en todo momento derecho de adjudicarse o de adquirir los bienes por la cantidad del justiprecio", extinguiéndose en ese caso el crédito del ejecutante hasta el límite del valor del bien.

También se prevé la entrega de bienes en administración, a solicitud del ejecutante que podrá formular en cualquier momento de la ejecución. El juez deberá acordarla, 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. Se establece en ese caso, el deber del ejecutante de rendir cuentas de la administración con la periodicidad que fije el juez, y el derecho del ejecutado de oponerse a la liquidación presentada, en el plazo de seis días contados desde que se le comuniquen las cuentas, resolviéndose la controversia en una audiencia en la que las partes podrán valerse de las pruebas pertinentes.

Cuando exista riesgo de pérdida o depreciación de los bienes embargados, el artículo 650 dispone que podrá ordenarse en cualquier momento su realización sin ajustarse estrictamente a los procedimientos establecidos en el Código, así como la variación de plazos o de las restantes condiciones; reflejando con ello una adecuada flexibilidad, que requiere no obstante de una ponderada intervención judicial a fin de preservar las garantías inherentes a la ejecución.

Los artículos 656 y siguientes regulan la subasta judicial, como vía residual de realización de los bienes, que será dispuesta por el juez "cuando no puedan aplicarse o cuando hubieran resultado ineficaces los demás procedimientos disponibles". Se regula de forma conveniente

lo atinente a la publicidad por medio de edictos (art. 656), los requisitos para participar en la subasta (art. 657), las condiciones de la subasta y los requisitos del oferente (art. 658), así como las condiciones especiales de la subasta de inmuebles, referidas a la certificación registral actualizada que estará disponible para consulta de los interesados en el juzgado (art. 659). La audiencia de subasta está regulada en el artículo 660, y será presidida por el juez, levantándose acta a su término donde deberán constar los nombres de los que participaron y las posturas que formularon.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 658, para tomar parte en la subasta los oferentes deberán declarar que conocen las condiciones generales y particulares de la misma; de modo que no podrán luego alegar defectos de titulación que pudieron conocer con anterioridad a la subasta. En ese sentido, consideramos conveniente la norma contenida en el C.G.P. uruguayo, que dispone que "no podrá resistirse el comprador a escriturar, alegando defectos de titulación anteriores al remate", y "quien se presentare al remate e hiciere postura, se supone que acepta el título" (CGP, art. 390).

El auto de aprobación del remate está regulado en el artículo 661, y deberá dictarse en el mismo día o en el siguiente. La norma prevé el plazo para el pago del total de la postura a cargo del rematante (diez días), así como la previa liquidación del crédito cuando el mejor postor fuera el ejecutante, así como las consecuencias de la falta de pago en el plazo señalado.

El artículo 662 prevé el supuestos de posturas que ofrezcan pagar a plazos o no alcance el 70% del valor del bien, en cuyo caso el ejecutante podrá pedir en los cinco días siguientes la adjudicación de los bienes por el valor tasado.

A falta de postores en la subasta, podrá el ejecutante pedir la adjudicación de los bienes por el valor tasado (art. 663).

El procedimiento de distribución y pago de la suma debida, se encuentra regulado en el artículo 664, que indica el orden de imputación de las cantidades obtenidas, las que se aplicarán, por su orden, "al pago del principal, intereses y costas, una vez liquidados aquéllos y tasadas éstas", poniéndose el resto, si lo hubiere, a disposición del deudor.

La norma aclara que si hay terceros con derecho preferente, "se les pagará en el orden debido, conforme a las disposiciones del Código Civil y leyes pertinentes." Aunque el art. 664 no lo indique expresamente, deberá procederse a la liquidación del crédito del ejecutado, intereses, costas y costos, previo a la distribución y pago.

El capítulo octavo contiene normas especiales sobre realización de inmuebles, relativas a la certificación de dominio y cargas (art. 665), valoración de inmuebles para subasta (art. 666), situación de arrendatarios y ocupantes de hecho (art. 670), terceros poseedores (art. 671), entre otros aspectos de interés.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 665, "cuando el objeto de la subasta sea un bien susceptible de inscripción en un registro público, el tribunal librará mandamiento al registro

de que se trate para que le remita certificaciones en la que conste la titularidad del dominio sobre el bien así como los derechos reales que lo afectan y las cargas que lo graven, en su caso".

Las reglas de valoración no presentan particularidades en materia de inmuebles, disponiendo el artículo 666 que "los bienes inmuebles saldrán a subasta por el justiprecio tasado".

Se consagran soluciones adecuadas para obtener información actualizada en relación a eventuales titulares de derechos anteriores preferentes, mediante requerimiento judicial de informes a solicitud del ejecutante (art. 668). Del mismo modo, se establece la comunicación judicial de la existencia de la ejecución, a los titulares de derechos inscritos con posterioridad al del ejecutante (art. 669), agregando la norma 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."

Se prevé asimismo la notificación de la ejecución a los ocupantes del inmueble embargado que no fueran el ejecutado o los que con él conviven, para que en el plazo de cinco días presenten al tribunal los títulos que justifiquen su situación (art. 670). La norma procura reunir información sobre la situación posesoria del inmueble, que se dará a conocer en el anuncio de la subasta; el anuncio 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. Todo lo cual favorece la seguridad jurídica que debe rodear a la subasta. La norma aclara que la 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".

Complementando esa disposición, el artículo 674 establece el derecho del adquirente a entrar en posesión del inmueble que no se hallare ocupado, y agrega que, si estuviere ocupado, podrá entrara en posesión del inmueble si se hubiera declarado que los ocupantes no tienen derecho a mantener la ocupación tras el remate o la adjudicación, procediéndose en ese caso al lanzamiento.

Para finalizar, el juez deberá expedir, a instancia del adquirente, mandamiento de cancelación de la inscripción del gravamen que originó el remate o la adjudicación, así como todas las inscripciones o anotaciones posteriores, con las constancias previstas en el artículo 673.

5.13 LA EJECUCIÓN DE HACER, NO HACER Y DAR COSA DETERMINADA

Santiago Garderes

SUMARIO: I. Introducción. II. Ejecución de obligaciones de hacer. 1. Obligaciones de hacer no personalísimas. 2. Obligaciones de hacer personalísimas. 3. Obligaciones de efectuar declaraciones de voluntad. III. Ejecución de obligaciones de no hacer. IV. Ejecución de obligaciones de dar no dinerarias. V. Liquidación de cantidades.

5.13.1 Introducción

El título cuarto se destina a la regulación de la ejecución forzosa de obligaciones de hacer, no hacer y dar cosa determinada, comprendiendo los artículos 675 a 699.

Se trata de una modalidad especial de ejecución, mediante la cual se procura obtener el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos (ejecución in natura); la diferencia respecto de la ejecución dineraria radica en el contenido de la obligación, que en este caso no refiere al pago de una suma de dinero, sino a una prestación que podrá consistir en hacer, no hacer algo o dar cosa determinada (distinta del dinero).

Esa variante en el contenido de la obligación, unida al derecho de todo acreedor a obtener el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos, determina que, tratándose de obligaciones de hacer, no hacer y dar cosa determinada, no resulte idóneo, en principio, el sistema de ejecución basado en el embargo y realización de los bienes del ejecutado, característico de la ejecución dineraria.

En este caso, será necesario establecer mecanismos que procuren, en primer término, obtener el concurso de la voluntad del ejecutado para el cumplimiento de la prestación debida, en sus propios términos; y sólo a falta o imposibilidad de ejecución en esos términos, se procederá a la ejecución por equivalente, que seguirá el procedimiento de la ejecución dineraria.

La ejecución de hacer, no hacer o dar cosa determinada, presenta los mismos presupuestos y requisitos ya mencionados en el capítulo destinado a las disposiciones generales de la ejecución forzosa, que se concretan en la existencia de un título de ejecución forzosa, de aquellos previstos en el artículo 554 (y en el art. 555, tratándose de títulos extranjeros), y la iniciativa de la parte ejecutante, sin la cual no podrá disponerse ninguna medida de ejecución.

En relación a la sentencia como título de ejecución, debe tratarse de una sentencia de condena, o de una prestación de condena contenida en una sentencia constitutiva o meramente declarativa.

Para proceder a su ejecución, la sentencia debe estar firme, aunque -como vimos en el capítulo respectivo- podrá solicitarse la ejecución provisional de la sentencia recurrida, también en el caso de que condene a hacer, no hacer o dar cosa determinada.

El procedimiento de la ejecución varía de acuerdo con el contenido de la obligación, como veremos al comentar las distintas modalidades de ejecución. Sin embargo, resultan de aplicación las disposiciones generales sobre la ejecución forzosa, en cuanto regulan el despacho de ejecución, la notificación al ejecutado, la eventual oposición del ejecutado y la eventual suspensión de la ejecución, a cuyo comentario remitimos. En especial, debe tenerse presente que rige en estos procesos el **derecho de defensa** del ejecutado, en los términos previstos en el capítulo de disposiciones generales de la ejecución forzosa, artículos 579 y ss..

El título destinado a regular estas ejecuciones, se divide en cuatro capítulos, referidos sucesivamente a la ejecución de obligaciones de hacer, obligaciones de no hacer, obligaciones de dar no dinerarias, y liquidación de cantidades.

5.13.2 Ejecución de obligaciones de hacer

El capítulo referido a las obligaciones de hacer, se divide en tres secciones: la primera, destinada a regular la ejecución de obligaciones de hacer no personalísimas, la segunda referida a obligaciones de hacer personalísimas, y la tercera a las obligaciones de efectuar declaraciones de voluntad.

5.13.2.1 Obligaciones de hacer no personalísimas.

Las obligaciones de hacer no personalísimas, también denominadas fungibles, admiten ser cumplidas por un tercero en caso de resistencia del obligado. Se distinguen de las obligaciones de hacer personalísimas, en las que la prestación sólo puede realizarse por el obligado, teniendo en cuenta las características de esa prestación.

La naturaleza del hacer determinará las opciones de ejecución, pero –como se advierte en un estudio sobre el tema- "en último término, dependerá del ejecutante evaluar las posibilidades en uno u otro sentido, según la vía de ejecución por la que opte, ya que el poder realizar o no la obra por un tercero tiene un fuerte ingrediente subjetivo y por lo demás, el ejecutante difícilmente admitirá imponer coactivamente al ejecutado realizar, por ejemplo, una obra artística en contra de su libre voluntad."[415]

Como ejemplos recurrentes de obligaciones de hacer no personalísimas, puede citarse la obligación de levantar o demoler un muro, pintar o efectuar refacciones en una casa. En esos casos, parece claro que a falta de cumplimiento del obligado, la prestación podría cumplirse por un tercero.

La ejecución deberá solicitarse por la parte acreedora, siguiendo los términos previstos en las disposiciones generales sobre la solicitud de la ejecución (arts. 570 y ss.). Admitida la solicitud,

415 Cfe. Teitelbaum, Jaime, "Proceso de ejecución y vía de apremio", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Nº 4/1995, p. 528; González, Ma. Eugenia, "Ejecución de dar, hacer y no hacer", en "Estudios sobre el proceso de ejecución. En homenaje a Enrique E. Tarigo", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, ps. 240 y ss.

si el obligado no cumple la prestación, "se le requerirá para que lo haga en sus propios términos con lo que el título establezca, dentro del plazo que el juez estime necesario según la naturaleza de la obligación y las circunstancias del caso", que no podrá exceder de quince días (art. 675), aclarando.

La admisión de la solicitud de ejecución, debe vincularse con lo previsto para el despacho de ejecución en las disposiciones generales de la ejecución forzosa (art. 576), y deberá notificarse al ejecutado a fin de posibilitar su defensa, en los términos previstos en el artículo 579. De modo que, sin perjuicio del plazo previsto en el despacho de ejecución para el cumplimiento de la obligación, el ejecutado dispone de un plazo de un plazo de cinco días siguientes al de la notificación, para formular oposición por los motivos previstos en el artículo 579.

El artículo 676 prevé la posibilidad de adoptar medidas de garantía a solicitud del ejecutante, "cuando no pudiera tener inmediato cumplimiento la obligación que se pretenda ejecutar y la demora pudiese poner en peligro su efectividad". La norma aclara que "si se acuerda el embargo, deberá recaer 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 pudiera resultar", y se alzará si el ejecutado presta caución suficiente. El embargo cumple en este caso, una función de coerción, a fin de obtener el concurso del obligado para el cumplimiento de la prestación, y una función de garantía para asegurar la eventual ejecución por equivalente.

La falta de cumplimiento del obligado, dentro del plazo señalado, o la contravención inicial o posterior al tenor de la obligación, faculta al ejecutante a optar entre la realización por un tercero, a costa del ejecutado, o solicitar que el costo de lo ordenado se abone como daños y perjuicios (art. 677). Se establece, no obstante, que si el título contiene una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor, se estará a lo dispuesto en él.

La opción por la realización por un tercero está regulada en el artículo 678, que contempla la valoración del coste de la misma mediante el presupuesto presentado por el ejecutante o por una pericia ordenada por el juez; y el embargo y realización de bienes del ejecutado hasta obtener la cantidad que se determine, lo que -agregamos- se efectuará a través del procedimiento previsto para la ejecución dineraria, una vez liquidados los perjuicios. El ejecutante designará a la persona que habrá de encargarse de la ejecución, la cual será nombrada por el juez.

La opción por el resarcimiento de daños y perjuicios está regulada en el artículo 679, que remite al procedimiento de liquidación de cantidades regulado en el artículo 696.

5.13.2.2 Obligaciones de hacer personalísimas.

Tratándose de obligaciones de hacer personalísimas, también denominadas infungibles, el procedimiento de ejecución incluye, además de las opciones ya mencionadas para las obligaciones de hacer no personalísimo, la eventual solicitud de medidas de apremio (multa).

Como en toda ejecución, el ejecutante deberá presentar la correspondiente solicitud cumpliendo con los requisitos generales previstos en los artículos 570 y ss. Admitida la solicitud, se requerirá al ejecutado para que, dentro del plazo que el juez estime necesario de acuerdo con la naturaleza de la obligación y con las circunstancias del caso, que no podrá exceder de quince días, cumpla en sus propios términos lo que el título establezca, advirtiéndose en el requerimiento que si no procede a darle cumplimiento a la prestación se adoptarán los oportunos apremios y multas.

Cabe reiterar lo expuesto en relación a las obligaciones de hacer no personalísimo, en cuanto a la eventual oposición que podrá formular el ejecutado dentro del plazo de cinco días siguientes al de la notificación del despacho de ejecución, de acuerdo con lo previsto en las disposiciones generales sobre la ejecución forzosa (art. 579), también aplicables a esta modalidad de ejecución.

Sin perjuicio de las alegaciones que pueda formular el ejecutado en esta modalidad de ejecución, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 682, a lo que haremos referencia a continuación.

El artículo 681 contempla la posibilidad de adoptar, a solicitud del ejecutante, medidas de garantía para asegurar el cumplimiento de la obligación, en términos análogos a los previstos para la ejecución de obligaciones de hacer no personalísimo.

El ejecutado podrá manifestar ante el tribunal, dentro del plazo concedido para cumplir el requerimiento, los motivos de su negativa al cumplimiento, "haciendo alegación de lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida" (art. 682).

El juez resolverá acerca del carácter personalísimo de la obligación, y si considera que no reviste esa naturaleza, la ejecución proseguirá por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, conforme a lo dispuesto para la liquidación de cantidades en el artículo 696. Consideramos que, al decidir acerca de este punto, el juez deberá tener en cuenta como pauta interpretativa, la preferencia legislativa por la ejecución específica, que es la que mejor asegura el derecho a la ejecución.

Como hemos señalado, esas alegaciones que puede realizar el ejecutado dentro del plazo previsto para el cumplimiento, serán sin perjuicio de la eventual oposición que puede formular dentro del plazo de cinco días desde la notificación del requerimiento o despacho de ejecución, cuyo régimen se encuentra previsto en el artículo 579 y que podrá estar referida, por ejemplo, al cumplimiento de la obligación, a la falta de requisitos del título, a la prescripción de la pretensión de ejecución, etc.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 683, "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 en la entrega de un equivalente en dinero, que incluya la reparación de daños y perjuicios, o seguir hasta obtener el cumplimiento".

La ejecución por equivalente está regulada en el artículo 684, debiéndose en ese caso cuantificar el monto de conformidad con lo previsto para la liquidación de cantidades en el artículo 696, siguiéndose en lo sucesivo el procedimiento de la ejecución dineraria; la norma dispone que el juez impondrá, además, una multa al ejecutado.

Si el ejecutante opta por la ejecución específica de la obligación, se impondrá al ejecutado una multa por cada mes que demore en cumplir la obligación, que podrá ascender al 20% del precio o de la contraprestación insatisfecha o del valor que se atribuya generalmente a la obligación. De persistir en el incumplimiento, transcurrido un año 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."

5.13.2.3 Obligaciones de efectuar declaraciones de voluntad.

La sección tercera se destina a regular la ejecución de obligaciones de efectuar declaraciones de voluntad. La variante en el procedimiento resulta, naturalmente, del contenido de la prestación cuyo cumplimiento se reclama, generalmente referido al otorgamiento de un contrato o acto jurídico.

La ejecución se concreta en este caso, al requerimiento judicial de cumplimiento mediante la emisión de la declaración de voluntad debida, dentro del plazo que el juez señale, que no podrá exceder de quince días. Desde una perspectiva sistemática, ese requerimiento constituye el despacho de ejecución, por lo que a partir de su notificación el ejecutado dispondrá de un plazo de cinco días para formular oposición de acuerdo con lo previsto en el artículo 579.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 687, "si el obligado desatendiera 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 "la resolución judicial tendrá plena validez y eficacia como si hubiera sido hecha por el ejecutado."

En otro caso, si faltasen elementos no esenciales del acto o contrato sobre el que debe recaer la declaración de voluntar, el juez los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración. Si la indeterminación afectase a elementos esenciales del acto o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, 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.

5.13.3 Ejecución de obligaciones de no hacer.

Esta modalidad de ejecución forzosa supone que el ejecutado, incumpliendo la obligación contenida en el título, haga algo prohibido; por lo que la ejecución tendrá por finalidad, deshacer lo hecho en contravención del título, si ello fuere posible, o proceder a la reparación de los daños y perjuicios en caso contrario (ejecución por equivalente).

Si fuera posible deshacer lo hecho en contravención de la obligación, así se le ordenará al ejecutado, a solicitud del ejecutante, ordenándose además que se abstenga de hacerlo de nuevo, con advertencia de que podría incurrir en delito de desobediencia. Se deberán reparar, además, los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación, que se liquidarán según lo dispuesto para la liquidación de cantidades en el artículo 696. El artículo 688 no indica el plazo del requerimiento, aunque se infiere del artículo 689 que el ejecutado deberá proceder a deshacer lo hecho en contravención, en forma inmediata.

La orden de deshacer lo hecho en contravención de la obligación, constituye el despacho de la ejecución, reiterando en ese sentido lo expuesto al comentar las anteriores modalidades de ejecución, en cuanto al derecho del ejecutado de formular oposición dentro del plazo de cinco días de notificado, por los motivos previstos en el artículo 579.

Notificada la orden, puede ocurrir que el ejecutado la cumpla, procediendo a deshacer lo hecho en contravención, en cuyo caso la ejecución carecerá en lo sucesivo de objeto, salvo en lo relativo a la reparación de los perjuicios causados al ejecutante. Si, por el contrario, el ejecutado no cumple con lo ordenado en forma inmediata, corresponderá determinar si aún es posible proceder a deshacer lo hecho en contravención de la obligación: si fuera posible, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 689, que prevé la imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacer lo hecho; si no fuera posible deshacer lo hecho, se sustituirá la obligación por la reparación de los daños y perjuicios causados al ejecutante (art. 690), que se liquidarán por el procedimiento previsto para la liquidación de cantidades (art. 696).

Finalmente, el artículo 691 prevé que ante la reiteración del quebrantamiento de la obligación, se procederá en los mismos términos ya referidos, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal que pueda resultar de tal conducta.

5.13.4 Ejecución de obligaciones de dar no dinerarias

El capítulo tercero se destina a regular la ejecución de obligaciones de dar no dinerarias, que consisten, como lo indica la expresión, en una prestación de entregar algo distinto del dinero.

Los presupuestos y requisitos de esta ejecución son los previstos en las disposiciones generales sobre ejecución forzosa, con la particularidad del contenido de la obligación, en los términos ya expuestos.

El procedimiento podrá presentar particularidades en relación al bien que deba ser entregado en cumplimiento de la obligación contenida en el título; en ese sentido, se regula la obligación de entrega de cosas genéricas o indeterminadas (art. 692), la obligación de entrega de cosas muebles determinadas (art. 693), y la obligación de entrega de inmuebles (arts. 694 y 695).

El despacho de ejecución contendrá en este caso, la orden de entrega del bien debido, si el ejecutante no opta por la ejecución dineraria por equivalente; y será notificada al deudor, que -aunque la norma no lo aclare en este capítulo- podrá formular oposición dentro del plazo

de cinco días, de acuerdo con lo previsto en el artículo 579, aplicable a todas las especies de ejecución.

Tratándose de cosas genéricas o indeterminadas, el ejecutante podrá optar entre pedir que se le ponga en posesión de las cosas debidas, o proceder a la ejecución por el equivalente dinerario de su valor o el pago de los daños y perjuicios causados.

Si la obligación consiste en entregas cosas muebles determinadas, "el juez, a solicitud del ejecutante, pondrá a éste en posesión de la que se deba, para lo cual empleará los medios que considere necesarios. En su caso, se ordenará la inscripción de la transferencia en los registros públicos correspondientes, sin necesidad de intervención del obligado." El juez está facultado para utilizar los medios de investigación que declare pertinentes, si se desconociera el lugar donde estuviere la cosa o no se encontrare la misma.

Finalmente, si la cosa no pudiera ser habida, se sustituirá su entrega por la reparación de los daños y perjuicios. Debe apuntarse que, sin perjuicio de la opción final por la reparación de los perjuicios, debe preferirse siempre la ejecución específica de la obligación, por lo que deberán agotarse los medios disponibles para obtener la entrega del bien debido, previo a disponer la sustitución por la ejecución dineraria.

Si la obligación consiste en la entrega de un inmueble, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 694: admitida la solicitud, el juez ordenará que se ponga en posesión del mismo al ejecutante, con las oportunas adecuaciones registrales, extendiéndose diligencia con las constancias previstas en dicha norma.

Si el inmueble estuviera ocupado por personas que no dependen del ejecutado, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 695: se les notificará la existencia de la ejecución para que en el plazo de diez días presenten en el juzgado los títulos que justifiquen su ocupación, procediéndose de inmediato al lanzamiento si carecieran de título o si éste fuera insuficiente, al igual que si el inmueble estuviera ocupado por el ejecutado o por quienes de él dependan. Se previene en el citado artículo, que si el inmueble fuera la vivienda habitual del ejecutado se le dará un plazo de un mes para desalojarlo, procediéndose al inmediato lanzamiento una vez vencido dicho plazo.

5.13.5 Liquidación de cantidades

Para finalizar, se hará referencia al procedimiento de liquidación de cantidades, regulado en los artículos 696 y ss.

La liquidación de cantidades constituye, en esencia, una actividad típicamente cognitiva, necesaria y previa a la ejecución propiamente dicha; puesto que, para proceder a la ejecución dineraria, es preciso que la obligación sea líquida.

El régimen prevé un procedimiento para la liquidación de daños y perjuicios, que se aplica también a la determinación del equivalente dinerario de una obligación no dineraria (de

hacer, no hacer o dar algo), y otro procedimiento para la liquidación de la cantidad debida por frutos, aplicable también a la obligación de rendir cuentas.

Corresponde aclarar que este proceso de liquidación de cantidades, se aplica únicamente a los supuestos en que deba procederse a determinar en la ejecución, la cantidad debida por daños y perjuicios o frutos; no se trata, pues, de un proceso aplicable a la determinación de esas cantidades en procesos declarativos, que corresponden al ámbito del proceso abreviado (art. 241).

La liquidación de daños y perjuicios en la ejecución, se formula de acuerdo con lo previsto en el artículo 696: el ejecutante presentará la solicitud acompañada de una relación detallada que incluya el importe y las justificaciones o informes que considere pertinentes; se dará audiencia al obligado por un plazo de seis días; si el deudor acepta expresamente la liquidación, el juez la aprobará, continuándose la ejecución por el procedimiento previsto para ejecución dineraria; se entenderá que existe aceptación tácita si el deudor no contesta en plazo o no concreta su oposición a la liquidación; si el deudor formula oposición motivada en el plazo legal, 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 debida. No se aclara si ese auto admite recurso de apelación, aunque la referencia a la finalización del proceso por medio de "auto" y su continuación por el procedimiento de la ejecución dineraria puede fundar la conclusión contraria a esa posibilidad.

Si hubiere de procederse a determinar en la ejecución, la cantidad debida en concepto de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, se requerirá al deudor para que, dentro del plazo de diez días, presente la liquidación, de conformidad con las bases contenidas en el título. Si el deudor presenta la liquidación, y oído el acreedor se mostrara conforme con la liquidación, el juez la aprobará continuándose la ejecución de acuerdo con lo dispuesto para las obligaciones de pago de dinero. Si el acreedor se opone 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. A falta de presentación de la liquidación por el deudor, se requerirá al acreedor para que la presente, dándose audiencia de ella al ejecutado, prosiguiendo las actuaciones por los trámites del proceso abreviado.

Para finalizar, el artículo 699 regula la ejecución de la condena a rendir cuentas de una administración, que se regirá por lo dispuesto para la liquidación por frutos.

LIBRO SEXTO

DISPOSICIONES FINALES

Oscar Antonio Canales Cisco

SUMARIO: 1. ACTUALIZACIÓN DE CUANTÍAS. 2. DE LAS MULTAS. 3. DEROGATORIAS. 4. DISPOSICIÓN TRANSITORIA.

6.1 ACTUALIZACIÓN DE CUANTÍAS

La nueva legislación procesal civil y mercantil no podía quedar relegada en el sistema de actualización de cuantías, como ha sucedido a la fecha en otros cuerpos normativos, entre estos el recién derogado C.P.C./1882, que una vez se aprobaba la norma procesal que regulaba cuantía; la misma quedaba petrificada en el tiempo, así se llegó al problema de coexistir en el ordenamiento jurídico cuantías no acordes con la realidad económica nacional, siendo en determinados casos hasta risibles.

Puntualmente, esas cantidades fijadas en el C.P.C. contaban con efectos múltiples, como el determinar la elección del tipo de proceso, la competencia judicial objetiva y el recurso judicial a interponer. De ahí la importancia de contar con un sistema legal de cuantías acorde con las necesidades económicas de los tiempos.

Actualmente con la entrada en vigencia del C.P.C.M., el establecimiento del sistema de cuantía aún posee un alto nivel de importancia, aunque sólo quedo para los efectos de determinar la competencia judicial y la elección del tipo de procesos declarativos a promover. Así tenemos, que en su oportunidad se dijo que, al utilizar como criterio la cuantía, la línea divisoria entre el proceso abreviado y el proceso común, quedó fijada en la cantidad de veinticinco mil colones o su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América, de acuerdo a lo documentado en los arts. 239, 240 y 241 C.P.C.M.

Ahora se comprende la existencia de una cláusula que dispusiera la necesidad de actualizar cada cinco años todas las cuantías establecidas en el código, previo informe de la Corte Suprema de Justicia, según el art. 700 C.P.C.M. Lamentablemente, la redacción de la norma citada posee una voluntad sugestiva, no imperativa.

6.2 DE LAS MULTAS

Para la imposición de las multas o denominadas también como penas pecuniarias a consecuencia de la comisión de faltas, exceso o por contravenir a lo ordenado en el código, en el art. 701 se propone un procedimiento aplicable en tales situaciones. Ejemplos de multas son variados, para una mejor ilustración se citan los supuestos siguientes: A toda persona o autoridad por negarse a colaborar con la justicia, art. 12; por afirmación falsa de la parte en ignorar la dirección del demandado, art. 186 inciso 5º; El incumplimiento al mandato judicial

de exhibir los documentos que se encuentren en poder de las partes, art. 336 inciso 1º; La no comparecencia injustificada del testigo y perito judicial a la audiencia respectiva, arts. 362 y 388; y, El incumplimiento del plazo para dictar sentencia, art. 417 inciso 2º, entre otros.

Basta con los supuestos arriba enunciados para tener claro la existencia de las multas hacia cualquier persona o sujeto procesal. No basta describir la conducta reprochable y sancionable pecuniariamente, además se implementa un procedimiento judicial para la imposición de las multas, el cual permita la gradualidad de las mismas y permitir al supuesto infractor el derecho a la defensa.

El procedimiento de imposición de multas pecuniarias del código se estructura dependiendo de quién sea el infractor, distinguiendo por un lado, a las partes, autoridades y sujetos procesales; por otro, el procedimiento aplicable a los funcionarios; aunque en esencia se distingue únicamente por el tribunal competente, según el art. 701 C.P.C.M. Veamos la estructura procedimental de la siguiente manera:

a) Audiencia al supuesto infractor por el término de cuarenta y ocho horas, para que justifique su conducta infractora.

b) Vencido el plazo con la contestación o sin ella, el juez o tribunal, ante quién se cometió la infracción se pronunciará sobre la imposición o no la multa pecuniaria.

c) La certificación de lo actuado constituirá título ejecutivo.

Las variantes del procedimiento anterior, como se dijo, se tratan cuando el infractor es un funcionario judicial, estas consistente en que cualquiera de las partes podrá dirigirse al tribunal superior e grado, para que aplique el procedimiento anterior.

Finalmente, en caso de confirmarse la conducta infractora del funcionario, la multa se hará efectiva por el sistema de retensión, mediante el descuento aplicado al salario por la oficina de pagaduría respectiva.

6.3 DEROGATORIAS

La vigencia del nuevo C.P.C.M., deja fuera del ordenamiento jurídico salvadoreño una cantidad considerable de normas procesales. En primer lugar, se identifica como normas derogadas expresamente el Código de Procedimientos Civiles vigente de 1882; La Ley de Procedimientos Mercantiles de 1973; las normas procesales de la Ley de Inquilinato de 1958 y sus reformas posteriores. Con la anterior legislación no existe mayor dificultad sobre inaplicabilidad por derogación expresa al ser claramente identificadas.

La aparente dificultad puede generarse en la derogatoria tácita de cuerpos normativos referidos a las materias que regula el nuevo código. Esta labor interpretativa descansará sobre las espaldas de la comunidad jurídica al verse en la necesidad de poner sobre la mesa para cuestionar la vigencia o no de cierta ley procesal.

Junto a la norma general de derogatoria contenida en el art. 705.C.P.C.M., se pueden acompañar otras disposiciones del mismo cuerpo normativo que pueden ser de utilidad al intérprete al brindarle algunos criterios orientadores, entre estas:

a) El ámbito material de aplicación del código, en el art. 17 inciso 2º, nos brinda la solución en cuanto a las diligencias judiciales no contenciosas –diligencias de jurisdicción voluntaria- en caso de no existir procedimientos se aplicarán las disposiciones del proceso abreviado, en lo que fueren aplicables.

b) En una infinidad de leyes especiales que contienen normas procesales que para aplicar procedimientos aislados para decidir controversias de los derechos y obligaciones remiten al C.P.C. derogado. Para resolver el inconveniente se dispone de la aplicación supletoria del código según el art. 20.

c) Cuando en leyes especiales ya no se tienen verdaderas estructuras procesales para resolver sus conflictos; en virtud de haberse derogado con la vigencia del nuevo código; siendo lo más usual la remisión de la ley especial a la utilización del juicio sumario derogado. Para este problema se cuenta con lo dispuesto en el art. 239 C.P.C.M.

6.4 DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Por esencia las disposiciones transitorias reconocen la coexistencia de aplicación de leyes derogadas con leyes vigentes, tal es el caso del C.P.C./1882, coexiste junto al C.P.C.M./2010.

De ninguna manera debe entenderse que a partir de la vigencia de una nueva ley procesal se aplicará a los procesos judiciales iniciados con anterioridad, todo lo contrario, aquellos procesos contenciosos, procedimientos varios y diligencias judiciales no contenciosas se les continuará aplicando la ley procesal derogada con la cual comenzaron a tramitarse hasta su conclusión, de acuerdo al art. 706 C.P.C.M. A esta institución procesal se le identifica como el efecto ulterior de la ley procesal.

El criterio especifico para determinar cuándo se aplicará la nueva ley procesal depende de la fecha de interposición de la demanda, solicitud o requerimiento ante el juzgado competente, de ninguna manera se tomará en cuenta para los efectos procesales comentados el momento en que se dio el incumplimiento que generó el conflicto, es decir que la aplicación de la nueva ley procesal no depende de los efectos de las relaciones jurídicas sustantivas.

Para concluir estos comentarios, es conveniente precisar que se entiende por "la conclusión de los procesos con la normativa que iniciaron", el cual generalmente es bajo el imperio del Código de Procedimientos Civiles. La expresión antes citad y utilizada por el art. 706 C.P.C.M. Aquí se incluye no sólo hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva, sino hasta el agotamiento de los recursos judiciales que procedan contra la resolución de acuerdo al tipo de juicio, o bien hasta que la decisión quede firme por dejar transcurrir los plazos de impugnación.

LIBRO SEPTIMO

ANEXOS

7.1 TABLA DE CONCORDANCIAS

Oscar Antonio Canales Cisco

Advertencias

En cada institución aparece escrito el número que corresponde a la normativa del Código Procesal Civil y Mercantil/2010 y el siguiente número corresponde a la normativa proveniente del Código de Procedimientos Civiles/1882.

Los términos que aparecen escritos en el listado que se ofrece a continuación son propios del Código Procesal Civil y Mercantil/2010, los cuales poseen concordancia con el Código de Procedimientos Civiles/1882.

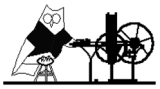
Se omiten una serie de términos en el listado que se ofrece a continuación debido a que una cantidad significativa que aparecen en el Código Procesal Civil y Mercantil/2010, no poseen un elemento común en el derogado Código de Procedimientos Civiles/1882.

Institución	Disposiciones CPCM/2010	Disposiciones CPC/1882
Abstención.	Art. 52, 57	Art. 1182
Acto de conciliación.	Art. 246	Art. 164
Acumulación de procesos.	Art. 105	Art. 544
Admisión de la demanda ejecutiva.	Art. 460	Art. 594
Allanamiento a la demanda.	Art. 131	Art. 230
Anticipo de prueba.	Art. 326	Art. 162
Aportación de los escritos iníciales.	Art. 288	Art. 202 y 234
Caducidad de la Instancia.	Art. 133	Art. 471-A
Capacidad procesal.	Art. 59-65	Art. 16
Carácter de las normas sobre procedimiento adecuado.	Art. 244	Art. 1260
Carga de la prueba.	Art. 321	Art. 237
Certificación de expedientes.	Art. 166	Art. 1239-1240
Cese de la representación.	Art. 73	Art. 118-121
Clases de resoluciones.	Art. 212	Art. 418
Comisiones procesales.	Art. 141	Art. 27
Competencia de grado.	Art. 39	Art. 49
Competencia de grado cuando sea parte el Estado.	Art. 39	Art. 49

Competencia en el acto de conciliación.	Art. 246	Art. 166
Competencia territorial.	Art. 33-35	Art. 35-44
Cómputo de plazos.	Art. 145	Art. 212
Conflicto de competencia.	Art. 47	Art. 1201
Congruencia de la sentencia.	Art. 218	Art. 421
Constancia de recepción de escritos.	Art. 161	Art. 1249
Contenido del acta de reconocimiento judicial.	Art. 395	Art. 369
Contestación a la demanda.	Art. 284	Art. 224
Convalidación del acto viciado.	Art. 236	Art. 1124
Cooperación judicial internacional.	Art. 149	Art. 261
Copias de escritos e instrumentos.	Art. 162	Art. 195
Costas procesales.	Art. 271	Art. 439
De las multas.	Art. 701	Art. 1268
Deberes del procurador.	Art. 71	Art. 115
Decisión sobre la infracción procesal en sentencia de apelación.	Art. 516	Art. 1095
Decisión sobre los hechos probados y sobre el derecho.	Art. 517	Art. 1092
Declaración de parte.	Art. 244	Art. 371
Declaratoria de nulidad en recurso.	Art. 238	Art. 1095
Declinatoria.	Art. 42	Art. 130
Defectos de capacidad, representación o postulación.	Art. 300	Art. 1273-1274
Deliberación de sentencia.	Art. 219	Art. 1068
Demanda.	Art. 276	Art. 193
Deserción de la apelación.	Art. 518	Art. 1033
Desistimiento de la instancia.	Art. 130	Art. 464
Desistimiento de los recursos.	Art. 501	Art. 464
Días y horas hábiles.	Art. 142	Art. 1277
Dictamen de perito.	Art. 386	Art. 363
Diligencia preliminares.	Art. 255	Art. 134
Diligenciamiento de emplazamiento.	Art. 183	Art. 210
Efecto suspensivo de la apelación.	Art. 509	Art. 983
Efectos de abstención y recusación.	Art. 56	Art. 1173
Eficacia de la sentencia del procesos ejecutivo.	Art. 470	Art. 599
Eficacia de los autos simples.	Art. 228	Art. 426
Eficacia de los decretos.	Art. 227	Art. 425
Ejecución contra el Estado.	Art. 590	Art. 450
Ejecución forzosa.	Art. 551	Art. 450
Embargo preventivo.	Art. 438	Art. 612
Emplazamiento de una persona jurídica.	Art. 189	Art. 208

Emplazamiento del demandado.	Art. 283	Art. 205
Emplazamiento en caso de demandado esquivo.	Art. 187	Art. 208
Emplazamiento en proceso ejecutivo.	Art. 462	Art. 595
Emplazamiento por apoderado.	Art. 184	Art. 219
Emplazamientos.	Art. 181	Art. 205
Excepciones.	Art. 284	Art. 130
Firmeza de las resoluciones definitivas.	Art. 229	Art. 445
Funciones del magistrado presidente.	Art. 196	Art. 430
Improponibilidad de la demanda.	Art. 277	Art. 197
Impugnación de la autenticidad.	Art. 338	Art. 287
Impugnación de la declaración de caducidad por error en el cómputo.	Art. 139	Art. 471- F
Impugnación de la declaración de caducidad por fuerza mayor.	Art. 138	Art. 471- F
Instrumentos privados.	Art. 332	Art. 262
Instrumentos públicos.	Art. 331	Art. 255
Interposición del recurso de apelación.	Art. 511	Art. 988
Interrogatorio de testigos.	Art. 354	Art. 292
Jurisdicción.	Art. 21	Art. 20
Litispendencia.	Art. 92	Art. 222
Materias excluidas de la conciliación.	Art. 247	Art. 165
Medios probatorios.	Art. 330	Art. 253
Modificación de la demanda.	Art. 282	Art. 201
Modos de otorgar el apoderamiento.	Art. 68	Art. 109
Notificación notarial.	Art. 175	Art. 27
Notificación personal.	Art. 177	Art. 220
Notificación por tablero.	Art. 171	Art. 220
Notificaciones.	Art. 169	Art. 206
Nulidad de actuaciones procesal.	Art. 232	Art. 1115
Obligación de colaborar.	Art. 12	Art. 1261
Partes del proceso.	Art. 58	Art. 11
Pertinencia de la prueba.	Art. 318	Art. 240
Poder especial.	Art. 69	Art. 113
Poder general.	Art. 69	Art. 111
Poder judicial.	Art. 69	Art. 111
Presunciones judiciales.	Art. 415	Art. 409
Presunciones legales.	Art. 414	Art. 409
Principio de especificidad.	Art. 232	Art. 1115
Principio de trascendencia.	Art. 233	Art. 1115

Principio de veracidad lealtad, buena fe y probidad procesal.	Art. 13	Art. 1393
Principio dispositivo.	Art. 7	Art. 1299
Proceso ejecutivo.	Art. 457	Art. 586
Procesos posesorios.	Art. 471	Art. 778
Procuración en caso de pluralidad de sujetos.	Art. 85	Art. 1289
Proposición de prueba.	Art. 317	Art. 242
Proposición y presentación de los instrumentos públicos o privados.	Art. 335	Art. 270
Prueba documental.	Art. 331	Art. 254
Prueba pericial.	Art. 375	Art. 343
Plazo de interposición del recurso de apelación.	Art. 511	Art. 981
Rebeldía del demandado.	Art. 287	Art. 528
Reconocimiento Judicial.	Art. 390	Art. 366
Reconvención.	Art. 285	Art. 232
Rectificación y aclaración de la sentencia o auto que pone fin al proceso.	Art. 225	Art. 436
Recurso de apelación.	Art. 508	Art. 980
Recurso de revocatoria.	Art. 503	Art. 425 y 426
Recusación de jueces y magistrados.	Art. 54-57	Art. 1152
Remisión de procesos.	Art. 702	Art. 1298
Reposición y renovación de expedientes.	Art. 168	Art. 195
Requisitos de la sentencia.	Art. 217	Art. 427
Resoluciones recurribles en apelación.	Art. 508	Art. 984
Secuestro de bienes muebles.	Art. 442	Art. 142
Sentencia.	Art. 417	Art. 434
Sentencia de apelación.	Art. 515	Art. 1029
Sentencia del proceso ejecutivo.	Art. 468	Art. 597
Sentencia dictada por una Cámara de Segunda Instancia o por Sala de lo Civil. Deliberación.	Art. 219	Art. 432
Subasta de bienes embargados.	Art. 646	Art. 633
Subsanación de la omisión de pronunciamientos.	Art. 226	Art. 436
Sucesión procesal por muerte.	Art. 86-88	Art. 1276
Sumisión tácita de competencia territorial.	Art. 43	Art. 32
Suscripción de escritos.	Art. 160	Art. 1250-1252
Sustitución y delegación del poder.	Art. 72	Art. 110
Tercería de dominio.	Art. 636	Art. 650
Títulos ejecutivos.	Art. 457	Art. 587
Valoración de la prueba.	Art. 416	Art. 422
Voto.	Art. 220	Art. 1069



Este libro se imprimió
en Talleres Gráficos UCA,
en el mes de julio de 2010
la edición consta de 2,500 ejemplares