

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**



Universidad de El Salvador

Hacia la libertad por la cultura

**EL EJERCICIO DEL DERECHO DE EXCEPCION DEL DEMANDADO EN LOS
PROCESOS CIVILES Y MERCANTILES**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

**YESICA ARELY JIMENEZ GUZMAN
GIORDANO JOVANNY RIVERA PINEDA**

**DOCENTE ASESOR
DR. JOSE ANTONIO MARTINEZ**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE 2016

TRIBUNAL CALIFICADOR

**LIC. WILFREDO ESTRADA MONTERROSA
(PRESIDENTE)**

**LIC. JOSÉ REINERIO CARRANZA
(SECRETARIO)**

**DR. JOSÉ ANTONIO MARTINEZ
(VOCAL)**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**Maestro Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR**

**Dr. Manuel de Jesús Joya
VICERRECTOR ACADEMICO**

**Ing. Nelson Bernabé Granados Alvarado
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

**Lic. Cristóbal Hernán Ríos
SECRETARIO GENERAL**

**Licda. Dina Alhely Castellón
FISCAL GENERAL INTERINA**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA**

**Dr. José Nicolás Ascencio Hernández
VICEDECANO**

**Lic. Juan José Castro Galdámez
SECRETARIO**

**Lic. René Mauricio Mejía Méndez
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**

**Lic. Miguel Ángel Paredes B.
DIRECTOR DE PROCESOS DE GRADUACION**

**Licda. María Magdalena Morales
COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACION DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURIDICAS**

INDICE

RESUMEN.....	
INTRODUCCION.....	i-iii
ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	
CAPITULO I.....	1
ANTECEDENTES HISTORICOSY DESARROLLO DEL DERECHO	
PROCESAL Y LA EXCEPCIÓN.....	1
1.1. Generalidades del derecho procesal.....	1
1.2. Derecho procesal en Grecia	2
1.3. Derecho procesal en Roma	3
1.4. Derecho procesal en Alemania	5
1.5. Derecho procesal en España.....	6
1.6. Derecho procesal en El Salvador.....	7
1.7. Definición de derecho procesal.....	11
1.8. Naturaleza jurídica y características del derecho procesal.....	12
1.9. Generalidades de la excepción.....	14
1.10. La excepción en Roma	14
1.10.1. Etapas de la excepción en el Derecho Romano.....	17
1.10.1.1. La legis actionis	17
1.10.1.2. La formulatio	18
1.10.1.3. La extraordinaria cognitio.....	19
1.12. La excepción en El Salvador.....	21
1.13. Relación del derecho procesal con otras ramas del derecho y la interposición de las excepciones.	23
1.13.1. Derecho Constitucional.....	23
1.13.2. Derecho Administrativo	24
1.13.4. Derecho laboral	26
1.13.5. Derecho de Familia.....	30

1.13.6 Derecho penal	33
CAPITULO II. EL DERECHO DE ACCION, LA EXCEPCIÓN Y SU VINCULACION CON LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE LO SUSTENTAN.....	36
2.1. Generalidades del derecho de acción y la excepción	36
2.2. Definición del derecho de acción	36
2.3. Naturaleza jurídica del derecho de acción	37
2.4. Teorías de la acción.....	38
2.4.1. Teoría Monista.....	38
2.4.2. Teoría Dualista	39
2.5. Definiciones de excepción	40
2.6. Naturaleza y objeto de la excepción	44
2.7. Elementos de la excepción	45
2.8. Relación entre el derecho de acción y la excepción.....	46
2.9. Principios constitucionales estrechamente relacionados a la excepción	48
2.9.1. Principio de defensa	49
2.9.2. Principio de audiencia.....	50
2.9.3. Principio de igualdad.....	51
CAPITULO III. EL DERECHO DE DEFENSA, LA EXCEPCION Y SU RELACION CON LOS PRINCIPIOS PROCESALES DEL DERECHO SALVADOREÑO	54
3.1. El derecho de defensa	54
3.1.1. Garantía de defensa	57
3.1.1.2. Facultades de la garantía de defensa	58
3.2. Los principios procesales.....	60
3.2.1. Los principios procesales en el derecho salvadoreño	61
3.2.1. Derecho a la protección jurisdiccional	62
3.2.2. Vinculación a la Constitución, leyes y demás normas	63
3.2.3. Principio de legalidad.....	64

3.2.4. Principio de defensa y contradicción	66
3.2.5. Principio de igualdad procesal	68
3.2.6. Principio dispositivo	72
3.2.7. Principio de aportación	74
3.2.8. Principio de oralidad	75
3.2.9. Principio de publicidad	77
3.2.10. Principio de concentración	78
3.2.11. Principio de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal	80
3.2.12. Principio de dirección y ordenación del proceso	82
3.2.13. Principio de gratuidad de la justicia	83
CAPITULO IV. LA EXCEPCION COMO FORMA DE INTERRUMPIR O	
FINALIZAR EL PROCESO	85
4.1. Improponibilidad de la demanda	85
4.2. Admisión de la demanda y medidas cautelares	87
4.3. Los procesos declarativos.....	89
4.3.1. El proceso común	90
4.3.2. El proceso abreviado	92
4.4. Las excepciones que rigen el proceso civil y mercantil	94
4.4.1. Interposición de las excepciones	95
4.4.2. Excepciones materiales	103
4.4.3. Excepciones procesales	104
4.4.3.1. Excepciones procesales subjetivas.....	105
4.4.3.1.1. Jurisdicción	105
4.4.3.1.2. Excepción de capacidad para ser parte, actuación procesal y de postulación	106
4.4.3.1.3. Legitimación y postulación	107
4.4.3.1.4. Competencia.....	108
4.4.3.1.4.2. Excepción de competencia de grado o Territorial.....	110
4.4.3.2. Excepciones procesales objetivas	111

4.4.3.2.1. La litispendencia	112
4.4.3.2.2. La cosa juzgada.....	115
4.4.3.2.2.1. Cosa juzgada material	119
4.4.3.2.2.2. Cosa Juzgada Formal	120
4.4.3.3. Excepciones procedimentales.....	121
4.4.3.3.1. Excepción de demanda defectuosa	121
4.4.3.3.2.1. Litisconsorcio necesario.....	123
4.4.3.3.2.1.1. Litisconsorcio activo necesario.....	125
4.4.3.3.2.1.2. Litisconsorcio pasivo necesario.....	128
4.4.3.3.2.2. Litisconsorcio voluntario.....	133
CAPITULO V. LEGISLACION SALVADOREÑA QUE REGULA EL DERECHO DE DEFENSA EN LO RELATIVO A LA EXCEPCION EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL Y DERECHO COMPARADO, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	134
5.1. Constitución de la República.....	134
5.2. Tratados Internacionales ratificados por El Salvador	138
5.2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos	139
5.2.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	140
5.2.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.....	141
5.3. Código Procesal Civil y Mercantil.....	145
5.4. Derecho Comparado.....	145
5.4.1. La excepción en México.....	146
5.4.2. La excepción en Guatemala	152
5.4.3. La excepción en Chile.....	156
CONCLUSIONES.....	158
RECOMENDACIONES.....	160
BIBLIOGRAFÍA.....	161

RESUMEN

La temática de las excepciones se encuentra contenida o implícita dentro del derecho de defensa, razón por la cual resulta indispensable su abordaje en primer momento desde el plano constitucional ya que es precisamente la Constitución de la República la que contiene los principios que inspiran las instituciones en materia procesal, con énfasis en su estudio al derecho procesal civil y mercantil, regulado en el Código Procesal Civil y vigente desde el año 2010, en atención a las transformaciones sociales del nuevo siglo por lo que ha sido necesario adaptarlo al contexto social y jurídico actual. Se desarrollan las excepciones procesales y materiales, a las primeras se les atribuye la posibilidad de denuncia y examen de defectos en la demanda que se presenta; las segundas, atacan el fondo de la pretensión por lo que su examen procede en la sentencia. En el cuerpo normativo en referencia se regulan los procesos declarativos y de ejecución forzosa, por lo que resulta pertinente mencionar que los procesos declarativos se clasifican en plenarios, especiales o sumarios, de lo que se acota que los procesos plenarios son: el proceso común y el abreviado, inspirados en la oralidad, publicidad y concentración.

En referencia a las diversas posturas que frente a una demanda puede adoptar el demandado, este puede dejar de comparecer, incluso puede comparecer y no alegar, allanarse en los extremos de la demanda de forma total o parcial, también puede mantenerse en silencio y no contestar la demanda o incluso habiéndose presentado ante el órgano judicial para que se le tenga constituido como parte y luego no presentar escrito de contestación, admitir los hechos o bien oponerse a ella, haciendo uso de las excepciones tanto procesales como materiales que al efecto tipifica la legislación y que no hace una diferenciación relativo al proceso común y abreviado, como una manifestación a las pretensiones que alega el actor. En alusión a las excepciones, el Código Procesal Civil y Mercantil resulta bastante breve e impreciso, en razón de limitarse a expresar que las excepciones que se alegarán serán las que al demandado le resulten convenientes, y las demás que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso (son las denominadas excepciones materiales a las que hace referencia el código), no se regula una clasificación de las mismas, lo que hace necesario recurrir a la jurisprudencia salvadoreña con el afán de ampliar el conocimiento que al efecto resulta indispensable en aras de salvaguardar el derecho de defensa del demandado dentro del proceso.

INTRODUCCION

La temática del ejercicio de la excepción del demandado en los procesos civiles y mercantiles, ha tenido como finalidad exponer la regulación limitada y dispersa de las excepciones dentro de la legislación procesal, precisamente en el Código Procesal Civil y Mercantil. En esa línea de ideas, ante una realidad cambiante que tiene impacto en la estructura jurídica, por lo que el Derecho debe adaptarse a los cambios para implementar figuras jurídicas que se adapten a la realidad, por ello, la excepción es una forma de ejercer el derecho de defensa que le corresponde al demandado para que contradiga de forma total o parcial lo expuesto en la demanda pudiendo ejercer su derecho a través de la interposición de excepciones procesales o materiales; no obstante, con la implementación del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM) que entró en vigencia en el año 2010, la definición de la excepción, la podemos obtener a través de la jurisprudencia y jurisprudencias para comprender además, que no es una simple oposición sino, un mecanismo para hacer valer el derecho de defensa.

No se cuenta con una clasificación, pues precisamente en el art. 284. en el CPCM se hace mención que pueden alegarse las excepciones que se considere conveniente; es en el art. 298 del CPCM donde se encuentran establecidas algunas excepciones que puede alegar, no siendo taxativas y encontrándose dispersas dentro de dicha legislación procesal, de tal forma que para el desarrollo del trabajo de grado se tuvo la interrogante ¿Cuáles son las consecuencias que se generan por la escasa regulación de las excepciones como derecho del demandado en el proceso civil y mercantil?.

Ante las profundas transformaciones que derivan del desarrollo de la realidad social, el ordenamiento jurídico no debe ignorar las problemáticas en la

aplicación de la legislación salvadoreña; siendo el legislador un vanguardista para responder a las necesidades de transformación, es por ello que se considera oportuno que se efectúen reformas al Código Procesal Civil y Mercantil para que se amplíen y precisen los mecanismos de defensa, por considerarse exigua, con los que se pretende sean esgrimidos por el demandado frente a la demanda o contrademanda –si fuere reconvenido-. En ese contexto, los supuestos como la insuficiente normativa de la excepción, generan confusión en el demandado, lo que supone que una clara y precisa regulación en la normativa procesal civil y mercantil, garantice que el derecho del demandado sea ejercido. Por ello, el trabajo de grado se ha desarrollado a través de la investigación bibliográfica, en el que se ha tenido la búsqueda exhaustiva de la Excepciones en los diferentes libros de autores naciones e internacionales, revistas judiciales y jurisprudencia.

En virtud de lo antes expuesto, en el capítulo I, se profundiza los antecedentes históricos y el desarrollo del derecho procesal, Estableciendo en el surgimiento del derecho procesal en distintas ciudades que han tenido relevancia y hasta la obtención de lo que actualmente se conoce como derecho procesal; asimismo, el surgimiento y evolución de la excepción y su desarrollo en las diferentes ramas del derecho.

Posteriormente, en el capítulo II, se aborda el derecho de acción, la excepción y su vinculación con los principios constitucionales que lo sustentan, es decir, cuales son los principios descritos en la constitución en que se fundamenta la excepción, por encontrarse de forma implícita dentro del ordenamiento jurídico. Es en el capítulo III, donde se estudian las excepciones procesales y materiales y su relación con los principios procesales del derecho salvadoreño, es decir, los principios que se encuentran regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Precisamente en el capítulo IV, se estudia la excepción como forma de interrumpir o finalizar el proceso, donde se aborda la interposición de las excepciones procesales y materiales, el momento procesal oportuno para alegarlas y se profundiza de las descritas en el CPCM, sustentadas con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Cámara de lo Civil. Y finalmente, en el capítulo V, se desarrolla la legislación salvadoreña que regula el derecho de defensa en lo relativo al derecho de excepción en materia civil y mercantil y derecho comparado, es decir, la Constitución de la Republica, Tratados Internacionales y el CPCM, además, de la comparación con la temática que se aborda, en legislación de México Guatemala y Chile.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Art/ arts.	Artículo/ artículos
C.C.	Código Civil
C.F.	Código de Familia
C.T.	Código de Trabajo
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
Cn.	Constitución de la República
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPCM.	Código Procesal Civil y Mercantil
D.L.	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial
Ed.	Editorial
Inc.	Inciso
L Pr.F.	Ley Procesal de Familia
Nº	Número
S.e.	Sin editorial

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS Y DESARROLLO DEL DERECHO PROCESAL Y LA EXCEPCIÓN

El desarrollo de este capítulo, tiene como propósito indagar los antecedentes del derecho procesal y la excepción que sirvan de fundamento para el trabajo de grado, el cual explica la forma de surgimiento en ciudades como Grecia y Roma, España y en la legislación salvadoreña; asimismo, las etapas que se suscitan en el derecho romano, la relación del derecho procesal con otras ramas del derecho y la forma de su interposición en dichas ramas.

1.1. Generalidades del derecho procesal

El Estado cumple la obligación de administrar justicia a través del derecho procesal (que tiene trascendencia social y política), sin la cual, las sociedades no pueden progresar y por tanto subsistir. Los procesalistas deben tener siempre presente, que la ciencia que cultivan, es imperativo que tenga un sentido eminentemente funcional y que mediante él se den al Estado los procedimientos, medios y recursos prácticos para hacer una pronta y eficaz justicia¹.

El estudio de derecho procesal no puede limitarse exclusivamente a normas positivas, sino que tiene que hacerlo en forma sistémica armonizándolo con los principios y reglas que generalmente emanan de la Carta Magna y que

¹ Eduardo Pallares, *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed. (México: Porrúa, 1971), 10-11. Resalta la relevancia de que los procesalistas tengan presente la funcionalidad de la Ciencia del Derecho Procesal en busca de la efectiva justicia, la cual se encuentra encomendada a un poder judicial para que la administre.

son indispensables para la interpretación de las leyes. El reconocimiento de su carácter científico es reciente ya que se lo admite como tal a partir del siglo XIX; hasta ese momento era considerado un apéndice del derecho de fondo, posteriormente se inicia su estudio de forma conjunta, es decir de conformidad a las reglas y principios del derecho civil, en vista que era precisamente a este al que le sirve de instrumento, y que debe seguirse conforme a protección de derechos previamente regulados.

1.2. Derecho procesal en Grecia

En Grecia se manifestó una organización para enjuiciar la conducta de los individuos, siendo el primer pueblo en hacerlo. La administración de justicia tiene su origen en el ámbito prehistórico de resolver disputas entre individuos, estos individuos de manera voluntaria renunciaban a la autotutela, se desarrolló la costumbre en el que se negaba a las partes el derecho de la búsqueda de sus pretensiones por si mismos a través de la fuerza, siendo obligados a que fuera ante las autoridades designadas con facultad para conocer sus pretensiones y emitir resoluciones obligatorias.

El derecho griego, tanto sustantivo como adjetivo, ya para el siglo IV estaba muy lejos de ser algo rígido y ligado en forma indisoluble a los formalismos. Durante el siglo IV se observa que la justicia, en buena parte, se había desprendido de la forma y se abrió paso como un valor en sí y por sí. Si bien había un derecho procesal éste no era riguroso ni determinante. En la Antigua Grecia en el año 648 A. de C., se eligieron nueve Arcontes que eran los magistrados principales de la ciudad de Atenas, de los cuales, seis llamados thesmotetes, tenían a su cargo la función judicial que comprendía: la organización de los tribunales, la preparación de leyes y la administración de justicia.

Los thesmotetes examinaban los hechos, fuentes del pleito y procuraban que las partes transigieran equitativamente sus diferencias. Como primera solicitud de los atenienses era que disminuyeran las controversias de manera breve y pacíficamente y sin necesidad de recurrir a los trámites en un juicio solemne, estaban encargados de exponer primeramente el hecho, objeto de la contienda, y de tratar de persuadir a las partes que transigieran sus negocios.

Los árbitros podían ser aquellos ciudadanos que tuviesen como mínimo sesenta años y su labor consistía en procurar la transacción extrajudicial entre partes que evitara la posibilidad de un litigio ante los tribunales, dictando un laudo que, si era aceptado, cancelaba la causa. En caso contrario el laudo, junto con la causa que lo había originado, era lacrado y enviado al tribunal para la resolución judicial del conflicto².

1.3. Derecho procesal en Roma

Un gran periodo histórico es el surgimiento del Derecho Procesal en Roma. Como un proceso primitivo de juzgar nace el proceso de un procedimiento arbitral privado, es por ello, que el proceso romano antiguo se divide en dos: El primero, dirigido al pretor (magistrado); y el segundo dirigido por personas privadas, en que se dicta la sentencia, que en materia civil es el *iudex* (arbitro). El principio que regía este proceso primitivo era dispositivo, es decir, las partes disponían de sus derechos en el proceso, era el magistrado quien dirigía la parte primera del proceso y el que inviste de poder de juzgamiento

² A través de la presión de la opinión pública y el creciente poder de los gobernantes, los litigantes fueron forzados a la abstención de la lucha armada por su preponderancia tanto personal como social, predestinados al actuar como árbitros, fue hasta con la consolidación del Estado, su jurisdicción devino una institución jurídica y pasó a magistrados de la ciudad aristocrática y en las democracias a los tribunales populares posteriormente.

al *iudex* (él contaba con libertad para valorar la prueba aportada por las partes), es significativo de subrayar que fue el testimonio el medio probatorio casi exclusivo, y es hasta más tarde que son admitidos los documentos y el juramento, así como también los indicios³. Desde su formación, desarrollo y hasta su decadencia, en Roma existieron dos grandes sistemas procesales: el ordinario y el extraordinario, el sistema ordinario se enmarca históricamente desde los orígenes de Roma hasta el reinado de Diocleciano (siglo III d. C.). Dentro de él cabe distinguir dos fases: de la *legis actiones* que estuvo vigente hasta el siglo II a. C. y la del procedimiento formulario, que se ubica entre el siglo II a. C. hasta el siglo III d. C. Este sistema de tutela de los derechos subjetivos, es ejercido por el propio titular y tiene dos aspectos: por un lado, la venganza privada y, por otro, la defensa privada de los derechos⁴.

Su característica principal es que constituye una marcha hacia la justicia tutelada por el Estado, tendencia que no descarta algunos rezagos de justicia privada en su proceso de consolidación. Después de todo, la ley de Talión en su expresión romana, es un avance respecto de la acción directa: es su atenuación. Ya a fines de la República, el ejercicio de la violencia por parte del titular del derecho se reduce casi al mínimo. La ley Julia de Vi Pública et Privata, dada durante la época de Augusto, castigó al acreedor con la pérdida de su crédito si este ejercía violencia contra el deudor para cobrarse, es también el caso del *Decretum divi Marci* dado por Marco comisario. Se advierte, al lento proceso de reducción, control y eventual desaparición de la acción directa en el derecho romano, le sucedió el

³ Jorge A. Claria Olmedo, *Derecho Procesal*. vol. 1, Conceptos Fundamentales (Argentina: Depalma, 1989), 26. En el Derecho Romano se dividió en dos etapas su surgimiento y prevalecía el principio dispositivo, destacándose que las partes disponían de sus derechos dentro del proceso.

⁴ Theodor Mommsen, *Compendio del Derecho Público Romano* (Argentina: La España Moderna, 1942), 213-252. La *legis actiones* eran formas sacramentales, de las cuales de acuerdo al autor son cinco.

también lento pero firme proceso de reducción del ámbito de ejecución de la tutela privada de los derechos; esta tendencia a prohibir a los ciudadanos la tutela directa de sus derechos, tiene como corrección la progresiva decisión del Estado de adjudicarse con carácter exclusivo la solución de conflictos, es decir, la función jurisdiccional judicial se torna directamente tributaria del poder central, asimismo, se nombran jueces competentes que se hacen cargo directamente de la solución del conflicto que se les encomienda, el juez es en este sistema un funcionario del Estado. Este procedimiento mantuvo vigencia simultánea con el procedimiento ordinario durante el Alto Imperio, lo que deja de ocurrir durante el siglo III cuando el extraordinario pasa a ser el único; en sus inicios el procedimiento extraordinario carecía de límites de lugar y de tiempo, por ejemplo, todos los días eran hábiles.

1.4. Derecho procesal en Alemania

Los rasgos esenciales del proceso en Alemania, se subraya que fue un derecho primitivo en el que el proceso no tenía por objeto hacer justicia en el sentido de decidir cuál de las dos partes contendientes tenía derecho. Sobre ello, es que el fallo dependía, no de la convicción del juez respecto de la justicia alegada por las partes, sino del resultado al que se llegaba en un acto solemne, en el cual el pueblo estaba presente y asistía con intervención de la divinidad a la rendición de las pruebas de las ordalías.

El resultado de estas se consideraba decisivo de parte de quien estaba la justicia. No se tomaban en cuenta en la demanda los hechos particulares que pudieran fundarlas, básicamente solo se consideraba la afirmación del acusador de tener el derecho que hacía valer contra el demandado, lo que ponía al demandado en una situación de desventaja, porque además, por regla general no se admitían las contrapruebas, significando esto que la

intervención del juez se reducía sustancialmente a resolver quien debía probar y con qué las es de pruebas⁵. El nacimiento del Derecho procesal como ciencia tuvo lugar en Alemania, a mitad del siglo XIX, con la polémica sostenida por dos autores: Bernardo Windscheid y Theodor Muther, sobre el significado del acto romano en el derecho actual, lo que dio origen a los estudios de derecho procesal contemporáneo, el primero de ellos destacó por sus ensayos sobre el concepto legal de acción. En 1985 en Italia se dicta el Código de Procedimiento Civil, influido sustancialmente por el francés.

La influencia decisiva del código francés, alcanzó también a Alemania, como ocurrió con el Reglamento Procesal Civil de Hannover en, con las Ordenanzas de Baden en 1864 y Wurtemberg en 1868, y en zivil prozessordnung de 1877 que es la base del derecho procesal vigente hoy en Alemania. En Alemania comienza la noción separatista del proceso respecto del derecho civil, sobre todo al estudiar la acción dentro de la teoría del proceso. En el año 1856 se publica en Alemania la obra de acción del derecho romano desde el punto de vista moderno de Windscheid.

1.5. Derecho procesal en España

Surge en España un cuerpo de leyes conocido como Las Siete Partidas cuya fuente se encuentra en el *Corpus Iuris Civilis* o Cuerpo de Derecho Civil, inspirado en el derecho romano Justiniano, en el derecho canónico y feudal; las obras de glosadores y de comentaristas romanistas, como *Acursio* y *Azzo*; textos de derecho canónico como las Decretales de Gregorio IX. Dicho cuerpo normativo fue redactado en Castilla durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), el cual se considera el legado más importante de España a la

⁵ Su enfoque no era saber a cuál de la partes les correspondía el derecho, sino más bien fue un medio de pacificación social.

historia del derecho, al ser el cuerpo jurídico de más amplia y larga vigencia en Iberoamérica (hasta el siglo XIX). Las Partidas abarcan todo el saber jurídico de la época dentro de una visión unitaria, trata entre otras materias de derecho constitucional, civil, mercantil, penal y procesal.

Este cuerpo normativo se ha sido calificado de “enciclopedia humanista”, la cual en su Partida III y en el Título III, Artículo 1, manifestaba la oportunidad del demandado de no contestar la demanda si el que interponía la demanda no mostrase carta de personería, ya fuera por sí o por el nombre de otra persona, en la cual se demandaba al deudor, si este actor demandaba en nombre de huérfanos debería mostrar recaudo de cómo dichos huérfanos le fueron dados en guarda, de no hacerlo el demandado no estaba obligado a contestar la demanda, esta se puede traducir en la excepción dilatoria de falta de personería⁶.

1.6. Derecho procesal en El Salvador

Los trabajos de codificación de la legislación procesal salvadoreña se iniciaron en el año de 1843, mediante decreto de las Cámaras Legislativas comisionando al presbítero y doctor Isidro Menéndez, para que redactara un proyecto de Código de Procedimientos Judiciales; lo que llevó a cabo en corto tiempo. Por decreto de las mismas Cámaras del 8 de marzo de 1846, se ordenó la divulgación del proyecto a efecto de que se le hicieran observaciones; y por decreto del 26 de febrero de 1857.

⁶ Eduardo Pallares, *Las Excepciones en la Legislación Española* (México: Porrúa), 203. Otro elemento importante que contiene es en el caso de que el actor iniciare juicio contra del demandado mostrando carta pública, al demandado se le daba la oportunidad de alegar que lo escrito en ella no era cierto, posteriormente era llamado el juez al escribano que la redactó a efecto de preguntarle si lo que calzaba en ella es su letra, si el escribano contestaba que no, dicha carta no era creída, esto equivale en la actualidad a la excepción de nulidad de título de acuerdo al autor.

Las referidas Cámaras facultaron al Gobierno para hacer el proyecto, por una comisión de tres abogados, uno de los cuales debía ser el autor del mismo, y para decretarlo como ley. Revisado el proyecto, el Gobierno estimó de imprescindible necesidad la redacción de un formulario general para uniformar la práctica judicial, trabajo que también encomendó al padre Menéndez.

Los proyectos aludidos fueron declarados leyes de la Republica por decreto ejecutivo del 20 de noviembre de 1857, publicado en la “Gaceta del Salvador” del día siguiente, constituyendo nuestro primer Código de Procedimientos Civiles y Criminales⁷, la ley procesal era única no estando dividida en cuerpos que regularan el procedimiento de las causas en los negocios civiles y el conocimiento de las causas en los negocios criminales, cerca de dos años después, se conoció el primer Código Civil donde se notó desarmonías con el Código de Procedimientos Judiciales, lo que de inmediato movió al Poder Ejecutivo a nombrar una comisión para elaborar un proyecto de reformas al Código de Procedimientos Judiciales.

Por decreto del 10 de febrero de 1862, las Cámaras Legislativas autorizaron al Gobierno para que nombrara otra comisión de abogados quienes debían revisar el proyecto de reformas ya elaborado; a través del decreto del 21 del mes de febrero de 1862, lo facultaron no solo para revisar el proyecto por medio de la citada comisión, sino para aprobarlo reformando o desechando las modificaciones que se propusieran y para publicarlo como ley.

⁷ Napoleón Rodríguez Ruiz, *Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas* (El Salvador: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2006), 265. Al respecto, es de notar que se dictó primero el Código de Procedimientos Judiciales –una ley adjetiva y posteriormente el Código Civil –ley sustantiva, por lo que no se dio un orden lógico. Esto se debió a que como ley sustantiva se aplican las que habían sido dictadas desde la independencia y leyes Españolas, en virtud de ello se promulgó en primer momento el Código de Procedimientos Judiciales.

En definitiva, lo que empezó como un proyecto de reformas fue presentado como un nuevo código, en un solo volumen, pero en dos cuerpos de leyes: Código de Procedimientos Civiles y Código de Instrucción Criminal; posteriormente el Poder Ejecutivo lo declaró Ley de la República por decreto del 12 de enero de 1863 y lo dio por promulgado mediante decreto del día 15 del mismo mes y año⁸.

En esa secuencia, se ordena además que la fecha de la promulgación fuera la de la Gaceta Oficial en que se publicara tal decreto, es decir el mismo día 15. De tal código se hizo una segunda edición en el año de 1878, en la que se incorporaron las reformas decretadas hasta ese año⁹, por lo que fueron devueltas al Poder Ejecutivo para que las publicara como leyes.

En ese contexto posteriormente por medio de decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de fecha 18 de junio de 1879, el Poder Ejecutivo por decreto de 28 de agosto siguiente nombro una comisión de abogados para que redactaran proyectos de reformas a los códigos; por decreto del 12 de marzo de 1880 la Constituyente lo facultó para promulgar los nuevos

⁸ Ibíd. 268. Fue una novedad la formulación de dos códigos; no obstante se continuó llamando Código de Procedimientos Civiles. El Código de Procedimientos Civiles y del de Instrucción Criminal, causó gastos innecesarios, ya que al año siguiente el gobierno de Zaldívar hizo énfasis en cuanto a la revisión de todos los códigos y se iniciaron los trabajos para ese fin.

⁹ Ricardo Mendoza Orantes, *Recopilación de Leyes Civiles*, 31^a ed. (El Salvador: Editorial Jurídica Salvadoreña, 2008), 434, <http://asamblea.gob.sv/eparlamento/biblioteca/dr-y-pbro-isidro-Menéndez>, también en la página web de la honorable Asamblea Legislativa se establece que el 12 de julio de 1854, el presidente y coronel José María San Martín comisionó al Presbítero y Dr. Isidro Menéndez para que formara una recopilación sistematizada de todas las disposiciones legales vigentes en el país desde el período español, independentista, federal y republicano. El 9 de enero de 1855 remitió al gobierno central los originales de su magna Recopilación de leyes patrias (Guatemala, Imprenta de Luciano Luna, 1855-1856), en la que reunió 732 leyes. Esa obra, en unión de sus códigos de Procedimientos civiles y criminales (proyecto por encargo gubernamental creado en dos partes (1844–1847), fue revisado y actualizado por el mismo Dr. Menéndez, Ignacio Gómez y Eustaquio Cuellar, antes de ser decretado en septiembre de 1857) y de Fórmulas judiciales.

Códigos y lo mismo realizó la Asamblea Legislativa por decreto del 28 de febrero de 1881.

La comisión redactora de las reformas presentó su informe general de las reformas, y de ello informó al Órgano Ejecutivo con los respectivos proyectos de ese año, pero esta los promulgó como ley el Código de Procedimientos Civiles¹⁰ y en 1882 se tuvo por ley de la republica un nuevo Código de Procedimientos Civiles, mismo que estuvo vigente durante varias décadas aunque reformado en reiteradas ocasiones para adaptarlo a la realidad¹¹.

Es hasta el año 2010 que entró en vigencia el Código Procesal Civil y Mercantil¹²; el cual contiene principios, reglas de aplicación, competencia y recursos, fue creado atendiendo razones de transformación procesal en vista que los justiciables con absoluta razón demandaban una completa transformación procesal, coherente con el derecho a la protección jurisdiccional, en virtud de que el añejo código nació en un contexto social y jurídico muy diferente al del siglo XXI, y ya no solventaba todas las necesidades pues la realidad es cambiante y el derecho debe serlo, tal y como se señala en los considerados.

¹⁰ Rodríguez Ruiz, *Historia de las Instituciones...*, 272. La Comisión redactora de las reformas estuvo integrada por el Dr. José Trigueros y los licenciados don Antonio Ruiz y don Jacinto Castellanos.

¹¹ Mendoza Orantes, *Recopilación de Leyes...*, 435.

¹² Código Procesal Civil y Mercantil, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2008). En los considerando establecen: III. Que los justiciables con absoluta razón demandan una completa transformación procesal, coherente con el derecho a la protección jurisdiccional, en virtud de que el añejo código nació en un contexto social y jurídico muy diferente al del siglo XXI y, por ende, se muestra inadecuado para una satisfactoria solución a los conflictos propios de una sociedad moderna e industrializada; IV. Que la característica principal de la normativa de que se trata, es la de ser un proceso escrito, lento, formal y burócrata; en consecuencia, se impone la implementación de un código que mejore con creces la calidad de la justicia civil-mercantil, incorporando una serie de preceptos modernos y propios de los procesos orales, como son el predominio de la palabra hablada y la presencia de los principios de inmediatez, publicidad, concentración, función activa del juez, reducción de incidentes e impugnaciones y libre valoración de la prueba.

1.7. Definición de derecho procesal

Al respecto, debe definirse el termino proceso, para posteriormente ahondar en las definiciones que sobre derecho procesal brindan los expositores del derecho, de tal manera que proceso es entendido como la forma jurídicamente regulada por el Estado para la protección del ordenamiento jurídico, de donde surgen las diferentes ramas de este y emitiéndose pronunciamientos sobre las relaciones jurídicas y derechos subjetivos de carácter privado¹³.

En esa línea de pensamiento, Hugo Alsina define al derecho procesal como *“el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo y su estudio comprende la organización del Poder Judicial, la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran y la actuación del juez y las partes en la substanciación del proceso^{14”}*, tiene como fin intervenir en los procedimientos judiciales y su vez, organizar a los tribunales encargados de impartir justicia, de tal manera que se haya dentro del derecho público, ya que su normativa es de orden público que garantiza la convivencia entre los individuos; asimismo, el derecho procesal se divide en varias ramas de acuerdo a los procesos en lo que se involucra y que serán también objeto de un breve análisis.

De Pina, nos expresa que el derecho procesal tiene dos significaciones distintas pero íntimamente relacionadas, siendo que una, se refiere al Derecho Procesal positivo o conjunto de normas jurídicas procesales; y la

¹³ Cuadernos de Derecho Judicial: Principios Constitucionales en el Proceso Civil (España: Consejo General del Poder Judicial, 1993), 392.

¹⁴ Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed. (Argentina: Ediar, 1957), 35. Esta definición engloba varios aspectos como la competencia, la actuación del juez como director del proceso y el enfoque de la función del juez.

otra, al Derecho Procesal científico o rama de la Enciclopedia Jurídica que tiene por objeto el estudio de la función jurisdiccional, de sus órganos y de su ejercicio¹⁵ y, Alvarado Velloso como *la rama del derecho que estudia el fenómeno jurídico llamado proceso y los problemas que le son conexos*¹⁶.

1.8. Naturaleza jurídica y características del derecho procesal

El derecho procesal es eminente de naturaleza pública, porque el fin del proceso es público, la realización de la actividad del Estado para la ejecución del derecho objetivo se vuelve más fácil por el interés de las partes en el proceso en efecto, se dirige a regular relaciones o vinculaciones relacionadas siempre con el Estado y sus Instituciones, con alguna excepción. Estas relaciones son por razón del carácter público de tales instituciones, no por su posible actividad privada¹⁷, su carácter público es consecuencia de la función jurisdiccional de impartir justicia que realiza el órgano jurisdiccional, en ese contexto, el derecho procesal es formal, instrumental, autónomo e imperativo, cuyas características se desarrollan a continuación:

a) Es un derecho formal: Porque tiene las formas y medios a través de los cuales las partes se comunican con el Estado, es decir, están establecidas las formas de interponer una demanda, requisitos que debe cumplir, momento procesal oportuno para presentar pruebas y su correspondiente evacuación, etc..

¹⁵ Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 29ª ed. (México: Porrúa, 2007), 17-18. Su estudio se enfoca en el análisis de normas positivas y comprende también los principios y reglas utilizadas en la aplicación judicial del derecho.

¹⁶ Adolfo Alvarado Velloso, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Primera Parte, (Colombia: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008), 45.

¹⁷ Víctor Fairén Guillén, *Teoría General del Derecho Procesal* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992), 55. Es eminentemente público el fin del proceso; en el proceso, el interés de las partes facilita el impulso del Estado para la realización del derecho objetivo.

b) Es un derecho instrumental: En virtud que no es un fin en sí mismo, sino que sirve de medio, de instrumento para lograr la observancia del derecho sustancial. Por tanto, el derecho procesal usa el derecho material para lograr un proceso justo, sirve como instrumento para realizar el derecho sustantivo que se considere. El derecho civil no es más importante que el derecho procesal; todos son iguales y necesarios, se complementan para mantener el orden jurídico.

c) Es un derecho autónomo: Porque tiene sus propios principios y conceptos¹⁸, no está subordinado a ninguna rama del derecho. Al inicio se trató como derecho adjetivo, es decir, que dependía del derecho sustancial respecto a que, para accionar, se requería ser titular de un derecho, posteriormente se fijó el concepto de acción al hacerla radicar en cualquier persona, sin tener presente que fuera o no titular del derecho material¹⁹. Esta autonomía se debe a que, si bien a mediados del siglo XIX no era más que un apéndice de los derechos sustanciales, hoy en día es toda una rama autónoma, ya que de acuerdo al grado de desarrollo de la disciplina, posee conceptos propios (como el de debido proceso, (jurisdicción o la cosa juzgada) e instituciones propias, y también posee principios propios, los llamados principios del derecho procesal²⁰.

¹⁸ Puede haber derecho sustantivo sin que exista regulación procesa, *contrario sensu* no se concibe un derecho compuesto únicamente de normas procesales. Asimismo, el principio de contradicción o derecho de defensa, son principios propios del derecho procesal.

¹⁹ Universidad Católica de Colombia, *Teoría General del Proceso, Manual de Derecho Procesal Civil* (Colombia: U.C.C. Universidad Católica de Colombia, 2010), 33. El derecho material queda para ser considerado en la sentencia y como determinante de la clase de decisión. Es por ello que hoy, al haberse delimitado la acción del derecho, el derecho procesal adquirió autonomía.

²⁰ Alsina, *Tratado Teórico Práctico...*, 34. Las reglas de procedimiento estaban confundidas con las de fondo, participaban de su naturaleza jurídica y estaban sometidas a principios análogos. A medida que el procedimiento fue independizándose hasta constituir una legislación autónoma, se la substrajo paulatinamente a su influencia, reconociéndosele un régimen jurídico propio. No puede negarse la autonomía del derecho procesal, frente a la legislación de fondo, su contenido es distinto como diverso su objeto.

Es un derecho imperativo: Porque las decisiones que emanan del Estado son de obligatorio cumplimiento y se traducen en ejecución forzosa e imponen la voluntad del Estado frente a los particulares²¹.

1.9. Generalidades de la excepción

Se trata en efecto, de remontarnos a su origen para conocer las etapas y desarrollo a través del tiempo de la excepción en el proceso civil y las distintas interpretaciones dadas a lo largo de la historia, considerando lo relevante que es conocer los antecedentes como bases necesarias en la temática de las excepciones con el fin de ser debidamente alegadas por el demandado ante un proceso que contra él se sigue. De tal manera que se hará un análisis del surgimiento en diversas ciudades y que aportaron para la obtención de la concepción que hasta hoy se tiene.

1.10. La excepción en Roma

La excepción es de origen pretoriano y surge históricamente ante la injusticia refrendada por el estricto Derecho Civil Romano de riguroso cumplimiento, su surgimiento se debe a una concesión ante la incapacidad de adjudicar al sujeto obligado una defensa ante el abuso generado (por el error, fuerza o dolo, todos vicios del consentimiento) del acreedor. Lo anterior, sirvió como inspiración al Pretor romano, claro está cuando ya había transcurrido cierto periodo, a insertar en la fórmula la cláusula “salvadora” inmediatamente después de la “*condenatio*”, que contenía la excepción, a través de la cual el demandado neutralizaba el reclamo o la exigencia de la obligación que se le hacía.

²¹ Esto es debido a que al pronunciarse una sentencia se vuelve de obligatorio cumplimiento para las partes.

Como casi todas las instituciones jurídicas modernas las excepciones nacen en el derecho romano. Consistía en cláusulas que se introducían entre la *intentio* y la *condennatio*, a solicitud e interés del demandado, dirigidas a la contraposición de la acción –el fundamento no era atacado–. Esencialmente, se buscaba atenuar el rigor del derecho civil para evitar que una aparente sentencia justa contrariara la equidad.

El estudio de la excepción en cuanto a la materia integrante del contenido fue el derecho romano en el periodo del procedimiento romano, cuando este régimen dio inicio, hubo una limitación a los impedimentos para resolver sobre el fondo, cuando poco había avanzado el sistema se autorizó introducir en la formula cuestiones opuestas a la *intentio*, marcando así el origen de la excepción en cuanto al fondo, y precedida ya por la *prescriptio*.²². Le antecedió a la excepción la *denegatio actione*, un medio a través del cual el pretor protegía al demandado y cuya tutela estaba confiada al magistrado y perdió eficacia al aparecer la *exceptio* en el procedimiento formulario. Originariamente eran colocadas antes de la *intentio* y después ocuparon un lugar en la formula junto a las excepciones, hasta el punto de confundirse con ellas.

Surgen posteriormente, las *proscriptiones pro reo*, que eran restricciones puestas a petición del demandado, con la finalidad de impedir los efectos de la demanda como la incompetencia o la prescripción entre otras, era pues, el pacto a través del cual, el acreedor había prometido al deudor no mediar acción durante un lapso, la *exceptio cognitoria* o *procuratoria*, etc..

²² Jorge A. Claría Olmedo, *Derecho Procesal*, volumen 1: Conceptos Fundamentales (Argentina: Depalma, 1989), 87–88, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/Derechocomparado/22/art/art11.pdf>. Las formalidades externas y lo cual eran los únicos elementos que se tenían en cuenta, se agregaron otras circunstancias (error, dolo y violencia) que quitaban su efectividad a esas formalidades, son las llamadas *exceptio*.

La excepción nació en el segundo del Derecho Procesal Romano, el llamado formulario o *formatio*²³, consistía en una cláusula que se insertaba en la fórmula que el magistrado concedía al actor, mediante ella se autorizaba a los jueces o a los árbitros para absolver al demandado si este lograba probar alguna circunstancia de hecho, por lo cual sería injusto condenarlo (en los primeros tiempos de la República Romana, el término *pretor* servía para designar a los cónsules, porque estaban colocados al frente de los ejércitos.

En el año 366 a.C. se creó en Roma con el título particular de *pretor*, una nueva magistratura. Históricamente, la excepción surge en este periodo como un beneficio ante la injusticia del estricto Derecho Civil Romano que impedía una defensa ante el abuso del acreedor) que se inició con la ley *Aebutia* y las dos leyes *Julia*, cuya fecha y contenido se ignoran. Se sabe que la primera fue anterior a Cicerón y las otras dos se expidieron por César Augusto; época denominada pretoriana, denominada así a consecuencia de la autoridad que administraba justicia, que era el pretor.

El pretor, término que se usaba en el imperio romano, era un Magistrado romano cuya jerarquía estaba por debajo del Cónsul. Las excepciones surgieron en el Derecho Romano a través del pretor. Como el derecho civil (*iusquiritus*) no podía modificarse, ante situaciones de evidente injusticia, el pretor, sin desconocer el Derecho Quirritario o Civil establecía una excepción, es decir, un impedimento de hecho que no permitía el ejercicio del Derecho Quirritario o Civil²⁴.

²³ Eugene Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 23° ed. (México: Porrúa, 2007), 620. El formulario desempeñó en este una gran función que consistió en atemperar los rigores y las injusticias del derecho civil, protegiendo a los demandados contra las exigencias de sus acreedores, en muchos casos contrarios a la equidad, a la buena fe y a los principios de lo que ahora se denomina derecho natural.

²⁴ Enrique M. Falcón, *Derecho Procesal, Civil, Comercial, Concursal, Laboral y Administrativo* (Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2011), 551.

1.10.1. Etapas de la excepción en el Derecho Romano

El Derecho Romano, atravesó por tres etapas: La primera, en el antiguo imperio, no se advirtió la presencia de la excepción; en la segunda, el clásico imperio, la excepción era el instituto que daba origen al periodo; y en la tercera, el bajo imperio, fue un largo periodo de renacimiento, división y decadencia del Imperio ocasionando el surgimiento de una nueva etapa llamada post-clásica desde la recopilación ordenada por el emperador Justiniano hasta la muerte de este. La primera tiene tres etapas que se detallan en los siguientes acápite.

1.10.1.1. La legis actionis

La legis actionis, representa el primero enjuiciamiento civil aplicado en Roma, cuyas característica evidente fue la solemnidad, eran acciones de la Ley y conocida por ciertos procedimientos exigidos, todo litigio se amoldaba a uno de los cinco esquemas preestablecidos bajo un ritual compuesto de gestos y palabras solemnes que debían ser cumplidos y rigurosamente pronunciadas, las cuales los litigantes debían aprender de memoria, asesorados por el *agere* quien era el asesor de los ciudadanos sobre las fórmulas de las legis acciones.

Dichos procedimientos eran realizados delante del magistrado, bien fuera para llegar a la solución de un proceso o con vías de ejecución. Dicho procedimiento encontró su mayor desarrollo en la época de La Ley de las XII Tablas cuyo documento contenía las normas de convivencia del pueblo romano, fue la primera compilación de leyes del derecho civil, penal y procesal, por su contenido se dice que pertenecía más al derecho público que al privado. Posteriormente este tipo de sistema procesal empieza a

experimentar una progresiva decadencia debido a que sus formularios debían observarse con el mismo rigor que los preceptos legislativos, se le conocía como “formula solemne”, era sumamente compleja²⁵.

1.10.1.2. La formulatio

*La Formulatio*²⁶ es un proceso iniciado aproximadamente en el año 46 a.C., de carácter escrito y mucho más sencillo; era un conjunto de indicaciones conocidas como la fórmula, las cuales eran redactadas por un magistrado a solicitud del accionante; las actividades jurisdiccionales eran divididas durante este proceso entre el magistrado, encargado de redactar la fórmula, y el Juez quien ventilaba la causa y resolvía al final. Las excepciones en esta etapa no tenían carácter procesal, sino que atacaban el derecho mismo, el Pretor no podía incluirlas de oficio, sino a petición de parte.

En cuanto al aspecto de fondo del contenido de la excepción también tiene su origen en el procedimiento formulario. Además, se considera también que si el demandado le pedía al pretor la excepción, y la consideraba procedente, esta era incluida en la fórmula para que operara *in iudicium* como una circunstancia eliminativa en cuanto posibilidad de absolución del demanda que conforme al derecho civil correspondería condenarlo y por tanto se le dio gran amplitud en el derecho Justiniano y que se le hay considerado como un

²⁵ Petit, *Tratado Elemental de Derecho...*, 617.

²⁶ *Ibíd.* 625. Es de tomar en consideración que las excepciones aun eran medios de oposición al derecho, por lo tanto las dilatorias como perentorias se entendía que extinguían la acción misma, para evitarla se permitía al actor o demandado que insertara el principio de la formula una reserva de derecho. La fórmula del pretor, en el procedimiento formulario del Derecho romano, contenía las partes principales y accesorias, entre las que figuraban las excepciones, estas constituían un medio para aminorar el rigor del Derecho Civil. La excepción está dirigida a poner un obstáculo temporal o perenne a la actividad del órgano jurisdiccional; ahora bien, la defensa es una oposición no a la actividad del órgano jurisdiccional; sino más bien al reconocimiento del derecho material planteado y pretendido en la demanda.

derecho procesal por medio del cual el demandado hace valer circunstancias de hecho o de derecho para destruir la acción²⁷.

1.10.1.3. La extraordinaria cognitio

La Extraordinaria Cognitio o procedimiento cognitorio surgió hacia los 294 años d.C., se daba cuando un magistrado por sí mismo resolvía el proceso sin intervención del juez, con ella desaparece la fórmula y las diferencias de forma procesal que separaban la *exceptio* y la *praescriptio*, tendiéndose a unificar como *exceptio*. La excepción dejó de ser una restricción puesta al poder del juez (quien instruía y ponía fin al litigio con su decisión desapareciendo el reparto de las actividades jurisdiccionales que distinguió al anterior procedimiento); la palabra excepción deja de significar una forma de procedimiento, ya que era el mismo magistrado quien instruía la causa y dictaba la sentencia, pasó a ser un medio de defensa en juicio que el demandado podía ejercer sin ninguna autorización previa²⁸. Es en el año 342 cuando se abolió definitivamente el procedimiento formulario.

En el Derecho Romano se designaba como *defensio* a todo medio empleado por el demandado para oponerse a la demanda, ya sea que consistiere en negar los hechos o en una pretensión contraria.

²⁷ Jorge A. Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I (Argentina: Rubinzal-Culzoni), 118, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/22/art/art11.pdf>, <http://stj.tam.gob.mx/Cursos/libros/0000314.pdf>. El pretor era quien administraba justicia, fungiendo en ocasiones como juez.

²⁸ Augusto Ferrero, *Derecho Procesal Civil: Excepciones*, 3ª ed. (Perú: Ausonia, 1980), 43 - 44, <http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/Revista8/historia.htm>. Se distinguían ciertos aspectos que obraban a favor del demandado ya que algunas podían ser declaradas de oficio (*ipso iure*), en tanto que otras el magistrado las tomaba en cuenta si el demandado las hacía valer como defensa (*ope exceptionis*, paraliza la acción del acreedor, impide que se le pueda cobrar), estas últimas requerían una actividad por parte del demandado y se presentaban como un contra derecho considerándolas excepciones en sentido propio, mientras que las demás se les llamaba defensas en general. Además, en el Código de Justiniano aparece la citación y la contestación, el periodo probatorio y la sentencia.

1.11. La excepción en Italia

En el proceso medieval italiano, la función jurisdiccional recaía en los funcionarios. El procedimiento comenzaba con demanda, en el proceso medieval italiano, la función jurisdiccional recaía en los funcionarios. El procedimiento comenzaba con la demanda, la cual tenía que ser notificada al demandado, quien tendría que contestarla en cierto plazo; asimismo, existían acciones por las cuales el demandado podía atrasar el proceso al ejercitar excepciones dilatorias. Se entiende por excepciones dilatorias una acción que podía promover la parte demandada para retener el juicio por una situación personal, y cuando el demandado superara la situación, el juicio seguía su proceso.

La excepción sólo podía ser presentada una vez, con justificación necesaria y antes de contestar la demanda. Una peculiaridad en este proceso era la *litis contestatio*. Esta Institución era el resultado del procedimiento medieval italiano, asemejándose a una sentencia con la cual tenían que estar de acuerdo ambas partes, sobre todo la demandada. En caso de que el demandado se opusiera a la *litis contestatio* (notificación de la demandase citaba a la presencia del magistrado), se comprometía a aceptar el fallo de la segunda instancia, sea cual fuera la sanción, si era aceptada por el demandado, se realizaba la *litis contestatio* ante el magistrado, poniendo fin al proceso. Otra Institución que surgió con motivo de la unión de las culturas romana y germánica, fue la querella nullitatis, encontrándose presente en el Derecho medieval italiano. La querella nullitatis era la anulación de una sentencia judicial, es decir que fungía como amparo²⁹.

²⁹ Se realizaron reformas para agilizar el procedimiento medieval italiano, pues este se consideraba paulatino y de esta forma se crearon los juicios sumarios, permitiendo una justicia expedita.

1.12. La excepción en El Salvador

Resulta evidente que la legislación salvadoreña se remonta al siglo XIX, prevaleciendo la tendencia civilista, el Código de Procedimientos Civiles que fue derogado por el Código Procesal Civil y Mercantil, regulaba las excepciones en el Libro Primero, Título II, Capítulo II denominado “De las excepciones”, en los artículos del 128 al 133. El Artículo 128 del C.Pr.C. definía la excepción como “la contradicción por medio de la cual el reo procura diferir o extinguir en todo o parte la acción intentada”. Y el Artículo 129 pretendía realizar una clasificación³⁰ de las excepciones de la siguiente manera en: 1º Perentorias o Dilatorias; y 2º Reales o Personales. Son perentorias, las que extinguen la acción; y Dilatorias, las que difieren o suspenden su curso.

De la anterior clasificación se mencionan algunas que aparecían en el código derogado. Las excepciones perentorias son las que extinguen la acción; por ejemplo la paga, la cosa juzgada, el dolo o vicio en un contrato, la transacción, la prescripción, el pacto de no pedir y otras semejantes, y las que atacan el derecho del demandado o también, los procesos en los cuales el derecho se ejercita³¹. Las excepciones perentorias no suspenden la marcha del procedimiento, ya que su resolución se posterga en todo caso

³⁰ Mauricio Alfredo Clará Recinos, *Ensayos y Batallas Jurídicas* (El Salvador: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2006), 302. Resulta evidente la identificación que realiza el C.Pr.C. al referirse a la excepción como una contradicción identificándola con el derecho de defensa.

³¹ Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. (Argentina: Depalma, 1958), 114-117. En razón de lo expuesto por Couture, son defensas sobre el derecho y no sobre el proceso, lo que ellas constituyen es la defensa de fondo sobre el derecho cuestionado. Toman el nombre de los hechos extintivos de las obligaciones, como el pago, compensación, novación, etc. Cuando no se demanda un hecho extintivo, si no alguna circunstancia que obsta al nacimiento de la obligación, también llevan el nombre de ésta. Dolo, fuerza, error, etc., sino se trata de obligaciones, o cuando tratándose de éstas se invoca simplemente la inexactitud de los hecho o de la inexistencia de la obligación por otros motivos.

para la sentencia definitiva, por tanto, no se deciden *in limine litis* como si se deciden las excepciones dilatorias.

Las excepciones dilatorias son las que difieren o suspenden su curso; como la incompetencia de jurisdicción, la falta de legitimidad en las personas, la exclusión u orden, la oscuridad en la demanda, la contradicción o la acumulación de acciones contrarias o inconexas y la petición antes de tiempo o de modo indebido, es decir, (de *differe*, que significa diferir alargar, prolongar) aquellas que no “matan” el derecho ni el juicio, sino que solo difieren el ejercicio del derecho en el juicio³².

Dentro de las excepciones dilatorias se encuentran las reales, las personales y las mixtas; las reales son aquellas que van inherentes a la cosa de tal manera que pueden oponerse por todos los que tienen interés en la misma cosa, esto es, no solo por deudor, sino también por sus herederos y fiadores, como el pacto general de no pedir y la transacción celebrada por el acreedor con cualquiera de muchos deudores solidarios; las personales se refieren a las que solo pueden oponerse por aquel a quien se ha concedido por ley y no por los demás interesados³³ y las mixtas o anómalas: las que participan de la

³² Las excepciones dilatorias versan sobre el proceso y no sobre el derecho material alegado por el actor. Son como una especie de revisión previa –de carácter preventivo- de cuestiones que obstruirían en lo futuro el desarrollo del proceso. La dilación es una consecuencia y no el contenido de la excepción; ya que ésta es el medio procesal de dilucidar una cuestión que tiene carácter previo, dado que compromete la eficacia y la validez de los actos posteriores. Sobre las excepciones mixtas, como su mismo término lo establece, son una combinación de las excepciones reales y personales, funcionan procesalmente como dilatorias, pero provocan, en caso de ser acogidas, los efectos de las perentorias, sólo tienen carácter previo si se oponen en forma de dilatorias. Pero nada impide que, pasada la oportunidad para deducir la excepción mixta como dilatoria, pueda alegarse como perentoria en la contestación de la demanda. Que evitan en todo caso el debate sobre el derecho expuesto en la demanda

³³ Pallares, *Derecho Procesal Civil...*, 293; Las excepciones personales son las que sólo pueden ser opuestas por determinadas personas de las que figuran en una misma relación jurídica como demandados, enervan por cualquier motivo la relación causal o el acto de creación.

naturaleza de las perentorias y de las dilatorias siendo la transacción, la cosa juzgada, la paga, y todas las demás que acreditan la falta de acción del demandante, por no haberla tenido nunca o haberla ya perdido.

1.13. Relación del derecho procesal con otras ramas del derecho y la interposición de las excepciones.

Fundamentalmente el derecho es una unidad, el hecho que existan ramas jurídicas diversas responde a la necesidad de adaptarlo a los distintos aspectos de la realidad. De acuerdo a los procesos en los que se involucra, el derecho procesal se divide en diversas ramas y por ello se puede hablar de derecho procesal constitucional, derecho procesal civil, derecho procesal penal, etc., cada proceso contiene características específicas y en ese sentido se hace un breve esbozo sobre la conceptualización de las ramas del derecho procesal³⁴.

1.13.1. Derecho Constitucional

La Constitución de la Republica es la expresión de la voluntad del pueblo, jurídicamente organizada, sosteniendo la efectividad del principio de supremacía constitucional, en tanto, el derecho constitucional es el que contiene los principios que inspiran las instituciones procesales, y se define como derecho procesal constitucional, a la disciplina jurídica que se encarga del estudio de la magistratura, jurisdicción, garantías constitucionales y los órganos. Las garantías constitucionales son los instrumentos de carácter

³⁴ Las ramas del derecho tienen como fuente primordial la Constitución, por lo que ninguna otra norma puede contrariarlo, de lo que se destacan algunos preceptos constitucionales, el art. 12 inciso segundo de la Constitución Salvadoreña. prohíbe la auto tutela en relación al art. 181 Cn., al establecer que la administración de justicia será gratuita. Se consigna la llamada garantía de audiencia o derecho fundamental de defensa en el proceso.

procesal que protegen y defienden los valores y principios, así como las normas de carácter fundamental³⁵. Los vínculos que tiene el derecho procesal con el derecho constitucional son incuestionables, debido a que el régimen procesal responde a los principios constitucionales, incidiendo en el sistema procesal que se tiene, al ser el derecho procesal un reflejo del pensamiento político que está plasmado en la Constitución. Expresamente en la Cn. de la República, no se establece la excepción propiamente, sino que se encuentra implícita en el derecho de defensa, igualdad y contradicción, de los que en el capítulo sucesivo se ahondará.

1.13.2. Derecho Administrativo

El derecho administrativo, es una rama del derecho público y también es un auxiliar del derecho procesal, en virtud que es el que se encarga de lo relativo a la organización de los tribunales, atribuciones disciplinarias ya sea a jueces, y a las personas que intervienen en el proceso, como las partes o terceros. Ciertamente es que la organización judicial se encuentra regida sobre la base de solidez administrativa y la influencia que el procedimiento administrativo ha recibido del derecho procesal³⁶, precisamente en El Salvador, existe un orden jurisdiccional específico que conoce de los procedimientos en que sea parte una Administración pública y se aplique el Derecho Administrativo³⁷.

³⁵ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, (Madrid: Marcial Pons, 2013), 57-58, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3384/5.pdf>, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/21.pdf>. Hay una postura sobre la naturaleza del Derecho Procesal Constitucional, que es de autonomía procesal y parte de la teoría general del proceso, se estima que debe haber un acercamiento.

³⁶ Enrique Vescovi, *Teoría General del Proceso* (Colombia: Temis, 1994), 43. Regula la Administración Pública, administrativa y la relación entre los particulares y el aparato público.

³⁷ Gamero Casado, *Derecho Administrativo* (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2001), 5. Conforme al art. 172 de la Constitución le corresponde al Órgano Judicial la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

El objeto del proceso viene delimitado y configurado por los escritos de demanda y contestación, a través de los cuales las partes del proceso exponen los hechos y fundamentos jurídicos que consideran aplicable a la controversia, esta delimitación del objeto del proceso no ofrece singularidad alguna en la sede específica del contencioso administrativo, sino que tal situación es idéntica a la que se produce en el ámbito del derecho civil. Por tanto la relación que existe es de supletoriedad por parte del CPCM en materia administrativa lo que supone la alegación de las excepciones en dicha materia³⁸.

1.13.3. Derecho Civil

El derecho procesal civil y el derecho civil tienen una relación estrecha, ya que las partes al cambiar la relación de derecho material pueden influir en la relación procesal³⁹. Con base a lo anterior, el derecho procesal civil es definido como una disciplina jurídica que estudia el sistema de normas, teniendo como objeto y fin la realización del derecho objetivo. Sobre la relación del derecho procesal y el derecho mercantil, resultan bastante estrechas y en consideraciones análogas que inclusive en nuestra legislación salvadoreña están en el mismo código. El derecho procesal civil como una ciencia (disciplina jurídica) tiene por objeto de estudio la ciencia del derecho procesal civil tiene como objeto de sus investigaciones el derecho procesal civil, destinado a la solución de litigios que son de carácter civil y que además afecta a los particulares⁴⁰.

³⁸ José María Ayala et. al., *Manual de Justicia Administrativa* (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003), 224-225.

³⁹ Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 29ª ed., (México: Porrúa, 2007), 26.

⁴⁰ De Pina, *Instituciones de Derecho Procesal...*, 19. El derecho procesal es la rama de la ciencia jurídica que estudia la naturaleza y eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominado proceso civil.

Es igualmente importante hacer referencia, a la definición de derecho procesal civil, y al respecto Couture, lo define como *“la rama de la ciencia jurídica que estudia la naturaleza, desenvolvimiento y eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominado Proceso Civil”*⁴¹. Esto significa que el proceso es un conjunto de relaciones jurídicas, el cual a su vez, también es una relación jurídica formada por un conjunto de relaciones. Siguiendo esta secuencia, si por relación jurídica se entiende el vínculo que la norma de derecho establece entre el sujeto que tiene el derecho y el sujeto que tiene la obligación se reconoce que el proceso es un conjunto de ligámenes del juez con las partes y de las partes entre sí y en una línea general, el proceso civil es una conducta de realización facultativa, en virtud de existir libertad de parte del pretensor para optar entre promover o no el proceso.

1.13.4. Derecho laboral

Para brindar un esbozo sobre las excepciones en materia de la legislación procesal laboral, es oportuno brindar una definición de derecho del trabajo, siendo este un conjunto de principios y normas que regulan las relaciones entre empresarios y trabajadores y de ambos con el Estado, que derivan tanto de la prestación individual de trabajo como de la acción gremial organizada en defensa de los intereses profesionales⁴². En el CPCM se prevén normas que se refieren expresamente a la interpretación e integración de la norma procesal, temas que son particularmente

⁴¹ Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal...*, 3–4, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/24/pr/pr8.pdf>.

⁴² Benito Pérez, *Derecho del Trabajo* (Argentina: Astrea, 1983), 72. Existe una intervención de parte del Estado para proteger los derechos de los trabajadores, cuyas principios y normas jurídicas tienen por objeto la tutela del trabajo humano, en El Salvador existe el Ministerio de trabajo y Previsión Social que es una institución que brinda servicios de calidad, con calidez y eficiencia a la población trabajadora ejerciendo de manera transparente la gestión pública, y que tiene como base la justicia social, la inclusión y la igualdad de género.

trascendentales en el ámbito del derecho procesal⁴³. Al respecto, la temática de las excepciones se encuentra regulada en el Código de Trabajo⁴⁴ en el Libro Cuarto, denominado Derecho Procesal de Trabajo, Título Primero referente a la Jurisdicción, competencia y capacidad de las partes, y donde se ha destinado un Capítulo Único. De lo anterior, se expone que no hay una enumeración de las excepciones en la legislación procesal laboral; asimismo, a diferencia del CPCM no se habla de excepciones procesales y materiales, sino de excepciones perentorias y dilatorias.

En el art. 369 C.T. se regula a quienes corresponde conocer en primera instancia de las acciones, excepciones y recursos que se ejerciten en juicios o conflictos individuales y en los conflictos colectivos de trabajo de carácter jurídico, que se susciten con base en leyes, decretos, contratos y reglamentos de trabajo y demás normas de carácter laboral, siendo a los Jueces de lo Laboral y a los demás jueces con jurisdicción en materia de trabajo, en el referido art. se expone que conocerán de diligencias de jurisdicción voluntaria a que tales leyes y normas dieran lugar.

En segunda instancia, conocerán las Cámaras de lo Laboral, como en el caso al que se refiere el art. 31 numeral 9 del C.T., conforme a la desocupación de la casa o habitación proporcionada por el patrono, en el término de treinta días contado desde la fecha en que termine el contrato de trabajo por cualquier causa. Respecto a la interposición de las excepciones, la legislación laboral es precisa.

⁴³ Manuel Bellido Aspas et al., *El Derecho Procesal Laboral Salvadoreño y el nuevo Derecho Procesal Civil y Mercantil: Una propuesta hermenéutica* (El Salvador: USAID, 2007), 46, disponible en: <http://www.jurisprudencia.ues.edu.sv/oajc/documentos/aplicaciónsupletoriadelcodigoprocesalcivilymercanti%20enel%20procesolaboral.pdf>.

⁴⁴ Código de Trabajo, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1972). Hasta la actualidad no se ha desarrollado una ley procesal en materia de trabajo, por lo que supletoriamente se aplica el CPCM.

En lo que se refiere al momento de interponer las excepciones, el art. 394 C.T. se refiere a que las excepciones de cualquier clase, podrán oponerse en el momento en que de acuerdo con el Código de Trabajo resulte oportuno, en cualquier estado del juicio y en cualquiera de las instancias, de lo cual su oposición deberá hacerse en forma expresa; no obstante lo anterior, se excluye cuando se refiere a la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón del territorio.

La Sala de lo Civil, es del criterio que para hacer uso de esa institución procesal, y con fundamento a lo dispuesto en el Art. 394 C.T., estas deben ser interpuestas de forma clara y precisa, señalando los hechos concretos que se le imputan al trabajador, para que luego el juzgador, valore la pertinencia y conducencia de la prueba ofrecida y pueda perfectamente establecer la existencia o no de los mismos, así como para permitir a los trabajadores realizar una legítima y adecuada defensa, sobre la base de hechos claros, determinables y puntuales, así como para garantizar el fiel cumplimiento de derechos constitucionales de defensa, contradicción e igualdad⁴⁵.

En el referido artículo se establece que deberá oponerse dentro del término comprendido entre la fecha de la citación a conciliación y la fecha de la audiencia conciliatoria. Opuesta la excepción a la que se hace alusión, el juez suspenderá el proceso y abrirá a pruebas el incidente por dos días. Comprobada la excepción alegada, se declarará incompetente para conocer, dejando a salvo el derecho del actor para entablar su acción ante juez competente y cuando el juez declare sin lugar la excepción de incompetencia de jurisdicción, citará nuevamente a conciliación.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales* (El Salvador: Sala de lo Civil, 2014), 76.

La competencia territorial sólo podrá prorrogarse cuando el demandado no hubiere alegado oportunamente la excepción de incompetencia; pero aun en este caso, en los juicios de única instancia y en los conflictos colectivos de carácter jurídico no podrá prorrogarse, de acuerdo a lo estipulado en el art. 373 C.T. En ese contexto, la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón del territorio se debe oponer antes de la contestación de la demanda, cuando ya se ha opuesto, se suspende el proceso y se abre a pruebas el incidente por dos días.

Comprobada la excepción aludida, el juez se declarará incompetente, dejando a salvo el derecho del actor para entablar su acción ante juez competente. Declarada sin lugar la excepción de incompetencia mencionada, el juez señalará nuevo día y hora para la contestación de la demanda y no tendrán lugar en el juicio de única instancia, las excepciones de informalidad u obscuridad de la demanda.

Asimismo, las demás excepciones, excluyendo la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón del territorio que se opone antes de la contestación de la demanda, podrán oponerse expresamente en cualquier estado del juicio, sólo en primera instancia y sujetándose a la alegación y la prueba de ellas conforme a lo dispuesto en el Art. 436 que alude a la obligación del juzgador en la recepción de las pruebas, de acuerdo a los arts. 428 y 429, ambos del C.T. Cuando se declare procedente la excepción de incompetencia de jurisdicción, podrá interponerse el recurso de apelación⁴⁶ ante la Cámara o Sala respectiva, de acuerdo a lo regulado en el art. 572 C.T., numeral 2.

⁴⁶ Valentín Cortez Domínguez et al., *Derecho Procesal* (España: Tirant to Blanch, 1991), 33. Al respecto del recurso de apelación, Cortez Domínguez expone que es un recurso ordinario que se plantea ante el mismo órgano judicial que dictó la sentencia para ante el órgano judicial inmediato superior.

1.13.5. Derecho de Familia

Resulta pertinente definir que es derecho de familia, para ahondar posteriormente en los aspectos procesales adecuado al derecho salvadoreño, de tal manera que derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones personas y patrimoniales de los miembros de la familia para con ellos y frente a terceros, por la naturaleza de esas relaciones jurídicas entre los sujetos, forma parte del derecho privado, por lo que la intervención de los órganos del Estado es el de ser auxiliar en la aplicación de las normas⁴⁷.

De acuerdo a la jurisprudencia, el derecho de familia es una disciplina especializada, cuya naturaleza difiere con la del derecho civil, por lo que sus normas exigen una interpretación acorde con los fundamentos que la motivan. Al respecto los arts. 8 y 9 C. F. contienen normas orientadoras para la justa interpretación del derecho familiar en armonía con su filosofía. En ese mismo sentido se crearon instituciones auxiliares que coadyuvan al ejercicio eficaz del derecho familiar, tales como los equipos multidisciplinarios⁴⁸.

En derecho de Familia, se cuenta con una legislación procesal que es la Ley Procesal de Familia⁴⁹ donde se desarrollan principios de la doctrina moderna para el cumplimiento eficaz del Código de Familia. En ese contexto, sobre las

⁴⁷ María de Montserrat Pérez Contreras, *Derecho de Familia y Sucesiones* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010), 21, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3270/3.pdf>, (Consultado el 10 de diciembre de 2015). De tal manera que el derecho de familia está referido a normas de orden público e interés social para la protección de la familia y sus integrantes

⁴⁸ Cámara de Familia de la Sección del Centro, Sentencia Definitiva, *Referencia: 234-A-200, Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho Procesal de Familia* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2007), 1.

⁴⁹ Ley Procesal de Familia de El Salvador, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1994). En la legislación procesal de familia no hay vigencia absoluta del principio dispositivo, es mixto, es dispositivo en su inicio y oficioso en el trámite. Art. 3 LPF.

excepciones que se regulan en la L.Pr.F. a diferencia del CPCM no se habla de excepciones procesales y materiales, sino de excepciones perentorias y dilatorias, advirtiéndose que el momento pertinente para resolver sobre las excepciones dilatorias o perentorias alegadas, y conforme al art. 106 L.Pr.F., es hasta la Audiencia Preliminar, en donde el Juez, previa citación de las partes, iniciará la misma con la fase conciliatoria. Posteriormente prosigue a la fase saneadora, en donde se resolverá lo referente a las excepciones que hubieren sido interpuestas. De acuerdo a la Cámara de Familia de San Salvador, se debe realizar primero el examen previo de la demanda, su contestación y reconvención, para posteriormente citar a las partes a la Audiencia Preliminar en donde se probarían las excepciones interpuestas y se resolvería sobre las mismas.

Ley Procesal de Familia es una legislación especial, por lo que no es procedente integrarla supletoriamente con el Código Procesal Civil y Mercantil, según lo dispone el art. 20 CPCM y bajo la óptica que “[...] la Ley Procesal de Familia no regula cuando se ha prorrogado la competencia, pues el Art. 63 L.Pr.F., se limita a señalar que no hay conflicto de competencia si ésta se ha prorrogado”

Si bien la ley especial no deja de manifiesto el momento en que se entiende prorrogada la competencia, lo destacable es la interposición de la excepción de falta de competencia territorial por la parte demandada, haciendo uso de la prerrogativa del art. 50 de la misma Ley Procesal de Familia, que a su letra reza: “El demandado al contestar la demanda, deberá alegar todas las excepciones dilatorias o perentorias que obren a su favor.” Por lo tanto es incongruente aplicar lo dispuesto en el art. 42 CPCM en cuanto al momento procesal en el que deben alegarse las excepciones de la clase que fueren, ya que por principio la ley especial privará sobre la ley general. De tal

manera que no debe perderse de vista que el legislador sí resolvió que en los procesos de familia, que las excepciones debían oponerse de forma conjunta con la contestación de la demanda⁵⁰.

Al respecto, sobre las excepciones la Cámara considera, que -al margen de la denominación que se haga y el tipo de excepción que se alega-, si se toman en cuenta los elementos o argumentos en que se basan las mismas, se advierte que no son más que una mera oposición o contradicción de lo planteado en la demanda, es decir, tales argumentos se reducen a una alegación que será objeto de discusión en el proceso y no se refieren a hechos o circunstancias propias de una excepción, sobre todo respecto de la segunda (mal llamada) excepción. Al respecto de la excepción de cosa juzgada, opera en el caso de que los hechos sometidos al proceso ya hayan sido juzgados con antelación, no pudiendo conocer de nuevo sobre la misma causa, Art. 11 y 12 Cn.. En este caso debe existir identidad de partes, de causa y de objeto⁵¹.

Por tanto, siendo la interposición de excepciones un mecanismo de defensa no es integrante de la reconvencción, los vicios que contengan los diferentes

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, *Sentencia Definitiva, Referencia: 150-COM-201*, (EL Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015).

⁵¹ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia Definitiva, Referencia: CF01-86-A-2005*, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de Derecho Procesal de Familia (El Salvador: Corte de Suprema, 2010). Se establece que “*lo que no ocurre en el sub iudice, ya que algunos hechos narrados, de donde se origina la separación, fueron discutidos en un procedimiento de Violencia Intrafamiliar, pero actualmente se conoce del divorcio, por tanto la causa y objeto del proceso son diferentes, ya que se alega como causal la separación y el objeto del proceso son diferentes, ya que se alega como causal la separación y el objeto de la pretensión es el divorcio, no la atribución de la violencia, aunque se trate de las mismas partes. Por tanto esa excepción puede ser rechazada in limine, sin oír a la otra parte, por resultarle favorable la resolución Arts. 1118 C. Pr. C. y 3 lit. "b" L. Pr. F.; no siendo necesario esperar hasta la sentencia, desgastando inútilmente la actividad jurisdiccional. (...) Admitir y darle trámite a los argumentos esgrimidos como excepciones, sería un exceso de formalismo, puesto que por las razones expuestas en esencia no lo son, y el juzgador tiene facultades para calificar las mismas, resolverlas y evitar diligencias innecesarias*”.

mecanismos de defensa entre estos la interposición de excepciones- en nada deberían afectar a la reconvención cuyos requisitos son los señalados en el Art. 42 L.Pr.F.; esto no es así respecto al plazo de presentación, ya que es el mismo para ambos, al respecto es preciso indicar que en materia de familia las excepciones deben interponerse al contestar la demanda, atendiendo al principio de concentración, Art. 50 L.Pr.F.⁵².

1.13.6 Derecho penal

Las excepciones en materia de derecho procesal penal, se encuentran reguladas en Libro Segundo, denominado Procedimiento Común, Título I, Capítulo VI, denominado las excepciones, en los arts. 312 y ss del Código Procesal Penal⁵³, en dicho cuerpo normativo no hay una dispersión de las excepciones como sucede en la legislación procesal civil, es importante una clasificación por la diferencia que existe entre los efectos que producen) en el que se establecen las excepciones que pueden oponer las partes, excepciones que son de previo y especial pronunciamiento, a partir de la audiencia inicial: a) Incompetencia (de naturaleza procesal); b) Falta de acción (naturaleza procesal), porque ésta no se pudo promover, no fue iniciada legalmente o no puede proseguir; c) Extinción de la acción penal (naturaleza material); y, d) Cosa juzgada (excepción de naturaleza material), estas últimas suponen, el sobreseimiento definitivo del proceso.

⁵² Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia Definitiva, Referencia 73-A-2004*, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de Derecho Procesal de Familia (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2010). De acuerdo a la sentencia que se relaciona resulta no válido aceptar el criterio de prórroga de la competencia por haberse interpuesto la excepción junto con la contestación y menos porque no se haya dicho expresamente que de no hacerse lugar a la excepción se contestaba la demanda, como lo afirmó la apelante; sin embargo este vicio quedó tácitamente saneado al haber aceptado la parte apelada la resolución relacionada, sin haber interpuesto el recurso de impugnación correspondiente.

⁵³ Código Procesal Penal de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2008). Su decreto se debió a la necesidad de crear un código con un proceso sencillo, con celeridad y con respeto de las garantías constitucionales.

A partir del auto de instrucción y hasta la audiencia preliminar, las partes podrán interponer la excepción de incompetencia por razón del territorio y ante la concurrencia de dos o más excepciones, se interpondrán conjuntamente. Su oposición es de carácter previo a la oposición de fondo, pero difiriendo en sus efectos. En materia penal las excepciones pueden ser invocadas por ambas partes y no solo ser opuestas por el sujeto pasivo de la relación procesal, como sucede en el proceso civil y se distinguen entre excepciones perentorias y dilatorias, las primeras impiden el desarrollo del proceso por faltar un presupuesto de la relación jurídico procesal; mientras que las excepciones perentorias cuestionan el fondo⁵⁴.

Al respecto, la Cámara de lo Penal, sobre las excepciones establece que "...considera este Tribunal que la excepción como dice el autor Alfredo Vélez Mariconde, es el derecho de impugnar, provisional o definitivamente, la constitución o el desarrollo de la relación procesal, denunciando algún obstáculo o deficiencia que se base directamente en una norma de derecho.

En ese contexto, no se provoca el examen del hecho imputado sino que, en virtud de otro hecho jurídico, se trata de evitarlo; su objeto puede ser una ley o un decreto, un acto jurídico procesal, una instancia privada, un proceso pendiente, la potestad jurisdiccional que se ejerce, la competencia del Juez, la capacidad para ser parte o la capacidad procesal del acusador, lo mismo que cualquier causar que extinga la pretensión represiva; y merece un tratamiento legal específico: puede ser de previo y especial pronunciamiento.

Doctrinariamente, las excepciones se han clasificado en dilatorias y perentorias, lo que en términos generales significa que tienen por fin impedir

⁵⁴ José María Casado Pérez et. al., Código Procesal Penal Comentado (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2014), 163.

provisoria o definitivamente la prosecución de un proceso, por entender que este carece de alguno de los presupuestos procesales establecidos por el ordenamiento jurídico procesal. Dentro de la legislación procesal penal, las excepciones dilatorias, como su nombre lo indica, tiene como finalidad impedir el surgimiento o desarrollo de la relación procesal. Tienen como principal efecto el estancamiento o la paralización del proceso, hasta que desaparezca el hecho generador. En este supuesto, el juez debe archivar el proceso previa la fundamentación respectiva y está facultado para reabrir el mismo una vez que la causa haya desaparecido o se haya subsanado el mencionado requisito; en cambio las excepciones perentorias, tienen como finalidad el dictado de un impacto procesal de mayor magnitud que las excepciones dilatorias, pues como se mencionó, atacan el fondo del asunto, de tal forma que al admitirse y declararse ha lugar alguna de ellas, deberá consecuentemente decretarse un sobreseimiento de carácter definitivo⁵⁵.

Por tanto, las excepciones dilatorias se oponen cuando la acción penal ha sido promovida incorrectamente por no haberse cumplido un requisito objetivo de procesabilidad, como en el caso de los delitos perseguibles previa instancia particular que únicamente se persiguen por petición de la víctima o el representante legal en caso del incapaz

Se destaca que, en materia procesal civil la excepción deja prejuzgada la acción, por el contrario en procesal penal, salvo en el casos de falta de competencia o falta de acción (que puede subsanarse) siempre se produce el doble efecto de impedir la continuación del proceso y producir la cosa juzgada, lo que provoca el efecto de absolución definitiva, en virtud de afectar la posibilidad misma de exigir responsabilidad penal.

⁵⁵ Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, *Sentencia Definitiva, Referencia Ine.75-12* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2012).

CAPITULO II

EL DERECHO DE ACCION, LA EXCEPCIÓN Y SU VINCULACION CON LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE LO SUSTENTAN

El desarrollo del presente capítulo tiene como propósito destacar la relación que existe entre el derecho de acción y la excepción, así como su vinculación con la normativa constitucional misma de donde surgen los principios que rigen las leyes secundarias; contiene definiciones del concepto de acción, las teorías que derivan de la acción, como son la teoría dualista y monista, la naturaleza y objeto de la excepción, los elementos que le componen, la diversas definiciones brindadas por la doctrina y los principios constitucionales de defensa, audiencia e igualdad que sustentan la alegación de excepciones.

2.1. Generalidades del derecho de acción y la excepción

Se aborda la fundamentación de los aspectos del derecho de acción y la excepción, así como su vinculación, desarrollando de manera organizada definiciones, naturaleza y elementos, así como las teorías que les sustentan, expuestas por diversos autores que permita respaldar la investigación y reflejar la proyección del trabajo de grado.

2.2. Definición del derecho de acción

La acción es un derecho público y subjetivo, el cual deriva de preceptos constitucionales que prohíben la autodefensa y que crean los órganos específicos quienes se encargan del ejercicio de la función jurisdiccional. En

la doble facultad que tiene el derecho de acción, una es la inicial, la de provocar la actividad jurisdiccional lo que da vida al proceso y la otra se deriva de la constitución del proceso, que permite a su titular la realización de los actos procesales que le son inherentes⁵⁶.

La acción surgió como un atributo del derecho y se agregó tradicionalmente también que la excepción era un atributo propio del derecho que le permitía defenderse en la lucha judicial. Se añadieron los dísticos “el juez de la acción es el juez de la excepción” o “tanto dura la acción tanto dura excepción”, lo cual refleja que van emparejadas, ya que es claro que no se puede alegar una excepción si no ha habido un individuo que ponga en movimiento el órgano jurisdiccional a través de una acción. Ha sido dominante este paralelo entre acción y excepción. Adentrando siempre en la acción, propiamente dicha está dirigida a la realización de la función jurisdiccional a través de un propio y verdadero proceso⁵⁷.

2.3. Naturaleza jurídica del derecho de acción

Se funda a la acción en el derecho que se reclama y es pretendido en el juicio, pudiendo ser de mera declaración o ejecución, es por eso que es el Estado quien tiene la tutela del ordenamiento jurídico, y quien a lo largo de un proceso histórico extenso, ha prohibido que se use la violencia para defender un derecho, lo que viene a ser esa función jurisdiccional que desempeña; siendo el Estado el que interviene para proteger un derecho que el individuo considera lesionado y cuando no fuere posible la solución pacífica del conflicto. El individuo sabe que tiene esa facultad y recurre a él

⁵⁶ De Pina, *Instituciones de Derecho Procesal...*, 153. La acción al ser la facultad de impulsar la actividad jurisdiccional, en cuanto es ejercitada, quien resuelve es el juzgador.

⁵⁷ Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974), 57

para que le proteja su derecho. A esta facultad se designa en doctrina con el nombre de acción y ella se ejerce en un instrumento adecuado al efecto que se denomina proceso⁵⁸, el cual surge dentro del Derecho Público.

2.4. Teorías de la acción

Se conciben dos teorías de la acción, la primera de ellas es la llamada teoría clásica o monista, la cual se identifica con el derecho sustancial y la teoría dualista, de ambas se hace un esbozo y diferenciación.

2.4.1. Teoría Monista

La teoría monista, confunde la acción con el derecho material o bien eliminan a éste. Hasta mediados del siglo XIX, predominó la doctrina que identificaba la acción con el derecho subjetivo material (doctrina derivada de Roma), en la que predomina la idea de este último; con respecto a la multiplicidad de doctrinas que, diferenciando a la acción del derecho subjetivo material, difieren entre ellas, aparece una doctrina –que es aprovechada por la política– que niega la existencia del derecho subjetivo. En Alemania, a partir de 1932 se desarrolló la doctrina política nacional-socialista. Se niega a la acción toda calidad de derecho subjetivo frente o contra el Estado, por negar también que éste cumpla en el proceso con un deber especial de protección, y si, al contrario, con uno de tipo general (misión general de protección jurídica)⁵⁹.

⁵⁸ Alsina, *Tratado Teórico Práctico...*, 302.

⁵⁹ Fairén Guillen, *Teoría General del Derecho...*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/96/5/6.pdf>. Esta doctrina es una manifestación de la tendencia doctrinal alemana de lucha contra el derecho subjetivo, es la teoría unitaria de la acción y el derecho. Constituye la primera teoría de la acción, a través de la cual la acción es un derecho autónomo y diverso del derecho sustancial, en virtud que el sujeto pasivo es el Estado y quien es el destinatario de la acción.

2.4.2. Teoría Dualista

Es Savigny⁶⁰, quien presentó la acción con un doble sentido: Uno material (objeto del juicio, derecho de acción); y otro formal (demanda), que era como él lo entendió de fuente romana aunque en la etapa formularia la acción no tenía precisamente esa dimensión que fue mayoritariamente seguida sin mayores reparos.

La noción de derecho subjetivo aparece en el siglo XVII con Grocio luego del debate entre De Ockham y el Papa Juan XXII. Es evidente que el sentido privatista de la acción marcaba su composición de fondo (derecho de acción, objeto de juicio hoy entendido como pretensión) y de forma (acto escrito que inicia un juicio, hoy entendido como demanda) muy armonizada con la tesis contractualista del proceso. La diferenciación privatista entre fondo y forma es manante de muchos problemas en el mundo procesal de los que este solo se libra si supera la conceptualización contractualista del proceso y entiende que en sus adentros le es tan propio lo subjetivo material y lo subjetivo procesal. Esa dualidad de la acción solo se explica si se separa claramente lo material de lo procesal.

En un plano sustancial, en el que el acaecimiento de la regla jurídica en la juridización del hecho, o mejor, de la “causalidad jurídica” que da lugar, entre sus diversos efectos al derecho subjetivo material y al derecho público subjetivo, en cada caso de acción: material y procesal, respectivamente. La dualidad de la acción es la perspectiva dominante en diversos ordenamientos del *civil law*, pero es la doctrina brasileña la que presenta un mayor y

⁶⁰ Roberto González Álvarez, *El Principio Fundamental de Acción Nuevo Paradigma de la Ciencia Procesal* (Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2007), 202, <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/art.6-gonzalez>. Según Savigny ante la violación del derecho sustancial, esto originaba otro derecho donde el violador del derecho tenía la obligación de cesar. El hecho de que las teorizaciones de la acción sean aquellas sean parceladas en el derecho material y procesal o no, no dejan de reflejar su correspondencia al derecho subjetivo.

constantemente renovado debate sobre la acción de derecho material y la acción procesal.

2.5. Definiciones de excepción

En primer momento se debe conocer la etimología de Derecho para ahondar en el desarrollo del Derecho Procesal, así tomado en su sentido etimológico, Derecho proviene del latín *directum* (directo, derecho) a su vez del latín *dirigere* (enderezar, dirigir, ordenar, guiar).

Es de hacer notar además que, el derecho procesal se estudia desde dos puntos, el primero en sentido estricto y entendido como el estudio de una o más instituciones del derecho procesal que han sido reglamentadas en los ordenamientos procesales, su estudio práctico es la aplicación en las diversas instituciones y que se reglamente de forma particular en cada código de procedimiento, como consecuencia deviene su estudio en las ramas del derecho procesal, como el civil, laboral y demás y en ese sentido general es el estudio de la ciencia jurídica, así como de las distintas instituciones que lo conforman⁶¹.

En ese contexto, Devis Echandia lo define como *“la rama del derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que por tanto fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados para*

⁶¹ Julio Alberto Tarazona Navas, *La Enseñanza del Derecho Procesal: Ritualismo o Efectividad del Derecho Sustancial* (Colombia: Librería del Procesal, 1999), 41-44. Definición de derecho procesal que engloba aspectos normativos y principios.

*ejergerla*⁶². Mientras que para Guasp, “...es pues, el conjunto de normas que tienen por objeto el proceso o que recaen sobre el proceso⁶³”. Se recogen diversas definiciones y Pallares expresa que debe entenderse como tal al “conjunto de verdades, principios y doctrinas cuyo objeto es el proceso jurisdiccional y las instituciones jurídicas relacionadas directamente con él y su objetivo específico es el proceso jurisdiccional⁶⁴, de ello se acota, que si bien le componen los tres puntos resaltados por el autor se enfoca en el proceso jurisdiccional, salta a la vista entonces su trascendencia social y política.

De acuerdo a Cabrera Acosta, respecto a la teoría general del proceso expresa que es “el estudio de los principios, derechos, facultades, cargas, obligaciones, que en desarrollo del proceso, con ocasión de la jurisdicción son comunes a todos los procesos y a todos los procedimientos, y cuya observancia corresponde al juez y a las partes⁶⁵”.

En razón de ello, se denomina excepción a la oposición que el demandado formula frente a la demanda, pueden ser definitivas o provisionales, se realiza mediante el ejercicio de la acción ante el órgano jurisdiccional ya que los ciudadanos no puede ejercer justicia por si solos, ya sea para contradecir el derecho material que el actor pretende hacer valer, con el objeto de una absolución total o parcial que en la sentencia ha de poner término a la

⁶² Hernando Devis Echandia, *Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso*, 14ª ed. (Colombia: Editorial ABC, 1996), 5. Hace referencia a quienes son los sujetos que intervienen y que conocerán los juzgadores competentes.

⁶³ Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil, Introducción y Parte General*, (España: Instituto de Estudios Políticos, 1968), 30.

⁶⁴ Pallares, *Derecho Procesal Civil*, 9. En efecto, es a través de los procesos que el Estado administra justicia, manteniéndola para que las sociedades subsistan y progresen.

⁶⁵ Benigno H. Cabrera Acosta, *Teoría General del Proceso y de la Prueba* (Colombia: Librería Jurídicas Wilches, 1988), 6. Al dar esta definición el autor se decanta por un sentido más genérico.

relación procesal, definición que se aborda desde una óptica amplia⁶⁶. De lo anterior se puede determinar que al ser la excepción una oposición, que sin negar el fundamento de la demanda, trata de impedir la prosecución del juicio.

De acuerdo a Ovalle Favela⁶⁷, la excepción es una figura jurídica que la doctrina ha visto desde dos ángulos diferentes. El primero de ellos es en sentido abstracto, en el que la excepción es el poder que tiene el demandado de oponer, frente a la pretensión del actor, cuestiones que obstaculizan un pronunciamiento de fondo que el juzgador debe de hacer respecto de la pretensión, o bien que, el pronunciamiento traiga como resultado la absolución del demandado, que fue la persona que hizo valer en su favor la excepción. Se hace valer una excepción cuando se tiene en cuenta efectivamente la posibilidad de formular cuestiones que son contrarias a la pretensión del actor, con independencia de que se ejerza o no ese poder e independientemente de la fundamentación o sin justificación de las cuestiones que se hayan opuesto.

El segundo ángulo desde donde se contempla a la excepción es en sentido concreto, manifestando Ovalle Favela, que la excepción vista desde esta plataforma, se objetiviza en las cuestiones concretas que el demandado plantea frente a la pretensión del actor, con dos finalidades, la primera de ellas:

a) Oponerse a que la secuela procesal continúe, argumentando como razón de esta posición, que no se han satisfecho en su totalidad todos y cada uno

⁶⁶ De Pina, *Instituciones de Derecho Procesal...*, 147. conforme a lo que se expone, la excepción no debe confundirse con un derecho.

⁶⁷ José Ovalle Favela, *Derecho Procesal Civil.*, 7ª ed. (México: Oxford, 1997), 70-71.

de los presupuestos procesales, como requisitos mínimos necesarios que deben considerarse y;

b) Oponerse al reconocimiento del juzgador de la fundamentación de la pretensión que persigue la parte actora, con base en la existencia de hechos extintivos, modificativos o impeditivos de la relación jurídica descrita por el actor en su demanda.

Para Couture, las mismas doctrinas consideradas para el caso de la acción, se pueden hacer extensivas al concepto de excepción⁶⁸. Mientras que para Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, la excepción comprende desde el punto de vista doctrinal y sentido amplísimo, cualquier defensa del demandado, incluso la simple negación del fundamento de la demanda; en sentido más estricto, comprende- cualquier defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluye sus efectos jurídicos.

En un sentido todavía más restringido, comprende sólo la oposición de hechos que por sí mismos no excluyen la acción, pero que dan al demandado el poder jurídico de anularla. En este último sentido la excepción llámase sustancial.

La excepción en sentido sustancial se presenta como una contraposición frente a la acción, cuando no existe un hecho constitutivo y normalmente cuando existe un hecho impeditivo o extintivo, no existe la acción y por lo mismo, la demanda es infundada; en este caso la acción puede existir o no,

⁶⁸ Eduardo J. Couture, *Teoría General del Proceso*, 10ª ed. (México, 2001), 299. Para dicho autor, la naturaleza de la excepción, al igual que la de la acción, es la de un derecho abstracto de contradicción.

según que el demandado haga o no uso de su oposición⁶⁹, precisamente porque a través de la acción se pone en movimiento al órgano jurisdiccional.

Ugo Rocco brinda una definición amplia de excepción y de acorde a la legislación salvadoreña, manifestando que es “*la facultad procesal comprendida en el derecho de contradicción en el juicio, que corresponde al demandado, de pedir que los órganos jurisdiccionales declaren cierta la existencia de un hecho jurídico que produce efectos jurídicos relevantes, frente a la acción ejercida por el actor*”⁷⁰.

2.6. Naturaleza y objeto de la excepción

Al respecto de la naturaleza de la excepción, en un principio se le consideraba como un derecho independiente en los tiempos del derecho romano, sin embargo, con el paso del tiempo se le reconoció como un derecho concreto correspondiente al demandado, en épocas posteriores se le considero un derecho abstracto, es decir, derecho que tienen todos los ciudadanos, y finalmente, se le considera hoy en día como un poder jurídico, como una potestad de todos los ciudadanos para acudir a un órgano jurisdiccional para ejercer un derecho de anulación en contra los derechos del actor.

El objeto de la excepción es el de evitar la paralización que realiza el actor como resultado concreto del proceso que ha promovido, lo que hace el

⁶⁹ De Pina, *Instituciones de Derecho Procesal...*, 171-172. La postura adoptada por Couture es que la excepción es un poder jurídico.

⁷⁰ Ugo Rocco, *Tratado de Derecho Procesal Civil: Parte General* (Colombia: Temesis, 1969), 324. Se acota el pensamiento de Jorge Claria Olmedo, en el que se refiere a la terminología de contradicción, exponiendo que es el efecto de la instancia procesal manifestándose en ser contralor de las pruebas y discusión final de la casusa y el concepto de defensa resulta demasiado amplia, el último también es utilizado por Alsina.

demandado es evitarlo, pudiendo objetar el proceso en su inicio o desarrollo y plantear sus peticiones ante el órgano jurisdiccional al igual que lo hizo el actor contra quien se plantearan las excepciones que se consideren convenientes. El actor promueve la acción y el demandado plantea las excepciones, ya sean de carácter procesal o material, teniendo en común la obtención de una decisión de mérito, es decir persiguen que el tribunal decida sobre las cuestiones que se han planteado⁷¹.

2.7. Elementos de la excepción

Con el objeto de entender mejor lo que es la excepción es conveniente desglosarla en todo aquello que forma parte de la o es necesario para que exista⁷²:

a) Es una facultad que tiene el demandado: con lo que busca defenderse o contradecir todo lo que en la demanda se ejerce en contra de él;

b) Presencia de la excepción: Es importante señalar que la excepción es un fenómeno que se presenta dentro del proceso, pues este derecho no se actualiza sino hasta el momento que se hace valer y esto ocurre únicamente dentro de un proceso.

c) Su interposición: La excepción al ser un derecho con naturaleza de poder jurídico, no se hace valer directamente en contra del sujeto que tiene la calidad de actor, sino que se encauza por intermediación del Juez, sin embargo, los efectos de este derecho recaerán en el actor.

⁷¹ Véscovi, *Teoría General del Proceso*, 314-316. El demandado puede alegar sus excepciones en los plazos establecidos por la ley.

⁷² Como se ha expuesto, la excepción es un derecho subjetivo del demandado, una facultad para contradecir lo que contra él expone el actor.

e) Su finalidad: Es detener el proceso lo que puede tener efectos provisionales o definitivos según sea el caso o que en su caso, se dicte una sentencia absolutoria favorable al que opone la excepción.

f) Independencia en el requisito de oponer una excepción cuando se tiene o no razón sobre ella: En ese sentido, al estar facultado por la legislación, el demandado puede alegar excepciones aun y cuando parezca ser que no prosperarán.

g) Su objeto: Si bien es cierto que la excepción es una contrapartida de la acción, no se limita a combatir la acción, pues en realidad puede contradecir cualquier aspecto relacionado con la acción o con la demanda que favorezca a quien intenta la excepción, o que por lo menos lleve la intención de favorecerle.

h) Titular: Precisamente es el demandado o contrademandado que puede ser una persona física o jurídica según sea el caso.

2.8. Relación entre el derecho de acción y la excepción

La acción es un derecho público y subjetivo, el cual deriva de preceptos constitucionales que prohíben la autodefensa y que crean los órganos específicos quienes son los encargados del ejercicio de la función jurisdiccional. En la doble facultad que tiene el derecho de acción, la inicial es la de provocar la actividad jurisdiccional, que es lo que da vida al proceso y la otra, se deriva de la constitución del proceso que permite a su titular la realización de los actos procesales que le son inherentes⁷³.

⁷³ De Pina, *Instituciones de Derecho Procesal...*,153. La acción permite en primer momento, poner en funcionamiento el órgano jurisdiccional y luego de realizar actos procesales de acuerdo a la legitimidad de las partes.

Para establecer la relación entre el derecho de acción y la excepción, se debe tener en cuenta que así como el actor, en el ejercicio del derecho de acción, tiene la facultad de pretender de los órganos jurisdiccionales, la declaración de las relaciones jurídicas, concretas y substanciales, -facultad a la que corresponde la obligación jurídica del Estado de prestar la actividad jurisdiccional- de igual forma el demandado tiene derecho de pretender del Juez la declaración de las relaciones jurídicas concretas y substanciales deducida en juicios.

Su ejercicio en un proceso lo que ha hecho que los autores en esta materia hagan uso de la sutil distinción del derecho procesal y del derecho material, es decir, tanto el actor por medio de la acción, como el demandado por medio de la excepción, tienen un derecho al proceso y es a este derecho al que se hace referencia

Radica en que hay que emplear la terminología al llamar procesal al derecho de defenderse y material o substancial al derecho defendido, aun cuando aquél es en cierto modo un derecho substancial y en muchos aspectos lo es más que el derecho que se debate en juicio. La acción surgió como un atributo del derecho y se agregó tradicionalmente también que la excepción era un atributo propio del derecho que le permitía defenderse en la lucha judicial. Se añadieron los dísticos “el juez de la acción es el juez de la excepción” o “tanto dura la acción tanto dura excepción”, lo cual refleja que van emparejadas.

Es claro que no se puede alegar una excepción si no ha habido un individuo que ponga en movimiento el órgano jurisdiccional a través de una acción. Ha sido dominante este paralelo entre acción y excepción. Adentrando siempre en la acción, propiamente dicha está dirigida a la realización de la función

jurisdiccional a través de un propio y verdadero proceso. Conforme a lo anterior, el derecho de acción y la excepción no son opuestos, se trata de aspectos que se complementan, el derecho de acción se otorga a todo justiciable tanto para iniciar como continuar el proceso hasta sus últimas etapas, la acción posee un doble carácter correspondiendo a las dos partes, en cuanto que la defensa también le corresponde a todo justiciable, de tal manera que complementa a la acción ya que impide que los propios justiciables sean afectados en sus cargas y derechos procesales, dándoles la misma participación para que el juez realice los actos necesarios para la afirmación y demostración de sus pretensiones respectivas⁷⁴.

2.9. Principios constitucionales estrechamente relacionados a la excepción

Los principios constitucionales son ampliamente conocidos y sirven de base al legislador en la regulación de procedimientos, pueden aparecer de forma explícita en las leyes procesales o no, también pueden desprenderse de la expresión normativa, puede operar como elementos de interpretación de las normas procesales en situaciones conflictivas y permiten hacer una remisión al estudio histórico y comparativo de diferentes legislaciones procesales, esto con el afán de entender las leyes procesales pasadas en función de principios y sistemas que les eran comunes y su respectiva evolución hasta la actualidad⁷⁵, puede notarse lo relevante que resulta avocarse a las mismas en respeto de que las legislaciones sean constitucionales.

⁷⁴ Fix-Zamudio, *Constitución y Proceso Civil...*, 57-60. Fix-Zamudio utiliza el término de defensa para referirse a la excepción, ya que manifiesta que estas últimas tienen una equivalencia similar a la de las pretensiones respecto de la acción, en virtud que constituyen el desarrollo legal de ese derecho constitucional de defensa, debiendo existir un individuo que ponga en movimiento el órgano jurisdiccional.

⁷⁵ Roland Arazi, *Derecho Procesal Civil y Comercial: Partes General y Especial*, 2ª ed. (Argentina: Astrea, 1995), 135-137.

Siendo el proceso el mecanismo diseñado por el legislador, como encargado de garantizar los derechos que van a ser controvertidos conforme a la ley, debiendo cimentarse sobre una serie de principios constitucionalmente configurados entre los que se encuentran el de garantía de audiencia, y que contiene el derecho de defensa, e igualdad⁷⁶. La Constitución incorpora el sistema de valores esenciales que constituye el orden de convivencia política, por ser una norma cualitativamente de las demás, una norma fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico; en ese sentido, su naturaleza de superior se refleja en la necesidad que conforme a ella sea interpretado todo el ordenamiento jurídico.

2.9.1. Principio de defensa

Como se advertirá en los capítulos sucesivos, de este principio se recoge la excepción, es decir, se encuentra implícito dentro del derecho de defensa como un mecanismo que tiene el demandado ante las pretensiones del actor.

El principio de defensa, como garantía constitucional fundamental, tiende a resguardar la libertad del individuo; en ese sentido, la SC advierte que "...es conveniente acotar que la jurisprudencia de este Tribunal —v.gr., la sentencia de Inc. 40-2009, pronunciada el 12-XI-2010— ha sostenido que el derecho de defensa implica las posibilidades de participar en un proceso informado por el principio de contradicción, en el cual las partes puedan ser oídas en igualdad y utilizar las pruebas pertinentes en su defensa, de modo que no se les impida aproximar al juez el material probatorio que considere pertinente para su defensa.

⁷⁶ Sala de lo Civil, *Sentencia Definitiva, Referencia 182-C-2005* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2006), 3. Además se manifiesta que el ritualismo procesal no debe llevarse al extremo de la indefensión, de tal forma que sus derechos les sean garantizados.

Esta actividad procesal de parte viene encauzada por las reglas del proceso y se corresponde con la obligación del juez de procurar su regular desenvolvimiento, de modo que no se genere indefensión en ninguna de sus fases y para ninguna de las partes. De esta definición puede colegirse que el derecho de defensa lleva ínsito la igualdad de armas y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes⁷⁷.

El derecho de defensa constituye la más amplia de todas las garantías del proceso, siendo un resultado que se produce a consecuencia de la efectiva realización con todos los demás derechos, además su aplicación es la totalidad de procesos. Este derecho implica el respeto de los órganos jurisdiccionales y la tutela por parte de ellos, así como la necesidad que la defensa sea efectiva en todas las fases del proceso para no afectar los derechos e intereses legítimos⁷⁸.

2.9.2. Principio de audiencia

El principio constitucional de audiencia, es el derecho a ser oído en juicio, y supone que las partes dentro del proceso conozcan las resoluciones y además tengan acceso al proceso en todas las etapas del mismo, de tal manera que la falta de audiencia constituye un defecto procesal; en continuidad a dicha definición, sobre el principio de contradicción, Palacio dice que es aquél que prohíbe a los Jueces dictar alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella⁷⁹.

⁷⁷ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia 642-99* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2001).

⁷⁸ Cuadernos de Derecho Judicial: Principios Constitucionales en el Proceso..., 169.

⁷⁹ Lino E. Palacio, *Derecho Procesal Civil* (México: Abeledo - Perrot, 1975), 263. en vista que se vulneran derechos constitucionales.

2.9.3. Principio de igualdad

La igualdad ante la ley constituye una garantía constitucional, la cual consiste en no establecer excepciones de lo que se concede a unos y a otros en igualdad de condiciones y circunstancias, de tal manera que puede haber también una contemplación distinta, donde se notan situaciones que se consideren diferentes, con la observancia de no discriminar, ni ceder privilegios a personas o grupos⁸⁰.

Este principio encuentra su fundamento en el art. 3 de la Cn., de tal manera que se considera relacionado en tanto el actor tiene derechos como también le asisten al demandado para que ejerza su defensa. Asimismo, existen algunas perspectivas sobre la igualdad, la cual puede ser estudiada desde tres niveles distintos de análisis:

Perspectiva lógica-lingüística: El vocablo igualdad proviene del latín *aequalitas* y tiene dos significados generales, significa conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad, así como correspondencia o proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen un todo. Para el ámbito de las Ciencias Sociales, es importante recordar que cuando se utiliza el término igualdad normalmente se hace en un sentido normativo y no descriptivo atendiendo el contexto en el que se desarrollan los sujetos objeto de derecho⁸¹. Es decir, cuando se dice que dos personas son iguales ante la ley lo que en realidad se expresa es que la ley debería tratarlas como iguales (las personas viven en distintas circunstancias y por ello es que la igualdad es en sentido

⁸⁰ Arazi, *Derecho Procesal Civil...*, 138.

⁸¹ Miguel Carbonell, *Los Derechos Fundamentales en México* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004), 164-165.

normativo), porque de otra manera esa ley estaría violando la Constitución y/o Tratados Internacionales. Perspectiva filosófico-política: Se trata de encontrar la justificación de la igualdad como valor a proteger, y de elegir entre los distintos tipos de igualdad⁸² y la perspectiva jurídica se refiere al principio de igualdad ante la ley, en el sentido que es un mandato dirigido al legislador para que no establezca en los textos legales diferencias no razonables o no justificadas para personas que se encuentran en la misma situación, o para que no regule de la misma manera y de forma injustificada a personas que se encuentran en circunstancias desiguales.

En ese sentido, las autoridades están sometidas a las disposiciones constitucionales que protegen justamente el principio de igualdad, el cual se proyecta hacia los distintos órganos públicos en momentos diversos y les impone también obligaciones diferentes y se manifiesta en los ordenamientos modernos como exigencia de sometimiento a las mismas reglas procedimentales de todos los ciudadanos. En un primer momento, el principio de igualdad tiene incidencia en el diseño de la ley y del resto de normas generales de rango sub-constitucional.

En segundo momento la igualdad impone tratos razonables y no discriminatorios a las autoridades encargadas de aplicar esas normas generales⁸³. El principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia se suele expresar en Alemania a través del siguiente proverbio en rima; "*Einesmannes red istkeine red, der richtersoll die deeverhoerenbeed*", que significa "la alegación de un solo hombre no es alegación; el juez debe oír a

⁸² Desde esta perspectiva, la igualdad es un valor que debe protegerse, aunque la misma sea vista desde los diferentes tipos existentes.

⁸³ *Ibíd.* 174-175. En la perspectiva jurídica el legislador por mandato constitucional debe crear normas que no vayan en detrimento de justificar diferencias que afecten derechos de personas que se encuentran en una misma posición.

ambas partes"⁸⁴, ello en razón que no puede escucharse solo a una parte y crearse un solo criterio. Señala Calamandrei que el principio de bilateralidad del proceso es una consecuencia de la bilateralidad de la acción, que se presenta como una petición que una persona hace al órgano judicial de una providencia destinada a obrar en la esfera jurídica de otra persona; lo que presupone que frente a quien pide la sujeción de otro (actor en el proceso civil), se encuentra alguien que debe ser sujetado (demandado) quien por el principio de contradicción debe ser siempre admitido a hacer valer ante el juez todas las razones de derecho y de hecho que puedan servir para demostrar la falta de fundamento del reclamo de la contraria⁸⁵.

En continuidad a lo anterior, el principio de contradicción exige que las partes antes que el juez dicte una resolución sean oídas previamente, esto con el afán de responder a una exigencia constitucional enfocada a asegurar la inviolabilidad de la defensa de las personas⁸⁶. En la idea de igualdad está implícita la necesidad de determinar qué debe de considerarse como igual, por lo tanto, quien invoque el derecho a la igualdad está obligado a realizar una comparación frente a aquello que apriorísticamente se ha considerado igual o desigual, ya sea por el legislador, el juez o la Administración, en su contra⁸⁷.

⁸⁴ Robert Wyness Millar, *Los Principios Formativos del Procedimiento Civil* (Argentina: Ediar, 1945), 47. Con el afán de actuar conforme a Derecho el Juez que conoce una causa debe escuchar a ambas partes, para que les sean respetadas las garantías que les corresponden, y sus pretensiones y excepciones sean escuchadas conforme a derecho.

⁸⁵ Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, (Argentina: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1973), 238-239. El principio de bilateralidad se enfoca en que frente a un actor hay un demandado quien también tiene el derecho de presentar sus pretensiones ante el reclamo del actor en concordancia al principio de contradicción, por lo que el juez no puede actuar su poder de decisión de una pretensión sin oír a ambas partes.

⁸⁶ Arazi, *Derecho Procesal Civil...*, 139.

⁸⁷ José Albino Tinetti et. al., *Igualdad Jurídica* (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, 2004), 5. Constitucionalmente se reconoce la prohibición de ejercer un trato desigual a personas en razón de raza, sexo, religión, etc.. Esto es porque la igualdad se obtiene a través del procedimiento reglamentado normativamente e imparcial.

CAPITULO III

EL DERECHO DE DEFENSA, LA EXCEPCION Y SU RELACION CON LOS PRINCIPIOS PROCESALES DEL DERECHO SALVADOREÑO

El desarrollo del capítulo tres tiene el propósito de exponer los principios procesales contenidos en el Código Procesal Civil y Mercantil; contiene un amplio abordaje del derecho de defensa y de los principios procesales de legalidad, defensa y contradicción, igualdad procesal, dispositivo de aportación, etc., y su relación con la excepción.

3.1. El derecho de defensa

Se aprecia la importancia del proceso, por ser el modo de solución de conflictos, como se diría en la doctrina clásica, o de tutela de intereses en que ambas partes deben darse iguales o proporcionales posibilidades de participación, eso es precisamente lo que asegura esta garantía constitucional. La doctrina europea fundamentalmente desde un clásico estudio del doctor italiano Vittorio Denti de 1977 ha establecido que la defensa debe ser estudiada desde una doble perspectiva.

Una primera de carácter subjetivo, conforme a la cual se la considera un derecho de cada litigante y en la medida en que aparece reconocida a nivel constitucional y de tratados internacionales se caracteriza como un derecho fundamental, que es el punto de vista tradicional de la cual se habla de esta garantía, y una segunda acepción de carácter objetivo que ha venido siendo delineada en los últimos tiempos y de acuerdo a la cual se estima a la defensa como una garantía para el desarrollo mismo del proceso, al margen

o por sobre la voluntad de las propias partes, lo que se traduce en que nunca podrá estar ausente para la válida constitución de cualquier clase de proceso y que entre otras consecuencias se traduce en que es irrenunciable, es decir, que la parte no puede renunciar a la posibilidad de ejercer la defensa; e inalienable, o sea que el interesado no puede ser privado de su derecho de defensa, por ejemplo, para traspasarse a un organismo público.

Ciertamente por esta razón y partiendo de la base de que se haya reconocida en la mayoría de las cartas constitucionales, se califica como garantía constitucional, se trata de la denominación para ésta y otras garantías del proceso ya que comprende las dimensiones subjetiva y objetiva recién apuntadas; además, porque es una nomenclatura que pone el acento en la exigibilidad por el ciudadano y en su grado de cumplimiento, descartando de paso el peligro de que esta garantía pueda ser identificada con meros principios procesales, de los cuales se suele extraer pocas consecuencias prácticas.

En cuanto a los efectos de su reconocimiento como garantía constitucional, es evidente que todas las personas públicas y privadas, y entre las públicas tanto aquellas que conforman el poder legislativo, como las que integran el poder judicial se encuentran obligadas a respetar, los primeros al configurar los procedimientos y los segundos, es decir los jueces, en la tramitación de los concretos procesos. Así mismo, y como directa consecuencia de su reconocimiento constitucional, esta garantía está constituida en favor de todos los sujetos, favorece tanto a su parte activa como pasiva.

No sólo como pudiera creerse al demandado, sujeto pasivo de la relación procesal, lo cual es lógico porque la actividad que desarrollan ambas partes procesales es de la misma naturaleza y su denominación sólo está

determinada por un factor externo, como es el de su orden de entrada en el proceso. En relación al proceso mismo, se debe apuntar que la defensa ampara no sólo a los que son partes desde un principio, sino que en general debe proteger a todos aquellos que pueden ser afectados por los resultados del juicio. En definitiva, los efectos del proceso y en último término los perjuicios que pueda provocar una resolución judicial, como lógica consecuencia de su carácter de garantía de la participación de los interesados en su formación, constituyen el criterio para determinar su titularidad, es decir, a quién corresponde esta garantía. Esto significa, por ende, que además de los que son parte, le debe ser reconocida a los que, primero, sin ser actualmente partes, podrían serlo por hallarse en situaciones litisconsorciales activas o pasivas.

En segundo lugar, favorece también la garantía a los que sin ser partes actualmente, ni pudiendo serlo, pueden ser llamados al proceso por la puesta en marcha de mecanismos tales como la litis denunciatio, o la llamada en garantía. En tercer lugar, a los que sin ser parte, ni pudiendo serlo, ni tampoco pudiendo ser llamados al proceso, se pueden ver afectados por sus resultados a través de los denominados efectos reflejos de las sentencias, a quienes se considera que debe notificárseles de la pendency del proceso en que pueden intervenir como coadyuvantes.

En cuanto al contenido de la garantía, consiste en que debe concederse a cada interesado la posibilidad de actuar en el proceso. La garantía confiere siempre la posibilidad de intervenir pero no la obligación de hacer, esto tanto en procesos civiles como en penales. Es decir, la pasividad de la parte es la primera actitud que hace legítima esta garantía y esto se demuestra por el hecho de que los procesos civiles pueden ser tramitados íntegramente en rebeldía del demandado.

3.1.1. Garantía de defensa

La defensa por definición es una garantía procesal. Exquisitamente procesal, quizá habría que decir, puesto que presupone la existencia del proceso ya iniciado. Sin embargo, en doctrina y jurisprudencia no siempre se ha distinguido debidamente entre defensa y tutela judicial efectiva: además, las modalidades de ejercicio de las facultades que resguarda la defensa son las vías a través de las cuales la parte puede desarrollar el contenido que es la autodefensa y la defensa técnica.

La autodefensa está constituida por la intervención personal y directa de las partes en el proceso y puede tener lugar en cualquier clase de proceso, pero lo esencial para entenderla es que en la parte se radica las características de irrenunciabilidad e inalienabilidad que se predicán de la garantía. Esta no puede considerarse respetada allí donde falte la facultad del propio litigante para decidir personalmente el curso de sus alegaciones, y a su vez, el curso de las alegaciones, es decir la tutela de los intereses no puede ser confiado a un tercero, ni siquiera al defensor técnico, todo lo cual se traduce en lo que debe ser el absoluto predominio de la autodefensa sobre la defensa técnica.

Finalmente, en cuanto a la defensa técnica constituye la modalidad derivada del ejercicio de las facultades que confiere esta garantía y su fundamento esencial se encuentra en los conocimientos técnicos que precisa la actuación en el proceso, añadiéndose otras razones, tales como la necesidad de establecer la igualdad entre las partes, con el afán de proteger derechos y garantías constitucionales; esta defensa técnica se traduce en el derecho de las partes a disponer, siempre que lo deseen, para actuar en el proceso, de un defensor técnico y en el derecho de la parte que carece de medios económicos, a contar siempre que lo necesite, con un defensor técnico, que

idealmente siempre debería ser de confianza, lo que se traduce en el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

En cuanto a la indefensión, que es el resultado de la violación de la garantía de defensa, se sitúa en cuanto al resultado conduce a una sanción, en el género de la ineficacia del proceso o de la resolución que ha sido afectada por dicha infracción, por ello, la garantía de la defensa a través de la fórmula de la indefensión es la que va marcando las pautas. En razón de lo anterior, se retoman diferencias entre los conceptos de defensa y excepción. Primero, la defensa es el género en tanto que la excepción es la especie, es decir, que toda excepción es defensa, pero no toda defensa es excepción; segundo, la excepción trata de destruir la acción o bien de diferir el ejercicio de la misma, si no se cumplen los presupuestos, por otra lado, la defensa puede dirigirse en contra de los elementos o presupuestos de la acción y; tercero, la excepción se ejercita en un plazo, mientras que la defensa se puede ejercitar dentro de cualquier término antes de dictar la sentencia⁸⁸.

3.1.1.2. Facultades de la garantía de defensa

En relación a las facultades de la garantía de defensa, no puede hablarse de la existencia de una obligación de defenderse, debido a que concretamente las facultades esenciales que se encuentran comprendidas en esta garantía son las siguientes:

1) Formular sus alegaciones. Sin embargo, estas alegaciones tienen una limitación esencial, que deberán ser hechas conforme a las legítimas prescripciones de oportunidad contenidas en las normas de procedimiento.

⁸⁸ Armando Porras López, *Derecho Procesal del Trabajo* (México: 1956), 174-175, <http://tareasjuridicas.com/2016/01/21/que-son-las-excepciones-en-derecho>.

2) Se garantiza el derecho de probar tales alegaciones, es decir, las peticiones y alegaciones fácticas carecerán de valor si no son en su momento debidamente probadas. Con lo que en definitiva la prueba se constituye en la segunda actividad esencial asegurada por la defensa. La protección en esta materia se traduciría en:

- a) en que la causa sea recibida a prueba y que se abra un término probatorio suficiente;
- b) en el derecho a proponer los medios de prueba;
- c) en que la prueba propuesta sea válidamente admitida;
- d) en que la prueba propuesta y admitida sea practicada y se permita a los interesados intervenir en su práctica y finalmente;
- e) en que la prueba practicada sea valorada por el Tribunal. Me parece que en general, todos ellos se encuentran bien regulados y satisfacen las exigencias de las garantías.

3) A parte de formular las alegaciones y probar, la garantía asegura también la posibilidad o el derecho de contradecir. Para comprobar este aserto se debe señalar que lo que caracteriza a la garantía de la defensa es que la actividad que pueda realizar cada parte sea equivalente a la que ha impuesto la parte contraria, atendiendo a su carácter reactivo. Esto se traduce en que su implementación en el proceso se produce a través de la garantía de defensa operando simultáneamente para las dos partes.

4) La cuarta facultad esencial que asegura la garantía de la defensa es de que las alegaciones y pruebas de cada parte deben ser tomadas en cuenta por el juzgador. Es decir, sin esta esencial obligación la garantía sería completamente vana, deben ser tomadas en cuenta por el juzgador lo que se concreta entonces con exigencias técnicas muy importantes. Lo anterior, a

través de las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que no es el respeto de la garantía de la defensa evidentemente el único fundamento de la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales y el deber de congruencia entre lo pedido y alegado por las partes que si no se produce da lugar a los vicios de incongruencia por ultrapetita o por extrapetitia⁸⁹.

3.2. Los principios procesales

Los principios procesales, al ser directrices dentro de las cuales han de desarrollarse las instituciones del proceso y en la medida que se extraen de un determinado contexto normativo, expresan valoraciones de la respectiva comunidad y deben interpretarse, por lo tanto, en un sentido armónico con las necesidades propias del tiempo y lugar en que han de aplicarse. La normatividad de los principios procesales equivaldría a quitarle obligatoriedad a su aplicación, por lo cual, puede concluirse que todo ordenamiento adjetivo incluye una norma convalidatoria de la imperatividad de los principios examinados que puede conceptualizarse de la siguiente manera: dado un vacío o conflicto normativo debe buscarse la solución dirimente teniendo en cuenta el principio procesal respectivo.

Bacre sostiene que frente a cada principio existe su principio contrario o antitético. Así pues, el principio dispositivo se contrapone el inquisitivo; al de inmediación el de mediación; al de oralidad el de escritura; etc. Podetti, también hace notar, como característica *sui generis* de los principios procesales, su bilateralidad, señalando que tienen dos polos extremos entre los cuales se mueven las instituciones que crea el legislador y la aplicación

⁸⁹ Alex Carocca Pérez, *Garantía Constitucional de la Defensa* (México: José María Bosch, 1998). El juez debe resolver conforme a las pruebas que las partes incorporen en el proceso respetando la defensa de cada uno, quienes en caso de que tal mandato no sea cumplido, pueden avocarse a las instancias creadas previamente por la ley.

que de ellas hacen los jueces, y asegura que a veces existen matices intermedios que suavizan su rigor sin anularlo⁹⁰.

3.2.1. Los principios procesales en el derecho salvadoreño

La aplicación de los principios procesales, resulta indispensable para el debido proceso, por tanto lo es también que el juez que conoce del proceso sea imparcial e independiente y que se asegure el derecho de defensa de las partes⁹¹. En virtud de que el objeto principal es abordar los principios en materia civil y mercantil, se hará referencia a los principios procesales que se encuentran regulados en el Título Preliminar, Capítulo Primero del Código Procesal Civil y Mercantil, los cuales se aplican a los procesos judiciales, donde se someten a principios de legalidad, defensa y contradicción, igualdad procesal, principio dispositivo, de aportación, oralidad, publicidad, etc., que rigen todo proceso.

En ese sentido, los principios procesales son directrices de carácter general y se encuentran íntimamente relacionados a la temática que se aborda, resultando importantes para el cumplimiento de los derechos conferidos por la norma suprema al sujeto que ha sido demandado ante el órgano jurisdiccional y que merece al igual que el actor, que sus derechos sean protegidos en cumplimiento a la igualdad de oportunidades que deben revestirles mientras se da continuidad al proceso, y el plazo con los que cuenta cada uno. En la legislación procesal civil se encuentran una serie de principios los cuales se encuentran regulados desde el art. 1 al art. 16 CPCM, mismos que son indispensables bases para abordar la temática de las excepciones.

⁹⁰ Adolfo E.C. Borthwick, *Principios Procesales* (Argentina: Mave, 2003), 21–23.

⁹¹ Arazi., *Derecho Procesal Civil...*, 137.

3.2.1. Derecho a la protección jurisdiccional

La excepción encuentra su relación con el derecho a la protección jurisdiccional, en el momento procesal que el demandado puede contradecir el relato de los hechos en la demanda y alegar excepciones ya sean procesales o materiales, con los cuales busca aducir la falta de presupuestos procesales o impedir que el proceso siga su marcha. Es precisamente en el art. 1 del CPCM donde se regula este principio, y que a tenor establece: *“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”*.

Es a través de este derecho que el ciudadano solicita de los tribunales de justicia la composición de un conflicto de interés irresuelto que tiene con una o más personas, y desde el rango constitucional el artículo 1 aludido está relacionado con el art. 11 de la Constitución de El Salvador. La tutela jurisdiccional es conforme a ambas partes del proceso y para todas las instancias y grados de jurisdicción, construyéndose en tres etapas, cuya consecución depende del cumplimiento estricto de los requisitos legales regulados previamente. Estas etapas son el acceso a la justicia, en tanto que no produzca la admisión a trámite de la demanda o solicitud presentada por el justiciable de manera arbitraria; la segunda etapa es la tramitación del procedimiento respectivo en todas sus fases y; la tercera etapa es el dictado de una decisión de fondo, a menos que concurra una circunstancia procesal que lo impida⁹².

⁹² Juan Carlos Cabañas García et. al., *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado* (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2010), 17. Debe haber una tutela de derechos para las partes procesales para que no se actúe de forma arbitraria.

3.2.2. Vinculación a la Constitución, leyes y demás normas

Este principio encuentra su relación con la excepción en el sentido que, el juez debe en la admisión de una demanda estimar que se cumplan con los requisitos que la ley establece, en el art. 276 del CPCM. Se realiza prevenciones bajo pena de declararla inadmisibile (art. 278 del CPCM, sin dejar de lado que también puede declararse improponible) si no son subsanadas se emplaza al demandado para que ejerza su derecho de defensa y que este al contestar la demanda alegue las excepciones que considere pertinentes, de acuerdo a lo regulado en el art. 284 del CPCM.

En ese contexto, también hay un límite la sujeción a la legalidad y es cuando las normas son contrarias a los preceptos constitucionales. El principio a la Vinculación a la Constitución, leyes y demás normas, se encuentra regulado en el art. 2 del CPCM, y en el que se regula que *“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. Al

respecto, se recoge la vigencia del imperio de la legalidad desde el punto de vista del fundamento de todas las decisiones judiciales, donde solo puede realizarse por lo establecido en el ordenamiento jurídico, evitando arbitrariedades y discriminación por motivos subjetivos del juzgador, esto en el relación al art. 19 CPCM. Se establece en el art. 2 del CPCM, la facultad al juez de la causa para que no aplique el dispositivo de que se trate, lo que se significa que el órgano judicial declare su nulidad formal, es decir, 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 en su resolución judicial y susceptible del control por vía de recursos⁹³.

3.2.3. Principio de legalidad

El principio de legalidad se relaciona al derecho de defensa, en razón que no puede aplicarse una normativa derogada, si no la normativa vigente y ante juez competente, tal es el caso que el demandado al ser emplazado puede interponer la excepción de competencia territorial o de grado, ejerciendo su derecho de defensa; es decir, supone que los jueces no tienen más facultades que las otorgadas por la Constitución, relacionándose así el art. 8 de la Constitución de El Salvador⁹⁴.

Dicho principio es una herramienta para el justiciable de certeza en el proceso, ya que las normas a aplicarse están vigentes y se aplicará bajo los parámetros de la norma suprema, en tal sentido el Art. 3 CPCM se señala

⁹³ *Ibíd.* 19. La norma suprema es la Constitución por lo que las leyes no deben contrariarla para salvaguardar derechos fundamentales en ella plasmados, por lo que el Juez debe velar e inaplicar cuando alguna norma secundaria contraríe la Constitución.

⁹⁴ Guillermo Alexander Parada Gámez, *El Proceso Común* (El Salvador: UCA Editores, 2016), 35.

que todo proceso debe tramitarse ante juez competente, el cual reza: *“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”.

En la vertiente de legalidad procesal, se busca asegurar que todos los actos del proceso se rijan por lo previsto en el código de manera previa, sin que puedan relajarse o inaplicarse sus reglas, ni excepcionarse ni modularse el contenido de las mismas a voluntad del juez y las partes. Lo que es independiente de si el incumplimiento de un requisito procesal permite o no la subsanación, y acarrea o no la pérdida de trámites de nulidad de lo actuado defectuosamente, cuestiones que debe resolver cada norma.

Todas las normas procesales son imperativas, incluso aquellas que otorgan al sujeto la posibilidad de optar entre dos conductas posibles, incluso entonces no se hace si no actuar dentro de los límites de lo permitido legalmente y cuando falte regulación específica sobre el modo de llevar a cabo un acto de una de las partes o del juez; dispone el artículo 3 en alusión que el órgano judicial deberá tener en cuenta. En ese sentido se entiende por analogía aquella formalidad que resulte ajustada al contexto del acto y a la finalidad que se persigue con el⁹⁵, considerando que en materia civil puede aplicarse la analogía. La mayoría no puede en un régimen democrático, desplegar su voluntad, sino más bien, apegarse a la legalidad e

⁹⁵ Cabañas García, *Código Procesal Civil...*, 20. El Juez como director del proceso debe apegar sus actuaciones a la normativa.

institucionalidad vigente, es decir las decisiones de las mayorías tienen que expresarse a través de mecanismos e instituciones previamente diseñados para que sus decisiones sean legales, se pueden entonces modificar las normas legales vigentes a través del propio procedimiento legal. De esta manera, la legalidad protege a los miembros de una sociedad determinada de las arbitrariedades y tratos discrecionales⁹⁶.

3.2.4. Principio de defensa y contradicción

El principio de defensa y contradicción tiene su asidero en el CPCM, precisamente en el art. 4, y que literalmente dice: *“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”*.

Al respecto, el principio de defensa y contradicción se relaciona con el ejercicio de la excepción del demandado, en el sentido que dentro del de defensa se encuentra la excepción (la defensa es el género y la excepción la especie), el demandado puede defenderse de lo que plantea el actor a través de la interposición de excepciones, ya sean procesales o materiales.

Dentro de las garantías procesales, se recoge además dos de ellas que incumben a los principios de defensa, audiencia y contradicción y, a la

⁹⁶ Luis Salazar y José Woldenberg, *Principios y Valores de la Democracia*, 5ª. ed. (México: Instituto Federal Electoral, 2001), 42. En atención a este principio las normas son creadas conforme a Derecho y el procedimiento para sus reformas deben serlo también a través de instituciones que han sido previamente diseñadas para salvaguardar la legalidad.

igualdad procesal. La defensa es entendida como derecho a alegar y probar lo que interese a la pretensión de cada parte en cada estado del procedimiento, implica que no puede negarse de forma injustificada el empleo de un trámite u oportunidad procesal previsto en la ley para verter alegaciones, solicitar pruebas, intervenir en su práctica cuando la ley lo disponga, formalizar recursos, pedir la ejecución de lo acordado, y la adopción de medidas cautelares que aparezcan legalmente posibles.

En ese sentido, la audiencia y la contradicción a su vez, atañen a la iniciativa de acción y reacción dentro del proceso, conforme se ocupe la posición respectiva del demandante o demandado, reconociendo que el sujeto pasivo, no solo tiene derecho a la oposición pretendida deducida en su contra sino también y dentro de ciertos límites, a introducir sus propias pretensiones; en esa misma línea el actor puede necesitar contradecir frente a lo alegado por el demandado, a través de incidentes o recursos. El derecho de defensa, audiencia y contradicción solo puede ceder temporalmente cuando por razones de urgencia resulte necesario adoptar medidas provisionales sin escuchar a alguna de las partes; no obstante, deberá restablecerse el derecho de audiencia para verificar o levantar la medida⁹⁷.

El derecho de defensa consiste en la posibilidad jurídica y material de ejercer la defensa de los derechos e interés de la persona, en juicio y ante las autoridades de manera que se asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y la contradicción⁹⁸. La razón de este

⁹⁷ Cabañas García, *Código Procesal Civil...*, 21. El demandado tiene derecho a oponerse contra la pretensión hacia él, además de presentar recursos e incidentes en el marco que la ley le permite.

⁹⁸ Oscar Cruz Barney, *Defensa a la Defensa y Abogacía en México* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015), 3. No se puede decir que se ejerce el derecho de defensa si solamente se escucha a unas partes y no a la contraria, dejando en evidencia la desigualdad para ejercer su derecho a la defensa.

principio, consiste en el hecho que en la función de realización de los intereses tutelados por el derecho hay que tomar en cuenta, todo aquello que el actor haciéndose iniciador del proceso, afirma, sostiene y prueba, y también la posición del demandado, que tiene un interés perfectamente contrario al del actor y sólo mediante el contraste de la posición del actor y de la posición del demandado podrá suministrarse al juez un exacto criterio de decisión, sobre la base del material de prueba y de las argumentaciones, en echo y en derecho, que la una y la otra parte hayan desplegado en el desarrollo del proceso⁹⁹.

3.2.5. Principio de igualdad procesal

La igualdad procesal está firmemente unida al principio de contradicción, esto en razón que sobre la base de la relación de ambos es que se desarrollan funciones complementarias dentro del proceso¹⁰⁰. Su relación con la excepción se basa en cuanto el actor interpone una demanda, se emplaza al demandado para que la conteste y donde además puede interponer las excepciones que considere pertinentes, inclusive puede contestar la demanda y reconvenir.

El principio de igualdad procesal tiende a lograr un equilibrio en el proceso, las partes tienen que tener igualdad de oportunidades¹⁰¹ y se encuentra regulado en el CPCM en el art. 5 y resulta eminentemente una igualdad

⁹⁹ Rocco, *Tratado de Derecho Procesal Civil...*, 170. Entre lo que afirma el actor y prueba y lo la oposición del demandado y las pruebas que presenta el juez debe resolver.

¹⁰⁰ Tinetti et. al., *Igualdad Jurídica*, 55. El principio de contradicción exige que las partes en el proceso tenga el mismo derecho de ser escuchadas y de practicar pruebas para que ninguna quede en indefensión frente a la otra.

¹⁰¹ Jairo Parra Quijano, *Manual de Derecho Probatorio*, 11^a ed. (Colombia: Librería del Profesional, 2000), 9. Dicha igualdad tiene una dinámica aplicación en el principio de contradicción y evita que se solidifiquen o estratifiquen supuestos o reales acontecimientos con una visión unilateral.

formal, no material. Las partes rodeadas de circunstancias personales entran al litigio, que las hace diversas entre sí, y que el proceso en sí mismo no está llamado a modificar.

Las partes deben de gozar de las mismas oportunidades de alegación y prueba dentro del proceso, que los actos de estos no pueden ir encaminados a favorecer a una sola de ellas; por ello, el juez no debe prejuzgar en función de demandante y demandado, debe oír tanto al demandante como al demandado para que conforme a los elementos de hecho y derecho que se le presentan tenga un criterio de decisiones.

La ley introduce también mecanismos de desigualdad material entre las partes, ello con la finalidad de asegurar la igualdad formal, como el beneficio de justicia gratuita para quien carece de recursos económicos y la revisión de sentencia firme, donde por razones de fuerza mayor el demandado no compareció para ejercer su defensa, dichas razones deben ser demostradas para que el juez las valore y pueda dilucidar sobre la petición que ante él se ha presentado; debe haber un sentido de proporcionalidad en la norma en la búsqueda del fin como sus efectos por la aplicación¹⁰². Sucede también, que la ley tiene que introducir ciertos mecanismos de desigualdad material *inter partes* dentro de la *litis*, justamente con el fin de asegurar la igualdad formal. La norma debe guardar en sentido de proporcionalidad, en cuanto al fin buscado y a los efectos que se desprendan de su aplicación, precisamente para no crear un mal mayor que aquel que pretendía corregir.

¹⁰² Cabañas García, *Código Procesal Civil...*, 22. El art. 5 del CPCM, reza: “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”. Del principio de igualdad lo que se da es una igualdad formal para que las partes gocen de las mismas oportunidades de defensa dentro del proceso, como lo es el acceso a la justicia gratuita.

Resulta relevante realizar la diferenciación entre igualdad formal y material y es que por igualdad formal se entienden las manifestaciones del principio como igualdad ante la ley, igualdad en la aplicación de la ley, igualdad en el contenido de la ley y el mandato de no discriminación; en ese mismo contexto, la igualdad sustancial o material encuentra su punto de partida en la especial focalización jurídica frente a y contra las discriminaciones en sentido estricto¹⁰³, se debe salvaguardar la igualdad de las partes en el proceso, en sentido forma y evitar la discriminación de cualquier tipo, y que tiene su punto de inicio en la igualdad material y que debe irse contra ella.

Es por ello que la igualdad es un principio inherente a la persona humana, emana de la naturaleza misma del hombre¹⁰⁴. Las condiciones de todos los seres humanos en la sociedad no son las mismas, bastando para comprobar este hecho que no todos están dotados igualmente de inteligencia y voluntad ni tampoco su desarrollo moral es el mismo, de esto resulta que para obtener lo posible, la igualdad ante la ley, el derecho haya introducido distintas reglas, como por ejemplo lo relativo a la capacidad de las personas¹⁰⁵.

El principio de la igualdad de partes significa que la condición de cada una de ellas debe tener un contenido equivalente, es decir, que no pueden diferir en sustancia los deberes y derechos de una parte y otra. La igualdad de las partes es para el proceso un principio instrumental y no un principio final: primero, porque teóricamente las partes no está situadas en un mismo plano, sino en distintas perspectivas, ya que el actor es el verdadero protagonista del proceso y el demandado sólo el sujeto pasivo al que se refiere su

¹⁰³ Karla Portillo Pérez, *Principio de Igualdad: alcances y perspectivas* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005), 137-138.

¹⁰⁴ Adolfo Gabino Ziulu, *Derecho Constitucional* (Argentina: Depalma, 1997), 252.

¹⁰⁵ Gonzalo Espinosa, *Principios de Derecho Constitucional* (México: 1905), 302. En efecto, no todas las personas vivimos en las mismas condiciones y debido a ello el Derecho introduce mecanismos para que exista una igualdad ante la ley.

reclamación. Segundo, porque en la práctica, muchas veces, la igualdad absoluta no es aconsejable¹⁰⁶.

El principio de igualdad en materia procesal no requiere una igualdad aritmética, sino que lo que exige es que se brinde a las partes una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de su derecho de acción y de defensa¹⁰⁷ (la igualdad en el proceso no es asunto de un número, sino de que tanto actor como demandado gocen de iguales oportunidades para ejercer sus derechos). La posición jurídica de las partes, formalmente es igual en cuanto en idéntica medida y bajo análogas condiciones, a ambas corresponden los mismos derechos procesales.

Pero materialmente puede decirse que las partes se enfrentan en posiciones desiguales; así, la posición del demandado es más favorable, debido a las reglas de la carga de la alegación y de la prueba, por las cuales el demandante no sólo tiene que alegar sino también probar él las cuales el demandante no sólo tiene que alegar sino también probar el hecho constitutivo del derecho que haga valer.

En otros aspectos la posición del actor es más favorable, en cuanto no puede ser condenado (salvo en las costas), sino que acabado el proceso civil por sentencia de fondo, no puede terminar más que por esta alternativa: o con la condena del demandado, o con su absolución, no cabiendo condena al actor; y en cierta manera, también es más favorable la situación del actor en cuanto tiene más tiempo para preparar su demanda (sólo está limitado por los plazos de prescripción).

¹⁰⁶ Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil...*, 171-172. También es importante resaltar que el sujeto pasivo puede realizar una reconvencción, dejando al actor en una doble posición.

¹⁰⁷ Manuel Morón Palomino, *Derecho Procesal Civil, Cuestiones Fundamentales* (España: Marcial Pons, 1993), 73-74.

Así también el demandado debe ejercer su defensa dentro de los plazos que fijan al respecto los ordenamientos procesales, que si bien normalmente son razonables para el fin perseguido, son más cortos que los que limitan al actor¹⁰⁸.

3.2.6. Principio dispositivo

Para una mayor comprensión de este principio, se considera relevante una definición sencilla, siendo aquel en cuya virtud queda restringida la libertad investigadora y resolutoria por parte del juzgador, si no media intervención del quejoso; no obstante debe buscarse el equilibrio entre la necesaria actividad de la parte en los litigios civiles y la obligación del juez que es el director del proceso¹⁰⁹, es decir, este principio permite que las partes tengan pleno control de su derecho sustantivo y además sobre los derechos procesales que de él se derivan en el juicio¹¹⁰.

Este principio dispositivo se relaciona a la excepción del demandado en cuanto a que, abordándolo desde un ejemplo, ante un deudor moroso, es el acreedor quien debe interponer la demanda, él demandado puede interponer una excepción de pago (excepción material), si ha realizado pagos parciales, o inclusive pueden acordar entre las partes formas de pago de forma intra procesal. Este principio se encuentra regulado en el art. 6 CPCM y en el cual se lee: *“La iniciación de todo proceso civil o mercantil corresponde al titular*

¹⁰⁸ Emilio Gómez Orbaneja y Vicente Herce Quemada, *Derecho Procesal Civil* (España: Artes Gráficas y Ediciones, 1969), 142-143. Ciertamente es que las explicaciones que en párrafos anteriores se hicieron sobre la igualdad formal y material que el actor tiene una mejor posición que el demandado en aspectos como el tiempo para formular su demanda, percatándose de que no haya prescrito, por ello la ley crea mecanismos materiales para asegurar la igualdad formal.

¹⁰⁹ Parada Gámez, *El Proceso Común*, 25. El juez está en la obligación de una ordenación del proceso cuando se hayan fijado los términos del debate.

¹¹⁰ Cuadernos de Derecho Judicial: Principios Constitucionales en el Proceso..., 393.

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 efectuarlos actos de disposición intra procesales 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”.

La iniciativa para la apertura de los procesos corresponde siempre a las partes y no al tribunal, proscribiendo cualquier proceso inquisitivo. También está enfocado este principio referido a la finalización de la contienda a través de la formalización de mecanismos auto compositivos autorizados legalmente, es decir, el detraimiento del asunto al órgano judicial dejando a las partes, en ocasiones de manera unilateral y en otras de consumo, su terminación voluntaria anticipada, esto queda garantizado como principio del proceso, siempre que no transgreda la legalidad y los derechos de terceros, ello en relación al art. 126 CPCM.

También se trata del poder exclusivo de las partes sin cabida de la injerencia judicial, para la delimitación del objeto de la controversia. Papel que recae, de manera predominante aunque no exclusiva, en el demandante o el demandado si reconviene, con el enriquecimiento objetivo de la controversia que aportan posibles excepciones procesales del sujeto pasivo y de las alegaciones de los eventuales terceros coadyuvantes e intervinientes provocados, todo lo cual marca el límite de la actuación jurisdiccional en orden a la necesaria congruencia de la sentencia¹¹¹.

¹¹¹ Cabañas García, *Código Procesal Civil...*, 23. Así pues, la disponibilidad le corresponde al titular del derecho subjetivo y las partes pueden llegar a actos de disposición, llegar a acuerdos o incluso recurrir conforme a lo regulado para ley.

3.2.7. Principio de aportación

El principio de aportación se encuentra regulado en el art. 7 del CPCM que se transcribe y en el cual se lee: *“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”.

El principio de aportación tiene que ver concretamente con la imposición a las partes de la carga de alegación y prueba de los hechos fundantes de sus pretensiones, en ese sentido, si el demandado interpone una excepción de compensación en el proceso, debe probar su pretensión e incorporar la prueba en el término que para la aportación de pruebas a designado el legislador. Por tanto, el órgano judicial no puede ayudar a las partes a confeccionar el relato de hechos relevantes jurídicamente y que sirven para mantener las respectivas peticiones de tutela, ni proponer medios de convicción que puedan resultar más útiles y eficaces para demostrar la veracidad de aquellas afirmaciones.

El juez mantiene una posición de observador externo a la iniciativa de prueba, aunque con plenitud de facultades para proveer a la práctica de aquellas que pedidas previamente por las partes, aparecen como pertinentes, útiles, y no lícitas; asimismo, la figura de las llamadas diligencias para mejor proveer, cuya finalidad es la de auxiliar al propio tribunal en la interpretación de las pruebas ya practicadas, cuando alguna arroja dudas, como pericias oscuras por ejemplo. En ese contexto, se permite al juez, ordenar de oficio esas diligencias sin que las partes puedan oponerse a ello, pudiendo 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 respectiva carga probatoria¹¹².

3.2.8. Principio de oralidad

En el Art. 8 del CPCM se encuentra regulada la figura del principio de oralidad y el cual reza: *“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”*. Obedeciendo a un criterio lógico, un elemento del sistema procesal de la oralidad se cimenta en el predominio de la palabra hablada como expresión, circunstancia que deviene de un proceso histórico que forjó el nacimiento de la oralidad como respuesta a un procedimiento complejo.

Este principio establece que las manifestaciones y declaraciones que se hagan ante los tribunales se formulen oralmente, el demandado o

¹¹² Este principio se enfoca en que la actividad probatoria debe ser sobre los hechos que afirman las partes y también el tercero si lo hubiere y el Juez sobre la prueba que ya fue debidamente aportada, puede ordenar diligencias para mejor proveer haciéndolo de oficio dentro del marco normativo.

reconvenido es emplazado de la demanda que contra él se ha incoado de forma escrita, de la misma forma y con las formalidades requeridos debe realizarse su contestación y su interposición de excepciones, ya sean de carácter procesal o material serán resultas en audiencia, es decir de manera oral.

Prima la realización oral de las alegaciones y pruebas, que debe ser por parte de las partes como por el titular del órgano judicial, menester es decir que, la oralidad no es recogida de forma absoluta, ya que la ley también regula actos que deben presentarse por escrito, por ejemplo, la solicitud de medidas cautelares y ejecución forzosa; también hay otros actos donde la oralidad se prevé por motivos de economía procesal y se impone en atención a la naturaleza conveniente flexible del acto procesal.

Lo anterior, con el afán de facilitar la búsqueda de la verdad real y sobre las comparecencias y vistas que se practiquen de manera oral, deberá guardarse un registro fehaciente del contenido de estas, como mínimo a través del acta escrita, y en su caso por instrumentos audiovisuales de grabación, conforme al art. 205 y 206 CPCM¹¹³. La audiencia se documenta íntegramente mediante acta donde queda constancia de todo lo sucedido, incluyendo las alegaciones y declaraciones de las partes, la aportación de los testigos, los peritos, el resultado del reconocimiento judicial si lo hubo, etc. De tal manera que no basta que un ordenamiento jurídico como el nuestro reglamente la oralidad para convertir el proceso en un juicio oral, ya que habrá siempre elementos escritos que documenten el proceso¹¹⁴.

¹¹³ *Ibíd.* 24-27. Algunos actos se realizan por escrito porque la ley así lo regula, por lo que el principio de oralidad no es absoluto.

¹¹⁴ Gonzalo Uribarri Carpintero, *Las Modernas Tendencias del Derecho Procesal*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2554/27.pdf>. La legislación también permite la documentación por medios audiovisuales.

3.2.9. Principio de publicidad

Art. 9 CPCM.- “Las audiencias de todos los procesos previstos en este Código serán públicas, salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, disponga lo contrario por razones de seguridad nacional, de moral o de orden público, o de protección de la privacidad de alguna de las partes. La restricción de la publicidad de las audiencias deberá acordarse en resolución debidamente motivada, en la que se precisen de manera expresa y clara las razones de dicha restricción, así como la determinación de quienes, además de las partes, sus apoderados o representantes, podrán estar presentes en las mismas.

Las partes, sus apoderados, representantes, los abogados y cualquiera otra persona que alegue algún interés jurídicamente protegido, tendrán acceso al expediente judicial”.

Se contemplan dos clases de publicidad intraproceso: La primera de ellas también se encuentra en el art. 100 CPCM., respecto a las audiencias orales, publicidad que abarca a las partes del litigio y a terceros. Conforme a este artículo el acceso a las vistas no debe ser prohibido o limitado, a excepción de ser por espacio físico, fuera de ello, si no es para proteger un bien jurídico superior, a saber circunstancias de seguridad nacional, moral, o de orden público o referido a la protección de privacidad de alguna de las partes.

Se permite con la publicidad de las audiencias el conocimiento simultáneo de lo actuado, y evita por tanto cualquier artificio en presentar como realizada, una comparecencia inexistente materialmente, en virtud que no puede soslayarse lo que los presentes han visto, significando que los que han presenciado la vista se convierten en testigos directos de la legalidad del

proceso. En la concurrencia de causas graves se ordena la celebración de la audiencia a puerta cerrada, el tribunal debe mantener la garantía de la publicidad de las partes, apoderados, representantes, y dispondrá la permisibilidad de acceso a alguien más como por ejemplo la intervención de testigos y peritos.

Así pues, el párrafo último de este art. está referido a la modalidad de publicidad, respecto al conjunto de las actuaciones (el expediente), limitada ésta a las partes del proceso, representante en el proceso y abogados y la alternativa de consentir la lectura de los autos a un tercero que alegue interés jurídicamente protegido (cederse de manera restrictiva, si es un tercero que no pedirá su personación como coadyuvante). Debe entenderse, que solo para salvaguardar el derecho de ese tercero en caso necesario o bien autorizado por otra ley, es que es permisible tal escenario¹¹⁵.

3.2.10. Principio de concentración

Al respecto, la relación que tiene el ejercicio de la excepción del demandado con el principio de concentración, radica en que la legislación procesal está rodeada de oportunidades de alegación y defensa como la interposición de las excepciones y las impugnaciones, teniendo cada una un plazo para su interposición; habiendo un plazo estipulado por la legislación procesal para que el juzgador resuelva lo planteado conforme a derecho corresponde. Por tanto, el principio de concentración tiene la finalidad de reunir actividades procesales y supone el examen de toda la causa en un periodo único que se desarrolla en la audiencia, siendo la audiencia preparatoria donde se

¹¹⁵ Cabañas García, Código Procesal Civil..., 27-28. Los que han presenciado la audiencia se convierten en testigos directos, ya la ley regula los motivos por los cuales puede privarse de tal publicidad y que la audiencia se realice a puerta cerrada.

examinan los defectos alegados como la capacidad para ser parte, la capacidad procesal, la competencia objetiva o de grado, etc., ofreciendo la oralidad una solución al principio de concentración y sobre el principio de concentración el art. 11 CPCM, reza:

“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 cabo en los días subsiguientes hasta darla por concluida, pudiéndose ordenar por el juez que la misma continúe en días no hábiles”.

La concentración exige una labor aplicativa del responsable de administrar justicia, programando para cada caso los actos y comparecencias orales que resulten menester conforme a la proximidad temporal que la ley exige, y donde se agota hasta donde es posible la resolución de los diversos asuntos pendientes en la misma resolución judicial, exceptuándose cuando la complejidad del tema lo impida, pudiéndose hacer en varios actos conforme a lo establecido. En el artículo citado no se señala cual es la sanción que se deriva del incumplimiento de este mandato, lo que tiende a ser una dificultad en su efectividad al momento de su aplicación y exigibilidad, más allá de excesos injustificados y en cuantos tales configuradores de dilaciones judiciales contrarias al derecho a una adecuada protección jurisdiccional, por lo que el administrador de justicia programa los actos y comparecencias en la proximidad temporal conforme a la ley, convirtiéndose en una labor aplicativa.

3.2.11. Principio de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal

Los principios de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal, son principios éticos incorporados en los sistemas jurídicos y que componen el llamado “principio de moralidad” del derecho procesal, dándole un carácter vinculante al actuar de las partes. Las partes no deben utilizar el proceso o sus actuaciones para el logro de fines fraudulentos, alegar hechos contrarios a la realidad o emplear medios que entorpezcan la marcha correcta del procedimiento, se relaciona con el derecho de defensa ya que no se deben alegar hechos que son contrarios a la realidad con el fin de perjudicar o presentar información falsa, poniendo en desventaja a la contraparte, por lo que el Juez como director del proceso debe prevenir y sancionar conductas abusivas.

Este principio se encuentra consagrado en el art. 13 CPCM, siendo que *“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 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”.

La lealtad o buena fe procesal son dos manifestaciones del mismo aspecto, por cuanto ambas se refieren a la conducta de las partes y con el fin de obtener la recta administración de justicia. Este principio se concreta en que las partes no utilicen el proceso o las actuaciones de éste para lograr fines fraudulentos o dolosos, o alegar hechos contrarios a la realidad, o emplear medios que tiendan a entorpecer la buena marcha del procedimiento.

El principio de buena fe procesal incide en varios otros derechos. Así, para la efectividad de la tutela judicial se impone el rechazo a la actuación maliciosa o temeraria de las partes, o dicho en otros términos, la mala fe procesal que puede poner en peligro el otorgamiento de una tutela judicial efectiva. Y es que, en la medida en que el litigante pretenda utilizar de forma distorsionada o torcida las normas procesales, se está dificultando que el juez pueda otorgar una efectiva tutela judicial de los intereses en conflicto¹¹⁶.

Asimismo, la actuación maliciosa de un litigante suele, en la mayoría de las ocasiones, estar dirigida a perjudicar el derecho de defensa de la parte contraria, por lo que si se desea proteger este derecho fundamental deberá rechazarse la citada forma de actuación procesal¹¹⁷. La probidad procesal persigue que la moral y la ética imperen en el proceso, con la finalidad de evitar la mala fe. Con los principios de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal, lo que se busca es la moralización del proceso, como medio indispensable para una recta administración de justicia.

¹¹⁶ Es con el fin de que haya una correcta administración de justicia. Hay una estrecha relación con el principio de dirección que es competencia del juez aplicar para que proceso se rija de acuerdo a las normas.

¹¹⁷ Cámara de la Tercera Sección de Santa Ana, *Resolución Interlocutoria, Referencia: APC-37-14* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014). Esto es con la finalidad de garantizar la tutela efectiva y que la actitud de un litigante no afecte el derecho de defensa de la parte contraria por lo que si su actuar es malicioso debe haber un rechazo. La lealtad o buena fe procesal, se refieren a la conducta de las partes con el fin de obtener la recta administración de justicia.

Para ello, es menester otorgarle al juez las facultades que sean necesarias a efecto de que pueda investigar las actuaciones que son de carácter inmoral, y consecuentemente, castigar dichas actuaciones con la mayor severidad posible, ya que como director del proceso, debe corregir, prevenir y sancionar las conductas abusivas.

Sobre lo anterior, así lo sostiene la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con referencia número 52-D-2012, pronunciada en San Salvador, a las quince horas con siete minutos del veintinueve de mayo del dos mil doce, en la que expresó: “...*apegándose al principio de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal al cual deben regirse las partes procesales al presentar sus alegatos. Todo lo anterior, se menciona con el propósito de recordar a los juzgadores sobre las facultades que la ley les confiere con el fin de que se dé acceso al justiciable, lo que obedece al cumplimiento de vigilar porque se administre pronta y cumplida justicia, por parte de esta Corte. Art. 182, numeral 5ª Cn...*”. Se considera que el Juez como director del proceso debe sancionar a quien maliciosamente pretenda realizar conductas abusivas que van en detrimento de la búsqueda de la verdad que entorpezcan y afecten a las partes en el proceso.

3.2.12. Principio de dirección y ordenación del proceso

De acuerdo a este principio, la dirección del proceso está confiada al juez, con el único límite que sea ejercida conforme a la ley y por lo tanto conducir los procesos por la vía procesal ordenada por la ley, fijando una obligación judicial oficiosa de examinar la correcta elección del proceso hecha por el demandante, no corresponde que los particulares sean quienes tomen decisiones respecto a las actuaciones, sino que le corresponde al titular de la potestad judicial dirigir el debate procesal en todo momento.

Tiene el juez la dirección del proceso y esto conecta con el llamado principio de impulso oficial del procedimiento, consagrado perfectamente en este principio y de esta manera, es el órgano judicial quien debe proveer en todo momento a la continuación del trámite procedimental, una vez que se hayan constatado los motivos para ello. Sobre esa base, no se deben tramitar los procesos, atendiendo presiones de los litigantes, sino que se debe regir por un imperativo legal al que debe dar satisfacción de oficio el titular de la jurisdicción, encargado del caso a quienes las partes pueden efectuar sus reclamaciones en caso de alguna inobservancia¹¹⁸.

Por ello, en el supuesto que el demandado o reconvenido tenga excepciones que plantear, debe realizarlas en el momento procesal oportuno que para el efecto el legislador ha precisado, estando ante el director del proceso y con el respeto a la investidura judicial del que están dotados los funcionarios encargados del desempeño de la administración de justicia.

3.2.13. Principio de gratuidad de la justicia

Del principio de gratuidad de la justicia, se encuentra su base legal en el art. 181 de la Cn. y en el art 16 del CPCM y en el que se establece que “toda persona tiene derecho a que se le imparta justicia gratuitamente”. Se entiende como gratuidad de justicia, en el sentido que ningún funcionario o empleado del Órgano Judicial debe cobrar o recibir gratificaciones de las personas que asisten al tribunal a que se les administre justicia, permitiendo que el acceso a la justicia esté al alcance de todos. Se considera este principio con estrecha relación con el principio de defensa, en cuanto supone que a quien ha sido demandado le sea impartida justicia de forma gratuita,

¹¹⁸ Cabañas García, *Código Procesal Civil...*, 30. El Juez no debe atender presiones de los litigantes, siendo él quien ordena el proceso y dirige el debate procesal.

de tal forma que para actuar en un proceso, se debe realizar a través de procurador que no se encuentre inhabilitado para ejercerla, pudiendo el demandado acudir a organismos o instituciones gubernamentales que cuentan con procuración gratuita, permitiéndole al que se defiende de las pretensiones del actor.

La gratuidad de la justicia se enfoca en primer momento, respecto a la no exigibilidad al pago de un impuesto u otra imposición de tipo económico a quienes actúan en los procesos, por el hecho de solicitar la actuación de los tribunales, es decir, el Estado no cobra por la actividad jurisdiccional; además, en un segundo momento, da una pauta este art. para la gratuidad de las costas procesales a quienes necesitan litigar y carezcan de recursos económicos, de tal forma que esa situación pueda comprobarse de acuerdo a la normativa que pueda regirlo¹¹⁹.

El ciudadano en determinadas circunstancias se ubica en un estado de necesidad de la tutela jurisdiccional efectiva, cuya efectividad se da cuando las instituciones procesales creadas como instrumentos para asegurar su vigencia, función a cargo del Estado, arbitran los mecanismos necesarios e idóneos para que las personas en una situación de igualdad pueden acceder, donde además uno de los pilares del Estado social de derecho es la prestación de la justicia a través de la cual es posible la materialización de un orden justo. El dar justicia no está condicionado a un pago o una contraprestación, por lo que la administración de justicia debe ser concebida de forma gratuita a la población y no visto como una fuente de financiamiento.

¹¹⁹ No hay una imposición de un impuesto para los que actúan en el proceso, no hay un pago por el hecho de una actuación de los tribunales que conocen, ya que constitucionalmente se reconoce la gratuidad de la justicia. Siendo uno de los principios fundantes de la noción misma de justicia.

CAPITULO IV

LA EXCEPCION COMO FORMA DE INTERRUMPIR O FINALIZAR EL PROCESO

La excepción al ser alegada puede interrumpir un proceso o finalizarlo, es por ello que el capítulo cuatro tiene como propósito robustecer su interposición puntualmente en los procesos declarativos, común y abreviado contenidos en el Código Procesal Civil y Mercantil; además, contiene el desarrollo de las excepciones materiales y procesales, su forma de interposición y una ilustración de cada una de ellas, relacionándose la legislación, con la doctrina y la jurisprudencia.

4.1. Improponibilidad de la demanda

Previamente al estudio de la interposición de las excepciones, se acota el estudio de la improponibilidad de la demanda que realiza el juzgador ante quien se pretende que conozca del proceso, de esta manera, la proponibilidad pretende evaluar la pretensión desde la perspectiva de sus elementos¹²⁰, por lo que debe haber una evaluación de requisitos subjetivos y objetivos de la pretensión; los primeros se refieren a los sujetos que intervienen en el proceso, es decir los sujetos vinculados por la relación jurídico-material. De estos sujetos, demandante y demandado, se analiza su capacidad para ser parte, capacidad procesal y capacidad de postulación, lo relativo al órgano jurisdiccional, valorándose su competencia e inexistencia de impedimentos para conocer de la pretensión.

¹²⁰ Enfocado en los requisitos de admisibilidad y de procedencia de la pretensión, cuyo análisis se efectúa en la presentación de la demanda.

En referencia a los requisitos objetivos, se relacionan al objeto de la pretensión, la cual debe ser posible, idónea y con causa. Asimismo, hay requisitos que son temporales, debiendo observarse para el ejercicio que conlleva la actividad de la pretensión. Es decir, que el planteamiento de la pretensión se sujeta a límites temporales, genéricos y específicos. Dentro del límite temporal se logra identificar la caducidad de la pretensión para poner en movimiento el órgano jurisdiccional. Lo anterior se trata de un examen de fondo, en la medida que se evalúa la posibilidad de juzgarlo, aparecen condiciones insubsanables, resultando inoficioso el efectuar alguna prevención.

En atención al art. 277 del CPCM¹²¹, con la presentación de la demanda se efectúa una pretensión procesal, a través de la cual el demandante se atribuye una situación jurídica favorable frente al demandado, quien espera que el órgano con potestad jurisdiccional le reconozca la referida auto atribución y le sea concedida la tutela del derecho reclamado, dicha propuesta debe ser rechazada por ser improponible cuando su reconocimiento implique vulneración a la normativa, solamente en dichas circunstancias será una pretensión que no puede ser propuesta, caso contrario el juez debe conocerla y darle trámite.

De acuerdo a lo anterior, las excepciones contenidas en el art. aludido son de naturaleza procesal, mismas que deben ser alegadas de oficio por el juez o a petición del demandado, contra quien se pretendan hacer valer.

¹²¹ Se regula en el art. 277 del CPCM, si, presentada la demanda, el juez advierte algún defecto en la pretensión, como decir que su objeto sea ilícito, imposible o absurdo; carezca de competencia objetiva o de grado, o atinente al objeto procesal, como la litispendencia, la cosa juzgada, compromiso pendiente; evidencie falta de presupuestos materiales o esenciales y otros semejantes, se rechazará la demanda sin necesidad de prevención por ser improponible, debiendo explicar los fundamentos de la decisión. El auto por medio del cual se declara improponible una demanda admite apelación.

4.2. Admisión de la demanda y medidas cautelares

Cuando la demanda es admitida se produce la litispendencia. El auto que lo ordena contiene en el proceso común el emplazamiento, dentro de esta fase en los actos de iniciación procesales el demandante hace la solicitud de adopción de una o más medidas cautelares. Conforme al art. 431 del CPCM, en cualquier proceso civil o mercantil el demandante podrá solicitar que se adopten las medidas cautelares que estime necesarias y apropiadas para asegurar una eventual sentencia condenatoria. En el CPCM se puede notar una variedad de medidas descritas, ya no solo una simple adopción de las mismas¹²².

Estas se decretan a petición de parte y bajo responsabilidad de quien las solicita, las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar el resultado del proceso, resulta necesario presentarle al Juez los elementos que vuelvan verosímil su adopción para que tenga todos los elementos necesarios para resolver. Las medidas parten de la base de la probable existencia de un derecho amenazado (*fumus boni iuris*) y el daño que sería ocasionado temporalmente del proceso (*periculum in mora*), evita que la duración del proceso se resuelva en una alteración del equilibrio entre las partes. De conformidad a lo regulado en el art. 433 del CPCM, donde se establece que las medidas cautelares sólo podrán adoptarse cuando el solicitante justifique debidamente que son indispensables para la protección de su derecho, por existir peligro de lesión o frustración del mismo a causa de la demora del proceso; y esto 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.

¹²² Parada Gámez, *El Proceso Común*, 73-75. Su fin es garantizar el resultado del proceso, se deben presentar los elementos para que el juez resuelva sobre ellas.

Se regulan en el art. 436 del CPCM, un catálogo de medidas cautelares, dentro de las que se encuentra:

- 1ª. El embargo preventivo de bienes;
- 2ª. La intervención o la administración judiciales de bienes productivos;
- 3ª. El secuestro de cosa mueble;
- 4ª. La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga;
- 5ª. La anotación preventiva de la demanda, y otras anotaciones registrales;
- 6ª. 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;
- 7ª. La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda;
- 8ª. 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;

Las anteriores medidas cautelares descritas, no son taxativas puesto que según el art. 437 del CPCM podrán solicitarse otras medidas necesarias para asegurar la protección jurisdiccional ante una posible sentencia estimatoria. Precisamente en el art. 446. Por los daños y perjuicios que puedan ocasionarse al demandado, se regula que por regla general, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieran causar al patrimonio del demandado su adopción y cumplimiento. En la cual, la prestación de caución

será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada; no obstante puede ser exento de este requisito, en base a lo establecido en el art. 448.

Asimismo, se establece en el art. 451 del CPCM que para la sustanciación de la solicitud de medidas cautelares el juez la hará en pieza separada para diligenciarse, lo que no suspenderá el curso del proceso principal, esto con la finalidad de evitar que incidentes o recursos en el trámite de medida cautelar, impidan la continuidad del proceso principal. En el art. 453 del CPCM, se consagra del trámite unilateral del proceso cautelar: Las medidas cautelares se decretarán sin audiencia de la contraparte, donde el tribunal se pronunciará en el plazo de cinco días desde la recepción de la solicitud en el tribunal, y si estimare que concurren los presupuestos y requisitos para su adopción decretará las medidas, razonando su procedencia con precisa indicación de las que se acuerden y determinará el régimen a que han de estar sometidas, estableciendo en su caso la forma, cuantía y tiempo en que deba prestar caución el solicitante.

Respecto a la decisión que resuelva las medidas cautelares admitirá recurso de apelación, pero si quien recurriese fuese aquel a quien las mismas perjudican el recurso se concederá sin efecto suspensivo; no obstante, dicha vía impugnativa debe posibilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa, en lo referente a la prueba que ofrezca el demandado para demostrar la improcedencia de la medida cautelar que se haya adoptado.

4.3. Los procesos declarativos

Al respecto de estos procesos, las pretensiones que se deduzcan ante los tribunales civiles o mercantiles, son decididas en un proceso declarativo que

corresponde por razón de la materia o de la cuantía del objeto en litigio, esto es cuando no se tenga señalada por la ley una tramitación especial. Se diferencian dos tipos de procesos con los que se cumple la función jurisdiccional: los declarativos porque en ellos el órgano jurisdiccional declara el derecho aplicable al caso y, los de ejecución forzosa con los cuales se lleva a cumplimiento o ejecución lo declarado en la fase previa.

A su vez, los procesos declarativos se clasifican en: plenarios, especiales o sumarios. Los denominados plenarios son denominados así, porque su objeto litigioso es conocido y resuelto por el órgano jurisdiccional sin limitantes en cuanto al contenido y alcance de la discusión, ni de medios probatorios, lo que pasa por autoridad de cosa juzgada material; sobre los procesos plenarios, es a través de ellos que el órgano jurisdiccional provee la tutela jurídica ordinaria, sirviendo de cauce a cualquier pretensión civil o mercantil que no tenga legalmente asignada otra tramitación especial, como lo dispone el art. 239, inciso primero CPCM. Los procesos plenarios son: el proceso común y el abreviado, inspirados en la oralidad, publicidad y concentración¹²³.

4.3.1. El proceso común

El proceso común se encuentra regulado en el Título Segundo denominado: El proceso común, en los arts. 276 y ss CPCM. Un proceso común inicia a instancia de persona distinta al órgano jurisdiccional. Ocurre de esta forma ya que nos rige el principio dispositivo en el sistema procesal, es por ello que para que el proceso exista se requiere de la actividad de un sujeto procesal distinto al juez que declare su voluntad, dicha voluntad se denomina

¹²³ René Alfonso Padilla y Velasco, *Comentarios al Código Procesal Civil y Mercantil*, Tomo II (El Salvador: Editorial Jurídica Salvadoreña, 2011), 8.

demanda, siendo esta el acto tópico de iniciación del proceso o la declaración de voluntad a través de la cual se solicita la tramitación de un proceso¹²⁴.

Se regulan los requisitos que debe contener la demanda, la improponibilidad, inadmisibilidad, admisión, ampliación, los efectos de la demanda, prohibición del cambio de demanda, y precisamente en la sección segunda, se regula la intervención del demandado, misma que se da con el emplazamiento del demandado, quien dentro de veinte días siguientes a su emplazamiento puede contestarla o no hacerlo, tal y como se encuentra regulado en el art. 283 CPCM, en el que se lee “*admitida la demanda, se hará la comunicación de ella a la persona o personas contra quienes se entable, y se les emplazará para que la contesten dentro de los veinte días siguientes*”, dándose a la admisión de la demanda, la comunicación a los sujetos demandados, a quienes se les emplazará para que la contesten dentro del término descrito de 20 días hábiles siguientes.

En ese sentido, la contestación a la demanda, se redactará en la forma que se ha establecido previamente, es en la contestación donde el demandado expone las excepciones procesales y demás alegaciones referidas a lo que pueda obstar a la válida prosecución y termino del proceso mediante sentencia de fondo, de conformidad a lo que se establece en el art. 284 CPCM, asumiendo por tanto, válidamente, asumir diferentes actitudes frente a la demanda que contra él se incoa. De dichas posturas se hará una ampliación en el apartado subsiguiente de la *interposición de las excepciones*.

¹²⁴ Parada Gámez, *El Proceso Común*, 63. Efectivamente la demanda es el acto procesal de parte que lleva de manera implícita la pretensión y tal como se ha manifestado debe de cumplir con los requisitos que el legislador ha regulado y presentarse en la forma determinada por la ley.

Cuando se trata de excepciones de naturaleza procesal se dirimen en la audiencia preparatoria, donde también puede intentarse la conciliación de las partes con el fin de evitar una continuidad innecesaria y cuando sea una oposición de fondo se hará al final del proceso en la audiencia probatoria. La audiencia preparatoria se caracteriza por ser una reunión de las partes y el juez, la cual sirve para intentar la conciliación de las partes, el saneamiento de los defectos procesales, para la fijación de la pretensión y proponer y admitir la prueba de que intenten valerse las partes en la audiencia probatoria; puntualmente, a través de la función saneadora se busca que las partes y el juez anuncien la existencia de vicios que deban ser subsanados, lo anterior de conformidad al art. 292 CPCM.

4.3.2. El proceso abreviado

El procedimiento abreviado, se encuentra regulado en Título Tercero, denominado: el proceso abreviado, regulado en los arts. 418 y ss CPCM. Se refleja en este proceso, peculiaridades propias del mismo, ya que hay una audiencia única donde se desarrolla el proceso, se practica la prueba, y hay una exposición de la pretensión y la oposición, bastante así una demanda simplificada para poner en marcha este tipo de proceso plenario.

Se deciden los trámites por este proceso, cuando las demandas tengan una cuantía que no supere los veinticinco mil colones o el equivalente en dólares de los Estados Unidos de América; además, cualquiera que sea su cuantía cuando se trate de demandas de liquidación de daños y perjuicios, de oposición a la reposición judicial de títulos valores, las relativas a la disolución y liquidación de una sociedad y las de nulidad de sociedades. Es decir, los criterios que se utilizan son el de la cuantía y la materia, esto según lo estipulado en el art. 241 CPCM.

Se diferencia del proceso común, en cuanto que en este la pretensión se formula en la demanda y en el proceso abreviado se realiza mediante demanda simplificada, bastando con la exposición de la petición y dejando la fundamentación para la iniciación de la audiencia. La demanda simplificada pues, se remite a los requisitos del art. 276 CPCM, en cuanto a lo que no se encuentra regulado para ella. El criterio especial por la materia prevalece por el general de la cuantía, esto es, cuando no exista norma que disponga un proceso determinado, se acude al criterio del valor del objeto en litigio.

De tal manera que la demanda simplificada es un beneficio que obra a favor del demandante, quien puede renunciar al mismo y formular una demanda completa. Respecto a la interposición de excepciones, la demanda simplificada del proceso abreviado se sujeta a las mismas reglas de la demanda común, es decir del proceso común. Habiendo por parte del juzgador, la advertencia al percatarse de defectos subsanables, en los que el actor cuenta con cinco días para que los subsane. Y en caso que los defectos de la demanda fueren insubsanables el juez declarará auto declarando improponible la demanda¹²⁵.

La jurisprudencia salvadoreña respecto a este proceso ha establecido: *“...Así, el proceso abreviado del que trata el Código Procesal Civil y Mercantil, tiene sus propias y especiales reglas, en tanto se rige por la cuantía, que debe de ser menor de veinticinco mil colones o su equivalente en dólares, o deben ser de los casos que expresamente dice la ley y que no importa su cuantía, y que son: Las demandadas de liquidación de daños y perjuicios; las demandas de oposición a la reposición judicial de títulos*

¹²⁵ Padilla y Velasco, *Comentarios al Código Procesal...*, 223-228. La legislación civil y mercantil no hace una diferencia en cuanto a forma de interponer las excepciones en un proceso abreviado de uno común, en tanto su diferencia radica en la simplificación del proceso y cuantía.

valores; las demandas relativas a la disolución y liquidación judicial de una sociedad; y, las demandas de nulidad de sociedades.

Fuera de los supuestos descritos, no cabe otra pretensión que pueda decidirse por el proceso abreviado, no obstante la regla de que si no hay un proceso determinado por la ley para dilucidar una pretensión civil o mercantil, se deberá seguir en un proceso declarativo, ya sea común o abreviado según corresponda”¹²⁶.

4.4. Las excepciones que rigen el proceso civil y mercantil

Una de las finalidades esenciales del Estado es el de administrar justicia, dirimiendo conflictos que puedan enfrentar a distintos sujetos, siendo que quien reclama ante la jurisdicción algo contra otra persona tiene el mismo derecho en el proceso, el demandado también tiene el derecho a obtener una sentencia que resuelva la demanda que contra él se deduce, además de disponer de la acción, ya que él al igual que el actor dispone de esta para la protección de sus derechos¹²⁷.

En este tenor, ante la demanda de transformación que fuese coherente con la protección al derecho a la protección jurisdiccional y economía procesal, de acuerdo al contexto social y la realidad salvadoreña, como fue expuesto por los legisladores en los considerandos para la creación del Código Procesal Civil y Mercantil, y el cual fue creado a través del Decreto

¹²⁶ Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Resolución, Referencia 32-4MC3-2012* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012). Como se ha establecido, el proceso abreviado es un beneficio para el demandante en el sentido de ser un proceso corto y simplificado, la pretensión se realiza a través de demanda simplificada, atendiendo lo prescrito en la ley.

¹²⁷ Arazi, *Derecho Procesal Civil...*, 77-78. Ya se ha establecido en acápite anteriores que el Estado debe dirimir los conflictos de sus ciudadanos.

Legislativo 712, de fecha 18 de septiembre de 2008, se da vida a un cuerpo normativo de acorde a la realidad actual, es por ello que dicho código ha tenido varias reformas con el afán de salvaguardar la protección jurisdiccional.

El Código Procesal Civil y Mercantil, está inspirado en el Código Procesal Civil para Iberoamérica que data del año de 1988 con un reflejo de instaurar proceso por audiencias, así como la dirección por principios e instituciones que son características del Código en el cual se inspiró, así pues, se introdujo el principio de oralidad como una base de las actuaciones procesales, presentando una armonía de normas procesales para dar una eficaz respuesta a los procesos civiles y mercantiles de los justiciables para el cumplimiento de los principios constitucionales.

No obstante, en lo que se refiere a las excepciones tanto materiales como procesales que es el tópico objeto de la investigación, tiende a ser insuficiente lo regulado por el Código y como un derecho del demandado debe ser más completo para que tal diferenciación de excepciones sean planteadas por aquel contra quien se ha demandado y pueda ejercer su derecho de defensa, sin lugar a dudas de lo que como derecho le corresponde para tener un plano de igualdad.

4.4.1. Interposición de las excepciones

Al respecto de las excepciones y con el afán de conocer cuando se interponen se transcribe el art. 284 CPCM, para posteriormente verificar las actitudes que asume el demandado frente a una demanda en su contra, el art. citado reza: *“En la contestación a la demanda, que se redactará en la forma establecida para ésta, el demandado expondrá las excepciones*

procesales y demás alegaciones referidas a lo que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

El demandado podrá manifestar, en la contestación, su allanamiento a alguna o algunas de las pretensiones del demandante.

En la contestación, en su caso, el demandado podrá negar los hechos aducidos por el demandante, exponiendo los fundamentos de su oposición a las pretensiones del que demanda y alegando las excepciones que considerare convenientes.

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 contestación de la demanda es un acto procesal realizado por el demandado, oponiéndose o no a lo pretendido por el demandante, sirve para fijar los términos del debate que se relaciona con el objeto procesal que ha propuesto el actor. Es entonces cuando el demandado adopta una defensa concreta en la contestación de la demanda, esto frente a la pretensión que en su contra se deduce por el demandante, se encuentra en una posición donde solicita una tutela jurisdiccional congruente con la defensa que pretende. En la contestación de la demanda se alude a la posición del demandado frente a la demanda que se interpone en su contra, pudiendo tomar diversas reacciones legítimas y admitidas por la ley y por supuesto con efectos jurídicos¹²⁸.

¹²⁸ Cabañas García, *Código Procesal Civil...*, 301. La contestación de la demanda servirá para fijar los términos del debate en relación con el objeto procesal propuesto por el demandante. Es razón de ello, el demandado puede adoptar diferentes actitudes de acuerdo a lo que mejor le convenga o interese. Asimismo, si el demandado interpone excepciones se impone una obligación a este, se invierte el *onus probandi* de explicar y exponer con absoluta claridad y precisión los hechos que alega como fundamento de su defensa; en el otro extremo está el actor quien debe pronunciarse ya sea negando o afirmando lo alegado.

Puede además el demandado tener una sumisión a los términos que se plantean en la demanda o inclusive no comparecer y sujetarse a los efectos que ello conlleva; en ese sentido, puede adoptar la actitud de:

a) Dejar de comparecer al proceso

Al no comparecer, provocará el demandado la declaratoria de rebeldía, conforme a lo establecido en el art. 287 del Código Procesal Civil y Mercantil. Lo anterior, no constituye que el demandado se allane ni tampoco un reconocimiento de los hechos que plantea el actor, por lo que el juez no puede apreciar así esa actitud¹²⁹.

b) Comparecer sin alegar

La contestación de la demanda es una carga para el demandado, no una obligación determinada por la ley, lo que sucede es que si el demandado no contesta en el término que ya la ley establece, el término va a precluir no pudiendo alegar sus fundamentos que puedan servir de oposición o alegaciones para hacer valer sus derechos.

c) Allanarse

Con los diversos elementos de la pretensión la postura del demandado puede materializarse, ante la manifestación de un mecanismo auto-compositivo de la *litis*, cuya finalidad es evitar una dilación inútil de los tiempos procesales y también una condena en costas, pudiendo evitarse el demandado presentando dentro del plazo de contestación un escrito de allanamiento.

¹²⁹ La demanda es un acto procesal por el que se inicia un proceso, misma que a su vez no impone al demandado una obligación para que comparezca, es decir impone solamente un imperativo de interés propio, ya que de él depende la coordinación de su defensa para alegar lo que estime necesario dentro del marco jurídico. Es por ello que el proceso sigue su curso y el actor debe probar los extremos de su pretensión.

Con el allanamiento hay una aceptación de los extremos de la demanda la puede ser parcial, cuando la pretensión actora está compuesta por varias pretensiones de tutela o de una única pretensión pero susceptible de ser fraccionada en porciones y el demandado solo concuerda con una parte de ese todo. El demandado pues, tiene derecho a allanarse únicamente en esa porción y del resto responder conforme a Derecho considere conveniente¹³⁰ y por tanto el proceso podrá continuar para discutir y resolver sobre las cuestiones planteadas por el demandante que no hubieran sido objeto de allanamiento.

a) Admisión de hechos, con disconformidad con la causa de pedir.

Se encuentra en el art. 284, párrafo tercero, inciso segundo, del cuerpo normativo referido, una estrategia que dada la evidencia de la veracidad de los hechos que el actor presenta, estos no corresponden a una correcta exposición jurídica del caso en la demanda, por tanto el demandado no niega los hechos pero si se opone a los elementos jurídicos de la pretensión. Se alega que el título jurídico que ordena esa relación material no es la que arguye la demanda sino otro, porque las consecuencias legales de aplicar correctamente la norma sustantiva no son las que predica la demanda sino otras, que son favorables al demandado.

¹³⁰ Entre los efectos de la contestación a la demanda, puede válidamente el demandado contestar afirmativamente la demanda, aceptando total o parcialmente los hechos plasmados en la demanda, así también cuando el juez entienda que el allanamiento, y al ser una forma anormal de terminación de un proceso, es contrario al orden público o al interés general, o que se realiza en perjuicio de tercero, o que encubre un fraude de ley, dictará auto rechazándolo y mandando que el proceso continúe su curso. En ese sentido el allanamiento podrá limitarse sólo a una parte de la pretensión planteada por el demandante y en tal caso el juez, siempre a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato un auto acogiendo los puntos que hayan sido objeto de dicho allanamiento, cuando sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, y podrá ejecutarse conforme a lo establecido en este código. El allanamiento habrá de ser personal, claro, expreso, sin condición alguna y deberá formularse *apud acta* o por medio de apoderado con poder especial debidamente acreditado. Si el allanamiento se efectuara con anterioridad a la contestación de la demanda, no se impondrán costas procesales, salvo manifiesta temeridad.

Entonces, si la admisión efectuada en la contestación, es exclusivamente sobre los hechos todo lo admitido tendrá un efecto procesal muy tangible.

Al respecto, todo lo admitido fácticamente por el demandado queda fijado como cierto –art.314 CPCM- a efecto de su valoración en la sentencia, si el Juez concuerda con la tesis de la contestación, en torno al error de planteamiento jurídico del actor, la sentencia puede acabar dictándose en desestimación de la demanda. Por ello, admisión de hechos no significa allanamiento, más bien probidad procesal.

a) El silencio y sus modalidades

Cuando el demandado no contesta la demanda podría dejar pasar el trámite de la contestación sin defenderse, asumiendo las consecuencias que la legislación haya establecido previamente¹³¹.

b) Oposición a la demanda

Implica rechazar la acción que se ejercita, desde el punto de vista factico y jurídico (por lo que el demandado podría: contradecir de forma parcial o total el relato de los hechos de la demanda, negando la veracidad de algunos u ofreciendo un relato alternativo en todo o en parte; además, de alegar excepciones procesales, es decir, aducir que a la pretensión le falta un presupuesto del proceso o un impeditivo de una decisión de fondo, improponibilidad, o defectos de la demanda que causan la inadmisibilidad. El propósito es evitar que el proceso siga su marcha. Al alegar excepciones de naturaleza procesal o material el demandado está implicando una resistencia ante lo que plantea el actor.

¹³¹ Así también puede darse que se haya presentado ante el órgano judicial para que se le tenga por constituido como parte y luego sin embargo no presenta escrito de contestación en el plazo conferido por la ley, su estatus corresponde al de una parte que está dentro del proceso aunque inactivo.

El art. 284 inciso tercero de la legislación civil y mercantil, se refiere a la alegación de excepciones materiales, lo cual no se trata de negar los hechos del actor, porque pueden ser ciertos, no obstante que no se haya mencionado sobre hechos que tienen relevancia jurídica, a tal punto de llevar a la desactivación los hechos constitutivos de la demanda. Se trata de nuevos hechos, pero que el demandado lo que busca no es una nueva pretensión sino la demostración de la ineficacia de la pretensión.

Ahora bien, es claro que el demandado puede hacer uso de esta defensa material, ya que en algunos casos su alegación conduce a un pronunciamiento judicial sobre la realidad o la inexistencia de un derecho o la aparición de derechos alternativos, con efecto de que la cosa juzgada material rebase el ámbito de absolución o condena del demandado. Se exige el empleo de la reconvencción para discutir esa clase de argumentos en el pleito, de manera tal que exista un debate pleno y la sentencia que se dicte, sirva para declarar o constituir los efectos jurídicos definitivos que procedan respecto de esa relación material. Como se ha acotado, el ámbito de las excepciones materiales que deviene exclusivamente se reduce en la actualidad a aquellos hechos impeditivos de la relación o extintivos de ésta, cuyo análisis es el de la repercusión sobre la procedencia de la acción ejercitada contra el demandado, sin precisar ninguna calificación jurídica siquiera instrumental o prejudicial de la que puedan derivarse otros efectos jurídicos en orden a la nulidad del título jurídico puedan derivarse otros efectos jurídicos en orden a la nulidad del título jurídico o al reconocimiento de derechos al demandado¹³².

¹³² Código Procesal Civil y Mercantil (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2010). Puede haber un rechazo del demandado a la pretensión del actor, a través de una contestación negativa, o hacer saber que no está de acuerdo con el contenido de la demanda, o también alegar las excepciones que implican su resistencia al proceso y que debe alegar en el plazo previamente regulado.

Las excepciones procesales o materiales son a la pretensión que hace el actor, una manifestación de resistencia por parte del demandado, quien tiene la posibilidad de argüir sus defensas en este momento procesal. La interposición de las excepciones se debe hacer en un orden sucesivo lógico de tal manera que se aleguen primero las de naturaleza procesal, que son las que impiden la continuidad del proceso, con el afán de dejar imprejuizada la pretensión.

Posteriormente, vendría la posibilidad de alegar las excepciones materiales, que son las que contienen hechos que en si son capaces de destruir la pretensión con un examen de fondo¹³³. Las excepciones procesales están contenidas en el CPCM, art. 298 aunque no son taxativas, puesto que existen otros defectos procesales que impiden la continuación y pueden dar por terminado el proceso como la integración incorrecta de litisconsorcio o la indebida acumulación de pretensiones.

En cuanto a la oposición material, puede el demandado aducir hechos, solicitando una sentencia de absolución con efectos de cosa juzgada material, por tanto los hechos pueden ser:

- a) Impeditivos, esto es cuando el demandado opone un hecho que jurídicamente es relevante y cuyo objetivo es impedir el efecto jurídico que el actor pretende;
- b) extintivos, significa que no hay negación en los extremos de la demanda, pero el demandado plantea otros que excluyen el efecto jurídico de la demanda y;

¹³³ Parada Gámez, *El Proceso Común*, 92. Tal y como lo expone el autor, se debe respetar un orden sucesivo lógico para la interposición de las excepciones, primero las procesales y luego las excepciones materiales, en cuanto estas últimas lo que hacen es destruir la pretensión.

c) excluyentes, aquí ni los hechos ni las consecuencias jurídicas son negadas por el demandado, lo que hace es alegar un contra derecho que le corresponde solamente a él, como la prescripción¹³⁴.

Sobre las formalidades y el 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, conforme a lo establecido en el art. 283 y en la forma establecida en el art. 284 CPCM, efectuado el bloque de hechos, se enuncian las excepciones procesales que se tuviere a bien alegar, después las posibles excepciones materiales y los puntos de derecho de los que discrepa de la demanda. El escrito de contestación debe concretar una petición de tutela, de manera general es la de la desestimación de la demanda y consiguiente absolución del demandado, salvo que se formalice el allanamiento, ahora, si el demandado va a deducir reconvencción lo hará cuando haya agotado la exposición pertinente en cuanto a la contestación y en el mismo escrito.

Existe una relación con el art. 298 CPCM, que hace referencia a la denuncia y examen de defectos, los cuales serán manifestados en la contestación, estableciéndose que la audiencia continuará con el examen de cualquiera de los defectos alegados por las partes, cumpliendo la función saneadora de la audiencia preparatoria, siendo el momento en que se resolverán las procesales, de tipo subsanable o insubsanable.

¹³⁴ Padilla y Velasco, *Comentarios al Código Procesal...*, 73. La prescripción reconoce la obligación pero que fue extinguida por el transcurrir del tiempo. Sobre esos hechos nuevos, de los que el demandado puede alegar y probar, hay una distinción entre los hechos impeditivos (referido a las circunstancias que han hecho que el derecho o el pacto no nazcan, por falta de algún elemento esencial); hechos extintivos (son aquellas situaciones que han traído la pérdida sobrevenida del derecho existente en origen, por actuaciones humanas o hechos de la naturaleza) y, hechos excluyentes (son las circunstancias que han servido para el nacimiento de otros derechos cuya validez y eficacia se contraponen a su vez a la del derecho invocado por el actor).

4.4.2. Excepciones materiales

En las excepciones materiales (de fondo o excepciones sustanciales), es claro que su examen solo procede en la sentencia y luego de que se examine en el fondo la pretensión que, de no haberse atacado con las excepciones sustanciales, saldría airosa. De esta manera, las excepciones sustanciales se entienden propuestas *in eventum*, de forma eventual en el sentido de que su examen acaece apenas en el supuesto de que los elementos axiológicos de la pretensión hubieran encontrado prueba¹³⁵. Dentro de algunas de las excepciones que se pueden mencionar se encuentran las reguladas en el art. 1438 del CC, pudiendo extinguirse en todo o en parte, en virtud de una convención en que las partes interesadas, consientan darla por cumplida, por ser capaces de disponer de lo suyo. Las obligaciones se extinguen además en todo o parte por:

- 1º Por la solución o pago efectivo (es la prestación de lo que se debe);
- 2º Por la novación (sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida);
- 3º Por la remisión (art. 1522 CC y ss. La remisión o condonación de una deuda no tiene valor, sino en cuanto el acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella);
- 4º Por la compensación (art. 1525 CC y ss. Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas);
- 5º Por la confusión (art. 1525 CC y ss. Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor de una misma cosa, se verifica

¹³⁵ Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, *Teoría General del Proceso* (Colombia: Temis, S.A., 2008). De no alegar las excepciones materiales que existan, el actor obtendría un resultado positivo sobre las pretensiones que alega, porque el demandado ha dejado pasar su momento procesal oportuno para alegarlas.

de derecho una confusión que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago);

6º Por la pérdida de la cosa que se debe o por cualquier otro acontecimiento que haga imposible el cumplimiento de la obligación (art. 1540 y ss CC. Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones);

7º Por la declaración de nulidad o por la rescisión;

8º Por el evento de la condición resolutoria (art. 1350 CC y ss. La condición se llama resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho);

9º Por la declaratoria de la prescripción (art. 2231 CC y ss. La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales).

4.4.3. Excepciones procesales

Tal y como se había expuesto en el capítulo II, a las excepciones procesales se les atribuye el significado de posibilidad de denuncia, encomendada a la parte que es llamada a resistir una pretensión para que alerte al juez de que el proceso se está adelantando con unos o más presupuestos procesales. Al respecto, y con el afán de detallar las excepciones que se encuentran en el CPCM y con el respaldo de la jurisprudencia, se retoma la clasificación a la que se refiere el autor salvadoreño Parada Gámez en su libro El Proceso Común, citado ampliamente a lo largo del trabajo de grado y quien expresa que se clasifican en subjetivas, objetivas y procedimentales, lo cual tomando en consideración el art. 298 CPCM referido a la denuncia y examen de defectos es acertado.

4.4.3.1. Excepciones procesales subjetivas

Las excepciones procesales subjetivas están referidas al juez y a las partes. Dentro de estas se encuentran la jurisdicción, la excepción de capacidad para ser parte, actuación procesal y de postulación, la legitimación y postulación, la excepción de competencia objetiva y la excepción de competencia de grado o territorial, que se desarrollaran en los acápites siguientes.

4.4.3.1.1. Jurisdicción

La palabra jurisdicción es la parte del derecho procesal que como función del Estado tiene por objeto regular y organizar los órganos especializados y competentes para resolver en forma imparcial las controversias y planteamientos jurídicos, proviene la palabra jurisdicción del latín *iurisdictionis*, que significa poder o autoridad que tiene uno para gobernar¹³⁶.

En ese contexto, la jurisdicción es un presupuesto procesal relativo al órgano jurisdiccional, constituye un examen obligatorio por el Tribunal, quien debe revisar la proponibilidad de la pretensión y es que la existencia de este defecto procesal genera la declaratoria de improponibilidad, cuando sea apreciada de oficio. Entre los efectos que genera el reconocimiento de la falta de jurisdicción están la declaratoria de improponibilidad, que se archive de las actuaciones, la posible impugnación a través del recurso de apelación, además, si se rechaza la demanda *in limine* o en el transcurso de las instancias se deja a salvo el derecho material del actor. Aunque el defecto de

¹³⁶ Luis M. Ponce de León Armenta, "La Jurisdicción" (2015): 100, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/Derechocomparado/73/art/art6.pdf>.

jurisdicción y la competencia contienen su propio incidente de especial y previo pronunciamiento, se pueden despachar en la audiencia preparatoria si el demandado lo ha planteado con el resto de las excepciones en la contestación de la demanda, en atención al principio de economía procesal.

4.4.3.1.2. Excepción de capacidad para ser parte, actuación procesal y de postulación

La figura de la capacidad para ser parte se encuentra regulada en el art. 58 CPCM. Los defectos descritos, cualquiera de ellos, afecta la constitución de la relación jurídico-procesal en virtud de proyectarse sobre la personalidad de los litigantes, esto en su vertiente subjetiva da como resultado una anulación del proceso, con excepción que tal defecto no se hubiere cometido o bien se hubiere subsanado.

Asimismo, 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 pueda ser reconocida como tal por el ordenamiento jurídico.*

Sin embargo, el Código Procesal Civil y Mercantil contempla 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”. La

capacidad procesal en cambio, indica que sólo quienes sean parte en un proceso pueden actuar dentro de él. La capacidad procesal, o también llamada capacidad de obrar dentro de la litis, responde a las preguntas 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 él¹³⁷.

4.4.3.1.3. Legitimación y postulación

La capacidad procesal o para actuar, se encuentra regulada en los arts. 59 al 65 y, la postulación o representación judicial, se encuentra regulada en los arts. 67 y ss todos del CPCM, los defectos descritos, cualquiera de ellos, afecta la constitución de la relación jurídico-procesal en virtud de proyectarse sobre la personalidad de los litigantes, esto en su vertiente subjetiva resultando una anulación del proceso, con excepción que tal defecto no se hubiere cometido o bien se hubiere subsanado. En ese orden de ideas, la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, señala: “(...) es pertinente hacer un esbozo sobre el concepto de la legitimación procesal, que constituye un presupuesto de los requisitos subjetivos y como tal debe estimarse en la relación jurídica en concordancia al objeto litigioso, a fin de que el juzgador pueda conocer del fondo de la pretensión y que los justiciables reciban una respuesta”¹³⁸. Además, de acuerdo a otra sentencia

¹³⁷ Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Sentencia, Referencia 36-3CM-13-A* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013). Dicha sentencia hace la diferenciación entre capacidad para actuar y capacidad procesal, pero claro están íntimamente relacionados.

¹³⁸ Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Sentencia, Referencia 25-9cm2-2015* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015). En efecto la legitimación procesal es un requisito importante en la relación jurídica procesal para que con ello el juez donde se ventila el caso pueda llegar al fondo del asunto, un requisito subjetivo constituyente de un presupuesto procesal.

*“las partes intervinientes en un proceso, como sujetos activo y pasivo tienen una relación de necesaria reciprocidad en el mismo, respecto a los derechos que se discuten, debiéndose analizar la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la capacidad de representación. La falta de legitimación procesal activa, priva a la parte actora para que pueda obtener una providencia efectiva en cuanto al derecho invocado, teniendo el juzgador la facultad de examinar dicho presupuesto, a fin de analizar si los intervinientes en el proceso son los titulares de los derechos que se discuten o, por el contrario, concurre algún defecto que le impida juzgar el caso (...)”*¹³⁹. Es decir, uno de los presupuestos procesales más importantes de todo proceso es la capacidad para ser parte, lo cual es 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.

4.4.3.1.4. Competencia

Cada Juzgado o Tribunal tiene una competencia judicial referida a la facultad que se les atribuye para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. A través del principio de legalidad que imposibilita a los sujetos procesales alterar las normas competenciales en la tramitación del proceso ante Juez competente, de tal forma que el art. 26 del Código Procesal Civil y Mercantil reconoce la

¹³⁹ Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Sentencia, Referencia 148-56CM2-2015* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015). Concluye la Cámara que *“traería como consecuencia el rechazo de la demanda y según el momento procesal de decretarlo, puede ser en el examen inicial de la demanda, durante el desarrollo del proceso, con la finalidad de evitar una actividad procesal infructuosa o inútil; lo que responde a los principios de celeridad y economía procesal”*. En base a lo anterior se determina que deben existir condiciones necesarias, es decir una la relación del sujeto con la situación jurídica.

competencia como indisponible como una regla general, exceptuando la competencia en razón del territorio¹⁴⁰. También se resalta lo que debe entenderse como jurisdicción, siendo esta una función pública, enfocada en la protección, defensa y conservación de los derechos de las personas, diferenciándose de la competencia la cual es las facultades jurisdiccionales¹⁴¹.

4.4.3.1.4.1. Excepción de competencia objetiva

La competencia es de carácter público y es la que impide a un juez conocer de un asunto, bajo pena de nulidad, la cual se denomina competencia improrrogable, estando referida a la competencia objetiva, he introducido por el legislador en el art. 37 CPCM sobre la cuantía y la materia y la competencia funcional respecto a la potestad del juez para conocer de un asunto¹⁴².

En la legislación salvadoreña estos criterios se encuentran divididos de la siguiente manera, según: a) Competencia Territorial, Art. 33 CPCM; b) Competencia Objetiva, que a su vez comprende los criterios de cuantía y materia, de conformidad a lo regulado en el art. 37 CPCM; c) Competencia Funcional, art. 38 CPCM; y d) Competencia de Grado, art. 39 CPCM y la falta de competencia improrrogable es motivo de improponibilidad de la demanda, debiendo ser rechazada por el juez.

¹⁴⁰ La competencia surge para procurar un orden en el ejercicio de la función jurisdiccional, pudiendo cada juzgado o tribunal juzgar y ejecutar lo juzgado atendiendo a ciertos criterios definidos, como los son: el territorio, la materia, la cuantía, y el grado.

¹⁴¹ Parada Gámez, *El Proceso Común*, 43. También se resalta el art. 23 del CPCM, en el cual se señalan circunstancias de abstención de jurisdicción previstas por el legislador, para lo cual el juez debe abstenerse de conocer.

¹⁴² *Ibíd.* 46. El art. 37 CPCM regula la competencia objetiva determinando que la cuantía y la materia determinarán la competencia objetiva de un tribunal, este art. en relación al 232 CPCM que contiene el principio de especificidad.

Los criterios que contiene la competencia objetiva son la cuantía y la materia, se fija competencia atendiendo a criterios verdaderamente objetivos. En su doble perspectiva es estudiada por razón de la materia que determina el Juzgado, atendiendo al objeto y la naturaleza de lo solicitado (relación jurídica) y por razón de la cuantía, atendiendo el valor económico de lo pretendido por el demandante¹⁴³.

La competencia material está determinada por la naturaleza de la pretensión procesal y por las disposiciones legales que le regulan, tomando en cuenta la naturaleza del derecho subjetivo; la estructura judicial tiene una composición que inicia con la Corte Suprema de Justicia en Pleno (quince miembros, art. 27 CPCM), Sala de lo Civil (tres miembros, art. 28 CPCM), Cámaras de Segunda Instancia (dos miembros, art. 29 CPCM), Juzgados de Primera Instancia (un titular, art. 30 CPCM), Juzgados de Primera Instancia de Menor Cuantía (art. 31 CPCM)¹⁴⁴. Sobre el número de Juzgados, Cámaras, etc.

4.4.3.1.4.2. Excepción de competencia de grado o Territorial

Cuando el juez no tiene competencia, pero por una actitud de las partes o por el silencio mismo adquiere con plenos efectos la competencia, se denomina competencia prorrogable. En ese sentido, el legislador ha previsto diversidad de títulos, por ejemplo: Los comerciantes y quienes ejerzan alguna actividad de tipo profesional, cuando se refiera a conflictos relacionados con su quehacer podrán ser demandados en el lugar donde se

¹⁴³ Cabañas García, *Código Procesal Civil...*, 43. En efecto, debe conocer el juez de la materia que tiene conocimientos amplios y suficientes respecto a la pretensión que se le plantea, así pues en razón de la cuantía por el interés pecuniario de la reclamación que se está realizando.

¹⁴⁴ *Ibíd.* 44. Sobre el número de Juzgados, Cámaras, etc. lo regula la Ley Orgánica Judicial, donde se establece su estructura, organización, funciones y la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en diferentes ramas del derecho.

esté desarrollando o se haya desarrollado el mismo, y donde los comerciantes tuvieren establecimiento a su cargo¹⁴⁵.

La Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, sobre la excepción de grado ha indicado que: “...*existen normas sobre competencia territorial que utilizan distintos elementos para delimitar el conocimiento de un conflicto determinado, siendo el principal, el domicilio del demandado con el fin de 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 versa sobre administración de bienes, tal y como lo indica el Art.33 del Código Procesal Civil y Mercantil. Para un mejor entendimiento de los criterios territoriales sobre la competencia que abarque la mayoría de supuestos y determinar el Juzgado competente, el C.P.C.M, separa dos grupos, siendo estos los generales de territorialidad y los especiales de territorialidad. Arts.33, 34, 35 y 36 CPCM*”¹⁴⁶.

4.4.3.2. Excepciones procesales objetivas

En la normativa objeto de análisis, las excepciones procesales objetivas se refieren a las irregularidades que pueden afectar el objeto del proceso, dentro de estas se encuentran la litispendencia, debiendo haber una triple identidad, y la cosa juzgada; la cosa juzgada a su vez se divide en cosa juzgada material y formal y de las que se precisará en los acápites sucesivos.

¹⁴⁵ Parada Gámez, *El Proceso Común*, 45. Sobre la competencia territorial el art. 33 CPCM, inciso primero del CPCM, regula que será competente por razón del territorio, el tribunal del domicilio del demandado. si no tuviere domicilio en el territorio nacional, será competente el de su residencia.

¹⁴⁶ Conflictos de Competencia en Derecho Privado y Social, *Referencia 123-D-2011* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, 2011). Es menester que se conozca el domicilio del demandado para que esté pueda ejercer su derecho de defensa, y en caso se desconocimiento ya la ley prevé los mecanismos a seguir, y otros elementos necesarios para que conozca el tribunal competente.

4.4.3.2.1. La litispendencia

No se encuentra definición alguna en el CPCM sobre la litispendencia, en el art. 92 CPCM, solamente se establece que se produce desde la interposición de la demanda, si es admitida y es a partir de la misma que se despliegan todos los efectos determinados en la ley. Sobre el momento en que debe acudirse a la excepción de litispendencia el art. 109 CPCM, reza: *“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 (...)”*.

En el referido artículo se establece que de estimarse la excepción de litispendencia se pondrá fin al proceso que se ha iniciado con posterioridad y se condenará en costas que se hayan causado en los procesos finalizados; lo anterior, se relaciona con el art. 302 CPCM, que está referido a que si la litispendencia es denunciada o apreciada de oficio por el Juez se pondrá fin al proceso. Así, la litispendencia se produce desde la presentación de la demanda, claro está si es admitida (art. 281 CPCM), resultando de ello el reconocimiento de que existe un conflicto jurídico formalmente planteado ante un tribunal jurisdiccional de quien existirá un pronunciamiento al respecto¹⁴⁷.

De las muchas clasificaciones sobre los efectos de la litispendencia, se encuentran los efectos positivos o delimitadores de la contienda; y por otro lado, el efecto negativo o excluyente. El efecto positivo se refiere al establecimiento de las partes, la petición y la causa de pedir que

¹⁴⁷ La litispendencia se da como un conjunto de efectos jurídicos procesales que se originan por la admisión a trámite de una demanda.

conformarán el proceso; mientras que el efecto negativo implica la imposibilidad de la existencia de otro juicio en que concurren identidad de objeto, sujetos y causa, lo anterior se encuentra regulado en los arts. 277 y 299 CPCM. Este denominado “efecto negativo o excluyente” se fundamenta en razones de seguridad jurídica, por el riesgo de fallos contradictorios o distintos; así como en motivos de economía procesal, de donde no puede permitirse la actividad jurisdiccional duplicada en procesos diferentes para discutir sobre lo mismo.

De ahí se desprenden dos formas de controlar y evitar que existan varios procesos sobre lo mismo: de oficio, por tratarse de una cuestión de orden público y por ello no debe existir indefectiblemente una denuncia de parte; o bien a través de la excepción de litispendencia, que deberá ser alegada por el demandado en su escrito de contestación de la demanda. En ambos casos, el resultado será el mismo: el archivo de las actuaciones, a fin de evitar un doble juzgamiento sobre los mismos hechos o derechos, de conformidad a lo arts. 277 y 302 del CPCM.

En este supuesto, si varios procesos por la misma litis están pendientes ante jueces diversos, aquél de ellos ante quien se interpuso la demanda con posterioridad debe desprenderse del conocimiento de la misma por medio de un pronunciamiento negativo cuyo contenido es la declaración de no poderla decidir por litispendencia. De tal forma se puede resumir que los requisitos para que exista litispendencia son: a) la existencia de otro juicio en trámite, pues es fundamental que exista otro proceso en que esté pendiente la solución o en otras palabras debe existir una litis trabada o por lo menos notificada; y b) la triple identidad en objeto, sujeto y causa. El principio de la triple identidad puede verse matizada en algunos casos, pues si bien es cierto hay supuestos en que a pesar de que falta, o no coincide a cabalidad

alguno de los tres elementos relacionados en el párrafo anterior, por ejemplo que la calidad de los sujetos en el proceso se encuentre invertida; la sentencia que se dé en el primero hará cosa juzgada en el otro, por lo que en estos supuestos evidentemente opera la litispendencia. La litispendencia puede ser alegada como excepción en el proceso que se inicie con posterioridad, ya que la existencia de la litispendencia más que en la posibilidad de sentencias contradictorias se justifica en el hecho que constituiría un desvirtuamiento de la función judicial y la naturaleza misma del derecho si una única situación de hecho o de derecho se juzgara en dos procesos distintos¹⁴⁸. El juez ante quien se alega la litispendencia debe dejar de conocer y emitir un pronunciamiento sobre la existencia de litispendencia, siendo necesario que se establezcan los supuestos detallados por el demandante.

Precisamente la jurisprudencia de la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, de San Salvador *señala*: “(...), cabe señalar que la litispendencia es la situación jurídica que se produce cuando existe un proceso pendiente sobre un concreto objeto procesal, produciéndose una eficacia excluyente, que se proyectaría sobre cualquier proceso posterior con idéntico objeto, dando lugar, de ser posible, a su inmediata finalización. En cualquier caso, a que concluya sin una decisión sobre el fondo del asunto. Esta figura opera porque el camino a la obtención de la tutela jurisdiccional ya se encuentra abierto en un proceso y lo único que la eficacia excluyente”¹⁴⁹. Conforme al inc. 1° del art. 281 CPCM., si la demanda resulta admitida se produce la litispendencia, porque determina el nacimiento de un entramado de relaciones y situaciones jurídicas entre las partes y el juez, y

¹⁴⁸ Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Sentencia Definitiva, Referencia 102-4CM-12-A* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

¹⁴⁹ Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Sentencia, Referencia 86-37CM1-2015* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015).

entre las partes entre sí¹⁵⁰. Las alteraciones o innovaciones que se produzcan no modificaran la clase de proceso que se determinaran según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia.

La existencia paralela de más de un proceso sobre igual reclamo o conflicto entre las mismas partes, se persigue en esencia evitar que pretensiones idénticas conduzcan al pronunciamiento de sentencias contradictorias que quebranten la cosa juzgada.

4.4.3.2.2. La cosa juzgada

La cosa juzgada constituye la máxima expresión en el ámbito jurisdiccional, de seguridad jurídica para los sujetos procesales, evita el doble juzgamiento sobre lo deducido en un proceso judicial. Trae además consigo uno de los principales efectos, esto es, la firmeza de las resoluciones judiciales definitivas.

Se admite la división de la cosa juzgada en doble dimensión: material y formal, lo cual depende del tipo de resolución y proceso. En el CPCM, precisamente en el art. 230, se habla de la cosa juzgada, pero no brinda ninguna definición de la misma, por lo que resulta oportuno avocarse a la doctrina y a la jurisprudencia para poder obtener una amplia explicación de lo que debe entenderse por cosa juzgada y los tipos existentes¹⁵¹.

¹⁵⁰ Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Sentencia, Referencia: 128-52CM1-2015* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015). La alegación de litigio pendiente se produciría con el auto de admisión de la demanda.

¹⁵¹ Cosa juzgada proviene del latín *res iudicata*, es un efecto impeditivo, que ocasiona la preexistencia de una sentencia judicial firme dictada sobre el mismo objeto. De conformidad al art. 230 CPCM, se extiende a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción y comprenderá todos los hechos anteriores al momento en que hubieran precluido las alegaciones de las partes y hasta quienes se extiende.

Es preciso definir qué es cosa juzgada desde el punto de vista doctrinario. Expositores del derecho como Guasp definen que la cosa juzgada en sentido amplio es la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales. El proceso, en virtud de la figura de la cosa juzgada, se hace inaplicable y una cosa juzgada no quiere decir, en sustancia, sino inaplicabilidad de lo que en el proceso se ha corregido (Guasp, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Pág. 548).

Chiovenda por su parte expresa: "La cosa juzgada es el bien de la vida material del juicio y sobre el cual se ha pronunciado sentencia que ya no está sometida a oposición de rebelde, ni apelación, ni recurso de casación, ni demanda de revisión. Por último, Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, en su Curso de Derecho Civil, Tomo I Pág. 79 dice: "Cosa juzgada es la fuerza de la sentencia judicial que la hace inatacable, ya en sentido formal, y en sentido material".

La 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: "de allí que nos lleve a considerar, por un lado la denominada "eadem res" (identidad de cosa u objeto) y por otra la identidad de causa pretendi¹⁵².

En el sistema procesal, se requiere que exista esa identidad de objeto para invocar la excepción de cosa juzgada y así nuestra doctrina sostiene: "para que en juicio proceda la excepción de cosa juzgada se requiere la concurrencia de los tres elementos de idem persona, idem res e idem causa

¹⁵² Echandía en su obra Teoría General del Proceso, en la página 445 explica que "el límite objetivo de la cosa juzgada se compone de dos elementos identidad de cosa u objeto e identidad de causa pretendi".

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 hubiesen sido ventiladas entre las mismas partes"¹⁵³. Dándole continuidad a esa línea de pensamiento, se encuentra jurisprudencia emitida en la que se subraya: *"(...) la cosa juzgada en sentido amplio es el imperio que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales, es decir, no es más que la fuerza de la sentencia judicial que la hace inatacable, ya sea en sentido formal o en sentido material; de lo que se puede inferir que es la eficacia misma de la sentencia, que ya no puede ser atacada por ningún recurso, es pues inimpugnable y revestida de una fuerza tal que la vuelve inmutable.*

*En el sistema procesal, la jurisprudencia sostiene que para que en el proceso proceda la excepción de cosa juzgada, se requiere la concurrencia de tres elementos: identidad de persona, cosa y objeto o 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 hubiesen sido ventiladas entre las mismas partes"*¹⁵⁴.

Sobre la institución de la cosa juzgada sostiene un sector de la doctrina procesal que: "en sentido técnico es el efecto vinculante para los procesos

¹⁵³ Revista Judicial, Tomo LXXI, (1966) 117. Sin el cumplimiento de alguno de estos tres elementos no se estaría frente a la cosa juzgada, deben estar todos para que pueda ser alegado por el demandado.

¹⁵⁴ Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Sentencia, Referencia: 25-9CM2-2015* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015). En efecto, la jurisprudencia resalta que la cosa juzgada es la eficacia misma de la sentencia, y la doctrina en la misma línea establece que es un imperio, habiendo dado una definición vía jurisprudencial y un reconocimiento por la misma vía de los elementos necesarios e indispensables para su concurrencia.

futuros que producen una sentencia que decide irrevocable la controversia”¹⁵⁵, de lo cual la jurisprudencia civil salvadoreña infiere también “(...) que 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”¹⁵⁶.

Es en el CPCM donde se encuentra una regulación de la división de la cosa juzgada, si bien no de manera explícita, cuya conclusión es hecha a raíz de reconocerse la existencia de sentencias y en doctrina que si poseen el efecto de cosa juzgada y otras sentencias a las que se les niegan ese efecto. Cuando en la ley procesal se reconoce por regla el efecto de cosa juzgada, la figura que se presenta es la cosa juzgada material, una vez la sentencia haya adquirido firmeza ya no cabe atacar su contenido, no se ataca la sentencia en un segundo juicio, su eficacia trasciende a toda clase de juicio, y cuando se niega excepcionalmente ese efecto de la sentencia se refiere a la cosa juzgada formal.

La Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia ha expresado en su jurisprudencia: “La cosa juzgada en sentido amplio es, pues, la fuerza que el derecho atribuya normalmente a los resultados procesales. Hay dos maneras distintas de atacar un cierto resultado procesal. Una es la manera directa, que consiste en una impugnación de la decisión procesal en sí misma. Otra es la manera indirecta, que consiste en una discusión de los resultados procesales a través del rodeo que supone la apertura de un nuevo proceso

¹⁵⁵ Isabel Tapia Fernández, *El Objeto del Proceso, Alegaciones, Sentencia, Cosa juzgada* (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2010), 219. Con ella hay una decisión que se torna irrevocable.

¹⁵⁶ Sala de lo Civil, *Sentencia Definitiva, Referencia: 1305-2003*, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003), 6-7. La cosa Juzgada, según milenar criterio se tiene por verdad y no cabe contradecirla ya judicialmente para poner fin a la polémica jurídica y dar estabilidad a las resoluciones, no puede ser discutida de nuevo ni en ese proceso ni en ningún otro.

sobre la misma materia, en que puede llegarse a un resultado opuesto o sobre la misma materia, en que puede llegarse a un resultado opuesto o contradictorio del anterior.

Cuando un resultado procesal no es directamente atacable, es decir irrecurrible ya sea porque la ley no le concede un medio impugnatorio o porque el plazo para recurrir ha vencido, entonces se dice que goza de fuerza de cosa juzgada formal; cuando no es atacable ni indirectamente, esto es, cuando no cabe abrir un nuevo proceso sobre el mismo tema, entonces se dice que goza de fuerza de cosa juzgada material”¹⁵⁷.

4.4.3.2.2.1. Cosa juzgada material

Sobre la cosa juzgada material, es pertinente remitirnos al art. 520 CPCM y el cual reza así: *“El recurso de casación se rechazará cuando se interponga contra resolución dictada en asuntos de jurisdicción voluntaria o en procesos especiales, cuando la sentencia no produzca efectos de cosa juzgada material.”* De su texto, cabe notar que se regula la improcedencia del recurso de casación contra las diligencias judiciales no contenciosas, o en procesos especiales, cuando la sentencia no produzca efectos de cosa juzgada material. La accesibilidad para conocer por la vía casacional se encuentra acentuada por los supuestos señalados en la misma, de modo tal que en ella se ha restringido el análisis del recurso a cierta clase de procesos en materia civil y mercantil; en especial, se encuentra condicionado lo concerniente a las

¹⁵⁷ Sala de lo Civil, *Auto Definitivo, Referencia: 339-CAC-2014* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015), 2. Respecto a la cosa juzgada nuestra jurisprudencia hace una clara diferenciación, en que se puede atacar una decisión judicial de dos maneras, con la primera hay impugnación en la decisión procesal en sí misma, la cual a su vez se hace de manera directa, y con la otra hay una discusión de los resultados procesales. La normativa procesal civil y mercantil no manifiesta la diferenciación expresamente; no obstante, la jurisprudencia y doctrina sí lo hace.

referidas diligencias¹⁵⁸. La jurisprudencia al respecto ha antedicho que “cuando un resultado procesal no es directamente atacable, es decir irrecurrible ya sea porque la ley no le concede un medio impugnatorio o porque el plazo para recurrir ha vencido, entonces se dice que goza de fuerza de cosa juzgada formal”¹⁵⁹.

4.4.3.2.2. Cosa Juzgada Formal

La cosa juzgada formal se produce en sentencias expresamente determinadas por la ley y en los autos definitivos pronunciados en procesos contenciosos (las pretensiones, peticiones y resistencias podrán ser nuevamente planteadas y discutidas con posterioridad en un nuevo proceso ante el mismo u otro funcionario judicial).

El efecto formal habilita un nuevo juzgamiento, a pesar de la identidad de los sujetos procesales y el objeto del proceso. Se constituye pues, como sinónimo de firmeza de la resolución definitiva, para estos supuestos se cuenta con la característica de no impugnabile en el mismo proceso donde fue pronunciada la resolución definitiva; si es mutable por la iniciación de otro proceso posterior sobre el mismo asunto, debido a que cuando adquiere firmeza ya no se ataca el contenido de la sentencia. En relación a lo anterior, la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, ha emitido pronunciamiento y de lo cual se retoma el hecho que “(...) *en el supuesto de oposición a la pretensión, a una limitada cantidad de defensas y la sentencia*

¹⁵⁸ Cabañas García, *Código Procesal Civil...*, 219. La cosa juzgada material, está referida a la inimpugnabilidad e imposibilidad que una determinada decisión sea recurrida, es decir la improcedencia de los recursos procesales contra esta y además, tiene condición de inmutabilidad en cualquier otro procedimiento posterior.

¹⁵⁹ Sala de lo Civil, *Sentencia, Referencia: 410-CAC-2014* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015), 2. Solo se atiende conforme a lo regulado por la ley sobre los supuestos en los cuales se está ante la figura de la cosa juzgada formal.

que en él se pronuncia, solo produce en principio, efecto de cosa juzgada formal, ya que en él no se persigue una decisión judicial que declare la existencia o inexistencia de un derecho sustancial incierto, sino la satisfacción de un crédito legalmente presumido como existente en razón la carácter particular del documento que lo comprueba”¹⁶⁰.

4.4.3.3. Excepciones procedimentales

Al respecto de las excepciones procedimentales, estas se refieren a la vía procesal utilizada, dentro de estas se encuentran la excepción de demanda defectuosa, y la excepción de litisconsorcio, de la que se deriva el litisconsorcio activo y pasivo necesario y excepción de litisconsorcio voluntario.

4.4.3.3.1. Excepción de demanda defectuosa

Dicha excepción se encuentra regulada en el art. 304 del CPCM, en el cual se señala que cuando se hubiere denunciado la existencia de defectos subsanables en la demanda o en la reconvención, o el Juez los hubiera apreciado de oficio, pedirá en la audiencia las aclaraciones o precisiones oportunas. A través de esta excepción cuyo contenido no es comprensible para el demandado podría tildarse a la demanda obscura, que en la misma existan contradicciones o los datos en ella consignados sean imprecisos. De tal manera que si no se dieran las aclaraciones o precisiones, y los defectos no permitiesen determinar con claridad las pretensiones del demandante, el Juez dictará auto en el que se ponga fin al proceso, con archivo de las

¹⁶⁰ Cámara Primero de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Sentencia, Referencia: 119-49CM1-2015* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015), 20. Cuando no cabe abrir un nuevo proceso sobre el mismo tema se está ante la cosa juzgada material, al haber un cierre de los recursos procesales.

actuaciones. Si los defectos se hubieran apreciado en la reconvencción, el Juez la excluirá del proceso y no entrará a resolver sobre ella en la sentencia.

4.4.3.3.2. Excepción de litisconsorcio

Al respecto del concepto general de pluralidad de partes, se habla de pluralidad de partes cuando convergen dos o más personas en la posición activa (demandante) o pasiva (demandado) en un mismo proceso. La ley procesal regula quienes son lo que adquieren la calidad de parte en el proceso y aunque anteriormente hayan sido procesalmente terceros, para que gocen de poderes y obligaciones salvo excepciones determinadas por la ley¹⁶¹.

Dentro de la concebida dualidad de posiciones -actor y demandado-, es posible que éstos se formen a su vez, por una sola persona o más de una, originando lo que se llama pluralidad de partes o litisconsorcio, que no es más que la presencia en el proceso de varias personas en calidad de demandantes o demandados; dándose lugar a una situación y relación que surge de una pluralidad de personas que por efecto de una pretensión judicialmente reclamada, son actora o demandados en el mismo proceso, con la consecuencia de solidaridad de intereses y colaboración.

Dentro de la concebida dualidad de posiciones -actor y demandado-, es posible que éstos se formen a su vez, por una sola persona o más de una, originando lo que se llama pluralidad de partes o litisconsorcio, que no es

¹⁶¹ Cabañas García, *Código Procesal Civil...*, 100. El litisconsorcio no implica una violación al principio de que en el proceso sólo hay dos partes, sino en el de la posición que tienen los litigantes en el proceso, que nunca puede ser otra que las que asumen, por un lado, el actor, y por otro el demandado, el que pide y aquél contra quien se pide.

más que la presencia en el proceso de varias personas en calidad de demandantes o demandados; dándose lugar a una situación y relación que surge de una pluralidad de personas que por efecto de una pretensión judicialmente reclamada, son actora o demandados en el mismo proceso, con la consecuencia de solidaridad de intereses y colaboración

Precisamente nos remitimos a la jurisprudencia para tener un amplio panorama acerca de esta figura y *“(...) doctrinariamente se concibe al litisconsorcio como un instituto procesal que permite una acumulación subjetiva; es decir, la presencia en el proceso de dos o más personas. Permite, entonces, la presencia de varias personas como partes que por obligaciones directas o intereses comunes están unidas en una determinada posición y piden al órgano jurisdiccional el pronunciamiento de una decisión lógica y jurídicamente unitaria. Este conjunto de personas integradas en una misma posición constituye una parte procesal única, aunque compleja. Por ello, se considera que dicha figura se presenta cuando en una relación procesal, ya sea en la parte demandante o en la parte demandada, o en ambas, aparecen varios sujetos que, independientes jurídicamente unos de otros, son unificados procesalmente por tener un interés común”*¹⁶².

4.4.3.3.2.1. Litisconsorcio necesario

El litisconsorcio necesario sucede 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. Hay una concurrencia necesaria de las partes, provocada por la pretensión

¹⁶² Cámara de la Tercera Sección de Occidente, *Sentencia, Referencia: APC-35-14* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015), 5. Los litisconsortes se unifican ya que tienen intereses que les son comunes, y que hace necesaria su concurrencia, aunque jurídicamente son independientes.

deducida en juicio, la cual está referida a una relación material deviniendo indivisible o inescindible que por su naturaleza involucra a varias personas, o porque la sentencia que haya de dictarse condicionará la propia validez de esa relación material para todos en virtud de la acción ejercitada. De esta manera, los conflictos que puedan darse por esa relación vuelve imperativo el llamamiento formal de todos ellos al proceso para ejercer su defensa eficazmente, en razón del deber judicial de ser convocados a la *litis*, quedando vinculados en la condena de costas (en su caso) y de cosa juzgada material de la sentencia¹⁶³.

Conforme a lo anterior, en la jurisprudencia salvadoreña se estipula que *“la figura procesal del litisconsorte necesario surge cuando la relación del derecho sustancial, sobre la cual debe pronunciarse el juez, está integrada por una pluralidad de sujetos, bien sean activos o pasivos, en forma tal que no es susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan, sino que se presenta como una, única e indivisible fuente al conjunto de tales sujetos. Así, dada la naturaleza de la relación jurídica sustancial, los sujetos que litigan bajo la condición de parte demandante o parte demandada están unidos de modo tal, que a todos les afectará el sentido de la resolución a dictarse”*¹⁶⁴.

En el tipo de litisconsorcio necesario, existe una relación sustancial única para todos los litisconsortes, la ley no se limita a autorizar, sino que exige la

¹⁶³ Tienen en común determinada relación jurídica y la presencia de los sujetos se vuelve indispensable, hay una pluralidad de partes que pueden ser demandantes o demandados.

¹⁶⁴ Cámara de la Tercera Sección de Occidente, *Sentencia, Referencia: APC-35-14* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015), 5-6. Cuando en un proceso varias personas deben aparecer como actores o como demandados para que se pueda considerar trabada en lo subjetivo a la relación jurídico procesal, siendo así una concurrencia de partes, en el supuesto a que se refiere a la relación material que por su naturaleza involucra a varias personas y en todo caso por que la sentencia que haya de dictarse condicionara la relación material y afectara a todos, y no solo a los demandados.

presencia del litisconsorte en el proceso, por ello se califica como una carga la imposición del litisconsorcio. El litisconsorcio necesario tiene su fundamento en el derecho material y se encuentra regulado en el art. 76 y siguientes del CPCM, partiendo de ello debe de hacerse la clasificación y atiende al grado de necesidad con que el derecho sustantivo reclama el litisconsorcio.

La finalidad del litisconsorcio necesario deriva en respetar el principio de contradicción, la extensión de la cosa juzgada, evitar sentencias contradictorias y la imposibilidad de ejecución de estas, entre otras, esto relacionado con el art. 11 de la Constitución, en el sentido de que ninguna persona puede ser privada de su propiedad sin ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes.¹⁶⁵, de lo cual hay una exigencia para la presencia de los litisconsortes, se vuelve más bien una carga, una imposición para un litisconsorte, asimismo no se puede coaccionar al litisconsorte para que asista su derecho, sentando varias posiciones a las que puede optar pero que tendrá efectos en su situación jurídica.

4.4.3.3.2.1.1. Litisconsorcio activo necesario

Esta modalidad del litisconsorcio activo necesario es entendida como exigencia legal que todos los sujetos afectados por el conflicto demanden conjuntamente en el mismo pleito. Al referirse a aquellas pretensiones que versan sobre una relación material calificada por la ley como indivisible, perteneciente a varias personas en una misma posición, de modo que la

¹⁶⁵ Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Sentencia, Referencia: 24-4CM-14-A* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014), 5-7. Hay una exigencia para la presencia de los litisconsortes, se vuelve más bien una carga, una imposición para un litisconsorte, asimismo no se puede coaccionar al litisconsorte para que asista su derecho, sentando varias posiciones a las que puede optar pero que tendrá efectos en su situación jurídica.

sentencia extenderá sus efectos a todas ellas, esto es porque limita el alcance de conformidad al art. 76 del CPCM. El litisconsorcio es activo cuando se da en la parte demandante. No se encuentra en el CPCM una definición, de tal manera que se remite a la jurisprudencia y la cual detalla una definición: *“por litisconsorcio necesario activo, se entiende, aquella 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. 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 trate de relaciones mancomunadas en la que cada titular puede reclamar por su cuota; sea que se trate de obligaciones solidarias por disposición de la ley o por pacto entre los sujetos (...)”*¹⁶⁶.

Habrá litisconsorcio activo necesario cuando, en litigios de nulidad, cumplimiento o liberación de obligaciones indivisibles de los art. 1395 y ss C.C, exista una pluralidad de acreedores; además, en las demandas para la defensa de la comunidad de bienes (arts. 2055 y ss C.C.) contra terceros, en la que todos los comuneros se constituyen en parte actora y si fuere el caso, la interpuesto por la comunidad contra uno o varios de los comuneros que incumplieron con sus cargas y obligaciones, asumiendo el papel de demandados¹⁶⁷. En las obligaciones indivisibles, contrato de sociedad y las acciones relativas a la comunidad de bienes, reside una necesidad del resguardo del derecho de defensa de los interesados en el proceso y ante quienes se extenderán los efectos de la cosa juzgada.

¹⁶⁶ Cámara de la Tercera Sección del Centro, *Sentencia, Referencia: C-23-PA-2013-CPCM* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013), 4. Hay una exigencia de la ley para que la demanda donde los intereses sean comunes lo hagan a través del litisconsorcio ante su reclamo de un efecto jurídico, ya que los sujetos tienen una determinada relación o acto jurídico, por lo que la presencia de ellos se vuelve fundamental.

En los casos de litisconsorcio activo necesario todos deberán demandar conjuntamente, lo cierto es que puede darse que uno de los titulares del derecho no esté interesado en la reclamación judicial, de tal manera que no puede coaccionarse a quien no quiere suscribir la demanda; se puede otorgar el poder o poderes para que les representen y alguno de los actores no ha otorgado poder pero su nombre figura entre los co-demandantes, el juez no puede reputar correctamente constituida la relación procesal.

Ante la negativa de uno de los cotitulares materiales para demandar, se puede designar como parte co-demandada, de lo cual se narrará en el escrito de demanda la actitud obstruccionista mostrada previamente por el cotitular disidente entorpeciendo sin justificación el ejercicio conjunto, de esa manera se puede vincular esa conducta obstruccionista como expresiva de interés de alinearse con la posición de la parte demandada, determinando la necesidad de demandarle también como obligado y pasar por los pronunciamientos que se efectúe la sentencia definitiva.

Es necesario también determinar si los interesados en demandar lo harán bajo una misma estrategia jurídica; el art. 76 del CPCM se expresa que se debe demandar o ser demandadas de forma conjunta, esto en relación al art. 85 del mismo cuerpo normativo, que regula la representación y que precisa que la representación común de los cotitulares se exigirá únicamente cuando hagan uso de las mismas alegaciones o excepciones, salvo que le pueda causar indefensión a alguno de ellos, lo anterior salvo para el art. 80 donde se regula el litisconsorcio facultativo.

Lo anterior se entiende se aplica a las variantes del litisconsorcio necesario, denominado también como litisconsorcio facultativo, suscitando que varios actores presenten varias demandas con pretensiones similares mas no

idénticas. La búsqueda del legislador es que todos los concernidos por la relación indivisible sean llamados para que participen en la contienda, quedando vinculados por lo resuelto en ella. Esa búsqueda se logra permitiendo libertad de representación y defensa, por lo que presentadas todas las demandas que fueren, se reúnan en una acumulación de procesos, para unificar la contienda en un único procedimiento, lo que además atiende al principio de economía procesal¹⁶⁸.

4.4.3.3.2.1.2. Litisconsorcio pasivo necesario

De esta variante de litisconsorcio son tres los aspectos principales que configuran el régimen jurídico, presupuesto objetivo: Son aquellas acciones para el cumplimiento o inejecución de obligaciones indivisibles en sentido estricto y las acciones contra la comunidad de bienes en la que todos los comuneros aparecen obligados a las deudas y cargas comunes en función de su cuota (art. 2056 y ss CC).

En cuanto a la comunidad hereditaria mientras no esté repartida, el art. 1193 CC ordena a los coherederos obrar de consumo durante la proindivisión de la herencia, traducido en la necesidad de demandar todos, en caso de obligaciones adquiridas a favor de la comunidad y sin todos, en caso de obligaciones adquiridas a favor de la comunidad y sin perjuicio del derecho de repetición interna. Asimismo, cuando se trate específicamente de un proceso en que haya de dirimirse sobre la nulidad de un acto, acuerdo o negocio jurídico que afecte a una pluralidad de personas,, en cuanto han sido designadas por la ley o por vía convencional como los sujetos de la relación

¹⁶⁸ Juan Carlos Cabañas García et al., *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*, 101-104. El litisconsorcio voluntario también es llamado facultativo, dicha figura está regulada en el art. 80 de la normativa civil y mercantil vigente y es que en este caso los litisconsortes son considerados independientes.

material de que se trate, puede incluirse aquí 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, 2963 y 2064 CC).

Siendo que el termino nulidad empleado por el art. 78 debe tomarse en sentido amplio, respecto de todas aquellas acciones donde se pretende discutir sobre la validez o cesación de efectos de un acuerdo, acto o negocio jurídico, siendo que en la medida en que a raíz de un acto o negocio se forman obligaciones y derechos para varios, con independencia de que esta pueda resultar fraccionable en el cumplimiento de prestaciones, la propia validez y existencia de la relación material, concierne a todos por igual. Lo anterior se toma de la relación de los arts. 76 y 78 CPCM como los dos casos prototípicos para su aplicabilidad.¹⁶⁹

Posición pasiva o activa frente a la pretensión: la demanda identifica una pluralidad de demandados bajo un supuesto propio de litisconsorcio pasivo, en cuanto 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, porque están en contra de lo pretendido por el actor. No obstante, puede no ser así en diversas ocasiones sobre todo cuando la acción que se ejercita tiene efectos 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

¹⁶⁹ El litisconsorcio, presenta varias modalidades, las cuales dependen del punto del cual se parta, así puede establecerse a partir de la parte en donde se dé y cuando se da en la parte demandada es litisconsorcio pasivo necesario. la pluralidad de partes se tiene solamente del lado de los demandados. Hay un solo demandante y varios demandados. La nulidad es una sanción jurídica, un vicio, que le resta eficacia a los actos jurídicos, debe realizarse conforme a la normativa civil y mercantil, teniendo la parte que pretende alegarse un plazo para que pueda realizarlo, siendo una forma de las que extinguen las obligaciones.

y consideren que no tiene sentido oponerse a la pretensión porque participan del interés jurídico de que se estime la pretensión actora.

De conformidad a lo dispuesto en el art. 78 del CPCM, se contempla que en dicha hipótesis la persona dejará de ser litisconsorte pasivo y será tenida por demandante a todos los efectos, sin necesidad de presentar escrito de demanda, pero puede resultar insuficiente cuando el nuevo co-demandante espera extraer de la sentencia estimatoria no solamente efectos jurídicos comunes sino particularizados en torno a ciertas circunstancias personales propias y cuando es así, aparece necesaria la posibilidad de permitirle deducir una demanda aparte.

Cuando alguno de los señalados litisconsortes coincide con el fin de la acción ejercitada, pero no con el método seguido resulta necesario dispensar al sujeto ya no una posición pasiva, sino activa en el proceso, pero sin sujetarlo a su vez a los términos de la pretensión de la demanda ya presentada. En ese contexto, cuando sean varios los que quieren plantar demanda por separado sobre la nulidad de identico 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 CPCM. La solidaridad rompe el litisconsorcio: esto con excepción de los supuestos del art. 76 y 78 CPCM, con carácter general, las obligaciones solidarias rompen el presupuesto de todo litisconsorcio necesario, y es porque la ley faculta para intentar la acción a cualquiera de los acreedores contra uno, varios o todos los deudores y a la inversa, permite a la parte actora exigir el cobro de la obligaciones a uno solo de los deudores (art. 1385 CC) y no a todos, sin perjuicio de la amplitud de las excepciones que podría oponer el demandado y el derecho de repetición ante los demás, para resarcirse de lo pagado con exceso.

Sobre las obligaciones solidarias resultará necesario que todos los 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, donde prima el dispositivo procesal por sobre lo dispuesto en los arts. 1398 y 1399 CC.

Se remite al tratamiento procesal del litisconsorcio necesario, tanto activo como pasivo y cabe control del Juez en la 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, ya sea actores o demandados, deberá otorgar plazo perentorio al actor para que corrija el escrito, pudiendo decretar la improponibilidad de la demanda, al faltar un presupuesto esencial subjetivo del proceso, de acuerdo a lo regulado en el art. 277 CPCM¹⁷⁰.

En ese orden de ideas, el demandado en su contestación a la demanda incoada contra él y de acuerdo a lo regulado en el art. 77 CPCM puede oponer una excepción procesal por defectuosa constitución del debido litisconsorcio (en un proceso abreviado, lo hará dentro de la audiencia de prueba teniendo en cuenta las reglas del art. 301 CPCM).

Puede el Juez estimar que debe haber integración litisconsorcial pero si la parte que ha presentado la demanda no lo hará, dando como consecuencia que el proceso se archive), puede darse también, 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.

¹⁷⁰ Al advertir el juez algún defecto en la pretensión rechazará la demanda dándose la improponibilidad de la demanda, pudiendo apelarse.

El Juez habrá de resolverlo en el acto de la audiencia preparatoria del proceso ordinario, de acuerdo al art. 301 CPCM si el defecto se refiriera a la falta del debido litisconsorcio, podrá el demandante, en la audiencia, presentar 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 emplazar a los nuevos demandados para que contesten a la demanda, con suspensión de la audiencia y si el demandante se opusiere a la alegación de falta de litisconsorcio presentada por el demandado se dará audiencia a ambas partes.

El art. 79 CPCM, regula que si un litisconsorte no emplazado al proceso pero que llega a tener conocimiento extrajudicial del mismo, aparezca y solicite que se le tenga como parte, se oiga a las partes por plazo de solo tres días y el Juez resuelva, asimismo establece que el legitimado en cualquier momento del proceso puede integrarse, lo que no implica que se retroceda en las actuaciones.

El plazo no se ha uniformado, a pesar que el problema que suscita sigue siendo el mismo que si lo denuncia el demandado en la contestación, y por tanto el mismo habrá de estarse, aunque si la causa llega al trámite de audiencia preparatoria, prevalecerá el art. 301 del CPCM y los 10 días que establece dicha norma, en relación al art. 79 del mismo cuerpo legal.

Se acota que la ley ordena que el proceso se tenga por válido en la primera hipótesis, sin posibilidad de retroacción ni repetición de lo actuado, permitiendo al litisconsorte desde ese momento realizar todos los actos que restan del procedimiento. Mientras que si no hubo emplazamiento 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.

4.4.3.3.2. Litisconsorcio voluntario

El litisconsorcio voluntario es también llamado facultativo y se encuentra regulado en el art. 80 CPCM, suele tratarse de una pluralidad de relaciones jurídicas que guardan entre si una conexión objetiva, se constituyen por voluntad de los que litigan y no por exigencia legal, y que comporta un problema de legitimación y no solo de acumulación de pretensiones por el hecho de concernir a varias personas por lo que tienen una única pretensión y se da a causa de la relación material ventilada en el proceso, donde hay un mismo título o causa de pedir.

El litisconsorcio voluntario presenta una aplicación en tres ámbitos materiales los cuales son:

a) Respecto a las acciones colectivas, figura que se da por responsabilidad extracontractual por los daños y perjuicios causados a varias personas; puntualmente en materia de consumidores y usuarios debido a la fabricación o comercialización de productos o servicios defectuosos, que dan como resultado una pluralidad de clientes.

b) Cuando se trate de una serie de contratos casi idénticos con arreglo a su objeto, donde una de las partes coincide.

c) En los supuestos donde la ley prevé la existencia de responsabilidad subsidiaria de un sujeto, en el caso de incumplimiento de quien tiene la responsabilidad principal.

CAPITULO V

LEGISLACION SALVADOREÑA QUE REGULA EL DERECHO DE DEFENSA EN LO RELATIVO A LA EXCEPCION EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL Y DERECHO COMPARADO, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Se desarrolla el capítulo cinco con el propósito de conocer la normativa nacional donde se regula el derecho de defensa pues inmerso dentro de este derecho se encuentra la excepción, precisamente se hace énfasis al cuerpo normativo en materia civil y mercantil con el fin de conocer cómo se regula el mismo tópico en otros países. El contenido de este capítulo inicia con el estudio de la Constitución de la Republica por ser el ordenamiento supremo de donde surge la legislación y que regula la el derecho de defensa, posteriormente se remite a los Tratados Internacionales y leyes secundarias hasta llegar al derecho comparado para concluir y recomendar conforme a la temática de las excepciones.

5.1. Constitución de la República

En la legislación salvadoreña, la Constitución de la República de El Salvador¹⁷¹, por su carácter de supremacía respecto a otras leyes, es el modelo del cual se desprende toda la norma jurídica, es el principal cuerpo normativo que rige todo procedimiento y procesos legales ante cualquier órgano del Estado, estableciendo los principales principios, garantías

¹⁷¹ Constitución de la Republica de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983). La excepción propiamente no se encuentra regulada en la Constitución, si no que esta deviene del derecho defensa, del mismo también se estudia visto como un principio.

constitucionales conjuntamente con los derechos y obligaciones que cada parte tiene dentro del proceso jurídico ante órgano judicial.

La Cn. tiene como finalidad hacer valer los derechos de las personas y sus obligaciones, considerándose así, como un escudo protector de los derechos del ser humano, ello en atención a lo que establecen sus arts. Arts. 2, 3, 11 y 12, estableciendo la primera disposición citada, que: *“Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”*. Asimismo, el Art. 11 de la Constitución de la República, expresa que: *“Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otros de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa...”*

Toda persona tiene derecho al habeas corpus cuando cualquier autoridad o individuo restrinja ilegalmente su libertad”.

En el inciso primero de este artículo, está expresamente consagrado el principio que todo individuo tiene derecho a defenderse ante una acción que contra él se promueva; está claro que frente a una pretensión se hace valer una excepción¹⁷². La pretensión del demandado resulta indiscutible por el principio que establece la igualdad de las partes en el proceso, el que en nuestro derecho positivo, el principio de Igualdad tiene su base constitucional

¹⁷² La pretensión del demandado ante los órganos jurisdiccionales, se manifiesta paralelamente a la pretensión del actor, y es esencialmente un Derecho análogo a éste. Este perfecto paralelismo entre el modo de comportarse de la pretensión del actor frente a la pretensión del demandado, demuestra claramente que la una y la otra no son diferentes. El demandado, sin desconocer el derecho del actor, también hace valer su derecho tratando de eliminar ciertas cuestiones que embarazarían en futuro el desarrollo del proceso o excluye definitivamente la acción.

en los arts. 3 y 11 de la Constitución de la República, que a la letra el primero establece:

“Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.

No se reconocen empleos ni privilegios hereditarios”.

Esta disposición consagra el principio de igualdad jurídica y el de no-discriminación. Este principio se establece de manera especial respecto de los derechos civiles, es decir aquellos que se ejercen en la esfera de la libertad de la persona. Para tener y ejercer estos derechos no debe existir discriminación de ningún tipo, sea por motivos de nacionalidad, raza, sexo, ni por ninguna otra.

La Constitución como norma suprema regula el principio de Defensa y Contradicción se encuentra regulado en el art. 11 inciso primero de la constitución establece: *“Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”.* Esto relacionado con el artículo 14 inciso primero que prescribe: *“Corresponde únicamente al Órgano judicial la facultad de imponer penas”.*

Dicho principio sustenta la posibilidad de ejercer el derecho de defensa del demandado, en sus diversas manifestaciones como intervenir las actuaciones y articulando los medios de prueba pertinentes. La existencia de dos posiciones enfrentadas, la del actor que interpone su pretensión y la del

demandado oponiéndose a la misma constituye parte esencial del proceso. Es necesario precisar que en el desarrollo del principio de igualdad de las partes, el Juez debe procurar que estos tengan los mismos derechos y oportunidades procesales para ejercer la defensa de sus pretensiones. Ambas pretensiones del actor y del demandado tienen por objeto una determinada actividad de los órganos jurisdiccionales y la sentencia definitiva que satisface tanto la pretensión del actor y a la vez satisface la pretensión del demandado frente al Estado.

La pretensión del demandado frente a los órganos jurisdiccionales y que contrapone a la pretensión del actor, resulta precisamente de la estructura misma de las relaciones jurídicas de derecho substancial cuya declaración constituye el objeto del juicio promovido por el actor. Entonces al derecho subjetivo que el actor ostenta en el juicio, corresponde por parte del demandado una obligación jurídica, y la existencia del derecho del actor contiene la existencia de la obligación jurídica del demandado¹⁷³.

Toda acción tendiente a obtener la declaración de la existencia de un derecho subjetivo para el demandante, se opone por parte del demandado, sujeto pasivo del derecho substancial ostentado por el actor, una acción tendiente a la declaración de sus propios derechos; asimismo, el Art. 12 inciso primero de la Constitución de la República manifiesta: "*Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa*". En este tenor, la defensa es

¹⁷³ Entendiéndolo de otra manera se dice que si se afirma la inexistencia de una obligación jurídica por parte de una persona, significa la negación de un derecho subjetivo para otra u otras personas. En ese mismo sentido es el Estado quien debe garantizar la defensa de las partes, reconocida no solo en la Cn. si no en los textos de derechos humanos ampliamente descritos.

el acto de voluntad del demandado, mediante el cual propone todos los medios de cualquier naturaleza a fin de obtener una sentencia favorable, o bien de lograr que no haya proceso. Es la defensa sinónimo de oposición y puede desarrollarse bajo dos aspectos: 1) Negando los hechos en que se funda la demanda; y, 2) Negando los fundamentos de derecho de la misma; de aquí que se oiga decir defensa de hecho o defensa de derecho. Después de este análisis puede asegurarse que la defensa no es más que una oposición a la pretensión del demandante y constituye el género, mientras que la excepción constituye la especie.

5.2. Tratados Internacionales ratificados por El Salvador

Al respecto, es significativo resaltar que son los tratados internacionales, los cuales son acuerdos escritos entre ciertos sujetos de Derecho internacional y se encuentran regidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada el 23 de mayo de 1969, pueden constar de uno o varios instrumentos jurídicos conexos, comúnmente es entre Estados o entre Estados y organismos internacionales.

En El Salvador, conforme a lo que dispone el art. 144 de la Cn. los tratados internacionales celebrados por el Estado salvadoreño con otros Estados u Organismos Internacionales, constituyen Leyes de la Republica cuando entran en vigencia, por lo que la ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente, y en caso de conflicto prevalecen los tratados sobre la ley; abarcan prácticamente todas las ramas del derecho e incorporan en sus normas temas de carácter interno con impacto directo en la calidad de vida de los ciudadanos de tal manera que en la búsqueda de resaltar el derecho de defensa y destacar su presencia en la legislación, se analizaran algunos de los Tratados vigentes. Por encontrarse la excepción una manifestación del

derecho de defensa, se ahonda la perspectiva de este último en la normativa y la importancia de su defensa para salvaguardar derechos y garantías constitucionales.

En esa línea de ideas, la adecuada defensa entraña una prohibición para el Estado que consiste en no entorpecer el ejercicio de la defensa del justiciable. De manera general, el Estado no debe impedir u obstaculizar el ejercicio de las cargas procesales que le corresponden en el proceso, y el juez debe garantizar que en el proceso se den las condiciones necesarias para asegurarles el respeto de sus derechos.

5.2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948, la que en sus artículos 8, 9 y 10 establece que, para toda persona en condiciones de plena igualdad debe ser oída públicamente; estos artículos regulan la igualdad de todas las personas ante la ley, es por ello, que el demandado debe ser oído en los tribunales y está en todo su derecho de defenderse de la pretensión del autor. La Declaración Universal de Derechos Humanos tuvo como primordial preámbulo: la libertad, la justicia y la paz en el mundo, las cuales tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; y fue proclamada por la Asamblea General teniendo como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse.

Lo anterior, con la finalidad de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la

enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

5.2.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷⁴ fue ratificado según decreto número 27 de la Junta Revolucionaria de Gobierno el 23 de noviembre de 1979 y publicado en el Diario Oficial número 218 del 23 de noviembre de 1979, el cual en su artículo 14 establece la igualdad de las personas ante los tribunales, y donde se establece que toda persona debe ser oída con las debidas garantías por un tribunal; como se observa, existe la igualdad ante la ley, sea cual fuere la calidad que la persona tenga dentro de un tribunal.

Por otra parte también los literales (b) y (d) establecen: “Al disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”. Se entiende que antes que el demandado presente su contestación de la demanda debe ser asesorado por un procurador, ya que él será el que lo represente en las audiencias y en todo el desarrollo del proceso. El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consigna: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia...”. Lo que se relaciona con el derecho de defensa y con el cumplimiento de las garantías mínimas. En el art. 14 del Pacto se establece que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y

¹⁷⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (Estados Unidos: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966).

con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil¹⁷⁵.

5.2.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos también conocida como "Pacto de San José" o CADH, fue firmada por Acuerdo ejecutivo No. 405 del 14 de junio de 1978, ratificado por Decreto Legislativo No. 5 del 15 de junio de 1978. Puntualmente en el artículo 8, numeral 2, se establece que: "*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma inocente mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*". De ello se señalan aspectos que se enmarcan en el derecho de defensa que le asiste a toda persona a quien se le haga una imputación, a saber:

- a) Concesión al inculpado de tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- b) Derecho del inculpado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.
- c) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no, según la legislación interna, si el

¹⁷⁵ La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de orden moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, también cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia y se viere afectado el resultado del proceso; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, con las excepciones ya reguladas.

inculpado no se defendiere por sí mismo, no nombrara defensor, dentro del plazo establecido por la ley.

Se hace notar que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, dicho artículo garantiza el derecho de defensa (este derecho posibilita contradecir no solo los hechos imputados, sino también la virtualidad probatoria de los medios de prueba utilizados). Asimismo, el principio de igualdad se halla expresamente contenido en el Pacto de San José de Costa Rica, el que en su artículo 24 establece “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

El derecho de defensa se encuentra reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. A diferencia de los otros derechos consagrados en el artículo 8, sobre garantías judiciales, y el artículo 25, referido a la protección judicial, la jurisprudencia de la Corte Interamericana no ha dado un amplio desarrollo dogmático a las garantías de la defensa. En la mayor parte de la jurisprudencia examinada, la Corte, más que analizar el contenido y los límites de cada uno de estos derechos, ha descrito cómo cada uno de los hechos constituye una violación a la CADH. También es una posibilidad jurídica para que se ejerza la defensa de los derechos que le corresponde a la persona y además sus intereses.

El art. 8.2.C, se refiere a la concesión de tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, es así que el empleo de los medios de prueba pertinentes y relevantes para la defensa es inseparable del derecho de defensa. Este derecho exige que las pruebas presentadas por el inculpado sean admitidas y practicadas por ser pertinentes y relevantes, sin

desconocimiento ni obstáculos, y resulta vulnerado en aquellos supuestos en los que el rechazo de la prueba propuesta carezca de motivación, o cuando la motivación que se ofrezca sea arbitraria o irrazonable.

Otra disposición que está vinculada es el derecho de audiencia, es el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos la cual tiene eficacia en virtud que la oportunidad defensiva es exigible ante cualquier tipo de privación o restricción por parte del poder público e íntimamente ligado al debido proceso legal sobre el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) establece que se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse a efecto de que las personas estén en condiciones de defender en las instancias procesal, de forma adecuadas sus derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos o CIDH, consagra lineamientos del debido proceso respecto a que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por juez competente, independiente e imparcial, y para la determinación de sus derechos establecido con anterioridad, en atención a la legalidad que debe revestir todo proceso¹⁷⁶. De acuerdo al art. 8.1. de las garantías judiciales, de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica en el cual se establece que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

¹⁷⁶ Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, (Estados Unidos: Organización de los Estados Americanos, 1978), <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3515/19.pdf>, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3568/12.pdf>. A través del cual se reafirma el respeto de los derechos esenciales del hombre.

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destaca que para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Recuerda la Corte que el proceso es un medio para asegurar en la mayor medida posible la solución justa de una controversia.

A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas categorías generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal (...) que para alcanzar sus objetivos el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales, sin violentar derechos reconocidos por Estado democrático¹⁷⁷.

Tras reconocer la entidad del principio, la Corte postula que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutarían de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en igualdad con quienes no afrontan esas desventajas¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Estados Unidos: Organización de los Estados Americanos, 1978). El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal- Opinión Consultiva OC-16/99 del 01-10-99, Serie A, n°:16.

¹⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Estados Unidos: Organización de los Estados Americanos, 1978). Opinión Consultiva 18/03 del 17-09-03. En los capítulos anteriores ampliamente se ha abordado el derecho de la igualdad y cómo el Estado debe crear mecanismos o condiciones para garantizar la igualdad.

5.3. Código Procesal Civil y Mercantil

En el Código Procesal Civil y Mercantil, que fue creado a través del Decreto 712, se habla de excepciones procesales y excepciones materiales, mediante el cual se hace la denuncia de defectos si se trata de procesales, o bien se ataca el fondo de lo reclamado persiguiendo una sentencia absolutoria. Dicho Código ha tenido varias reformas con el afán de salvaguardar la protección jurisdiccional.

Está inspirado en el Código Procesal Civil para Iberoamérica que data del año de 1988 con un reflejo de instaurar proceso por audiencias, así como la dirección por principios e instituciones que son características del Código en el cual se inspiró, así pues, se introdujo el principio de oralidad como una base de las actuaciones procesales, presentando una armonía de normas procesales para dar una eficaz respuesta a los procesos civiles y mercantiles de los justiciables para el cumplimiento de los principios constitucionales. El CPCM ha sido el fundamento para el estudio de las excepciones.

5.4. Derecho Comparado.

Al ser el derecho comparado un estudio de las instituciones jurídicas por medio de la legislación positiva vigente, contribuyendo además al refuerzo de la legislación nacional y como una base de estudio de la regulación de las excepciones en otros ordenamientos jurídicos, así como su interposición o incluso la taxatividad, por lo que resulta importante el análisis del derecho comparado. En ese sentido, se hará un esbozo de las excepciones en México, Guatemala y Chile de forma breve para resaltar coincidencias o diferencias con la legislación procesal salvadoreña referente a las excepciones, tanto materiales como procesales.

5.4.1. La excepción en México

Sin lugar a duda, se tiene una vasta aportación de autores mexicanos en la tema de las excepciones; no obstante, se hace referencia a las excepciones que derivan del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal específicamente, a modo de delimitar en el espacio el desarrollo de este contenido. La excepción que se regula en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se diferencia de lo regulado en materia civil y mercantil de la legislación salvadoreña, en cuanto que en el Salvador, la denominación que se les brinda es procesales y materiales, y ya no dilatorias y perentorias.

Al igual que en la legislación salvadoreña, no se definen las excepciones dilatorias, pero con la enumeración que hace de las mismas el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se puede derivar el denominador común en ellas para poder extraer el concepto legal. En los arts. del 35 al 43, capítulo segundo, del título primero, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se establece lo referente a las excepciones contenidas en ese ordenamiento¹⁷⁹. Es necesario apuntar que todas estas excepciones tienen el carácter de dilatorias, ya que impiden el pronunciamiento sobre la cuestión principal de fondo planteada en el juicio de acuerdo a lo expuesto.

Al respecto, toda demanda debe formularse ante el juez competente y que es nulo lo actuado por el mismo si fuere declarado incompetente, se puede proseguir con la explicación estableciendo que puede ser promovida esta

¹⁷⁹ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (México: Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 1932). Las excepciones dilatorias referidas en los artículos citados, ponen un obstáculo ante el pronunciamiento normal que debiera proceder en el juicio de que se trate.

excepción por declinatoria o por inhibitoria, conforme a la excepción de incompetencia del juez. La inhibitoria se intenta ante el juez a quien se considere competente, pidiéndole que dirija oficio al que se estima no competente, para que se inhíba y remita los autos. La declinatoria se propondrá ante el juez a quien se considere incompetente, pidiéndole que se abstenga del conocimiento del negocio y remita los autos al considerado competente.

Las cuestiones de competencia en ningún caso suspenderán el procedimiento principal, pero deberán resolverse antes de dictar sentencia definitiva.

- a) Excepción de litispendencia (art. 38). Esta excepción se da en razón de que ya existe un litigio pendiente en el que se tramita el mismo negocio en donde las partes contendientes son las mismas y que el objeto del juicio anterior también se identifica con el segundo juicio, por lo que debe haber una identidad entre los sujetos de la misma calidad de parte, una identidad objetiva y una causa de pedir.
- b) Excepción de conexidad de la causa (art. 39 y 40). Se encuentra entre las dilatorias y también las de previo y especial pronunciamiento. Esta excepción tiene como objeto la remisión de los autos en que ésta se opone, al juzgado que previno, conociendo primero de la causa conexas para que se acumulen ambos juicios y se tramiten como uno, decidiéndose en una sola sentencia.
- c) Excepción de falta de personalidad del actor o del demandado (art. 47). El juzgador está expresamente autorizado para examinar de oficio la personalidad de las partes.

- d) Excepción de falta de capacidad (art. 47). La parte actora ha de ser una persona jurídica con capacidad procesal ya que el código establece que todo el que, conforme a la ley, esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles puede comparecer en juicio.
- e) Falta del cumplimiento del plazo, o la condición a que esté sujeta la obligación (arts. 1938 y 1939 del C.C). La falta de cumplimiento del plazo o de la condición a que está sujeto el derecho que sirve de base a la acción intentada será motivo de resolución hasta que se dicte la sentencia definitiva.
- f) Excepción de división (arts. 1984 y 1985 del C.C.) Interpondrán esta excepción, los deudores mancomunados a los que se les exija una porción mayor de aquella a la que están obligados.
- g) Excepción de orden o de excusión (art. 2814 al 2186, 2822 y 2824 del C.C). La excusión es un beneficio que se le concede al fiador ya que este no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes. El fiador tiene la facultad de oponerse a la reclamación del acreedor, hasta que se acredite la insolvencia ya sea total o parcial del deudor; dicho beneficio dado la naturaleza de cuestiones comerciales y los intereses que fluyen, solo se acepta en materia civil.
- h) Excepción de la improcedencia de la vía. Cuando se declare esta excepción, su efecto será de continuar el procedimiento para el trámite del juicio en la vía que se considere procedente declarando la validez de lo actuado, sin perjuicio de la obligación del juez para regularizar el procedimiento.

- i) Excepción de cosa juzgada (art. 92). Este art. reza: “la sentencia firme produce acción y excepción contra los que litigaron y contra terceros llamados legalmente al juicio”¹⁸⁰ y excepciones que derivan del Código Civil para el Distrito Federal¹⁸¹. Todas estas excepciones que se encuentran en el Código Civil, pertenecen al género de las perentorias, dichas excepciones tienen como objeto destruir o eliminar las pretensiones del actor.

- j) Excepciones de pago (arts. 2062 al 2096 CC). El cumplimiento de las obligaciones extingue éstas. Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad derivada o la prestación del servicio que se hubiere prometido.

- k) Excepción de compensación (art. 2185 al 2187, 2190 y 2191 CC). La compensación tiene lugar cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho, lo que neutraliza la deuda que ha de estar vencida.

- l) Excepción de confusión de derechos (art. 2206 CC). Es una de las formas de extinguir las obligaciones. Opera cuando por alguna circunstancia, el demandado ha adquirido los derechos del actor. Es decir, hay extinción de obligación por confusión, cuando las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona. Puede suceder a causa de adquisición *inter vivos* o *mortis causa*.

¹⁸⁰ Debe examinarse antes de las excepciones que se dirijan al derecho material invocado por la parte actora. En la excepción de cosa juzgada se examinará si ya el problema fue analizado en juicio anterior en el que se dictó sentencia. El demandado debe alegarla al contestar la demanda y no suspenderá el procedimiento.

¹⁸¹ Código Civil para el Distrito Federal (México: Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 1928). Este cuerpo de normas regula una taxatividad de excepciones de las que puede alegar el demandado.

- m)* Excepción de remisión de deuda (arts. 2209 y 2210 CC). Es una forma de extinción de las obligaciones que consiste en que cualquiera puede renunciar su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe.
- n)* Excepción de novación (arts. 2213 al 2215 y 2220 CC). Esta excepción se invoca para señalar que se ha extinguido el derecho que se pretende reclamar.
- o)* Excepción de prescripción negativa (arts. 1158 al 1164 CC). El principio de seguridad jurídica exige que, la falta de cumplimiento de una obligación, aunada a la falta de exigencia de ese cumplimiento, dé lugar a la extinción de las obligaciones.
- p)* Excepción de condiciones resolutorias (art. 1940 CC). La presencia de una condición resolutoria que se ha realizado y que ha extinguido la obligación que se reclama en juicio, constituye una excepción perentoria.
- q)* Excepción de cesión de deudas (arts. 2051 y 2052 CC). En esta excepción perentoria el demandado arguye que ha dejado de tener la categoría de deudor que le atribuye el actor.
- r)* Excepción de retención de la cosa vendida (arts. 2283, fracción I, 2286 y 2287). Es una obligación perentoria, busca eliminar la pretensión y es la obligación del vendedor de entregar las cosas vendidas pero, si no se le ha pagado el precio puede retenerla, salvo si se le ha concedido plazo para el pago.

- s) Excepción de inexistencia (arts. 1794 y 2224). Si el actor reclama al demandado el cumplimiento de una presunta obligación que emana de un acto inexistente, se hará valer la excepción perentoria de insistencia.

- t) Excepción de nulidad, el contrato puede ser invalidado por incapacidad legal de las partes o de una de ellas, por vicios en el consentimiento, porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito, porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece¹⁸².

- u) Excepción de transacción (art. 2944 y 2953 CC) La transacción tendrá, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquella en los casos autorizados por la ley.

El aspecto genérico que concurre en todas las excepciones enumeradas como dilatorias es que ninguna de ellas lleva como objetivo la destrucción total y definitiva del derecho del actor. Todas ellas atacan la inoperancia del proceso iniciado por las causas englobadas en cada excepción en particular y permiten que, en el futuro, satisfecho el requisito objetado, pueda volver a instaurarse.

El aspecto genérico que concurre en todas las excepciones enumeradas como dilatorias es que, ninguna de ellas lleva como objetivo la destrucción total y definitiva del derecho del actor. Todas ellas atacan la inoperancia del

¹⁸² En los arts. 1795, 2226 y 2229 del Código Civil para el Distrito Federal, se encuentra regulada la figura de la nulidad. Si la obligación deriva de un acto jurídico, se puede reclamar la nulidad de ese acto, por vía de la excepción, atendiendo la incapacidad de las partes, por vicios y los señalados en los referidos artículos.

proceso iniciado por las causas englobadas en cada excepción en particular y permiten que, en el futuro, satisfecho el requisito objetado, pueda volver a instaurarse en su defecto, en leyes. Si no se incluye en ley alguna, no puede hablarse de excepción dilatoria atendiendo el texto del artículo 35 del Código de Procedimientos Civiles.

Otra característica común en las excepciones dilatorias que recoge el artículo 35 citado es que, en ninguna de ellas, quien las interpone desea que se dicte sentencia definitiva. El objetivo de ellas es que el proceso se termine antes de la sentencia en atención a que las excepciones dilatorias impugnan algún elemento esencial para que el juicio pudiera llegar a término normal¹⁸³.

5.4.2. La excepción en Guatemala

La legislación procesal de Guatemala, respecto a la legislación procesal civil salvadoreña, se distingue en cuanto que solo se distinguen dos tipos de excepciones, es decir, las procesales y materiales, mientras que en el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala distingue tres tipos de excepciones.

Al respecto, se ha hecho básicamente atendiendo al momento en que las mismas pueden interponerse, en ese sentido, sobre las excepciones previas, el Código Procesal Civil y Mercantil, parte de la consideración de que existen algunas excepciones que pueden y deben resolverse sin necesidad de que el proceso se desarrolle completamente, sin necesidad de tener que realizar la contestación de la demanda, sin llegar a realizar toda la prueba y sin que se dicte sentencia.

¹⁸³ Según lo que dispone el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, hay una sub -clasificación de las excepciones dilatorias: las que suspenden el procedimiento en cuanto son interpuestas y las que no logran tales efectos. el, les el art. 36 de previo y especial pronunciamiento.

Lo anterior, se basa en la existencia de una serie de motivos de oposición del demandado que deben resolverse de modo previo y por los incidentes, y se les llama previas por esta razón, porque son anteriores y previas a la contestación de la demanda, de modo que si la excepción es estimada por el juez, en el auto que pone fin al incidente, ni siquiera habrá que contestar a la demanda pues el juicio finaliza con ese auto; se tramitan a través de un incidente, se resuelven en un solo auto todas las excepciones previas, de acuerdo al art. 121 de la legislación procesal de Guatemala cuando se trate de en un proceso ordinario.

El artículo 116 del Código Procesal Civil y Mercantil contiene la enumeración de las excepciones previas y lo hace mezclando las procesales con las materiales. En contraste con la legislación procesal civil salvadoreña que hace la distinción entre excepciones materiales y procesales no desestima la combinación de ambas, es decir las excepciones mixtas.

a) Excepciones previas de naturaleza procesal. La incompetencia es la primera excepción que menciona el Código Procesal Civil y Mercantil constituyendo el punto de partida para el conocimiento de cualquier gestión que los interesados realicen ante los órganos jurisdiccionales, a efecto de que el juzgador, además de jurisdicción, tenga competencia para poder tramitar y resolver la pretensión o conflicto de intereses que se le presenta y que el fallo sea válido. En la legislación procesal guatemalteca pueden surgir dos clases de incompetencia, absoluta, cuando se refiere al valor, materia y grado; y relativa, para cuestiones de competencia territorial.

Sobre la competencia territorial es prorrogable según los términos del art. 4 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala y art. 63 de la Ley del

Organismo Judicial de la República de Guatemala, por lo que no es observable de oficio sino a solicitud de parte, ya que de no ser opuesta o invocada por el demandado implica su consentimiento a la prórroga de la competencia¹⁸⁴. El momento oportuno para considerar esta aptitud es con la presentación de la demanda, puesto que una vez establecido que el juez es competente lo seguirá siendo durante el transcurso del proceso con base en el principio de la *perpetuatio jurisdictionis*.¹⁸⁵

b) excepciones previas de naturaleza material¹⁸⁶. Las de naturaleza material son: falta de cumplimiento del plazo o de la condición a que estuviere sujeta la obligación o el derecho que se hagan valer, caducidad, prescripción y transacción.

Al respecto cabe analizar que en el Código Civil de Guatemala se ha regulado casos de caducidad cuando la naturaleza de ésta, es eminentemente procesal; pero los artículos 148, 158, 1585 y 1684 así lo refieren, la caducidad también se regula en el artículo 32 del Código de Notariado. En cuanto al aspecto procesal el Código Procesal Civil y Mercantil Guatemalteco contempla tres casos especiales de caducidad regulados en los artículos 228, 251 y 335. La figura de la transacción se encuentra

¹⁸⁴ En la Legislación Guatemalteca se trata de un presupuesto procesal que el propio juez debe examinar de oficio, o bien a través de la interposición de la excepción tal como lo establece el 11 Artículos 6 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, y art. 121 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala. Cuando se trata de la excepción de incompetencia y el juez declara que no está fundada, hará un pronunciamiento sobre las otras excepciones previas en el mismo auto, *contrario sensu*, se abstendrá el juez de decidir las restantes, hasta que quede ejecutoriada la decisión recaída en materia de incompetencia. Si el auto es apelado, sobre todas las excepciones previas que se hubieren resuelto se pronunciará el Tribunal Superior. Si este, debiera pronunciarse sobre todas la incompetencia y la declara fundada, no se pronunciará sobre las restantes y se dará la continuidad al juicio por el juez que declare competente.

¹⁸⁵ Artículo 5 del Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley Numero: 107, 1973.

¹⁸⁶ Luis Pablo Juárez Galiano, "Análisis Jurídico de la Excepción de Falta de Personalidad del Artículo 116 Del Código Procesal Civil y Mercantil" (tesis, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010), 58.

regulada como excepción previa de forma expresa, pero también se puede hacer valer en el proceso en cualquier etapa del mismo, por ser considerada como excepción mixta, constituyendo uno de los modos anormales de terminación del proceso y regulados, por lo cual su fundamento es el derecho sustantivo, contemplándose como un contrato en el artículo 2151 del Código Civil de la legislación procesal de Guatemala¹⁸⁷.

Las excepciones perentorias, son las que pueden oponerse con la contestación de la demanda y siempre tienen la naturaleza de materiales, se encuentran reguladas en el artículo 118 del Código Procesal Civil y Mercantil de la República de Guatemala, siendo aquellas excepciones que atacan el fondo del asunto, es decir, destruyen la pretensión del actor. Y en virtud de que atacan la pretensión, dichas excepciones son *numerus apertus*, porque sería inadecuado realizar una lista como en el caso de las excepciones previas, pues su origen depende de la pretensión invocada por el actor¹⁸⁸.

c) Finalmente, las excepciones mixtas, se encuentran reguladas en el artículo 120 del Código Procesal Civil y Mercantil, resulta que también existe una lista cerrada de las excepciones mixtas, las cuales pueden clasificarse atendiendo a su naturaleza en materiales, tales como las de litispendencia, falta de capacidad legal, falta de personalidad, falta de personería y cosa juzgada; y las procesales, siendo la transacción, caducidad y prescripción. Las excepciones anteriores pueden oponerse en cualquier estado del

¹⁸⁷ Se diferencia de la conciliación en que ésta se origina como acto procesal y la transacción como contrato, tiene su origen en el derecho material y requiere que se produzcan entre las otorgantes concesiones recíprocas.

¹⁸⁸ Josué Felipe Baquix, "Análisis Dogmático sobre la Positividad de Algunas Instituciones del Código Procesal Civil y Mercantil" (tesis, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 2005), 30. En efecto, el art. 118 CPCYM, inciso segunda establece que al contestar la demanda, debe el demandado interponer las excepciones perentorias que tuviere contra la pretensión del actor. Las nacidas después de la Contestación de la demanda se pueden proponer en cualquier instancia y serán resueltas en sentencia.

proceso y se tramitarán por los incidentes, de conformidad con los artículos del 135 al 140 de la Ley del Organismo Judicial de la República de Guatemala, como incidente que pone obstáculo al curso del proceso, con suspensión de éste y en la misma pieza de autos¹⁸⁹.

5.4.3. La excepción en Chile

Respecto a la legislación de Chile, existen diferencias sustanciales puesto que en El Salvador se regulan las excepciones procesal y materiales, y en la legislación procesal chilena, el demandado se puede defender oponiendo excepciones dilatorias antes de contestar la demanda. También se defiende contestando la demanda y en dicha contestación deduce u opone excepciones perentorias. Las excepciones perentorias no están reguladas por el Código de Procedimiento Civiles de Chile, sino que se encuentran en los códigos sustantivos (Código Civil y Código de Comercio, de Chile¹⁹⁰). El legislador procesal de Chile no enumera las excepciones perentorias y se suele decir que todos los modos de extinguir las obligaciones son excepciones perentorias. En ese sentido, las excepciones perentorias son aquellas que atacan directamente el fondo de la acción y que están dirigidas a enervarla o extinguirla. Normalmente se identifican con los modos de extinguir las obligaciones civiles. Existen ciertas clases especiales de excepciones perentorias. Las excepciones mixtas son aquellas perentorias

¹⁸⁹ René Arturo Villegas Lara, *Derecho Mercantil Guatemalteco*, Tomo I, (Guatemala: Editorial Universitaria, 1988), 37. Las excepciones mixtas tienen la forma de las previas y el contenido de las perentorias y por no referirse al fondo del asunto que se discute no pueden quedar relegadas para la sentencia. Las excepciones mixtas equivalen a la ampliación de la contestación de la demanda, pues el artículo 110 de la Ley Adjetiva Civil de Guatemala, faculta al actor ampliar o modificar su demanda, aunque la ley no lo regula expresamente, dado a los efectos jurídicos que producen son susceptibles de ser tomados como ampliación de la contestación de la demanda.

¹⁹⁰ Código Civil de la República de Chile (Chile: Consejo de Estado, 1857).

que pueden interponerse como dilatorias. Son la cosa juzgada y la transacción, conforme al artículo 304 Código de Procedimiento Civil Chileno.

Las excepciones anómalas, son aquellas excepciones perentorias que pueden oponerse no sólo en la contestación de la demanda, sino en cualquier estado del juicio, hasta antes de la citación a oír sentencia en primera instancia o de la vista de la causa en segunda. Se trata de las excepciones de cosa juzgada, prescripción, transacción y pago efectivo de la deuda cuando consta en un antecedente escrito. Si se interponen luego de la recepción de la causa a prueba, se tramitan incidentalmente, lo anterior de conformidad al art. 310 y 304 Código de Procedimiento Civil Chileno.

En referencia a las excepciones dilatorias, se encuentran enumeradas en el art. 304 del Código de Procedimiento Civil Chileno. Esta numeración es taxativa genérica porque el número es abierto, en razón que reza: *“En general las que se refieran a la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida”*¹⁹¹.

Cuando el demandado opone excepciones dilatorias, primero se abstiene de contestar la demanda, en consecuencia cuando el demandado deduce las excepciones dilatorias no está entrando al fondo de la acción deducida (al fondo del pleito, está atacando aspectos de forma), sino que está planteando que se corrijan previamente ciertos vicios de procedimiento que ha detectado en su opinión, mismas que serán resueltas por el juez que conozca de la casusa, quien además debe resolver las excepciones planteadas conforme a derecho corresponda.

¹⁹¹ Código de Procedimiento Civil de la República de Chile, (Chile: Congreso Nacional, 1902).

CONCLUSIONES

Con el trabajo de grado denominado “El ejercicio de excepción del demandado en los procesos civiles y mercantiles”, en el capítulo I se han identificado, la evolución histórica de la excepción, donde se ha precisado desde los antecedentes del derecho procesal y su surgimiento en distintas ciudades que le han brindado rasgos distintivos hasta la concepción actual y la evolución histórica de la excepción como un derecho en ciudades como Roma de donde surge, en concordancia con el objetivo número uno del anteproyecto de investigación.

En lo referente al objetivo de hacer un estudio de leyes que favorecieran al demandado en el uso de su derecho de excepción en materia civil y mercantil, de lo cual se colige que el fundamento ha sido el Código Procesal Civil y Mercantil, y donde se ha destacado en el capítulo II, los elementos de la excepción, naturaleza objeto y su relación con otras ramas del derecho, de las cuales se destaca la Constitución de la Republica, como norma suprema, el derecho civil por ser la materia desde donde se aborda la tesis de grado, derecho de familia, donde se destaca la diferencia al regularse en la Ley Procesal de Familia las excepciones como perentorias y dilatorias, mismo escenario que se ha estudio en materia penal, puntualmente con el Código Procesal Penal.

Al respecto, del capítulo III, denominado las excepciones procesales y materiales y su relación con los principios procesales del derecho salvadoreño, se ha realizado su estudio conforme al objetivo número tres, en el que se indicaba evaluar el efecto que produce la insuficiente normativa de la excepción en la legislación procesal civil y mercantil y su desarrollo dentro del proceso; en ese sentido, se recurrió al Código Procesal Civil y Mercantil

comentado para la obtención de un panorama amplio, lo que deja ver lo insuficiente que resulta su regulación, además se desarrollaron los principios procesales en materia civil y mercantil que tienen un vínculo con las excepciones por ser directrices dentro del proceso.

De acuerdo al objetivo número cuatro, se estableció el identificar líneas jurisprudenciales salvadoreñas en relación a la temática de la excepción, en virtud de ello, se desarrolló el capítulo IV, denominada excepción como forma de interrumpir o finalizar el proceso, donde se puntualizaron las excepciones que regula el Código Procesal Civil y Mercantil, donde se sustentaron los acápites con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de lo Civil y las Cámaras de lo Civil.

Se concluye con el objetivo número cinco, en cual se estableció identificar y comparar leyes y tratados que garanticen el ejercicio de la excepción y adecuarlo a la legislación salvadoreña, a partir de ello, se desarrolló el capítulo V, que se denominó legislación salvadoreña que regula el derecho de defensa en lo relativo a la excepción en materia civil y mercantil y derecho comparado, donde en efecto, se identificaron los tratados que contienen el derecho de defensa, del cual deviene de la excepción, como el Pacto de San José, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; asimismo se identificó y comparo la legislación que regula de la excepción en México, Guatemala y Chile.

RECOMENDACIONES

A la Asamblea Legislativa, y puntualmente a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, a quien le compete el estudio de las reformas a la Constitución de la República, de leyes secundarias, especialmente en materia civil, penal, mercantil, para que proponga reformas al código Procesal Civil y Mercantil, respecto a la regulación de las excepciones, donde se incorpore una definición de las mismas, se realice una clasificación expresa, en razón que en el artículo 284 del CPCM, se limita a establecer que en la contestación a la demanda se expondrán las excepciones procesales y en el inciso tercero del dicho Código, se establece que se alegaran las excepciones que el demandado considere convenientes, resultando breve e impreciso lo que se expone. En ese sentido, para que se amplíe la temática de las excepciones.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Alsina, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo I. Parte General. 2ª ed. Argentina: Ediar, 1957.

Arazi, Roland. *Derecho Procesal Civil y Comercial: partes general y especial*. 2ª ed. Argentina: Astrea, 1995.

Asencio Mellado, citado por René Alfonso Padilla y Velasco en: *Comentarios al Código Procesal Civil y Mercantil*. Tomo II. El Salvador: Editorial Jurídica Salvadoreña, 2011.

Ayala, José María et. al., *Manual de Justicia Administrativa*. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003.

Baquiax, Josué Felipe. *Análisis Dogmático sobre la Positividad de Algunas Instituciones del Código Procesal Civil y Mercantil*. Guatemala: Universidad Rafael Landívar de Guatemala, Unidad de Investigación y Publicaciones Quetzaltenango, 2005.

Bellido Aspás, Manuel, Rivas Hernández Julio Alfredo y Parada Gámez, Guillermo Alexander. *El Derecho Procesal Laboral Salvadoreño y el nuevo Derecho Procesal Civil y Mercantil: Una propuesta hermenéutica*. El Salvador: USAID, 2007.

Cabañas García, Juan Carlos, Canales Cisco, Oscar Antonio y Santiago Garderes. *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2010.

Cabrera Acosta, Benigno H. *Teoría General del Proceso y de la Prueba*. Colombia: Librería Jurídicas Wilches, 1988.

Calamandrei, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

Carbonell, Miguel. *Los Derechos Fundamentales en México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

Clará Recinos, Mauricio Alfredo. *Ensayos y Batallas Jurídicas*. El Salvador: Sección de publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2006.

Claría Olmedo, Jorge A. *Derecho Procesal*. Volumen 1. Conceptos Fundamentales. Argentina: Depalma, 1989.

Cortez Domínguez, Valentín y otros. *Derecho Procesal*. Tomo I. Volumen II. Proceso Civil (2). España: Tirant to Blanch, 1991.

Couture Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Argentina: Depalma, 1958.

Cruz Barney, Oscar. *Defensa a la Defensa y Abogacía en México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

De Pina, Rafael, Castillo Larrañaga, José. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. 29ª ed. México: Porrúa, 2007.

De Pina, Rafael, Larrañaga José Castillo. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. México: Porrúa, 1954.

Devis Echandia, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*. Teoría General del Proceso. Tomo I. 14ª ed. Bogotá: Editorial ABC, 1996.

Espinosa, Gonzalo. *Principios de Derecho Constitucional*. Tomo I. México, 1905.

Fairén Guillén, Víctor. *Teoría General del Derecho Procesal*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

Falcón, Enrique M. *Derecho Procesal. Civil Comercial, Concursal, Laboral y Administrativo*. Tomo I. España: Rubinzal-Culzoni Editores.

Fix-Zamudio. Héctor. *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

Gamero Casado, Eduardo. *Derecho Administrativo*. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2001.

Gómez Orbaneja, Emilio y Herce Quemada, Vicente. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. España: Artes Gráficas y Ediciones, 1969.

Guasp, Jaime. *Derecho Procesal Civil. Introducción y Parte General*. Tomo I. España: Instituto de Estudios Políticos, 1968.

Miguel Carbonell en: *Los Derechos Fundamentales en México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

Morón Palomino, Manuel. *Derecho Procesal Civil*, Cuestiones fundamentales. España: Marcial Pons, 1993.

Ovalle favela, José. *Derecho procesal civil*. 7ª edición. México: Oxford, 1997.

Padilla y Velasco, René Alfonso. *Comentarios al Código Procesal Civil y Mercantil*. Tomo II. El Salvador: Editorial Jurídica Salvadoreña, 2011.

Palacio, Lino E. *Derecho Procesal Civil*. México: Abeledo-Perrot, 1975.

Pallares, Eduardo. *Derecho Procesal Civil*. 4ª edición. México: Porrúa, 1971.

Parada Gámez, Guillermo Alexander. *El Proceso Común*. El Salvador: UCA Editores, 2016.

Parra Quijano, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. 11ª ed. Colombia: Librería del Profesional, 2000.

Pérez Portillo, Karla. *Principio de Igualdad: alcances y perspectivas*. 1ª. Edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

Pérez, Benito. *Derecho del Trabajo*. S.E. Argentina: Astrea, 1983.

Petit Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. 9º Edición. México.

Petit Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. 23ª ed. México: Porrúa, 2007.

Quintero Beatriz y Prieto Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Colombia: ed. Temis, 2008.

Rocco, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Tomo II. Colombia: Temis, 1970.

Rocco. Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Parte General. Colombia: Temis, 1969.

Rodríguez Ruiz, Napoleón. *Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas*. El Salvador: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2006.

Salazar Luis y José Woldenberg. *Principios y Valores de la Democracia*. 5ª. Edición. México: Instituto Federal Electoral, 2001.

Tapia Fernández, I. *El Objeto del Proceso, Alegaciones, Sentencia, Cosa juzgada*. Consejo Nacional de la Judicatura, 2010.

Tarazona Navas, Julio Alberto. *La Enseñanza del Derecho Procesal: Ritualismo o Efectividad del Derecho Sustancial*. Colombia: Librería del Profesional, 1999.

Tinett, José Albino. Soriano Héctor Salvador y Roberto Rodríguez Meléndez. *Igualdad Jurídica*. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, 2004.

Vescovi Enrique. *Teoría General del Proceso*. S.E. Colombia: Temis, 1984.

Villegas Lara, René Arturo. *Derecho Mercantil Guatemalteco*. Tomo I. Guatemala, 1988.

Wyness Millar, Robert. *Los Principios formativos del Procedimiento Civil* traducción de Catalina Grossmann. Argentina: Ediar, 1945.

Ziulu, Adolfo Gabino. *Derecho Constitucional*. Tomo I. Argentina: Depalma, 1997.

TESIS

Juárez Galiano, Luis Pablo. “Análisis Jurídico de la Excepción de Falta de Personalidad del Artículo 116 Del Código Procesal Civil y Mercantil”. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad De Ciencias Jurídicas y Sociales Guatemala, 2010.

LEGISLACION

Constitución de la Republica de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador: 1983.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estados Unidos: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966.

Código de Trabajo. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador: 1972.

Código Procesal Civil y Mercantil. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador: 2008.

Ley Procesal de Familia. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador: 1994.

Código Civil de la República de Chile. Chile: Consejo de Estado, 1857.

Código Civil para el Distrito Federal. México: Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 1932.

Código de Procedimiento Civil de la República de Chile. Chile: Consejo de Estado, 1902.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. México: Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 1932.

JURISPRUDENCIA

Cámara de familia de la Sección del Centro. Sentencia Definitiva, referencia 234-A-2005, en *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho Procesal de Familia*. Coordinador Área de Familia. Autoras licenciadas Figueroa Meléndez y licenciada Pérez Sánchez Silvia Cristina. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2010.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. Sentencia Definitiva, referencia CF01-86-A-2005, en *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho Procesal de Familia*. Coordinador Área de Familia. Autoras licenciadas Figueroa Meléndez y licenciada Pérez Sánchez Silvia Cristina. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2010.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. Sentencia Definitiva, referencia 73-A-2004, en *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho Procesal de Familia*. Coordinador Área de Familia. Autoras licenciadas Figueroa Meléndez y licenciada Pérez Sánchez Silvia Cristina. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2010.

Cámara de la Tercera Sección de Occidente. Sentencia, referencia No. APC-35-14. El Salvador: 2015.

Cámara de la Tercera Sección de Occidente. Sentencia, referencia No. APC-35-14. El Salvador: 2015.

Cámara de la Tercera Sección de Santa Ana. Resolución Interlocutoria, referencia No. APC – 37 – 14. El Salvador: 2014.

Cámara de la Tercera Sección del Centro. Sentencia, referencia No. C-23-PA-2013-CPCM. El Salvador: 2013.

Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del centro. Sentencia, referencia N°148-56CM2-2015. El Salvador: 2015.

Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro. Sentencia referencia No. 25-9CM2-2015. El Salvador: 2015.

Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro. Sentencia referencia No. 86-37CM1-2015. El Salvador: 2015.

Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro. Referencia No. 128-52CM1-2015. El Salvador: 2015.

Cámara Primera de lo Civil de La Primera Sección del Centro. Sentencia Referencia No 25-9CM2-2015. El Salvador: 2015.

Cámara Primero de lo Civil de la Primera Sección del Centro. Sentencia Referencia No. 119-49CM1-2015. El Salvador: 2015.

Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro. Sentencia Referencia No. 36-3CM-13 – A. El Salvador: 2013.

Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro. Sentencia Referencia No. 24-4CM-14-A El Salvador: 2014.

Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro. Sentencia Definitiva Referencia N° 102-4CM-12-A. El Salvador: 2012.

Corte Suprema de Justicia en Corte Plena. Referencia No. 150-COM-2015. El Salvador: 2015.

Corte Suprema de Justicia en Corte Plena. Conflictos de Competencia en Derecho Privado y Social. Referencia No.123-D-2011. El Salvador: 2011.

Corte Suprema de Justicia. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Civil 2012*. El Salvador: 2014.

Sala de lo Civil. Auto Definitivo Referencia No. 339-CAC-2014. El Salvador: 2015.

Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva Referencia N° 1305-2003. El Salvador: 2003.

Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva Referencia No. 182-C-2005. El Salvador: 2006.

Sala de lo Civil. Sentencia Referencia No. 410-CAC-2014. El Salvador: 2015.

PÁGINAS WEB

<http://asamblea.gob.sv/eparlamento/biblioteca/dr.-y-pbro.-isidro-menendez>.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/27/rdr/rdr23.pdf>

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/73/art/art6.pdf>.

<http://es.slideshare.net/oscarvielich/las-excepciones-en-el-codigo-procesal-civil>.

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=h4siAAAAAAeamtmsbf1jtaaaumjmnjtbluoulm_dxbiwmdcwnzawuqqgzaput-ckhlqaptwmjocsoaickmbzuaaaa=wke.

http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/30/penaranda_quintero.pdf

http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/30/penaranda_quintero.pdf

<http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/Revista8/historia.htm>.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/247/art/art18.pdf>.

<http://www.monografias.com/trabajos4/acciones/acciones.shtml>.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/965/6.pdf>.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2554/27.pdf>.

<http://tareasjuridicas.com/2016/01/21/que-son-las-excepciones-en-derecho/>.

<http://tareasjuridicas.com/2016/01/21/que-son-las-excepciones-en-derecho/>.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/22/art/art11.pdf>

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/21.pdf>

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3270/3.pdf>

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3384/5.pdf>.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3515/19.pdf>.

OTROS DOCUMENTOS

Cuadernos de Derecho Judicial: Principios Constitucionales en El Proceso Civil. España: Consejo General del Poder Judicial, 1993.

Manual de Derecho Procesal Civil. “Teoría General del Proceso”. Editorial U.C.C. Tomo I. Colombia: Universidad Católica de Colombia, 2010.

Mendoza Orantes, Ricardo. Recopilación de Leyes Civiles. 31ª ed. El Salvador: Editorial Jurídica Salvadoreña, 2008.