

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2010
PLAN DE ESTUDIO 1993**



**ESTUDIO SOBRE EFECTIVIDAD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS
REGULADOS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL EN EL
DERECHO SUSTANTIVO MERCANTIL**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTAN:

**CASTILLO DÍAZ MAXIMILIANO ANTONIO
DÍAZ ALFARO GIOVANNY DARÍO**

**DRA. DELMY RUTH ORTÍZ SÁNCHEZ
DOCENTE DIRECTORA DE SEMINARIO**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, AGOSTO DE 2011

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO RUFINO ANTONIO QUEZADA SÁNCHEZ.
RECTOR

ARQUITECTO MIGUEL ÁNGEL PÉREZ RAMOS
VICERRECTOR ACADÉMICO

LICENCIADO OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHÁVEZ
SECRETARÍA GENERAL

DOCTOR RENÉ MADECADEL PERLA JIMÉNEZ
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

DOCTOR JOSÉ HUMBERTO MORALES
DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS
SECRETARIO

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DIRECTOR ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

DOCTORA DELMY RUTH ORTÍZ SÁNCHEZ
DOCENTE DIRECTORA DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS.

A todas las personas colaboraron de alguna forma en los esfuerzos por hacer posible la materialización de este proyecto.

Al ímpetu, la fortaleza y la convicción que siempre me acompañaron, motivándome en los momentos arduos, virtudes sin las cuales no habría tenido la capacidad de culminar el difícil camino que ha significado la elaboración de este trabajo.

Maximiliano Antonio Castillo Díaz

AGRADECIMIENTOS.

“A ti señor, me dirijo suplicante; Dios mío, no quede yo defraudado, que mis enemigos no se rían de mí. No quedará defraudado el que en ti espera: quedarán defraudados los que te traicionan sin motivo. Muéstrame, Señor tus caminos, muéstrame tus sendas. Guíame en tu verdad; enséñame, pues tú eres el Dios que me salva: en ti espero todo el día. Acuérdate Señor que tu ternura y amor son eternos...” (Salmo 25 Versículos 1 al 6).

En primer lugar le doy gracias al Espíritu Santo por haberme dado el entendimiento de acercarme y conocer a Cristo, quien me enseña el camino del Padre. Hacia donde debe girar la vida del ser humano que trata de progresar en el difícil peregrinaje por este mundo. Eres tú Señor quien me ha guiado durante los senderos de espinas, hasta lograr descubrir la Luz en medio de las tinieblas, mi vida es tuya y te entrego este insignificante trabajo, porque lo que tengo es tuyo. Desde antes que estuviera en el vientre de mi Madre, me conocías y has permitido que con buenas decisiones logre finalizar esta labor investigativa. ¡Bendito seas por siempre Señor!

A mi Madre: María Gloria Alfaro Batres, quien ha sido el pilar fundamental para realizar mis estudios, apoyándose y esforzándose día tras día para generar las condiciones que hicieran posible ejecutar mis estudios superiores, espero que no sea el último triunfo que compartamos, pero sobretodo espero algún día compensar todo lo que has hecho por mí y mis hermanos, eres la mejor Madre del mundo, has seguido el camino de Dios, porque siguiendo el ejemplo de Jesús, has estado dispuesta a entregar tu vida para salvar a tus hijos y darnos las herramientas necesarias para ser personas de provecho, para Dios y para el Prójimo.

A mis Tías: Ana Emilia Díaz Portillo y Margarita Díaz Portillo, que han sido unas bienhechoras para esta noble causa, brindándome el calor de mi hogar, aún estando lejos de él, corrigiéndome, aconsejándome, pero aún más, adoptándome como un hijo, Dios ve sus obras, y sabe que aman de corazón a todos los que las rodean, vuestro sacrificio tiene ahora sus frutos, y espero que me alcance la vida para comprobar que su esfuerzo ha valido la pena, Dios está con ustedes, hoy mañana y siempre.

A mis Abuelos: Mateo de Jesús Díaz Juárez, María Emilia Portillo de Díaz, Trinidad Alfaro, porque siempre me han llevado en sus oraciones, me han dado el amor paternal que solo ustedes pueden dar; con su testimonio de vida, me han demostrado que una familia unida en el Señor, destruye cualquier obstáculo y supera toda prueba, cada uno de diferente forma, pero a cada uno a su manera, se han ganado un trozo de mi corazón, que se alegra de pensar que son unos padres ejemplares y unos modelos de vida a seguir, infinitas gracias elevo al cielo por gozar de su compañía y amor.

A mi grupo: Encuentro de Jóvenes en El Espíritu (**EJE**), por ser determinante para encontrar mi vocación de hijo de Dios, por darme la alegría que en otro lugar no hubiera encontrado, por ser una Familia en Cristo y dejarme conocer seres humanos llenos de la Santidad que solo Dios puede transmitir, cuando llegué al grupo apenas comenzaba el segundo ciclo, pero no perdí la motivación gracias al espíritu *Salesiano* que formaron en mí, no me resta más que decir que **¡Xto. es... Lo Máximo!**

A nuestra respetada, brillante y queridísima Asesora de Tesis: Doctora Delmy Ruth Ortiz Sánchez, porque nos ha acompañado durante este arduo proceso, tan dedicada, preocupada y siempre trabajando hombro a hombro con sus estudiantes, su vocación de Educadora, es admirable, su disposición

al servicio, es loable, y su ímpetu para lograr sus objetivos y metas es simplemente una bendición para quienes le conocemos y queremos, que Dios la acompañe en todo momento y le guíe a cumplir los propósitos que aún le faltan, los cuales sé que son muchos y serán alcanzados con la ayuda de Dios.

A todos mis hermanos, primos, tíos, familiares y amigos, que han compartido buenos y malos momentos en mi vida y carrera, cada uno tiene un espacio en mi vida, a pesar que todo cambia en este mundo, mi mente y corazón, se alegrarán algún día por los recuerdos de los momentos vividos y espero disfrutar de sus éxitos venideros.

Giovanny Darío Díaz Alfaro

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.....	i
CAPITULO I	
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, ENUNCIADO Y DELIMITACIÓN	
DEL PROBLEMA.....	1
1. 1 Exordio	1
1. 2 Planteamiento del Problema.....	3
1. 3 Enunciado del Problema.....	7
1. 4 Delimitación del Problema	9
1.4.1 Delimitación Teórica	9
1. 4. 2 Delimitación Geográfica.....	9
1. 4. 3 Delimitación Temporal.....	10
1. 5 Justificación y Objetivos de la Investigación	10
1. 5. 1 Justificación de la Investigación.....	10
1. 6 Objetivos.....	14
1. 6. 1 Objetivo General.....	14
1. 6. 2 Objetivos Específicos	14
1. 7 Marco Histórico, Teórico y Doctrinario Jurídico del Problema.	16
1. 7. 1 Marco Histórico.....	16
1. 7. 1. 1 Origen Histórico del Derecho Mercantil.....	16
1. 7. 2 Reseña Histórica de las Pruebas Judiciales	20
1. 7. 4 Diversas Fases de la Evolución de la Prueba.....	27
1. 7. 4 Historia de la Prueba Mercantil.....	28

1. 7. 5 Evolución de la Prueba en Materia Mercantil.....	36
1.8 Marco Doctrinario	39
1. 8. 1 El Derecho a la Prueba.....	39
1. 8. 2 ¿Que es el Derecho Probatorio?	42
1. 8. 3 Importancia del Derecho Probatorio para el Derecho Mercantil	44
1. 8. 4 Regulación de la Prueba en Materia Mercantil	46
1. 8. 6 Expectativas con la Entrada en Vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil	47
1. 9 Sistema de Hipótesis y Operacionalización	54
1. 9. 1 Enunciado de Hipótesis.....	54
1. 9. 1. 1 Hipótesis General	55
1. 9. 1. 2 Hipótesis Específicas	55
1. 9. 2 Operacionalización de las Hipótesis	56
CAPITULO II	
DERECHO PROBATORIO	58
2.1. Exordio.	58
2. 2 El Derecho de Aportar Pruebas Permitidas por la Ley	61
2. 3 La Carga de la Prueba.....	67
2. 3. 1 Desarrollo Histórico de la Carga de la Prueba	68
2. 3. 2 Concepto de Carga de la Prueba	74
2. 4 Objeto y Tema de la Prueba en el Derecho Mercantil.....	76
2. 4. 1 Tema de la Prueba	78
2. 5 Fin de la Prueba en el Derecho Mercantil	80
2. 6 Excepción de Prueba.....	81

2. 6. 1 Hechos Admitidos.....	83
2. 6. 2 Hechos Notorios y Evidentes.....	85
2. 6. 3 Presunciones Legales	89
2. 7 Principios de la Prueba	91
2. 7. 1 Principio de Aportación.....	92
2. 7. 1. 1 Prueba de Oficio y Diligencias para mejor Proveer	93
2. 7. 2 Principio de Publicidad	95
2. 7. 3 Prohibición de Aplicación de Conocimientos Privados del Juez.....	98
2. 7. 4 Principio de Necesidad	100
2. 7. 5 Principio de Legalidad	101
2. 7. 6 Principio de Unidad	103
2.7.6.1 Concepto.	103
2. 7. 6. 2 El Fundamento del Principio de Unidad	105
2. 7. 7 Principio de Comunidad.....	106
2. 7. 8 Principio la Inmediación de la Prueba.....	107
2. 7. 9 Principio de Concentración.....	112
2. 7. 10 Principio de Defensa y Contradicción	116
2. 7. 11 Principio de Igualdad Procesal	118
2. 7. 12 Principio de Preclusión	120
2. 7. 13 Principio de Oralidad	121
2. 7. 14 Principio de Disposición.....	125
2. 8 Garantía del Debido Proceso en el Derecho Mercantil.....	127
2. 9 Procedimiento Probatorio	128
2. 9. 1 Proposición.....	129
2. 9. 1. 1 Momento Procesal Oportuno	129
2. 9. 1. 2 Ofrecimiento Anticipado de Prueba.....	130
2. 9. 1. 3 Forma General para Proponer la Prueba	131

2. 9. 2 Admisión de la Prueba	132
2. 9. 3 Práctica o Producción de la Prueba.....	134
2.10 Índice de Jurisprudencia	136
CAPÍTULO III	
LOS MEDIOS DE PRUEBA EN MATERIA MERCANTIL.....	139
3. 1 Exordio	139
3. 2 Definición de los Medios de Prueba.....	143
3. 3 Prueba Documental	146
3. 3. 1 Concepto de Documentos	148
3. 3. 2 Clases de Documentos.....	150
3. 3. 3 La Exhibición	156
3. 3. 4 Impugnación de los Instrumentos	157
3. 3. 4. 1 Falsedad Material	157
3. 3. 4. 2 La Falsedad Ideológica.....	160
3. 3. 5 Valor Probatorio	161
3. 4 Declaración de Parte	162
3. 4. 1 Concepto.....	164
3. 4. 2 Procedencia y Momento para Ofrecerla	166
3. 4. 3 Sujetos del Interrogatorio.....	169
3. 4. 3. 1 Sujetos activos.....	170
3. 4. 3. 2 Sujetos pasivos.....	172
A) Representantes de los Incapaces	172
B) Los Apoderados de las Partes	180
C) Los Representantes de las Personas Jurídicas	186
3. 4. 4 Valoración	187
3. 5 Prueba Testimonial.....	189

3. 5. 1 Concepto	190
3. 5. 2 El Testigo	192
3. 5. 2. 1 Tipología de Testigos.....	193
3. 5. 3 Procedencia y Momento para Ofrecerla	196
3. 5. 4 Valoración	199
3. 6 Reconocimiento Judicial	202
3. 6. 1 Concepto	203
3. 6. 2 Procedencia y Momento para Ofrecerla	205
3. 6. 3 Producción del Reconocimiento Judicial.....	208
3. 6. 3. 1 Dirección Personal del Juez y Delegación	209
3. 6. 3. 2 Práctica Conjunta con Otros Medios	212
3. 6. 4 Valoración del Reconocimiento Judicial.....	214
3. 7 Medios de Reproducción de Sonido, Voz o de la Imagen y Almacenamiento de Información.....	216
3. 7. 1 Concepto	218
3. 7. 1. 1 Delimitaciones Conceptuales.....	219
3. 7. 2 Clases de Medios.....	221
3. 7. 2. 1 Medios de Reproducción de Imágenes o Palabras.....	222
3. 7. 2. 2 Medios de Almacenamiento de Información.....	223
3. 7. 3 Procedencia y Momento Para Ofrecerla	225
3. 7. 4 Producción de los Medios de Reproducción y Almacenamiento de Información.....	228
3. 7. 4. 1 Momento de Producción (Necesidad de Reproducción en Audiencia)	229
3. 7. 4. 2 Auxilio Pericial.....	231
3. 7. 5 Valoración	232
3. 7 El Juicio Ejecutivo.....	234

3. 7. 1 Surgimiento del Juicio Ejecutivo	234
3. 7. 2 Comparación del Juicio Ejecutivo del Código de Procedimientos Civiles y las Normas del Juicio Ejecutivo en el Código Procesal Civil y Mercantil.....	241
3. 8 Índice de Jurisprudencia	246
CAPÍTULO IV	
ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LOS MEDIOS PROBATORIOS REGULADOS POR EL ARTÍCULO 999 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y LOS INCORPORADOS POR EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.....	
	260
4.1 Exordio	260
4. 2 Ubicación de la Regulación de los Medios Probatorios en el Marco Jurídico.....	261
4. 2. 1 Distinción entre el Derecho Sustantivo y el Derecho Procesal.....	262
4. 2. 2 Incorporación de las Normas Correspondientes al Derecho Probatorio en Materia Mercantil.....	264
4. 3 Comparación entre los Medios Probatorios Regulados en el Art. 999 del Código de Comercio y los Regulados por el Código Procesal Civil y Mercantil.....	267
4. 3. 1 Instrumentos Públicos, Auténticos y Privados	269
4. 3. 1. 1 Instrumentos Públicos.....	271
4. 3. 1. 2 Instrumentos Auténticos.....	275
4. 3. 1. 3 Instrumentos Privados	276
4. 3. 2 Facturas	278
4. 3. 3 Correspondencia Postal y Telegráfica Reconocida.....	283
4. 3. 3. 1 Correspondencia Postal.....	284

4. 3. 3. 2 Correspondencia Telegráfica Reconocida	286
4. 3. 4 Registros Contables	288
4. 3. 5 Testigos.....	292
CAPÍTULO V	
INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO	
	294
5. 1 Exordio	294
5. 2 Análisis e Interpretación de Encuestas Dirigidas a Abogados y Estudiantes de la Licenciatura en Jurisprudencia y Ciencias Sociales.....	295
5. 3 Análisis de las Entrevistas Realizadas a Jueces, Secretarios y Colaboradores de los Juzgados de lo Civil y Mercantil de San Salvador. ...	316
CAPITULO VI	
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
	320
6. 1 Exordio	320
6. 2 Conclusiones	320
6. 3 Recomendaciones	324
BIBLIOGRAFÍA.....	327
ANEXOS.....	332

ABREVIATURAS

Art.	= Artículo.
C. C.	= Código Civil.
C. F.	= Código de Familia.
Cn.	= Constitución de El Salvador.
Com.	= Código de Comercio.
C. P.	= Código Penal.
C. Pr. C.	= Código de Procedimientos Civiles.
C. Pr. C. y M.	= Código Procesal Civil y Mercantil.
C. Pr. P.	= Código Procesal Penal.
C. S. J.	= Corte Suprema de Justicia.
C.T.	= Código de Trabajo.
LEC	= Ley de Enjuiciamientos Civiles.
L. Not.	= Ley de Notariado.
L.O.J.	= Ley Orgánica Judicial.
L. P. F.	= Ley Procesal de Familia.
L. Pr. M.	= Ley de Procedimientos Mercantiles.
Ord.	= Ordinal.
Reglam.	= Reglamento.

INTRODUCCIÓN

La prueba de las obligaciones es para el Derecho un tema que reviste gran importancia, debido a que del correcto uso de los medios probatorios dependen en la mayoría de ocasiones el reconocimiento y la efectiva aplicación de las obligaciones, derechos y consecuencias jurídicas que las leyes establecen, de tal forma que las legislaciones modernas se han encargado de incorporar en los textos de las leyes apartados con el objeto de regular de forma integral lo relacionado con la prueba judicial; lo que no evita que en la práctica procesal surjan inconvenientes y dudas respecto a su aplicación; atendiendo a lo anterior, el trabajo de investigación que se expone, identifica y aborda uno de los problemas que presenta la aplicación de los medios probatorios incorporados al proceso mercantil por el Código Procesal Civil y Mercantil.

La presente investigación se compone de seis capítulos, dentro de los cuales, los primeros cuatro contienen información que ha sido obtenida haciendo uso de la investigación bibliográfica y el análisis jurídico; el quinto capítulo contiene la comprobación de la hipótesis a través de la investigación de campo; y el sexto capítulo sintetiza toda la información obtenida en los capítulos anteriores, canalizándola a través de conclusiones y recomendaciones; a continuación se presenta la descripción de cada uno de estos capítulos exponiendo de forma resumida su contenido.

El capítulo uno contiene el proyecto de investigación, en donde se presentan las directrices que orientan la investigación, partiendo de identificar el problema que requiere soluciones, lo que se hace a través de la percepción de la realidad que permite establecer y conocer con precisión lo que se quiere investigar generando el *“Planteamiento del Problema”* y el

“Enunciado del Problema”; el capítulo continúa con los límites de la investigación, que encausan los esfuerzos y los recursos en la dirección adecuada para evitar separarse del tema que interesa investigar y generar información marginal o innecesaria, estos límites atienden a ámbitos de tiempo, espacio e información; una investigación no tiene sentido si no ha sido justificada y se han planteado las diferentes metas que se pretenden lograr al llevarla a cabo, por lo que este capítulo contiene la *“Justificación de la Investigación”* en donde se identifican los criterios que hacen necesaria la investigación, esto seguido por el planteamiento de los objetivos que se quieren cumplir al final de este trabajo.

Además de los contenidos anteriores, el capítulo uno también contiene el Marco Histórico, en donde se realiza un estudio de los antecedentes históricos de la problemática abordada, el cual inicia con precedentes generales del tema para concluir con los antecedentes históricos más próximos en cuanto a la regulación de la prueba judicial en materia de Derecho Mercantil; asimismo en esta capítulo se desarrolla el contenido del Marco Doctrinario, en donde se hace una presentación sucinta de los contenidos que van a desarrollarse en los capítulos posteriores; finalizando el capítulo uno con la enunciación y operacionalización de las hipótesis que se someten a comprobación.

Dentro del capítulo dos, se desarrollan los temas concernientes a la Teoría de la Prueba, especialmente referidos al Derecho Mercantil, partiendo naturalmente del Derecho que la ley ha franqueado a las personas que lo necesiten de poder hacer uso de los medios probatorios necesarios para exigir el cumplimiento de una obligación o el reconocimiento de un derecho, trascendiendo de lo establecido por la ley secundaria a su fuente constitucional específicamente lo que regula el Art. 12 de la Constitución de

El Salvador; a continuación se aborda el estudio de la Carga de la Prueba, en donde se presenta el desarrollo que este tema ha tenido históricamente, lo que servirá para construir un concepto de Carga de la Prueba, lo anterior teniendo en cuenta criterios judiciales de la Sala de Civil de la Corte Suprema de Justicia.

La existencia de un régimen probatorio, la incorporación de distintos medios de prueba y el Derecho que tienen las partes de hacer uso de ellos no responde a la voluntad del legislador de crear estas instituciones, tienen un fundamento tanto legal como sustantivo es por esta razón que el capítulo dos contiene el estudio del objeto, el tema y el fin de la prueba, los primeros dos temas desde una visión del Derecho en general; mientras que el tema de el fin de la prueba está referido especialmente al Derecho Mercantil.

Este capítulo incorpora la excepciones que la ley establece en cuanto a los hechos que no necesitan ser probados a través, sea por tratarse de hechos que se encuentran fuera del debate del proceso o por ser hechos que la ley considera ciertos sin necesidad de haber sido probados, como es el caso de las presunciones.

El capítulo dos concluye con el estudio de los Principios que dirigen el desarrollo de la actividad probatoria dentro del proceso judicial, los que sirven para establecer los límites y los requisitos mínimos de validez de todos los actos procesales y que determinan la efectividad del Proceso Mercantil, permitiendo al Juez respectivo emitir una sentencia motivada de acuerdo a lo establecido por el Art. 217 del Código Procesal Civil y Mercantil.

En el capítulo tres del presente trabajo se aborda el estudio de cada uno de los Medios Probatorios contenidos en el Código Procesal Civil y

Mercantil, de los cuales se desarrolla de forma ordenada y específica los siguientes subtemas: su concepto, en donde se establece en qué consiste cada medio probatorio, determinando sus distintos elementos, sujetos, características y clasificación; los requisitos de procedencia, en donde se indica cuando es posible hacer uso de estos medios atendiendo a las circunstancias que quieran probarse a través de ellos, estableciendo el momento procesal oportuno para su ofrecimiento.

De igual manera se establece cual es la forma en la que cada medio probatorio debe producirse, indicando el lugar y el momento procesal en el que se realiza esta actividad así como los sujetos que intervienen en su producción; concluyendo con la fuerza probatoria que tienen cada uno de los Medios Probatorios y el valor que el Juez ha de concederles en el momento de emitir la sentencia, teniendo por probados los hechos o por insuficiente la prueba aportada por las partes.

Dentro de este capítulo se hace una referencia especial al estudio de la actividad probatoria del Juicio Ejecutivo regulado por el Código Procesal Civil y Mercantil, haciendo una comparación entre este código y lo que regulaba el anterior Código de Procedimientos Civiles, estableciendo las distintas etapas en las que se desarrolla y los resultados que se pretenden obtener a través de un proceso de esta naturaleza.

El capítulo cuatro constituye la etapa medular del presente trabajo, en él se determinan los resultados de la investigación bibliográfica para dar paso en su momento a la investigación de campo, iniciando su contenido al determinar cuál es lugar idóneo para incorporar las reglas concernientes al Derecho Probatorio, para lo cual se consideran las distintas corrientes

doctrinarias y los criterios que la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia ha adoptado respecto a este tema.

El capítulo se complementa con la comparación que se lleva a cabo entre lo regulado por el Art. 999 del Código de Comercio y lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, haciendo un estudio paralelo entre ambas normativas, lo que sirve para concluir a cerca de cuál es la relación que existe entre ellas; esto sirve además para conocer en qué consisten los medios probatorios del Código de Comercio identificando las diferencias o similitudes con los medios probatorios estudiados en el capítulo tres.

El capítulo cinco, está orientados a presentar los resultados que se han obtenido haciendo uso de los instrumentos de investigación encuesta y entrevista, los que permiten conocer las perspectivas de otras personas, sobre los objetivos del presente trabajo. Con lo anterior se hace una comparación entre la realidad reflejada en la opiniones de los entrevistados y encuestados; y la teoría reflejada en los capítulos anteriores de esta tesis, que significara cometer a comprobación las hipótesis que se plantearon en el capítulo uno, y que han servido como justificación de la investigación realizada.

El capítulo seis contiene las conclusiones a las que se ha podido llegar a través de la investigación bibliográfica o teórica, aparejada con la investigación de campo teniendo como resultado de estas conclusiones, recomendaciones dirigidas personas y a instituciones que permitan ofrecer soluciones a problemas posteriores que tengan similares características y consecuencias con el presente tema de investigación.

**ESTUDIO SOBRE EFECTIVIDAD DE LOS MEDIOS
PROBATORIOS REGULADOS EN EL CÓDIGO PROCESAL
CIVIL Y MERCANTIL EN EL DERECHO SUSTANTIVO
MERCANTIL.**

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, ENUNCIADO Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.

SUMARIO

1.1 Exordio.- 1.2 Planteamiento del Problema.- 1.3 Enunciado del Problema.- 1.4 Delimitación del problema.- 1.4.1 Delimitación Teórica.- 1.4.2 Delimitación Geográfica.- 1.4.3 Delimitación Temporal.- 1.5 Justificación y Objetivos de la Investigación.- 1.5.1 Justificación de la Investigación.- 1.6 Objetivos.- 1.6.1 Objetivo General.- 1.6.2 Objetivos Específicos.- 1.7 Marco Histórico, Teórico y Doctrinario Jurídico del Problema.- 1.7.1 Marco Histórico.- 1.7.1.1 Origen Histórico del Derecho Mercantil.- 1.7.2. Breve Reseña Histórica de las Pruebas Judiciales.- 1.7.4 Diversas Fases de la Evolución de la Prueba.- 1.7.4 Historia de la Prueba Mercantil.- 1.7.5. Evolución de la Prueba en Materia Mercantil.- 1.8 Marco Doctrinario.- 1.8.1 El Derecho a la Prueba.- 1.8.2 ¿Que es el Derecho Probatorio?- 1.8.3 Importancia del Derecho Probatorio para el Derecho Mercantil.- 1.8.4 Regulación de la Prueba en Materia Mercantil.- 1.8.6. Expectativas con la entrada en Vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil.- 1.9 Sistema de Hipótesis y Operacionalización.- 1.9.1 Enunciado de Hipótesis.- 1.9.1.1 Hipótesis General.- 1.9.1.2 Hipótesis Específicas.- 1.9.2 Operacionalización de las Hipótesis.-

1. 1 EXORDIO

El presente Capítulo tiene como finalidad sentar las bases doctrinales, jurídicas y metodológicas de la investigación que se pretende realizar en cuanto al tema referido al *“Estudio sobre Efectividad de los Medios Probatorios regulados en el Código Procesal Civil Y Mercantil en el Derecho Sustantivo Mercantil¹”* en el planteamiento de problema se definirá el

¹ Estudio dirigido a verificar los cambios, las modificaciones, reformas y o mutaciones que convergen ante la puesta en marcha de una nueva Ley, pero más allá de ello, si sus cambios son aparentes, reales o verdaderamente significativos para el Comercio Salvadoreño, debido a que siempre que se implementa una nueva modalidad de administrar justicia, surge la incógnita sin previa respuesta *¿Contribuirá verdaderamente la nueva Ley a que mejore el sistema de la distribución de justicia?* Si el cambio es efectivo, los medios para llegar a la verdad jurídica también han de ser

problema y los consiguientes sub-problemas a resolver durante el desarrollo de este estudio, se delimitará dicho problema en sus aspectos teóricos, geográficos y temporales. De manera que al justificar y determinar los objetivos a alcanzar quedará demostrada la importancia que el presente tema posee para la comunidad jurídica. Posteriormente en el Marco Histórico, Teórico y Doctrinario Jurídico del Problema se abordarán tópicos pertinentes y relevantes que contribuirán a esclarecer en gran medida el rumbo del presente trabajo.

Entre los temas abordados se tiene el que se refiere a las expectativas que se tienen con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador², y el de los Nuevos Principios incorporados en el referido cuerpo normativo, entre los que tenemos: Principio de oralidad, Inmediación, Principio de publicidad, Principio de concentración, los cuales conforman la columna vertebral de la reforma que se pretende introducir, y que en definitiva sustentan la base de la propuesta innovadora del Órgano Judicial. Se vislumbrará la forma en que se aplica el Sistema de Valoración de la Prueba de la Sana Crítica y la forma en que se evaluará la importancia de la prueba en materia Mercantil en la definición de las pretensiones de quienes actúan en el proceso contencioso. Se enumerarán y definirán los Medios Probatorios regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil. Para finalizar se presentará el Sistema de Hipótesis y su consecuente Operacionalización.

efectivos, es así como se ha llegado a determinar la capital importancia del tema objeto de investigación.

² El Código Procesal Civil y Mercantil entró en vigencia el primero de enero del año dos mil diez, mediante Decreto de Aprobación N° 702 de fecha dieciocho de septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial N° 224, Tomo 381, del 27 de noviembre de 2008. Entre las novedades de este código sobresalen los Principios de Oralidad, Contradicción, Dirección y Ordenación del Proceso, que garantizan una nueva aplicación de la Ley Mercantil y de la forma de acreditar las obligaciones de carácter Mercantil.

1. 2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las relaciones humanas se ven sujetas a cambios; por lo tanto el derecho también debe de experimentar cambios para no volverse inadecuado y por lo mismo inaplicable a las nuevas situaciones. Estos cambios se acompañan de instituciones jurídicas que en muchas ocasiones son novedosas tanto para el creador de la ley, como para quienes en su momento deberán aplicarla y en definitiva todos los que intervienen en las Relaciones Jurídicas que acontecerán de dichas modificaciones. Durante el siglo que acabamos de despedir han surgido innumerables avances tecnológicos que han visto la luz, resultando particularmente espectaculares los producidos en el campo de la informática y de las telecomunicaciones. Probablemente no sea una afirmación exagerada sostener que los descubrimientos científicos y técnicos llevados a cabo en las últimas décadas superan cuantitativamente a todos los que han ido apareciendo desde la historia de la humanidad³.

La aprobación del Código Procesal Civil y Mercantil, tiene como consecuencia la derogatoria del Código de Procedimientos Civiles vigente desde 1882 y de la Ley de Procedimientos Mercantiles vigente desde 1973 y que hasta este momento habían regulado lo relacionado con el proceso mercantil⁴, lo cual quiere decir que en su totalidad la forma del desarrollo del

³ GÓMEZ SEGADE, José Antonio, *“Comercio Electrónico en Internet”*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., España, Madrid, 2001. Pág. 477-478. Los avances científicos y tecnológicos puesto al servicio de las necesidades del hombre no solo las satisfacen; sino que muchas veces crean de otras necesidades, por lo que es posible que en los próximos años los descubrimientos tecnológicos y científicos avancen aun a mayor velocidad que en la actualidad, razón por la cual ninguna ciencia natural o social debe estancarse, por el contrario debe intentar mantenerse los mas cercano posible a la innovación humana.

⁴ El Art. 705 C. Pr. C. y M. es el que prescribe lo relativo a la derogatoria de las leyes mencionadas *“Derógase el Código de Procedimientos Civiles hecho ley por medio de Decreto Ejecutivo de fecha 31 de diciembre de 1881, publicado en el Diario Oficial N° 1, Tomo 12, Publicación del 01 de 01 de 1882, y sus reformas posteriores; la Ley de Procedimientos Mercantiles, publicada en el Diario Oficial N° 120,*

proceso mismo es modificada, incorporando el Código Procesal Civil y Mercantil nuevas instituciones procesales y que en nuestro medio advierten inexperiencia en su aplicación lo cual requiere de estudios que brinden los instrumentos necesarios para que en su momento se puedan aplicar estas instituciones de forma efectiva, ya que esta falta de experiencia y capacitación ha sido lo que ha postergado la entrada en vigencia de este novedoso cuerpo normativo, lo cual acarrea una cierta desconfianza que se traduce en inseguridad Jurídica sobre si está listo o no el aparato judicial para el cambio radical que se avecina.

El juzgador mercantil en El Salvador ha empleado desde la vigencia de estas leyes, las mismas normas y principios en lo que se refiere a la prueba de las obligaciones, lo cual ha dejado de ser así con la entrada en vigor del Código Procesal Civil y Mercantil, no solamente en lo que se refiere a la forma de producción de la prueba y la valoración de la misma sino además por la incorporación de una serie de nuevos medios probatorios, contenidos en el Art. 999 del Código de Comercio⁵ y que indudablemente presentaran no solo para el juzgador sino también para los abogados litigantes inconvenientes en su aplicación si no han existido esfuerzos encaminados al estudio de los mismos.

Como un ejemplo de esta afirmación se menciona que el Código Procesal Civil y Mercantil plantea la posibilidad de introducir en el proceso

Tomo 239, publicación del 29 de 06 de 1973... así como todas aquellas leyes o disposiciones contenidas en otros cuerpos normativos referidos a las materias que regula este código...".

⁵ Código de Comercio publicado en D. O. 140. Tomo 228 del 31 de julio de 1970, vigente desde abril de 1971. En el Art. 999 enuncia de forma precisa algunas formas en las que pueden probarse la existencia y la extinción de las obligaciones de naturaleza mercantil, es decir aquellas que tienen su origen en actos de comercio, y que vinculan a los comerciantes sea entre ellos o con personas que no ostentan esa calificación. Recordando que el mismo Código de Comercio establece la imposibilidad de considerar la existencia de actos de carácter mixto según lo establece en el artículo 4, al establecer que los actos que para una de las partes es de naturaleza mercantil lo será también para la otras que intervengan en el.

medios de reproducción de la comunicación; lo cual tiene una gran relevancia, porque muchas veces el pensamiento se transmite más dinámicamente por medio de una conversación hablada entre presentes o por teléfono que por un instrumento escrito; no hay duda que la incorporación de estos medios será muy importante, pero debemos evaluar la factibilidad de hacer uso de ellos, pues no se va a intentar probar todo tipo de obligaciones con medios de reproducción de la comunicación, además se deben de observar ciertos requisitos para su admisibilidad⁶.

De esta manera se denota la introducción de nuevos Principios: como la Inmediación; nuevos métodos: la Oralidad donde la figura Triangular que existirá permite el debate y la confrontación en la Audiencia, siempre reservándose algunos aspectos como el hecho que lo que se controvertirá será la esfera Patrimonial de los Sujetos de Derecho intervinientes en esta relación, entre otros principios que moldearán lo que a materia Probatoria mercantil compete.

Como es sabido, el *Proceso* se caracteriza por ser el instrumento del que se sirven los órganos que integran el Órgano Judicial del Estado para cumplir la función que se les asigna constitucionalmente: resolver, de forma definitiva e irrevocable, los conflictos intersubjetivos y sociales que se les plantean, y también, el medio por el que los particulares pueden ver satisfecho el derecho a la tutela judicial que se les reconoce constitucionalmente⁷.

⁶ GÓMEZ SEGADE. ob.cit. Pág. 478. Menciona que: “Cabe sin embargo contemplar en los últimos años una reacción del legislador frente a la cultura informática, y de las comunicaciones electrónicas, en cuanto sistemas aptos para manifestar y transmitir declaraciones de voluntad dirigidas a generar actos y negocios jurídicos en masa. De tal modo han ido surgiendo, de modo disperso, disposiciones sectoriales, que a pesar de no guardar relación alguna entre sí, permiten entrever que el legislador no desconoce por completo la existencia y el uso de dicha tecnología”.

⁷ Ibíd. Pág. 479. Indica que en el Proceso “en puridad, solo las pretensiones fundadas han de merecer la tutela de los Juzgados y Tribunales. Es precisamente esta exigencia la que hace necesaria la

En este sentido que se cree conveniente el desarrollo del presente tema de investigación, con el objeto de ***“anticipar en lo posible, inconvenientes que puedan surgir al momento de la aplicación de los novedosos medios probatorios y las figuras jurídico procesales planteadas por el Código Procesal Civil y Mercantil en la prueba de las obligaciones mercantiles y determinar cómo será modificada la aplicación de los medios Probatorios regulados en el Código de Comercio o si en definitiva existirá una abrogación del Art. 999 de dicha ley sustantiva”***.

Ante tal problemática se prevé un minucioso estudio, acompañado de una sistemática investigación que permita descifrar en forma oportuna las consecuencias Jurídicas de la implementación de tan novedoso cuerpo normativo, a raíz de ello resulta interesante dar pié a tan complicado análisis, que sin duda conseguirá aportar mayores conocimientos teóricos sobre la incidencia en el actual régimen probatorio contenido en el Art. 999 del Código de Comercio ante la inevitable y necesaria aplicación del Código Procesal Civil y Mercantil⁸.

existencia de la prueba en los procesos civiles dispositivos cuando existe controversia de las partes en torno a los hechos”. En un proceso prevalece la contradicción, la contradicción permite que existan medios probatorios para determinar de la forma más exacta posible, cuál de las partes tiene la razón, de ahí es donde surge la necesidad de la prueba en los procesos civiles dispositivos, de encontrar la respuesta más cercana posible a la realidad, que satisfaga las necesidades del proceso y haga prevalecer lo que con base a Derecho se ha demostrado.

⁸ *Ibíd.* Pág. 483. Y es debido a que nuevos medios de prueba requieren nuevas normas para su utilización que se considera necesario investigar sobre este tema abona a ello lo dicho por **GÓMEZ SEGADE**, al referirse a La Incorporación del Denominado Documento Electrónico al Proceso: *“Tradicionalmente la noción de documento como medio de prueba ha estado ligada en nuestras leyes procesales (las leyes Españolas) al soporte papel al que se incorpora un pensamiento humano mediante signos gráficos de escritura... Sólo cuando el progreso científico y tecnológico hace aparecer otros objetos –escritos o no- en los que se consigna o representa alguna cosa apta para esclarecer un hecho o en los que se deja constancia de una declaración de voluntad que produzca efectos jurídicos, comienza a revisarse la vieja concepción de instrumentos por la doctrina y la jurisprudencia para dar entrada a los nuevos mecanismos de producción del pensamiento que van mucho más allá de la noción de documento como algo consustancial a la idea de papel”*.

1. 3 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

Teniendo en cuenta el planteamiento de las ideas preliminares se procede en los párrafos siguientes a formular las interrogantes que se utilizarán como dirección del presente trabajo, y que constituirán la problemática de la presente investigación.

En primer lugar debemos estar consientes que afrontar la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil implica todo un nuevo régimen probatorio, que incorpora no solo nuevos principios, sino además nuevos medios probatorios, que posiblemente van a generar algunos inconvenientes cuando vayan a ponerse en práctica; es en este sentido que va encaminada la primera interrogante:

¿Cuál será la efectividad de los Medios Probatorios regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil en el Derecho Sustantivo Mercantil?

La interrogante es de capital importancia para el proceso investigativo que se inicia; desde el punto de vista legal, la nueva regulación debería ser la que se aplique, pero en el transcurso de la investigación se vislumbrará tal incógnita con lo cual quedará demostrado en base a los estudios Doctrinarios y Jurídicos si esto será así o todo lo contrario, si se complementarán las Normas del Derecho Sustantivo con contenido procesal con las Normas estrictamente procesales, o si el Legislador Salvadoreño ha previsto algunas salidas alternas para solucionar tal aspecto pero en definitiva lo que se corroborará es si es efectiva o no la aplicación de los nuevos medios probatorios lo cual consiste en el núcleo de la investigación.

Entre los sub problemas a descifrar se encuentran los siguientes:

¿Qué consecuencias tiene la regulación de los medios probatorios del Código Procesal Civil y Mercantil sobre la regulación del Art. 999 del Código de Comercio?

Habrá que analizar detenidamente si en efecto, el Código Procesal Civil y Mercantil prevalecerá ante lo dispuesto en el Art. 999 del Código de Comercio, o existirá abrogación de dicho apartado Legal, pero no cabe la menor duda que éste enigma se disipará en la medida que se avance en el análisis de dichas disposiciones y se descubra el verdadero sentido de tales textos.

¿Qué consecuencias tendrá la existencia de un nuevo régimen probatorio contenido en el Código Procesal Civil y Mercantil sobre la regulación del Art. 999 del Código de Comercio?

Lo anterior responde a la problemática referente a la fase en la cual se incorporara y debatirá sobre la Prueba que ha sido incorporada en legal forma al Proceso, porque la Oralidad que ha sido prevista para la mayoría de casos mediante los cuales se controvertirán las Pretensiones de las Partes, constituye uno de los pilares fundamentales de la actual reforma Procesal, tomando en cuenta que el obsoleto sistema de valoración de la prueba de la Tarifa Legal ya no se utilizará, esto trae aparejado como consecuencia que el debate constituirá en gran medida, el criterio que tomará el aplicador de la ley para resolver la litis.

1. 4 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

Es necesario delimitar esta investigación para no hablar de un tema que por ser muy general, no produzca ningún tipo de beneficio o recomendación a la sociedad y a los sujetos intervinientes en esta problemática; para esto conviene definir el contexto temporal y espacial en que se enmarcará la investigación, por lo que a continuación se especificarán los aspectos a investigar, la zona geográfica en que serán desarrollados y el espacio temporal en que se ha dado.

1.4.1 DELIMITACIÓN TEÓRICA

Se investigará precisamente lo que en doctrina se refiere a la Prueba en materia procesal, los medios probatorios, la regulación de la prueba en el derecho procesal o en el derecho sustantivo, verificándose dónde debe estar incorporada según la mayoría de los autores. Además se estudiará sobre las novedades que en cuanto a prueba regula la nueva ley procesal y los principios que rigen dicho cuerpo legal.

1. 4. 2 DELIMITACIÓN GEOGRÁFICA

La ciudad de San Salvador, Departamento de San Salvador, específicamente los nuevos Juzgados de lo Civil y Mercantil por ser suficiente para analizar el Problema de la eficacia o no de la normativa que regula el C. Pr. C. y M., en el Derecho Sustantivo Mercantil.

1. 4. 3 DELIMITACIÓN TEMPORAL

El periodo que se tendrá como parámetro para esta investigación es el comprendido del año dos mil diez los meses de Julio a Diciembre del mismo, que es la época en la que no se conoce a ciencia cierta sobre cómo funcionará o qué parámetros debemos tomar para descifrar la forma en la que se procederá al aplicar la novedosa normativa, por ser aún prematura su aplicación.

1. 5 JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

La fundamentación y el establecimiento de los objetivos es parte fundamental en cualquier estudio, ya que ***“son los puntos de referencia o señalamiento que guían el desarrollo de una investigación y a cuyo logro se dirigen todos los esfuerzos⁹”***. Se razonan los motivos que dan validez a la investigación para orientar dicha labor, con esto se pretende reforzar el contenido de la misma, argumentado de manera elemental el alcance de la labor investigativa.

1. 5. 1 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Como se ha mencionado anteriormente la evolución del Derecho merece un estudio que permita anticipar sus posibles inconvenientes en el futuro y en especial cuando se trata de la incorporación de instituciones que

⁹ ROJAS SORIANO, Raúl, *“Guía para realizar Investigaciones Sociales”*, Editado por Plaza Valdés, S.A. de C.V., Litografía Ingramex, S.A de C. V., 2004, México, Distrito Federal, Pág. 81. Los objetivos de toda investigación deben estar planteados para lograr determinada información *“Para alcanzar los objetivos es indispensable conocer con detalle qué se pretende lograr a través de la investigación; esto permitirá fijar objetivos debidamente fundamentados y susceptibles de alcanzarse”*. Esto permite enfocar los esfuerzos y los recursos de forma eficiente y no desgastarlos en información marginal que en nada contribuirá a la investigación y la demostración de las hipótesis.

no tienen precedentes próximos como es el caso que nos ocupa, puesto que, toda innovación o modernización en el sistema Jurídico implica la necesidad de una investigación seria, que contribuya a actualizar el conocimiento y la seguridad Jurídica, garantizando que, al dilucidarse un concurso aparente de leyes (el cual podría ser el caso al no establecerse con exactitud la ley aplicar, si el Art. 999 del Código de Comercio o lo que establece el Código Procesal Civil y Mercantil), para la resolución de un litigio, cuando no se ha determinado claramente que cuerpo normativo se debe aplicar.

En este sentido se cree que es necesario el desarrollo de un tema de investigación que permita prever tanto las ventajas y las desventajas, los convenientes y los inconvenientes que puedan llegar a generarse a partir de la implementación de nuevos medios probatorios en la prueba de las obligaciones mercantiles.

Como otro aspecto se observa que la existencia de figuras e instituciones jurídicas implica una inevitable actualización, debido a la existencia de figuras previstas en el latente Código Procesal Civil y Mercantil.

Es indispensable realizar un esbozo crítico y comparativo entre lo que se encuentra en vigencia y lo novedoso que incorpora el Código Procesal Civil y Mercantil, debido a que junto a la evolución de la realidad, también debe hacerlo el Derecho de alguna manera, ya sea adecuando la legislación existente a las nuevas formas o relaciones jurídicas o implementando nuevos cuerpos legales que se adecuen a lo que la Sociedad Moderna requiere de las Normas, para el caso que nos compete las Normas Mercantiles.

Abonado a lo anterior, no cabe duda que las Relaciones Mercantiles que hoy por hoy se convierten en un elemento indispensable para el

desarrollo de las naciones, merece un estudio serio y cauteloso para determinar los recientes cambios en cuanto a la Prueba de las Obligaciones lo cual facilitará su conocimiento y comprensión y sin lugar a dudas es de interés y provecho para las presentes y futuras generaciones.

En el presente tema de investigación se considera que a pesar de existir bibliografía que contiene la prueba relacionada directamente con el ámbito mercantil¹⁰, no se encuentra un documento que reúna los análisis específicos en materia mercantil, mediante el cual se determine claramente lo que ha de suceder con las disposiciones del Derecho Sustantivo con contenido Procesal que actualmente rigen el Derecho Mercantil, siendo necesario que exista un estudio sobre ello para que hayan criterios unificados y justos, para la aplicación correcta de las leyes vigentes.

Además es conveniente que se realice la investigación, debido a que ello contribuirá a que se exponga claramente que aspectos se deben tomar como parámetros para la aplicación del derecho, contribuyendo con ello a

¹⁰ ALSINA, Hugo., *Tratado teórico práctico de Derecho procesal Civil y Mercantil.*, EDIAR SOC. ANON. Editores, Buenos Aires, Argentina. 1961; BARRERA TAPIAS, Carlos Darío. *Las obligaciones en el Derecho moderno.* Segunda edición, Editorial Temis S. A. Bogotá, Colombia. 2004; BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil.*, Tomo I., Editorial Tecnos. Duodécima edición. Madrid, España. 2005; CARDOZO ISAZA, Jorge., *Pruebas judiciales.* Cuarta Edición, Editorial Colombia Nueva Limitada., Bogotá, Colombia. 1986; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Manual de obligaciones.* Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1997; ETCHEVERRY, Raúl Aníbal., *Derecho comercial y económico.* Editorial Astrea. Buenos Aires Argentina. 1994; FALCÓN M., Enrique. *Tratado de la prueba.* Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2003; GIMENO SENDRA, Vicente., *Derecho procesal civil.* Editorial COLEX. Primera edición. Madrid, España. 2005; GÓMEZ SEGADE, José Antonio, *“Comercio electrónico en Internet”*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona, España. 2001; HOCSMAN, Heriberto Simón., *Negocios en Internet.* Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2005; LARA VELADO, Roberto. *Introducción al Estudio del Derecho Mercantil.* Editorial Universitaria de El Salvador. Primera Edición. San Salvador, El Salvador. 1969; LESSONA, Carlo., *Teoría de las pruebas en derecho civil.* Editorial Jurídica Universitaria. México. 2002; PAILLAS PEÑA, Enrique; *Estudios de Derecho Probatorio.* Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1991; PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio.*, Novena edición. Editorial Librería del Profesional. Santafé de Bogotá, Colombia. 1998; PEÑA VALENZUELA, Daniel, y otros., *El contrato por medios electrónicos.* Universidad Externado de Colombia. 2003.

que exista unificación en las decisiones judiciales en la aplicación correcta de la ley.

La investigación dará a conocer en forma concentrada la doctrina mas reciente y constituirá un soporte para los aplicadores del derecho, que pretende garantizar criterios definidos de los administradores de Justicia en su función de dirimir los conflictos jurídicos mercantiles. Apartando con ello un documento que comprenda la Prueba Mercantil, así como un estudio que la relaciona con los casos concretos, para que se establezcan correctamente las vías de interpretación de las normas existentes y que giran en torno al derecho mercantil, como también se considera que llevará varios aspectos legales, que dan lugar a diversas interpretaciones, tomando en cuenta que se estaría beneficiando la buena aplicación del derecho.

Con esta investigación habrá un documento que facilite y preste mayor seguridad para los aplicadores de la norma jurídica en materia mercantil, y en consecuencia a la sociedad, debido a que contribuirá a la debida aplicación de la Normativa Mercantil, ya que la prueba tiene una función integradora del ordenamiento jurídico, así se continúa la pretensión del Legislador adecuando e individualizando el contenido de las disposiciones mercantiles, la prueba tiene una actividad, explicativa, renovadora y supletoria, en relación con el ordenamiento jurídico vigente y para mantener tanto el orden Constitucional, Legal y Social es menester realizar esta investigación.

El costo que puede aportar la prueba es la homogeneidad de las resoluciones judiciales; es decir, que una sentencia dictada en forma diferente a los restantes se convierte en problemas que no debemos pasar por alto. Y desde esta perspectiva no cabe duda que los mayores beneficiados serán todos aquellos que pertenecen a la comunidad de

aplicadores del Derecho y más concretamente sus destinatarios los miembros de la Sociedad Salvadoreña, que en última instancia son quienes sufren los embates de las fisuras probatorias que aparecen en el Sistema Probatorio Mercantil, de no solucionarse y anticiparse a tales situaciones.

1. 6 OBJETIVOS

Toda actividad realizada por el hombre se encamina a la consecución de metas o finalidades, previsiones a futuro que dan sentido al actuar humano, el presente trabajo no es ajeno a esta verdad; con la implementación de esta investigación se pretende no únicamente cumplir un requisito de graduación sino además ciertos objetivos que van a puntualizarse a continuación, que son los que evitan que se convierta en una simple agrupación de datos e información.

1. 6. 1 OBJETIVO GENERAL

Presentar un estudio de la efectividad que tendrá la implementación del Código Procesal Civil y Mercantil en el Derecho Sustantivo Mercantil.

1. 6. 2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1) Estudiar comparativamente el Derecho Sustantivo Mercantil y la regulación probatoria del Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles en cuanto al régimen probatorio.

- 2) Determinar las novedades que conlleva la aplicación del Código Procesal Civil y Mercantil en cuanto a los medios Probatorios a utilizar.
- 3) Determinar los nuevos Principios que rigen el Código Procesal Civil y Mercantil y su repercusión en el Derecho Probatorio Mercantil.
- 4) Analizar como el Principio de Oralidad cambia el sentido de la Producción de la Prueba en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil.
- 5) Conocer la manera como se utilizará el Sistema de la Sana Crítica en la valoración de la Prueba.
- 6) Identificar los efectos que tendrá la aplicación de los medios probatorios establecidos en el Código Procesal Civil y Mercantil en lo que dispone el Art. 999 del Código de Comercio.
- 7) Determinar un estudio comparativo de las diferentes Legislaciones de Centroamérica sobre la prueba de las obligaciones mercantiles y la Legislación Salvadoreña.

1. 7 MARCO HISTÓRICO, TEÓRICO Y DOCTRINARIO JURÍDICO DEL PROBLEMA.

1. 7. 1 MARCO HISTÓRICO.

La Actividad investigativa requiere del estudio sobre los antecedentes históricos del problema a tratar, partiendo del origen de la temática se logra concretar, lo que se estudia, las diferentes sociedades han mantenido relaciones comerciales, éstas han variado según la época¹¹, la evolución del Derecho es constante, cambiante y proporcional al tiempo y el espacio, aunque actualmente se ha logrado avanzar en la Homogeneidad de las Legislaciones, evidentemente en los países del tercer mundo o sub desarrollados en menor forma, pero el diagnóstico es positivo, es de esta manera como se plantea la importancia de incluir la historia de la prueba en este apartado para que, por medio del método deductivo se parte de lo general, a lo particular.

1. 7. 1. 1 ORIGEN HISTÓRICO DEL DERECHO MERCANTIL

Las actividades comerciales han existido aun con anterioridad al aparecimiento del Derecho Mercantil, y es que el Derecho Mercantil como parte del derecho privado se desprende del Derecho Común, denominación

¹¹ LARA VELADO, Roberto. *“Introducción al Estudio del Derecho Mercantil”*. Editorial Universitaria de El Salvador. San Salvador, El Salvador. 1969. Pág. 9. *“Históricamente el Derecho Mercantil aparece con posterioridad al Derecho Civil. Las Legislaciones más antiguas contenían la regulación de las materias mercantiles mezcladas con las civiles; el Derecho Romano, que constituye la raíz del Derecho Privado Moderno, no hizo la distinción entre el Derecho civil y el Mercantil. Esto no quiere decir que el comercio, como fenómeno económico haya aparecido hasta que se concretó la existencia del Derecho Mercantil como rama independiente”*.

utilizada para designar las normas contenidas en Derecho Civil, que en un principio regulo de forma provisional las relaciones comerciales.

El surgimiento del Derecho Mercantil se dio debido a la necesidad que existió de crear una regulación especial a las actividades de los comerciantes; sin embargo su codificación no se dio de forma espontánea; según **Francisco Vicent Chuliá**, este surgió como un Derecho consuetudinario¹². La necesidad de su surgimiento es crear normas que satisfagan necesidades especiales y que no pueden ser valoradas a la luz de un Derecho Civil genérico que si bien regula relaciones de Derecho Privado, estas se refieren a vínculos entre personas que están fuera de la actividad comercial¹³.

Con todo no es fácil decir el momento exacto en el que el Derecho Mercantil se separa del Derecho Civil pues como lo hemos afirmado este surgió como un Derecho Consuetudinario y en Roma se observaba algunas instituciones destinadas al comercio; sin embargo según lo afirma **Manuel Broseta Pont**, *“las características del Derecho Romano hicieron innecesaria la aparición de un Derecho especial para el comercio”*¹⁴. Son el dinamismo y

¹² VICENT CHULIÁ, F. *“Introducción al Derecho Mercantil”*. Ed. 14ª, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2008. Pág. 38. Menciona que *“el Derecho Mercantil fue una creación cultural de la burguesía comercial de las ciudades-estado de la baja edad media (siglos XI- XIII); en especial las del norte de Alemania y de Italia y ciudades de lengua catalana de la corona de Aragón”*. En el desempeño de sus actividades y negocios las personas que se dedicaban a vender y comprar mercancías paulatinamente fueron creando reglas no escritas obedecidas, voluntariamente más por costumbre que por una fuerza coercitiva.

¹³ BROSETA PONT. *Manual de Derecho Mercantil.*, Tomo I., Editorial Tecnos. Duodécima edición. Madrid, España, Pág. 40. Comenta *“se ha podido afirmar que la «historicidad» del Derecho mercantil significa que su separación del Derecho civil no es un hecho permanente, e implica, además, que surge como Derecho especial para satisfacer concretas exigencias de la realidad económica. Exigencias que, a partir de un momento histórico determinado, no fueron debidamente atendidas por el Derecho civil”*.

¹⁴ *Ibíd.* Pág. 41. Indistintamente se utilizaba para comercializar, el *Derecho Civil Romano*, sus elementos competitivos para el comercio, permitían una fluidez constante del mercado y las actividades comerciales, y no se contemplaba la idea de una nueva Rama del Derecho, en ese momento histórico, porque con la aplicación de las leyes civiles bastaba para regular las no tan

el fácil acomodamiento a los nuevos acontecimientos sociales del Derecho Civil Romano los que impedían considerar el surgimiento del Derecho especial mercantil; pues por sí solo el Derecho Civil era capaz de regular de forma efectiva todas las relaciones sociales de la época.

Al parecer a nivel de doctrina se ha encontrado el punto más apropiado para ubicar el surgimiento del Derecho Mercantil como una rama del derecho con autonomía; los autores consideran que es correcto afirmar que el surgimiento del Derecho Mercantil debe ubicarse en la *Edad Media*¹⁵. En esta época la proliferación de las actividades comerciales y de personas dedicadas a su ejercicio, propicio que este mismo grupo de comerciantes aceptaran como normas propias sus usos y costumbres, que como ya lo hemos mencionado generaron un Derecho Consuetudinario que es considerado propio de una clase social debido a que se aplicaba al comerciante en su tráfico.

El Derecho Mercantil ha estado muy vinculado al Derecho Civil¹⁶; pero que por necesidades de regulación de una actividad especial debió separarse de este creando instituciones jurídicas nuevas y transformando las instituciones civiles ya existentes, anticipando en lo posible la existencia de

complejas relaciones comerciales de la época, que con el paso del tiempo y la implementación de nuevos métodos de negociación adquirieron niveles de complejidad.

¹⁵ LARA VELADO. ob. cit. Pág. 353. Explica que es *“hasta la Edad Media, aparece la diferenciación; surgió de las disposiciones tornadas en la ciudad- estados Italianos. Flamencas y Alemanas y algunos otros lugares, como en el antiguo condado de Barcelona que fue la base del Estado aragonés. El Derecho Mercantil de esa lejana época surge como un derecho esencialmente subjetivo; era el derecho de los comerciantes, es decir, el conjunto de normas que se aplicaba a las personas que se dedicaban al comercio, tenía pues un marcado sabor gremial”*.

¹⁶ Vinculación que hasta esta época se mantiene aunque con un marcado límite entre ambas, notándose que el referido límite es puesto por la Ley pese a estar en un mismo cuerpo normativo, como ejemplos de esta separación pueden mencionarse el nuevo Código Procesal se denomina como **Código Procesal Civil y Mercantil**, debido a que posee ambas leyes procesales, la existencia de leyes sustantivas como el Código de Comercio y el Código Civil que presentan relaciones entre ambos pero que en esencia debe entenderse que regulan relaciones jurídicas de diferente naturaleza, aunque ambas pertenezcan al Derecho Privado.

lagunas o vacíos legales y los inconvenientes de interpretaciones analógicas para la aplicación del Derecho Civil a relaciones mercantiles.

Por lo tanto el *Derecho Mercantil* nace en un momento histórico bajo la necesidad de regular las nuevas relaciones y situaciones jurídicas y comerciales que en ese momento escapaban a la regulación del Derecho Civil que no lograba satisfacerlas, debido a distintas situaciones que representaban la urgencia de nuevas instituciones; entre estas situaciones pueden considerarse las siguientes:

- a) El surgimiento de nuevas relaciones económicas;
- b) La aparición de un nuevo sujeto jurídico (el comerciante);
- c) Desarrollo de nuevas áreas comerciales (como el comercio intermarítimo y los mercados interlocales e internacionales);
- d) Aparición de nuevas formas de contratación;
- e) Surgimiento de nuevas formas de obligación y formas de ampararlas;
y
- f) La incapacidad del Derecho Civil por satisfacer las anteriores¹⁷.

Es importante conocer el desarrollo histórico que presenta el Derecho Mercantil, pues según se ilustra en los párrafos anteriores, este ha estado muy relacionado con el Derecho Civil de una forma tan fraterna que el primero se desprende de este y es el mismo Derecho Civil en el que se aplicara para regular las primeras relaciones comerciales lo que no debe

¹⁷ Ver BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*. Tomo I., Editorial Tecnos. Duodécima edición. Madrid, España, Pág. 40 y LARA VELADO, Roberto. *Introducción al Estudio del Derecho Mercantil*. Editorial Universitaria de El Salvador. Primera Edición. San Salvador, El Salvador. 1969. Pág. 353 y sig. Cada rama del Derecho se convierte, dependiendo de la realidad que se viva, la coyuntura actual no es la misma que hace un siglo, lo que deviene en una nueva ideología jurídica plasmada en la Ley, el Espíritu del Legislador es, plasmar las necesidades de las personas, y que esta perdure el mayor tiempo posible.

entenderse como exclusivo de los vínculos subjetivos entre comerciantes extendido posteriormente a sujetos no comerciantes; sino que esta aplicación trascendía a ámbitos jurisdiccionales lo que comprende la actividad procesal en donde se ubica el régimen probatorio¹⁸.

En síntesis se puede afirmar por lo anterior que desde sus inicios la prueba de carácter mercantil fue regulada por el Derecho Civil, que según se abordará en párrafos posteriores ha sido lo acostumbrado por legislaciones como la nuestra. Luego de haber realizado un resumen-estudio de la historia del Derecho Mercantil podemos referirnos de manera exclusiva a la historia de la historia de las pruebas judiciales, lo que se encontrará a continuación.

1. 7. 2 RESEÑA HISTÓRICA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

a) Período de la Antigüedad Clásica.

En relación a los medios de prueba, es el testimonio el que aparece en primer lugar por la importancia que le confiere su antigüedad¹⁹. El testimonio ha sido regulado a través de casi todas las épocas del Derecho.

Por lo que respecta a Palestina, se encuentran algunas noticias en la Biblia, donde se condena el falso testimonio y se niega que la deposición de un solo testigo sea suficiente para condenar. El falso testimonio se castigaba

¹⁸ BROSETA PONT, M. ob. cit. Pág. 42. Se expresa sobre *“la autonomía del Derecho Mercantil, que esta trasciende al plano jurisdiccional, esta se plasmará en los tribunales corporativos o (Consulados), a los que se adscribirá el conocimiento de los conflictos en los que intervengan los comerciantes inscritos en la matrícula de la corporación, en litigios referidos, además, a materias propias de la actividad comercial”*.

¹⁹ La Palabra de un hombre principalmente, era valorada como Ley, y Verdad en sí misma, el Juramento, la Confesión, la Declaración, han sido modalidades adoptadas con esa ideología, lo que una persona expresaba como verdad era tenida como prueba.

con la misma pena a que hubiere sido condenado el acusado si la acusación hubiese sido verdadera²⁰.

En *Grecia*, aparte de las referencias de tipo general que aparecen en los textos de algunos discursos, que permiten deducir que era un medio de prueba importante, sabemos que los ilotas, según la Constitución de Liturgo, no podían ser admitidos como testigos, lo cual contrasta con la validez del testimonio de los siervos, admitido por otros ordenamientos de la antigua Grecia.

Por lo que al derecho romano respecta, es de tener en cuenta los distintos tipos de proceso según las diferentes épocas y puede decirse que en general prevalecía un concepto de prudente desconfianza, en cuanto que se excluían los testigos que por sus antecedentes no merecían buen concepto²¹.

²⁰ PORTILLO, Joel Esaú, *“Teoría de la Prueba”*, Tesis de Grado. Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, San Salvador, El Salvador, Junio de 1971. Pág. 9. Es evidente que habiéndose comprobado la falsedad del dicho de la persona, se le impusiere una pena, las leyes que según el tiempo eran más justas, equiparaban el daño con la forma de reparación, así se lograba dar la justicia que en la realidad histórica satisfacía los deseos de las personas.

²¹ MELÉNDEZ FRANCO, Ana Luz, *“Como incide el Principio de Oralidad al Incorporar los Medios Probatorios en el Proceso Común, que regula el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil”*, Director de Seminario Licenciado Alfredo Rigoberto Estrada García, Ciudad Universitaria, San Salvador Agosto de 2008, Pág. 3. *“En la fase del antiguo proceso romano, el Juez tenía un carácter de árbitro, pero con absoluta libertad para apreciar o valorar las pruebas aportadas por las partes; el testimonio fue en su inicio la prueba casi exclusiva, pero más tarde se admitieron los documentos, el juramento, el reconocimiento personal por el Juez; es decir, más o menos los medios de prueba que aun prevalecen. Es importante mencionar que no existían reglas especiales sobre la prueba, e imperaba el sistema de libre apreciación”*. Existe un progreso en cuanto se le daba al Juez mayores facultades para interrogar a las partes y determinar a cuál de ellas le correspondía la carga de la prueba; pero con el tiempo sobreviene un retroceso, tanto así que en ha prevalecido históricamente, el restarle al Juez facultades para la valoración de la prueba y enaltecer un relativo sistema de tarifa legal: Es por esto que no se puede negar que durante el Imperio rigió la tendencia a disminuir la libertad del Juez en la apreciación de las pruebas y a imponerle reglas preestablecidas para muchos casos, sin embargo, si bien bajo el Imperio cayeron en desuso los Tribunales Populares, no se encontraba un sistema de pruebas legales (tal y como hoy se entiende) que obligara al Juez a tener por demostrado un hecho por la declaración de dos testigos.

A este fin, el Juez debía indagar sobre la credibilidad del testigo, si bien es cierto que hacia el fin de la República y durante el Imperio, esta facultad investigadora del Juez fue limitada por una serie de presunciones jurídicas de carácter político social.

La prueba testimonial antiguamente se caracterizó por su general admisibilidad y además porque no existían las restricciones que para dicha prueba ha establecido el Derecho Moderno, unas veces en razón de la cuantía de la obligación, otras sobre la materia que versa o sobre las personas que pueden declarar.

Se dice esto, porque en los procesos primitivos no se observan esas limitaciones, ya que, aunque algunos de ellos las establecían en determinados casos (como ocurría en el proceso ateniense, en el cual aparecen prohibiciones referidas principalmente a los niños y a los esclavos y en el proceso romano donde no todas las personas tenían capacidad para ser testigos, ya que ni los delincuentes, ni los incapaces, ni los siervos podían deponer en juicio con aquel carácter) tales prohibiciones no eran en modo alguno absolutas, y por ejemplo los esclavos podían declarar a favor de sus señores, en sus casos, y en otros, su testimonio era válido con el concurso del tormento. Conoció el proceso griego, además, la prueba documental y el juramento.

En cuanto al juramento, en la época clásica de derecho ático, aunque se consideraba como medio de prueba usual, no tuvo la importancia que adquirió en períodos anteriores. Se atribuye ello a una consecuencia de la degradación progresiva de las instituciones democráticas, que al reducir la función de la magistratura a meras actuaciones formales, cerró la posibilidad para los jueces de deferir de oficio al juramento de una de las partes en el

período instructorio, quedando solamente el que propusiera estas recíprocamente. Por lo demás, se conoció el juramento decisorio y también el que se concretaba a un solo punto de la controversia²².

En lo que respecta al Derecho Romano, hay que distinguir tres períodos y subrayo la importancia de este Derecho por ser la base de los sistemas actuales. Tales períodos son²³:

- 1) La época de **Legis actiones**;
- 2) El período **Formulario**; y
- 3) El período de la **Cognitio extra ordinem**.

1. En la época de la **Legis actiones**, los medios de prueba aparecían fundados principalmente sobre testimonios prestados ante el juez después del juramento.
2. En el período **Formulario** fueron admitidos otros, especialmente documentos, reconocimiento judicial, prueba indiciaria y juramento. Pero por regla general, la prueba en este período estaba sujeta a la discrecionalidad, o sea que no existían los medios de prueba formales.

²² *Ibíd.* Pág. 10. El juramento surge como uno de los más importantes medios para dar certeza y veracidad al dicho de una persona, es decir que la declaración que una persona hacía era verídica. Encontramos reseñas de esta en el pensamiento del pueblo de Israel con la Ley de Moisés, ya uno de los mandamientos menciona que “No tomarás en vano el nombre del Señor” y más adelante también se interpreta que el acto de jurar hace más honorable a la persona que con su palabra se compromete a la verdad.

²³ *Ibíd.* Pág. 11. Se han colocado los períodos más relevantes para descubrir lo más trascendente de la historia en cuanto a esto, a pesar que períodos importantes como el establecimiento de la Ley del Talió representaron avances significativos no es necesario retroceder tanto para descubrir a las pruebas judiciales propiamente tal.

3. Finalmente por lo que respecta al período de la **Cognitio extra ordinem**, adquirió gran relieve el derecho de interrogación de las partes por el magistrado, quien además señalaba a cuál de ellas incumbía la carga de la prueba.

En cuanto a los medios probatorios, fueron más o menos los mismos que existían en el período **Formulario**, pero adaptados a las nuevas exigencias de los tiempos y muy semejantes a los que se usan actualmente.

b) Período Germánico.

Dice **Chiovenda**²⁴ que la irrupción del germanismo determinó profundas modificaciones en el sistema romano de la prueba, debido a que el derecho germánico concibió el proceso inicialmente como un medio de pacificación social. No se trataba inicialmente de dilucidar una contienda; interesaba mucho más dirimirla. La solución del proceso se hizo depender, no del convencionalismo del Juez, si no por lo regular del resultado de un ritualismo y de unas solemnidades en las que la prueba descubre la voluntad de un ente superior imparcial: **la Divinidad**²⁵.

De ahí se explica que en este tipo de proceso Germánico los medios de prueba sean pocos y no conocidos anteriormente, como por ejemplo, los

²⁴ *Ibíd.* Pág. 11. Dice que “*La evolución del Derecho Germánico, permitió renovar las leyes*”. Hasta el punto que la mayoría de las legislaciones Europeas, se basaron en dichas leyes, para modificar las propias de tal forma que en el continente Europeo llegó a existir en algún momento cierta uniformidad jurídica, siendo esta una razón que facilitó el entendimiento entre sus países permitiendo la consolidación de la denominada Unión Europea..

²⁵ *Ibíd.* Pág. 12. Esta influencia del Derecho por la *Justicia Divina* marcó una época muy importante y determinante no en su sentido evolutivo, sino más bien en el fin que persigue, la Justicia Social, porque en definitiva al mencionar y basarse en la idea de un ente supremo a toda la humanidad, se busca la Paz colectiva y el mismo legislador se planteaba metas inconcebibles, a pesar de ello podemos considerar que en el Derecho contemporáneo no se contempla tan marcada la tendencia de esta corriente.

juicios de Dios, las ordalías, entre ellas las del fuego o hierro candente, el agua hirviente o fría, el duelo judicial y el juramento con sacramentarios o cojuradores.

Esta clase de juramento, que se llamaba de **Credulitate**, porque la misión de los cojuradores era declarar sobre la honradez y religiosidad del que juraba, no existió en Roma, donde solamente se admitía el juramento probatorio de las partes.

Otra modalidad propia del juramento germánico especialmente en el derecho longobardo, fue el juramento **Veritate**, en el cual los cojuradores o **Sacramentarii** juraban ser ciertos los hechos que las partes afirmaban. De todos modos entre el juramento romano y el germánico existen notables diferencias²⁶.

c) Proceso Ítalo-Canónico

La influencia canónica posterior sustituyó todo el formalismo del período germánico, por la prueba tasada, es decir, el sistema en el cual el Juez está sujeto a determinadas reglas establecidas por la ley, sistema que tuvo por objeto probablemente precaverse contra la arbitrariedad Judicial.

Otras contribuciones que se deben al Derecho Canónico, fue la abolición de los medios irracionales de prueba y la introducción en el procedimiento de lo lógica del Juicio, a través de la llamada teoría de las presunciones, que permitiría adherirse a la verdad más probable.

²⁶ *Ibíd.* Pág. 12. Las diferencias “*Que pueden atribuirse principalmente a dos factores: el fuerte sentimiento de los germanos y la regla según la cual, en la mayoría de los casos la obligación de probar incumbía al demandado, quien para suministrar la prueba debía jurar no ser cierto aquello que el actor le imputaba, con lo cual era declarado absuelto*”.

Los medios de prueba utilizados en este período eran los siguientes²⁷:

1. **La Confesión:** Considerada la más importante, pero con la aclaración que solo la judicial podía producir plena prueba.
2. **El Testimonio:** En el cual se establecían ciertas incapacidades, tales como el perjuro, el delincuente; se exigía el testimonio concorde de dos testigos.
3. **Los Peritos:** Eran los especialistas, los conocedores de alguna ciencia o materia en la cual ejercían sus labores, a ellos se les confiaba determinar si una afirmación o negación en base a su experiencia y conocimientos era cierto o no.
4. **El Reconocimiento judicial en relación con el hecho por probar.** Había que dirimir si un hecho que se pretendía probar mediante el juicio, era real; para tal efecto, era necesario que se estableciera un procedimiento mediante el cual el juez tuviera a la vista lo más gráficamente los hechos, a tal efecto se dirigía tal diligencia.
5. **Los Documentos:** Que para producir prueba tenían que ser públicos, mientras que los privados se consideraban como prueba indiciaria; y
6. **Las Presunciones:** Si estaban contempladas en la ley producían la consecuencia de liberar de la carga de la prueba, y las demás se consideraban como indicios.

²⁷ *Ibíd.* Pág. 13. Se nota la marcada influencia que produjo el Derecho Germánico en las legislaciones, hoy día aún se observan contemplados en las legislaciones los seis medios de prueba que menciona el escritor **PORCILLO**, en la obra anteriormente citada. La legislación salvadoreña no escapa a tal aseveración lo que se ha conservado históricamente en los diversos códigos procesales que han existido en EL Salvador.

1. 7. 4 DIVERSAS FASES DE LA EVOLUCIÓN DE LA PRUEBA

En la evolución de la Prueba se acostumbra distinguir cinco fases²⁸.

- 1- **La Fase Étnica:** A la cual se le da también el nombre de primitiva, corresponde a todas las sociedades en formación. Cuando solo podía existir un sistema procesal rudimentario, donde las pruebas se dejaban a la apreciación del juzgador y la cual presentaba distintos aspectos según el lugar.
- 2- **La Fase Religiosa o Mística:** Del antiguo Derecho Germánico, primero, y de la influencia del Derecho Canónico posteriormente.
- 3- **La fase Legal:** En la cual se sometió la prueba, a una rigurosa tarifa legal de medios de prueba.
- 4- **La Fase Sentimental o de la Íntima Convicción:** Que se originó con la Revolución Francesa como reacción contra la tarifa legal y que sostiene la absoluta libertad de valorar la prueba; y
- 5- **La Fase Científica:** Que impera actualmente en los códigos procesales contemporáneos.

A consecuencia de la Revolución Francesa, se implantó primero en Francia y después casi en todos los países de Europa el sistema de la libre apreciación de la prueba, como una reacción al sistema de la prueba de la

²⁸ Ibíd. Pág. 14. Estas fases más bien resultan ahora inconcebibles por el mismo hecho de la juridicidad de la cual se ha dotado a las instituciones encargadas de dirimir un conflicto contencioso, en El Salvador la Corte Suprema de Justicia se encarga de realizar dicha tarea, pero no debemos dejar a un lado el contexto en que surgieron estas fases porque para estas épocas antiguas eran innovaciones mayúsculas, como lo es ahora la implementación de la Oralidad en muchas legislaciones como la Salvadoreña.

tarifa legal o prueba tasada y el sistema oral en el proceso penal²⁹. Últimamente se está generalizando el principio inquisitivo probatorio y la libre apreciación del Juez y con mayor auge la Sana Crítica como es el caso del Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador lo que resulta en una evolución drástica pero a su vez positiva para el desarrollo del Derecho Mercantil moderno.

1. 7. 4 HISTORIA DE LA PRUEBA MERCANTIL

Históricamente el tema de las pruebas se ha visto dividido en dos áreas: el área del Derecho Procesal y el área del Derecho Sustantivo. Sirven como base para esta división las ideas del jurisconsulto **Pothier**, quien ilustró de forma clara en su obra "*Tratado de Obligaciones*" la teoría general de las obligaciones y que en el capítulo final se viera en la necesidad de incorporar el tema de cómo probar las mismas. La obra de Pothier y sus ideas sirvieron de base a los redactores del *Código Civil Francés* en cuyo texto se incorpora un capítulo que versa sobre la Prueba de las Obligaciones según lo expone **Enrique Paillas**³⁰.

²⁹ Ibíd. Pág. 15. El sistema oral que durante varios años ha imperado en nuestro medio como la regla general para los procesos penales y de familia en especial, se abrirá un nuevo espacio en las materias civil y mercantil, a la espera de conseguir igual o mejores resultados que los obtenidos en las materias que antes se implementó. Estas cinco fases de la evolución respecto al concepto de la prueba y de los sistemas probatorios judiciales se encuentran más o menos definidas en la historia europea, a partir de la caída del imperio romano, por haberse producido una quiebra fundamental en la civilización jurídica y social que Roma había llevado a otros niveles, lo que causó que durante muchos años imperara una mezcla de barbaries y de fanatismos religiosos que condujo a absurdos procedimientos judiciales.

³⁰ PAILLAS PEÑA, Enrique. "*Estudios de Derecho Probatorio*". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1991. Pág. 9. Para quien "*Las ideas del jurisconsulto Pothier sirvieron en gran medida para estructurar el capítulo VI del título III del libro 3° del Código Civil francés, in titulado "De la prueba de las obligaciones y de la del pago", y como ese autor, al tratar de las obligaciones, se vio en la necesidad de examinar la forma de su comprobación, al final de su obra, este mismo sistema fue seguido por los redactores del Código. Sin embargo, esas disposiciones son comunes a todo el ordenamiento civil y no se refieren únicamente a las obligaciones. Debieron ser ubicadas en la parte general*".

Otros cuerpos normativos como el *Código Civil de Chile*, siguiendo el modelo francés, trata de la prueba de las obligaciones en el título XXI del libro IV. Sus sabias disposiciones las obtuvo primordialmente del derecho francés, ya sea en forma directa, ya a través de otros cuerpos legales que también se inspiraron en esa fuente. El proyecto de *Código Civil español* de 1851 y los comentarios de **García Goyena** tienen especial importancia. Este magistrado del Supremo *Tribunal de Justicia de España* reunió en dos gruesos volúmenes las apuntaciones y concordancias que se tuvieron a la vista en la preparación del proyecto. En el título sobre la prueba de las obligaciones la influencia Española es constante; parece que se tuvo a la vista continuamente el proyecto de 1851 y, de manera particular, la redacción castiza.

Con posterioridad a este Código, el de Procedimientos Civiles ha reglado la prueba, sin modificar empero sus disposiciones, que se complementan. Otros códigos y leyes especiales tratan la prueba en relación con las materias sobre las cuales versan, como el Código de Procedimiento Penal, de Comercio, del Trabajo, entre otros³¹.

En el caso de El Salvador, es conocida la influencia que tuviera el sistema Chileno en la redacción del Código Civil, por lo que no es extraño encontrar similitudes entre ambos. Es así que siguiendo el mismo sistema el Código Civil comprende dentro del Libro Cuarto un Título denominado "*De la Prueba de las Obligaciones*", dentro del cual se encuentran los primeros

³¹ *Ibíd.* Pág. 10. Ha sido necesario contemplar muy de cerca las modificaciones que en este sentido incorpora la legislación civil y mercantil, mediante las nuevas instituciones jurídico-probatorias, que intentan dividir marcadamente el contenido procesal y separarlo rotundamente del derecho Sustantivo, por lo que existen en las legislaciones modernas códigos que contienen leyes sustantivas, como el Código de Comercio, y códigos que contienen leyes procesales, como en Código Procesal Civil y Mercantil, siendo en estos últimos que se intentan agrupar las normas referidas a la actividad probatoria.

intentos por agrupar y denominar las formas idóneas de probar las obligaciones.

Disposiciones que en el año de 1882 son ampliadas y complementadas por el Código de Procedimientos Civiles, que derogó el anterior Código de Procedimientos Civiles que rigió esta materia desde el año de 1863.

En el *Derecho Mercantil* la regulación de la prueba es dispersa, en el sentido que podemos encontrar disposiciones que la regulan en varios cuerpos legales, Código Civil, Código de Procedimientos Civiles, Código de Comercio y Ley de Procedimientos Mercantiles. Es en el primero en el que encontramos como ya se ha expresado los primeros indicios de la prueba de la obligaciones en general y que con la evolución de las relaciones comerciales se vio en la necesidad de una regulación especial.

Según se ha comentado y en palabras de **Lara Velado**, “*el derecho Civil se aplica, como regla general, a todo aquello que la rama especializada no ha transformado*”³². Es por esto que al no existir en nuestro país un código especial para el área mercantil se aplicaba a las relaciones comerciales las disposiciones del denominado *Derecho Común*, es decir el Derecho Civil; y que aun en la actualidad se aplica supletoriamente las disposiciones del Código Civil a lo que no esté regulado por el Código de Comercio y las demás leyes que rigen la actividad comercial.

³² LARA VELADO. ob. cit. Pág. 353. El Principio de Subsidiariedad ha imperado a lo largo de la historia, por encontrarse a menudo vacíos en las leyes relativas a otras materias (diferentes a la Civil) y siendo el Derecho Civil el más amplio y generalísimo, se ha dado a la tarea de sepultar esas lagunas en caso de aparecer, por ello, el legislador siempre ha mantenido tal norma, es beneficiosa para mantener incólume el principio de Seguridad Jurídica que sirve como punto de equilibrio para no cometer injusticias y que prevalezca la igualdad de herramientas entre las partes intervinientes en un Litigio.

La preocupación por codificar nuestra legislación mercantil se hizo patente en el año 1853, en que por decreto de las Cámaras Legislativas de 31 de marzo y 1º de abril, publicados en la “*Gaceta de El Salvador*” del 6 de mayo, se facultó al presidente de la República para que “dentro de tres meses, si fuere posible, dicte el código de comercio, el de enjuiciamiento y el establecimiento y organización de los tribunales consulares”. Por acuerdo ejecutivo de 22 de julio de 1854 se creó una comisión para que elaborara un proyecto de Código de Comercio y la ley de enjuiciamiento que exija el establecimiento de tribunales mercantiles³³; dicho proyecto se convertiría en nuestro primer Código de Comercio y el cual entraría en vigencia en 1855.

Es hasta el año de 1855 que entra en vigencia el primer Código de Comercio en El Salvador con influencias del *Derecho Español*, y en el cual no se encuentra un apartado especial que trate sobre la forma de probar las obligaciones mercantiles. El Código mencionado sin embargo hace mención de las formas en las que pueden obligarse los comerciantes, haciendo una numeración en el artículo 194.

Es en el libro segundo denominado “*De los Contratos del Comercio en general, sus formas y efectos*” en el que encontramos dentro del Título Primero “*Disposiciones preliminares sobre la formación de las obligaciones de comercio*”, el artículo 194 que hace una numeración de las formas en las que pueden obligarse los comerciantes y además el citado artículo menciona

³³ Apéndice del Código de Comercio de El Salvador publicado en el D. O. el 4 de julio de 1904. Pág. 839. En donde se exponen de forma cronológica los distintos actos de preparación y redacción del Código de Comercio, detallando a las personas que participaron en dicho proceso de elaboración de igual manera se exponen las razones que motivaron la creación de un nuevo Código de Comercio y su respectiva ley procesal.

que con cualquiera de estos modos se les “*podrá compeler en juicio al cumplimiento de las obligaciones que contrajeren*”³⁴.

Del texto del artículo mencionado se entiende que la numeración hecha se refiere no solo a la forma de contratar de los comerciantes sino a la forma de probar las obligaciones contraídas por estos, y las cuales se pueden hacer valer en el plano jurisdiccional. Ya en la redacción de este código podemos notar las influencias que tuviera la obra de **Pothier** de 1839.

Como lo han mencionado en muchas ocasiones diversos autores, el Derecho así como las relaciones sociales es cambiante, por lo tanto es de esperar que con el paso del tiempo y el desarrollo de las relaciones humanas, las leyes se modifiquen y adecuen a las mismas; es el caso de El Salvador que no ésta exento de estos cambios. Fue en el año de 1882 que se decreta el segundo código de Comercio atendiendo como ya se menciono a los cambios en las relaciones comerciales de la época.

En este caso y atendiendo al tema que nos interesa, el código mantuvo la redacción del artículo 194 de su antecesor pero trasladado en este caso al artículo 200, ubicado siempre en el libro segundo del Código; pero con la novedad de un catálogo de medios probatorios contenidos en el artículo 224 que incorpora al menos 8 medios probatorios³⁵.

³⁴ Código de Comercio del Estado de El Salvador decretado el 1° de diciembre de 1855. “Art. 194.

“Los comerciantes pueden contratar y obligarse;

1°- Por escritura pública;

2°- Por contrata privada, escrita y firmada por los contratantes, o algún testigo a su ruego y en su nombre;

3°- Por correspondencia epistolar.

De cualquiera de estos modos que los comerciantes contraten quedan obligados y se les podrá compeler en juicio al cumplimiento de las obligaciones que contrajeren”.

³⁵ Código de Comercio de la República de El Salvador. Nueva Edición. D. O. 7 de mayo de 1882. Art. 224.

“Las obligaciones mercantiles se prueban:

1° Por confesión de parte;

Puede apreciarse que la redacción del artículo 224 del Código de Comercio de 1882 no dista mucho de la redacción del vigente Código en el Art. 999, que también comprende un catálogo de medios probatorios, y es este sistema adoptado por el legislador en 1882 el que ha sido utilizado desde entonces, como podremos verlo en el tercer Código de Comercio que existió en el país y el cual entro en vigencia en el año de 1904.

El Código de Comercio que antecede al vigente, fue promulgado en el año de 1904; sin embargo según lo afirma **Roberto Lara Velado**, su vida como cuerpo normativo es mucho mayor de lo que a primera vista parece, pues su texto fue tomado del Código de Comercio español de un siglo antes y su texto corresponde a los lineamientos de las teorías clásicas en boga en el momento en que fue hecho³⁶.

En relación al tema principal este código no presenta modificaciones substanciales en lo que respecta al código anterior; lo cual podemos ver en el artículo 73 dentro del Libro Segundo *“De los contratos y obligaciones mercantiles”*, Título I *“Disposiciones generales sobre los contratos de comercio”*, que trataba sobre la forma de probar las obligaciones mercantiles y su extinción, cuya redacción es similar a la del código de 1882³⁷.

2° Por escritura pública;

3° Por escritura privada;

4° Por las facturas y minutas de negociación, aceptadas por la parte contra se producen;

5° Por la correspondencia;

6° Por los libros de comercio que estén arreglados a derecho;

7° Por la prueba testimonial en las contratas de menos de doscientos pesos ó quinientos pesos en sus respectivos casos; o aun cuando excedan de esta suma si hay un principio de prueba por escrito;

8° Por presunciones calificadas según las reglas del derecho común;

9° Por los demás medios de prueba que el derecho común reconoce”.

³⁶ LARA VELADO. ob. cit. Pág. 360. No impresiona este hecho, como es conocido la influencia de España y su evolución han sido tan relevantes para el Derecho Latinoamericano que un siglo de evolución teórica y doctrinaria (en el contexto Español), se apegaba notablemente a la necesidad de las Sociedades.

³⁷ Código de Comercio de la República de El Salvador. D. O. del 4 de julio de 1904.

Debido a los constantes cambios a los que ésta sometida la actividad comercial, el derecho debe también sufrir cambios, para no quedar obsoleto; es por esta razón que en el año de 1971 y tras varios años de estudio y preparación, entra en vigencia el actual Código de Comercio. Las novedades que contiene el texto de este código respecto al anterior se reducen a contemplar nuevas formas de contratación, que en anteriores códigos no se habían contemplado, simplemente porque no existían al momento de su redacción; en lo que se refiere al ámbito de las pruebas no se observan innovaciones sino en la introducción de nuevos medios probatorios y la exclusión de otros.

El Código vigente mantiene una enumeración de medios probatorios como los códigos anteriores aunque simplifica su redacción, se incluyen nuevas formas de probar las obligaciones mercantiles y su extinción; en cuanto a las similitudes según puede verse tanto el código vigente como los anteriores se auxilian supletoriamente de la legislación civil, teniendo como medios idóneos para probar las obligaciones mercantiles los reconocidos por el derecho común y según se mencionara en párrafos siguientes se aplican las mismas reglas generales que incumben al régimen probatorio.

Puede observarse en este breve resumen de la historia de los Códigos de Comercio de nuestro país, y como ya se afirmó en párrafos anteriores, es evidente la existencia de un sistema especial de regulación de la *Prueba* en

Art. 73.- *“Las obligaciones mercantiles y su extinción se prueban por los medios siguientes:*

- 1° Documentos públicos y escrituras privadas;*
- 2° Notas de los agentes mediadores;*
- 3° Facturas aceptadas;*
- 4° Correspondencia;*
- 5° Telegramas reconocidos;*
- 6° Libros de los contratantes;*
- 7° Testigos;*
- 8° Y los demás admitidos en las leyes civiles”.*

Materia Mercantil y que se ha desprendido seguramente de la doctrina de **Pothier**, quien fue el primero en tratar sobre el tema de la prueba de las obligaciones en su obra "*Tratado de las Obligaciones*"; obra que sirvió para estructurar el Código Civil francés y el cual a la vez sirve de base a otros sistemas normativos, como el español y el chileno de los cuales se informa en gran medida nuestra legislación Civil y Mercantil. Se afirma en este punto que resulta relevante examinar el sistema de valoración de la prueba que se ha adoptado en la legislación mercantil de El Salvador ya que se trata de un aspecto esencial para el tema de investigación; es por esta razón que se hará una reseña del sistema que se ha aplicado y se implementa en El Salvador³⁸.

Hasta antes de la aparición del primer Código de Comercio en El Salvador en el año de 1855, se aplicaban en Materia Mercantil las normas del Código Civil y como la legislación procesal (la que generalmente determina las reglas y principios generales de la prueba³⁹) normalmente nace con posterioridad a la ley sustantiva resulta difícil pensar que existiera antes del año de 1855 una Ley de Procedimientos Mercantiles, además de que no se encuentra en las bibliotecas registro de la existencia de un código como éste; debe entenderse entonces que hasta antes de 1855 se aplicaban en Derecho Procesal Mercantil las reglas del Derecho Procesal Civil, es

³⁸ El sistema de *Valoración de la Prueba* se modifica, es una de las contribuciones más significativas y relevantes de la Ley Procesal Civil y Mercantil, debido a que el Sistema de la Prueba Tasada, es sustituido por la Libre Valoración de la Prueba, hay cierto rango de libertad, esto no es impedimento para afirmar que la Prueba Documental, continua siendo la que mayor Seguridad transmite al proceso y a las personas que aplican la Ley, cuando sean *Títulos Valores* serán valorados de manera estricta bajo la calidad de Cosa Juzgada, por la nueva legislación Procesal Art. 470 Inciso Segundo C. Pr. C. y M.

³⁹ ALSINA, Hugo. "*Tratado teórico práctico de Derecho procesal Civil y Mercantil*". EDIAR SOC. ANON. Editores, Buenos Aires, Argentina. 1961. Pág. 231. Quien manifiesta que las disposiciones referentes a la prueba pertenecen, entre las normas instrumentales, a las que tienen carácter mixto, es decir, que no obstante su contenido procesal se hallan contenidas en el Derecho substancial, ejemplo de esta afirmación es el Código de Trabajo de El Salvador que contienen a partir del libro cuarto lo relativo a la regulación del proceso laboral.

necesario por ello remitirnos al texto de la legislación procesal en materia civil.

En la búsqueda de los antecedentes referentes al tema de valoración de la prueba en materia mercantil fue posible ubicar tanto el primer Código de Comercio como el primer Código de procedimientos en los juicios sobre negocios mercantiles, ambos del año de 1955, en ninguno de ellos se encontraron normas referidas a la valoración de la prueba, por lo que había que aplicar lo regulado por el Derecho Común.

Es correcto afirmar entonces que históricamente se ha adoptado en nuestro país un sistema de prueba tasada, pues los antecedentes del anterior Código de Procedimientos Civiles presentan la misma regulación que éste, la única diferencia que se pudo observar fue en cuanto al articulado, el contenido se ha mantenido en lo sustancial.

1. 7. 5 EVOLUCIÓN DE LA PRUEBA EN MATERIA MERCANTIL

Formamos parte de una sociedad que se encuentra en constante movimiento que se refleja en cambios e innovaciones, en los últimos años hemos sido testigos de una gran cantidad de descubrimientos científicos y tecnológicos como la creación de novedosos instrumentos de almacenamiento de información, que es en definitiva la razón de este tema. Son estas creaciones las que nos hacen disfrutar hoy de ventajas y de comodidades que no existieron en generaciones anteriores.

En otros países el progreso tecnológico no ha pasado a ser un simple suceso social, la importancia que representa queda reflejada en los textos de

autores como **Enrique Paillas**⁴⁰, para quien el avance tecnológico representa el punto de partida de la reformulación de la técnica legislativa. Quien no se limita a hacer referencia únicamente al progreso de la técnica sino también se refiere a otras materias como la física y la química.

Si nos adherimos a estas ideas resulta evidente que ni el Derecho Procesal, ni el Derecho Sustantivo pueden permanecer pasivos ante dichos cambios, es quizás en materia de Derecho Probatorio donde más se refleja esta afirmación, si tenemos en cuenta que no puede existir una acción judicial sin una pretensión que la sustente y esta a su vez debe ser robustecida por un derecho sustantivo que la acredite, es en esta relación en donde encuentra su importancia el tema probatorio; pues no es sino a través de los medios idóneos que puede demostrarse la existencia de aquel derecho que sustenta la pretensión. En este sentido es necesario ampliar el catalogo de medios probatorios contenidos en las legislaciones actuales y otorgar mayor facilidad a los sujetos que se vean en la necesidad de legitimar sus derechos.

La actividad comercial no es ajena a estos cambios sociales, la celebración de negocios se diversifica cada vez más, hoy es posible realizar una compraventa con una persona que se encuentra a miles de kilómetros de distancia, con la facilidad de dar un clic a un enlace insertado en una página web⁴¹, lo cual dificulta, sino se dispone de los medios idóneos y

⁴⁰ PAILLAS PEÑA. ob. cit. Pág. 131. En este apartado debe hacerse una reflexión sobre lo que ocurre con la legislación salvadoreña, debido a que con la innovadora legislación se prevé la actualización que desde hace varias décadas se viene necesitando. En el referido contexto se advierte la presencia de diferentes falencias del Órgano Judicial para implementar de forma precisa dicha Legislación, nos obstante los esfuerzos que se han producido para capacitar al máximo nivel a los aplicadores de Justicia y sus Colaboradores.

⁴¹ PAILLAS PEÑA. ob. cit. Pág. 131. manifiesta que: "el avance de la ciencia y de la técnica crea al mismo tiempo nuevas formas de vida; el trabajo cotidiano impone ciertas prácticas, y los negocios se conciertan hoy más celéricamente". Si el *Derecho Mercantil* permaneciera estático, perjudicaría a la Sociedad, la obligación del Legislador esta en renovar las leyes, el "Proceso de formación de la Ley es

necesarios, cualquier tipo de reclamo por los vicios que pueda presentar el artículo adquirido.

Para el jurista representa un inconveniente estar atado a un sistema taxativo de medios probatorios, como el contenido en algunas legislaciones de las cuales formaba parte la nuestra, hasta la entrada en vigencia del C. Pr. C. y M., el cual contempla la posibilidad de incorporar cualquier elemento que pueda servir para demostrar los hechos.

Se afirma que el régimen probatorio debe adecuarse a los cambios científicos y tecnológicos y a las necesidades que se presentan para cada sociedad y no puede permanecer inmóvil, en lo que respecta a este tema, nuestro sistema legal ha superado las barreras que lo apresaban desde hace mucho tiempo; sin considerar las graves deficiencias que presentaba la anterior regulación, por la influencia directa de los códigos chilenos y españoles, que según lo afirma **Alcala-Zamora**, debido a sus fechas no tuvieron en cuenta el profundo deslinde entre las normas probatorias generales y las especiales⁴².

En este sentido es necesario reformar los antiguos modelos probatorios que están desvinculados de la realidad actual, que se refleja especialmente en las actividades comerciales; pues la persona que se dedica al ejercicio del comercio persigue celeridad en sus negocios, para lo cual ha

una herramienta necesaria e indispensable de la cual se debe hacer buen uso, ahí se logra determinar si una ley, una modificación, derogatoria, etc., son necesarias para las condiciones Económico, Sociales y Políticas.

⁴² ALCALA- ZAMORA Y CASTILLO, Aniceto. "Anteproyecto que reforma el régimen de la prueba en el código de procedimientos de Honduras". Pág. 380. Se afirma que el avance de las Legislaciones tanto Chilena como Española es abundante respecto de la Legislación de EL Salvador, eso no quiere decir que no existan verdaderas similitudes contemporáneas, si se deja de considerar dicho tópico, se deduce que existirán leyes que a pesar que sean de avanzada en la Legislación Española o Chilena, al retomarse para las leyes Salvadoreñas, pueden quedar obsoletas como pronto lo quedarán en las referidas Legislaciones comparadas.

de utilizar los medios que le permitan documentar sus obligaciones de forma rápida y a su vez pueda hacerlas efectivas judicialmente si fuese necesario.

Justificada la reforma a fondo de la prueba, por las razones expuestas en los párrafos que anteceden, nos encontramos frente a una natural evolución de las normas procesales y sustantivas que se refieren a este tema.

1.8 MARCO DOCTRINARIO

Este tema desarrolla lo referente a la doctrina de los expositores y expertos en cuanto a la *Prueba*, lo que constituye el núcleo de la investigación, en el mismo de desarrolla lo referente el tan importante derecho a la Prueba, así como sus importancia en la esfera jurídica, desde esta perspectiva surge la incógnita *¿Cuál es la importancia de la Prueba para el Derecho Mercantil?* Se desarrollara sistemáticamente la misma para esclarecer la misma.

1. 8. 1 EL DERECHO A LA PRUEBA

El término “*Derecho*” posee múltiples significados, como una ciencia, como norma, como facultad, etc., sin embargo el concepto que nos interesa y que creemos es el acertado, para este tema, es considerar la palabra “*Derecho*” como una facultad o según lo dice **Abelardo Torre** Derecho en

sentido subjetivo⁴³. En ese sentido vamos a entender por Derecho: la facultad que confiere a una persona la disposición sobre una conducta o cosa.

La disposición que una persona tiene sobre una conducta o cosa implica la posibilidad que esta persona tiene de decidir entre realizar o no realizar determinada conducta, y decidir entre utilizar o no utilizar determinada cosa. Teniendo presentes estas ideas podemos afirmar que el Derecho a la prueba no es otra cosa sino: la facultad que otorga la ley a las personas de utilizar los medios de prueba necesarios. Debemos decir que el anterior se trata de un concepto general y que no se refiere únicamente a la prueba judicial, por lo que en un algún momento podría llegar a parecer demasiado amplio y ambiguo, y es que debemos recordar que el uso de los medios probatorios no es exclusivo del ámbito jurisdiccional.

Resulta fácil ubicar en la legislación mercantil salvadoreña la regulación referida a la prueba, basta con buscar en los epígrafes de los Libros, títulos y capítulos en el Código de Comercio y en la Ley de Procedimientos Mercantiles, ahora derogada, por el Código Procesal Civil y Mercantil; pero resulta difícil ubicar el origen del Derecho a la Prueba pues no basta con buscar en los epígrafes de los códigos según veremos a continuación.

⁴³ TORRE, Abelardo. *“Introducción al Derecho”*. Decimocuarta edición. Editorial Lexis Nexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 2003. Pág. 214. La facultad que confiere a una persona la disposición sobre una conducta o cosa, de esta manera se denota el aspecto personal intrínseco de quien va a aplicar de manera activa el orden jurídico, no como institución, si no que como Función, de esta manera se comprende que las conductas humanas son objeto del Derecho, sin las cuales no existiría ni sería necesario un Ordenamiento Jurídico, ya que el fin último del mismo es regular las relaciones del *Ser Humano en Sociedad*, debido a que de manera aislada es el hombre por sí mismo no requiere de un ente contralor para el desempeño de sus actividades.

Es a la Constitución de la República que debemos remitirnos para encontrar el origen del Derecho a la Prueba específicamente al Art. 11, asidero legal de la garantía del Debido Proceso, pues es aquí que encontramos dos garantías fundamentales, *el juicio previo* y la *garantía de audiencia*⁴⁴, ambas buscan garantizar que se cumplan ciertos presupuestos, requerimientos que la misma ley establece, en las actuaciones procesales para que puedan finalizar de forma efectiva⁴⁵.

El artículo referido es la cuna del derecho de defensa, que confiere a las personas el derecho de presentar la prueba que crea meritoria; pero según veremos este derecho no es absoluto y es el juez o quien haga sus veces quien decidirá en el momento indicado sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba ofrecida⁴⁶.

Al contrario de lo que pueda pensarse la garantía del artículo 11 de la Constitución no es exclusiva del ámbito penal, esta puede aplicarse extensivamente a toda la clase de procesos judiciales e inclusive a los procedimientos administrativos razón por la cual afirmamos que el origen del Derecho a utilizar los medios probatorios encuentra su base en la Constitución.

⁴⁴ KIELMANOVICH, Jorge L. "*Teoría de la prueba y medios probatorios*", Segunda edición, Editorial Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, Argentina. 2001. Pág. 135. Se trataría de un verdadero Derecho Constitucional a la prueba, con un consiguiente deber del tribunal de facilitarlo, desde el momento en que nadie puede ser juzgado sin otorgársele una razonable oportunidad de ser oído y para valerse funcionalmente de los medios probatorios previstos por el ordenamiento.

⁴⁵ CARBONE, Carlos Alberto. "*Grabaciones escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba*", Editorial Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, Argentina. 2005. Pág. 54. Indica que con el juicio previo se está exigiendo cumplir ciertos recaudos básicos en los actos y actuaciones procesales para llegar válidamente a una sentencia, lo que obliga a los sujetos que intervienen en el proceso a realizar sus actuaciones con estricto apego a lo que la ley establece, para que tengan validez, de lo contrario se estaría en presencia de nulidad por carecer los actos de aspectos que son indispensables como los presupuestos procesales.

⁴⁶ ARIAS ROMERO, Maria de Lourdes. Tesis de Grado. "*El respeto a la garantía del debido proceso legal en el proceso civil y mercantil salvadoreño*". San Salvador, El Salvador, 2000. Pág. 83. Expresa que el derecho de defensa que la ley les confiere a cada una de las partes les asiste para que puedan presentar la prueba pertinente, idónea y legal que sustente sus pretensiones o excepciones.

Como se plasmó, el Derecho de Prueba tiene su asidero legal en la Constitución, pero la misma no lo desarrolla, lo que no implica que pueda ejercerse a la libre voluntad de las personas, es el caso que la Constitución en muchas ocasiones es enunciativa por lo que es la legislación secundaria la encargada de reglar los postulados constitucionales; en este caso la regulación del Derecho a la Prueba la encontramos distribuida en los códigos de las distintas materias, y es ahí en donde encontramos las limitaciones para su ejercicio, entre las limitantes las más importantes son las referidas a los tipos de prueba, idoneidad de la prueba⁴⁷ y la oportunidad procesal las que tienen como finalidad evitar en gran medida la dilación del proceso⁴⁸. Si bien es cierto nos encontramos frente a un proceso que se sujeta al principio dispositivo, no todas las formas procesales pueden ser objeto de la libre disposición del juez o las partes⁴⁹, y precisamente aquí que se manifiestan las restricciones legales al derecho a la prueba.

1. 8. 2 ¿QUE ES EL DERECHO PROBATORIO?

No es objeto de la elaboración de este trabajo investigativo realizar un estudio a profundidad sobre la teoría de la prueba; sino únicamente referirnos

⁴⁷ KIELMANOVICH. ob. cit. Pág. 135. El derecho a la prueba cobra una inusitada importancia en aquellos casos en que la demostración de los hechos depende de precisos y excluyentes medios probatorios, lo anterior se relaciona con la libertad probatoria que permite a las partes escoger cual medio probatorio utilizar sin tener que sujetar su selección exclusivamente a los medios probatorios preestablecidos.

⁴⁸ CARBONE. ob. cit. Pág. 58. El Proceso Civil ha tenido diversidad de figuras que han permitido el retraso y la malicia de los Abogados al momento de contestar una demanda principalmente, por ese hecho se afirma que el retraso se debe a la amplitud de figuras innecesarias y a la mala administración de las mismas por parte de los Juzgados, el Principio de Concentración de la Prueba regulado en el Art. 11 del C. Pr. C. y M. se propone entre otras cosas no permitir la dispersión de resoluciones, lo cual ha sido factor determinante para que se apliquen la gama de figuras impeditivas de la celeridad del Proceso tanto Civil como Mercantil.

⁴⁹ MAURINO Alberto Luis. "Nulidades Procesales", Segunda Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2001. Pág. 9. Se pregunta "¿Hasta que limite pueden disponer el juez y las partes de las formas del proceso?" (...) para encontrar respuesta a la anterior interrogante hay que acudir a las doctrinas de Goldschmidt y Schoke, para quienes en suma son irrenunciables, aquellas formas que tienden a la preservación de la bilateralidad del contradictorio, y en general como dice Amaya a la garantía del debido proceso lo que es retomado por Berinzone.

a aquellos temas que presentan algún grado de importancia para el tema de investigación, por lo que se vuelve importante limitarnos a algunas consideraciones como determinar que es el Derecho probatorio, su ubicación dentro de la enciclopedia jurídica, el objeto y el fin de la prueba y los medios probatorios.

Cuando se habla de Derecho probatorio, nos referimos a las normas y principios que rigen la actividad probatoria y los sujetos que intervienen en ella. Es normal que los autores que han tratado este tema inicien su estudio con una conceptualización del término prueba lo que según **Vicente Gimeno Sendra**⁵⁰, resulta de una gran dificultad debido a la amplitud que tiene el término *prueba* el cual posee múltiples significados.

Esta dificultad no ha impedido que a nivel doctrinario exista un acuerdo de lo que se considera prueba, y los elementos que este concepto debe contener, elementos que pueden variar según el autor, así, para Asencio Mellado prueba es: *“toda aquella actividad procesal cuyo objetivo consiste en lograr la convicción del juez o tribunal, acerca de la exactitud de las afirmaciones de hechos expuestas por las partes en el proceso”*⁵¹ y para Gimeno Sendra prueba es: *“la actividad que desarrollan las partes y el Tribunal para llevar al juez a la convicción de la verdad de una afirmación o para fijarla a efectos del proceso”*⁵².

⁵⁰ GIMENO SENDRA, Vicente. *“Derecho procesal civil”*. Editorial COLEX. Primera edición. Madrid, España. 2005. Pág. 391. Estudia las diversas acepciones del término prueba, afirma que es un término con múltiples significados que dificultan su estudio, pues incluso en la doctrina jurídica los autores utilizan la palabra, prueba, en significados erróneos al referirse indistintamente a los elementos probatorios, medios probatorios y elementos de convicción bajo la denominación referida.

⁵¹ ASENCIO MELLADO, José M. *“Prueba prohibida y prueba preconstituida”*, Editorial Trivium, Madrid, España. 1989. Pág. 15. Considera a la prueba desde una perspectiva finalista de convicción sobre el juez quien no puede pronunciar sentencia alguna que no contenga motivación, la cual debe nacer del convencimiento que las partes le han creado a partir de la utilización de los distintos medios probatorios.

⁵² GIMENO SENDRA, Vicente. ob. cit. Pág. 391. Para él la actividad probatoria recae en afirmaciones hechas por las partes.

En los dos conceptos anteriores se pueden observar los elementos básicos de la prueba que consisten en: su objeto y su fin. El primero referido a lo que se debe probar, es decir a las alegaciones que hacen las partes en el proceso se trate de alegaciones de carácter positivo o negativo en otras palabras se trata de las afirmaciones que fundamentan la pretensión⁵³.

El segundo de los elementos de la prueba se refiere a lo que se pretende lograr con la prueba, al inicio de cualquier actividad las personas siempre se plantean metas, objetivos y es que no resulta lógico emprender el desarrollo de un proyecto sino se tiene una finalidad un ¿Por qué? o ¿para qué?, asimismo el hecho de determinar objetivos claros permite llegar con mayor facilidad a donde se quiere llegar. Es decir que el fin de la prueba se refiere a lo que queremos conseguir con la producción de los medios de prueba introducidos en el proceso, se afirma que este fin es en última instancia crear convicción en el juez para que pueda dar un fallo.

1. 8. 3 IMPORTANCIA DEL DERECHO PROBATORIO PARA EL DERECHO MERCANTIL

Es por medio de la prueba que pueden conocerse sucesos del pasado, afirmación que supone la importancia de la prueba no solo para el derecho sino también para otras ciencias; sin embargo en el campo del derecho la prueba representa un aspecto trascendental.

⁵³ FALCÓN M., Enrique, "*Tratado de la prueba*", Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2003. Pág. 82. La circunstancia de que los hechos narrados por la demanda o la acusación hayan violado un bien jurídico protegido por las normas hace que éstas articulen una pretensión, que busca el acogimiento de dicha demanda, o la condena del imputado, sobre la base de las pruebas que se aporten.

Es indudable que el Derecho Probatorio es de carácter fundamental en ámbito jurídico, su importancia trasciende incluso del ámbito jurisdiccional⁵⁴, por lo que es difícil imaginar un proceso o procedimiento en el que no exista un espacio reservado para la actividad probatoria, exceptuando por su puesto aquellas causas de mero derecho en las que no es meritorio la demostración de hechos.

Autores como Kielmanovich afirman que no supondría importancia alguna que la ley reconozca el derecho subjetivo de ejercitar una acción si este derecho no se ve acompañado de la posibilidad de hacer uso de los medios probatorios pertinentes para demostrar las argumentaciones que dan sustento a ésta⁵⁵.

En el área jurisdiccional la prueba es, como ya se describió, de vital importancia pues su producción no tiene otra finalidad sino la de convencer al juez de que los hechos alegados ocurrieron en el lugar, momento y forma en que se afirman. El proceso mercantil no difiere en este aspecto al resto de procesos, así en juicio sumario mercantil de resolución de contrato de un préstamo mercantil y declaración de daños y perjuicios, el acreedor que alegue el impago del capital y de los intereses por parte del deudor, deberá acreditar judicialmente la existencia de la relación contractual y la falta de pago por parte del deudor; y si por el otro lado el deudor afirma el haber pagado la totalidad de la deuda, deberá acreditar este hecho frente al juez.

⁵⁴ PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Novena edición, Editorial Librería del Profesional, Santafé de Bogotá, Colombia. 1998. Pág. 3. La noción de prueba aparece unida a todas las actividades de tipo social, se debe a que todos los hechos, situaciones y actividades en las que el hombre intervenga son susceptibles de una refutación por los demás, para que no exista tal contraste, es necesario que existan elementos que corroboren lo que una persona manifiesta, en tal sentido se afirma que la prueba entrega la certeza de los hechos, dichos, actividades y circunstancias cotidianas.

⁵⁵ KIELMANOVICH. ob. cit. Pág. 134. De nada valdría el teórico reconocimiento de atractivos derechos substanciales, y ningún sentido tendría el derecho de la acción o pretensión procesal si frente a su concreta inobservancia no se autorizara efectivamente la práctica de la prueba para demostrar precisamente el presupuesto de hecho al que aquellos se subordinan.

La importancia de la prueba en este ámbito según se refleja recae sobre los derechos subjetivos, porque un derecho puede tenerse materialmente pero debe probarse procesalmente, sobre todo si ese derecho que se tiene, asigna a otra persona una obligación⁵⁶. Dentro del Derecho Mercantil éste enunciado adquiere especial importancia porque la existencia dentro de esta área del Derecho de mucha actividad de la que no se deja constancia escrita y que puede adquirir en determinado momento inusitada importancia, como son por ejemplo los actos preparatorios de un contrato, entre ellos la oferta y la aceptación de la misma, el silencio de la empresa requerida para contratar; entre otros.

1. 8. 4 REGULACIÓN DE LA PRUEBA EN MATERIA MERCANTIL

En primer lugar se debe distinguir lo que es fuente y medio de prueba; por ejemplo en la prueba por instrumento los hechos o actos que se narran en él constituye la fuente, pero el instrumento público, auténtico o privado que se agrega es el medio; asimismo en la prueba de testigos, la fuente es el testigo y el medio la declaración incorporada al acta.

A) Concepto de Medio de Prueba

Los diversos elementos que, autorizados por ley, sirven para demostrar la veracidad o falsedad de los hechos controvertidos en juicio⁵⁷.

⁵⁶ BETANCUR JARAMILLO, Carlos., *De la prueba judicial.*, Segunda edición, Editorial DIKE, Bogotá, Colombia. 1982. Pág. 13. Cuando alguien es titular de un derecho, que correlativamente impone a otro sujeto un determinado comportamiento que éste no quiere cumplir, es menester que aquella tenga la prueba adecuada de tal relación.

⁵⁷ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo., *“Diccionario Jurídico Elemental”*, Undécima Edición, Editorial Heliasra S.R.L, 1993, Pág. 204. El Medio de Prueba es el elemento material o presencial

B) Fuentes de Prueba

Son aquellos que no pueden crearse procesalmente, ya que pertenecen a una realidad extraprocesal y existen aún cuando no haya juicio.

C) Enumeración Legal de los Medios de Prueba.

El Art. 253 C. Pr. C. dice *“Las pruebas se hacen con instrumentos, con informaciones de testigos, con relación de peritos, con la vista de los lugares o inspección ocular de ellos o de las cosas, con el juramento o la confesión contraria y con presunciones.”*

1. 8. 6 EXPECTATIVAS CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

a) Aspectos generales.

Para comenzar este apartado, cabe comentar uno de los fundamentos iniciales que permite la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil como lo son los Considerandos o Motivos que respaldan la evolución Legal a este cuerpo normativo.

I. Que el vigente Código de Procedimientos Civiles fue promulgado el 31 de diciembre de 1881, siendo incuestionable que cada vez evidencia los males del proceso heredado de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, de donde fue tomado, por lo que como es obvio, no satisface los

mediante el cual se entrega al juzgador la visión de los hechos controvertidos por las partes, de esta manera se podrá entregar al Juzgador, el material que le permitirá decidir sobre la disputa.

*derechos sustanciales de una justicia pronta y cumplida a que se refiere el Art. 182 ordinal 5 de la Constitución*⁵⁸;

En primera instancia se aboga al deterioro y desactualización de la Ley, que arraigaba ya desde su adopción ciertas fisuras, siendo evidente que la Ley también debe acoplarse al continuo cambiar de los tiempos; no cabe duda que la visión desde el parámetro constitucional es la más acertada e incuestionablemente desde ahí parte cualquier reforma, para darle cumplimiento también a los artículos 1 y 2 de la aclamada Carta Magna de El Salvador, aunque debemos admitir que es una finalidad con amplio contenido filosófico, en el sentido que la Prontitud de la Justicia siempre ha sido y continuará siendo algo relativo o más bien cuestionado, porque no es simplemente con un proceso más ágil que se logrará la eficiencia del aparato Judicial.

*II. Que si bien dicho Código ha tenido reformas parciales a lo largo de su centenaria existencia, que han importado algunos avances, en verdad, no han logrado acelerar sensiblemente los procedimientos y generar un cambio de actitud de los operadores de justicia*⁵⁹;

Cuando se realizan enmiendas a las Leyes secundarias se trata de provocar un cambio, que recoja tanto los avances en dogmática jurídica,

⁵⁸ Código Procesal Civil y Mercantil. D. O. No. 224, Tomo 381, veintisiete de noviembre de 2008. **Art. 182 Cn.:** “*Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:*
5ª.- Vigilar que se administre pronta y cumplida justicia, para lo cual adoptará las medidas que estime necesarias...”

Esta es una de las medidas adoptadas para intentar cumplir con el citado precepto constitucional, en este sentido es necesario aclarar que no hay una fórmula instantánea o un antídoto mágico que asegure el verdadero cambio del Sistema Judicial, pero la iniciativa de la creación de la nueva Ley Procesal permite vislumbrar algunos aspectos esenciales para la misma.

⁵⁹ Código Procesal Civil y Mercantil. D. O. No. 224, Tomo 381, veintisiete de noviembre de 2008. La legislación prevista en el Código Procesal Civil y Mercantil, no cumplía con las exigencias de la coyuntura actual de El Salvador, debido a lo cual se implementa la Legislación Procesal Civil y Mercantil, que pretende cubrir las necesidades procesales de la Sociedad Salvadoreña.

como en cuestiones no previstas con anterioridad por la Ley, entre otros, modificaciones que son necesarias para mejorar el desempeño de la labor de impartir justicia, pero en determinado momento se percibe que la Ley ya no soporta tales cambios, y que verdaderamente se han degenerado tanto su espíritu como su efectividad para solucionar los conflictos jurídicos y demás situaciones para las que fue promulgada. Es en este clímax donde no se puede dar marcha atrás y tras comprobarse la innegable insuficiencia que acarrea dicha norma, se llega a la irremediable conclusión de caducar su existencia, y este considerando demuestra tales afirmaciones.

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 industrializada⁶⁰.

Es notorio el hecho de que lo que se persigue con la implementación de esta normativa procesal, innegablemente es, la mejor distribución de justicia para quienes la requieren que son en primera instancia los ciudadanos que intervienen en la relación jurídica procesal. Esa es directamente una de las finalidades que origina la implementación de la novedosa ley procesal.

⁶⁰ Código Procesal Civil y Mercantil. D. O. No. 224, Tomo 381, veintisiete de noviembre de 2008. La Modernidad y la Industrialización marcan la evolución de los Países, EL Salvador no es la Excepción y debido a ello es que se afirma que no existe posibilidad de mantenernos en el pasado, si bien es cierto que las Leyes Procesales e antaño lograron satisfacer en gran medida la necesidades sociales y jurídicas, el Derecho Mercantil actual ha evolucionado a grandes pasos, figuras como los *Contratos Electrónicos, la Firma Electrónica, el Comercio en Internet*, entre otras, marcan una tendencia que necesita ser regulada, de lo contrario existiría impunidad en situaciones que no prevengan tales supuestos de hecho en las normas Jurídicas, en este sentido las necesidades del siglo que acaba de comenzar deben suplirse con excelentes medidas de seguridad legislativas.

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 prueba⁶¹;

Aquí se enuncia directamente los nuevos principios que, se prevé, obtendrán un salto cualitativo en cuanto a la protección jurisdiccional, como lo son el Principio de Inmediatez, Publicidad, Concentración, entre otros, los que se considera solucionaran en gran medida la problemática que acarrea la Justicia civil y mercantil en cuanto a la eficiente y pronta solución de los conflictos jurídicos que surgen, a este apartado se le dedicará mayor interés posteriormente.

V. Que en nuestro país se han tenido magníficos resultados en cuanto a economía procesal y a la obtención de la verdad real, mediante el funcionamiento del proceso por audiencias en materia procesal penal, de menores y familia, lo cual avala la nueva normativa en materia procesal civil-mercantil y que sin duda redundará en un indubitable beneficio para la ciudadanía salvadoreña⁶².

⁶¹ Código Procesal Civil y Mercantil. D. O. No. 224, Tomo 381, veintisiete de noviembre de 2008. La Burocracia del Código de Procedimientos Civiles llegaba a tal grado que, cada procedimiento estaba regulado de manera explícita, no siendo necesaria tal especificación como lo demuestra el Código de Procedimientos Civiles.

⁶² Código Procesal Civil y Mercantil. D. O. No. 224, Tomo 381, veintisiete de noviembre de 2008. El Proceso por audiencias ha provocado buenos resultados en cuanto al resguardo de los *Derechos Fundamentales*, de manera directa se observa la tendencia al acortamiento de los plazos en Materia

Cuando se comparan los avances obtenidos en las ramas del derecho que ya poseen una regulación que contempla el proceso por audiencias, se ha valorado la efectividad y el avance que, en cuanto a la resolución de causas se ha producido, el legislador pretende con dicho análisis justificar la aplicación de estas nuevas modalidades, y garantizar que el beneficio será innegablemente para la Sociedad Salvadoreña.

b) Sistema de Valoración de la Prueba.

La Sana Crítica: en primer término es necesario aclarar que, conceptual y jurídicamente a éste sistema se le puede conocer con diversos nombres, como lo son: apreciación razonada, libre convicción o íntima convicción, pero que conceptualmente significa lo mismo: La libertad del juez para la apreciación de la prueba⁶³.

En el extremo opuesto al sistema de la tarifa legal, se encuentra el sistema de la libre convicción en el cual los requerimientos precedentes no se cumplen y se omite toda regla legal para valorar la prueba. En él, según **LESSONA**, *“La verdad Jurídica pende por entero de la conciencia del Juez que no está obligado por ninguna regla legal; el juez juzga de los hechos litigiosos únicamente a medida de la impresión que las pruebas exhibidas por*

de Familia, la transparencia de los Plazos en Materia Penal, y se espera la pronta y cumplida justicia en Materia Civil y Mercantil.

⁶³ A. VARELA, Casimiro, *“Valoración de la Prueba”*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Segunda Edición, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 2004, Pág. 157. La Libertad no es absoluta, se conoce que diversos medios probatorios, jurídicamente han mantenido una jerarquía notoria, un Documento que trae aparejada ejecución y que cumpliendo con los requisitos que la Ley establece, jamás será valorado como mayor fuerza probatoria que la Prueba Testimonial, salvo que exista el caso de vicios o nulidades en el Documento.

*los contendientes hicieran sobre su ánimo, y no está obligado a dar cuenta de los medios por los que se convenció*⁶⁴.

De acuerdo a De Pina los requisitos internos o sustanciales que deben reunir las sentencias son tres:

- I) Congruencia;
- II) Exhaustividad; y
- III) Motivación.

El último impone a todas las autoridades, los deberes de motivar lógicamente y fundar en la ley sus resoluciones judiciales. El deber de motivar la sentencia consiste en la exigencia para el juzgador, de precisar los hechos en que funde su decisión con base en las pruebas practicadas en el proceso⁶⁵. Éste último apartado queda establecido en el Art. 216 del C. Pr. C y M, y definitivamente es un interesante punto a analizar debido a la renovación que produce el cambiar (aunque no absolutamente) el sistema en que se debe valorar la prueba que han aportado las partes.

⁶⁴ CARDOSO ISAZA. Ob. cit., Pág. 52. El juez debe exclusivamente resolver conforme a lo solicitado, para ello ha mutado el Sistema de Valoración de la Prueba en la actual Ley Procesal, la *Independencia Judicial* no quiere decir resolver como quiero, si no por el Contrario; de las pruebas incorporadas debo acreditar los hechos alegados por las partes que fueron debidamente *Probados*.

⁶⁵ DE PINA, Rafael, Et. Al. "*Instituciones de Derecho Procesal Civil*". Primera Edición. Editorial Porrúa. México. 1966. Pág. 298. Art. 216 C. Pr. C. y M. "*Salvo los decretos, todas las resoluciones serán debidamente motivadas y contendrán en apartados separados los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la fijación de los hechos y, en su caso, a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho, especialmente cuando el juez se aparte del criterio sostenido en supuesto semejante.*

La motivación será completa y debe tener en cuenta todos y cada uno de los elementos fácticos y jurídicos del proceso, considerados individualmente y en conjunto, con apego a las reglas de la sana crítica". La Motivación es necesaria en el sentido que solo con un razonamiento lógico sistemático y jurídico puede el Juez condenar al pago de una letra de cambio al deudor moroso, si no existe ese fundamento, se violentan principios Constitucionales como el Debido Proceso, la Garantía de Audiencia, entre otros.

c) Medios Probatorios regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil.

El Art. 330 C. Pr. C. y M., se refiere a los Medios probatorios, a continuación se mencionará un poco de lo que establece la Doctrina sobre ellos.

Los medios de prueba son las herramientas con las cuales se pretende lograr el cercioramiento del juzgador sobre los hechos objeto de la prueba. Estas herramientas pueden consistir en objeto materiales, (documentos, fotografías, medios audio visuales, medios de almacenamiento de datos como voz y sonido, etc.) o en conductas humanas realizadas bajo ciertas condiciones (declaraciones de testigos, dictámenes periciales, inspecciones judiciales, etc.)⁶⁶.

Se entiende por **Medio de Prueba**: La actividad del juez o de las partes, que suministra al primero, el conocimiento de los hechos del proceso, y por ende las fuentes de donde se extraen los motivos o argumentos para obtener su convencimiento sobre los hechos de la causa⁶⁷. Verbigracia la inspección o percepción del juez, el relato contenido del documento, la declaración de la parte, la declaración de testigos, el dictamen del perito, la percepción e inducción en la prueba de indicios⁶⁸.

⁶⁶ OVALLE FAVELA, José; “*Derecho Procesal Civil*”, Cuarta Edición, Editorial Harla; 1989, Pág. 120. Son diversos los Medios de Prueba que pueden incorporarse al proceso, existe la igualdad de oportunidades para que se realicen en su momento procesal oportuno la proposición de los medios que va a utilizar cada una de las partes, con lo cual se pretende dotar de Igualdad Procesal a los que intervengan en el proceso.

⁶⁷ DE SANTO, Víctor; “*La prueba judicial*”, Teoría y Práctica; Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1992, Pág. 24. El objetivo principal de la prueba es precisamente el de crear convicción en el juez, de que los hechos sucedieron como las partes lo manifiestan, que se constituye en una verdad formal. La Verdad material sucedió de una forma pero la verdad formal es la creación abstracta del juez de cómo ocurrió.

⁶⁸ ALSINA, Hugo, “*Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*”, Tomo II, Segunda Edición, Bogotá, Editorial ABC, 1972, Pág. 230. Las partes pueden hacer uso de los medios

Desde un segundo ángulo, se entiende por medio de prueba los instrumentos y órganos que aportan al órgano jurisdiccional ese conocimiento y esas fuentes de prueba. Es la manera como se verifica la adquisición procesal de la prueba y se lleva al magistrado el conocimiento de los hechos que prueba⁶⁹.

Por consiguiente son modos u operaciones que referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia de uno o más hechos.

1. 9 SISTEMA DE HIPÓTESIS Y OPERACIONALIZACIÓN

1. 9. 1 ENUNCIADO DE HIPÓTESIS

En el desarrollo del anterior proyecto de trabajo se identifican algunas situaciones de nuestra realidad jurídica que son actualmente muy relevantes y que por su complejidad se han de convertir en problemas, problemas que necesitan una solución teórica que en el momento de su comprobación armonice con la práctica, por lo mismo a continuación enunciamos estos problemas a manera de afirmaciones:

probatorios que sean convenientes siempre que la sean idóneos según lo que se quiere acreditar ante el juez.

⁶⁹ GUASP, Jaime, *“Derecho Procesal Civil”*, Tomo II, Tercera Edición, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969, Pág. 352. No debe confundirse el significado de Medio de Prueba con el término fuente de prueba. El primero de los términos se refiere a aquellos instrumentos que la ley otorga para poder probar un hecho; mientras el segundo se refiere al origen de la prueba, la fuente informa al medio probatorio.

1. 9. 1. 1 HIPÓTESIS GENERAL

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil no se derogarán los medios probatorios regulados por el Código de Comercio.

1. 9. 1. 2 HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

1. La regulación contenida en el Código de Comercio respecto a la prueba mercantil se complementará con las normas comprendidas en el Código Procesal Civil y Mercantil.
2. El régimen probatorio regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil modificará el régimen probatorio en el Derecho Sustantivo Mercantil.

1. 9. 2 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

Hipótesis y Variables	Encuesta / Pregunta
<p>V.I. Con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil</p> <p>V.D. Derogatoria de los medios probatorios del Código de Comercio.</p>	<p>1-¿Para usted, que cuerpo normativo prevalecerá en cuanto a la regulación de la prueba, el Código de Comercio o el Código Procesal Civil y Mercantil?</p> <p>1. C. de Com. ___ 2. C. Pr. C. y M. ___</p> <p>2- ¿Cree usted que con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y mercantil se derogan las normas que regula el Código de Comercio en cuanto a las pruebas?</p> <p>Si ___ NO ___</p> <p>3- ¿Cuál cree que es el marco Jurídico idóneo para ubicar el régimen probatorio en materia Mercantil?</p> <p>1. Código de Comercio ___</p> <p>2. C. Pr. C. y M., ___</p> <p>3. En ambas Leyes ___</p>
<p>V.I. La regulación contenida en el Código de Comercio respecto a la prueba Mercantil.</p> <p>V.D. Complemento de las normas comprendidas en el Código Procesal Civil y Mercantil con las normas del Código de Comercio.</p>	<p>1. ¿Cree usted que ambos cuerpos Normativos (C. de Com. y C. Pr. C y M.) se complementarán en cuanto a la regulación de la Prueba?</p> <p>SI ___ NO ___</p> <p>2. ¿Crees que la ley material podrá regular lo mismo q la ley procesal sin que exista conflicto entre ellas?</p> <p>SI ___ NO ___</p> <p>3. ¿Dónde cree que se regula con mayor especificidad la Prueba mercantil, en el C. de Com., o en el C. Pr. C. y M?</p> <p>1. Código de Comercio ___</p> <p>2. C. Pr. C. y M., ___</p>

Hipótesis y Variables	Entrevista / Pregunta
<p>V.I. El régimen probatorio regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil.</p> <p>V.D. Modificará el régimen probatorio en el Derecho Sustantivo Mercantil.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Cómo debe de interpretarse la referencia a la derogatoria de todas las leyes que regulen la Materia de que trata el C. Pr. C. y M., en su Art. 705 Inc. 1° parte final? 2. ¿Qué Arts., del C. de Com. Quedarán derogados con la aplicación de lo regulado en el C. Pr. C. y M.? 3. ¿En base a los nuevos Principios que rigen la Normativa Procesal, existiría conflicto de leyes si se continuarán aplicando normas del Derecho Sustantivo? 4. ¿Cree usted que la Especificidad que exige la regulación del Derecho Mercantil, permite que el Art. 999 y siguientes se mantenga vigente? 5. Según su criterio, ¿Con los medios probatorios regulados en el C. Pr. C. y M., se tienen por incorporados los que regula el C. de Com.?

CAPITULO II

DERECHO PROBATORIO

SUMARIO

2.1. Exordio.- 2.2. El Derecho de Aportar Pruebas Permitidas Por la Ley.- 2.3. La Carga de la Prueba.- 2.3.1. Desarrollo Histórico de la Carga de la Prueba.- 2.3.2. Concepto de Carga de la Prueba.- 2.4. Objeto y Tema de la Prueba en el Derecho Mercantil.- 2.4.1 Tema de la Prueba.- 2.5 Fin de la Prueba en el Derecho Mercantil.- 2.6 Excepción de Prueba.- 2.6.1 Hechos Admitidos.- 2.6.2 Hechos Notorios y Evidentes.- 2.7 Principios de la Prueba.- 2.7.1 Principio de Aportacion.- 2.7.1.1 Prueba de Oficio y Diligencias para mejor Proveer.- 2.7.2 Principio de Publicidad.- 2.7.3 Prohibicion de Aplicación de Conocimientos Privados del Juez.- 2.7.4 Principio de Necesidad.- 2.7.5 Principio de Legalidad.- 2.7.6 Principio de Unidad.- 2.7.7 Principio de Comunidad.- 2.7.8 Principio la Inmediación de la Prueba.- 2.7.9 Principio de Concentracion.- 2.7.10 Principio de Contradiccion.- 2.7.11 Principio de Igualdad.- 2.7.12 Principio de Preclusion.- 2.7.13 Principio de Oralidad.- 2.7.14 Principio de Disposición.- 2.8 Garantía del Debido Proceso en el Derecho Mercantil.- 2.9 Procedimiento Probatorio.- 2.9.1 Proposición.- 2.9.1.1 Momento Procesal Oportuno.- 2.9.1.2 Ofrecimiento Anticipado de Prueba.- 2.9.1.3 Forma General para Proponer la Prueba.- 2.9.2 Admision.- 2.9.3 Practica.-

2.1. EXORDIO.

Es importante considerar en todo proceso la existencia de una etapa trascendental o medular que nos permita determinar la excelente aplicación del componente normativo que fija las sanciones jurídicas o la solución a casos concretos correspondientes para cada infracción legal, y no es más que la Prueba esa parte substancial de que se habla, puesto que es en ella donde descansa la evidencia certera de los hechos que vinculan a una o varias personas y que sirven de bastión para la providencia judicial, salvaguardando así, los intereses de la sociedad, en la búsqueda de la Justicia sin sobrepasar los límites de la ley para las partes.

La institución jurídica de la prueba, deviene desde antiguas civilizaciones donde la prueba estaba vinculada a la filosofía (Grecia), pues se basaba en “la teoría de los signos” lo que hoy conocemos como “*indicios*” – señales, huellas, etc. – además de los testigos y documentos. Pero es en la época romana donde se destacó ya el empleo de las pruebas como verdadera argumentación lógica, y se le dio gran importancia al juramento; y luego con los germanos se modificó el sentido de la prueba dándole más matices formalistas y ritualistas – por medio de los llamados “juicios de Dios”– y así posteriormente la prueba y los medios probatorios fueron adaptándose a diversas realidades sin resistirse a la evolución que en cada una las etapas ha ido afrontando la sociedad, como quedó plasmado en líneas anteriores.

La prueba, siendo el pilar fundamentador de los argumentos de las partes, cuyos motivos son de ofrecer certeza y convicción al Juez; es abundantemente estudiada por la doctrina, de ahí que nos limitaremos a retomar algunas concepciones de prueba, tales como:

a) Concepto general.

Florián expone: “Prueba es todo medio que produce un conocimiento cierto o probable a cerca de cualquier cosa⁷⁰”, **Romagnosi**: “es el conjunto de motivos que nos suministran ese conocimiento cierto⁷¹”.

⁷⁰ FLORIÁN, Eugenio “*De las pruebas penales*”, Editorial Temis, Segunda Edición, Tomo I, Año 2000, Buenos Aires Argentina, Pág. 3. Se entiende que la prueba es tan esencial en el Derecho mercantil que a menudo se dice que no hay causa que pueda defenderse si no existen elementos que puedan dar convicción al juzgador sobre las pretensiones de las partes. En tal sentido se espera que la producción de las pruebas sea lo más eficaz posible o de lo contrario no surgirán los elementos de convicción que colaboren a satisfacer las pretensiones de las partes.

b) Concepto Jurídico-Doctrinario.

Para asimilar una concepción jurídica de prueba se han recurrido a varias de sus acepciones como: acción y efecto, razón, indicio, ensayo, etc. Conceptos que son retomados por los autores, así tenemos: Carrara: “Se llama prueba todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición. La certeza está en nosotros, la verdad en los hechos. Aquella nace cuando uno cree que conoce éstos; más por la falibilidad humana puede haber certeza donde no hay verdad y viceversa”;

Jeremías Bentham: *“Prueba es un hecho supuesto verdadero que se considera como que debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia de otro”.* Para **Francisco Carnelutti:** *“Probar es una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio”⁷².*

Cuando se adhiere prueba al proceso, se pretende en un primer estadio garantizar la vivencia de que un hecho ocurrió de tal o cual forma, pero para lograr el cometido se debe hacer por un conducto lícito que sea capaz de conectar efectivamente los hechos al juzgador, por ende se precisa de la intervención de los medios de prueba, que no son más que métodos y procedimientos de averiguación para llegar al objeto de prueba, de tal forma

⁷¹ IBÍD, Pág. 3. Concepto abstracto que permite considerar que la prueba es un término amplio que trata de recoger la verdad procesal de manera muy minuciosa, debido a que se vale de la mayoría de elementos necesario e indispensables con los que se puede probar.

⁷² FLORIÁN. ob. cit. Pág. 3. Probar es una **actividad del espíritu**: Desde esta perspectiva cabe mencionar que, realmente la Valoración de la Prueba como actividad es una abstracción que hace el Juzgador sobre lo que se debe tener como cierto en el Proceso, de esta manera se puede afirmar que la actividad es más Intelectual que Espiritual, pero como una definición general no puede evitarse retomar esta concepción debido a la aceptación histórica que ha mantenido, continua la definición afirmando que tal actividad del Espíritu está **dirigida a la verificación de un juicio**: Se sabe que el Juicio es en realidad lo que se inicia, el proceso, la *litis*, con la actividad Probatoria, se pretende darle finalidad a la contención, al pleito, porque mediante la comprobación de la pretensión de una de las Partes sobre lo alegado, es que se resuelve la controversia Jurídica.

que nos atrevemos a ejemplificar que el documento es el medio y el contenido el objeto de prueba en sí. Por citar un modelo.

Sin embargo, cuando hablamos de valoración de la prueba, a nuestro criterio se ingresa a otro nivel de consideración de la prueba; ya no se retoma tanto énfasis en determinar qué prueba será incorporada y cual no, sino más bien se interesa por analizar y brindar la estimación a la prueba que ya se introdujo en el proceso y sobre la cual se fundamentara la convicción del Juez para dictar un fallo absolutorio o condenatorio. (*Prueba como resultado*). En este capítulo se mencionará lo básico en cuanto a conceptualizar y a definiciones legales y doctrinarias de prueba, debido a que en adelante se referirá el presente, a tópicos como el objeto de la prueba en el derecho mercantil, la finalidad de la prueba en el derecho mercantil, garantía del debido proceso en el derecho mercantil entre otros con los cuales se pretende establecer de manera clara lo referente al derecho probatorio pero en un sentido más acabado y moderno, con las ideas previas se pasan a desarrollar los elementos mencionados.

2. 2 EL DERECHO DE APORTAR PRUEBAS PERMITIDAS POR LA LEY

El proceso mercantil evidencia ser especial⁷³, presentando características propias, como lo son la calidad de las partes que intervienen

⁷³ La *Especialidad del Derecho Mercantil* reside en su *Autonomía* debido a que presenta Instituciones Jurídicas tan únicas que han hecho posible su evolución y su independencia, mas marcada que otras ramas del Derecho. El Derecho Sustantivo Mercantil presenta una amplia gama de figuras, las cuales se encuentran reguladas en el Código de Comercio, es inevitable que exista una Ley Procesal que pueda regular esta materia en el área Judicial, lo cual no es para nada inconveniente al afirmar que existe verdadera independencia de esta materia, lo que se pretende con la regulación del Código Procesal Civil y Mercantil es darle agilidad y veracidad a los procesos, dentro de este mismo cuerpo normativo se encuentra regulación específica para el área Mercantil como el *Juicio Ejecutivo* que es

en el mismo, el fundamento de las pretensiones; sin embargo esto no quiere decir que deje de sujetarse a ciertas reglas de carácter general, que sirven de directriz para toda clase de procesos, una de estas es la contradicción, que se manifiesta dentro del mismo por la oportunidad procesal que la ley concede a cada una de las partes de probar sus alegaciones.

Todo sistema probatorio se rige por un régimen de desarrollo de la prueba⁷⁴, este sistema consta de las siguientes partes, se inicia con la proposición de la misma, seguido de un juicio legal de pertinencia o impertinencia que permite según su resultado la admisión o no de lo propuesto, si la prueba es admitida se procede a su producción, este régimen finaliza con una valoración subjetiva del juzgador que le sirve para fundamentar su decisión final.

De acuerdo con lo anterior para que sea posible el desarrollo de este régimen debe primero de existir un acto dispositivo de las partes, el medio por el cual los elementos probatorios nacen dentro del proceso, la forma por la cual se introduce al ámbito judicial aquello que sirve de fundamento para las afirmaciones hechas por cada una de las partes, nos referimos a la proposición; que no es, sino el resultado del derecho concedido por la Constitución para que se puedan incorporar las pruebas en el proceso.

Sin embargo este derecho no resulta ser ilimitado según se tendrá la oportunidad de estudiar en los párrafos siguientes, es así que el artículo 11

netamente aplicable a los procesos que tengan como Documento fundamento de la Acción *Títulos Valores*.

⁷⁴ DORANTES TAMAYO, Luis. *Teoría del proceso*, Editorial Porrúa, México, Décima edición, 2005. Pág. 378. El régimen general de la actividad probatoria, iniciando por la apertura a pruebas. El inicio de la Actividad probatoria es precisamente el ofrecimiento de la misma, no obstante el llamado que hace el Tribunal a presentar o producir las pruebas es precisamente el inicio de la verdadera confrontación procesal, cuando no han existido vicios en el proceso o formas anormales de terminación del mismo.

de la Constitución, que plantea el Debido Proceso Legal, se extiende a garantizar el derecho de defensa⁷⁵, que otorga a las partes procesales no solo la posibilidad de activar, a través del ejercicio de una acción, el órgano jurisdiccional⁷⁶; sino también les confiere la oportunidad de ofrecer al juzgador, todos los elementos que crean pertinentes e idóneos para crear en el mismo la certeza necesaria para resolver el conflicto que se ha planteado a su conocimiento.

En el capítulo que antecede se estudio brevemente el sistema probatorio adoptado por la normativa salvadoreña en materia mercantil, en donde se manifestó que se adoptaba en este tipo de procesos el sistema tasado, debido a que la ley señalaba de una forma restringida los medios de prueba utilizables y el valor de cada uno de ellos. Este régimen tenía como principal desventaja el hecho de impedir la incorporación de otros medios diferentes a los contenidos en la ley. Con el ahora vigente C. Pr. C. y M., esta desventaja desaparece pues el artículo 330 permite incorporar al proceso medios probatorios no regulados⁷⁷.

Antes de la entrada en vigencia del C. Pr. C. y M., esta materia la regulaban conjuntamente el Código de Procedimientos Civiles y la Ley de Procedimientos Mercantiles, donde la adopción del sistema tasado generaba

⁷⁵ ARIAS ROMERO. ob. cit. Pág. 83. El Derecho a incorporar pruebas dentro del proceso judicial encuentra su origen el **Derecho de Defensa** enunciado por el Artículo 11 de la Constitución.

⁷⁶ KIELMANOVICH. ob. cit. Pág. 134 al referirse a este tema hace la siguiente reflexión: “*La íntima vinculación entre los hechos llamados a constituirse en objeto de la prueba, con la crítica e insuperable virtualidad que apareja su comprobación en el proceso, en orden al reconocimiento de la existencia o inexistencia del derecho, atañe o interesa en grado superlativo al derecho de defensa en juicio cuya formulación práctica no se agota ni se traduce en una pura mecánica de ataque, defensa o contraataque, o en una simple facultad de echar a andar los pesados engranajes de la justicia*”.

⁷⁷ Art. 330 Inc. 2do. Código Procesal Civil y Mercantil. D. O. No. 224, Tomo 381, veintisiete de noviembre de 2008. “*Los medios no previstos por la ley serán admisibles siempre que no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros y se diligenciarán conforme a las disposiciones que se aplican a los medios reglados*”. Este Artículo obedece a la necesidad de establecer alguna regla en el caso que el avance tecnológico, científico o procesal supere lo que la Ley establece actualmente.

en la práctica inconvenientes al litigante al ofrecer sus elementos de prueba; así el litigante que ofrecía como prueba testimonial a personas que presentaban una de las incapacidades del artículo 294 C. Pr. C., no podía impugnar una resolución de inadmisibilidad de la prueba ofrecida⁷⁸; ahora con el C. Pr. C. y M., el litigante puede perfectamente ofrecer como testigo a cualquier persona excepto aquellos privados permanentemente de la razón, y será la contraparte la encargada de desacreditar la credibilidad de este⁷⁹.

En conclusión, el derecho que asiste a las partes de incorporar pruebas al proceso puede ser vulnerado con mayor facilidad en los sistemas tasados, en el caso que se denegara la admisión de prueba, o se faltara a su producción dentro del juicio, o no se valorara, si aquella fue propuesta en tiempo y forma; sobre todo si estos son pertinentes y además influyentes para la decisión del juicio.

El artículo 211 de la Constitución garantiza el Derecho de Defensa, dotando a las personas de la oportunidad de utilizar los medios convenientes para probar sus afirmaciones; pero no regula lo que respecta al procedimiento probatorio, esto lo hace la ley secundaria; pues de nada valdría el reconocimiento de atractivos Derechos sustanciales si no existe un procedimiento que garantice su concreta observancia.

⁷⁸ ARIAS ROMERO. ob. cit. Pág. 85. La negligencia de los litigantes no vulnera el Derecho de Defensa, cuando la misma ley establece las prohibiciones y sin embargo la parte las infringe al pasarlas desapercibidas. El Derecho se llama de Defensa, la *Buena Defensa* depende de la Capacidad de actuar en el proceso conforme a las herramientas que tiene al alcance la Parte Formal, no obstante el Actor o Demandado perfectamente puede solicitar que le sea nombrado un nuevo representante, aparte de ello por medio de la figura de la *Sustitución Procesal*, prevista en el Artículo 72 del C. Pr. C. y M., perfectamente puede el apoderado sustituir sus facultades o delegarlas, siempre que se encuentre expresamente autorizado para ello.

⁷⁹ IBÍD. Pág. 86. Si violenta el Derecho de Defensa en este caso la denegación infundada e ilegal, que deviene de la negativa no razonada, ni fundamentada en derecho que el juez realiza, como el rechazo sin mas de testigos.

En el caso de El Salvador son diversas las leyes encargadas de esta regulación, en el área del Derecho Laboral este procedimiento lo regula el Código de Trabajo, en materia penal lo hace el Código Procesal Penal, en lo que corresponde al Derecho Mercantil esta regulación la contiene el Código Procesal Civil y Mercantil.

En el C. Pr. C. y M., se encuentra el capítulo tercero denominado Actividad Probatoria ubicado dentro del Título segundo del Libro segundo, dentro del cual el legislador ha pretendido reunir todas las reglas referidas al procedimiento probatorio, lo cual resulta de gran dificultad teniendo en cuenta que muchas de estas reglas derivan de principios generales del Derecho⁸⁰, este capítulo inicia con el artículo 312 que se refiere al derecho que tienen las partes de probar sus alegaciones.

Según la doctrina y así lo recopila el artículo comentado, las partes procesales deben disponer de iguales oportunidades, de las mismas armas al momento de hacer uso de los medios probatorios; así el artículo 312 C. Pr. C. y M., se refiere a que las partes tienen derecho a probar, en igualdad de condiciones⁸¹, es importante la trascendencia que tiene este artículo pues según su contenido las partes gozaran de las mismas prerrogativas al momento de utilizar la prueba que mejor crea conveniente, tanto el demandante como el demandado podrán utilizar los mismos medios probatorios⁸².

⁸⁰ COUTURE, Eduardo J.; *"Fundamentos de Derecho Procesal civil"*, Tercera Edición, Buenos Aires, Editorial De Palma, 1978, Pág. 275, en donde se manifiesta que por esta razón tiene una gran importancia el estudio de la prueba, al grado que actualmente se habla de un derecho probatorio, el cual se entiende como la disciplina que estudia las normas que regulan la actividad demostrativa en el proceso.

⁸¹ DE SANTO, Víctor. *"La Prueba Judicial, Teoría y Práctica"*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, Pág. 20, sostienen que ambas partes deben disponer de iguales oportunidades para hacer, practicar u ofrecer las pruebas que consideren necesarias, favorables a sus intereses.

⁸² MICHELI, Gian; *"La Carga de la Prueba"*; Buenos Aires, Editorial De Palma, año 1987, Pág. 310. en su obra al referirse al tema manifiesta que esta igualdad de oportunidades para probar un hecho no

Dentro de la redacción de este Artículo también encontramos el principio de *Legalidad* al que se hizo referencia en párrafos anteriores, y que se resume en la afirmación que las partes pueden hacer uso de todos los medios que la ley les franquea para probar sus pretensiones; sin embargo el mismo artículo prevé la posibilidad de hacer uso de otros medios probatorios según fueren las necesidades que tengan las partes de utilizar otras formas no comprendidas en el catalogo comprendido en el Código que puedan proporcionar un dato demostrativo de la existencia de uno o más hechos⁸³.

En el caso de este código el derecho a aportar pruebas permitidas por la ley no se reduce solo a la posibilidad de utilizar los enunciados por el mismo, sino se amplía a aquellos elementos que no siendo medios probatorios regulados por la ley si son permitidos, así lo establece el artículo 330, siempre y cuando proporcionen datos fehacientes sobre la existencia de un hecho y este sea relevante para el objeto del litigio, a esta limitante se le adhieren las contenidas en el mismo artículo 330, es decir siempre que no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros.

Según lo expuesto, las partes tienen la posibilidad de utilizar para su beneficio todos aquellos medios que la ley ha establecido para que puedan probarse los hechos en que se fundamenta una acción o petición, nos

significa que exista un trato procesal similar en materia de pruebas (el sentido de que se exija las partes por igual la prueba de los diversos hechos elegidos que interesan al proceso y de que ellas tengan idéntica necesidad de suministrar su prueba) pues por el contrario, la calidad de demandante o demandado y la posición frente a cada hecho influye en esa situación, como se observa en el principio fundamental de la carga de la prueba.

⁸³ PALACIO, Lino Enrique, "*Manual de Derecho procesal civil*", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, Decimoséptima edición actualizada, 2003, Pág. 331, para los medios probatorios son "*modos u operaciones que referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia de uno o más hechos*". Probar los hechos establecidos como verdad por las partes, este es el fin que resalta el citado autor, mediante una operación que sería la producción de prueba, como la presentación de un Documento, el examen de Testigo, un Dictamen Pericial, es susceptible de entregar al evaluador de la prueba si existe o no en la realidad lo que una de las partes alega.

referimos a los medios probatorios contenidos en el C. Pr. C. y M. sean estos: documentos, declaración de parte, prueba testimonial, prueba pericial, reconocimiento judicial, medios tecnológicos, al respecto la Sala de lo Constitucional ha dicho que impedirle a las partes decidir sobre la utilización de los medios de prueba que la ley permite obstaculiza los Derechos de Defensa y Audiencia⁸⁴.

Si este derecho se sujeta al principio de Legalidad, excluiría cualquier otra forma que de certeza de un hecho, si no se encuentra plasmada en la ley; sin embargo el C. Pr. C. y M. permite que el litigante que en un momento tiene la necesidad de hacer uso de otro medio diferente a los establecidos en la ley, perfectamente pueda hacerlo, sin que pueda negársele por el juzgador su utilización⁸⁵.

2. 3 LA CARGA DE LA PRUEBA

Según se ha expuesto el Derecho a aportar pruebas se trata de un acto dispositivo que pertenece a ambas partes, demandante y demandado⁸⁶;

⁸⁴ Sala de lo Constitucional, Sentencia Definitiva 296-2007 de las 09: 29: 00, del 26/01/2009. En donde la Sala ha sostenido que al llevarse a cabo un trámite, comprometiendo la libre voluntad de los impetrantes al impedirles decidir sobre la utilización de los medios de prueba que la ley permite, se obstaculizan sus derechos de audiencia y defensa de cada uno de los actores. Por lo que resulta procedente ampararlos en su pretensión.

⁸⁵ Sala de lo Civil, Interlocutoria, 33-CAM-09 de las 11:45:00 del 19/08/2009. Sostiene que no es lo mismo denegar prueba pertinente por la negativa del tribunal a practicarla, con negar valor probatorio a una prueba, este último aspecto más bien apunta a error de fondo y aquél a error de forma, ambos errores constituyen vicios en los procesos por violentar Derechos de las partes.

⁸⁶ Esto quiere decir que es un acto del que pueden hacer uso las partes para darle el *Impulso Procesal*, necesario es aclarar que cada parte presenta los Medios le son favorables a cada una de ellas, sin embargo durante la tramitación del proceso todas las pruebas aportadas son incorporadas al proceso sin distinción de que parte la produjo, con lo cual se pretende *objetivizar* la prueba y favorecer esa búsqueda de la Verdad.

sin embargo, la aportación de pruebas resulta ser, dependiendo de los intereses de cada una de las partes, un acto necesario⁸⁷.

Por esta razón es menester el estudio del tema referido a la carga de la prueba, determinando su desarrollo histórico, el concepto de la misma, su incidencia dentro del proceso y a quien se le atribuye, teniendo en cuenta las excepciones que pueden presentarse en cuanto a su ejercicio.

2. 3. 1 DESARROLLO HISTÓRICO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

En el antiguo Derecho Germánico, no es claro el régimen adoptado en cuanto a la obligación de probar, pues la diversidad de opiniones generan dudas, algunos autores sostienen que a ninguna de las partes se le asignaba especialmente la obligación de probar, pues se consideraba que estando ambas partes en igualdad de condiciones, el vencedor sería el que mejor prueba podía ofrecer⁸⁸.

Otros autores manifiestan que la obligación de probar incumbía al actor si fundaba su pretensión en un hecho propio y al demandado en un caso inverso. En una tercera corriente se ubican los que sostenían que era el juez quien designaba a quien le correspondía la obligación de probar; a pesar de estas contrariedades la mayoría de actores convergen en afirmar que en el Derecho germánico el deber de la prueba correspondía no al actor sino al demandado.

⁸⁷ KIELMANOVICH, Jorge L., ob cit. Pág. 107. El proceso civil dispositivo se sirve y opera, en términos generales y con relación a las partes procesales que intervienen en el mismo en base a la idea de la carga procesal, vale decir de un imperativo que se estructura a partir del propio interés de aquéllas.

⁸⁸ LESSONA, Carlo., "*Teoría de las Pruebas en Derecho Civil*". Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, Pág. 37 donde puede encontrarse un amplio desarrollo sobre el tema y los autores que se encargaron de plantear diversas teorías sobre la carga de la prueba.

Esta teoría encuentra aplicación no solo en el tiempo bárbaro, sino que se extiende hasta el siglo XIII en Italia; contrario a estas reglas se encuentra el precepto que surgió en la Roma Clásica, para el derecho romano clásico, la obligación de probar se le asignaba al que afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho en el cual fundaba la propia acción o la propia excepción; esta regla fue adoptada por el C. Pr. C., que establecía en el Art. 237 que la obligación de producir pruebas corresponde al actor o al reo cuando opusiere alguna excepción⁸⁹, mientras que el Art. 238 liberaba de esta obligación al que negaba la existencia de un hecho, siempre que su obligación no contuviera una afirmación⁹⁰.

Las teorías mencionadas generaron en los tratadistas del Derecho divergencias, mientras que autores como Bentham afirmaba que era el juez quien determinaba a quien iba a corresponder la obligación de probar, otros como Pescatore le refutaban.

Bentham observa que, en un sistema franco y simple, la obligación de la prueba debe ser impuesta a aquella parte que pueda satisfacerla con menores inconvenientes, con menor pérdida de tiempo o con menor incomodidad⁹¹.

Para determinar cuál de las partes cumplía con los requisitos anteriores Bentham afirma que poco ayuda el conocimiento técnico y que es

⁸⁹ Código de Procedimientos Civiles de la República de El Salvador. D. O. 1 de enero de 1882. Art. 237 La obligación de producir pruebas corresponde al actor; si no probase, será absuelto el reo; mas si éste opusiere alguna excepción, tiene la obligación de probarla.

⁹⁰ Código de Procedimientos Civiles de la República de El Salvador. D. O. 1 de enero de 1882. Art. 238 El que niega no tiene obligación de probar, a no ser que la negativa contenga afirmación y esté contra ella la presunción.

⁹¹ LESSONA. ob. cit. Pág. 38 el problema era determinar cuál de las partes se ubicaba en la mejor situación para imponerle la obligación de probar, de acuerdo con lo cual la carga probatoria recaerá sobre quien posea a su disposición los medios suficientes que le faciliten incorporar a los procesos los elementos necesarios para probar las afirmaciones.

el juez ante la primera comparecencia de las partes quien logra establecer tal situación.

En respuesta a la teoría de **Bentham**⁹² y en contradicción a la misma, **Pescatore** sostiene que sustentado en la Seguridad Jurídica es la ley que debe establecer a quien corresponde la obligación de probar. Soporta su teoría en la idea que siendo la Ley la que preestablece a quien incumbe la obligación de la prueba se separa de *la discrecionalidad del juzgador* y por tanto de una probable arbitrariedad, lo que brinda a las partes certeza pues la obligación que recae sobre una de las partes y la excusa de la que goza la otra son por tanto jurídicamente ciertas.

Pescatore, en una magistral refutación sostiene que *“si la ley hubiese confiado al juez preferir, según la cualidad de las personas, a las declaraciones de una parte las declaraciones de la otra, sería ofendida la justicia y la igualdad civil. Si se concediese en hipótesis al poder judicial la facultad de apreciar a su arbitrio en cuanto la mayor fe que pueden merecer los dichos del actor o del demandado por el solo hecho de que plazca a un ciudadano llamar a otro a juicio, dependería en este sistema de la voluntad, del arbitrio, del capricho de cualquier individuo crear a otro un peligro, sometiéndole a la más penosa, a la más arbitraria entre todas las discusiones. Los más probos podrían igualmente sucumbir y perder con la fortuna el honor, porque el vicio suele obtener en el ciego mundo mayor consideración que la virtud; la libertad civil estaría al arbitrio ilimitado del juez llamado a estimar, sin ningún recto criterio, el respectivo mérito personal de*

⁹² LESSONA, ob. cit., Pág. 39. Si se deja al Juez la posibilidad de decidir, quien debe presentar la prueba podrían existir arbitrariedades.

*los litigantes, y la seguridad personal de cada uno estaría a cada instante a merced de los audaces y de los malvados*⁹³.

Del análisis de las teorías anteriores se concluye que el más apropiado es el sustentado en el principio ***“onus probando ei incumbit qui dicit”***, que se traduce como, la carga de la prueba incumbe a quien afirma, teoría que se dijo fue adoptada por el C. Pr. C.

A pesar de compartir la anterior afirmación se cree conveniente, hacer algunas reflexiones sobre el principio *“onus probando ei incumbit qui dicit”*, el cual deberá interpretarse en los términos siguientes: Aquel que invoca un derecho en juicio deberá presentar la prueba que lo acredite; aunque en las relaciones fácticas invocadas se presente una negativa.

Para la Sala de lo Civil esta teoría ha sido superada, por la *“Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas”*, según la cual, la proposición de las pruebas está a cargo de quien tenga las mejores posibilidades para producirla, siendo aplicables las reglas del *“onus probando ei incumbit qui dicit”* solamente cuando los presupuestos facticos de una de las partes son desconocidas por su contraria, argumentos que a la luz del desarrollo de la Ciencia del Derecho resultan validos⁹⁴.

⁹³ LESSONA, ob. cit., Pág. 39 en donde se manifiesta que al haber preestablecido la ley a quién incumbe la obligación de la prueba sustrae el derecho al arbitrio de la probabilidad y lo coloca bajo la égida de la certeza, pues el estado de derecho preexistente que exime a una de la partes de la obligación de probar es por sí mismo jurídicamente cierto.

⁹⁴ Sala de lo Civil, Sentencia definitiva 1402-2002, de las 12:10:00 del 03/06/2002. Al manifestarse sobre las cargas probatorias dice que *“en el moderno Derecho Procesal se acabaron las reglas absolutas en materia de carga probatoria, predominando en cambio el principio de las “cargas probatorias dinámicas”, según el cual se la coloca en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla”*.

Lo anterior debe considerarse subsidiario de las reglas del “*onus probando ei incumbit qui dicit*”, pues difícilmente el que plantea una pretensión ante el Órgano Judicial no ha tomado antes las medidas posibles para acreditar sus planteamientos facticos; además resulta difícil que una de las partes proponga una prueba para acreditar el Derecho de la otra⁹⁵, en donde manifiesta que la Carga de la Prueba recae justamente sobre quien manifiesta ser titular del Derecho.

El que afirma un hecho debe de presentar prueba respecto de aquellos elementos esenciales para la existencia del derecho que somete a la protección judicial; y como resultado de la anterior interpretación, se concluye que la persona contra quien se plantea una pretensión deberá acreditar aquellas condiciones accidentales que determinan una suspensión, inexistencia o extinción del derecho en cuestión⁹⁶.

Es conveniente en este momento, plantear un caso que permita el entendimiento de esta regla: en el juicio ejecutivo, el demandante deberá acompañar la demanda con el documento fundamento de la pretensión, que en este caso constituiría el elemento probatorio de las afirmaciones incorporadas en la demanda; mientras que corresponde al demandado presentar en su oposición, si la hubiere, la prueba conveniente que determine ya la solución o pago efectivo, ya la prescripción o caducidad del derecho.

⁹⁵ Sala de lo Civil, Sentencia definitiva 1241-2003, de las 14:30:00 del 29/01/2003. Expresa que “*las certificaciones registrales tendrán el mismo valor y fuerza probatoria que el título de dominio originalmente inscrito, situación que debió establecer en el curso del proceso el actor, pues como es sabido, en la acción reivindicatoria la carga de la prueba pesa sobre el reivindicante. El demandado solo estaría obligado a probar el justo dominio en caso que lo alegara como excepción*”.

⁹⁶ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; “*Estudios de derecho probatorio*”, Segunda Edición, México, 1970, Pág. 69 conforme con esta idea manifiesta que en general, si el actor tiene la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión, corresponde al demandado probar los hechos extintivos, impositivos o modificativos que a ella oponga.

Si bien en el C. Pr. C. y M. no encontramos un artículo que por su literalidad haga referencia a esta teoría⁹⁷, como si lo hacía el C. Pr. C., la lectura reflexiva de los artículos que se refieren a la prueba, permite afirmar que al igual que su predecesor, este código adopta la misma teoría, se mencionan a continuación los artículos que conducen a esta conclusión:

Art. 276 numeral 7° que se refiere a los requisitos de la demanda, en el cual se exige al demandante acompañar la demanda con los documentos que fundamenten la pretensión, lo cual claramente se refiere a los medios documentales probatorios que sean pertinentes; Arts. 284 de la contestación de la demanda en donde se dispone que el demandado al igual que el demandante deberá incorporar en su primera intervención los documentos probatorios en los que fundamente sus excepciones⁹⁸; 288 Inc. segundo que se refiere al momento oportuno de aportar los documentos probatorios; 313 que manifiesta en el numeral 1° que uno de los objetos de la prueba serán las afirmaciones expresadas por las partes; y 459 y 465 del juicio ejecutivo que se refieren a la acreditación del derecho incorporado en el título ejecutivo y a los medios probatorios que acrediten la oposición.

⁹⁷ Código Procesal Civil y Mercantil de la República de El Salvador. D. O. 223, 18 de septiembre de 2008. Art. 321 "*La carga de la prueba es exclusiva de las partes...*" este artículo que presenta como título Carga de la prueba y regla de juicio, se limita a establecer que serán las partes las encargadas de proponer la prueba y no da reglas específicas así como lo hacía en C. Pr. C.

⁹⁸ Código Procesal Civil y Mercantil de la República de El Salvador. D. O. 223, 18 de septiembre de 2008. Art. 284. 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.

2. 3. 2 CONCEPTO DE CARGA DE LA PRUEBA

Los diversos autores se refieren indistintamente a los términos carga de la prueba, obligación de la prueba e incluso deber de la prueba sin tener en cuenta que se trata de conceptos, teniendo presentes estas ideas, en los siguientes párrafos se va a establecer un concepto adecuado de lo que es la carga de la prueba.

El proceso Mercantil se sujeta a las mismas reglas que el proceso civil, por tanto se afirma que este responde a la intervención de las partes y al ejercicio de los actos dispositivos que dependen de estas, en este sentido no cabe la posibilidad de hablar de un proceso civil o mercantil si no existe la interposición de una demanda, o si una vez interpuesta pero con informalidades no podrá continuar el proceso, si el demandante no subsana la informalidad, de igual forma no puede hablarse de valoración de la prueba si no existió aportación de esta en el proceso.

Según la idea anterior, si la parte interesada no inició la actividad jurisdiccional, no impulso el procedimiento, no apporto pruebas; sufrirá perjuicio en su propio interés como consecuencia de restricciones impuestas por su misma actividad o inactividad.

Manteniendo esta línea algunos autores conciben la carga de la prueba como un derecho o un deber procesal⁹⁹, los primeros en tanto ven en la prueba una facultad que puede concretarse o no; y los segundos en tanto

⁹⁹ KIELMANOVICH, Jorge L., ob cit. Pág. 108, manifiesta que *“la conceptualización de la carga como una especie de derecho o deber procesal puede ser parcialmente correcta pero dependiendo de la naturaleza jurídica del acto procesal que se intente asegurar a través de ella, aunque, desde dicho ángulo, ambas posturas incurrirían en el error”*.

ven en la prueba un deber impuesto por la ley o el juez y cuyo cumplimiento resulta ser imperativo.

Es cierto que en ocasiones la prueba puede tornarse una facultad, como la de contestar o no la demanda, proponer o no prueba; en otras ocasiones adopta la imperatividad de un deber, tal es el caso del artículo 336 C. Pr. C. y M. que se refiere a la obligación de exhibir documentos, por lo que se afirma que ambas concepciones de carga de la prueba resultan ser erróneas.

Tampoco puede definirse la carga de la prueba como una obligación procesal, ya que estas son imperativos de conducta impuestos en el interés de un tercero, cuyo cumplimiento podrá ser exigido por este tal es el caso contenido en el artículo 262 C. Pr. C. y M.

Es necesario entonces concretizar que debe entenderse por carga de la prueba, para esto se tendrán presentes las ideas de Micheli, para quien la carga se establece cuando un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado; pero el sujeto será libre de realizar la conducta en la forma que crea conveniente¹⁰⁰.

La carga de la prueba es una aplicación específica del principio general de la carga procesal¹⁰¹, según la cual un sujeto procesal es requerido

¹⁰⁰ IBÍD. Pág. 108 en donde se cita la idea que Micheli tenía de *“concebir una carga solo cuando un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado; pero, de otro lado, el sujeto es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma”*.

¹⁰¹ COUTURE. ob. cit. Pág. 211. Manifiesta que la carga de la prueba no es sino una aplicación a la materia probatoria del concepto general de carga procesal. Esta es una situación jurídica instituida en la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia jurídica para él.

por la ley para que facultativamente incorpore al proceso los medios probatorios que fundamentan su pretensión y cuya omisión conlleva un agravio para el propio sujeto.

2. 4 OBJETO Y TEMA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO MERCANTIL

Tal como sucede con el objeto de las obligaciones que responde a la pregunta **¿Qué se debe?**, aquí el enunciado también es la respuesta a una interrogante de doble formulación: **¿qué puedo probar y qué debe probarse en un proceso determinado?** Desde el primer punto de vista, objeto en su acepción genérica, se entiende lo que se puede probar en general; los hechos susceptibles de ser demostrados independientemente de las particularidades de cada proceso o también *“todo aquello que es posible de comprobación ante el Órgano del Estado, para los fines del proceso en general”*¹⁰².

Desde un segundo punto de vista objeto en su acepción procesal específica o tema probandum, se alude a una categoría de realidades más restringidas que en el anterior; *“Las que son susceptibles de ser probadas en un proceso concreto”*¹⁰³; esto es, los hechos sobre los cuales se circunscribe el litigio o la cuestión voluntaria planteada. Responde así esta noción de tema o necesidad a la pregunta hecha inicialmente, puesto que en cada proceso deben acreditarse ciertos hechos que al coincidir con la hipótesis

¹⁰² DEVIS ECHANDIA, Hernando. *“Tratado de Derecho Procesal Civil”*, Tomo V, Editorial Temis, Bogotá, Colombia 1967, Pág. 335. Considera al objeto de la prueba como todas las manifestaciones del mundo que pueden ser demostradas, incluye por lo tanto todos los hechos pasados que sean susceptibles de demostración a través de los medios permitidos por la ley.

¹⁰³ IBÍD, Pág. 336. En sentido estricto o formal, el objeto de la prueba es el conjunto de manifestaciones que en un proceso determinado pueden ser acreditadas.

contemplada en la norma imponen la aplicación de ésta por el juez; o, en otras palabras, todo aquello que forma parte del presupuesto fáctico para la aplicación de las normas jurídicas que no está exento de prueba por la ley.

Expuesto el tema en la forma descrita se entiende no solo la estructura misma de la sentencia, sino también la íntima relación que existe entre ésta y el objeto de la prueba, ya que la decisión definitiva, que es el resultado de una operación lógico-compleja, consiste en comprobar en qué medida el respectivo hecho planteado en la litis corresponde a la hipótesis configurada en la ley aplicable¹⁰⁴.

En otras palabras, después de referirse en párrafos previos a que es prueba, corresponde contestar puntualmente a la interrogante ¿Qué es lo que se debe probar? Hay que determinar el destino que al que debe orientarse dicha prueba.

En la anterior legislación los artículos 514 y 521 C. Pr. C., se refiere a los juicios de mero derecho y de hecho, distinguiéndose ambos que los segundos dan lugar a prueba y las primeras no. Al respecto dice **Hugo Alsina** que el objeto de la prueba son los hechos que se alegan como fundamento del derecho que se pretende¹⁰⁵. Lo anterior permite establecer primero un principio sobre el objeto de la prueba en el sentido que el derecho

¹⁰⁴ JEREMIAS BENTHAM, *“Tratado de las Pruebas Judiciales”*, Madrid, Ramón Rodríguez Rivera, Tomo I, 1847, Pág. 36. La sentencia debe de guardar una relación lógica con el objeto del proceso según se determine en los hechos litigiosos, por lo que la sentencia que dirime un proceso debe de estar fundamentada de forma fáctica y jurídica manteniendo en consideración únicamente los hechos y las leyes que sean pertinentes con el proceso en cuestión.

¹⁰⁵ ALCINA, Hugo. *“Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil”*. Pág. 239. Los hechos desde el punto de vista probatorio, como lo sostiene en forma unánime la doctrina, la prueba sólo puede versar, en principio, sobre los hechos “porque su objeto es demostrar la existencia de un hecho ligado que da origen a un derecho”

no es objeto de prueba, solo lo es el hecho o el conjunto de hechos alegados por las partes en el juicio.

En cuanto al derecho hay dos principios generales, el primero, que dice que el derecho no se prueba y el segundo que consagra la presunción del conocimiento del derecho, trayendo como consecuencia la obligatoriedad de la aplicación de la norma jurídica, en otras palabras nadie puede alegar ignorancia de la ley. Toda regla general tiene sus excepciones, siendo una de ellas la que encontramos en el código de comercio, en aquellos casos en los que la costumbre es fuente de derecho, donde si la costumbre es constitutiva de derecho, al ser discutida, tendría que ser objeto de prueba. También encontramos otra excepción en relación al derecho extranjero, ya que al ser controvertido y ante la poca accesibilidad que puede tener el Juez, se concluye que la ley extranjera puede ser objeto de prueba, tal como lo señala el Art. 239 C. Pr. C. al decir: “El que apoye su derecho en leyes extranjeras, debe comprobar su existencia en forma auténtica.”

2. 4. 1 TEMA DE LA PRUEBA

Conviene definir lo que se entiende por hecho¹⁰⁶: *“consiste en todo acontecimiento capaz de producir la adquisición, modificación, transformación o extinción de los derechos u obligaciones”*. Partiendo de dicha definición se clasifican los hechos en constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos. Los hechos pueden provenir del hombre, de la

¹⁰⁶ KIELMANOVICH. ob. cit. Pág. 54. *“El objeto de la prueba se halla restringido a la comprobación de los hechos afirmados por los litigantes en la debida oportunidad procesal”*. Por lo tanto los hechos que no se lograron probar en el desarrollo del proceso se encuentran al margen del objeto del proceso, por lo que la fundamentación de la sentencia no puede incorporar hechos que las partes no pudieron acreditar.

naturaleza y aún ser creados por abstracción, como la muerte por presunción de fallecimiento. Según las ideas anteriores, el objeto de la prueba son los hechos que pueden ser probados, referidos estos hechos como aquellas realidades abstractas, que en determinado momento pueden ser demostradas por los medios idóneos; el hablar de tema de la prueba reduce drásticamente el rango de los hechos que pueden probarse, nos referimos en este apartado a hechos concretos, alegados por cada una de las partes en un proceso.

Para **Escribano Mora**, *“cuando se alude al objeto de la prueba nos estamos refiriendo a qué puede probarse en sentido abstracto, es decir, fuera de lo que se ha de probar en el caso concreto. Sin embargo cuando nos referimos al tema de la prueba, descendemos ya al caso concreto, es decir a qué debe probarse en el proceso concreto para que el juez declare la consecuencia jurídica pedida por la parte. En definitiva, qué debe probar el actor para acreditar la consecuencia jurídica teniendo en cuenta su pretensión y que debe probar el demandado para que prospere la resistencia a su pretensión. Resulta imposible clasificar lo que debe probarse en un proceso en concreto (porque las posibilidades son tan infinitas como lo pueden ser el tipo de pretensiones articuladas y sus correspondientes resistencias), pero lo que sí puede abordarse con carácter general es lo que puede probarse refiriéndolos a tipos de hechos en concretos, lo que nos lleva a algunas conclusiones, sobre los hechos controvertidos, la prueba del derecho, la prueba de las máximas de experiencia y los hechos exentos de prueba”¹⁰⁷.*

¹⁰⁷ ESCRIBANO MORA., Fernando, “La prueba en el proceso civil”, editado por Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2001. Pág. 32, en donde el autor claramente plantea la diferencia entre el objeto y el tema de la prueba, establece las diferencias que existen entre cada figura y realiza un estudio detenido de ambas, en donde concluye que el objeto es un concepto genérico e indeterminado; mientras que el Tema de la prueba es específico y determinado.

No obstante decir que los hechos son objeto de prueba, esta regla tiene sus excepciones; por ejemplo, el Juez al dictar sentencia debe fundarla en los hechos controvertidos y probados¹⁰⁸; de ahí que los hechos no impugnados no requieren procedimiento probatorio. También, el Art. 230 C. Pr. C., señalaba otra excepción ya que dice: “Si el reo en su contestación confiesa clara y positivamente la demanda, se terminará por ella la causa principal, sin necesidad de otra prueba ni tramite.”; o sea, los hechos admitidos quedan fuera del contradictorio y de la prueba, en aplicación al principio de economía procesal; es a estas excepciones a las que se orienta el estudio del siguiente tema.

2. 5 FIN DE LA PRUEBA EN EL DERECHO MERCANTIL

El desarrollo de la actividad probatoria no cumple solo actividades procesales sino además funciones extraprocesales relacionadas con la seguridad de las situaciones jurídicas, la mayor comercialidad de los derechos enajenables y la prevención de los litigios, y aparte de ellos busca desempeñar esenciales cometidos dentro del proceso, entre los cuales se destaca primordialmente el que toca su fin.

La problemática del fin de la prueba, dados los sujetos del proceso, puede enfocarse desde el punto de vista de la parte que la aporta o del juez que la califica o aprecia. Por el primer aspecto, se afirma que las partes

¹⁰⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando, “*Compendio de derecho procesal*”, Tomo II, Pruebas Judiciales, Editorial ABC, Bogotá, Colombia, 1984. Pág. 60, en donde se manifiesta que “*el juez debe obrar con suma prudencia cuando se trate de rechazar pruebas por este motivo y en caso de duda sobre aceptarlas, ya que en la sentencia podrá calificar su mérito definitivamente.*”

buscan convencer al juez de una realidad fáctica para así lograr de éste el reconocimiento del derecho pretendido. Es decir, que buscan vencer a su opositora en la lucha judicial. Por el otro lado, se sostiene que las pruebas le sirven al juez para obtener certeza que sobre la existencia de los hechos planteados precisa para decidir; o, en otros términos según **EHCHANDIA**¹⁰⁹, que *“mediante ellas trata de convencerse de una realidad procesal o de una verdad para hacer la declaración correspondiente”*.

El primer enfoque carece de interés en esta oportunidad, ya que él se reduce a contemplar fines personales que pueden ser torcidos o desvirtuados por las partes en su propio provecho, y no representa el fin que le corresponde por si misma a la prueba, según su naturaleza y función procesales. En lo que dice relación al segundo aspecto, la doctrina se encuentra orientada hacia diferentes direcciones, las cuales pueden reducirse fundamentalmente a dos:

- a. El fin de la prueba es la verdad.
- b. El fin de la prueba es el convencimiento del juez o su certeza sobre la existencia de los hechos que interesan en el proceso.

2. 6 EXCEPCIÓN DE PRUEBA

Es conocida la expresión *“toda regla general tiene una excepción”*, proverbio al que no se escapa el presente tema de estudio; es así, que según

¹⁰⁹ DEVIS ECHANDIA. *“Tratado...”*. ob. cit. Pág. 336. La prueba debe de ser determinante para crear convicción en el juez para motivar sus decisiones, lo que se refleja en la justificación de la sentencia en donde el juez examina cada uno de los medios probatorios indicando la valoración que hace de cada uno de ellos, asimismo explica las razones por las que considera si el medio probatorio es o no determinante para demostrar un determinado hecho.

se detallo en los párrafos anteriores, los hechos y circunstancias que fundamentan una afirmación deben ser probados¹¹⁰, aquí la regla general, sin embargo existen ciertas circunstancias especiales que ya sea por su celebridad o por prohibición, no deben incluirse como objetos a demostrar dentro del proceso.

Se procede en los siguientes párrafos a estudiar aquellos hechos que no obstante forman parte dentro del proceso, quedan excluidos de la regla general de la carga de la prueba, el presente tema representa uno de los pilares fundamentales de la teoría de la prueba en sentido general; por lo que el Derecho Mercantil no es ajeno a su estudio por las razones que en su oportunidad se incorporaran al texto del presente trabajo.

Para **Fernando Escribano Mora** al tratar este tema lo separa en dos tipos de hechos, los primeros, aquellos que han sido afirmados por ambas partes y los segundos, aquellos que habiendo sido afirmado por una de las partes es reconocido por la otra; sin embargo el estudio llevado a cabo permite determina otra clase de hechos y de elementos que se encuentran fuera de los límites del objeto de la prueba, estos son aquellos hechos que en el desarrollo de las relaciones humanas se presentan de forma evidente e irrefutable, es decir lo que los autores denominan hechos notorios¹¹¹;

¹¹⁰ ESCRIBANO MORA. ob. cit. Pág. 35., resume los hechos que no deben ser objeto de prueba en dos tipos, *“los hechos afirmados por las partes y los hechos que afirmados por una son reconocidos por la otra”*, no tiene sentido presentar pruebas sobre hechos que son aceptados por ambas partes sin, lo que representaría además de un desgaste para las partes ir en contra del principio de Economía Procesal.

¹¹¹ KIELMANOVICH. ob. cit. Pág. 54, proporciona un concepto simplificado de lo que puede considerarse un hecho notorio al decir que se trata de *“aquel que se reputa conocido por las personas de cultura media al momento de su consideración por el juez”*. El elemento esencial para el autor es que se trate de un hecho de conocimiento general para personas de cultura media, es decir que no se requiera de estudios especiales para poder conocer mencionado hecho; pero además se refiere a un ámbito temporal que ubica el conocimiento del hecho notorio en el momento en el cual el juez ha de valorarlo.

asimismo se encuentra en los diferentes libros de Derecho Procesal que son exentos de prueba, las presunciones legales y la ley misma.

A continuación se detallan cada uno de los hechos y elementos excluidos del objeto probatorio, a través de un estudio que permita conocerlos e identificarlos.

2. 6. 1 HECHOS ADMITIDOS

No se va a llevar a cabo un análisis de las denominaciones con que se les pueda advertir en los diferentes libros, pues no es el objetivo del presente estudio, únicamente se hará la diferencia que por su amplitud implica con la denominación, *hechos no controvertidos*¹¹², que en un sentido estricto se refiere a aquellos hechos que no forman parte del litigio, o que habiendo sido introducidos al mismo por una de las partes, no han sido refutadas por la otra.

Es diferente el utilizar el término hechos admitidos, que contempla la idea de una afirmación bilateral (de ambas partes), que por lo tal resulta innecesario aportar prueba que verifique la existencia del hecho, idea que comparte la Sala de los Civil al excluir esta clase de hechos del objeto de la prueba¹¹³.

¹¹² ESCRIBANO MORA. ob. cit. Pág. 35, denomina a los hechos afirmados hechos no controvertidos, comprendiendo en dicho término a aquellos hechos afirmados por ambas partes y los afirmados por una parte y admitidos por la otra.

¹¹³ Sala de lo Civil, Sentencia Definitiva 96- C- 2005, de las 10:00:00 del 22/12/2006. Ha pronunciado que *“no siempre hay que probar los hechos controvertidos, pues ya hemos visto, que además del caso que ocupa en este momento la atención de la Sala, hay otros casos, como los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la contraria, los hechos notorios y los evidentes, los cuales que no son objeto de prueba, por manera que esta Sala, considera que la Cámara sentenciadora no ha cometido la infracción que le demanda...”*.

Se trata de la una manifestación del principio de economía procesal que rige el proceso mercantil, el aportar pruebas sobre un hecho que ya fue afirmado por las dos partes resulta innecesario y desgastante, por lo tanto el juzgador mercantil no podrá admitir aquella prueba ofrecida que recaiga sobre estos hechos admitidos, pues según el artículo 319 C. Pr. C. y M., no serán admisibles aquellas pruebas que resulten superfluas para comprobar los hechos controvertidos.

Es así que el hecho que es admitido, queda excluido del tema de la prueba; sin embargo según manifiesta **Devis Echandia**¹¹⁴, se trata en este caso de la producción de un medio de prueba anticipado como resultaría ser la confesión¹¹⁵; en el caso del proceso mercantil salvadoreño, el medio probatorio de la confesión ha desaparecido con la vigencia del C. Pr. C. y M., por lo tanto no puede hablarse de un medio de prueba propiamente dicho.

Existe un problema pues el C. Pr. C. y M., no es claro al momento de determinar que hechos se van a tener como admitidos, ni desde que instante procesal quedaran excluidos del tema de la prueba; al no existir en el texto de este código la confesión como medio de prueba es difícil determinar la forma de llevar a cabo la admisión de los hechos.

Para que un hecho pueda tenerse como admitido, es necesario que concurren las siguientes situaciones: primero, que un hecho sea afirmado por una de las partes, lo cual se realiza normalmente en la presentación de la demanda y la reconvencción; y segundo, que exista un pronunciamiento en

¹¹⁴ DEVIS ECHANDIA, “Compendió de...”. ob. cit. Pág. 60. Manifiesta que los hechos admitidos no necesitan otra prueba, pero existe en realidad una prueba en esa confesión expresa o tácita.

¹¹⁵ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO. ob. cit. Pág. 73. Manifiesta sobre la confesión: “*que durante mucho tiempo fue considerada como la reina de las pruebas, ha ido perdiendo cada vez más su importancia y, en algunos países, ha sido sustituida por la simple declaración de parte*”.

sentido afirmativo por la parte contraria, lo que se debe suceder al momento de contestar la demanda o la reconvencción de esta.

Estos hechos quedaran excluidos de prueba a partir de la celebración de la audiencia preparatoria; pues es aquí en donde se determina el tema de la prueba, es la oportunidad que tienen las partes de fijar con claridad su pretensiones y ofrecer la prueba pertinente, pero también es la oportunidad para delimitar los hechos a probar¹¹⁶.

2. 6. 2 HECHOS NOTORIOS Y EVIDENTES

Los hechos notorios no requieren ser probados, así lo establece la doctrina y la legislación, si atendemos al concepto común de hecho notorio, resulta fácil y evidente excluir esta clase de hechos del tema de la prueba; sin embargo, como se observará en los párrafos siguientes, esta afirmación resulta no ser tan sencilla como a primera vista parece.

La primera de las consideraciones que deben tenerse en cuenta es que, si tal es la afirmación, los hechos notorios no requieren ser probados, eso no quiere decir que no deben ser alegados por la parte interesada, la carga de afirmar los hechos base de las pretensiones es (al hablar sobre la carga de la prueba), una necesidad propia de quien debe alegarla pues su omisión puede generar una resolución contraria a sus intereses.

¹¹⁶ BARIOS DE ANGELIS, Dante; *“La audiencia preliminar”*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Uruguay, 1975. Pág. 13. Manifiesta que la audiencia preparatoria es *“En efecto, establecido (delimitado, clarificado) el objeto de la prueba, surgirán con mayor precisión las pruebas que se deben producir sobre los hechos que a esta altura quedan como controvertidos, que la experiencia dice que son muchísimos menos que los de las pretensiones iniciales en la casi totalidad de los casos”*.

El juez hace de su conocimiento los hechos sobre los que debe fallar solo mediante el acto dispositivo de las partes ya sea la demanda, la contestación de la demanda o la reconvencción, y no puede como ya se estudio, aplicar sus conocimientos privados para suplir las omisiones de hecho de las partes.

Como parte del principio de contradicción del proceso mercantil, el hecho notorio debe ser alegado, no solo para el conocimiento del juez; sino para que la parte contraria, lo discuta o si sostiene que a pesar de ser un hecho notorio es éste equivocado.

La segunda de las consideraciones y la que en la práctica presenta mayor grado de complejidad, es determinar cuando un hecho resulta ser notorio, para lo que la doctrina ha proveído de algunas definiciones de lo que debe de entenderse como hecho notorio¹¹⁷.

El hecho notorio es conocido por el juez fuera del proceso; es el considerado como verdad indiscutible por una colectividad. Pero no se incluye en la noción del hecho notorio la necesidad de conocimiento por parte de todos los integrantes de una sociedad; sólo debe ser exigido que ese conocimiento se pueda adquirir fuera del proceso mediante elementos al alcance de cualquier persona y cuyo contenido nadie ponga en duda, definición adoptada por la Sala de lo Civil¹¹⁸.

¹¹⁷ ESCRIBANO MORA. ob. cit. Pág. 37, el autor expresa la dificultad que existe para determinar un concepto de hecho notorio y hace algunas aproximaciones a esta idea.

¹¹⁸ Sala de lo Civil, Sentencia Definitiva 1216-2001, de las 11:00:00 del 18/12/2001. Define los Hechos Notorios como: *"aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un círculo social o a un lugar o momento determinado, en la oportunidad en que ocurre la decisión"*. Definición que es conforme con los conceptos doctrinarios por contener los elementos suficientes que permiten establecer la notoriedad de un hecho.

De la idea anterior se concibe que sean cuatro los elementos que debe reunir un hecho para ser considerado como notorio:

- Primero:** ser conocido por una colectividad;
- Segundo:** que el conocimiento del hecho sea posible a través de medios que se encuentren al alcance de la generalidad;
- Tercero:** que el conocimiento del hecho sea posible fuera del proceso;
- Cuarto:** que exista una certeza generalizada de su existencia¹¹⁹.

Teniendo en cuenta estos elementos es posible establecer una aproximación conceptual del hecho notorio, el cual se define como un acto, una acción, un suceso o un acontecimiento cuya concurrencia es del conocimiento de la generalidad, no necesariamente de la universalidad¹²⁰, sin ser necesario para hacerlo propio, más que la posibilidad de acceder a los medios comunes de la comunicación.

El Art. 314 del C. Pr. C. y M., es el que determina las excepciones de la prueba y en su texto efectivamente encontramos los hechos notorios; pero además se establecen como exentos de prueba los hechos evidentes, lo cual genera la necesidad de distinguir unos de los otros.

¹¹⁹ ARAZI, Roland, *“Derecho procesal civil y comercial”*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, Segunda edición, 1995. Pág. 282. Manifiesta que *“Al hacer mérito al hecho notorio, el juez no actúa en calidad de testigo, como sucedería con los hechos de su conocimiento personal, sino que lleva al proceso un hecho acerca del cual hay una certeza generalizada de su existencia”*.

¹²⁰ ESCRIBANO MORA. ob. cit. Pág. 38. Al referirse al conocimiento generalizado manifiesta que *“no hay hechos notorios absolutos, ni tampoco es necesario que se trate de un conocimiento universal”*.

La doctrina proporciona diversas definiciones de hecho notorio, sin que esto facilite la posibilidad de distinguirlo con el hecho evidente, y con la intención de esclarecer de forma puntual dicha confusión, no se va a llevar a cabo un estudio comparativo entre ambas figuras, simplemente nos limitaremos a expresar la diferencia concreta que existe entre ellas; pues según palabras de Calamandrei citadas por Arazi esta discusión acaso puede interesar a un lingüista¹²¹.

El conocimiento sobre un hecho notorio se obtiene, según se menciono, mediante la interacción de las personas con los medios comunicativos más elementales, como la prensa, la televisión, la practica social¹²², entre algunos hechos considerados notorios de relevancia para el derecho mercantil se mencionan: la situación de liquidez por la que atraviesan en determinado momento las instituciones financiera y la revalorización de los créditos; el conocimiento de un hecho evidente se obtiene mediante los sentidos humanos¹²³, es decir se percibe por medio de el olfato, el tacto, la vista, el gusto; así pueden mencionarse como ejemplos de hechos notorios: que la luz del día favorece la visión de las cosas, que un helado de crema se derrite si se expone al calor.

¹²¹ ARAZI. ob. cit. Pág. 283. Cita a Piero Calamandrei de la siguiente manera: *“Admiro la paciencia con que los más antiguos tratadistas de lo notorio se han ingeniado para encontrar sutilísimas distinciones entre los hechos notorios, sabidos, públicos, manifiestos, evidentes y así sucesivamente, pero considero que estas distinciones, acaso interesantes para el filólogo, no han hecho adelantar ni un paso en el camino de la claridad, el problema jurídico”*.

¹²² ESCRIBANO MORA. ob. cit. Pág. 37, indica que un hecho es notorio, cuando los hechos son generalmente tan percibidos o son divulgados sin refutación, por la generalidad, esta idea implica que la mayoría de las personas comparte un conocimiento uniforme y no existe entre ellas contradicción respecto a sus existencia, entonces puede considerarse que un hecho es notorio.

¹²³ ARAZI. ob. cit. Pág. 283. Considera que los hechos evidentes son los que surgen de la mera percepción sensorial, es decir que no es necesario el tener conocimientos científicos para comprender la consecuencia de una acción y que basta únicamente con la experiencia de las personas para comprender un hecho.

2. 6. 3 PRESUNCIONES LEGALES

Las presunciones legales a diferencia de los hechos notorios y los afirmados por ambas partes, se encuentran prescritos por la ley y no se sujetan a la voluntad de las partes en cuanto a comprobar su existencia, por tratarse de la consecuencia o efecto que la misma ley ha establecido como resultado de la ejecución de una acción u omisión.

Según lo anterior, la presunción lejos de ser un hecho acreditable por las partes, es la consecuencia según lo expresa **ARAZI** de una “*deducción lógica*”¹²⁴ realizada por el legislador, quien teniendo como punto de partida un hecho conocido concluye en la existencia de un hecho desconocido, en que debe tenerse como acreditado dentro del proceso judicial.

De acuerdo con las ideas anteriores, ha de entenderse por una presunción legal la deducción lógica hecha por el legislador teniendo por cierto un hecho a partir de la existencia de otro, según puede observarse en este caso la presunción nace del creador de la ley; sin embargo existe ocasiones en las que la presunción nace del juez, tratándose de las presunciones judiciales, en este caso se trata más de la deducción resultante de la valoración de las pruebas lo que habilita a las partes a probar lo contrario o en el caso a la interposición de los recursos pertinentes.

Estas Presunciones Legales doctrinariamente se clasifican en dos grupos, las denominadas Presunciones “*iuris et de iure*” o de Derecho, y las

¹²⁴ ARAZI. “*Derecho Procesal...*”. ob. cit. Pág. 327. Indica que una presunción judicial “*importa deducciones lógicas del juez, quien parte de un hecho conocido (indicio) y concluye en la existencia de otro hecho desconocido*” de acuerdo con esto lo que sirve de base para que exista una presunción es la existencia de un hecho al que el autor denomina indicio, que permita deducir la existencia de otro. La diferencia con la presunción legal es que quien realiza el proceso intelectual en el caso de las presunciones judiciales el juez; mientras que en el caso de las presunciones legales esta deducción lógica está a cargo del legislador.

Presunciones “*iure tantum*” o de hecho. Las Presunciones “*iuris et de iure*” no admiten prueba en contrario; es decir no es posible refutarlas haciendo uso de medios probatorios como ejemplo de este tipo de presunciones se encuentra lo establecido por el Código Civil en el Art. 74¹²⁵ que se refiere a la presunción de la concepción, la cual se colige de la fecha de nacimiento.

Mientras que las Presunciones “*iure tantum*” generan la inversión de la carga de la prueba y permiten que la parte que se ve afectada pueda utilizar los medios probatorios que crea conveniente para probar lo contrario, esto es así porque las Presunciones no son medios probatorios en sí de acuerdo con lo manifestado por la Sala de lo Civil¹²⁶, lo que permite a las partes rebatirlas, un ejemplo de este tipo de presunción es el Art. 79 del Código Civil, el que se refiere a la presunción de muerte de las personas¹²⁷.

De tal manera se concluye que las presunciones legales se excluyen de prueba siempre que se trate de Presunciones “*iuris et de iure*” o de Derecho; mientras que tratándose de Presunciones “*iure tantum*” o de hecho, pueden ser rebatidas haciendo uso de los medios probatorios pertinentes.

¹²⁵ Código Civil. Art 74. De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento.

¹²⁶ Sala de lo Civil, Sentencia definitiva 171-C-2004, de las 09:00:00 del **06/04/2005** “*Las presunciones no son propiamente medios de prueba, sino, más bien, verdaderas dispensas de prueba, que en el caso de las juris tantum, desplazan el peso de la prueba, haciéndola recaer no sobre la persona a cuyo favor está establecida la declaración legal, sino sobre aquella otra a quien tal declaración perjudica y que debe tratar de impugnarla utilizando medios probatorios. En otras palabras, dado que la presunción tiene su fondo lógico de un lado y de otro persigue dispensar cierta protección a determinadas situaciones jurídicas, dando por existentes hechos que favorecen a una u otra parte, en cuanto la realidad destruya el supuesto, es obligado que deje de surtir efectos. De aquí que la Ley permita la prueba de la existencia del hecho contrario*”

¹²⁷ Código Civil. Art. 79. Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive y verificándose las condiciones que van a expresarse.

2. 7 PRINCIPIOS DE LA PRUEBA

Se entiende por principios procesales, “*aquellas reglas mínimas a las que debe sujetarse un proceso judicial para ser debido proceso*”. Estas reglas mínimas aseguran el derecho de defensa de las partes¹²⁸.

Por su parte el procesalista español **Vicente Gimeno Sendra**, sostiene que los principios del procedimiento rigen la forma de la actuación procesal, determinan la índole de relación entre las partes y el órgano jurisdiccional, aquellos entre sí, y todos los sujetos procesales con la sociedad e informan la sucesión temporal de los actos procesales, entre ellos los relativos a la forma de los actos procesales¹²⁹.

Los principios del proceso mercantil, deben ser analizados, más que desde una simple perspectiva que informan a una legislación secundaria; debido a que dichos principios deben ser expuestos e incorporados a la misma, bajo la premisa de la normativa constitucional.

Lo anterior, significa que los principios procesales se desprenden de los derechos fundamentales, como garantías mínimas de carácter procesal que pueden ser exigidas por los habitantes de la república, y deben ser respetadas y cumplidas por la autoridad jurisdiccional. Por ello se afirma que

¹²⁸ ARAZI, Roland, “*La Prueba en el Proceso Civil, Teoría y Práctica*”, Editorial La Roca, Argentina, 2001. Pág. 33. Para quien los principios procesales se convertirían en requisitos indispensables para garantizar los derechos de las partes, porque son estos principios los que establecen límites a las actuaciones de los sujetos procesales garantizando que los actos se verifiquen según lo establecido en la ley.

¹²⁹ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal civil*. Editorial COLEX. Primera edición. Madrid, España. 2005 Pág. 34. Afirma que son los principios procesales los que determinan la forma de realizar las actuaciones procesales.

los principios inspiradores del proceso civil han de deducirse y apreciarse hoy en día desde la óptica de la regulación constitucional¹³⁰.

A continuación se desarrollan brevemente algunos comentarios referidos a los principios que incorpora el C. Pr. C. y M., realizando un breve esbozo sobre lo que la antigua legislación contenía respecto de estos mismos (de los que incorporaba porque es sabido que algunos son nuevos), algunos de estos por ser innovadores, conllevan un progreso en la función Judicial y en la aplicación de las normas que la contemporánea Legislación establece, es de capital importancia referirnos a ellos, debido a lo cual se procede a explicarlos.

2. 7. 1 PRINCIPIO DE APORTACIÓN

El artículo 7 del C. Pr. C. y M., incorpora este principio en virtud del cual la actividad probatoria debe recaer sobre los hechos afirmados por las partes, es decir aquellos hechos que son controvertidos. Asimismo éste artículo dispone que la prueba debe ser aportada exclusivamente por las partes o terceros, excluyendo de esta posibilidad al juez.

Se concluye que el principio en cuestión tiene una doble visión: la primera referida a la pertinencia de la prueba¹³¹, ya que según este principio

¹³⁰ LEÓN TIRADO, Pilar, “Principios del Proceso en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000”, Revista de Derecho Civil, La Ley, España, Pág. 13. Afirma que todos los principios recogidos por el Derecho Civil tienen su fuente en el Derecho Constitucional.

¹³¹ Sala de lo Penal, Sentencia Definitiva, 301 – CAS – 2004 de las 11:00:00 del 24/10/2005. Asumida la responsabilidad de pronunciarse sobre la pretensión probatoria le corresponde calificar la pertinencia y necesidad de la prueba al Juez o Magistrado: “Una vez planteada la pretensión probatoria ante el Tribunal de Sentencia, y asumida por parte de éste la responsabilidad de emitir un pronunciamiento, le corresponde igualmente calificar la pertinencia y necesidad de la prueba ofrecida”. Aunque se enmarca el extracto de la Sentencia en Materia Penal, se aplica perfectamente en Materia Mercantil,

la prueba deberá recaer únicamente sobre los hechos controvertidos teniendo como impertinente y por lo tanto excluida de la valoración del juez, aquella prueba que no verse sobre los hechos controvertidos¹³².

La segunda relacionada con la carga de la prueba, que ya se estudio en capítulos anteriores, en virtud de la cual la prueba para que sea válida debe de ser aportada únicamente por las partes o los terceros, excluyendo de esta manera la prueba practicada por el juez de forma oficiosa; aunque según se verá esta verdad no es absoluta¹³³.

2. 7. 1. 1 PRUEBA DE OFICIO Y DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER

Debe entenderse que los obligados a aportar las pruebas que respalden sus afirmaciones en el proceso mercantil son las partes¹³⁴, según se ha estudiado en el sub capítulo anterior, siendo así que el juez no puede ordenar la práctica de una prueba distinta a las propuestas por cada una de ellas (Art. 321 C. Pr. C. y M).

En el proceso mercantil están prohibidas las pruebas de oficio; es decir aquellas que son ordenadas por el juzgador, propias de los sistemas inquisitivos, sin embargo de aquella prueba que ya fue incorporada al proceso con las formalidades legales, el juez puede ordenar que se practiquen diligencias que le permitan aclarar algún punto oscuro sobre la

debido a la pertinencia que puede tener la prueba para resolver la controversia, y si es pertinente se vuelve necesaria a fin de sentenciar el *Litigio*.

¹³² ALSINA. ob. cit. Pág. 301. Respecto a la valoración de prueba impertinente dice que “*se previene que las pruebas que se refieran a hechos no articulados serán irremisiblemente desechadas al pronunciar sentencia definitiva*”

¹³³ JURISPRUDENCIA

¹³⁴ ESCRIBANO MORA. ob. cit. Pág. 49. Debe aplicarse en esta situación las consecuencias de la falta de prueba, por la inactividad de las partes.

prueba practicada. Por ejemplo cuando una de las partes ha propuesto como prueba un libro en el que constan los registros contables de una sociedad, el juez puede solicitar la comparecencia de una persona idónea, que lo instruya sobre las cantidades reflejadas en el libro; o si se presentare un dictamen pericial, como sucede en los juicios de seguros, si para el juez dentro el dictamen o parte de él no fuere claro, puede solicitar la comparecencia de un perito, esto dentro del término probatorio.

En tal sentido no hay que confundir ambos términos la prueba oficiosa y las diligencia para mejor proveer, en la primera el juez es quien por iniciativa propia procede a la práctica de la prueba el mejor ejemplo es el proceso laboral (Art. 398 Código de trabajo¹³⁵); mientras que en el segundo de los casos el juez únicamente puede hacer uso de la prueba propuesta para aclarar conceptos oscuros que le faciliten la labor de emitir el fallo; tal es el caso de los artículos 347 y 369 ambos del C. Pr. C. y M.,.

Con excepción del reconocimiento judicial que en esencia no resulta ser más que el examen de elementos que por su relación con el objeto del proceso son imprescindibles para dictar sentencia, el juez mercantil no puede ordenar otro tipo de prueba oficiosa¹³⁶.

¹³⁵ Que le permite al juez oficiosamente practicar cualquier medio probatorio que le resulte útil para pronunciar el fallo.

¹³⁶ Cuando existan actos que necesiten ser verificados por el Juez de la causa, necesariamente corresponde practicarlos al juez que dirige la investigación: *“Cuando se trate de anticipos de prueba irreproducibles, corresponde idóneamente al juez que dirige la investigación practicarlos de conformidad con el Principio de Especialización de la Función Jurisdiccional o Competencia Funcional”*. En Materia Procesal Mercantil se puede hablar de *Inspección Judicial*, que de no practicarse, puede derivar en la pérdida del Medio de Prueba o una *errónea apreciación de la prueba*, por eso se relaciona este extracto. **N° 28-COMP-2009, Fecha:** 27/09/2009, **Origen:** Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, **Nombre de tribunal:** CORTE PLENA, **Tipo de proceso:** Conflictos de Competencia en materia Penal, **Materia:** Penal, **Delitos:** Secuestro.

2. 7. 2 PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Este principio tiene íntima relación con el de inmediación, ya que parte de la idea que las partes deben conocer, intervenir en la práctica de los diferentes medios probatorios, pudiendo objetarla, respetando los términos que la ley establece. La publicidad es la esencia del sistema Democrático de gobierno, y además constituye según **Eduardo Couture**, el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre los jueces y litigantes. Este principio se origina en el precepto constitucional contenido en el Art. 18, que en lo pertinente indica que *“Toda persona tiene derecho a que se le haga saber lo resuelto”*¹³⁷.

También, de acuerdo al principio de publicidad, el examen y las conclusiones del Juez sobre las pruebas en el obsoleto C. Pr. C, debían ser conocidas por las partes, relacionándose con el principio que exige la intervención de las sentencias. En el mismo término se pronunciaban, los artículos 427 Ord. 3º y 428 C. Pr. C. al decir: *“En la redacción de las sentencias definitivas de primera o única instancia se observarán las reglas siguientes: en las consideraciones estimará el valor de las pruebas, fijando los principios en que descansa para admitir o desechar aquellos cuya calificación deja la ley a su juicio...”* *“Las sentencias definitivas de los tribunales superiores... relacionan brevemente y a fondo las pruebas presentadas y convincentes en la instancia”*¹³⁸.

¹³⁷ CANALES CISCO, Oscar Antonio, *“Derecho Procesal Civil Salvadoreño I”*, Segunda Edición, Impresos Gráficos UCA, San Salvador, El Salvador, C.A., año 2008, Pág. 15. Incorpora un estudio detenido de este tema, En virtud de la importancia que representa el principio de Publicidad de la Sentencia.

¹³⁸ Art. 427 del derogado Código de Procedimientos Civiles, que contenía las formalidades de las Sentencias.

Actualmente Previsto en el Art. 9 del C.Pr.CyM., este principio surgió en contraposición al Principio de Escrituralidad en tanto la Publicidad da seguridad frente a la Administración de Justicia del Tribunal para evitar algún tipo de manipulación, además de que sirve como Publicidad ante la comunidad. Dicho principio tiene dos versiones: **Interna y Externa**. Los actos procesales deben ser notificados a las partes sin que puedan existir inconvenientes, para que se manifieste la publicidad interna y se le haga saber lo resuelto al interesado.

Atendiendo a la **Publicidad Interna** las partes que intervienen en el proceso, deben ser informados de todos los actos procesales que realicen entre ellos, es decir, que si la parte demandante presenta la contestación de la demanda, las autoridades judiciales deben notificar a la parte actora sobre dicho acto, de no hacerlo se incurre en la violación del Principio de Oralidad, mediante el mismo Principio de Publicidad, en resumen exige la necesidad de la existencia de vías de notificación y comunicación de los actos procesales y fijación de los sujetos que sean receptores de la notificación y comunicación.

Desde el punto de vista **Externo**: la publicidad exige que cualquier persona pueda presenciar las vistas o actuaciones verbales efectuadas por los Juzgados y Tribunales. Sobre este aspecto, la Constitución de El Salvador alude a la publicidad Externa, al "Juicio Público", en el artículo 12, al referirse a los juicios penales, debiendo de entenderse que no existe ningún elemento impeditivo para entender dicho principio constitucional al proceso mercantil¹³⁹.

¹³⁹ DE LA PLAZA, Manuel, Magistrado "*Derecho Procesal Civil Español*" Tercera Edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1951. Pág. 331. Se refiere a la publicidad, en sentido general, la administración pública, debe hacer del conocimiento general todas sus actuaciones, aludiendo tanto a las administrativas y políticas como a las Judiciales.

Este principio está en íntima relación con el de oralidad y más que a las partes, se refiere al resto de la comunidad social interesada en conocer el funcionamiento de la justicia.

La Publicidad es la esencia del sistema democrático de gobierno y además constituye según Couture *“el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre los jueces y litigantes”*¹⁴⁰.

El proceso mercantil se encuentra dirigido por intereses, de las partes en su mayoría y de terceros en otras ocasiones, quienes buscan satisfacerlos a través de obtener una sentencia estimatoria o desestimatoria según el caso; para lo cual necesitan hacer uso de los medios que la ley les otorga.

En ese sentido los sujetos procesales afirman hechos y presentan pruebas que los respaldan, en contraposición a estos, hay un sujeto que niega esos hechos y refuta la prueba presentada para lo cual necesita conocerla, poder analizarla, participar en su producción lo que es posible con este principio¹⁴¹.

Pero la publicidad de la prueba no se limita en poner a disposición del demandante y del demandado los elementos probatorios, trasciende a la esfera de los terceros que sin participar en el proceso sean afectados por la sentencia, quienes en ese momento adquieren el carácter de partes según el Art. 58 C. Pr. C. y M.

¹⁴⁰ CANALES CISCO, Oscar Antonio *“Derecho Procesal Civil Salvadoreño”* Segunda Edición. Editorial Impresos Gráficos UCA 2003, Pág. 15. Enuncia que este principio garantiza la transparencia en la administración judicial.

¹⁴¹ DEVIS ECHANDIA. *“Compendio...”*. ob. cit. Pág. 20. Manifiesta que debe permitirse a las partes conocer la prueba, intervenir en su producción y objetarla si es el caso y analizarlas para patentizar ante el juez el valor que tienen.

Es decir que la publicidad de la prueba implica que las conclusiones del juez deben ser conocidas por las partes y estar a la disposición de cualquier interesado¹⁴², así se encuentra en el Art. 224 C. Pr. C. y M; manifestándose de esta manera la doble finalidad del principio.

En atención a lo expresado en los párrafos anteriores se puede afirmar que el principio de publicidad de la prueba consiste en poner a disposición de las partes y de quien pueda tener interés en ellas, las pruebas aportadas al proceso y las valoraciones hechas por el juez consignadas en la sentencia.

2. 7. 3 PROHIBICIÓN DE APLICACIÓN DE CONOCIMIENTOS PRIVADOS DEL JUEZ

La mayoría de autores que tratan este tema lo hacen como parte del principio de necesidad de la prueba, según el cual los hechos controvertidos en el proceso necesariamente deben de ser demostrados mediante prueba incorporada al proceso por las partes¹⁴³; pues esta afirmación se complementa con la premisa de prohibir al juez aplicar conocimientos privados en el litigio.

¹⁴² CANALES CISCO, Oscar Antonio. *“El Proceso Civil Salvadoreño: Nulidad de Actuaciones Judiciales”*. Editorial Universidad Francisco Gavidia, Primera Edición, San Salvador, El Salvador, 2004. Pág. 49. Manifiesta que *“una vez pronunciado el acto de decisión del juez se genera la obligación de comunicarlo a las partes. Este imperativo legal tiene su fundamento en el principio de publicidad, a su vez por fin la publicidad de poner al alcance de todos los ciudadanos la actividad judicial y darles ocasión de conocerla e imbuirles confianza en la justicia”*.

¹⁴³ BACRE, Aldo, *“Teoría General del proceso”*, Tomo III, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina, 1992. Pág. 13. En donde se encuentra que el principio de necesidad *“se refiere a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los sujetos procesales (partes, juez, terceros, auxiliares)”*.

Este principio tiene su origen en la frase “*el juez puede suplir las omisiones de derecho mas no las de hecho*”, que abarca más que las alegaciones fácticas de las partes, extendiéndose al ámbito procedimental lo que quiere decir que si las partes no incorporaron la prueba pertinente para acreditar un hecho, el juez no podrá tenerlo por acreditado aunque él conozca su veracidad, si ese conocimiento fue adquirido fuera del proceso, al respecto la Sala de lo Civil ha establecido que el Juez no puede tener por probados hechos que no han sido establecidos por las partes en el proceso¹⁴⁴.

Si se trata de un hecho notorio el juez si puede tenerlo como acreditado pero no porque el juez lo conozca privadamente; sino porque pertenece al conocimiento público y según se menciono anteriormente es la misma ley la que excluye de prueba estos hechos teniéndolos por ciertos¹⁴⁵.

Debe concluirse en virtud de este principio que la prueba resulta ser necesaria para acreditarle al juez la concurrencia de un evento aunque este evento sea del conocimiento previo del mismo. La importancia de este principio radica en la motivación de la sentencia en donde se debe razonar sobre los hechos que fueron probados y los que lo fueron haciendo una clara relación entre las pretensiones y la prueba aportada por las partes.

¹⁴⁴ Sala de lo Civil, Sentencia Definitiva 166- 2004 de las 10:15:00 del 24/03/2004. Considera que el Juez no puede tener por demostrados hechos que no fueron acreditados por las partes, por no haber hecho uso de los medios probatorios que la ley ha establecido. Para la Sala el Juzgador comete un error en la apreciación de las pruebas, al dar por demostrados, hechos que no fueron establecidos en el proceso por ningún medio legal de prueba, es decir, "ve prueba donde no hay", lo que daría lugar al recurso de casación.

¹⁴⁵ DEVIS ECHANDIA. “*Compendio...* ob. cit. Pág. 16. Se menciona que en este caso no se trata de aplicar un conocimiento privado sino de tenerlo por cierto en virtud de esa peculiar condición que es conocida de las partes.

2. 7. 4 PRINCIPIO DE NECESIDAD

El proceso mercantil no se inicia si no es a partir de la presentación de una demanda¹⁴⁶, que contiene una o varias pretensiones; estas pretensiones para que puedan gozar de la protección jurisdiccional deben de tener un fundamento legal¹⁴⁷, sin el cual la demanda sería improponible (277 C. Pr. C. y M); pero además del fundamento legal, la pretensión debe de tener un fundamento material, factico, de hecho o cualquier otra denominación que pueda dársele, que se manifiesta en las alegaciones de las partes.

Estos hechos que sirven de fundamento para las pretensiones, según se ha repetido, deben de ser acreditados ante la figura del juez, para lo cual las partes han de hacer uso de aquellas herramientas jurídicas que les permitan este cometido; en este contexto se utiliza el término necesidad como aquello de lo cual no puede prescindirse, a lo cual no puede faltarse¹⁴⁸.

Pero **¿Por qué razón no puede prescindirse de la prueba?**, la respuesta resulta de la redacción del inciso cuarto del artículo 217 del Código Procesal Civil y Mercantil referido a la motivación de la sentencia, relacionado con la prohibición del juez de aplicar conocimientos privados.

En atención a las ideas anteriores se afirma que la prueba es necesaria para la demostración de los hechos en el proceso, ya que el juez tiene prohibido aplicar su conocimiento privativo para fundamentar su fallo,

¹⁴⁶ Relacionar artículos 1 y 6 del Código Procesal Civil y Mercantil, con relación al principio dispositivo de las partes.

¹⁴⁷ PALACIO. Lino Enrique, “Manual de Derecho...” ob. cit. Págs. 353 y 354, para toda demanda requiere de un fundamento que de no existir “aquella declaración de voluntad cae en el vacío y no produce el efecto jurídico a que tiende”.

¹⁴⁸ PARRA QUIJANO. ob. cit. Pág. 52. Para el termino necesidad se utiliza como “todo aquello a lo cual es imposible substraerse, faltar o resistir”.

su decisión debe basarse únicamente en las pruebas que fueron legalmente incorporadas en el proceso¹⁴⁹.

En ese sentido la Sala de lo Civil en repetidas ocasiones ha considerado que no es posible atribuir error de los tribunales Ad-quem al momento de valorar la prueba el hecho de no tener por acreditados los argumentos facticos en que las partes fundamentan sus pretensiones, cuando la prueba aportada es insuficiente¹⁵⁰.

2. 7. 5 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Etimológicamente: “Prueba es procedente del latín, en el que PROBATIO, PROBATIONIS, así como el verbo correspondiente, PROBO, PROBAS, PROBARE vienen de PROBUS, que quiere decir bueno, correcto, recto, honrado; o sea, lo que resulta probado es bueno, es correcto, es auténtico; probar significa verificar o demostrar autenticidad”.

En el proceso intelectual de la prueba, no puede faltar la idea de que se necesita obtener la verdad dentro del proceso, y para ello es necesario cumplir con todos los requisitos de fondo y de forma que la ley prescribe a continuación se detalla uno de los principios más necesarios en esta actividad.

¹⁴⁹ DEVIS ECHANDIA, *“Compendio...”*. ob. cit. Pág. 15 para este principio resulta inapreciable para garantizar los derechos del individuo, ya que de otra manera estos derechos podrían estar en manos de jueces parciales cuyas decisiones serían arbitrarias.

¹⁵⁰ Sala de lo Civil, Sentencia Definitiva 1537-2003 de las 08:30:00 del 21/03/2003. Ha manifestado en distintas sentencias que cuando la prueba aportada fue insuficiente, no puede atribuirse a la Cámara Ad-quem, el vicio denunciado, (error en la apreciación de la prueba); consecuentemente, no procede casar la sentencia de que se ha hecho mérito.

El Art. 3 del C. Pr. C. y M., menciona que *“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.”

Consiste el principio de legalidad en que todo proceso deberá tramitarse ante juez competente o juez natural y la prohibición hacia las partes de disponer las normas procesales del Código.

El principio de legalidad o imperio de la ley es un principio fundamental del Derecho Público conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de los hombres (ej. el Estado sometido a la constitución). Por esta razón se dice que el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica¹⁵¹.

De tal forma que debe entenderse al principio de legalidad como la regla de oro del Derecho Público y en tal carácter actúa como parámetro para decir que un Estado es un Estado de Derecho, pues en él el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas.

¹⁵¹ Revista de la Escuela de Derecho UTEC de El Salvador, año 3, número 5, 2008, Pág. 6. Es acertado el decir que la actuación del órgano jurisdiccional debe someterse al texto legal preexistente; y no a la voluntad de quienes lo conforman, lo que respalda la seguridad jurídica que debe existir en cualquier Estado Constitucional de Derecho lo que genera confianza no solo en los nacionales sino también en los Estados vecinos, dejar en manos de la discrecionalidad de los aplicadores de justicia las formas y plazos procesales es incorrecto según estas ideas.

En íntima conexión con este principio la institución de la reserva de Ley obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de Ley, particularmente aquellas materias que tienen que ver la intervención del poder público en la esfera de derechos del individuo. Por lo tanto, son materias vedadas al reglamento y a la normativa emanada por el Poder Ejecutivo. La reserva de ley, al resguardar la afectación de derechos al Poder legislativo, refleja doctrina liberal de la separación de poderes.

El principio de legalidad implica, la supremacía de la Constitución y de la ley como expresión de la voluntad general, frente a todos los poderes públicos. Además, el principio de legalidad implica la sujeción de la Administración a sus propias normas, los reglamentos.

2. 7. 6 PRINCIPIO DE UNIDAD

Se trata de un principio de suma importancia en cuanto al resultado de la Valoración que el Juez hace los medios de prueba que le han sido presentados, así lo considera la Sala de lo Civil¹⁵².

2.7.6.1 CONCEPTO.

El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. Mediante dicha declaración viene a restablecer la norma fundamental el principio de la “*Unidad Jurisdiccional*”, al

¹⁵² Sala de lo Civil, Sentencia Definitiva 1679-2004 de las 15:00:00 del 29/10/2004. Expresa que la unidad de la prueba resulta ser “*uno de los principios básicos en los criterios de la valoración de la prueba es el de UNIDAD DE LA PRUEBA. El cual consiste en que la prueba en el proceso forma un material uniforme que se debe estudiar en conjunto, que la convicción del juez debe ser el resultado de la unidad de los medios probatorios y no una consideración aislada de los medios probatorios*”.

cual se opone la creación de las Jurisdicciones especiales, característica esencial de las sociedades estamentales o corporativas, que sustentaban el Antiguo Régimen y el anterior Estado Autocrático¹⁵³.

Una Jurisdicción está informada por el susodicho principio de unidad cuando la potestad jurisdiccional es encomendada exclusivamente a los Jueces y Magistrados, integrantes del Poder Judicial, estándoles expresamente vedado cualesquiera otros órdenes de funcionarios el ejercicio de aquella potestad.

La Instauración de tales órdenes de funcionarios con funciones juzgadoras conformaría un supuesto de Jurisdicción Especial. Las jurisdicciones especiales se caracterizan y diferencian de los tribunales ordinarios por la concurrencia en ellas de dos notas esenciales: desde un punto de vista formal no se rigen por las disposiciones de la Ley Orgánica Judicial, ni forman parte del Poder Judicial, y sobre todo, desde el material, *carecen de independencia* frente a los demás poderes del Estado y, de modo especial, frente al Ejecutivo, es decir, aun cuando en una jurisdicción especial concorra la nota objetiva de la Jurisdicción, es decir, la “cosa juzgada”, le viene a faltar la subjetiva “*la independencia y sumisión a la Ley*”. Por tal razón (porque el tercero que ha de dirimir el conflicto, carece de independencia), las actuaciones que ante ellas transcurren no pueden merecer la denominación de proceso, sino la de un mero procedimiento, expresión formal de una solución autocompositiva¹⁵⁴. Se trata de un principio

¹⁵³ CATENA, Víctor Moreno, CORTEZ DOMÍNGUEZ Valentín, y otro, “*Introducción al Derecho Procesal*”, Editorial Tirant Lo Blanch, impreso por Guada Litografía, S.L., Primera Edición, Valencia, España, Págs. 56 a la 59. La actividad judicial no debe contradecirse ni con el paso del tiempo ni con el surgimiento de nuevas situaciones, es a través del principio de unidad que se logra uniformar criterios.

¹⁵⁴ *Ibíd.* Pág. 58. Considera la autocomposición como una figura que el Derecho ha logrado superar con el paso del tiempo, por lo que dice que debe considerársela únicamente como un forma antigua de resolver los conflictos jurídicos, que en la actualidad reviste nuevas formas; pero ha dejado de comprometer la sola voluntad de las partes en conflicto.

de suma importancia en cuanto al resultado de la Valoración que el Juez hace los medios de prueba que le han sido presentados, así lo considera la Sala de lo Civil¹⁵⁵.

2. 7. 6. 2 EL FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE UNIDAD

Es el mismo que el de la propia legitimación del oficio judicial: “La independencia y la sumisión a la Ley” de los Juzgadores y Tribunales. En la medida en que los Jueces y Magistrados, integrantes del Órgano Judicial, son los únicos Funcionarios Independientes, y sometidos a la Ley y al Derecho, tan sólo a ellos la sociedad les otorga la potestad jurisdiccional, excluyéndose, de este modo, la posibilidad de que el Órgano Ejecutivo pueda conferir a otros funcionarios el ejercicio de funciones juzgadoras con fuerza de cosa juzgada, pues de nada serviría la proclamación de la sumisión del Estado al imperio del Derecho y la exigencia democrática de que las Leyes promulgadas por el Parlamento hayan de ser imparcialmente aplicadas a los casos concretos, si aquella potestad pudiera ser sustraída del Poder Judicial y encomendada a los funcionarios mas sumisos al Órgano Ejecutivo.

De lo dicho se desprende que el principio de “unidad jurisdiccional” es, en general, consustancial a todo sistema democrático y que, por el contrario, su principio antitético, el de “*dispersión jurisdiccional*” o de proliferación de las “*jurisdicciones especiales*” constituye, como se ha dicho, una característica de los Estados autocráticos. Sin embargo tal principio es inherente a todo

¹⁵⁵ Sala de lo Civil, Sentencia Definitiva 1679-2004 de las 15:00:00 del 29/10/2004. Expresa que la unidad de la prueba resulta ser “*uno de los principios básicos en los criterios de la valoración de la prueba es el de UNIDAD DE LA PRUEBA. El cual consiste en que la prueba en el proceso forma un material uniforme que se debe estudiar en conjunto, que la convicción del juez debe ser el resultado de la unidad de los medios probatorios y no una consideración aislada de los medios probatorios*”.

Estado de Derecho solo en la medida en que, como se ha reiterado, los Jueces y Magistrados son los únicos titulares de la potestad jurisdiccional “*Independientes, responsables y sometidos al imperio de la Ley*”¹⁵⁶.

Ahora bien, si la independencia judicial es potenciada en un sistema democrático determinado a través de la instauración del sistema de *autogobierno*, el principio de “*Unidad Jurisdiccional*” pasa a convertirse, con carácter absoluto, en consustancial de dicho sistema, ya que la instauración de otros Tribunales, no encuadrables en el Órgano Judicial, produciría también la exclusión de aquél régimen de gobierno y la coexistencia de Tribunales absolutamente independientes con otros dependientes funcionalmente al menos, del Órgano Ejecutivo.

2. 7. 7 PRINCIPIO DE COMUNIDAD

Una vez propuesta la prueba pasa a ser parte del proceso¹⁵⁷, dejan en este caso de poseerse derechos de propiedad sobre la prueba y los elementos probatorios sirven para determinar la existencia de los hechos a

¹⁵⁶ CATENA, Víctor Moreno, CORTEZ DOMÍNGUEZ Valentín, y otro. ob. cit. Pág. 59. Si partimos de la premisa anterior, podemos darnos cuenta que es indispensable corroborar primero la existencia de la tan aclamada Independencia de Poderes, para verificar si realmente existe la referida *unidad jurisdiccional*, porque la Democracia facilita y aumenta el desarrollo un verdadero Estado de Derecho, que tiene capital importancia al momento de concretar el funcionamiento del órgano encargado de Administrar Justicia.

¹⁵⁷ PARRA QUIJANO. ob. cit. Pág. 53. Para quien “*la prueba es literalmente expropiada para el proceso*”. Imaginemos que la prueba es un trofeo, el cual luego de haberse ganado el campeonato pasa a las vitrinas del club, el único dueño de ese premio es el club y su afición, pero la afición no puede tomar y llevarse ese trofeo, tampoco los jugadores, solamente puede disponer de ese valioso presente los dueños del club, debido a que es Patrimonio del club, el resultado de sus logros y el cumplimiento de las metas u objetivos de dicha institución. Al sustraer el ejemplo anterior a la materia probatoria, se percibe que ese premio, trofeo y presente en el Proceso es la Prueba que pasa a ser el *Patrimonio* de la Justicia, que mediante el juicio lógico del Juez permitirá cumplir con el mandato de *Juzgar y hacer Ejecutar los Juzgado*, ese es el sueño de la Legislación Procesal, velar por el cumplimiento de la verdad Jurídica.

que se refieren, no importando si resulta un beneficio para quien los propuso o para la contraria¹⁵⁸.

Existen entonces dos aspectos, el primero el que se refiere a la propiedad material de los elementos probatorios, de la cual se pierden los derechos una vez incorporados al proceso (Según la Honorable Sala de lo Civil la prueba deja de ser propiedad de las partes para incorporarse al proceso)¹⁵⁹; y el segundo el que se refiere al resultado que produzca la práctica de la prueba, del que no puede pretenderse una valoración parcial a favor de quien la propuso¹⁶⁰.

La importancia que resulta para el proceso mercantil de este principio es la imposibilidad que se dispone a las partes de desistir de la prueba practicada.

2. 7. 8 PRINCIPIO LA INMEDIACIÓN DE LA PRUEBA

Se trata de un principio rector del proceso en general pero cuya importancia se manifiesta en la etapa probatoria de este, y tiene su fundamento en la idea de conferir la dirección del debate a un tercero ajeno al pleito, según se expone a continuación.

¹⁵⁸ DEVIS ECHANDIA, *“Compendio...”,* Pág. 17. Para el anterior autor, la prueba debe tenerse en cuenta para *“determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria”*.

¹⁵⁹ Sala de lo Civil, Sentencia Definitiva 523-2004 de las 12: 30:00 del 22/01/2004. *“es necesario aclarar que la única prueba analizada por la Cámara, corresponde a los testimonios aportados por el demandado, lo cual no inhibe a cualquiera de las partes, para que se pueda recurrir del análisis verificado a la misma, ya que la prueba en virtud del principio de comunidad, corresponde al proceso, y no a la parte presentante”*.

¹⁶⁰ PARRA QUIJANO. ob. cit. Pág. 53. Manifiesta que no se puede pretender que el resultado de la actividad probatoria se aprecie en lo favorable a la parte que la petición o aportó.

Por medio de este principio se procura que el Juez o tribunal tenga una permanente e íntima vinculación con los sujetos, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias.

Se orienta a una cercana comunicación: entre el juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en él deban hacerse constar; y los medios de prueba que se incorporen al proceso. De ahí que la inmediación pueda ser **subjetiva, objetiva y de actividad**¹⁶¹. Significa que el juez debe encontrarse en un estado de inmediación o relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas, prefiriendo las que se encuentran bajo su inmediata acción, como inspección ocular¹⁶².

Este principio tiene mejor aplicación en los procesos verbales, porque el Juez interviene directamente en las audiencias de prueba, en cambio en los procesos escritos se autorizaba su aplicación en el sentido que las distintas disposiciones legales regulaban a quien corresponde la carga de la prueba, momento de aportación y valoración, pero en ningún momento se legislaba en cuanto a la participación del Juez al momento de recibirse, a la relación directa que debe tener con los diferentes medios probatorios, para que pueda juzgar con certeza jurídica; solamente existía el Art. 242 C. Pr. C. que mencionaba que *“las pruebas se producirán ante el Juez de la causa”*.

¹⁶¹ **Subjetiva:** Se refiere a que es necesaria la intervención de un tercero Imparcial para la Producción, Verificación y Dirección del proceso. **Objetiva:** Cuando basta simplemente con la verificación o comprobación de la existencia de un ente contralor del juicio, esto se puede verificar con la emisión de autos, decretos o sentencias, donde (con mayor auge en el proceso Escrito) la firma, del Juez o Magistrados basta para hacer constar su participación en los diferentes actos procesales, **de Actividad:** Es necesario que se constate la participación real, material y fidedigna del Juez *Director del Proceso*, en todos los actos procesales, con mayor razón si dichos Actos se refieren a Prueba, no obstante las excepciones que por razón de la Competencia Jurisdiccional deban hacerse.

¹⁶² SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Juan José, *“Apuntes sobre Derecho Procesal Civil”*, El Salvador, Pág. 21-23. La relación directa con las partes y con la prueba es una necesidad, debido a que no puede delegarse a un Colaborador Judicial, la tarea de *Juzgar* que compete exclusivamente al Juez, a menos que se esté ante la presencia de un Acto de Cooperación Internacional Art. 150 o una Comisión Procesal Art. 140, 141 todos los Artículos citados son del Código Procesal Civil y Mercantil,

Dentro del proceso existe un director, un sujeto encargado de encausar las actuaciones de las partes, evitando actos innecesarios, improcedentes procurando dar cumplimiento a los principios generales del proceso, como el de concentración y economía procesal, en las legislaciones de cada país esta dirección comprende distintas potestades y obligaciones, pero siempre han de recaer sobre un sujeto común denominado juez según lo manifiesta **Montero Aroca**¹⁶³.

Es en este marco que se desarrolla el principio de inmediación de la prueba, debiendo ser el juez quien convalide el procedimiento probatorio desde su admisión hasta su valoración; ya que según el espíritu de este principio la prueba es eficaz únicamente cuando ha sido el director del proceso quien ha participado en cada uno de los momentos probatorios, nos referimos a la admisión, producción y valoración¹⁶⁴.

Es la participación del juez como director del desarrollo de la prueba lo que impide que el proceso se constituya en un debate sin reglas y con la única intervención de sujetos en el ámbito privado. El juez tiene una participación activa en el procedimiento probatorio, lo que le permite en el momento indicado tener una visión clara de las afirmaciones que fueron probadas y de las que no lo fueron y de esta manera valorar las pruebas no de forma aislada sino como la unidad que son.

¹⁶³ MONTERO AROCA, Juan, *“proceso civil e ideología”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006. Pág. 307 manifiesta que *“el juez se ha convertido en todos los ordenamientos procesales civiles en dirige el proceso, bien entendido que esa dirección se refiere a las que antes hemos llamado facultades procesales, bien en lo atinente al control de la falta de los presupuestos de los que depende, sí la validez del mismo, bien en lo que atiende a hacerlo avanzar de una fase a otra en la dirección que conduce a la sentencia”*.

¹⁶⁴ DEVIS ECHANDIA, *“Compendio...”*. ob. cit., Pág. 21, según sus palabras uno de los requisitos de eficacia de la prueba es la intervención del juez, *“Para la eficacia de la prueba, para el cumplimiento de sus formalidades, para la lealtad e igualdad en el debate y su contradicción efectiva, es indispensable que el juez sea de manera inmediata la dirija, resolviendo primero sobre su admisibilidad e interviniendo luego en su recepción. Este principio contribuye a la autenticidad, a la seriedad, la oportunidad, la pertinencia y la validez de la prueba”*.

En efecto la participación activa del juez le permite permanecer en relación directa con las partes procesales, con la prueba y más importante aun con el objeto del proceso, lo que le permite una apreciación general del proceso para un mejor proveer¹⁶⁵.

El principio adquiere relevancia en el proceso mercantil con la vigencia de la oralidad incorporada en el C. Pr. C. y M., en donde el juez interviene directamente en la audiencia probatoria según lo refiere el Art. 10 de ese código, en el mismo se señala que, el juez deberá presidir la celebración de audiencias, así como la práctica de los medios probatorios, protegiéndose a tal grado la inmediatez que en caso de delegación, es motivo de nulidad insubsanable.

Para la Sala de lo Civil el proceso de intermediación compone un elemento fundamental dentro del Proceso por lo que la actividad probatoria debe llevarse a cabo ante el Juez competente¹⁶⁶.

Esta regulación es necesaria y la inclusión del precepto es correcta, debido a que el juzgador mercantil, en todo caso debe estar inmerso en el juzgamiento, y esta mediatez jamás se logrará con la delegación de actuaciones propias del juez hacia otro empleado, lo que no es aceptable, bajo ninguna razón¹⁶⁷.

¹⁶⁵ BACRE. ob. cit. Pág. 12. Para quien el juez debe estar vinculado con los sujetos y los elementos del proceso desde el principio a fin de pronunciar la sentencia que defina el conflicto.

¹⁶⁶ Sala de lo Civil, Sentencia Definitiva 1730-2004 de las 10:30:00 del 30/04/2004. A criterio de quien para que pueda existir igualdad de condiciones y de oportunidades procesales a las partes, es necesario que sea ante el Juez del proceso, ante quién se viertan las pruebas, a fin de que éstas puedan ser controvertidas por aquéllos; y sobre todo, para que no se rompa el principio de intermediación de la prueba.

¹⁶⁷ SANCHEZ VÁSQUEZ, Juan José. ob. cit. Pág. 23. Se concluye sobre este apartado que si es indispensable la ayuda que prestan los Colaboradores del Órgano Judicial, lo que no se debe permitir es que sus atribuciones excedan los mandatos de la Ley y hasta de la Constitución, porque como se

La única excepción a esta regla, se da *“cuando la diligencia probatoria deba realizarse fuera de la circunscripción del tribunal, en cuyo caso el juez podrá encomendarla mediante comisión procesal, debiendo el juez delegado presidir la práctica de la misma”* es lo que regula el Art. 10 C. Pr. C. y M.; y ese mismo artículo nos remite al Art. 140 y 141 del mismo cuerpo normativo, en el primero se regula lo referente al momento en que se deba practicar la diligencia probatoria fuera de la sede del Tribunal, pero dentro de la Jurisdicción del Juez, como señala el mismo enunciado, puede hacerse tal encargo siempre y cuando sea *“a fin de presenciar por sí la práctica de pruebas o la realización de un acto procesal”*.

El Art. 141 C. Pr. C. y M., nos relata lo relativo a las tan necesarias Comisiones Procesales, cuando estas deban de realizarse fuera de la circunscripción territorial al que extiende su competencia el Tribunal, éste puede solicitar la cooperación y auxilio de otro Tribunal.

Si dicha cooperación se requiriese, la solicitud de cooperación y auxilio se efectuará directamente, mediante oficio, sin órgano intermediario. Aún es más específica esta disposición debido a que aclara que el acto procesal puede encomendarse, si el mismo no causare riesgo a los fines del proceso, a la parte interesada para que ejecute dicho acto procesal, esta disposición definitivamente es novedosa y representa un verdadero logro, aunque como bien dispone el artículo, puede representar un verdadero atentado al proceso mismo.

El Art. 213 del C. Pr. C. y M., establece terminantemente la necesidad y la exigencia de presencia judicial en las declaraciones, actos de prueba, y

ha reiterado, la *Potestad* conferida a los Jueces y Magistrados es indelegable salvo las excepciones ya referidas.

comparecencias y vistas que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución, resolución que deberá ser dictada por el mismo juez o Magistrado que presencio las declaraciones o actos de prueba correspondiente, sancionándose la infracción de este deber con nulidad del acto judicial¹⁶⁸. Si no dicta la resolución el Juez o Magistrado que presenció la Práctica de Prueba o la Audiencia, se deberá repetir la Audiencia¹⁶⁹.

2. 7. 9 PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN

Se trata de otro principio de carácter general para el proceso que manifiesta su importancia en el régimen probatorio; en el sentido general se trata de acumular la mayor cantidad de actos procesales en una sola actuación. Aunque el C. Pr. C. y M., lo enuncia en el Art. 11 debe aclararse que no se trata de un principio novedoso por tanto no es necesariamente un beneficio de la oralidad, aun cuando se la vincule a la celeridad del proceso¹⁷⁰.

¹⁶⁸ DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio. *“Disposiciones generales relativas a los juicios civiles en la nueva ley de enjuiciamiento civil”*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, España. 2000. Pág. 164. Si el Juez que dicta la Sentencia no es el mismo que presenció la Audiencia, la resolución emitida por el Juez llegal es Nula, debido a la necesidad que se exige de la inmediatez del Juzgador Mercantil.

¹⁶⁹ Art. 213 C. Pr. C. y M. *“Las resoluciones se dictarán por el juez o los magistrados que hubieren presenciado en su integridad la audiencia vinculada con el asunto”*. La Responsabilidad de dictar resoluciones recae en el Juez o Magistrado que ha intervenido en la Audiencia, si no lo hiciera es necesaria la realización de una nueva Audiencia Art. 207 C. Pr. C. y M. *“Cuando quede suspendida o interrumpida una audiencia por concurrir una de las causas legales y deba ser sustituido el juez quien comenzó a celebrarla, se repetirá íntegramente dicha audiencia a presencia del nuevo juez, salvo el caso de los hechos irreproducibles, de los cuales sólo se valorará lo que conste en el expediente. Lo que también se aplicará a los tribunales colegiados”*.

¹⁷⁰ GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. Revista *“Audiencia Preliminar y Oralidad en el Derecho Brasileño”*, Brasil, 2000. Pág. 186. Manifiesta que el principio de concentración *“se invoca a favor del juicio oral, que cuenta con la ventaja de acortar el tiempo para la práctica de los actos procesales, reduciéndolos a una o pocas oportunidades”*. La agilidad Procesal es un tema que históricamente se trata de contrarrestar, al unificar el mayor número de actos procesales posibles, en una sola resolución se busca darle celeridad al proceso, y evitar la dispersión y hasta la contradicción del quehacer procesal.

En el proceso, tanto civil como mercantil, cuando en éstos se procedía fundamentalmente con el sistema escrito, la aplicación del principio se presentaba principalmente en reunir toda la prueba en una misma etapa del proceso, esencialmente en la primera instancia; por ejemplo el Art. 242 C.Pr.C. prescribía que *“Las pruebas deben producirse en el término probatorio...”* o el Art. 1019 C. Pr. C¹⁷¹, cuando habiéndose propuesto prueba, la misma no fue admitida por el juez que conoció en primera instancia.

Este principio significa que el Juez debe conocer el mayor número de hechos que se relacionan entre sí, en una sola audiencia, con lo que se procura una visión más completa de la litis. El Juez debe concentrar toda la actividad en un espacio de tiempo lo más pronto posible, reuniendo en la menor cantidad posible de tratamiento todo el contenido del proceso lo que la definición establece se contrapone al principio de eventualidad.

Esta es la cualidad opuesta a la dispersión de los actos procesales, está inspirada por la necesidad de que la actividad judicial y la de las partes no se distraigan con posible y perjudicial repercusión en la decisión de fondo para la que se ha requerido la actividad judicial¹⁷².

¹⁷¹ Art. 1019 Código de Procedimientos Civiles: En segunda instancia sólo podrá recibirse la causa a prueba en los casos siguientes:

1º En los casos de los artículos 1014 y 1018;

2º Para probar hechos que propuestos en primera instancia no fueron admitidos;

3º Para examinar los testigos que, habiendo sido designados nominalmente en el interrogatorio, no fueron examinados en primera instancia, por enfermedad, ausencia u otro motivo independiente de la voluntad de la parte; pero en este caso el examen sólo recaerá sobre los testigos que no fueron examinados, y por los puntos propuestos en el interrogatorio en que se designaron nominalmente.

¹⁷² DE LA PLAZA, Manuel. ob. cit. Pág. 332. En el fondo lo que se pretende es solucionar el conflicto de intereses, si se emiten una serie de resoluciones, lo que sucederá es que esa dispersión podría afectar la decisión de fondo y que no se hayan relacionado el mayor número de hechos en la Audiencia Probatoria, no se lograría una visión total del pleito. Si se permiten tales actuaciones, la celeridad del proceso se ve mermada, se detiene la Actividad Jurisdiccional y se paraliza a su vez la decisión que solucione el proceso.

El Art. 11 del C. Pr. C. y M., determina que *“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...”*.

La primera parte de esta disposición jurídica nos demuestra que es indispensable que se dicte en una sola resolución todos los actos que se hayan realizado, es menester aclarar que dicha normativa surge con el deseo de agilizar la toma de decisiones y la resolución total de los casos sometidos al conocimiento de determinada autoridad judicial, como es lógico la capacidad judicial se pone a prueba, dado que sujeta al juez a verificar la realización de las diligencias probatorias o de sustanciación del proceso con la mayor prontitud posible.

Se trata de otro principio de carácter general para el proceso que manifiesta su importancia en el régimen probatorio; en el sentido general se trata de acumular la mayor cantidad de actos procesales en una sola actuación. Aunque el C. Pr. C. y M., lo enuncia en el Art. 11 debe aclararse que no se trata de un principio novedoso por tanto no es necesariamente un beneficio de la oralidad, aun cuando se la vincule a la celeridad del proceso¹⁷³.

El principio de concentración de la prueba se refiere a reunir la mayor cantidad de actividad probatoria en el menor número de actuaciones

¹⁷³ GUIMARÃES RIBEIRO, Darcy. Revista *“Audiencia Preliminar y Oralidad en el Derecho Brasileño”*, Brasil, 2000. Pág. 186. Manifiesta que el principio de concentración *“se invoca a favor del juicio oral, que cuenta con la ventaja de acortar el tiempo para la práctica de los actos procesales, reduciéndolos a una o pocas oportunidades”*.

procesales posibles¹⁷⁴, con el sistema probatorio anterior la actividad probatoria en el proceso mercantil se desarrollaba en periodos de tiempo que generalmente eran de ocho días, con la vigencia del C. Pr. C. y M., el desarrollo de la actividad probatoria se verifica en actos bien definidos la audiencia preparatoria para la proposición y la audiencia probatoria para su producción.

En efecto el C. Pr. C. y M., presenta la novedad de reunir la producción de la prueba en una sola audiencia, lo que le permite al juez de lo mercantil apreciar de mejor manera la prueba admitida, por lo que no es recomendable la práctica por partes ya que significaría peligro para la averiguación de la verdad¹⁷⁵.

Dentro de un Proceso en cuya valoración de la Prueba se rige por las reglas de la Sana Critica, resulta de un valor inapreciable la concentración de la actividad probatoria, pues según se menciona de ahí resulta una mejor apreciación de la Prueba lo que permite al juez llegar a la verdad real lo más cerca posible como lo es en materia Penal y hoy en el Proceso Mercantil¹⁷⁶.

¹⁷⁴ BACRE. ob. cit. Pág. 13. Manifiesta que por este principio se procura reunir toda la prueba de una vez. Evitando la dispersión de la misma, es lo más recomendable para la apreciación de manera general de la misma, no permitiendo pausas que puedan degenerar la visión abstracta y sobre todo incurrir en contradicciones que puedan surgir del cambio de estrategia de alguna de las partes en cuanto a la aportación de la prueba.

¹⁷⁵ DE SANTO, Víctor. *“La prueba judicial”*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, Tercera edición, 2005. Pág. 81. En donde se manifiesta que *“la prueba, como regla, debe practicarse de una vez, en una misma etapa del proceso, ya que, como lo pone de relieve Schönke, la practicada por partes o repetida pone en peligro no pocas veces la averiguación de la verdad, impide el debido cotejo y la mejor apreciación”*

¹⁷⁶ Sala de lo Penal, Sentencia Definitiva 474-CAS-2004 de las 10:30:00 del 30/08/2005. Expresa que realizar la actividad probatoria de forma concentrada y no por partes o individual conlleva a una plena apreciación de la misma. *“cuando se trate de Testimonios debe ser construido de las partes para El Juez importa lo que el Testigo diga, importa también la persona que lo diga, interesa en qué condiciones lo diga, no basta solo con decirlo, por ello es importante para construir la Credibilidad de un Testimonio y mucho más cuando es Extraordinario, la plenitud de un Juicio, en el que se coinciden de manera concentradas todos los Elementos de Prueba no de manera individual sino de manera uniforme, cuestión que no solo permite plenitud de apreciación sino que también plenitud de contradicción, respecto de la Prueba que se produzca”*

2. 7. 10 PRINCIPIO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN

Derivado de la garantía constitucional del Debido Proceso, este principio alcanza diversos ámbitos, entre ellos el derecho probatorio, en virtud del cual toda persona tiene derecho a conocer la prueba aportada por la parte que intenta una acción o excepción en su contra, para poder debatirla.

El C. Pr. C. y M., lo regula de forma general en el Artículo 4, relacionándolo de forma acertada con el derecho de defensa, ya que ambos la contradicción y la defensa son complementarios, según se tendrá la posibilidad de estudiar, y así lo ha considerado la Sala de lo Constitucional¹⁷⁷.

Es así, que debe entenderse que la contradicción se amplía además al ámbito de la bilateralidad de audiencia, en tanto que las partes tienen la posibilidad de participar en la producción de la prueba, así como de aportar sus alegatos contradiciendo los resultados de esta.

En virtud de este principio, el juez se encuentra vinculado a dar audiencia a ambas partes antes de decidir sobre cualquier aspecto que pueda generar perjuicio a alguna de ellas, derivado de la propuesta de un medio probatorio.

¹⁷⁷ Sala de lo Constitucional, Sentencia Definitiva 23-2003AC de las 15:00:00 del 18/12/2009. Establece que *“el principio de contradicción ha de verse complementado pues con el principio de igualdad en la actuación procesal, porque no es suficiente que exista contradicción en el proceso, sino que para que ésta sea efectiva, se hace necesario también que ambas partes procesales, cuenten con los mismos medios ante el tribunal correspondiente, de exponer sus argumentaciones”*.

El motivo de esto es que en el ejercicio de la función jurisdiccional las decisiones no pueden tomarse atendiendo únicamente a aquello que una de las partes a logrado probar, sin oír la posición de contraria¹⁷⁸.

Según lo expresado, se identifican las características del principio de Contradicción, las que se expresan a continuación:

a. **La adquisición de Status de Parte**¹⁷⁹.

Una vez presente las partes dentro del proceso, por Principio de Contradicción se les confieren el Status Procesal de Partes para que con arreglo a su legitimación pueda hacer valer con eficacia sus respectivas pretensiones y defensas.

b. **El Derecho de la última Palabra**¹⁸⁰.

Esta característica se evidencia más en el Proceso Penal con la principal manifestación del Principio de Defensa de que nadie puede ser condenado sin ser previamente oído y vencido en juicio. Pero el demandado

¹⁷⁸ ROCCO, Hugo, *“Tratado de Derecho Procesal Civil”*, Volumen II, Parte General. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1976. Pág. 169-170. Para quien *“la razón de este principio consiste en el hecho de que la función de realización de los intereses tutelados por el derecho hay que tomar en cuenta, no solo todo aquello que el actor afirma, sostiene y prueba, sino también la posición del demandado que tiene un interés contrario al demandado”*

¹⁷⁹ REDENTI, E. *“Derecho procesal civil”*. Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, Argentina, 1957, Pág. 30. Son partes en el proceso según lo estipula el C. Pr. C. y M. en su Artículo 58 *“Son partes en el proceso el demandante, el demandado, y quienes puedan sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada”*

¹⁸⁰ RAMÍREZ & GARAY, *“Compendio de Jurisprudencia Venezolana”*. Vol. CCXV. Caracas. Ramírez & Garay, S.A, 2004, Pág. 20. Aunque es cierto que el Derecho de Defensa, esta enlazado con el Derecho de Audiencia, que a su vez se manifiesta mediante la premisa que nadie puede ser condenado si primero no es oído y vencido en las instancias Judiciales o legales, también es un Derecho el mantener el silencio procesal cuando exista la posibilidad de que lo que se pueda mencionar afecte procesal y jurídicamente hablando a la parte, o simplemente no exista algo jurídicamente relevante que aportar con el dicho por el demandante o demandado.

o acusado también puede perfectamente hacer uso de su Derecho al Silencio.

2. 7. 11 PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL

Art. 5 C. Pr. C. y M., *“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.”

Reconoce el anterior Artículo, la igualdad entre las partes intervinientes en el ejercicio de sus derechos, cumplir sus obligaciones y respetar sus cargas procesales este precepto es una traslación del Art.3 de la Constitución, que establece la igualdad de las personas ante la ley en general¹⁸¹.

Según este principio las partes procesales deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus cargos y pruebas de descargo así como los derechos dirigidos a demostrarlos.

¹⁸¹ CANALES CISCO. ob. cit. Pág. 17. Esta visión de Igualdad Procesal está contenida además en I Art. 18 del C. Pr. C. y M. *“Las disposiciones de este código deberán interpretarse de tal modo que se procure la protección y eficacia de los derechos de las personas y la consecución de los fines que consagra la Constitución, dentro del respeto al principio de legalidad. En consecuencia el juez deberá evitar el ritualismo y las interpretaciones que supediten la eficacia del derecho a aspectos meramente formales”.* Con lo anterior se confirma la apreciación que tiene la normativa Procesal actual sobre la obligación de Interpretar las disposiciones procesales de manera tal que no afecten la dignidad de las personas, ni menoscabe la proporcional igualdad que la Carta Magna concede a las personas.

Existe tal igualdad cuando el demandante formula en la demanda su pretensión y luego el demandado se pronuncia frente a ella, así como sucede en el término probatorio en el cual se practican las pruebas solicitadas en la demanda y contestación¹⁸².

Este principio que está estrechamente relacionado al de contradicción, significa que debe haber igualdad de armas para ambas partes en un proceso, además del trato igual que debe recibir de parte del funcionario judicial, como bien a determinado la jurisprudencia constitucional que igualdad significa tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, lo que justifica que el legislador pueda crear un trato diferenciado para personas diferentes, por ejemplo algunos beneficios de personas de la tercera edad, menores de edad, discapacitados, etc¹⁸³.

El Principio de Igualdad no significa que en el proceso haya de existir una identidad absoluta entre las facultades de las partes, como por ejemplo en los procesos en rebeldía o con allanamiento del demandado, donde la voluntad del demandado puede aparecer propuesta¹⁸⁴.

¹⁸² Sala de lo Constitucional, Referencia N° 23-2003AC, Fecha: 18/12/2009 Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas. En lo que se refiere al **Derecho de Defensa** la Sala de lo Constitucional ha mencionado que “*En el proceso jurisdiccional deben existir identidad de armas entre los contendientes, esto es, que el juzgador está obligado a aplicar de manera igualitaria la ley procesal, garantizando a las partes, dentro de sus respectivas posiciones, el equilibrio de sus derechos de defensa, sin conceder un trato favorable a ninguna de ellas*”.

¹⁸³ REDENTI, E. ob. cit. Pág. 32. La referida Igualdad de armas, debe tomarse como las oportunidades procesales que son concedidas a los litigantes, debido a que ni uno debe tener más ni el otro menos.

¹⁸⁴ Sala de lo Constitucional Referencia N° 23-2003AC, Fecha: 18/12/2009 Origen: Salas, Tipo de proceso: Inconstitucionalidades, Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas. La Sala de lo Constitucional ha manifestado sobre el **Principio de Igualdad**, en el sentido de un trato diferenciado lo siguiente: “*Un trato desigual no implica per se una violación constitucional, salvo cuando sea carente de razón suficiente: la diferenciación o equiparación arbitraria; en conclusión, el necesario establecimiento del **tertium comparationis** y de la supuesta arbitrariedad de la diferenciación, se exige rigurosamente en razón de que, tanto el juicio de razonabilidad como el de proporcionalidad, se convierten en los elementos determinantes para poder apreciar una posible vulneración al principio de igualdad y, por tanto, su ausencia o establecimiento defectuoso provoca también que no pueda entrarse al fondo del asunto*”.

Además se entiende que se violenta el Principio de Igualdad¹⁸⁵ cuando hay circunstancias preexistentes determinantes de una igualdad real y el legislador decide un trato diferenciado. Cosa diferente pasa cuando existen circunstancias que determinan la existencia de una desigualdad real y el legislador decide un trato igualitario con lo que se comete "*conducta arbitraria*"¹⁸⁶.

2. 7. 12 PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN

La certeza de las situaciones jurídicas solamente es posible a través del respeto al principio de legalidad; es decir guardar obediencia a las formas que la ley ha establecido para llevar a cabo actuaciones jurídicas, administrativas ejecutivas y judiciales.

La actividad probatoria regida por la ley, está sujeta a formas entre las que se encuentran los plazos, periodos de tiempo establecidos la mayoría de veces por la ley para la realización de determinados actos.

¹⁸⁵ Sala de lo Constitucional Referencia N° 23-2003AC, Fecha: 18/12/2009 Tipo de proceso: Inconstitucionalidades, Materia: Constitucional, Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas. La Igualdad comienza en la *Formulación de la Ley* y se amplía en la *Aplicación* de la misma: "*El mandato del derecho de igualdad en la ley o en la formulación de la ley, entendida ésta en sentido formal y material, no significa que el legislador tiene que colocar a todas las personas en las mismas posiciones jurídicas, ni que todas presenten las mismas cualidades o se encuentren en las mismas situaciones fácticas; este mandato está orientado a sujetar sus formulaciones a criterios razonables cuando estime hacer una diferenciación, pues aunque la idea general está encaminada al tratamiento equivalente en situaciones análogas, no es posible encontrar siempre este supuesto en todos los ámbitos de la realidad normada*".

¹⁸⁶ Sala de lo Constitucional Referencia N° 23-2003AC, Fecha: 18/12/2009 Tipo de proceso: Inconstitucionalidades, Materia: Constitucional, Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas. Sobre esto se ha Pronunciado la Sala de lo Constitucional: "*El derecho de igualdad no es absoluto, sino que corresponde al legislador determinar tanto el criterio de valoración como las condiciones del tratamiento normativo desigual; está rotundamente prohibido, desde un punto de vista constitucional, el tratamiento desigual carente de razón suficiente: la diferenciación arbitraria, la cual existe cuando no es posible encontrar para ella un motivo razonable o justificable que sea concretamente comprensible*".

Deben hacerse las anteriores consideraciones pues el principio en cuestión obedece al cumplimiento de estos periodos¹⁸⁷, procurando orden en el proceso mercantil, por tanto seguridad para las partes que en el intervienen evitando que puedan surgir eventualidades¹⁸⁸.

La principal finalidad de este principio consiste en proteger la buena fe procesal, evitando sorpresas para las partes con la incorporación de pruebas fuera del plazo convenido de las cuales no se pueda ejercer la defensa debida¹⁸⁹.

2. 7. 13 PRINCIPIO DE ORALIDAD

En primer lugar, debe aclararse que cuando hablamos de oralidad, lo hacemos para usar un término que es de común conocimiento y aceptación, aunque sabemos de antemano que prácticamente no hay régimen alguno de derecho positivo exclusivamente oral, si no que la mayoría son mixtos. Los procesos que hoy se consideran como orales, tienen, en general, una fase de proposición escrita, una o dos audiencias orales (prueba y debate; a veces,

¹⁸⁷ Sala de lo Constitucional, Referencia N° 244-2009R, Fecha: 29/06/2010, Tipo de proceso: Hábeas Corpus, Materia: Constitucional, Tipo de Resolución: Interlocutorias – Sobreseimientos. La Honorable Sala de lo Constitucional manifiesta sobre el *Principio de Preclusión*: “De acuerdo al principio de preclusión de los actos procesales, una vez establecido el tema de decisión o la pretensión que será objeto de examen, no es posible plantear modificaciones a esta, porque lo contrario permitiría un constante cambio de los fundamentos en los que se haga descansar, afectando la seguridad jurídica dentro del proceso”.

¹⁸⁸ Sala de lo Constitucional, Referencia N° 244-2009R, Fecha: 29/06/2010, Tipo de proceso: Hábeas Corpus, Materia: Constitucional, Tipo de Resolución: Interlocutorias – Sobreseimientos. Un ejemplo de la Trascendencia de este *Principio* lo encontramos en Materia Constitucional: “En materia de hábeas corpus se entienden fijados los puntos que serán objeto de pronunciamiento, una vez se haya intimado a la autoridad demandada; esto es así porque es a partir del conocimiento que tenga la autoridad o particular a quien se atribuya la violación constitucional que podrá ejercer sus derechos dentro del proceso constitucional”.

¹⁸⁹ DEVIS ECHANDIA. “Compendio...”. ob. cit. Pág. 21. Manifiesta que con este principio se “persigue impedir que se sorprenda al adversario con pruebas de último momento, que no alcance a controvertirlas”.

inclusive la sentencia dictada al final de la misma) y luego los recursos de apelación o casación, también escritos. Son, por lo tanto, mixtos. Más correctamente deberíamos llamarlos *proceso por audiencia*, ya que en esta es donde se realiza la parte sustancial del juicio.

Como se ha visto en el Proceso Penal, hay también una fase de preparación: la instrucción del sumario, que es predominantemente escrita, y luego la audiencia inicial, y así sucesivamente se intercalan los actos hasta culminar con la Audiencia de Vista Pública y posteriormente la Sentencia escrita.

En definitiva, la oralidad tal como la entendemos actualmente, no implica desaprovechar un medio de comunicación tan preciso y depurado como la escritura, lo que se rechaza es el proceso escrito y secreto, sin intermediación y concentración (que tanto abonan al debate oral)¹⁹⁰.

Art. 8 C. Pr. C. y M. *“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.”*

Considera que cualquier actuación judicial debe realizarse en forma oral, es decir mediante las audiencias, durante el proceso, sin perjuicio a que

¹⁹⁰ VÉSCOVI, Enrique, *“Teoría General del Proceso”*, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1984, Primera Edición, Pág. 59-60. Estima conveniente minimizar la dependencia de la escrituralidad en los procesos judiciales hasta donde sea posible; pero manteniendo presente que es a través de este medio que se proporciona garantía en el tiempo respecto de las actuaciones procesales, y que la oralidad debe ser utilizada como un instrumento a favor de la intermediación y la celeridad dentro del proceso.

las mismas deban documentarse como prueba de su ejecución respetando los derechos de las partes en cada intervención¹⁹¹.

La Oralidad ofrece ventajas, facilita los Principios de Investigación, Inmediación, Concentración y Publicidad; además de ofrecer una gran ayuda al Tribunal en la búsqueda de la verdad material, así como dice la frase "El papel engaña sin ruborizarse, mientras el entendimiento oral del Juez y las partes ayuda a descubrir el asunto de hecho, además de las preguntas In Continenti que de forma directa y espontáneamente practican los sujetos procesales".

Este es uno de los principios fundamentales para la construcción de un sistema adversativo, el cual, hace posible la vigencia efectiva de principios como: contradicción, inmediación, defensa, y otros esenciales para la tutela efectiva de los derechos.

Entre los beneficios que aporta el principio de oralidad encontramos:

1. La directa asunción del juez o tribunal de las aportaciones probatorias, con la intervención directa de las partes;
2. Se elimina la dispersión de los actos procesales y, se verifica, por el contrario, una concentración de los mismos en la audiencia, que

¹⁹¹ CANALES CISCO, Oscar Antonio. ob. cit. Pág. 18. Cabe aclarar que en la práctica, no es completamente aplicable el modelo de la Oralidad como se cree, debido a que por la misma modalidad de conocimiento de los procesos, a diferencia de materia penal, donde pueden existir tres jueces, uno en la Audiencia Preliminar, otro en la Audiencia de Prueba y un tercero en la Audiencia de Sentencia, por las mismas garantías que recoge la legislación Penal, es que se da la necesidad de realizar tres audiencias antes distintos juzgadores, no así en Materia Mercantil, donde el Juzgador que conoce un Proceso Común, por ejemplo, lo hará hasta su culminación, iniciándose la etapa de la Demanda por escrito y no verbal como el caso del Requerimiento Fiscal o la Querrela.

evita ciertos actos procesales como continuas notificaciones a las partes;

3. La eficaz publicidad de la actuación judicial, puesto que las audiencias son abiertas al público, salvo ciertas excepciones; y
4. La corrupción en caso de haberla, queda reducida a su mínima expresión, puesto que la concentración de los actos procesales y el inmediato pronunciamiento del fallo, imposibilitarían efectivizarla.

Art. 8 C. Pr. C. y M., para las partes, el sistema oral brinda la oportunidad de ser oídas por quien va a resolver. El beneficio de la oralidad no es solo para mejor resolver el magistrado, sino que importa la oportunidad-derecho de que el justiciable sea escuchado por este. El art. 8-1 de la *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, dispone que “toda persona tiene derecho a ser oída...por un juez o tribunal competente”, comprendiéndose en esta parte los casos civiles¹⁹². En el mismo sentido, la *Carta De Derechos De Las Personas Ante La Justicia En El Ámbito Judicial*

¹⁹² Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Art. 8. Artículo 8, **Garantías Judiciales**

1.- 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.

2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;...

5.- El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

Este Artículo protege a todas las personas para que sean oídas y vencidas en Juicio, para que se les pueda imponer una condena en caso de probarse. Aunque se refiere explícitamente al Derecho Penal, es sabido que implícitamente conlleva el Derecho Civil y el Mercantil, siendo una necesidad Internacional Garantizar tal prerrogativa.

Iberoamericano, dispone que las audiencias “se celebrarán siempre con presencia de Juez o Tribunal de acuerdo con lo previsto en las leyes”¹⁹³.

Con base a este principio se puede decir, que se está dando cumplimiento a la Contradicción, que es la base de un juicio adversativo, donde ambas partes se alternan y buscan persuadir al juzgador, para que falle a su beneficio, lógicamente no se deja a un lado la escrituralidad, pero algunas de las fases del proceso Civil y evidentemente el Mercantil se renuevan, lo que conlleva a un modelo de justicia avanzado, en el que la defensa de las pretensiones es de manera verbal.

Sin embargo no hay que desatender, el hecho que en los Procesos Mercantiles la mayor parte de la actividad probatoria consta en documentos, lo que dificulta que este principio se verifique cabalmente en todos los Procesos Mercantiles; aunque esto no quiere decir que de esta forma se vulneren otros Principios o Derechos¹⁹⁴.

2. 7. 14 PRINCIPIO DE DISPOSICIÓN

Art. 6 C. Pr. C y M. “*La iniciación de todo proceso civil o mercantil corresponde al titular del derecho subjetivo o interés legítimo que se discute en el proceso; y dicho titular conservará siempre la disponibilidad de la pretensión.*”

¹⁹³ Carta de Derechos De Las Personas Ante la Justicia En El Espacio Judicial Iberoamericano, Art. 15. Temática de vital importancia en la que hace énfasis el Código de Procedimientos Civiles, ya que si no está presente el Juez que conoce de la causa al momento de producirse la prueba o una audiencia, esta se vuelve nula y debe realizarse nuevamente.

¹⁹⁴ Sala de lo Constitucional Sentencia Definitiva 23-2003AC de las 15:00:00 del 18/12/2009. Ha manifestado que “una efectiva defensa no necesariamente requiere una contradicción oral de la prueba, pues tal actividad puede realizarse también por escrito” alude que dependerá del sistema procesal adopta.

Las partes podrán efectuar los 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.”

Esta disposición hace referencia a un principio que no constituye como tal una novedades nuestra legislación sin embargo el alcance y el contenido del mismo no son claros tanto en materia de legislación vigente como por la aplicación en los tribunales.

Cada principio conlleva principalmente la posibilidad de iniciar el proceso, dado que al ser las partes las titulares de los derechos e intereses discutidos en este, es a ellas y no al juez alas que les corresponde el inicio del mismo. En pocas palabras, el principio dispositivo excluye la posibilidad de que los tribunales inicien de oficio un proceso en el que los derechos e intereses discutidos son patrimonio exclusivo de las partes. Los jueces no proceden de oficio debiendo entender que no hay juez sin actor¹⁹⁵.

Este principio permite que las partes contendientes tengan pleno control no sobre su derecho sustantivo, también sobre los derechos procesales que de él se derivan en el juicio. Este Principio solo existe en Materia Civil, en Materia Penal existe uno similar, el *Principio Acusatorio*. Está referido a las facultades de las partes, a su pretensión y a su derecho

¹⁹⁵ Revista de la Escuela de Derecho UTEC de El Salvador año 3 número 5 2008, Pág. 8. La labor Judicial inicia desde el momento de la interposición de la Demanda, no debiendo excederse de sus Facultades Legales al momento de conocer de un Proceso, de esta manera la Oficiosidad del Juez no es permitida para iniciar una causa, debido a que el Derecho de Administrar Justicia conforme a las Leyes le compete a él, pero no el derecho de Atribuirse Pretensiones que le son propias a los ciudadanos. El *Patrimonio Exclusivo de las Partes* se refiere a esa potestad de Autoatribuirse Derechos (Pretensiones) que lo faculta para iniciar un litigio si le es afectada su esfera Jurídica por un tercero.

subjetivo material, así dentro de sus características tenemos: El Poder de Dispositivo sobre su Pretensión; bajo la cual dispone del Proceso sea con Allanamiento, Desistimiento, Deserción, Caducidad o a través de la Cosa Juzgada, procediendo así la Terminación de Forma Anormal. Vinculación **del Tribunal por la Pretensión de las Partes**: Según el Principio de ***Ne Eat Iudex Ultra Petita Partium*** el Juez no puede en la sentencia otorgar más de lo solicitado por el actor, más de lo resistido por el demandado, más de lo pedido por ambas o en un recurso la ***Reformatio In Peius***.

Para la Sala de lo Civil, el Principio dispositivo implica que la posible inactividad el Proceso es responsabilidad directa de las partes, cuando esta escape a las facultades que la ley le ha conferido al Juez, lo que se refleja justamente en la Actividad Probatoria¹⁹⁶.

2. 8 GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO MERCANTIL

El proceso se integra, necesariamente, con dos partes antagónicas y un tercero imparcial que resolverá con poderes suficientes para dotar su decisión del las notas de definitividad y fuerza compulsoria propia. Es decir: poder y autoridad componen este aspecto de la práctica judicial.

Para que dicho imperio y *autorictas* no excedan límites tolerables, el procesalismo pone la valía del Principio de *Razonabilidad*, el cual supone

¹⁹⁶ Sala de lo Civil, Sentencia Definitiva 1617-2005 de las 8:00:00 del 31/01/2005. Manifiesta que “*la inactividad procesal se origina tanto por negligencia del Juez respectivo como por la indiferencia de la parte actora, quien, sobre la base del principio dispositivo, estaba facultada y obligada a formular todas las peticiones que considerara necesarias a fin de alcanzar la tutela efectiva de su derecho, peticiones que pondrían en movimiento el proceso ante la actitud inactiva del juzgador*”.

que toda la actividad jurisdiccional se moviliza bajo la legalidad de obrar y fundamentando adecuadamente cada una de sus resoluciones¹⁹⁷.

Éstas son garantías debidas al justiciable que se integran en la noción de “*debido proceso formal*” (o como algunos le llaman procesal). Mientras que la otra faceta del “*proceso debido*” que refiere a lo sustancial o material del principio, se manifiesta en el conjunto de exigencias procedimentales que deben garantizarse a cualquier persona que exige el cumplimiento de sus derechos y libertades¹⁹⁸; en sus comienzos, el derecho de entrada al proceso (acción, pretensión y demanda), el derecho a ser oído, así como las garantías del juez predeterminado, la independencia del órgano y su parcialidad, entre otras, eran vistas como partes del “*debido proceso sustancial*”, actualmente pareciera mejor incluirlos dentro del “*derecho a la jurisdicción*”, por el cual la garantía se amplía al trascenderla del reducto procesal¹⁹⁹.

2. 9 PROCEDIMIENTO PROBATORIO

Este tema que posee relevancia para el estudio que se realiza, permitirá descubrir los inicios del proceso probatorio, desarrollado como segunda etapa del proceso judicial, de esta manera se demuestra en qué

¹⁹⁷ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, OP. Cit. Pág. 144. La Legalidad de Obrar conlleva el *animus* del juzgador, su esfera interna se predice, en el sentido de asumir que si voluntad esta Libre, Cociente y Adecuada a los intereses de la Ley y de la Justicia ante todo.

¹⁹⁸ IBÍD, Pág. 145. Las exigencias Procedimentales, son esos requisitos mínimos, reunidos como garantías Procesales, que deben observarse en todo proceso desde su inicio, en su desarrollo, hasta la finalización y ejecución del mismo, con lo cual se logra optimizar los Principios Constitucionales de los cuales surgen dichas exigencias.

¹⁹⁹ Recordando que el término jurisdicción se refiere específicamente al ámbito territorial o la porción del país encomendada a los Juzgadores para administrar justicia conforme a las leyes, en este sentido es que se afirma que todos los jueces tienen jurisdicción ya que les ha sido conferida esa potestad de conocer de determinados proceso y actuar en ellos si se circunscribe a su Competencia, por ello se afirma que la garantía del debido proceso se amplía o extiende, al incluirse en la jurisdiccionalidad lo referente a los actos iniciales del proceso y previos al mismo.

forma se lleva a cabo la Actividad Probatoria, abordando cada una de las etapas que en este procedimiento se ejecutan.

2. 9. 1 PROPOSICIÓN

La Proposición de la Prueba, llevada a cabo como el momento procesal oportuno para entregar las herramientas jurídicas y materiales de las cuales pueden disponer las partes para *Convencer* al Juez o Magistrados sobre quién de ellos tiene una *Pretensión Legítima*. Con dicha proposición se buscará introducir posteriormente, los Medios Probatorios que las partes consideran indispensables para la justificación del proceso.

2. 9. 1. 1 MOMENTO PROCESAL OPORTUNO

Lo común en los ordenamientos procesales es que la proposición de la prueba se realice dentro de un término legal llamado apertura a prueba, que inicia con el auto de apertura a pruebas dictado por el juez; precedente únicamente en los juicios de conocimiento en los que existan hechos controvertidos²⁰⁰.

La importancia del auto de apertura a pruebas es únicamente la de delimitar el inicio del plazo para proponer la prueba; pues es a partir de entonces que empieza a correr dicho término, y fijar la fecha final para poder proponer la prueba; ya que la prueba propuesta posterior a dicha fecha será

²⁰⁰ DE SANTO, Víctor. *“Compendio de Derecho procesal”*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1995. Pág. 387, Aclara que la apertura a pruebas solo procede cuando existen hechos controvertidos. De no encontrarse los referidos hechos no se puede hablar sobre un verdadero debate y menos de la necesidad de dirimir el mismo.

inadmisible por extemporánea o no tendrá valor probatorio para el juzgador²⁰¹.

Ese era el caso de la legislación procesal anterior, la prueba debía ofrecerse dentro del término legal contado a partir del día siguiente a la notificación del auto de apertura a pruebas; con la nueva legislación la prueba debe ofrecerse en la audiencia preparatoria, Art. 317 C. Pr. C. y M.

2. 9. 1. 2 OFRECIMIENTO ANTICIPADO DE PRUEBA

Es preciso aclarar que el ofrecimiento de la prueba si bien es un derecho de las partes dentro del proceso, debe de sujetarse a ciertas reglas, la primera de ellas es sin duda el momento oportuno para su proposición, el C. Pr. C. y M., comprende diferentes momentos procesales en los que puede aportarse la prueba, uno de ellos es el momento de presentar la demanda y la contestación de ésta; es la regla general para la aportación de prueba documental.

Pero al momento de presentar su demanda el comerciante perfectamente pueden ofrecer toda la prueba que crea pertinente, sea esta testimonial, pericial o cualquier otro medio; igual posibilidad tienen el demandado quien puede en su contestación ofrecer toda la prueba pertinente.

²⁰¹ Sala de lo Civil, Sentencia Definitiva 564 96. Siliézar vrs. Vásques de Alas heredera de la sucesión Siliézar de las 09:30:00 del 29/04/2006. Sostienen que *“no se comete error de derecho en la apreciación de la prueba si para decidir la controversia no se toma en consideración un dictamen pericial introducido al proceso como prueba fuera del término probatorio, porque dicho dictamen como se ha dicho no hace fe y por lo mismo no constituye prueba”*.

Esta actitud no representa causal de inadmisibilidad y por el contrario, su admisión beneficia la celeridad del proceso²⁰², si ambos demandante y demandado ofrecen todas sus pruebas anticipadamente la audiencia preparatoria serviría únicamente para intentar la conciliación y determinar el objeto del debate.

No deberá confundirse los términos de ofrecimiento anticipado de la prueba con el de anticipo de prueba, ya que se trata de conceptos distintos; el primero se refiere a su proposición mientras que el segundo se refiere a su producción.

2. 9. 1. 3 FORMA GENERAL PARA PROPONER LA PRUEBA

En este punto se debe hacer una reflexión, cada uno de los medios probatorios tiene su forma específica de ofrecimiento²⁰³; es decir el momento procesal en el que debe de ofrecerse, la forma en la que debe plantearse; por lo que este apartado se limita al estudio de las generalidades de la forma de ofrecer las pruebas, por cuanto al hablar de cada medio se abordará el tema de su proposición.

Otra regla que deben las partes cumplir al presentar las pruebas en que fundan su pretensión es la forma, en este caso la regla es general para todos los medios de prueba, según palabras de **Luis Dorantes Tamayo** *“las pruebas se ofrecen en forma precisa, relacionándolas con cada uno de los*

²⁰² ARAZI. ob. cit. Pág. 203. Para es un buen criterio decidir, que el ofrecimiento prematuro de la prueba no obsta a su admisión, porque no constituye una alteración suficiente al buen orden procesal que merezca una sanción tan grave como el rechazo de la prueba ofrecida.

²⁰³ DORANTES TAMAYO. ob. cit. Pág. 378. El estudio detallado de cómo se reciben las pruebas al estudio de cada Derecho procesal en particular, con base en lo que establecen las leyes de cada país.

hechos en los que las partes basan sus pretensiones. Hay que recordar que algunos de los hechos de la demanda ya han sido probados por el actor con los documentos válidos y auténticos que acompañó a su demanda. Para probar todos y cada uno de estos hechos se acostumbra ofrecer como pruebas la confesión de la contraparte y las presunciones legales y humanas que se deduzcan de las actuaciones del proceso. El demandado que opone defensas, por lo regular hace lo mismo para probar los hechos en que basa éstas²⁰⁴.

Al estudiar en párrafos anteriores el objeto de la prueba, se determino cuales son los hechos que las partes deben acreditar; para cada uno de esos hechos las partes tienen la carga procesal de proponer la prueba pertinente, al hacerlo debe de relacionar claramente el medio probatorio con el hecho a acreditar, Art 310 C. Pr. C. y M. además de estos dos requisitos de tiempo y forma la el ofrecimiento de la prueba también está sujeta reglas generales como el modo (oral o escrita) o el idioma; requisitos que son objeto de estudio de la teoría general del proceso por tanto quedan excluidas del presente trabajo.

2. 9. 2 ADMISIÓN DE LA PRUEBA

El termino admisión puede verse desde una doble perspectiva, en sentido general se entiende como la recepción de los elementos probatorios que las partes presentan a la sede del tribunal; mientras que en sentido

²⁰⁴ *Ibíd.* Pág. 370, Estudia las generalidades de la forma de ofertar las pruebas, indica que cada legislación acoge en su texto diversas formas y momentos para el ofrecimiento de las pruebas, que por lo mismo resulta imposible establecer reglas absolutas sobre este tema, lo que se ve reforzado además por el hecho de que la ley contiene para cada medio probatorio un momento oportuno para su proposición.

estricto, que es el que nos interesa, admisión es el resultado positivo de la apreciación que el juez hace respecto de la pertinencia, la utilidad y legalidad de la prueba ofertada²⁰⁵.

El juez según el resultado del juicio de admisibilidad de la prueba deberá resolver qué pruebas admite y cuáles rechaza; deberá admitir las que reúnan los siguientes *requisitos*, y rechazar las que no los reúnan:

- a. Que hayan sido ofrecidas dentro del plazo legal establecido para su ofrecimiento;
- b. Que la prueba ofrecida no *vaya contra* el derecho o la moral, es decir, que no viole un precepto jurídico o alguna regla ética;
- c. Que la prueba ofrecida tenga como *objeto* hechos controvertidos, posibles o verosímiles;
- d. Que cumpla con los demás requisitos legales en caso de procesos especiales²⁰⁶.

Si el juez rechaza la prueba ofrecida, la ley le impone la obligación de motivar su decisión, es decir fundamentar la resolución con los motivos que tuvo para rechazar dicha prueba²⁰⁷.

²⁰⁵ DEVIS ECHANDIA. *“Compendio...”,* Pág.139. Examina la doble perspectiva del término admisión y del juicio de admisibilidad de la prueba. *“Entendida en sentido genérico, la admisión comprende tanto la aceptación por el juez del medio que se presenta (escrituras públicas o privadas, copias de sentencias e inspecciones practicadas extrajudicialmente en otro proceso, etc.), como la del que debe practicarse en el curso del proceso (recepción de testimonios, exhibición de documentos, citación a las partes, dictámenes de peritos, etc.)... En la admisión opera una calificación previa de la legalidad y pertinencia del medio presentado o aducido, sin que por ello se esté valorando o apreciando su fuerza o mérito de convicción, que es una tarea propia del acto decisorio.”*

²⁰⁶ DORANTES TAMAYO. ob. cit. Pág. 377. Enuncia los elementos que el juez debe valorar en el juicio de admisibilidad de la prueba.

El juez fundamentara su rechazo de la prueba, en el resultado de la apreciación de la admisibilidad, en la cual estima el momento en el que la prueba fue propuesta por las partes, la relación que estas guarden con los hechos controvertidos²⁰⁸ (Art. 318 C. Pr. C. y M.), y la utilidad que estas puedan ofrecer para el proceso (Art. 319 C. Pr. C. y M.).

2. 9. 3 PRÁCTICA O PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA

La práctica o producción de la prueba se refiere a la realización de los actos procesales pertinentes²⁰⁹, que permitan la comunicación subjetiva del juez con cada elemento probatorio, mediante la interacción de los sentidos, que le permitan conocerlo, analizarlo y entenderlo²¹⁰.

Según el principio de inmediación el juez debe de participar activamente en la producción de la prueba, no solo como un requisito de validez de la misma; sino para poder apreciar cada elemento probatorio y

²⁰⁷ DE SANTO., “La prueba judicial...” ob. cit. Pág. 69. Manifiesta que “la inadmisibilidad debe ser en todo caso declarada in limine, y justifica por lo tanto el inmediato rechazo de la prueba que reviste aquel carácter”.

²⁰⁸ RIVERA MARTÍNEZ, Alfonso. “Manual Teórico Practico de Derecho Procesal Civil”, Tomo I, Editorial Leyer, Bogotá, Colombia, Onceava Edición, 2007, Pág. 534 para los hechos deben estar orientados a la demostración de algo inmediato y específico por lo que la prueba debe tener una relación lógica con estos hechos.

²⁰⁹ ARAZI. ob. cit. Pág. 320, manifiesta que en la producción de la prueba se desarrollan actos procesales necesarios e indispensables para que los elementos probatorios se realicen dentro del proceso, el mejor ejemplo de esta afirmación es la inspección judicial en donde se manifiestan actos procesales que permiten al juez incorporar la prueba al proceso y de igual forma percibirla para que en el momento procesal oportuno pueda proceder a su valoración.

²¹⁰ DEVIS ECHANDIA. “Compendio...” ob. cit. Pág. 140. La comunicación subjetiva del juez con los elementos probatorios sirve para que este pueda saber en qué consiste y cuál es su contenido, el juez como director del proceso y encargado de resolver los conflictos jurídicos debe necesariamente, so pena de nulidad en muchos casos, tener contacto directo con la fuente de la prueba para que su proceso mental concluya en una verdad jurídica lo más cercana a la realidad material.

fundamentar la sentencia en razonamientos certeros por haber estado en contacto directo con la prueba.

La forma en que la prueba es producida en el proceso mercantil, depende del medio probatorio ofrecido, por lo cual su estudio se realizara al tratar cada uno de ellos.

2.10 ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Dictada por	Fecha y Hora	Referencia	Tema	Descriptor
Sala de lo Constitucional	09:29:00 del 26/01/2009	296-2007	Derecho a aportar pruebas permitidas por la ley.	»Número de Referencia: 296-2007 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CONSTITUCIONAL »Tipo de Proceso: Amparos »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 26/01/2009 »Hora de Resolución: 09:29:00
Sala de lo Civil	11:45:00 del 19/08/2009	33-CAM-09	Admisión de la Prueba presentada por las partes.	»Número de Referencia: 33-CAM-09 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Interlocutorias »Fecha de Resolución: 19/08/2009 »Hora de Resolución: 11:45:00
Sala de lo Civil	12:10:00 del 03/06/2002	1402-2002	Carga de la Prueba.	»Número de Referencia: 1402-2002 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 03/06/2002 »Hora de Resolución: 12:10:00
Sala de lo Civil	14:30:00 del 29/01/2003	1241-2003	Carga de la Prueba.	»Número de Referencia: 1241-2003 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 29/01/2003 »Hora de Resolución: 14:30:00

Dictada por	Fecha y Hora	Referencia	Tema	Descriptor
Sala de lo Civil	10:00:00 del 22/12/2006	96-C-2005	Hechos Admitidos.	»Número de Referencia: 96-C-2005 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 22/12/2006 »Hora de Resolución: 10:00:00
Sala de lo Civil	11:00:00 del 18/12/2001	1216-2001	Hechos Notorios.	»Número de Referencia: 1216-2001 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 18/12/2001 »Hora de Resolución: 11:00:00
Sala de lo Civil	10:15:00 del 24/03/2004	166- 2004	Prohibición de aplicar conocimientos privados del Juez.	»Número de Referencia: 166-2004 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 24/03/2004 »Hora de Resolución: 10:15:00
Sala de lo Civil	8:30:00 del 21/03/2003	1537-2003	Necesidad de la Prueba.	»Número de Referencia: 1537-2003 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Interlocutorias »Fecha de Resolución: 21/03/2003 »Hora de Resolución: 08:30:00

Dictada por	Fecha y Hora	Referencia	Tema	Descriptor
Sala de lo Civil	10:30:00 del 30/04/2003	1730-2004	Inmediación de la Prueba.	»Número de Referencia: 1730-2004 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 30/04/2004 »Hora de Resolución: 10:30:00
Sala de lo Civil	9:30:00 del 29/04/2006	564 96 Siliézar vrs. Vásquez de Alas heredera de la sucesión Siliézar	Prueba extemporánea.	»Número de Referencia: 564 96. Siliézar vrs. Vásquez de Alas heredera de »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 29/04/1996 »Hora de Resolución: 09:30:00

CAPÍTULO III

LOS MEDIOS DE PRUEBA EN MATERIA MERCANTIL.

SUMARIO

3. 1 Exordio.- 3. 2 Definición de los Medios de Prueba.- 3. 3 Prueba Documental.- 3. 3. 1 Concepto de Documentos.- 3. 3. 2 Clases de Documentos.- 3. 3. 3 La Exhibición.- 3. 3. 4 Impugnación de los Instrumentos.- 3. 3. 4. 1 Falsedad Material.- 3. 3. 4. 2 La Falsedad Ideológica.- 3. 3. 5 Valor Probatorio.- 3. 4 Declaración de Parte.- 3. 4. 1 Concepto.- 3. 4. 2 Procedencia y momento para ofrecerla.- 3. 4. 3 Sujetos del Interrogatorio.- 3. 4. 3. 1 Sujetos Activos.- 3. 4. 3. 2 Sujetos Pasivos.- A) Representantes de los Incapaces.- B) Los Apoderados de las Partes.- C) Los Representantes de las Personas Jurídicas.- 3. 4. 4 Valoración.- 3. 5 Prueba Testimonial.- 3. 5. 1 Concepto.- 3. 5. 2 El Testigo.- 3. 5. 2. 1 Tipología de Testigos.- 3. 5. 3 Procedencia y momento para ofrecerla.- 3. 5. 4 Valoración.- 3. 6 Reconocimiento Judicial.- 3. 6. 1 Concepto.- 3. 6. 2 Procedencia y momento para ofrecerla.- 3. 6. 3 Producción del Reconocimiento Judicial.- 3. 6. 3. 1 Dirección Personal del Juez y Delegación.- 3. 6. 3. 2 Práctica conjunta con otros medios.- 3. 6. 4 Valoración del Reconocimiento Judicial.- 3. 7 Medios de Reproducción de sonido, voz o de la imagen y Almacenamiento de información.- 3. 7. 1 Concepto.- 3. 7. 1. 1 Delimitaciones Conceptuales.- 3. 7. 2 Clases de Medios.- 3. 7. 2. 1 Medios de Reproducción de imágenes o palabras.- 3. 7. 2. 2 Medios de almacenamiento de información.- 3. 7. 3 Procedencia y momento para ofrecerla.- 3. 7. 4 Producción de los medios de Reproducción y Almacenamiento de información.- 3. 7. 4. 1 Momento de Producción (Necesidad de Reproducción en audiencia).- 3. 7. 4. 2 Auxilio Pericial.- 3. 7. 5 Valoración.- 3. 7 El Juicio Ejecutivo.- 3. 7. 1 Surgimiento del Juicio Ejecutivo.- 3. 7. 2 Comparación del Juicio Ejecutivo del Código de Procedimientos Civiles y las normas del Juicio Ejecutivo en el Código Procesal Civil Y Mercantil.- 3. 8 Índice de Jurisprudencia.-

3. 1 EXORDIO

En este capítulo se abordará la temática de la *Prueba Mercantil* desde una perspectiva comparada entre las legislaciones de El Salvador, Guatemala, Costa Rica, Honduras, México y España, haciendo un análisis de lo que normaba el antiguo Código de Procedimientos Civiles²¹¹, mencionando

²¹¹ **El Código Procesal Civil y Mercantil** de El Salvador, entró en vigencia el primero de enero del año dos mil diez, mediante Decreto de Aprobación N° 702 de fecha dieciocho de septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial N° 224, Tomo 381, del 27 de noviembre de 2008. Sabido es que el C. Pr.

la regulación del Código de Comercio, la Ley de Procedimientos Mercantiles, para determinar si son vigentes o no con base a lo que regula el Código Procesal Civil y Mercantil, con lo anterior se pretende comprobar la modificación o sustitución que ha sufrido el Derecho Probatorio de ésta rama del Derecho con el recién entrado en vigencia Código Procesal Civil y Mercantil.

El estudio de la *Prueba Mercantil* constituye el tópico fundamental de este capítulo, el inicio de la Actividad Probatoria se encuentra regulado desde el artículo 312 del C. Pr. C. y M. denominado *Derecho de Probar*²¹²; por lo que habiéndose examinado el juicio en su primera fase, presentado la oposición por quien ha resultado demandado, se procede a señalar día y hora para la Audiencia Probatoria Art. 402 del C. Pr. C. y M., se da por aperturada la audiencia y posteriormente se lee la parte de la resolución dictada en la audiencia preparatoria que fijó el objeto del proceso, los hechos controvertidos por la audiencia proseguirá con la proposición y admisión de los medios de prueba.

Este es el momento en el que las partes implícitamente piden que el proceso se reciba a prueba y en que el Tribunal implícitamente lo recibe a

C., reunía todos los procedimientos tanto Civiles como algunos referentes a la Materia Mercantil que nos compete, desde esta perspectiva, es indispensable abordar la referida comparación, puesto que de no hacerlo, no se lograría analizar si ha sido efectivo o no el cambio, y más que eso, si es beneficioso el drástico cambio o si es más bien perjudicial.

²¹² Art. 312 C. Pr. C. y M. “*Las partes tienen derecho a probar, en igualdad de condiciones, las afirmaciones que hubieran dado a conocer sobre los hechos controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición a ésta; a que el juez tenga en cuenta, en la sentencia o decisión, las pruebas producidas; y a utilizar los medios que este código prevé, así como aquéllos que, dada la naturaleza del debate, posibiliten comprobar los hechos alegados*”. Relacionando el Artículo anterior con los Art. 321 sobre la Carga de la Prueba y Regla de Juicio, 58 que se refiere a las Partes del Proceso, 66 prescribe sobre la Legitimación, 7 referido al Principio de Aportación, todos los anteriores apartados del C. Pr. C. y M. presentan el basamento del que se sustenta la introducción de la Prueba en el Proceso.

prueba²¹³, para que, a continuación, expresamente cada parte proponga los medios concretos de prueba²¹⁴, de que intenta valerse y el tribunal expresamente se pronuncie admitiendo o denegando cada uno de ellos.

Los medios probatorios que el C. Pr. C. y M. regula son los siguientes:

- 1) Documentos;
- 2) Declaración de parte;
- 3) Interrogatorio de Testigos;
- 4) Prueba Pericial;
- 5) Reconocimiento Judicial; y,
- 6) Medios de Reproducción del Sonido, Voz o de la Imagen y Almacenamiento de Información.

Tratándose de una demanda que deba decidirse por los trámites del Proceso Abreviado, las pruebas se recibirán en esa misma audiencia Art. 428 C. Pr. C. y M., terminada ésta, el juez podrá dictar Sentencia en el acto, si es procedente, si no lo es, deberá anunciar verbalmente el fallo, en todo caso, ha de pronunciarse sentencia dentro de los quince días siguientes a la finalización de la audiencia. El incumplimiento de dicho plazo hará incurrir al juez en la sanción establecida en el art. 417 Inciso 2° C. Pr. C. y M., y tal

²¹³ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 84- 2004 de las 11:00:00 del 08/07/2004. Se pronuncia la Sala al considerar que la ley establece imperativamente la apertura a pruebas en las causas de hecho que se tramitan en juicio ordinario, sin desmeritar las excepciones dentro de juicios considerados de Derecho.

²¹⁴ La Proposición de los Medios Probatorios en el Proceso Común se encuentra regulado en el Art. 317 C. Pr. C. y M., se menciona que "**deberá ser propuesta en la Audiencia Preparatoria o en la Audiencia del Procedimiento Abreviado**", relacionando en esta disposición que los *Hechos Nuevos* y de *Nuevo Conocimiento* se pueden proponer hasta la finalización de la Audiencia Preparatoria Art. 91 Inc. 3° C. Pr. C. y M. para el Proceso Abreviado la regulación sobre los Medios de Prueba se prescribe en el Art. 419 del C. Pr. C. y M. que establece que "**Si el demandante pretendiera proponer como prueba el reconocimiento judicial, y éste deba realizarse fuera del Tribunal, lo advertirá en la demanda, a efecto de que pueda verificarse antes de la audiencia, oído el demandado sobre tal extremo**". Para el Proceso Ejecutivo se reserva el Art. 459 Inc. 1° C. Pr. C. y M. dictando que "**En la demanda del Proceso Ejecutivo se solicitará el decreto de embargo por la cantidad debida y no pagada, debiéndose acompañar en todo caso el título en que se funde la demanda y los documentos que permitan determinar con precisión la cantidad que se reclama**".

sanción es una multa de un salario mínimo urbano, más alto vigente por cada día de retraso (Art. 182 No. 5 Cn.²¹⁵) todo lo anterior con base al Art. 430 C. Pr. C. y M.

La Audiencia Probatoria tiene por objeto “**la realización, en forma oral y pública, de los medios de prueba que hubieren sido admitidos**” (Art. 402 C. Pr. C. y M.). Se consagra el *Principio de Oralidad* en Materia Probatoria, pues las probanzas deben practicarse en audiencia, con plena vigencia de los principios de Inmediación, Publicidad, Concentración, Defensa y Contradicción.

a) El Debido Proceso debe respetarse a cabalidad²¹⁶. A modo de ejemplo, si durante la Audiencia Preparatoria se admitiere al demandante añadir nuevas pretensiones accesorias o alegar hechos nuevos, el demandado podría solicitar la interrupción de la Audiencia alegando no estar en condiciones de ejercer en Audiencia una adecuada defensa respecto a esas nuevas pretensiones o alegaciones, por carecer de la información y pruebas necesarias al efecto; lo que, atendidas las circunstancias del caso,

²¹⁵ Este Artículo no se refiere a la multa a Imponer, se refiere al deber de la Corte Suprema de Justicia (mediante sus Funcionarios) de “*Vigilar que se administre pronta y cumplida Justicia...*”. El Artículo 417 Inciso 2° del C. Pr. C. y M. expresa “*El incumplimiento de los Plazos anteriormente establecidos hará incurrir al juez o tribunal en una multa cuyo monto será de un salario mínimo, urbano, más alto vigente por cada día de retraso*”. Demuestran estas disposiciones el Poder – Deber de Administrar Justicia conforme a las Leyes que posee el Órgano Judicial, debiendo pronunciarse dentro del tiempo procesal estipulado.

²¹⁶ Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador, Sentencia Definitiva N° P0141-25-2006 Fecha: 22/02/2006 Origen: Tribunales de Sentencia, Materia: Penal Delitos: Homicidio agravado. “*La garantía de un Juicio Justo descansa en la noción de que se trata de un proceso en el cual a la persona que podría sufrir la coacción del estado, se le aseguren todos los mecanismos para que pueda ejercer una defensa adecuada*”. El Juicio Justo o Debido Proceso, se refiere a que existan esas *Garantías Constitucionales* necesarias para realizar una verdadera Defensa Material y no solo desde el punto de vista Formal, entendida la *Defensa Material* como la que se realiza conteniendo los requisitos Legales intrínsecos a un proceso Constitucional y amparado en la normativa secundaria que le da existencia.

podría justificar a título excepcional la interrupción de la Audiencia para preservar las Garantías del Debido Proceso²¹⁷.

b) Será presidida personalmente por el Juez. Las partes tienen la carga de comparecer y si ambas dejasen de hacerlo, se pondrá fin al proceso, sin más trámite Art. 405 Inciso 2° C. Pr. C. y M., siempre que dicha ausencia no se justifique legalmente.

c) Si asistiere sólo una de ellas: Se procederá a celebrar la Audiencia. La parte que no asistió, perderá la oportunidad de realizar los actos previstos durante su curso, Art. 405 C. Pr. C. y M.

3. 2 DEFINICIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Los medios de prueba son los instrumentos con los cuales se pretende lograr el cercioramiento del juzgador sobre los hechos objeto de la prueba. Estos instrumentos pueden consistir en objetos materiales, (documentos, fotografías etc.) o en conductas humanas realizadas bajo ciertas condiciones declaraciones de testigos, dictámenes periciales, inspecciones judiciales, etc²¹⁸.

Se entiende por medio de prueba ***“la actividad del juez o de las partes, que suministra al primero, el conocimiento de los hechos del***

²¹⁷ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos y otros, “Código Procesal Civil y Mercantil Comentado”, Consejo Nacional de la Judicatura, Primera Edición, Talleres Gráficos UCA, El Salvador Julio de 2010. Pág. 323. Con el anterior ejemplo se corrobora la obligatoriedad de preservar las reglas del Debido Proceso, para impedir la violación de Derechos Fundamentales como el *Derecho de Audiencia*.

²¹⁸ OVALLE FAVELA, José; “Derecho Procesal Civil”, Cuarta Edición, Editorial Harla, Buenos Aires, Argentina, 1989, Pág. 120. El Medio Probatorio constituye una herramienta indispensable para el favorecimiento de la Justicia, dependiendo de la *eficacia* de los mismos que la *Valoración* de la misma favorezca los intereses o pretensiones de una u otra parte.

proceso, y por ende las fuentes de donde se extraen los motivos o argumentos para obtener su convencimiento sobre los hechos de la causa²¹⁹. Verbigracia la inspección o percepción del juez, el relato contenido en el documento, la declaración de la parte, la declaración de testigos, testigos de conocimiento, el dictamen del perito, la percepción e inducción en la prueba de indicios²²⁰.

El Art. 330 C. Pr. C. y M presenta el inicio del apartado sobre los Medios de Prueba al establecer lo siguiente: **“La prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios regulados en este código.**

²¹⁹ DE SANTO, Víctor; *“La Prueba Judicial”*, Teoría y Práctica; Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1992, Pág. 24. Hay tres elementos que se deducen de esta definición: **1° Actividad del Juez o de las Partes:** Existen ocasiones en las que la prueba podrá ser objeto de mayores análisis luego que la misma ha sido propuesta por las partes, si el Juzgador lo estima necesario e indispensable para clarificar los hechos, en los casos de las llamadas **diligencias para mejor proveer Art. 7 Inciso 3° y Art. 321 Inciso 1° C. Pr. C. y M.**, reconocidas en la Ley Procesal como se demuestra jurídicamente, aunque hay que aclarar que como la Ley menciona, no es que el Juez decida espontáneamente que desea nuevas pruebas, más bien como dice la ley **“la Carga de la Prueba es exclusiva de las partes. Sin embargo, respecto de la prueba, que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes, el juez podrá ordenar diligencias con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio; en tales diligencias no se podrán introducir nuevos hechos, bajo ninguna circunstancia, ni tampoco practicar ningún medio probatorio no introducido oportunamente por las partes”** Art. 321 C. Pr. C. y M. el bienestar o el interés que se acentúa en este apartado es para mejorar la apreciación de las Pruebas, que en definitiva son los medios a través de los cuales el Juzgador se auxiliará para dictar la Sentencia cualquiera que sea el resultado que contenga la misma. **2° Con los Medios Probatorios se suministra el conocimiento de los hechos del Proceso:** la teoría fáctica, o los hechos enmarcables al derecho son los que interesan a nivel procesal, la realidad debe coincidir con el supuesto de hecho que regula la *Norma Jurídica Procesal*, de esta manera, la Prueba, es la herramienta idónea y eficaz, que hace posible la subsunción de los Hechos al Derecho. **3° Se busca el Convencimiento del Juzgador:** En última instancia, lo que se pretende con la Producción de la Prueba es, que el examinador llegue a ese estado de *Certeza Jurídica* sobre la posición de una de las partes.

²²⁰ ALSINA, Hugo, *“Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”*, Tomo II, Segunda Edición, Editorial ABC, Bogotá, Colombia, 1972, Pág. 230. Son medios de prueba reglados por las Leyes procesales prácticamente a nivel Universal, con ellos se pretende encontrar, dependiendo de cada caso, la realidad a la luz del Derecho, para tener por establecidas y fidedignas las pretensiones de alguna de las partes, o en su defecto por real algunas de las pretensiones del Demandante y algunas del Demandado, porque existen situaciones en que no solo una de las partes tiene la razón jurídica, sino más bien parte de esa totalidad, debe mencionarse además que no todos los medios probatorios son aplicables a cualquier Proceso, dependerá de la situación jurídica de la cosa litigiosa, su cuantía, el tipo de proceso, entre otros factores.

Los medios no previstos por la ley serán admisibles siempre que no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros y se diligenciarán conforme a las disposiciones que se aplican a los medios reglados”.

Los medios de prueba: “*son los elementos susceptibles de producir en el Juez convicción acerca de la existencia o no de los hechos afirmados por las partes*”. Ejemplo documentos, testigos, opiniones de peritos, reconocimiento judicial, etc. Algunos medios de prueba están previstos expresamente por la ley; documental, pericial, testimonial, grabaciones, fotos, películas. El derecho procesal moderno, consagra el principio de la ***"libertad o amplitud de prueba"***, en virtud del cual las partes pueden utilizar todos los medios de prueba que tengan a su alcance con tal de que no afecten la moral o la libertad de las partes o terceros y que no estén prohibidos por la ley para el caso de que se trate²²¹.

Desde un segundo ángulo, se entiende por medio de prueba: los instrumentos y órganos que aportan al Poder Jurisdiccional ese conocimiento y esas fuentes de prueba. Es la manera como se verifica la adquisición procesal de la prueba y se lleva al magistrado o juez el conocimiento de los hechos que prueba²²².

²²¹ El Artículo 330 Inciso Segundo se refiere a tal Principio de la siguiente forma: “*Los medios no previstos por la ley serán admisibles siempre que no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros y se diligenciarán conforme a las disposiciones que se aplican a los medios reglados*”. Se establece de manera cierta la Libertad Probatoria que la doctrina moderna pretende utilizar para dejar a criterio de las partes y del juez según la complejidad de la controversia cómo probar sus posiciones.

²²² GUASP, Jaime, “*Derecho Procesal Civil*”, Tomo II, Tercera Edición, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Tercera Edición, Madrid, España, 1969, Pág. 352. En un segundo momento se puede apreciar que el medio de prueba es también una institución que contribuye para ejemplo con un informe sobre si determinada persona es empleado de la misma, está aportando prueba al proceso, en definitiva, la prueba no es solo algo físico si no que depende de las circunstancias y la forma en que se llegara al descubrimiento de los hechos controvertidos para determinar si es un órgano, institución u otra entidad la que proporciona el medio de prueba.

Por consiguiente son modos u operaciones que referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia de uno o más hechos²²³, de esta manera lo ha considerado la Sala de lo Civil al retomar las palabras de **Escribano Mora**²²⁴.

3. 3 PRUEBA DOCUMENTAL

Este es el medio de prueba más antiguo de la Humanidad, y con el desarrollo de las legislaciones modernas se reglamenta con mayor eficacia. Históricamente en El Salvador se ha contactado con un régimen de prueba cerrado y taxativo, donde la ley da un valor y una jerarquización de las pruebas, aplicando el juzgado determinada prueba como la de mayor equivalencia²²⁵.

Esto ha sido así debido a la Seguridad que transmiten para el Juzgador como para los portadores de los mencionados documentos del Derecho mismo que Incorporan o contienen, lo que da la garantía del cumplimiento de la obligación ya sea de manera voluntaria o coactiva, de volverse necesario

²²³ PALACIO, Lino Enrique, *"Derecho Procesal Civil"*, Tomo IV, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1977, Pág. 331. Los datos demostrativos se relacionan con los argumentos que el Juez tiene por establecidos, al haberse evacuado toda la prueba, como la conclusión del debate, de manera tal que se dan por acreditados y ya no pueden discutirse a menos que se haga por la vía del recurso, con lo cual se logra concretizar el Derecho a la Justicia de que han hecho uso los particulares, debido a que el proceso termina con la emisión de la Sentencia independientemente si afecta a uno y otra parte o si se recurre de la misma.

²²⁴ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 240- C- 2004 de las 11:15:00 del 15/12/2005. Considera que medio de prueba es una actividad procesal, que en el modo establecido por la ley, permite introducir en el proceso las realidades extrajudiciales y preexistentes que son necesarias para que las partes, cumpliendo las normas sobre la carga de la prueba, lleven al juzgador al convencimiento de la realidad de las afirmaciones de hecho controvertidas.

²²⁵ CANALES CISCO, Oscar Antonio, ob. cit., Pág. 132. De hecho se observa que la mayoría de juicios se documentaban y comprobaban mediante esta actividad aunque hay que aclarar que en la época primitiva existía mas como documentos, pero su evolución ha desencadenado en el término más específico de Instrumentos.

iniciar un proceso judicial²²⁶; es así como el Art. 254 C. Pr. C. proporcionaba una clasificación de las pruebas por instrumentos, de la siguiente manera: Instrumentos Públicos, Auténticos²²⁷, y Privados que pueden llegar a tener el mismo valor probatorio, así lo considera la Sala de Civil²²⁸.

La legislación procesal²²⁹, inicia su exposición con este medio probatorio posiblemente, porque a través de la documentación se garantiza con mayor seguridad la existencia de un Acto Jurídico, exigiendo para su establecimiento dicha formalidad como prueba de existencia en el ámbito jurídico, excluyendo a cualquier otra forma o medio para demostrar tal circunstancia, al analizar lo que prescribe el C. Pr. C. y M. se determinará qué variaciones impone el mismo ante la legendaria tradición de considerar

²²⁶ Para ejemplo el caso de los Títulos Valores, en la Sentencia de Referencia N° 165-D-2010, *Fecha:* 01/02/2011, *Origen:* Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, *Nombre de tribunal:* CORTE PLENA, *Tipo de proceso:* Conflictos de Competencia en materia Civil, *Materia:* Mercantil, *Partes:* Ana Elizabeth Navas Avalos vrs. Candelaria Yamileth Gallardo de Reyes. *"Es necesario recordar que los títulos valores, son documentos mercantiles de naturaleza especial, cuya regulación obedece a la necesidad de facilitar y garantizar su circulación; y que dentro de las características de los mismos, se encuentra la "literalidad", que debemos entenderla, en el sentido que el derecho es tal como aparece en el título; lo que equivale a decir, que todo aquello que no aparece en el mismo, no puede afectarlo; su objeto es que el tenedor, de la simple lectura del título valor, puede estar seguro de la extensión y modalidades de derecho que adquiere. En consecuencia, habrá que hacer constar en el texto del título, cualquier circunstancia que modifique, reduzca, aumente o extinga el derecho".* De esta manera la Literalidad da certeza jurídica y probatoria, ante un eventual reclamo por la vía jurisdiccional, facilitando así la dinámica del proceso y la comprobación del derecho que se reclama.

²²⁷ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 9-C-2004 de las 14:00:00 del 28/01/2005. Sobre los documentos auténticos la Sala lo Civil estima que, *"de conformidad con el Art. 260 Ord. 1 ° Pr. C., disposición legal que otorga la calidad de documento auténtico a los expedidos por los funcionarios que ejercen un cargo por autoridad pública en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones, indudablemente su ordinal 1°) es amplísimo y comprende todo documento expedido por la autoridad pública, concepto que también abarca a un magistrado o Juez competente".*

²²⁸ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 1210- 2003 de las 09:30:00 del 12/02/2003. En donde la Sala estima pertinente aclarar, que la ley permite que se realicen negocios jurídicos en **documentos privados**, los cuales al ser autenticados por notario adquieren valor de escritura pública y a su vez, de plena prueba.

²²⁹ Ley de Enjuiciamiento Civil Española, Madrid, España, año 2000. Refiérese a lo que regulaba el C. Pr. C., en tanto que la supremacía histórica que tiene este medio de prueba, perdura de manera inequívoca, a pesar de la evolución de la Sociedad, en el Derecho Mercantil no se puede hablar de una forma mejor de garantizar las obligaciones entre las partes que la celebración de un contrato o la firma de un pagaré, a través de los cuales si se obtiene una garantía susceptible de comprobación y exigible ante terceros.

así a los Instrumentos, aunque se presupone no existe una variabilidad extrema.

En esta clase de prueba se justificaba la aplicación de la valoración legal o prueba tasada, puesto que la labor judicial se limita a observar si el documento presentado cumple con los requisitos para su otorgamiento y su proposición²³⁰; este mismo sistema de valoración se mantiene en las legislaciones procesales de avanzada como en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española; siendo lo razonable pues el documento debe otorgarse de acuerdo a requisitos mínimos de validez preestablecidos, por lo que el juzgador, solo tendrá que verificarlos en el momento oportuno durante el proceso²³¹.

3. 3. 1 CONCEPTO DE DOCUMENTOS

El documento adquiere una extraordinaria importancia cuando constituye el medio principal de fijar la contratación originada por el tráfico jurídico de nuestros tiempos. Las partes contratantes no piensan en los futuros procesos a la hora de estampar por escrito sus estipulaciones, y en este sentido se dice que la prueba documental tiene carácter

²³⁰ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 91-AP-2007 de las 11:30:00 del 05/06/2008. Considera que para que la prueba sea proponible debe reunir al menos los siguientes requisitos: a) Que guarde relación con la litis u objeto del proceso; b) Que tiene que ser referida no tanto al medio de prueba en sí mismo considerado y entendido como actividad, sino al hecho que se fija como objeto de la prueba en relación con las afirmaciones que se hicieron por las parte en su momento (Amparo 268-2000); y, c) que tiene que ser contundente, esto significa que es el medio de prueba adecuado para verificar la afirmación del hecho.

²³¹ CANALES CISCO, Oscar Antonio, ob. cit., Pág. 133. Esto debe ser así porque la validez y legalidad de una letra de cambio no se establece durante el juicio si no que, ha existido o no ha existido antes del establecimiento mismo del proceso, la Ley prescribe de manera exacta los requisitos que debe cumplir, la tarea del juzgador es de verificación puesto que, si analizados los presupuestos mínimos exigidos por la ley y dicho documento no los mantiene, definitivamente esos requisitos no pueden ser inobservados por el aplicador de justicia y validar las pretensiones sustentadas mediante la respectiva letra de cambio que no tiene legalidad.

preconstituido²³², pero lo cierto es que de ser necesario llegar al proceso, el documento es un magnifico instrumento (Art. 331 C. Pr. C. y M.) para formar la convicción del juez.

Cualquier definición de documento es válida siempre que refleje a su autor, al material y su contenido. Así, podríamos decir que documento **“es un objeto, por tanto, algo material, de naturaleza real, en el que consta por escrito una declaración de voluntad de una persona o varias, o bien la expresión de una idea, pensamiento, conocimiento o experiencia”**.

Anteriormente se mencionaba de manera general Los instrumentos y por tales se entendía lo siguiente: **“Son aquellos documentos extendidos por persona autorizada por la ley para ejercer la función notarial, de acuerdo con las formalidades legales”**²³³. La Ley de Notariado²³⁴ es el cuerpo normativo que regula la función pública Notarial, que contiene tres aspectos importantes, las personas autorizadas para ejercer dicha función, las formalidades para extender los instrumentos públicos y finalmente las responsabilidades ante un perjuicio que pueda causar el ejercicio incorrecto de la función notarial²³⁵.

²³² Sala de lo Constitucional. Sentencia Interlocutoria 968- 2002 de las 08: 22: 00 del 25/ 11/ 2002. Expresa que es por esta razón que en el proceso ejecutivo es posible prescindir de la etapa probatoria, pues ya existe una prueba preconstituida, *“se ha considerado que por existir prueba preconstituida en dicho proceso, tal plazo sólo es necesario si el demandado opone excepciones de conformidad al artículo 595 del Código de Procedimientos Civiles; y en el segundo caso, como consecuencia de lo anterior, porque la intención del legislador –al posibilitar la omisión del plazo probatorio- ha sido que el tipo de proceso comentado quede en estado de dictar sentencia definitiva al concurrir cualquiera de los supuestos establecidos en el inciso 2° de la citada disposición legal –si el demandado no opone excepciones, se allana a la pretensión o no comparece a hacer uso de su derecho de defensa”*.

²³³ El Artículo 331 del Código Procesal Civil y Mercantil definía los Instrumentos Públicos de la manera siguiente: **“Son los expedidos por Notario, que da fe, y por autoridad o funcionario público en el ejercicio de su función.”**

²³⁴ Ley de Notariado emitida por Decreto Legislativo N° 218 de fecha 6 de Diciembre de 1962, publicado en el Diario Oficial N° 225, Tomo 197 de fecha 7 de diciembre del mismo año.

²³⁵ CANALES CISCO, Oscar Antonio, ob. cit., Pág. 133. Es de dicha ley que retomaremos la fuerza, validez y el valor probatorio que en sí mismos contienen los Instrumentos Públicos, relacionándolo con el Código Procesal Civil y Mercantil y el Código de Comercio que también preveía dicha materia.

3. 3. 2 CLASES DE DOCUMENTOS

La doctrina establece siempre, a la hora de estudiar este medio de prueba, unas clasificaciones de los documentos más o menos completas. La clasificación en Públicos y Privados es la tradicional²³⁶, y así se reconoce expresamente como Medio de Prueba por la LEC²³⁷ en ambos casos, Documentos Públicos (art. 299.1, 2.2), y Documentos Privados (art. 299.1, 3.2).

Estando pensada en función de los sujetos que intervienen en el Documento. La forma del Documento y el sujeto que lo autoriza califican al Documento Público, la Escritura Pública permite darle mayor solemnidad y legalidad al Acto Jurídico por los requisitos que la misma contiene y ser conferido el Libro de Protocolo únicamente al Funcionario Público conocido como Notario, este ejemplo aclara notablemente la existencia que la intervención de un sujeto otorgante y un compareciente no es la misma si el caso requiere la presencia de un tercero con facultades conferidas por alguno de los Órganos Estatales; por el contrario, el que no reúne

²³⁶ El Título XXI del Código Civil tiene como nombre **DE LA PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES**, de los Artículos 1569 al 1585 de dicho Código, en el Artículo 1569 se encuentra la regulación referente a los Instrumentos Públicos y Privados de la siguiente forma:

“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquélla o ésta.

Las Pruebas consisten en Instrumentos Públicos o Privados, Testigos, Presunciones, Confesión de Parte, Juramento Deferido, e Inspección Personal del Juez y Peritos.” Continúa el Código mencionando que debe entenderse por Instrumento Público en el Artículo 1570 Inciso 1º: *“...es el autorizado con las Solemnidades legales por el competente Funcionario...”* posteriormente prevé la fuerza Probatoria de los mismos, se puede mencionar que la actual Legislación Procesal, no riñe con lo regulado por el Código Civil, solamente complementa y mejora lo que la Ley Sustantiva prescribe.

²³⁷ *Ley de Enjuiciamiento Civil Española*, ob. cit. El Art. 1569 Inciso Segundo del Código Civil establece esta clasificación de la siguiente manera: **“Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del Juez y peritos”**, consecuentemente eran definidos los Instrumentos Públicos en el Art. 1570 Inciso Primero prescribiendo: **“Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario”**, relacionando este Artículo con el Art. 2 de la Ley de Notariado se tiene la clasificación completa de Instrumentos Públicos:

1. Escritura Matriz;
2. Escritura Pública o Testimonio; y
3. Actas Notariales.

solemnidades específicas ni está autorizado por funcionario competente, es el Documento Privado²³⁸.

Al mencionar este apartado, debe establecerse que hablar de clases de Documentos e Instrumentos Públicos es referirse a los Instrumentos Notariales regulados en la Ley de Notariado, distinguiéndose en ella: la Escritura Matriz, Escritura Pública y las Actas Notariales, a continuación se analiza cada una de ellas.

La Legislación de Procedimientos Civiles presentaba todo lo concerniente a este tema, el Art. 253 C. Pr. C. mencionaba que ***“Las pruebas se hacen con instrumentos, con informaciones de testigos, con relación de peritos, con la vista de los lugares o inspección ocular de ellos o de las cosas, con el juramento o la confesión contraria y con presunciones.”*** De esta manera también iniciaba haciendo una clasificación de los mismos de la siguiente manera:

1. Instrumentos Públicos: El Art. 255 C. Pr. C. determinaba que los instrumentos públicos deben extenderse por la persona autorizada por la ley para cartular y en la misma forma en que la ley prescribe. Los instrumentos Públicos son considerados como producto de la actividad Notarial en virtud de la cual ciertos hechos gozan de credibilidad jurídica según lo manifiesta la

²³⁸ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos y otros, ob. cit. Pág. 373. Menciona lo siguiente *“Los documentos pueden ser de dos tipos: Públicos o Privados, en los términos que determina el C. Pr. C. y M. En todo caso, la calificación de un documento como Público o Privado no depende sólo de lo dispuesto en el Código, sino de lo que se regula también en la Legislación Civil y Administrativa, así como sus requisitos de contenido y validez. Tampoco es incompatible con lo dispuesto en el Código, el reconocimiento de determinadas modalidades de documento en la Legislación Sustantiva”*. Es Conocido que cada Legislación Sustantiva que no contiene apartados Procesales, se remite a lo estipulado por los cuerpos normativos con contenido exclusivamente Procesal, para el presente estudio se vuelve vital mencionar que el Código de Comercio en el Art. 999 y siguientes prevé normas Procesales, en el transcurso de la investigación se determinara si es incompatible o no con la Ley Procesal.

Sal de lo Civil²³⁹, los que de acuerdo al artículo 2 de la Ley de Notariado, El Art. 331 C. Pr. C. y M. determina los Instrumentos Públicos como medio de Prueba, los cuales atendiendo a su relación con el Protocolo del Notario, pueden ser de tres formas:

a) Escritura Matriz: que es el asiento original del acto o contrato, ante Notario competente autorizado, consignado en Protocolo; ***“Es la que se asienta en las hojas del Protocolo, y consiste en el documento original que redacta el Notario o por la persona designada para ejercer la función notarial que refleja el acto jurídico debidamente autorizado”***²⁴⁰.

b) Escritura Pública o Testimonio: que constituyen aquellos Instrumentos que no se asientan en el Protocolo. La Escritura Pública o testimonio, llamada también **Copia o Copias**, de acuerdo al Art. 257 C. Pr. C. se definía como la primera copia que se saca del Protocolo y que ha sido hecha con todas las solemnidades por un funcionario público autorizado para otorgarla; y el artículo 2 de la Ley de Notariado la define como ***“aquella en que se reproduce la Escritura Matriz”***. Es la reproducción literal de la Escritura Matriz, expedida en papel simple mediante transcripción mecánica

²³⁹ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 141-C-2005 de las 08:30:00 del 27/ 10/ 2005. Se manifiesta el criterio de ***“la autenticidad que confiere el notario, es en fin, la facultad de carácter jurídico que obliga a estimar como auténticos e indiscutibles los hechos o actos, que son atestiguados por funcionario público. Es por ello que para impugnar esta presunción, debe recurrirse a medios probatorios que puedan determinar si la falsedad ha sido realizada o no. La autoridad legítima atribuida al notario para acreditar fehacientemente que los documentos que autentica en debida forma, son en verdad auténticos, es conocida como Fe notarial”***.

²⁴⁰ CANALES CISCO, Oscar Antonio, ob. cit., Pág. 134. Surge la pregunta ¿Puede iniciarse un juicio ejecutivo mercantil teniendo como documento base de la acción la Escritura Matriz? Lógicamente la respuesta se encuentra en el Art. 28 de la Ley de Notariado al establecer que ***“El Protocolo no podrá presentarse en juicio ni hace fe en él y no podrán sacarse del poder del Notario...”*** Disposición que da la respuesta en el sentido negativo. Lo que si podía realizarse es la confrontación del mismo con una Escritura pública presentada en un proceso civil de la cual se dude su autenticidad de conformidad a lo que establecía el Art. 256 C. Pr. C., dicha actividad era realizada con el nombre de compulsas de documentos.

o por sistema de fotocopias²⁴¹; en otras palabras el Testimonio es la reproducción literal y exacta de la Escritura Matriz, que contiene incluso los enmendados, entre líneas y testados; expedidos por los Notarios a los otorgantes, a quienes resulte algún interés directo por las declaraciones contenidas en el instrumento. Dichos testimonios son expedidos por el Notario durante el año de vigencia del Libro de Protocolo, dentro de los quince días siguientes a la fecha en que caduca.

Para que tenga fuerza probatoria los testimonios tienen que ser extendidos de acuerdo a lo establecido en el Art. 43 de la Ley de Notariado; deberán ser expedidos a los otorgantes, las partes que han intervenido en el acto o contrato como vendedor y comprador, hipotecante, deudor; también a quien resulte algún interés directo por razón de las declaraciones de los otorgantes, refiriéndose a terceros que el acto incorporado perjudica o aprovecha, como en el caso a que se refiere el Art. 2163 Inciso 2 C. C.²⁴², en el que un tercero hipoteca un bien propio para garantizar obligaciones del deudor principal; finalmente, a quienes deriven sus derechos de los mismos testimonios que les pidan de los instrumentos que autoricen como los herederos del comprador o del vendedor. Si la escritura es de las que dan

²⁴¹ CANALES CISCO, Oscar Antonio, ob. cit. Pág. 135. Continúa el autor mencionando que *“la obtención del Testimonio se origina en la necesidad de probar la existencia de los actos jurídicos en los cuales se crean, modifican o extinguen obligaciones, en forma unilateral o convencional por los otorgantes... El Testimonio puede ser obtenido por los otorgantes o por aquellas personas a quienes derive su derecho del mismo, Art. 43 Ley de Notariado, en cuanto a la redacción y solemnidades principales del documento se encuentran regulados en el Art. 33 de la citada Ley.”* **El valor probatorio de este instrumento público es reconocido como plena prueba de acuerdo a lo que prescriben los Artículos 1571 y 1572 del Código Civil**, dentro del desarrollo del capítulo en cuestión aclararemos que valor probatorio le concede la novedosa legislación Procesal Mercantil.

²⁴² Artículo 2163 Inciso Segundo: *“Pueden obligarse hipotecariamente los bienes propios para la seguridad de una obligación ajena; pero no habrá acción personal contra el dueño, si éste no se ha sometido expresamente a ella”*. A esta persona puede entregársele un Testimonio cuando realice la hipoteca garantizando la deuda con el bien inmueble de su propiedad, de esta manera se asegura de contar con el respaldo jurídico de la Obligación que contrajo ya que el Acto Jurídico incorporado puede perjudicarlo *a posteriori* si el deudor principal elude su deber.

acción para pedir o cobrar una cosa o deuda, cuantas veces se presente, no debe extenderse más que un solo testimonio.

c) Acta Notarial: Se refiere a hechos que por su naturaleza la Ley no exige que sean protocolizados, es decir no se asientan en un Protocolo, excepto las actas que menciona en Art. 140 inciso dos de la Ley de Notariado, en caso de Testamento Cerrado, donde el Notario legaliza cada una de las cubiertas presentadas por el testador, después extenderá un acta en el Protocolo en la que dará fe del acto, transcribiendo íntegramente el texto de la legalización, firmándola con el testador y testigos; sin embargo a este tipo de documentos notariales le son aplicables en lo posible, los requisitos establecidos para la Escritura Matriz²⁴³.

En aplicación a los artículos 2 y 50 de la Ley de Notariado podemos definir las Actas Notariales como ***“aquellos instrumentos que el Notario levanta de los hechos que presencie o que personalmente ejecute o compruebe, al interponer sus oficios por disposición de la ley o a requerimiento de interesados, que no asienta en el Protocolo”***²⁴⁴.

Las Actas Notariales han tenido valor de Instrumento Público cuando se trata de aquellas actuaciones que la ley encomienda por ejemplo, Sustitución de poder (Art. 9 y 50 L. N.); Protesto de letra de cambio (Art. 755

²⁴³ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 107-C-2006 de las 09:00:00 del 17/ 01/ 2008. Indica que *“si el Art. 51 de la Ley de Notariado ha querido sujetar el otorgamiento de las actas notariales a las mismas formalidades a que está sometida la escritura matriz, es lógico y consecuente pensar y concluir que la inobservancia de cualquiera de esos requisitos por parte del notario al momento de asentar un acta notarial, tenga la misma solución dada para las escrituras matrices al presentarse la misma situación, es decir que el Art. 33 de la Ley de Notariado es aplicable a las actas notariales también”*.

²⁴⁴ CANALES CISCO, Oscar Antonio, ob. cit., Pág. 135. El autor continúa explicando tales Actas notariales de la siguiente manera: *“La redacción de esta variedad de documentos está sujeta a las formalidades exigidas para la Escritura Matriz, según el Art. 54 de la Ley de Notariado... el valor probatorio de las Actas notariales es idéntico a la Escritura Pública, refiérase a este tema el Art. 1 inciso 3° de la Ley de Notariado”*.

C. Com.); Comprobación de hipotecas (Art. 743 C. C.); Notificación de la sesión de un crédito (Art. 952 C. Pr. C.). Sin embargo, las actas notariales de relevancia probatoria para una acción ejecutiva, civil o mercantil, es la que señala el Art. 52 de la Ley de Notariado al decir **“copiarlo”** La disposición legal antes citada comprende los documentos privados reconocidos, ante Notario a que se refiere el Art. 587 C. Pr. C. Mercantilmente, en cuanto a prueba, las Actas Notariales de protesto de los Títulosvalores que hacen nacer la acción cambiaria propia de esta clase de documentos.

En la actual normativa, **“Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley. Los documentos en que intervenga Notarios públicos se regirán por la legislación notarial”** Art. 331 C. Pr. C. y M. en base a lo anterior dos son los requisitos del Documento Público:

1. Que los autorice un funcionario público dentro de lo que constituye las atribuciones de oficio. En este tópico es necesario determinar que la Ley Procesal Civil y Mercantil dedica un apartado especial a una clase de Documento Público que también se ha contemplado tradicionalmente, los Documentos Extranjeros.

Documentos Extranjeros: La reforma parcial en el año 2010 por el Código Procesal Civil y Mercantil alude en el Art. 334 que la eficacia probatoria de los Documentos Extranjeros ante los Tribunales del El Salvador²⁴⁵, exige la debida autenticación del Instrumento por parte de la

²⁴⁵ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos y otros, ob. cit. Pág. 374. Continúa refiriéndose a este supuesto *“El mismo valor tendrán las fotocopias debidamente averdadas con su original, y que se halla sometido al mismo trámite de autenticación mencionado. Ello no obstante, si el Juez (o la Administración, cuando se trate de surtir efectos ante ella) creyere conveniente pedir una nueva versión del Documento extranjero, podrá pedirla de oficio según autoriza el mismo Art. 331 Inciso Primero C. Pr. C. y M., siguiendo para ello los canales del Exhorto Internacional”*. El Exhorto lo encontramos regulado en el

autoridades consulares destacadas en el país de procedencia o, en su defecto, por funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores de dicho país, siempre junto con la autenticación de Relaciones Exteriores de El Salvador (Ministro, Viceministro, o funcionario delegado).

2. Que adopte las formalidades requeridas por la ley. Dentro de estos documentos podemos mencionar: ***Expedidos por funcionarios públicos***; libros de actas, estatutos, ordenanzas, las partidas o certificaciones de nacimiento.

3. 3. 3 LA EXHIBICIÓN

La *finalidad* de la exhibición se encuentra dispuesta en el Artículo 336 C. Pr. C. y M. el mecanismo para la aportación de Documentos que la parte interesada no posee y necesita para su defensa en juicio. En este caso, no se trata de obtener una información que está incluida en el texto del Documento y que, tras leerlo, ya no necesita utilizarla más (como ocurriría en el trámite de diligencias preliminares), sino que aquí lo que se pretende es que el Documento ingrese a los autos y pueda ser valorado por el Juez como medio de prueba en Sentencia²⁴⁶. La Solicitud es además uno de los

Art. 152 del C. Pr. C. y M. *“Los Exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidos por las propias partes interesadas, por intermedio de los agentes consulares o diplomáticos o a través de la autoridad administrativa competente en la materia o, en su defecto, por vía judicial”*, la Cooperación Judicial Internacional es uno de los apartados que más relevancia cobra en la Sociedad Mercantil y Procesal actual, en la medida que las referidas actuaciones cobran relevancia, la legislación Procesal se va acoplando, el C. Pr. C. y M. faculta al interesado para que *“cuando una actuación procesal deba realizarse fuera del territorio nacional, la parte interesada en su realización la solicitará, indicando la causa y el alcance de la actuación procesal solicitada”* Art. 150 Inciso Primero C. Pr. C. y M.

²⁴⁶ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos y otros, ob. cit. Pág. 376. Determina esta obra que los Presupuestos Procesales para solicitar la exhibición de Documentos son tres:

1° Que el proponente no tenga el Documento.

2° Que el Documento sea pertinente y útil a efectos de demostrar los hechos controvertidos.

3° Que sea posible identificar a la persona, pública o privada, física o jurídica, que tiene el Documento.

momento procesales oportunos para pedir medios de prueba, no haciendo valer la misma como el momento procesal oportuno para ofrecerla, sino que es en otras palabras una oportunidad más para realizar el referido trámite, no siendo el idóneo si es necesario hacer la solicitud, válido es mencionar que en ella se consignará verdaderamente un medio probatorio.

3. 3. 4 IMPUGNACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS

Consiste en afirmar la invalidez del Documento por haberse producido algún tipo de alteración o manipulación en alguna de sus partes, es decir, por su falsedad. La impugnación no tiene por fin ilustrar al juez sobre el por qué debe dar más o menos valor probatorio al Documento, sino a que éste excluya como prueba en ese proceso debido a la ilicitud que deriva de dicha falsedad²⁴⁷.

3. 3. 4. 1 FALSEDAD MATERIAL

El Art. 283 Inciso Primero del Código Penal de El Salvador establece lo siguiente: ***“El que **hiciera un documento público o auténtico, total o parcialmente falso o alterare uno verdadero, será sancionado con prisión de tres a seis años.**”***

²⁴⁷ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos y otros, ob. cit. Pág. 378. Existen dos vías alternas par llevar a cavo la referida impugnación:

1° Cuando se tiene constancia que existen actuaciones penales (Artículo 283 y siguientes Código Penal de El Salvador) surgirá un conflicto de prejudicialidad, que deberá resolverse conforme al régimen previsto en el Artículo 48 C. Pr. C. y M.

2° Cuando en el mismo Proceso Civil en que se ha presentando el Documento, a través de la llamada *Impugnación de su “Autenticidad”*, por el cauce de los Artículos 338 – 339 C. Pr. C. y M.

Es necesario recordar lo que debemos entender por “*Documentos Públicos*” y son aquellos “*en cuya confección interviene en todo o en parte un funcionario o autoridad Pública (documentos administrativos y judiciales); o en su caso un fedatario público (documentos negociables) como es el Notario*²⁴⁸” es decir, todo documento que lleve firma y sello de Notario, es un Documento Público y no solamente las Escrituras Públicas, ahí van incluidas las actas notariales y las razones de legalización, así como de autenticación. Tampoco hay que confundir los documentos privados, de cuya firma legalizada responde el Notario que la haya autorizado.

En principio, una persona debe acudir personalmente a presentar escritos, solicitudes o demandas, ante la autoridad competente, pero puede ocurrir que no sea así, en cuyo caso, la persona deberá hacer legalizar su firma ante un Notario; éste dará fe de ser auténtica por haber sido escrita de su puño y letra por su autor o titular, ante su presencia²⁴⁹.

²⁴⁸ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos y otros, ob. cit. Pág. 374. “*No importa por tanto que en el documento consten también declaraciones de sujetos privados, a veces necesaria por la propia naturaleza de lo que se hace constar, sino que lo decisivo para su naturaleza Pública es la intervención también de aquel agente fedatario*”. De esta manera se aclara que quienes estén consignados en el Documento no son quienes otorgan la naturaleza de Públicos a los Documentos, es quien los legaliza, para el caso se puede mencionar que en una Escritura Pública de Compraventa de bien inmueble, que necesariamente la Ley exige que se haga mediante Escritura Pública, quien dará Fe del Instrumento es el Notario autorizado por el Estado, los Comparecientes son quienes se benefician de la Fe Pública de que goza el funcionario, que para el caso es el Notario.

²⁴⁹ Artículo 54 Ley de Notariado: “*Para legalizar las firmas que hubieren sido puestas por los interesados o por otras personas a su ruego, en correspondencia particular, solicitudes, memoriales y escritos de toda clase o en otros documentos no comprendidos en los artículos que anteceden, no será necesario levantar actas, bastando que el Notario ponga a continuación de la firma que autentica, una razón en que dé fe del conocimiento o identidad del otorgante conforme a lo dispuesto en el numeral 5º del Art. 32 y de la autenticidad de la firma o de que ha sido puesta a ruego del interesado; razón que indicará el lugar y fecha en que se extiende y que será firmada y sellada por el notario. Cuando el escrito o atestado sea del propio notario, bastará el sello junto a su firma para que se tenga como auténtico. En todo caso se fijarán y amortizarán los timbres correspondientes a la auténtica.*

Los escritos y demás atestados legalizados de conformidad con el inciso anterior, serán admitidos en las oficinas públicas y tribunales, sin necesidad de presentación personal del interesado”.

En la práctica esta alternativa es utilizada constantemente, debido a que cuando se presenta una demanda por ejemplo, si la parte quiere darle trámite al juicio personalmente, solo acude ante un Notario para que legalice su firma al final de la misma, debido a que con firma y sello de abogado director has sido suficiente para impulsar procesos en materia Mercantil.

La ley no distingue por razón de la magnitud de los Documentos, si estos son Públicos o no, solamente por la circunstancia de ser legalizados ante funcionario autorizado para cartular (Notario) y es esa razón que, si bien el documento que lleva la firma, es y será siempre un documento privado, la razón puesta por el Notario, en la que se da legalidad a la firma tiene carácter Público, otorgándole credibilidad frente a terceros y respecto a las responsabilidades penales, relacionadas con el delito de falsedad así lo considera la Sala de lo Civil al estimar que los actos celebrados por un notario gozan de *“presunción de veracidad”*²⁵⁰.

No por el hecho de realizarse una falsedad en un documento que por su naturaleza, no es una escritura pública, deja de ser delito sancionado. El Notario responde por todo aquello de lo cual **“DA FE”**, y de lo cual ha afirmado haberse verificado ante su presencia.

La responsabilidad del Notario no es simplemente profesional, sino penal en el caso que resulte haberse dado una falsedad, de la cual él ha dado fe, y civil si causare lesiones patrimoniales a terceros con su actuación²⁵¹, como Notario; precisamente si el documento está dedicado a ingresar al tráfico jurídico y producir efectos jurídicos o procesales; especial y particularmente si esos efectos perjudican directa o indirectamente a la persona que supuestamente los emite o suscribe. En este caso, se presenta

²⁵⁰ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 9-C-2004 de las 14: 00: 00 del 28/ 01/ 2005. Expresa que en el desempeño de las actividades notariales, el Notario realiza ciertas funciones y que *“entre estas funciones, la de más trascendencia pública y la que determina su existencia como funcionario es aquella que consiste en investir a los actos en que intervienen, de una presunción de veracidad, conocida como Fe Pública, que tiene como consecuencia que a tales actos se les hace aptos para imponerse por sí mismos en las relaciones jurídicas y para ser impuestos, por su propia virtualidad, la cual se regula, en nuestra legislación en el Art. 1 de la Ley de Notariado”*.

²⁵¹ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 244-C-2004 de las 11: 00: 00 del 12/05/2005. Indica que el Art. 62 de la Ley de Notariado sanciona al Notario que sea responsable de los daños y perjuicios que, por su negligencia, malicia o ignorancia inexcusable, causaren a las partes, además de otras sanciones que la misma disposición legal señala. Tales perjuicios deben ser comprobados en el juicio, no basta decir que existen.

una agravante del delito, que es falsedad documental agravada, por ser cometido por un Notario, según se desprende del Art. 338 C. Pr. C. y M²⁵².

Solamente si el notario ha realizado personalmente la falsedad, concurre para él dicha agravante, de lo contrario, pesa solamente la comisión del delito de falsedad material o ideológica, como corresponda. Regularmente el Notario se limita a firmar y sellar y es otra persona quien elabora los documentos (Secretaria u otro profesional) el punto es que, un Notario no puede evadir sus responsabilidades, so pretexto de no haber conocido el contenido de determinado documento, pues tal aseveración implica que no tiene responsabilidad de su profesión y por ende, no merece ejercerla, más bien, la responsabilidad penal no depende de una simple desviación de la atención con excusas simples.

3. 3. 4. 2 LA FALSEDAD IDEOLÓGICA

El Art. 284 Inciso Primero Código Penal de El Salvador prescribe: ***“El que con motivo del otorgamiento o formalización de documento público o auténtico, insertare o hiciere insertar declaración falsa concerniente a un hecho que el documento debiere probar, será sancionado con prisión de tres a seis años.”***

²⁵² Artículo 338 C. Pr. C. y M. *“La impugnación de la autenticidad de un instrumento se hará en cualquier estado del proceso y deberá probarse, en su caso, en la audiencia probatoria. Si se trata de un hecho nuevo o de nueva información que permita establecer la falsedad del instrumento, podrá impugnarse hasta antes de la sentencia, siempre que no se hubiera podido conocer de aquélla en su momento”.*

La extensión de este apartado se establece en el Artículo 343 C. Pr. C. y M., donde determina que esta disposición también opera en caso de otros medios probatorios, aunque el Código Penal es claro al establecer que la falsedad se da precisamente en los Documentos.

En uno u otro caso, puede aumentarse las penas, como falsedad documental agravada ya que puede concurrir la intervención de una persona autorizada para ejercer el Notariado²⁵³.

3. 3. 5 VALOR PROBATORIO

Los documentos de esta naturaleza acompañados con los escritos de demanda y contestación que no hayan sido impugnados se tendrán por legítimos y eficaces sin necesidad de cotejo²⁵⁴, esto significa que su valor probatorio deviene la aplicación de las reglas de la prueba tasada, siendo este el único caso en el que el Código Procesal Civil y Mercantil adopta este sistema de valoración.

Lo anterior de acuerdo con lo preceptuado en el Art. 341 C. Pr. C. y M., que otorga a los instrumentos públicos la calidad de prueba fehaciente y a los instrumentos privados la calidad de plena prueba si no han sido impugnados y demostrada tal impugnación, en cuyo caso van a sujetarse a las reglas de la Sana Critica²⁵⁵.

²⁵³ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos y otros, ob. cit. Pág. 379. *“Si el Documento refleja afirmaciones sobre datos, sucesos o actos jurídicos que nunca se produjeron en la realidad, a sabiendas de que no son ciertos por quien los suscribe, no podrá invalidarse el Documento por esta vía impugnativa Civil, sino que ha de serlo necesariamente a través de la denuncia de falsedad Penal, siempre que recaiga sentencia de dicho orden Jurisdiccional que así lo declare”.*

²⁵⁴ Si se impugnare expresamente su autenticidad o exactitud por la parte a quien perjudique deberá procederse al cotejo de las copias con sus originales, dispone la ley que las copias de los documentos públicos de que exista Matriz o Protocolo impugnada por aquellos a quienes perjudique solo tendrán fuerza probatoria cuando hayan sido debidamente cortejados, Art. 338 C. Pr. C. y M.

²⁵⁵ C. Pr. C. y M. Art. 341. Los instrumentos públicos constituirán prueba fehaciente de los hechos actos o estado de cosas que documenten, de la fecha y personas que intervienen en ella, así como del fedatario o funcionario que lo expide.

Los instrumentos privados hacen prueba plena de su contenido y otorgantes si no ha sido impugnada su autenticidad o ésta ha quedado demostrada. Si no quedó demostrada tras su impugnación, se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica.

3. 4 DECLARACIÓN DE PARTE

Uno de los objetivos de este trabajo es: **“determinar las novedades que conlleva la aplicación del Código Procesal Civil y Mercantil en cuanto a los medios Probatorios a utilizar”**, este objetivo se refiere especialmente a el estudio de los Medios Probatorios que se han incorporado al Derecho Procesal salvadoreño, que en regulaciones anteriores al C. Pr. C. y M, no se encontraban codificadas.

El C. Pr. C. y M., incorpora al Proceso Mercantil salvadoreño además de la oralidad, otras novedades como la regulación de nuevos Medios Probatorios, estos son: **otros instrumentos no comprendidos entre los públicos y privados, la declaración de parte, el reconocimiento judicial, y los medios de reproducción de sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información.**

Ahora bien, algunos de estos medios son totalmente nuevos en el Proceso Mercantil salvadoreño; pero el caso de la declaración de parte es un tema especial, porque se trata de un interrogatorio realizado a las partes en el proceso con fines probatorios²⁵⁶, con el cual se procura lograr la confesión de uno o varios hechos²⁵⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, la declaración de parte es el equivalente a la figura de la absolución de posiciones que establecía el Art.

²⁵⁶ CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín. *“Derecho Procesal Civil, Parte General”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, Tercera edición, 2008. Pág. 223. Manifiesta que debe deslindarse el interrogatorio de las partes con fines probatorios de otros actos, similares pero que no tienen esta finalidad.

²⁵⁷ KIELMANOVICH, Jorge L., ob. cit. Pág. 491. Indica que con el interrogatorio de las partes, *“se procura no solo provocar la confesión del adversario, sino también aclarar o esclarecer las singulares posiciones sostenidas por aquellas en la litis”*.

376 del C. Pr. C²⁵⁸, en donde una de las partes solicitaba la comparecencia de la otra, para responder al interrogatorio (pliego de posiciones), para obtener una confesión.

Se trata de dos figuras similares, la declaración de parte por un lado y la absolucón de posiciones²⁵⁹, por el otro, que persiguen el mismo objetivo, el de crear convicción en el juzgador, para que tenga por acreditados los hechos que se afirman; sin embargo entre ambas figuras existen marcadas diferencias, las cuales se detallan a continuación:

Primero: La absolucón de posiciones se desarrolla de forma escrita; mientras que la declaración de las partes es verbal;

Segundo: El interrogatorio por medio de posiciones está sujeto a un catalogo de preguntas; la declaración de parte es un interrogatorio libre²⁶⁰;

Tercero: El interrogatorio por medio de posiciones solo sirve para intentar la confesión de las partes; la declaración de

²⁵⁸ Código de Procedimientos Civiles. Art. 376. Desde que la causa se abre a prueba en primera instancia, las partes pueden también en las demás instancias que corra y en cualquier estado antes de la sentencia, aun cuando no haya otra recepci3n a prueba, pedirse en interrogatorio escrito y no de palabras; juramento sobre hechos personales concernientes a la materia en cuesti3n, que es lo que se llama posiciones; pero no podr3n pedirse antes que la causa se abra a prueba, excepto el reconocimiento de documento privado, ni sobre hechos vergonzosos o de que pueda resultar responsabilidad criminal al confesante o a persona contra quien no pueda testificar.

²⁵⁹ Sala de lo Constitucional. Sentencia Definitiva 1198-2002 de las 09:09:00 del 08/07/2003. Explica que con relaci3n con la figura de la absoluc3n de pliego de posiciones, puede decirse, antes que nada, que en el 3mbito doctrinario *pliego de posiciones* es el "conjunto de afirmaciones que el ponente debe formular a fin de que el absolvente se expida sobre ellas en oportunidad de comparecer a la audiencia que el juez se3ale a tal efecto". Y que *absoluc3n de posiciones* es "la confesi3n prestada en juicio, con arreglo a las formalidades legales, y con motivo del requerimiento formulado por una de las partes"

²⁶⁰ DÍAZ FUENTES, Antonio. "La Prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tratamiento y Practica", Editorial Bosch, Barcelona, Espa3a, Segunda edici3n, 2004. P3g. 137. Manifiesta que "la declaraci3n de las partes ha de versar sobre preguntas formuladas en un interrogatorio libre".

partes permite no solo obtener una confesión, sino además esclarecer contenidos oscuros de los hechos²⁶¹; y

Cuarto: En último lugar pero de mayor relevancia, la declaración de parte permite garantizar el derecho de defensa de quien es objeto del interrogatorio, ya que este se sujeta a las reglas generales del interrogatorio de testigos; mientras que la absolución de posiciones dejaba a la parte en total indefensión frente a las preguntas que se le formulaban.

3. 4. 1 CONCEPTO

El C. Pr. C. y M en la sección referida a la Declaración de parte, en los Arts. 344 y 345, determina dos conceptos, los que serán desarrollados en los párrafos subsiguientes para poder establecer sus características y diferencias, el Código se refiere, **primero**, a la Declaración de Propia Parte, y **segundo**, a la Declaración de Parte Contraria.

Para iniciar el estudio mencionado, hay que establecer el concepto de Declaración de Propia Parte, para poder determinar la diferencia entre uno y otro término: *“Es un acto procesal²⁶², formal que realiza una de las partes y*

²⁶¹ KIELMANOVICH, Jorge L., ob. cit. Pág. 491. Indica que la declaración de parte sirve también para esclarecer *“las singulares posiciones sostenidas por las partes en la litis”*. Lo que al juez le resulta vital teniendo en cuenta que debe fundamentar su fallo, lo que hace a partir de las consideraciones hechas por la valoración de la prueba.

²⁶² DEVIS ECHANDIA, H. *“Compendió... ob. cit. Pág. 249.* Afirma que la declaración de parte puede tener distintos ámbitos; pero en sentido estricto se considera desde el ámbito intraprocesal. Es dentro del Proceso que manifiesta los efectos, y la Declaración extra procesal en el C. Pr. C y M no tienen

que genera una serie de efectos jurídicos a nivel probatorio²⁶³, que se produce mediante un interrogatorio, que pretende verificar una confesión y aclarar los hechos objeto del proceso”.

La nota característica de esta definición es, la “*autodeterminación*” de una de las partes, que ofrece su declaración; por el contrario se tiene la figura de la Declaración de Parte Contraria, que es el testimonio que una parte debe manifestar por la solicitud de la contraria.

En otras palabras: la Declaración de Propia Parte del Art. 344, es *la prueba ofrecida por una de las partes, en la que se somete voluntariamente a un interrogatorio directo y contra interrogatorio; y la declaración de Parte Contraria es la prueba ofrecida por una parte solicitando que se reciba la declaración de la parte contraria, sometiéndola a un interrogatorio²⁶⁴.*

Otra diferencia que existe entre ambas declaraciones resulta ser: **la forma en la que se desarrolla el interrogatorio:** en la primera figura el declarante es sometido a un interrogatorio, desarrollado por su apoderado, aplicando las reglas del interrogatorio directo del artículo 366 del C. Pr. C. y M; luego es sometido a un contrainterrogatorio de la parte contraria bajo las reglas del Art. 367 del C. Pr. C. y M. En la Declaración de Parte Contraria es

ningún efecto; por no realizarse de acuerdo a las reglas del interrogatorio, en este caso se trataría de otro medio como podría resultar la Confesión.

²⁶³ OLASO ÁLVAREZ, Jorge. “*La Prueba en materia Civil*”, Editorial EDITORAMA. Costa Rica, Primera edición, 2006. Pág. 59. Manifiesta que la declaración de parte debe generar un efecto jurídico dentro del proceso. En virtud del Principio de Utilidad de la Prueba contenido en el Art. 319 del C. Pr. C. y M., si la prueba resulta superflua no puede ser admisible.

²⁶⁴ CORTES DOMÍNGUEZ, V. ob. cit. Pág. 223. Indica que este tipo de prueba debe definirse como “*declaración de las partes*” para no confundirlo con otro tipo de actos procesales en los que de igual forma intervienen las partes; pero los cuales no son parte de la actividad probatoria. “*Definir el interrogatorio como la declaración de las partes en el proceso con eficacia probatoria nos permite deslindarlo de aquellas otras manifestaciones de las partes en el proceso que no tiene función probatoria y de cualesquiera otras actitudes o posiciones en que incurren las partes a lo largo del proceso*”.

diferente, porque el interrogatorio directo lo realiza la parte contraria, aplicando las reglas del Art. 367; mientras que el contrainterrogatorio es a cargo del apoderado de quien presta la declaración, en este momento se utilizan las reglas del Art. 366.

3. 4. 2 PROCEDENCIA Y MOMENTO PARA OFRECERLA

Una vez aclarados los términos y establecidas las diferencias entre cada una, se procederá a indicar cuándo es posible proponer este tipo de pruebas y el momento en el que debe hacerse; las Declaraciones de Propia Parte y de Parte Contraria proceden cuando así lo considere necesario cualquiera de las partes²⁶⁵, para preparar su defensa, siempre que el interrogatorio recaiga sobre “*hechos*”, que puedan ser aceptados o refutados. La declaración debe recaer únicamente sobre hechos, se excluyen por tanto las interrogantes que se dirijan a obtener declaraciones sobre derecho (exentó de prueba), valoraciones o calificaciones jurídicas sobre los hechos²⁶⁶.

De igual forma los interrogatorios deben dirigirse a hechos que presenten importancia para el Proceso, en virtud del principio de pertinencia de la prueba Art. 318 C. Pr. C. y M²⁶⁷, debido a que una declaración que

²⁶⁵ DEU, Teresa Armenta. “*Lecciones de Derecho Procesal Civil*”, Editorial Marcial Pons, España, Segunda edición, 2004. Pág. 194. Manifiesta que “*la posibilidad de interrogar se concede a cada parte*”. Quien hará uso de su Derecho cuando lo estime procedente, siempre que cumpla con los principios de idoneidad y pertinencia de la prueba.

²⁶⁶ CORTES DOMÍNGUEZ, V. ob. cit. Pág. 228. Indica que el interrogatorio no puede recaer sobre hechos, ni sobre valoraciones o calificaciones jurídicas de los hechos, se trataría entonces de introducir al proceso sugerencias y no hechos personales del declarante que son el objeto del interrogatorio.

²⁶⁷ Código Procesal Civil y Mercantil. Art. 318. No deberá admitirse ninguna prueba que no guarde relación con el objeto de la misma.

recaiga sobre hechos que nada tengan que ver con el objeto del proceso no contribuye a resolver el conflicto²⁶⁸.

Como los otros Medios Probatorios, la declaración de parte recae siempre sobre hechos que generalmente deben de ser pasados; pero además han de ser personales, debido a que no se puede declarar sobre hechos que no fueron presenciados. Para **Enrique Falcón**, es posible que se confiese sobre la intención de realizar ciertos actos futuros; afirmación que resulta de importancia para el Derecho Penal y no para el Mercantil, de igual forma introduce la posibilidad de declarar sobre hechos impersonales de los cuales se ha obtenido el conocimiento²⁶⁹, que en el Proceso Mercantil salvadoreño resultaría imposible por la prohibición expresa del C. Pr. C. y M en el artículo 357, que despoja de valor la declaración de testigos de referencia.

De lo anterior se concluye que, para que la Declaración de Parte sea procedente debe de cumplir las siguientes exigencias, de las que se hace únicamente una breve descripción por haberse agotado ya su estudio en los párrafos anteriores:

Primero: Debe recaer sobre hechos.

La declaración no debe tener como objeto apreciaciones subjetivas de las partes; sino únicamente hechos materiales, que han sido percibidos por la

²⁶⁸ CORTES DOMÍNGUEZ, V. ob. cit. Pág. 228. Dice que las declaraciones al igual que el resto de las pruebas deben ser pertinentes, en caso contrario, debe ser rechazada. Según los principios que se estudiaron en Capítulo II del presente trabajo; pues sería un desgaste para la actividad jurisdiccional producir prueba que no tendrá consecuencias positivas para el proceso.

²⁶⁹ FALCÓN M., ob. cit. Pág. 128. Manifiesta la posibilidad de declarar sobre hechos impersonales y futuros. En el caso del C. Pr. C. y M., no resulta factible esta afirmación por que existe una prohibición expresa de la ley. Por tanto las declaraciones siempre han de ser sobre hechos personales y no será admisible la declaración sobre hechos referidos.

interacción con los sentidos, para lo que no se necesitan conocimientos especiales para ser asimilados, como en el caso de los peritos;

Segundo: Debe de tratarse de hechos pertinentes.

Esta característica resulta de la aplicación del Principio de Pertinencia de la Prueba, en virtud del cual la declaración de hechos que no guarden relación con el objeto del proceso no son admisibles, este principio se estudio en el capítulo segundo de esta investigación, por lo que el juez no podría tenerla en consideración al momento de la valoración²⁷⁰.

Tercero: Los hechos deben de ser pasados;

De acuerdo a las reglas de la lógica, no es posible describir hechos que no han sucedido, y teniendo en cuenta que las pruebas sirven para crear una verdad procesal que debe ajustarse en lo que sea posible a la verdad material no pueden admitirse declaraciones sobre hechos futuros, excluyendo también aquellas declaraciones que recaigan sobre valoraciones personales siempre que no se encuentren dentro del conocimiento especializado del declarante, de igual forma no puede ser objeto del interrogatorio cuestiones jurídicas que consten en el texto de la demanda como la existencia de un Derecho; y

Cuarto: Los hechos deben de ser conocidos personalmente²⁷¹.

²⁷⁰ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 1730-2004 de las 10: 30: 00 del 30/ 04/ 2004. De acuerdo con el criterio de las Sala, no existe el error de derecho por no tener en cuenta un elemento probatorio, cuando este sea impertinente. Por ende no comete infracción el juez al no darle el valor que las partes pretendían se le diera.

²⁷¹ CORTES DOMÍNGUEZ, V. ob. cit. Pág. 228. Expresa que el conocimiento personal de los hechos se manifiesta por la intervención directa y personal del declarante en los sucesos sobre los que declara, que le permiten establecer que los hechos le constan por haberlos percibido directamente a través de los sentidos sensoriales.

Es decir la razón del conocimiento de los hechos ha de ser personal y no por narraciones de terceros que presenciaron los hechos, las partes deben de haber participado directamente en acontecimiento o por lo menos haberlo percibido²⁷². Lo anterior deben manifestarlo las partes indicando que los hechos sobre los que declaran les constan por haberlos presenciado personalmente, habiéndolos percibido por medio de los sentidos, y que su conocimiento no deriva de narraciones o explicaciones provenientes de terceros.

La proposición se realiza conforme al Art. 317 C. Pr. C. y M; es decir ha de proponerse, sea en la audiencia preparatoria, o en la audiencia del Procedimiento Abreviado.

3. 4. 3 SUJETOS DEL INTERROGATORIO

Son dos los sujetos que ordinariamente participan en el Interrogatorio, se dice ordinariamente, porque siempre es posible la concurrencia de más de dos partes procesales, es el caso de los litisconsorcios, en donde los litisconsortes pueden participar sea de forma activa o pasiva²⁷³, teniendo todos la calidad de partes.

²⁷² Sala de lo Penal. Sentencia Definitiva 402-CAS-2005 de las 12: 00: 00 del 31/ 01/ 2006. Apoyándose en la doctrina establece que se entenderán como testigos de referencia, aquellos que declaren sobre un hecho del que han tenido conocimiento, ya sea que dicha noticia provenga de una tercera persona que comunicó el evento, audito alieno, o si la narración del testigo resulta de circunstancias que éste presencial mente escuchó o percibió, audito propio.

²⁷³ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 105-2001 de las 09: 45: 00 del 21/ 09/ 2001. Se refiere al litisconsorcio como aquella situación que *“puede darse en los casos en los que la parte procesal, deba necesariamente estar compuesta por más de una persona, en virtud de que la ley así lo disponga o porque así surge del supuesto normativo que fundamenta la pretensión, o porque las circunstancias así lo demandan, resultando que todas las personas deben demandar o ser demandadas para que se entable un proceso legal y correcto, situación que deviene en lo que la doctrina llama litisconsorcio necesario”*.

Las sujetos que participan en el desarrollo del Interrogatorio, son de dos tipos los cuales se identifican como: **sujetos activos y sujetos pasivos**²⁷⁴, lo anterior atendiendo a la función que estos desempeñen en la producción de la prueba; se procede a continuación al estudio de cada uno de los sujetos que intervienen en el interrogatorio:

3. 4. 3. 1 SUJETOS ACTIVOS

Después de esta breve descripción que se ha realizado de los sujetos que participan en el interrogatorio, se proceder a abordar el estudio de cada uno de ellos, iniciando con el sujeto activo, quien es la persona a quien la ley confiere la posibilidad de solicitar el interrogatorio de las demás; por tanto se refiere al sujeto que realiza las preguntas con el objeto de esclarecer los hechos o lograr una confesión²⁷⁵.

En este contexto se enuncia que **pueden ser sujetos activos**: las partes y quienes pudieran en un momento llegar a constituirse como partes en un proceso. Son partes, según el C. Pr. C. y M., el demandante y el demandado y quienes puedan sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada; **es decir** que pueden ser sujetos activos del Interrogatorio sea el

²⁷⁴ DEU, Teresa A. ob. cit. Pág. 194. Establece la diferencia entre los sujetos activos y pasivos del Interrogatorio en la Declaración de Parte, el sujeto activo es el que desarrolla el interrogatorio, el que interroga, se trata de quien realiza la representación judicial de las partes procesales, en el caso de El Salvador se trata exclusivamente de un Abogado; mientras que el sujeto pasivo es quien responde a las preguntas realizadas, se trata del Declarante, que puede ser la misma parte material o cualquiera de sus representantes o apoderados.

²⁷⁵ En el caso del C. Pr. C. y M., ciertamente la Declaración de Parte sustituye a la confesión, en el texto de dicho Código no encontramos ninguna referencia a la figura de *la Confesión*, el termino es substituido por el de *Reconocimiento de hechos*.

demandado o el demandante, así como las personas que pudieran verse afectados por la ejecución de la Sentencia²⁷⁶.

Antes de continuar con el estudio del presente tema, hay distinguir entre los conceptos: **parte formal**²⁷⁷, y la **parte material**; pues debe tenerse en cuenta que tanto el demandado como el demandante solo pueden actuar en el proceso a través de un abogado que represente sus intereses²⁷⁸.

El Art. 67 C. Pr. C. y M, regula la Postulación Preceptiva, que confiere al apoderado la calidad de Parte procesal en sentido formal, para **Devis Echandia** la postulación es: *“la que se tiene para actuar en los procesos como profesional del derecho, bien sea personalmente en causa propia o como apoderado de otra”*²⁷⁹. En atención a lo anterior, **se concluye que:** quien tendrá la calidad de Sujeto Activo en el interrogatorio va a ser el abogado (Parte Formal)²⁸⁰, en representación de sus poderdantes (Partes Materiales).

276 Art. 56 C. Pr. C. y M. *“Son partes en el proceso el demandante, el demandado y quienes puedan sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada”*.

²⁷⁷ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 163-CAC-2008 de las 11: 58: 00 del 17/ 08/ 2009. Señala que *“la personería corresponde al personero, al sujeto que porta, por decirlo así, la personalidad de otro y puede, por ende, actuar en su nombre y representación para hacer valer los derechos y pretensiones de aquél, lo que le constituye en parte formal (legitimación procesal)”*.

²⁷⁸ CANALES CISCO, O. *“Derecho Procesal...”* ob. cit. Pág. 41. Manifiesta que *“la intervención directa en un proceso civil esta conferido para el abogado”*. El C. Pr. C. y M, denomina a esta figura como *postulación preceptiva*, con la incorporación de esta figura en el C: Pr. C. y M, desaparece la figura del Abogado Director, quien tenía como función la de firmar los escritos que se presentaban a los tribunales.

²⁷⁹ DAVIS ECHANDIA. Hernando. *“Teoría General del Proceso”*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, Segunda Edición. 1997. Pág. 388. Se refiere a la participación en el proceso mediante apoderado, que constituye una garantía para las persona, pues la defensa formal debe ser ejercida por alguien ilustrado en el Arte del Derecho, conocedor de la posibilidades ofrecidas por la ley y de las consecuencias de cada acto procesal.

²⁸⁰ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 1625- 2003 de las 14: 30: 00 del 21/03/2003. Entiende que la personería corresponde al personero, al sujeto que porta, por decirlo así, la personalidad de otro y puede, por ende, actuar en su nombre y representación, en relaciones jurídico materiales, para hacer valer los derechos y pretensiones de aquél, lo que le constituye en parte formal (legitimación procesal), en relaciones intraprocesales.

3. 4. 3. 2 SUJETOS PASIVOS

Después de identificar a los sujetos activos, se procede a examinar el término Sujetos Pasivo, el que se refiere a las personas que pueden ser objeto del interrogatorio²⁸¹, lo natural sería en este caso que se trate de las partes materiales o de quienes tengan la posibilidad de convertirse en partes según el Art. 345 C. Pr. C. y M²⁸²; pero el Art. 346 concede la posibilidad de convocar a terceros a prestar declaración.

Según lo anterior, lo normal es que el interrogado se realice a la parte contraria, en este caso no se trata del apoderado (Parte Formal); sino del titular del Derecho (Parte Material)²⁸³, no obstante existe la posibilidad que éste interrogatorio sea realizado a terceros, esto puede ocurrir en los casos siguientes:

A) REPRESENTANTES DE LOS INCAPACES

Se trata del supuesto en el cual una de las partes es incapaz, en cuyo caso el llamado a prestar declaración es su representante, con las limitantes que corresponden a esta clase de actos.

²⁸¹ CORTES DOMÍNGUEZ, V. ob. cit. Pág. 194. Manifiesta que se puede interrogar además de a la parte contraria, también a los litisconsortes y a terceros, que pueden ser, los representantes de sociedades, los abogados representantes de las partes y los representantes de personas incapaces.

²⁸² Art. 56 C. Pr. C. y M. Para efectos de preparar su pretensión, su oposición a ésta o su excepción, cada parte podrá solicitar al juez o tribunal que se ordene recibir la declaración de la parte contraria o de quien potencialmente pudiera ser su contraparte en un proceso.

²⁸³ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 57- 2003 de las 09: 10: 00 del 24/03/2003. Explica que la legitimación en la causa o legitimación para obrar, es la identidad del actor con la persona en cuyo favor está la ley-legitimación activa-, es decir, que está legitimado el actor en la causa, cuando exige un derecho que realmente es suyo.

La primera consideración que debe hacerse respecto a este tema es: determinar quiénes son considerados incapaces²⁸⁴. Al respecto debe considerarse que son tres los tipos de capacidad, **la capacidad procesal** a la que se refiere el Inc. Primero del Art. 59. C. Pr. C. y M, **la capacidad civil**, a la que se refiere el Art. 1318 C. C y la **capacidad especial para ejercer el comercio**, del Art. 7 Com, relacionado con el Inc. Segundo del Art. 59 C. Pr. C. y M.

A continuación se presenta un estudio de cada una de las instituciones jurídicas de la capacidad, las cuales se mencionaron en el párrafo anterior:

a) La Capacidad Civil de Goce: Se trata de la capacidad en sentido general, vista como *la aptitud que tienen las personas para ser titulares de Derechos y Obligaciones*²⁸⁵.

También conocida como Capacidad de Goce; pues según se menciona, se refiere únicamente a la Titularidad de los Derechos y Obligaciones, de la que son aptas las personas, así lo establece la doctrina y de igual forma lo reconoce la Sala de lo Civil²⁸⁶.

Por lo tanto, la capacidad de goce la tienen todas las personas sin distinción de ningún tipo, (edad, estado psicológico, etc.), y por lo mismo,

²⁸⁴ CORTES DOMÍNGUEZ, V. ob. cit. Pág. 226. Dice que debido a los efectos que produce el interrogatorio (con relación a su eficacia probatoria), está condicionado a la disponibilidad del Derecho Material, por lo que afirma que *“el declarante no solo debe tener la capacidad de para ser parte procesal, sino que debe tener la capacidad de obrar civil”*.

²⁸⁵ VALENCIA ZEA, Arturo, y otro. *“Derecho Civil, Tomo I, Parte General y Personas”*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997. Pág. 435. Manifiesta que la capacidad de goce *“se refiere simplemente a la posibilidad de que determinado Derecho se radique en cabeza de una persona”*. Debe de aclararse que esta capacidad se aplica igualmente a las obligaciones no siendo exclusiva de los Derechos, como lo menciona el autor.

²⁸⁶ Sala de lo Civil, Sentencia Definitiva 43-C-2005 de las 9:00:00 del 24/08/2006. En donde menciona que *“persona es todo ente capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones; la falta de esa capacidad se traduce en falta de personalidad. A la capacidad para ser titular de derechos, para adquirirlos, se le llama capacidad de goce”*.

recae exclusivamente sobre Derechos para los cuales no se requiere gozar de determinadas cualidades especiales.

Es así que el solo hecho de ser persona acredita la capacidad de goce, por lo que no proceden las distinciones de edad o de estado mental, tanto es persona el concebido y el recién nacido como el adulto o el demente, quienes son aptos de ser titulares de Derechos. Conviene tener en cuenta que el término persona es genérico y se refiere no solo a las Personas Naturales sino también a las Personas Jurídicas que gozan desde su reconocimiento de la Capacidad de Goce.

Habiendo determinado quienes pueden detentar la denominada capacidad de goce, debe darse respuesta a la siguiente interrogante: **¿Sobre qué Derechos recae la capacidad de Goce?**, para lo cual se ha de acudir nuevamente a la Doctrina, para **Valencia Zea** este tipo de Capacidad recae sobre los Derechos de tipo Patrimonial²⁸⁷, **es decir Derechos que recaen sobre la propiedad, uso o dominio de los bienes apropiables**. Se excluyen por tanto los Derechos Civiles y Políticos, los Derechos que según las leyes requieran capacidades o aptitudes especiales, como por ejemplo el Derecho de adoptar regulado en el Código de Familia²⁸⁸.

Al respecto **Canales Cisco** considera que basta gozar de este tipo de capacidad para intervenir como parte en el proceso, esto implica únicamente

²⁸⁷ VALENCIA ZEA, A. ob. cit. Pág. 435. Indica que la capacidad de goce ha de recaer exclusivamente sobre los Derechos de tipo Patrimonial, cuya titularidad no requiere estados mentales o de edad especiales *“En cuanto se refiere a los derechos civiles de orden patrimonial (Derechos Reales, Créditos, Derechos Inmateriales y Hereditarios) toda persona, por el solo hecho de serlo tienen (capacidad jurídica) vale decir, que tanto el infante como el loco, tanto las personas físicas (sin distinción de sexo o edad) como las personas jurídicas, pueden ser titulares de estos Derechos. No así con otras categorías de Derechos. Por ejemplo, los Derechos Políticos”*.

²⁸⁸ Código de Familia, Arts. 181 y 182, los que determinan ciertas exigencias especiales para poder adoptar, entre ellas el estado familiar y la edad. Se trata de aptitudes especiales que debe cumplir la persona que desee adoptar.

asumir la calidad de Demandante o Demandado, más no para poder ejercer los Derechos procesales que a las partes les corresponden²⁸⁹, de esta forma el concebido no nacido tiene la calidad de parte en el proceso; pero no puede ejercer de forma personal sus Derechos de parte; al respecto la Sala de lo Contencioso Administrativo apoyándose en la doctrina considera que la capacidad de goce permite la titularidad de los Derechos Procesales, mas no su ejercicio²⁹⁰.

b) La Capacidad Procesal: Se observa que la Capacidad de Goce contempla únicamente la titularidad de Derechos y de Obligaciones, sin embargo dentro de la Capacidad Civil se ubica también la Capacidad de Obrar a la que se hace referencia a continuación.

La Capacidad Procesal es el complemento de la capacidad de goce, a la que también se le denomina Capacidad Relativa, pues de nada serviría la aptitud de poseer un Derecho sin la posibilidad de ejercerlo, sea a través de negocios jurídicos o del ejercicio de acciones judiciales, como el acreedor lo hace al cobrar su crédito al deudor²⁹¹. En este sentido se considera factible distinguir entre dos figuras la Capacidad para ser parte y la Capacidad para obrar.

²⁸⁹ CANALES CISCO, “Derecho Procesal... ob. cit. Pág. 45. Menciona que “la capacidad para ser parte se identifica con la capacidad para ser sujeto de esa relación como demandante, demandado o interviniente. Esta es la misma para intervenir en cualquier relación jurídica sustancial es decir para ser sujeto de Derechos y Obligaciones”.

²⁹⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Interlocutoria 144- 2006 de las 10: 20: 00 del 24/ 01/ 2007. Explica que “la capacidad es la aptitud jurídica para ser titular de los derechos o de las obligaciones de carácter procesal que a las partes se refieren y que le permite disfrutara las personas simples o naturales y a las personas jurídicas o colectivas, teniendo con ello el goce de los derechos procesales”.

²⁹¹ VALENCIA ZEA, A. ob. cit. Pág. Menciona que el termino capacidad “indica en su más amplia acepción aptitud para ser sujeto de Derechos, por una parte, y aptitud para ejercer tales derechos mediante negocios jurídicos”. La Capacidad de Goce es denominada además Capacidad Relativa ya que se perfecciona con la participación de la Capacidad de Obrar o de Ejercicio.

En los párrafos anteriores se agoto el estudio de la capacidad de goce; por consiguiente los párrafos que prosiguen se dedicaran al estudio de la Capacidad para ser Parte que deriva de anterior.

En primer lugar debe establecerse que la Capacidad de Ejercicio o de Obrar es: *el poder jurídico que la ley otorga a determinadas personas para que puedan sin ministerio de otra celebrar válidamente negocios jurídicos adquiriendo obligaciones y para poder ejercer las acciones pertinentes ante los tribunales.*

Para la Sala de lo Civil la Capacidad de Ejercicio es la que permite a las personas intervenir válidamente en su carácter personal dentro de un proceso sea como demandante o como demandado²⁹², ejerciendo sus Derechos sin ministerio de otra.

En conclusión: la Capacidad Jurídica se compone de dos elementos, la Capacidad de Goce y la Capacidad de Ejercicio, la primera habilita a las personas para ser Partes dentro del proceso, mientras que la segunda les permite ejercer los Derechos que en su calidad la ley les ha conferido sin ministerio de otra.

Por lo mismo, si una persona solo cuenta con la Capacidad de Goce, aun puede intervenir en los procesos; pero de forma limitada, pues no podrá ejercer sus Derechos personalmente sino a través de otra persona que representa sus intereses.

²⁹² Sala de lo Civil, Sentencia Definitiva 76-C-2006 de las 8:10:00 del 13/04/2007. “Los que no tienen capacidad de ejercicio no pueden intervenir por sí mismos en juicio, ni como actores ni como reos, no pueden ser sujetos de la relación procesal, por carecer de esta capacidad, que es el poder jurídico que otorgan las leyes a determinados entes de derecho para que ejerciten la acción procesal ante los tribunales”. En donde acertadamente se cita a Eduardo Pallares, quien considera la Capacidad de Ejercicio como un requisito para poder intervenir sin ministerio de otra persona en un proceso.

c) La capacidad para ejercer el comercio: En materia Mercantil la capacidad tiene reglas especiales²⁹³, que resultan ser menos rígidas que las reglas de la capacidad Civil, en el contexto de las relaciones comerciales limitantes como la edad y la falta de autorización de los representantes no son impedimentos para que una persona pueda adquirir Derechos y Obligaciones y ejercerlos por sí misma. Un menor de dieciocho años en materia Mercantil es capaz una vez ha sido habilitado por su representante; y aunque este se negare a habilitarlo puede el menor acudir al ámbito judicial para obtener la habilitación.

El Art. 7 Com., distingue cuatro categorías de personas que son capaces para ejercer el comercio:

- a)** Las personas naturales que, según el Código Civil son capaces para obligarse. A las que se hizo referencia en párrafos que anteceden;
- b)** Los menores que teniendo dieciocho años cumplidos hayan sido habilitados de edad²⁹⁴;
- c)** Los mayores de dieciocho años que obtengan autorización de sus representantes legales para comerciar, la cual deberá constar en escritura pública; y

²⁹³ LARA VELADO, R. ob. cit. Pág. 25. Manifiesta que *"la capacidad del comerciante se rige por reglas más flexibles que la capacidad civil para contratar"*, el Derecho Mercantil otorga capacidad para obligarse en la calidad de comerciantes a personas que en el ámbito Civil posiblemente no pueden hacerlo, por ejemplo: los menores de dieciocho años de edad que se dedican al comercio.

²⁹⁴ LARA VELADO, R. ob. cit., Pág. 25. Denomina Menores Adultos a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, cuando la regulación de esta materia se encontraba en el Código Civil, disposiciones que fueron derogadas por la Vigencia del Código de Familia en 1993.

- d) Los mayores de dieciocho años que obtengan autorización judicial.

De las categorías mencionadas, las últimas tres han sido derogadas o modificadas, por reformas incorporadas al C. C., y el C. F., en donde se regula lo relativo a la minoría de edad²⁹⁵ Art. 345 C. F²⁹⁶, y la administración de los bienes de los menores de edad Art. 228 C. F²⁹⁷.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, **se concluye que:** para que una persona pueda prestar Declaración de Parte, no es suficiente gozar de la Capacidad de Goce; sino a la vez de la Capacidad de Ejercicio o la Capacidad Especial para ejercer el comercio.

Por tanto, son incapaces de Declarar como Parte las siguientes personas:

- Primero.** Los menores de edad;
- Segundo.** Los que se encuentren permanentemente privados de la razón; y
- Tercero.** Los que no tengan la administración de sus bienes.

²⁹⁵ Sala de lo Constitucional. Sentencia Definitiva 15- 96 y Ac de las 15: 00: 00 del 14/ 02/ 1997. Considera que *“la minoría de edad comprende un período de la existencia del ser humano “que no es exacto y absoluto, sino que varía según la clase de relaciones que puedan entrar en juego y está en función directa del ordenamiento positivo que las regula”.*

²⁹⁶ Código de Familia, D. O. N°. 231, Tomo N° 321. Trece de diciembre de 1993. Art. 345. *“Son menores de edad toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho años. En caso de duda se presumirá la menoridad mientras no se pruebe lo contrario”.*

²⁹⁷ Código de Familia, Art. 228. *“El hijo administrara los bienes adquiridos con su trabajo o industria, si ya hubiese cumplido catorce años de edad”.*

Es por la razón expuesta anteriormente que el C. Pr. C. y M, permite que se requiera a los representantes de los incapaces a prestar Declaración, siempre que la declaración sea sobre hechos en los que el declarante participó actuando en calidad de representante del incapaz²⁹⁸, no teniendo sentido que la declaración recaiga sobre hechos distintos, o en los que el representante actuó en su calidad personal.

De la misma forma que se ha determinado quienes son incapaces para prestar Declaración de Parte, es preciso responder a la interrogante **¿Quiénes son los representantes de los incapaces?**, y por tanto los obligados a prestar declaración de parte si se les solicita. En primer lugar hay que indicar que la representación tiene su fuente en la ley, por lo que se debe acudir al texto legal para determinar quienes pueden ser representantes de las partes, entre las que se encuentra:

a) Los padres del menor.

Los padres tienen la representación del menor de edad y de los mayores incapaces, exceptuando la representación en cuanto a los bienes adquiridos por el trabajo o industria del menor de edad, según el Art. 223 C. F²⁹⁹, quienes son los llamados a ejercer los Derechos de sus hijos para garantizarles su protección personal y patrimonial, así lo concibe la Sala de lo Civil³⁰⁰.

²⁹⁸ CORTES DOMÍNGUEZ, V. ob. cit. Pág. 227. Considera que no es posible solicitar a un tercero, en este caso, el representante de un incapaz, para que rinda declaración de parte; sino es de hechos en los que este hubiere intervenido personalmente y actuando en nombre y representación del incapaz. Entiende en todo caso que la exigencia de que la declaración recaiga sobre hechos personales, impide que el representante legal pueda declarar en lugar del incapaz.

²⁹⁹ Código de Familia, Art. 223. *“El padre y la madre que ejercieren la autoridad parental, representaran a sus hijos menores o incapaces y velaran por la conservación o defensa de los que hubieren concebido”.*

³⁰⁰ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 1167- 2000F de las 11: 00: 00 del 11/ 10/ 2000. Manifiesta que *“la concepción actual, recogida en nuestro ordenamiento legal familiar, concibe la autoridad parental*

b) El Procurador General de la República.

Cuando se trate de menores de edad o incapaces, huérfanos de padre y madre y no exista ningún pariente conocido, ejercerá la representación el Procurador General de la República, Art. 224 C. F³⁰¹.

c) Terceros.

Esta situación se refiere a dos clases de representación, que se detallaran a continuación:

La de los administradores de bienes del menor, adquiridos por herencia o donación, cuando el causante o donante así lo hubiera establecido, en este la administración recaerá solamente en relaciones jurídicas surgidas en relación a esos bienes³⁰².

La representación que tienen los tutores sobre los menores o incapaces que son huérfanos de padre y madre o cuando estos hubieren perdido o se les haya suspendido la autoridad parental³⁰³.

B) LOS APODERADOS DE LAS PARTES

"como el conjunto de facultades y deberes que la ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores o incapaces para que los protejan, eduquen y preparen para la vida". La representación legal componente de la autoridad parental, les es atribuida a los padres para que a través de ella, se materialice esa protección".

³⁰¹ Código de Familia, Art. 224. "El Procurador General de la República tendrá la representación legal de los menores huérfanos de padre y madre o de filiación desconocida...".

³⁰² Código de Familia, Art. 225 relacionado con el 227. La Representación de esta clase, solo será ejercida respecto de los actos relativos a los bienes determinados por el donante o testador, el resto del patrimonio se regirá por las reglas generales a la Representación.

³⁰³ Código de Familia, Art. 272. "La tutela o guarda es un cargo impuesto a ciertas personas a favor de los menores de edad o incapaces no sometidos a autoridad parental, para la protección y cuidado de su persona y bienes y para representarlos legalmente"

Según esta situación, pueden declarar por la parte, *los apoderados*³⁰⁴, es decir aquellas personas que realizan actos en nombre de otra, y que han sido autorizados expresamente por medio de un mandato. El motivo por el que la ley permite que los mandatarios puedan declarar por sus mandantes es que el apoderado cumple en sus actividades un encargo, el cual desempeña según las instrucciones precisas de su mandante³⁰⁵. La ejecución de estas actividades genera consecuencias jurídicas que pueden trascender de la esfera jurídica del mandatario y del mandante, incorporando a terceros.

Ahora bien, en materia Civil, no existen inconvenientes para determinar quién es mandatario de las partes, a menos que el contrato no conste por escrito, lo que podría generar un incidente según las reglas del C. Pr. C. y M³⁰⁶. Por el contrario en materia Mercantil, existen personas, *además de los mandatarios mercantiles*, que no se denominan apoderados o mandatarios; pero que si lo son, es el caso de **los factores, los dependientes y los agentes de comercio**³⁰⁷, quienes tiene la calidad de auxiliares del comerciante, a quienes nos referimos a continuación:

³⁰⁴ Código Civil de El Salvador, Art. 1876. “La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta, apoderado, procurador, y en general, mandatario”.

³⁰⁵ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 3- C- 2005 de las 11: 00: 00 del 05/ 07/ 2005. Explica que: “de conformidad con la teoría de la representación, lo que el mandatario ejecuta a nombre del mandante, estando facultado por la ley o por el mandante para hacerla, produce los mismos efectos, respecto del representado, como si hubiera contratado él mismo”.

³⁰⁶ Lo referido a las Cuestiones Accidentales es regulado por el C. Pr. C. y M, en los artículos 263 al 270.

³⁰⁷ LARA VELADO, R. ob. cit. Pág. 345. Indica que “son mandatarios mercantiles, los factores, los dependientes, los agentes de comercio, sean dependientes o representantes”, como resultado de las actividades que estas personas realizan, pues se trata de actos de comercio, desempeñados en nombre y representación del comerciante.

a. Los Factores.

*“El factor es un apoderado general del comerciante que tiene a su cargo la dirección de una empresa o de un establecimiento y que negocia y contrata a nombre y por cuenta de aquel”*³⁰⁸. La figura del factor la regula el Código de Comercio a partir del Art. 365 al 377, establece que el nombramiento del factor debe ser inscrito en el Registro de Comercio, en este documento el comerciante establece las obligaciones y facultades del factor y el mismo tiene la calidad de mandato.

Sin embargo, no es necesario que se determinen las obligaciones y facultades del factor porque él solo nombramiento lo faculta para llevar a cabo todas las actividades necesarias que se encuentren en el giro del comerciante, es la ley en este caso la que le confiere estas facultades, Art. 366 Com.³⁰⁹.

b. Los Dependientes.

“Es la persona a quien el comerciante encomienda el desempeño constante, en su nombre y por su cuenta de alguna o algunas cuestiones

³⁰⁸ VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. *“Instituciones de Derecho Mercantil”*, Editorial Serviprensa Centroamericana, Guatemala. 1978. Pág. 219. Los factores en el tránsito comercial reciben otros nombres como el de gerente o administrador, pero sus funciones y obligaciones son las mismas. Las actividades que realiza en el desempeño de sus funciones generan derechos para el comerciante pero de igual forma le genera obligaciones, porque el factor actúa en su nombre y representación.

³⁰⁹ Código de Comercio. Art. 366. El solo nombramiento de un factor lo faculta para realizar todas las operaciones concernientes al objeto de la empresa o del establecimiento que dirija, las cuales se reputarán ejecutadas en nombre y por cuenta del principal, aún cuando el factor no lo haya expresado así al celebrarlas, haya transgredido instrucciones o cometido abuso de confianza, siempre que tales contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico de la empresa o del establecimiento, o si, aun siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su principal, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos.

Las limitaciones a estas facultades del factor no producirán efectos contra tercero, a menos que se compruebe que éste las conocía al celebrar el respectivo negocio.

*propias de una empresa o establecimiento*³¹⁰. El dependiente como auxiliar del comerciante está regulado desde el Art. 378 al 383 Com. El dependiente ejerce por tanto, representación mercantil en nombre del comerciante, sobre actividades específicas que se le han encomendado³¹¹.

Existen dos tipos de agentes dependientes, los encargados de ventas a los que se refiere el Art. 378 Com., y el dependiente viajero al que se refiere al Art. 380. En ninguno de los casos la ley exige que el nombramiento sea inscrito en el Registro de Comercio como si lo hace para el caso de los Factores.

c. Agentes de Comercio.

*“Es agente de comercio, la persona que actúa de modo permanente, en relación con uno o varios principales, promoviendo contratos mercantiles o celebrándolos en nombre y por cuenta de aquellos”*³¹². A partir del Art. 384 Com., se encuentra el régimen legal de los agentes de comercio, dentro de esta regulación se reconocen tres tipos de agentes de comercio, el agente de comercio dependiente del Art. 384; el agente de comercio representante o distribuidor del Art. 382; y el agente de comercio intermediario a que se refiere el Art. 400.

³¹⁰ VÁSQUEZ MARTÍNEZ, E, ob. cit. Pág. 220. Los dependientes ejercen actividades propias del giro de y en nombre del comerciante, por lo que sus actos obligan al comerciante. En este sentido asumen la calidad de apoderados, en virtud de actuar en nombre y representación del comerciante y con la posibilidad de obligarlo con sus actos.

³¹¹ VICENT CHULIÁ, F, ob. cit. Pág. 138. Manifiesta que los auxiliares del comerciante se vinculan a este de dos maneras, por la relación laboral de subordinación que los vincula y por la representación mercantil que ejerce el agente auxiliar sobre actos para terceros. El agente dependiente es una de estas situaciones ya que entre este y el comerciante existe una relación laboral de subordinación, pero a la vez el dependiente representa al comerciante, cuando ejerce la función singular o especial que se le ha encomendado.

³¹² VÁSQUEZ MARTÍNEZ, E, ob. cit. Pág. 221. El agente de comercio antes denominado mancebo, se puede estar vinculado con el comerciante a través una relación laboral si se trata de un agente de comercio dependiente o mediante otro tipo de contrato cuando se trata de agentes de comercio independientes. El Código de Comercio de El Salvador reconoce ambos tipos de agentes de comercio.

De los tres tipos de agentes de comercio mencionados, solo aquellos que tienen representación del comerciante pueden ser considerados como mandatarios de este, debido a la relación que los vincula entre ellos y para con los terceros; es el caso de los agentes de comercio dependientes y el de los agentes de comercio representantes o distribuidores cuando estos últimos actúen por cuenta y representación de su principal según lo establece el Art. 392 Com., en el Inc. segundo. Por tanto no se consideran mandatarios los agentes de comercio intermediarios y los agentes de comercio representantes o distribuidores cuando no actúen por cuenta y en representación del comerciante.

En conclusión, los auxiliares del comerciante en virtud de una encomienda del que se les hace, actúan por cuenta del principal pero al mismo tiempo lo hacen su representación lo que genera derechos y obligaciones para el comerciante. En este caso el auxiliar del comerciante actúa jurídicamente en nombre de su principal, en aquellos negocios jurídicos en los que no puede participar personalmente, por lo que es razonable presumir la existencia de un poder que los vincula³¹³.

Para que los Apoderados puedan Declarar por la Parte deben cumplir con tres elementos, sin los cuales no es posible solicitar este tipo de prueba, estos elementos son los siguientes:

Primero. Que los hechos objeto del interrogatorio sean del conocimiento personal del mandatario.

³¹³ QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. *“Ciencia del Derecho Mercantil”*, Editorial Porrúa, México. 2002. Pág. 306. Expresa que *“el auxiliar no solo obra por cuenta del principal, o sea del comerciante, sino que actúa en representación del mismo, ya que el comerciante le ha otorgado esta facultad de manejarse como instrumento de su voluntad, creando Derechos y obligaciones que recaen sobre el comerciante mismo”*. El auxiliar del comerciante, actúa bajo las ordenes del comerciante, lo que significa que, lo actuado por el auxiliar en la expresión misma de la voluntad del comerciante.

Segundo. Que se trate de actos realizados en el ejercicio de las funciones del Mandato; por tanto en representación del poderdante.

Tercero. Que estos hechos hubieran sido realizados durante el plazo de vigencia del mandato.

Como excepción a la regla anterior, el numeral 3º del Art. 346 C. Pr. C. y M, se refiere a la posibilidad que un apoderado pueda declarar por hechos acontecidos antes de constituirse como mandatario de la parte, siempre que esta se hubiera encontrado fuera del país.

El artículo mencionado literalmente dice en el numeral 3º: *“Los apoderados, por hechos anteriores, cuando estuvieren sus representados fuera del país, siempre que el apoderado fuese expresamente autorizado para ello y la parte contraria consienta”*.

Es considerable someter a análisis el anterior texto, pues la expresión *“por hechos anteriores”* puede generar distintas interpretaciones; sin embargo con base en la lógica jurídica debe entenderse que esta expresión se refiere a situaciones en las que una persona actúa como agente oficioso de otra que se encuentra fuera del país, quien posteriormente lo nombra como apoderado, es de esta forma que lo ha considerado **Juan Carlos Cabañas García**, en su aportación al texto del Código Procesal Civil y Mercantil Comentado elaborado por el Consejo Nacional de la Judicatura³¹⁴.

³¹⁴ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos y otros. *“Código Procesal Civil y Mercantil Comentado”*, Consejo Nacional de la Judicatura. El Salvador 2011. Pág. 442. Manifiesta *“Es el caso, conforme al art. 346 del Código, de los representantes legales de incapaces, y de los representantes voluntarios tanto de personas físicas como jurídicas (no confundir con el representante legal de éstas), siempre que respecto de ellos el interrogatorio verse sobre hechos donde actuaron con aquel carácter y era lícita su*

C) LOS REPRESENTANTES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La última de las posibilidades para solicitar el interrogatorio de terceros como declaración de parte, se presenta cuando en el proceso actúen como partes personas jurídicas, que son las partes materiales, y por tratarse de ficciones legales es lógico que no puedan acudir a prestar Declaración de Parte en cuyo caso son los representantes quienes deben prestar la Declaración en nombre de ellas.

Es la última de las posibilidades que mayor relevancia llega a presentar para el Proceso Mercantil, pues gran número de comerciantes son constituidos por personas jurídicas, y en mayoría los procesos Mercantiles son iniciados por o contra un comerciante social. Dentro de este grupo se encuentran los representantes de las Sociedades de Personas y las de Capital, sea que la administración este confiada a un Administrador Único o una Junta Directiva.

Cuando la administración de la Sociedad esta confiada a una Junta Directiva será el presidente de ésta, la persona idónea para ser requerida en la Prueba de Declaración de Parte, pues aunque la administración de la Sociedad sea colegiada, la representación externa debe ejercerla una persona exclusivamente³¹⁵.

actuación ("mientras está vigente el mandato"). Por extensión, se permite a los mencionados representantes declarar por hechos anteriores al mandato, si no pudiera tomarse declaración a la parte por hallarse fuera del país, pero estuviera autorizado por esta última para declarar en su sustitución"

³¹⁵ VILLEGAS, Carlos Gilberto. "Sociedades Comerciales", Tomo II, Editorial Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires Argentina, 1997. Pág. 407. Expresa que debe distinguirse entre las actuaciones internas y las externas de la administración de la Sociedad, existiendo dos tipos de actos ejercidos por los administradores, los internos y los externos, mientras los primeros son considerados como administración interna que puede confiarse a un organismo colegiado, la segunda es la representación externa que debe ser unipersonal.

A este tipo de Declarantes se les aplica las mismas reglas que los anteriores; es decir deben Declarar exclusivamente sobre hechos personales³¹⁶, realizados en el ejercicio de sus funciones como representante de la persona jurídica que ocupa el lugar de parte en el proceso durante el periodo para el que fue elegido³¹⁷.

3. 4. 4 VALORACIÓN

Cuando se trata del interrogatorio de las partes se pueden presentar distintas circunstancias, de las que va depender la consideración del juez en cuanto a su valor probatorio, en los siguientes párrafos se estudiara cada uno de estas circunstancias, las que se encuentran comprendidas en el Art. 353 del C. Pr. C. y M³¹⁸.

Primero. La primera eventualidad es la que ocurre cuando el único medio probatorio aportado es la declaración de las partes; en cuyo caso, los hechos admitidos por la parte declarante tendrán el valor de plena prueba, siempre que la admisión sea de hechos personales y el interrogatorio cumpla

³¹⁶ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 12-AP-2006 de las 09: 00: 00 del 08/ 02 /2008. Al referirse a la petición de posiciones, regulada por el anterior Código de Procedimientos Civiles, contra persona diferente a la parte material, establece que: *“debemos reparar en que los artículos 377, 378 y 379 Pr. C., al permitir, a vía de excepción, que se pueda pedir posiciones a una persona que no es parte material; esto es, al abogado y procurador de la parte contraria y al cedente, debe repararse que según se dispone expresamente, debe de tratarse de hechos personales suyos -del abogado, del cedente o del cesionario”*.

³¹⁷ Art. 347. Inc. Segundo. C. Pr. C. y M. *“Las personas jurídicas serán representadas conforme a la ley. Sus representantes estarán obligadas a responder los interrogatorios de la parte contraria y del juez, siempre que versen sobre hechos ocurridos dentro del período de su representación y dentro de su específica competencia funcional”*.

³¹⁸ C. Pr. C. y M. Art. Art. 353. El Juez o tribunal, podrá considerar como ciertos los hechos que una parte haya reconocido en la contestación al interrogatorio, si en ellos hubiera intervenido personalmente, siempre que a tal reconocimiento no se oponga el resultado de las otras pruebas. En lo demás, el resultado de la declaración se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica.

con todos los presupuestos legales. Se trata en este caso de hechos afirmados por una parte y admitidos por la otra;

Segundo. La otra posibilidad resulta cuando la parte ha admitido hechos durante el interrogatorio; pero dentro del proceso existan otro tipo de medios probatorios que contengan elementos contradictorios del resultado de la Declaración de Parte. En este caso la Declaración no presenta el valor de plena prueba estando a lo dispuesto por el Inc. segundo del Art. 353 del C. Pr. C. y M.; es decir sometido a las reglas de la sana crítica³¹⁹;

Tercero. El Art. 347. Del C. Pr. C. y M., regula la tercera de las posibles eventualidades, que supone la inasistencia de la parte que ha sido citada para declarar, en cuyo caso se tendrán como reconocidos los hechos personales afirmados por quien propone la prueba. En este caso la declaración tiene el valor de plena prueba siempre que no existan otros medios probatorios que refuten los hechos alegados³²⁰; y

Cuarto. Contenida en el Art. 351 de C. Pr. C. y M., se trata al igual que la anterior de una sanción legal consecuencia del incumplimiento de las cargas procesales surgidas para las partes. El declarante tiene la obligación de contestar las preguntas que se le formulan de forma clara, precisa y concluyente; si se negara a contestar o si las respuestas resultaren

³¹⁹ CORTES DOMÍNGUEZ, V. ob. cit. Págs. 229 y 230. Manifiesta que *“cuando en el proceso se han llevado a cabo, además del interrogatorio otras pruebas, la declaración sobre los hechos perjudiciales no produce plena eficacia probatoria, o, dicho de otra, manera, no es una prueba legal o tasada. En estos casos el juez debe valorar de acuerdo con las reglas de la sana crítica”*. En este caso la declaración tiene que valorarse de forma conjunta con los otros medios probatorios, haciendo las estimaciones necesarias que permitan al juez determinar cuál de ellos goza de más credibilidad.

³²⁰ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 320-2000 de las 9:14:00 del 31/07/2000. Considera que cuando la parte ha citada y no comparece a absolver posiciones o contestar el interrogatorio se le tiene como confeso. *“por no haber concurrido a la segunda cita para absolver posiciones, el señor representante legal de la Iglesia demandada fue declarado confeso dando lugar a la figura jurídica conocida doctrinariamente como confesión ficta, cual se considera como una confesión simple”*.

evasivas o no concluyentes, se tendrán por reconocidos los hechos a los que se refiere la cuestión que se le plantea. Esto significa que la declaración tendrá el valor de plena prueba, excepto cuando exista prueba distinta que la contradiga en cuyo caso se estará a las reglas de la sana crítica.

3. 5 PRUEBA TESTIMONIAL

El Código Procesal Civil y Mercantil regula dos tipos de declaraciones judiciales, la Declaración de Parte cuyo estudio se ha agotado en el epígrafe anterior, y la declaración testimonial, estudio que se va a exponer a continuación iniciando con la delimitación conceptual correspondiente, que permita tener una idea clara de su objeto y sujetos para luego abordar cada uno de ellos.

Posteriormente se tendrán en cuenta los requisitos que debe cumplir la prueba testimonial para su procedencia dentro del proceso mercantil, y el momento oportuno que la ley establece a las partes para hacer uso de este tipo de prueba, y las restricciones que la misma ley establece para limitar su uso.

Debe aclararse que la prueba testimonial no representa novedad para el proceso mercantil, la legislación anterior la regulaba; lo inédito y que causa expectativas en su aplicación son las formas procesales que incorpora el Código Procesal Civil y Mercantil que sí representan verdaderas innovaciones para el proceso mercantil y los sujetos que participan en él³²¹.

³²¹ DÍAZ FUENTES, A. ob. cit. Pág. 311. Expresa que la nueva regulación contenida por la Ley de Enjuiciamiento Civil española respecto a la prueba testimonial *“abre la esperanza de mejorar su valoración y su eficacia procesal dañadas hasta ahora por las practicas más inconvenientes:*

Estas novedades obedecen sobre todo a la inmediación de la prueba, y a la forma que en que se va a desarrollar el interrogatorio y que se espera tengan efectos en la fase interna del juzgador al momento de valorar la prueba.

Con la finalidad de robustecer la teoría confirmándola o desacreditarla por no concordar con la práctica, se acudirá al auxilio de la jurisprudencia dictada por las diferentes Salas de la Corte Suprema de Justicia, sin dejar de lado la comparación con regulaciones que existan sobre la materia en el ámbito internacional.

3. 5. 1 CONCEPTO

Para los autores la Prueba Testimonial implica la idea de una verdadera actividad judicial, que es producida por una persona que no tienen la calidad de parte en el proceso, pero que por su relación con los hechos puede aportar elementos de convicción importantes para acreditarlos a través de una declaración personal³²².

De tal manera que la prueba testimonial presenta los siguientes elementos distintivos: es una actividad judicial que se desarrolla bajo el control del juez con estricto apego a las reglas de los actos procesales; el testigo debe ser capaz de percibir hechos por medio de sus sentidos, se

interrogatorio preformado y rígido, preguntas escritas antes de conocerse las respuestas principales, la indiferencia de los jueces que no suelen presenciarse, su rutinario empleo por los abogados como socorro de todas las deficiencias probatorias, y el acudimiento por las partes a la testificación postiza y fermentada que no arriesgaba a que la verdadera”.

³²² Sobre el concepto de Prueba Testimonial, ver OLASO ALVAREZ, J. ob. cit. Pág. 71, Devis Echandia, H, “Compendio...” Tomo II. ob. cit. Pág. 23, y ARAZI, Roland, “Derecho procesal...” ob. cit. Pág. 444. Convergen en afirmar que se trata de una diligencia exclusivamente judicial; por lo que no sería posible incorporar como prueba al proceso la declaración de una persona cuando no ha sido producida en dentro del proceso bajo la dirección del juez y las reglas establecidas por la ley.

excluyen por lo tanto las personas jurídicas³²³; las personas que interviene como partes en el proceso no pueden ser testigos, el testigo es un tercero que no tienen interés en el resultado del litigio³²⁴, al respecto la Sala de lo Civil manifiesta que la calidad de parte inicia con el ejercicio de una acción, que necesariamente plantea la existencia de dos sujetos con intereses contrarios³²⁵; el testimonio debe versar sobre hechos, no importa su clase, siempre que se adapte a los requisitos de admisión de la prueba.

Del planteamiento anterior se colige que el concepto de Prueba Testimonial debe comprender los elementos que la caracterizan para comprender de forma correcta a que se refiere, por lo tanto teniendo presentes las características indicadas **se concluye que**: la prueba Testimonial es la actividad procesal surgida de la declaración de un tercero acerca de conocimientos personales sobre hechos que ha percibido de forma directa a través de sus sentidos.

El Código Procesal Civil y Mercantil denomina a este tipo de prueba como *“Interrogatorio de Testigos”*, lo que se considera como un error en la

³²³ OLASO ÁLVAREZ, J. ob. cit. Pág. 71. Manifiesta que el testigo debe ser una persona física, no importa si se trata de una persona capaz o incapaz, lo fundamental es que tenga la capacidad de percibir hechos y exteriorizar lo percibido; por lo tanto se excluyen las personas jurídicas, debe entenderse que la persona que carece de la aptitud de percibir hechos no pueden ser llamadas como partes; *“el testigo ha de ser una persona física, que no necesariamente debe contar con la capacidad de actuar, pero si con facultades que le permitan percibir los hechos y dar razón de su percepción”*.

³²⁴ ARAZI, Roland, *“Derecho procesal...”* ob. cit. Pág. 444. Explica que *“por tercero debe entenderse quien no es parte en la relación procesal existente entre quien pide la citación del testigo y su contraria, aunque lo sea en la relación sustancial; por ejemplo si por el daño causado con un automotor se demanda al dueño de este, quien lo conducía puede ser testigo”*. La relación entre el testigo y el objeto del litigio puede ser material no así formal; es decir que el testigo no es demandante no demandado, tampoco interviene en el proceso como un tercero excluyente o coadyuvante.

³²⁵ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 105-2001 de las 09:45:00 del 21/09/2001. Expresa que *“la calidad de parte en los procedimientos civiles se confiere por el ejercicio de una pretensión frente a otra persona; en consecuencia, es parte el que pide se dé un resultado jurídico que surge de hechos jurídicamente relevantes frente, como se dijo, a otra persona. El concepto de parte es de naturaleza procesal, no sustantivo, esto quiere decir, que independientemente del interés que está por debajo de la relación jurídica material que se discute en el juicio, parte en definitiva es quién pide y frente a quién se pide, como expresa la doctrina”*.

técnica legislativa al tratarse de un mal uso de los términos jurídicos, como se tuvo la oportunidad de apreciar, la prueba Testimonial es un medio probatorio, cuyo principal objetivo es obtener la declaración de un testigo sobre hechos de su conocimiento; mientras que el término *“Interrogatorio de Testigos”*, se refiere a la forma para obtener dicha declaración; efectivamente el *“Interrogatorio de Testigos”* es el procedimiento al que se somete al testigo para obtener su declaración y el que se tendrá la oportunidad de estudiar posteriormente.

De igual manera no debe confundirse, la prueba Testimonial propiamente tal con el testimonio o declaración del testigo; pues este es *“el relato que un tercero hace ante un Juez sobre el conocimiento que tiene de hechos afirmados por las partes,”*³²⁶. El medio probatorio es la prueba Testimonial, el testimonio es una declaración que se introduce al proceso mediante la prueba Testimonial.

3. 5. 2 EL TESTIGO

El testigo constituye el eje de este tipo de prueba, es el sujeto principal, fuente de la prueba de quien se obtiene una declaración referida a los hechos que se discuten en el proceso, quien no tiene la calidad de parte dentro del mismo ni presenta ningún interés respecto de su resolución, para

³²⁶ MELÉNDEZ FRANCO, Ana Luz, ob. cit., Pág. 34. Es necesario aclarar que este Medio Probatorio es uno de los más novedosos y especiales que contiene la Ley Procesal actual, tanta es la trascendencia que tiene la misma (Prueba Testimonial), que desde el *Derecho Justiniano*, se distinguían los testigos Judiciales de los Instrumentales siendo estos últimos los que, a ruego de las partes, asistían a la celebración de un acto o contrato para dar Fe, del otorgamiento del mismo. Dicha trascendencia tenía razón de ser el hecho histórico comprobado ya que pocas personas sabían leer y escribir. La prueba por testigos tuvo estas y otras razones mayor valor que la *Documental* en ese momento histórico.

estudiar la figura del testigo hay que partir de una noción, para poder establecer sus características y tipologías.

Por lo tanto a continuación se establece el concepto de lo que debe de entenderse como testigo: de la forma que **Testigo es** *Toda persona que tiene conocimiento de los hechos controvertidos y que no es parte en el juicio respectivo*. Lo cual es sostenido por la Sala de lo Civil cuando expresa que el testigo es un tercero que tiene conocimiento de los hechos que se discuten por haberlos presenciado³²⁷.

3. 5. 2. 1 TIPOLOGÍA DE TESTIGOS

Los Testigos se pueden Clasificar en³²⁸:

- 1. Testigo Ocular, de Vista o Presencial:** es el que declara sobre hechos y circunstancias que ha presenciado, de vista y oídas, se encontraba en el lugar de los acontecimientos, observó cómo se celebraba el Acto o Contrato, qué es lo que aconteció en ese momento.
- 2. Testigo Auricular, de Oídas o de Referencia:** es el que declara lo que sabe por haberlo escuchado, o que conoce hechos o

³²⁷ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 202- C- 2006 de las 12: 00: 00 del 03/ 08/ 2008. Indica que acudiendo a la doctrina es posible definir a la testimonio como aquella manifestación suministrada por persona no litigante que declara sobre hechos discutidos en el proceso. Se trata pues, de un tercero al que acudirán porque, antes y con independencia del proceso, *contempló los hechos sobre los que va a declarar*. Así entonces, solo puede ser testigo aquella persona que presencia los hechos.

³²⁸ *Ibíd*, Pág. 35. La Prueba Testimonial se clasifica de diferentes manera, es necesario adecuar cada una de estas clasificaciones a la ley Procesal del ámbito territorial en que se va a aplicar, de manera sencilla se opta por clasificar a los testigos, de la forma en que tradicionalmente se hace, lo cual no obstante, es aplicable perfectamente a nuestra actual Legislación Procesal Civil y Mercantil.

circunstancias sobre lo que se desea probar por escucharlo de otra persona, y da credibilidad al dicho de otras personas.

3. Testigo Instrumental: se puede clasificar entre los presenciales, es el que concurre al otorgamiento de un documento, y el que puede a su vez asumir dos roles diversos:

a) **Testigo Instrumental Simplemente:** el que asiste al otorgamiento de un Instrumento, quedando reducida su misión a presenciar y firmar dicho otorgamiento.

b) **Testigo Instrumental y de Conocimiento:** es el que aparte de presenciar y firmar el Documento, garantiza al Notario, bajo las responsabilidades de la Ley, la identidad de los otorgantes, cuando el Notario no los conoce.

Según sus deposiciones en Audiencia son conformes o no, los Testigos pueden dividirse en:

a) **Contestes:** Cuando sus dichos concuerdan sin discrepancia o contradicción sobre los hechos y circunstancias *esenciales*.

b) **Singulares:** Cuando sus declaraciones son las únicas que obran en el juicio o no están de acuerdo con la de otros testigos sobre el hecho esencial, o sobre cualquiera de sus peculiaridades, circunstancias o modalidades esenciales³²⁹.

³²⁹ *Ibíd*, Pág. 36. Los Testigos son, *Sujetos de Prueba*, que se denominan también, Testigos Judiciales, **Ad-solemnitatem**, siendo de estos últimos requerida la presencia por la Ley, no solamente para la Prueba, sino también para las Solemnidades de ciertos actos o contratos. Definitivamente se requiere la prueba testimonial solamente en los casos donde no exista Prueba Documental fehaciente que

Históricamente se afirmaba que existían algunas prohibiciones para fungir como Testigo para una de las partes, conviene formular la siguiente pregunta: **¿Cuáles han sido las personas, que no siendo Partes en un juicio, se identifican con las mismas y no podían ser Testigos en las Anteriores Legislaciones Procesales?** Se dice que **el Tutor**, cuando representa en juicio a un menor de edad, se identifica con él y no puede ser Testigo. Este es el caso general que regulaba el Art. 294 N° 10 del C. Pr. C.

El mandatario, por hechos de su gestión, en caso de contienda sobre su eficacia, validez o interpretación, se identifica con el mandante y por lo tanto no podía ser Testigo.

El Testigo es persona *Fidedigna*, históricamente se ha contemplado como alguien que no tiene interés en el Proceso, no deben concurrir en él, circunstancias que lo parcialicen o que perjudiquen la credibilidad de su Testimonio, por ese hecho la Ley establecía que dichas personas no eran dignas de fe para su deposición. Para que hiciera fe su declaración, se atendía a su edad, capacidad, objetividad, etc³³⁰.

corrobore el dicho de una de las partes, o para La Impugnación del referido Documento, debido a que si existe un Instrumento verás e inimpugnable que contenga todas las Solemnidades que la Ley prescribe, es Juicio será llevado a Sentencia si es el caso en que el Documento base de la Acción es un Título Valor, por la fuerza Probatoria otorgada a los documentos mercantiles.

³³⁰ El Artículo 294 C. Pr. C. enumeraba los distintos casos en que se era incapaz de ser Testigo en todo género de causas (Civiles, Mercantiles, Laborales, etc.), la Prueba Testimonial sólo era admisible en los casos siguientes: Artículo 292 C. Pr. C.:

1°) En las obligaciones que nacen de los cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y faltas;

2°) En las obligaciones contraídas en casos de accidentes imprevistos en que ha sido imposible hacerlas constar por escrito;

3°) En el caso de haberse perdido el Documento que servía de Prueba Literal, a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, comprobándose esta circunstancia;

4°) En los incidentes de falsedad civil y de verificación de escrituras;

5°) En todos los demás casos en que la Ley no lo prohíbe, Artículos 1580, 1581, 1582, 1933, 1974 y 1994 C.C.

3. 5. 3 PROCEDENCIA Y MOMENTO PARA OFRECERLA

Como primer requisito para la procedencia de la prueba Testimonial en el proceso Mercantil, se establece su pertinencia, el examen de la pertinencia de la prueba corresponde al juez; sin embargo el litigante haciendo uso de sus buenos oficios está obligado a examinar su prueba y determinar si esta es o no pertinente y evitar así el desgaste de la actividad jurisdiccional. Este examen debe realizar atendiendo a la naturaleza de los hechos que se discuten en el proceso; porque dependiendo del tipo de hechos, resultará pertinente proponer o no la prueba testimonial, la Sala de lo Civil lo ha manifestado de esta manera³³¹.

Pero la pertinencia de la prueba testimonial no responde únicamente a la naturaleza de los hechos, la legislación salvadoreña ha establecido otra prohibición que resulta ser la principal barrera para la prueba testimonial en el Proceso Civil, esta surge del Art. 1579 del Código Civil³³², que prohíbe hacer uso de testigos para probar obligaciones que debieron consignarse por escrito, estas obligaciones se encuentran en los Arts. 1425, y 1580 del mismo Código; son las promesas de celebrar un contrato y los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos colones, esta es una limitante que responde al monto o cuantía del proceso.

³³¹ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 1052, de las 09:30:00 del 12/05/1998. Ha establecido *“en cuanto a la pertinencia de la prueba, esta se refiere a la adecuación que debe existir entre los datos que esta tiende a proporcionar y los hechos sobre los que versa el objeto probatorio”*. Según esta afirmación no es factible proponer prueba testimonial cuando no existen hechos materiales en el proceso sino únicamente hechos formales o que requieren conocimientos especiales.

³³² Código Civil. Art. 1579. No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito.

En palabras de **Roland Arazi**, esta limitación se refiere “*al contrato en sí mismo, pero no a los hechos que lo sustentan o que con él se vinculan*”³³³, lo particular de esta prohibición es que su fuente es la ley material y no la procesal³³⁴.

De las dos limitantes anteriores solamente la primera tiene efectos en el proceso Mercantil, pues en esta materia la cuantía de las pretensiones no impide que puedan probarse mediante prueba testimonial si resulta pertinente, de acuerdo con lo regulado por el Art. 1003 del Código de Comercio³³⁵, que permite aportar este tipo de prueba aunque la se trate de un proceso en el que se discuten pretensiones de las referidas en el Art. 1580 C. C.

De la misma forma que la prueba pericial, la Testimonial se trata de de un tipo de prueba personal; pero mientras que en la primera se requiere de un conocimiento especial para deducir hechos, en la prueba Testimonial solo se requiere haber percibido directamente esos hechos, en otras legislaciones es posible que se permitan las declaraciones sobre hechos impersonales³³⁶;

³³³ ARAZI, Roland, “*Derecho procesal...*” ob. cit. Pág. 447. La limitación en razón de la cuantía deviene del valor probatorio de los contratos, ya que si la ley ha establecido que un contrato que conste por escrito hace fe de su contenido no resulta posible proponer prueba testimonial que lo contradiga; no así cuando esta recaiga sobre hechos vinculados al contrato o a su legitimidad.

³³⁴ KIELMANOVICH, Jorge L., ob. cit. Pág.147. Expresa que estas prohibiciones contenidas en la ley material respecto de la procedencia de la prueba testimonial depende de la desconfianza que existe en el testimonio de los testigos, por las razones que se detallaron, lo que determina de la siguiente forma: “*la ley material como la procesal, por razones de seguridad y celeridad en el tráfico jurídico han establecidos limitaciones absolutas y relativas en cuanto a la procedencia o admisibilidad de la prueba testimonial*”.

³³⁵ Código de Comercio. Art. 1003. En materia mercantil, se admite la prueba testimonial, cualquiera que sea la cuantía del interés que se demande, salvo los casos en que la ley exige otro medio de prueba.

En los casos en que la ley exija prueba instrumental específica, como la póliza de seguro y los títulos contratos de capitalización, de ahorro y préstamo, o de ahorro para adquisición de bienes, si se pierde o destruye el original, podrá pedirse su cancelación y reposición siguiéndose un procedimiento igual al que se establece para la cancelación y reposición de títulos valores de condiciones análogas. El documento legalmente repuesto tendrá igual fuerza probatoria que el original.

³³⁶ ARAZI, Roland, “*Derecho procesal...*” ob. cit. Pág. 445. Expresa que existe la posibilidad de proponer testigos cuyo conocimiento de los hechos no sea personal, se trata de los denominados

sin embargo en El Salvador el Código procesal Civil y Mercantil ha establecido esta prohibición en el Art. 357 al declarar sin valor la declaración de un testigo de referencia; por lo que dentro de los requisitos de procedencia de la prueba testimonial se encuentra la razón del conocimiento de los hechos.

Habiéndose establecido los requisitos de procedencia de la prueba testimonial en el proceso Mercantil resulta adecuado identificar el momento en el que dicha prueba debe ser ofrecida para ser tomada en cuenta por el juez, el momento procesal oportuno para su proposición se encuentra regulado en el Art. 359 relacionado con los Arts. 317 y 428 todos del Código Procesal Civil y Mercantil; en los cuales se establecen dos oportunidades, la primera para el proceso común en el Art. 317, según el cual la prueba testimonial debe ofrecerse en la audiencia preparatoria; y la segunda para el proceso abreviado en el Art. 428, en virtud del cual la prueba debe ofrecerse en la audiencia única.

Cuando se trate de un proceso abreviado, las partes pueden solicitar al juez que cite a las personas que van a ser ofrecidas como testigos, o presentarse a la audiencia el día y hora señalados, haciéndose acompañar por los mismos³³⁷. En el proceso común las partes pueden citar al testigo mediante la esquila que al efecto les entregue el juez o solicitarle que estos

testigos de referencia, quienes han adoptado el conocimiento de hechos por narración de otros. *“Esta prohibición no es exacta ya que el testigo puede declarar sobre hechos que no haya percibido directamente, sino que le han sido narrados por otros”.*

³³⁷ OLASO ÁLVAREZ, J. ob. cit. Pág. 79. Indica la posibilidad que tienen las partes de solicitar al juez la citación judicial de los testigos, lo que representa garantizar de alguna manera la comparecencia de aquellos a la audiencia, teniendo en cuenta que se trata de una de las obligaciones de los testigos, *“Cuando lo solicite la parte deberá expedirse orden de citación para los testigos”*, la citación de los testigos puede realizarla la parte que los propone; pero resulta conveniente dejar esa función en manos del tribunal por las consecuencias que genera la inasistencia de los testigos citados por la propia parte.

sean citados judicialmente, así lo dispone el Art. 360 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3. 5. 4 VALORACIÓN

En el Código Procesal Civil y Mercantil no se encuentra una norma específica que se refiera a la apreciación de la prueba testimonial ; por lo que es procedente aplicarle lo establecido por el Art. 416 C. Pr. C. y M., que dispone el régimen general para la valoración de la prueba, indicando que los jueces deben aplicar las reglas de la sana critica para valorar los medios probatorios excepto la prueba documental, que tiene un valor tasado.

En el anterior Código de Procedimientos Civiles, la prueba testimonial como el resto de los medios probatorios tenían un valor legal, según lo determinaba el Art. 321 C. Pr. C³³⁸, la valoración conforme a la prueba tasada implica determinar las causales por las que el testimonio pierde el valor, en el caso de la legislación anterior esta causal era la taha de los testigos. Con la incorporación de la sana critica en el proceso Mercantil, desaparecen las tachas y la desacreditación de la prueba queda sujeta a la pericia del litigante³³⁹.

³³⁸ Código de Procedimientos Civiles. Art. 321. Dos testigos mayores de toda excepción o sin tacha, conformes y contestes en personas y hechos, tiempos y lugares y circunstancias esenciales, hacen plena prueba.

Para probar la falsedad de un instrumento se necesitan cuatro testigos idóneos o sin excepción, si fuere público o auténtico, y dos, si fuere privado. Más en los instrumentos públicos tendrá el Juez en consideración su antigüedad, su concordancia con el protocolo y la buena o mala conducta del escribano o Notario.

³³⁹ KIELMANOVICH, Jorge L., ob. cit. Pág. 239. Existen condiciones personales del testigo que inciden en su credibilidad, en la legislación anterior se alegaban como tachas estas condiciones para desvalorizar el testimonio, en la legislación actual estas condiciones personales del testigo no se consideran tachas; pero según lo manifiesta Kielmanovich el hecho de tener el testigo interés en el pleito, ser amigo íntimo o enemigo manifiesto o familiar de una de las partes, *“son cuestiones que hoy se encuentran aprehendidas dentro del concepto de las reglas generales de la ley como factores que inciden en cuanto a la atendibilidad de la declaración”*.

El vínculo familiar que une al testigo con las partes, la relación del testigo con el objeto del proceso, el vínculo crediticio que vincula al testigo con una de las partes, y todas aquellas razones que el Art. 332 del anterior Código de Procedimientos Civiles comprendía ya no son razones que destruyen completamente la fe del testigo, lo que no quiere decir que no sean atendidas por el juez en el momento de valorar la prueba.

En este contexto contempla mayor facilidad comprender la magnitud y la forma de apreciar la prueba testimonial en base a la sana critica; porque existen reglas establecidas que determinan la manera de hacerlo, en cambio tratándose del sistema de la sana critica la ley no establece parámetros concretos; sino mas bien se trata de un proceso interno subjetivo del cual no es posible indicar reglas precisas³⁴⁰.

Debe entenderse entonces que, si bien han desaparecido las tachas como medio de destruir el valor de los testimonios, eso no quiere decir que el juez no va a atender esas circunstancias al momento de apreciar cada uno de los testimonios, para valorar la credibilidad que merece el testigo.

Como se ha manifestado, en el proceso Mercantil regulado por el Código Procesal Civil y Mercantil, no existe la figura de la tacha de testigos, lo que genera la pregunta **¿Qué posibilidad tienen las partes para desacreditar las pruebas testimoniales?**; la respuesta se encuentra en el Art. 356 C. Pr. C. y M., que regula la facultad que tiene las partes para alegar

³⁴⁰ ARAZI, Roland, "Derecho procesal..." ob. cit. Pág. 469. Expresa que "de conformidad con el sistema de la sana critica, el juez apreciara la prueba de testigo de acuerdo con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia. No es posible enunciar normas abstractas de apreciación; será quien juzga el encargado de determinar en cada caso el valor de los testimonios". De acuerdo con esta idea, es el juez el único que puede regir en su conciencia teniendo en cuenta lo que ha percibido del testigo, su forma de actuar, su forma de responder las preguntas, etc.

la falta de credibilidad de un testigo, atendiendo a sus condiciones personales, materiales y al comportamiento de este.

Cuando una de las partes alegue la falta de credibilidad del testigo por cualquier razón, el juez debe tenerla en cuenta al momento de motivar la sentencia indicando en su caso si efectivamente existen motivos para que la declaración del testigo pierda credibilidad, o que no se trata de un motivo que implique razón suficiente para desacreditar dicha declaración.

En conclusión, el juez debe apreciar la prueba testimonial en su conjunto con las demás pruebas aplicando las reglas de la sana crítica especialmente bajo las directrices siguientes: examinar la fuerza probatoria formal y material del testimonio, examinar las condiciones morales, físicas y mentales del testigo; así como su relación con el objeto del proceso y las partes³⁴¹, de acuerdo con la Sala de lo Civil el juez debe aplicar estos criterios de valoración por tratarse de la expresión de una percepción humana de la realidad³⁴².

³⁴¹ KIELMANOVICH, Jorge L., ob. cit. Pág. 240. Cita a Devis Echandia estableciendo las pautas que el juez debe observar al momento de valorar la prueba testimonial, las cuales considera servirán para fundamentar la sentencia según Kielmanovich el juez debe atender las siguientes reglas: *“examen de la fuerza probatoria material del testimonio; examen de las condiciones mentales, física y morales del testigo y de su personalidad; examen de las relaciones del testigo con las partes, examen de las relaciones del testigo con la causa; examen de las relaciones del testigo con el hecho sobre el cual declara, examen de la manera como fue recibir el testimonio y del interrogatorio hecho al testigo; examen del contenido del testimonio; crítica final global y conclusiones”*.

³⁴² Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 20- CAL- 2008 de las 10: 00: 00 del 17/ 11/ 2009. Manifiesta que *“la función del testigo dentro del proceso, es la de emitir un juicio de valor sobre la existencia, inexistencia, manera de ser o de producir los hechos; por lo que su declaración debe ser cierta y veraz. Por esta razón, el juzgador al momento de tomar en cuenta dicha prueba debe de aplicar criterios de valoración; ya que pueden existir una serie de circunstancias que pueden influir en la apreciación que de la prueba testifical haga el juez”*.

3. 6 RECONOCIMIENTO JUDICIAL

Cuando se estudió sobre las pruebas de oficio se dijo que salvo las excepciones que la ley establece no era posible para el juez practicar ninguna prueba que no haya sido ofrecida por las partes, el reconocimiento judicial es una de estas excepciones, debido sobre todo, de acuerdo con la Sala de lo Civil, a su carácter directo³⁴³; es decir que a través de este medio de prueba los elementos de convicción tienen contacto directo con los sentidos del juez, lo que le permite conocer mejor sobre hechos, personas o lugares para proveer de la mejor forma posible³⁴⁴, sin estar vinculado a otro tipo de pruebas si son contrarias a lo que el mismo ha percibido por medio de sus sentidos.

La integración del reconocimiento judicial en el Proceso Mercantil salvadoreño, sustituye el medio probatorio regulado por el anterior Código de Procedimientos Civiles en el Art. 366³⁴⁵, sin embargo entre ambos no existe ninguna diferencia reconocida por la doctrina o por la jurisprudencia misma es posible afirmar que se trata únicamente de darle una denominación

³⁴³ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 181- 2003 de las 12: 00: 00 del 11/ 11/ 2003. Se manifiesta que en el Reconocimiento Judicial, *“lo fundamental es el convencimiento psicológico que adquiere el Juez, de las afirmaciones y negaciones de las partes y de la realidad que tiene ante sus sentidos, y su innegable influencia en la resolución, aún contra prueba de carácter pericial, razón por la cual en muchas ocasiones, la inspección judicial se convierte en reina de las pruebas, en la medida en que el convencimiento del juzgador, sobre una afirmación, depende de su propia convicción”*.

³⁴⁴ ARAZI, Roland, *“Derecho procesal...”* ob. cit. Pág. 499. Expresa que en este tipo de prueba los elementos materiales están en directo contacto con los sentidos del juez, sin que entre ellos exista la mediación de ninguna persona o cosa, como si sucede en medios probatorios como la prueba testimonial y la prueba documental, esto le permite al juez percibir de mejor forma los elementos necesarios para fundamentar su decisión, al respecto se refiere el autor de la siguiente forma: *“el examen o reconocimiento judicial constituye un medio de prueba directo, ya que entre el hecho a probar y el juez no hay ningún intermediario”*.

³⁴⁵ C. Pr. C. Art. 366. En todos los casos en que la inspección personal sea útil para el esclarecimiento de los hechos y especialmente en las demandas por desarreglo de límites, usurpación de tierras, árboles, cercados, edificio que amenaza ruina o por disputarse sobre el curso de las aguas, dirección de caminos u otros semejantes, el Juez se transportará al lugar, acompañado del Secretario, y ordenará que los testigos que han de ser examinados lo sean allí para la mejor inteligencia de sus deposiciones. Título XIII, Libro II, Código Civil.

distinta pues la inspección personal del juez y el reconocimiento judicial regulado por el C. Pr. C. y M., a partir del Art. 390 se refieren al mismo medio probatorio, en realidad la única diferencia que se observa es el distinto valor probatorio que se le asigna en uno y otro Código; por lo que a continuación se presenta un estudio bibliográfico y jurisprudencial sobre el reconocimiento judicial también denominado inspección judicial, partiendo de su concepto doctrinario hasta el examen de las normas que lo rigen en proceso Mercantil salvadoreño.

3. 6. 1 CONCEPTO

Sobre el reconocimiento judicial son muchos los autores que han dado su opinión y así de diversas resultan ser las concepciones del término, que sin embargo coinciden en la mayoría de elementos que debe reunir el concepto, algunos de los autores que lo han conceptualizado se encuentran los siguientes: **Casimiro A. Varela**, para quien el reconocimiento judicial es: *“la percepción sensorial directa realizada por el juez o persona designada al efecto sobre cosas, lugares o personas con el objeto de verificar cualidades, condiciones o características”*³⁴⁶.

Otro de los autores que ha opinado sobre el tema es **Kielmanovich**, para quien, *“la inspección judicial constituye una herramienta fundamental para el buen desarrollo de los procesos mediante el cual el juez puede ver*

³⁴⁶ VARELA, Casimiro A. *“Valoración de la prueba”*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, Segunda edición. Segunda reimpresión, 2004. Pág. 312. Manifiesta que se trata de una interacción entre una persona y un lugar, cosa u otras personas, que permite conocer detalles, a los que llama cualidades, condiciones o características, con lo que es posible aclarar cuestiones oscuras que impiden al juzgador dar un fallo con total certeza.

*con sus propios ojos el contenido o material factico que subyace bajo el drama de la litis*³⁴⁷.

De la misma forma, **Devis Echandia**, citado por **Víctor de Santo** determina que la inspección o reconocimiento judicial debe considerarse como: *“una diligencia procesal practicada por un funcionario judicial, con el objeto de obtener argumentos de prueba para la formación de su convicción, mediante el examen y la observación con sus propios sentidos, de hechos ocurridos durante la diligencia o antes pero que aún subsisten o de rastros o huellas de hechos pasados, y en ocasiones de su reconstrucción*³⁴⁸.

De igual forma, la Sala de lo Civil sin alejarse de lo expresado por los autores que se han citado expresa un concepto de Inspección Judicial en donde establece que la esta prueba es el medio por el cual el Juez se pone en contacto directo a través de la percepción de sus sentidos con las cosas, personas o lugares que le crearan convicción para resolver la controversia que se encuentra conociendo³⁴⁹.

Teniendo en cuenta los conceptos que se han estudiado y los distintos elementos que se expresa en cada uno de ellos, **se concluye** que: el reconocimiento judicial es *“un medio de prueba que consiste en el contacto*

³⁴⁷ KIELMANOVICH, Jorge L., ob. cit. Pág. 624. Cita a autores como **Alsina, Palacio, Couture, Falcón** y otros destacando las ideas más importantes que considera han servido como aporte para determinar de mejor manera el concepto de reconocimiento judicial, y a partir de estas ideas retoma los elementos más importantes para realizar un estudio de cada uno.

³⁴⁸ DE SANTO, Víctor, ob. cit. Pág. 513. Retoma las palabras de **Echandia** para conceptualizar la inspección o reconocimiento judicial, establece además que a pesar de ser muchos los que han dedicado obras al estudio del reconocimiento judicial, no existe respecto de su contenido ningún tipo de contradicción entre estos autores, lo cierto es que mas allá de utilizar distintas denominaciones para identificarlo, existe una generalización doctrinaria y al parecer también en las distintas legislaciones respecto de este medio de prueba.

³⁴⁹ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 91- AP- 2007 de las 11: 30: 00 del 05/ 06/ 2008. Sobre el concepto de la Prueba por Inspección expresa que: *“es el medio legal de poner en contacto directo al juzgador con los hechos afirmados por las partes, aporta al proceso las máximas de experiencia que el juez no posee, a fin de facilitar la percepción ya apreciación de hechos concretos propios de la controversia”*.

*directo entre los sentidos del juez y un lugar, una persona o una cosa permitiéndole apreciar características, cualidades y estados con el objeto de obtener los elementos necesarios que le sirvan para formarse una convicción suficiente para resolver sobre las pretensiones que se le han planteado, por esta razón se le considera como una prueba directa*³⁵⁰.

3. 6. 2 PROCEDENCIA Y MOMENTO PARA OFRECERLA

De la misma forma que el resto de los medios probatorios, el reconocimiento judicial debe tener un objeto, una razón, que permita a las partes hacer uso de él, resulta importante en este punto encontrarle una respuesta a la siguiente pregunta **¿Cuándo se puede hacer uso del reconocimiento judicial en materia Mercantil?** Para responder se debe partir estudiando el objeto de dicho medio probatorio.

Por consiguiente hay que determinar cual es el objeto al que se hace referencia, para lo que deben tenerse en cuenta los diferentes conceptos que se examinaron con anterioridad, los que permiten identificar el objeto del reconocimiento judicial, el cual puede dividirse de la siguiente manera tripartita: lugares, cosas y personas. Cuando el proceso trate sobre hechos materiales, que el juez puede percibir a través de los sentidos y su examen resulte necesario, las partes pueden proponer este tipo de prueba, o el

³⁵⁰ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 1671- 2003, de las 11:00:00 del 06/11/2003. Expresa que *“La prueba por inspección es el único medio que sitúa al Juez en contacto directo con los hechos afirmados por las partes. Lo fundamental en este medio de prueba es el convencimiento que adquiere el juzgador de la relación entre las afirmaciones de las partes y la realidad, de donde resulta que el Juez puede inclusive desconocer lo dictaminado por los peritos, porque lo decisivo es la convicción que él obtiene sobre una determinada afirmación”*. De aquí el carácter de prueba directa que se le atribuye al Reconocimiento Judicial o Inspección Personal.

mismo juez puede si así lo estima necesario impulsarla de oficio³⁵¹. Están comprendidos dentro de este tipo de hechos, únicamente aquellos que pueden ser examinados y apreciados por medio de la vista, el tacto, olfato y el gusto³⁵², por ejemplo: se puede realizar el reconocimiento judicial en un lugar, para identificar las condiciones en las que son almacenados los productos dados en depósito verificando si el depositario ha cumplido o no con lo convenido y lo establecido por el Art. 1099 Com³⁵³.

De acuerdo con lo anterior están excluidos como objeto del reconocimiento judicial: *“los hechos pasados transitorios, los estados o hechos psíquicos o internos del hombre, y los hechos futuros”*³⁵⁴. Esto no quiere decir que los anteriores hechos no puedan ser objeto de prueba en un proceso; sino únicamente que no es el reconocimiento judicial la forma idónea de demostrarlos, para eso existen otros medios que el legislador ha proporcionado a las partes para que puedan acreditarlos, así lo considera la

³⁵¹ ARAZI, Roland, *“Derecho procesal...”* ob. cit. Pág. 502. Le otorga al reconocimiento judicial carácter potestativo, y así parece establecerlo el C. Pr. C. y M., porque el Art. 390 reconoce la facultad que tiene el juez para ordenar de oficio la práctica de esta prueba, cuando lo considere necesario para dictar sentencia. En opinión del autor esta facultad no es discrecional; es decir no se trata de un poder que puede el juez a su antojo decidir si ejercerlo o no, *“sino que dados los presupuestos previstos por el legislador, el juez tiene que actuar de determinada manera”*.

³⁵² DE SANTO, Víctor. ob. cit. Pág. 516. Expone que el reconocimiento judicial no se desarrolla solo mediante el examen ocular que el juez realiza de los lugares personas o cosas que se le presentan, actividad que resultaría exclusivamente en un reconocimiento ocular, sino que según las palabras del autor *“el juez por medio de esa actividad, percibe el hecho o la cosa; es decir, ve, oye, huele, palpa o gusta, según sea el caso, lo cual le permite llegar a la certeza o evidencia sobre la realidad que investiga (si lo percibido es el mismo hecho que se pretende probar) o sobre circunstancias que a su vez puedan conducirlo a dicha realidad cuando lo percibido son hechos indiciarios”*.

³⁵³ Código de Comercio. Art. 1099. El depositario debe custodiar la cosa con la diligencia más estricta y no podrá utilizarla ni dejarla en depósito a otro, sin consentimiento del depositante.

Si circunstancias urgentes le obligaren a custodiar la cosa en forma distinta a la pactada, deberá avisarlo inmediatamente al depositante.

Se exceptúan los casos en que el depósito sea irregular, por su naturaleza legal o por convenio de las partes.

³⁵⁴ DE SANTO, Víctor, ob. cit. Pág. 520. Manifiesta que *“Los estados o hechos psíquicos o internos del hombre (a diferencia del objeto de otras pruebas) se hallan fuera del objeto de la inspección judicial (pueden serlo los síntomas físicos y la conducta o el comportamiento del sujeto afectado por una anomalía psíquica, pero no ésta); están fuera de su objeto también los hechos pasados transitorios (pero pueden inspeccionarse sus huellas o rastros) y los futuros (pero pueden examinarse los hechos presentes que pueden servir de causa a aquéllos [v. gr., deterioro de los pilares de un edificio que provocará el derrumbe de una construcción])”*

Sala de lo Civil al considerar que existen algunas situaciones que deben probarse con los medios que la Ley en su texto requiere³⁵⁵.

En virtud de lo anterior **se concluye** que: el Reconocimiento Judicial es procedente cuando en el proceso se discuten sobre hechos exclusivamente materiales de cuya inspección personal del juez depende identificar elementos esenciales para crear certeza jurídica en la conciencia de este con la finalidad de robustecer su fallo; es el juez quien determinara en el caso particular la idoneidad y por tanto la procedencia de este medio de prueba.

La misma importancia reviste el conocer cuál es el momento oportuno para proponer el Reconocimiento Judicial, para lo que debe acudir a lo regulado por la ley, en este caso el momento procesal para invocar el Reconocimiento, se encuentra determinado en los Arts. 317, 391 y 428 del C. Pr. C. y M., estableciendo los actos en los que puede ser ofrecida por las partes el Art. 391 indica que el momento oportuno para que las partes puedan proponer el Reconocimiento Judicial se sujeta a lo establecido por el Art. 317 el que determina dos momentos el primero es la audiencia probatoria del proceso común; mientras que para el proceso abreviado debe hacerse en la audiencia única. Las partes además podrán proponerla en las alegaciones iniciales es decir: con la demanda en el caso del demandante y con la contestación de la demanda o la reconvencción en el caso del demandado.

³⁵⁵ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 1052 de las 09: 30: 00 del 12/ 05/ 1998. Es del Criterio que la ley establece en determinados casos el tipo de prueba que debe producirse, atendiendo a la naturaleza de los hechos discutidos y pertinencia de la misma en relación precisamente, a aquellos hechos; mientras que en aquellos casos en los que la ley no requiere expresamente un determinado tipo de prueba, queda al criterio judicial el practicarla o no, según se crea que esta contribuya al esclarecimiento de la verdad del hecho controvertido.

Lo anterior se refiere a las oportunidades que tienen las partes para ofrecer este medio de prueba; sin embargo, el código concede al juez la facultad de impulsar de oficio la práctica del Reconocimiento Judicial, cuando lo estime conveniente y las partes no lo hubieren hecho³⁵⁶. En este supuesto no existe un plazo peremptorio según lo redacta el Art. 390 del C. Pr. C. y M en el inciso segundo, por tanto el juez podrá ordenar la practica en cualquier momento hasta antes de dictar sentencia, siempre que sea procedente su producción de acuerdo con las reglas que se han indicado en los párrafos anteriores.

3. 6. 3 PRODUCCIÓN DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL

La actividad judicial puede desarrollarse dentro o fuera de la sede del juzgado, la mayor parte de actos procesales se realizan dentro³⁵⁷; pero existen algunos actos que por la imposibilidad que resulta para realizarlos de esta forma deben de llevarse a cabo en un lugar distinto, algunos ejemplos son los siguientes: las citaciones Arts. 41, 151, 202, 211, 250, 268, 303, 311, 329, 339, 346, 360, 387, 392, 397, 406, 423 y 467; las notificaciones domiciliadas Arts. 151, 177 y 179; los emplazamientos Arts. 62, 77, 84, 86, 121, 122, 151, 181, 188, 189 y 191 todos del C. Pr. C. y M; y algunas

³⁵⁶ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 173-2003 de las 11:30:00 del 05/05/2003. Establece que el Juez puede ordenar la práctica de diligencias probatorias, cuando lo considere necesario según su criterio por ser necesario para conocer o ampliar elementos que le permitan acercarse más a la verdad material. *“Como puede advertirse, dicho precepto es eminentemente de carácter procesal, por cuanto se refiere a los casos en los que el Juez puede ordenar la práctica de una diligencia de prueba, siendo éstos: a) cuando lo pidan las partes; y, b) de oficio. En todo caso, ello está sujeto al criterio del Juzgador, quien la ordenará y practicará siempre y cuando así lo considere conveniente”.*

³⁵⁷ ARAZI, Roland, *“Derecho procesal...”* ob. cit. Pág. 221. Expresa que el lugar en el que se desarrollan los actos procesales reviste gran importancia pues de esto depende en parte su efectividad, para que no puedan ser objeto de nulidades, manifiesta a además que el lugar en el que han de producirse los actos procesales se encuentra determinado en la ley. *“En principio todos los actos procesales deben realizarse en la sede del tribunal de la causa salvo algunos que realizan los auxiliares del juez”.* Otra de las excepciones a la regla anterior es la producción del Reconocimiento Judicial, cuando no sea posible realizarla dentro de la sede del tribunal.

diligencias probatorias como las de los Arts. 352, 393 y 399 del mismo código, entre estas diligencias se encuentra el Reconocimiento Judicial cuando no sea posible verificarlo en la audiencia respectiva, al respecto se refieren los párrafos siguientes.

Asimismo se determinarían los requisitos materiales y formalidades que deben acompañar el desarrollo del acto procesal del Reconocimiento Judicial, como resultan ser, la presencia y dirección del juez, la presencia de las partes y la posibilidad de practicar instantáneamente otro tipo de pruebas, es importante conocer todos estos requisitos, porque si alguno de ellos se omite podría conllevar la pérdida de la eficacia procesal del acto.

3. 6. 3. 1 DIRECCIÓN PERSONAL DEL JUEZ Y DELEGACIÓN

Toda prueba tiene como finalidad la de crear certeza en el juez sobre la existencia o inexistencia de un hecho³⁵⁸; pero no existe mejor forma de hacerlo que poniendo a disposición del juez los hechos para que pueda tener contacto directo con ellos y verificarlos personalmente, la única prueba que ofrece esta posibilidad es la inspección o Reconocimiento Judicial que de acuerdo con la Sala de lo Civil es la única que ofrece al juez la oportunidad de encontrarse en contacto directo con los hechos afirmados por las partes³⁵⁹, razón por la cual no tendría sentido llevarla a cabo sin la

³⁵⁸ DE SANTO, Víctor, ob. cit. Pág. 516. Manifiesta que para crear certeza en la psiquis del juez, debe hacerse uso de los medios de prueba establecidos por la ley, sin que el juez pueda fundamentar su fallo en el conocimiento de los hechos si este mismo los ha adquirido extraprocésalmente; es decir no podrá aplicar sus conocimientos privados. *“Mediante la prueba se procura llevarle al magistrado el convencimiento sobre los hechos que sirven como presupuesto para las normas jurídicas que los litigantes invocan o que aquel debe aplicar oficiosamente.*

³⁵⁹ Sal de lo Civil. Sentencia Definitiva 1671-2003 de las 11:00:00 del 06/11/2003. Manifiesta que *“La prueba por inspección es el único medio que sitúa al Juez en contacto directo con los hechos afirmados por las partes”*. Ningún otro medio ofrece esta posibilidad, porque para que el juez pueda

participación directa del juez de la causa; sin embargo es la misma ley la que establece excepciones a esta generalidad.

Siendo así que según el Código Procesal Civil y Mercantil, la regla general es que el Reconocimiento de personas y objetos se realice en la audiencia respectiva y dentro de la sede del juzgado, en donde será dirigida por el Juez que conoce de la causa en presencia de todas las partes, para que puedan hacer uso de los derechos que la ley les confiere como el de objetar el resultado de la inspección³⁶⁰.

De esta forma el Art. 393 del C. Pr. C. y M., prevé la posibilidad de practicar el reconocimiento, fuera de audiencia y de la sede del juzgado en los supuestos en los que resulte imposible trasladar a la persona o el objeto sobre el que recaerá el reconocimiento al juzgado; asimismo cuando se trate de un bien inmueble, en estas circunstancias el juez debe trasladarse al lugar en el que ha de practicarse la diligencia, que parece ser lo conveniente para asegurar la interacción del juez directamente con el objeto del reconocimiento.

No obstante el mismo artículo le otorga al juez la posibilidad de delegar su función, lo que resulta criticable si se tienen en cuenta las consideraciones anteriores la naturaleza misma de este tipo de prueba, existe en este caso un quebrantamiento entre la percepción de la prueba y la

obtener la información que necesita deben intervenir intermediarios, lo que significa en alguna medida la distorsión de la información.

³⁶⁰ KIELMANOVICH, Jorge L. ob. cit. Pág. 628. Explica que la presencia de las partes en el desarrollo del Reconocimiento Judicial, está comprendido dentro de las Garantías del Debido Proceso por procurar en este sentido de asegurar los principios de contradicción y defensa de las partes asimismo el de publicidad, pues ambas partes tienen el Derecho de conocer las pruebas aportadas al proceso y de rebatirlas al respecto indica lo siguiente: *“se trata de asegurar, antes de que la medida tenga lugar, la debida intervención de los litigantes, en intima relación con los principios de publicidad y contradicción en la prueba”*.

valoración de la misma, porque quien valora la prueba es el juez que conoce del proceso aunque la diligencia haya sido realizada por otra persona³⁶¹. Por lo anterior es que la prueba debe diligenciarla la misma persona que va a valorarla y no debería poder delegarse la práctica, atendiendo especialmente a la naturaleza directa de la prueba, lo que para **Kielmanovich** es resultado de lo que denomina “*una indebida delegación de funciones*”³⁶².

De igual forma **Roland Arazi** considera que no es conveniente que el juez delegue su función en el caso del Reconocimiento Judicial y plantea la necesidad de que el juez delegado intervenga en la redacción de la sentencia al momento de someter a valoración lo percibido en la diligencia del reconocimiento, para este autor al delegarse la realización de la inspección se pierde el carácter de prueba directa y por lo mismo el Art. 393 del C. Pr. C. y M., le confiere al juez la potestad de trasladarse a cualquier lugar del país que se encuentre el bien, o la persona sobre la que ha de realizarse el examen³⁶³.

³⁶¹ VARELA, Casimiro A. ob. cit. Pág. 314. Expone que es importante que la valoración del Reconocimiento Judicial debe llevarla a cabo la misma persona que realiza la diligencia, quien percibe el hecho está en condiciones para valorarlo, pues se según lo argumenta “*el reconocimiento no solo supone una actividad meramente perceptiva, sino que implica también una lógica o crítica, pues aun en el mero dato psicológico se encierra inserta una actitud razonadora que ordena los datos de la percepción.*”

³⁶² KIELMANOVICH, Jorge L. ob. cit. Pág. 631. Manifiesta que por la naturaleza directa de la prueba, debe ser dirigida estrictamente por el juez y no por un tercero que sirve como intermediario entre los hechos percibidos y el razonamiento del juez. “*Por la propia naturaleza de la prueba, el reconocimiento habrá de ser conducido personalmente por el propio juez que ordeno la medida..., cuestión que en la práctica no suele observarse estrictamente desnaturalizándolo como tal y disminuyéndolo seriamente en su eficacia, precisamente por esa indebida delegación de funciones.*”

³⁶³ ARAZI, Roland, “*Derecho procesal...*” ob. cit. Pág. 505. Para quien el reconocimiento judicial debe de ser personal, es decir realizado por el juez de la causa sin que lo pueda delegar por sería desnaturalizar la prueba directa; aunque el juez deba movilizarse a un lugar fuera de su competencia territorial, la delegación debe de ser considerada solo para casos extraordinarios que parece ser a lo que obedece el Art. 393 del Código Procesal Civil y Mercantil. El juez puede sin ningún inconveniente ampliar en este caso su ámbito territorial de acción lo que para Arazi debe ser ejercido de esta manera: “*Es conveniente que el magistrado haga uso de esa facultad y no encomiende a otro que realice la inspección, ya que tratándose de una prueba directa, el reconocimiento se desnaturaliza si es efectuado por otra persona, aun cuando fuese otro juez.*”

La Sala de lo Civil comparte las anteriores posturas al decir que la prueba debe ser práctica ante el juez de la causa para que se garanticen los derechos procesales de las partes, no se rompa con la naturaleza directa de la prueba y se de cumplimiento al Principio de Inmediación de la prueba³⁶⁴.

3. 6. 3. 2 PRÁCTICA CONJUNTA CON OTROS MEDIOS

El Reconocimiento Judicial puede practicarse simultáneamente con la prueba pericial y la prueba testifical si el juez lo considera conveniente o necesario así lo establece el contenido del Art. 394 del C. Pr. C. y M³⁶⁵, caso en el que el juez deberá citar a los peritos y a los testigos para que comparezcan el día y hora señalados para la diligencia, el artículo mencionado comprende dos posibilidades, la comparecencia de peritos auxiliares y la comparecencia de testigos.

La comparecencia de peritos auxiliares se refiere al supuesto en el que se requieran conocimientos especiales para poder realizar la inspección o de aclaraciones técnicas respecto del objeto inspeccionado³⁶⁶; asimismo

³⁶⁴ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 1730- 2004 de las 10: 30: 00 del 30/ 04/ 2004. Expresa que *“para que pueda existir igualdad de condiciones y de oportunidades procesales a las partes, es necesario que sea ante el Juez del proceso, ante quién se viertan las pruebas, a fin de que éstas puedan ser controvertidas por aquéllos; y sobre todo, para que no se rompa el principio de inmediación de la prueba”*.

³⁶⁵ C. Pr. C. y M. Art. 394. Si lo estima conveniente, el juez podrá ordenar el reconocimiento judicial junto con el reconocimiento pericial o la declaración de testigos.

³⁶⁶ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 130- C- 2005 de las 09: 00: 00 del 05/ 12/ 2005. Explica que la comparecencia de peritos en el desarrollo de la inspección no resulta vinculante para el juez al momento de la valoración, y no tiene la obligación de tomar en cuenta el dictamen pericial. *“Para la realización de la inspección, la ley le otorga al juzgador, la facultad de acompañarse de peritos con el fin de esclarecer algún punto que requiera conocimiento técnico, sin que ello constituya un elemento condicionante del dictamen, ya que como lo dispone el inc. 2º del Art. 370 PR. C. el dictamen de los peritos no debe apreciarse si es contrario a la estimación del juez. En tal sentido, tratándose de una prueba por inspección y no de una pericial, si el juzgador se hizo acompañar de un solo perito, en nada afecta el valor probatoria de la inspección realizada, ya que como la misma ley lo establece, el involucrar peritos en dicha prueba es opcional y no condicionante de dicha prueba.*

podrá citarse a los peritos que han pronunciado un dictamen para que lo amplíen en cuanto el juez lo considere necesario³⁶⁷, la prueba pericial practicada de esta manera se regirá según lo establecido por el C. Pr. C. y M., en los artículos referidos a la prueba pericial que se ha tenido la oportunidad de estudiar anteriormente³⁶⁸.

Por otro lado, existe además la posibilidad que el juez cite a los testigos a prestar su declaración al momento de realizar la diligencia del reconocimiento judicial, siempre que no lo hayan hecho aun, el desarrollo de este tipo de prueba debe sujetarse a los establecido por el C. Pr. C. y M.; pero en el caso de aquellos testigos que ya han sido examinados por las partes podrán ser citados por el juez para que expliquen sus declaraciones³⁶⁹, encaminado a robustecer sus apreciaciones y de esta forma facilitar su labor en cuanto a motivar su fallo³⁷⁰.

En conclusión: el juez en el Proceso Mercantil tiene como objetivo, resolver los conflictos que se someten a su conocimiento, a través de una

³⁶⁷ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 20-CAC-2009 de las 11:00:00 del 14/08/2009. Expresa que *“la inspección personal como medio de prueba tiene por objeto, que el juez se forme una idea perfecta del asunto y quede instruido completamente; el dictamen de los peritos tiene este objeto, para lograrlo no es preciso que los peritos den su opinión en el determinado momento que se efectúe materialmente la inspección del juez, ya que perfectamente lo instruye un dictamen pericial dado en momento anterior o posterior a la inspección”*.

³⁶⁸ DE SANTO, Víctor, ob. cit. Pág. 528. Indica que ambas pruebas se producen en un mismo acto o diligencia pero que se rigen cada una por sus reglas especiales, *“este ultimo medio de prueba (refiriéndose a la prueba pericial practicada junto con el reconocimiento) se regirá por sus propias reglas, con a salvedad de que en lo posible el dictamen deberá rendirse en el momento de practicarse el reconocimiento judicial”*.

³⁶⁹ ARAZI, Roland, *“Derecho procesal...”* ob. cit. Pág. 504. Manifiesta que los testigos pueden comparecer al reconocimiento judicial y prestar su declaración en el mismo acto; siempre que no lo hayan hecho anteriormente; pero si lo hicieron el juez puede citarlos únicamente para que expliquen lo declarado. *“si los testigos aun no han declarado podrán hacerlo en el acto del reconocimiento, pero sometidos a los requisitos establecidos para la prueba testifical; si ya hubiesen declarado, el juez les puede exigir que expliquen sus dichos o proceder al careo.”*

³⁷⁰ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 43- 2002 de las 12: 46: 00 del 03/ 04/ 2002. Estima que el juez puede realizar las diligencias que considere necesarias para adquirir la información que le aproxime lo más posible a la verdad real a estas diligencias la Sala las denomina como *“diligencias para mejor proveer, que son utilizadas por los jueces cuando es necesario complementar una prueba con el fin de aclarar algún punto y por ende emitir un fallo apegado a la verdad”*.

sentencia en la que tenga en cuenta el análisis de todos los elementos que le han servido para construir una verdad procesal; la que debe ajustarse lo mejor posible a la verdad material, para hacerlo, lo más adecuado es que el juez este en contacto directo con los hechos, lo cual lo consigue con el reconocimiento judicial; pero a la vez debe de tener una visión unánime de las demás pruebas aportadas al proceso, para conseguir esto de mejor manera puede optar por producir conjuntamente en el mismo acto el reconocimiento judicial y las pruebas pericial y testimonial.

3. 6. 4 VALORACIÓN DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL

Al iniciar el estudio del Reconocimiento Judicial, se dijo que su incorporación al proceso mercantil, substituye la figura de la inspección personal que regulaba el anterior sistema; sin embargo entre ambas pruebas existen diferencias, entre estas, la más importante y que mayor relevancia practica presenta es en lo relativo a su valoración; mientras que la legislación anterior le concedía el valor de plena prueba a la inspección contemplado en el Art. 370 del C. Pr. C³⁷¹., de acuerdo al sistema de prueba tasada, el Código Procesal Civil y Mercantil le indica al juez que en la valoración del Reconocimiento Judicial debe aplicar las reglas de la sana critica³⁷², que es lo correcto teniendo en cuenta el fundamento lógico y psicológico sobre el

³⁷¹ Código de Procedimientos Civiles. Art. 370. La inspección personal hará prueba plena, ya se haya practicado por el Juez solo, o acompañado de peritos.

En este segundo caso el Juez no debe apreciar el dictamen de los peritos contrario a lo que él mismo percibió por sus sentidos.

Siempre que se determine una línea de inspección, se fijarán señales seguras o mojones provisionales, para que si dicha línea se adopta en la sentencia, no haya después duda sobre ella, ni necesidad de agrimensor para fijarla.

³⁷² Código Procesal Civil y Mercantil. Art. 416 El juez o tribunal deberá valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica.

No obstante lo anterior, en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado.

El juez o tribunal deberá atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinando si conduce o no a establecer la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Cuando más de una prueba hubiera sido presentada para establecer la existencia o el modo de un mismo hecho, dichas pruebas deberán valorarse en común, con especial motivación y razonamiento.

que descansa por tratarse de un proceso de psiquis personal de la persona que aprecia los hechos, en este caso el juez de lo mercantil.

Lo anterior se apoya en la falibilidad del actuar humano que supone la posibilidad de errores en la percepción del juez, además se tienen en cuenta en esta relación las limitantes que puede tener el juez al realizar el examen de los lugares, bienes o personas, pudiendo incurrir en errores al momento de valorar la prueba³⁷³, lo que desmerita en gran forma el otorgar el valor de plena prueba al reconocimiento judicial³⁷⁴.

Por otra parte, sin quitarle merito a las observaciones anteriores, el carácter directo de la prueba, implica mayor robustez al momento de ser valorada, lo que no significa que se dejen de aplicar las reglas de la sana critica como lo ordena el Código Procesal Civil y Mercantil.

La Sala de lo Civil ha sostenido que por tratarse de una prueba directa, lo percibido por el juez al realizar la inspección personal prevalece sobre los dictámenes periciales y por tanto sobre las declaraciones hechas por las partes y los testigos lo cual la revestían de mayor robustez probatoria respecto de los otros medios; pero lo anterior se basa en un sistema de prueba tasado, que prevaleció en el proceso mercantil hasta la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, en el que la ley le determinaba

³⁷³ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 103- 2000 de las 09: 00: 00 del 25/ 09/ 2000. Se refiere al error en la apreciación de la prueba el que considera “*se produce cuando el juicio u opinión que se ha formado el juzgador, no corresponde a la realidad*”, lo que puede ocurrir cuando el Juez a tenido una percepción limitada o alterada de la realidad que ha presenciado durante el Reconocimiento Judicial.

³⁷⁴ VARELA, Casimiro A. ob. cit. Pág. 316. Manifiesta que “*cabe también destacar que, como prueba sometida a la percepción directa del juez, está sujeta a las limitaciones de tiempo y espacio, pues este apreciara los hechos en el momento en que los percibe, lo cual puede no estar en concordancia con las condiciones que estos tenían en un tiempo determinado*”. En este contexto el juez tiene la plena certeza de lo que vio, probo, oíó, escucho o sintió al momento de realizar la diligencia del reconocimiento; pero no así de cómo pudo haber sido en el tiempo en que ocurrieron los hechos que se le presentan.

el valor a cada medio, con el nuevo sistema incorporado por el C. Pr. C. y M., el reconocimiento judicial es valorado por el juez regido por las reglas de la sana crítica, según se explicó³⁷⁵.

3. 7 MEDIOS DE REPRODUCCIÓN DE SONIDO, VOZ O DE LA IMAGEN Y ALMACENAMIENTO DE INFORMACIÓN

Se trata posiblemente de uno de los medios probatorios más novedosos incorporados en las legislaciones procesales, es en el área tecnológica que en el lustro anterior la sociedad ha mostrado avanzar de forma más acelerada que en otras áreas, lo que representa para las personas gran utilidad en virtud de que se cuenta con gran cantidad de herramientas de uso práctico, por ejemplo las computadoras, los disquetes, los cd's, los dvd's y las memorias flash; todas estas son herramientas de trabajo y de diversión, que igual pueden servirle a una persona que para entretenerse busca ver una película, o a otra que las utiliza como parte de su trabajo diario.

Pero no solo las necesidades sociales exigen ser satisfechas, lo mismo sucede en el área de la jurisprudencia³⁷⁶, los avances científicos y

³⁷⁵ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 1620-2005 de las 12:20:00 del 10/01/2005. Sostiene que los peritos únicamente realizan una función de cooperación hacia el juez, lo que no lo obliga a valorar los dictámenes periciales emitidos por estos con mayor robustez que lo que el mismo ha observado, al respecto la Sala manifiesta que: *“no hay que perder, de vista que los peritos son auxiliares del Juez, pero su dicho no es vinculante. Pues si él mismo observa o constata una cosa diferente es esto lo que lo determinará a hacer sus valoraciones o conclusiones, no siendo indispensable ordenar un tercer peritaje, pues a su juicio puede ser suficiente lo percibido por él para aclarar la verdad de los hechos”*.

³⁷⁶ DÍAZ FUENTES, A. ob. cit. Pág. 349. Manifiesta *“la utilización de una serie de nuevas herramientas, facilitadas por el último desarrollo tecnológico, como siempre ha sido desde los albores de la humanidad, que obligan al Derecho a enfrentarse con ellas para regular las condiciones y los efectos jurídicos de su uso, tanto en el desenvolvimiento extraprocesal de las relaciones jurídicas como en el juicio”*. El Derecho procesal actual se enfrenta a estas situaciones con mayor frecuencia que en tiempos de antaño por tratarse de un siglo plagado de innovaciones científicas y tecnológicas.

tecnológicos suponen para los legisladores exigencias que han de ser satisfechas con la redacción de leyes que comprendan la totalidad de novedades, o por lo menos la mayor parte de ellas, esta es la razón de que en países como Honduras³⁷⁷, Costa Rica, Italia y España, los legisladores han aprobado nuevos Códigos Procesales, para responder a estas necesidades.

Asimismo, la Sala de lo Civil considera que en el texto del anterior Código de Procedimientos Civiles no se regulaban cantidad de Medios Probatorios que en el C. Pr. C. y M., si aparecen debido al tiempo en que entró en vigencia, por responder a necesidades que distan mucho de las actuales, siempre teniendo en cuenta en sus argumentos el avance tecnológico y científico³⁷⁸. Según estos argumentos no solo las normas han de sufrir cambios estructurales; sino también los criterios de las personas que las aplican, los que no deben permanecer rígidos a los constantes cambios sociales³⁷⁹.

³⁷⁷ En honduras se aprobó un nuevo Código Procesal Civil, que entro en vigencia en el año 2008, atendiendo a necesidades de renovación del sistema procesal civil de ese país, por un sistema que permita la pronta y accesible justicia, atendiendo esta reforma a que el Código Procesal Civil anterior estaba vigente hacia mas de cien años atendiendo a necesidades sociales de otro tiempo.

³⁷⁸ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 1370-2002 de las 15:00:00 del 17/12/2002. *“... las fotografías, si bien es cierto no se encuentran expresamente incluidas en los artículos que ha citado el recurrente como infringidos, fue debido a que en la época en que fue redactado el Código de Procedimientos Civiles, no existía el avance científico y tecnológico que tenemos en este tiempo y por ello, no se incluyó como medio probatorio en atención a la realidad que se vivía en el año de 1882, año en el cual entró en vigencia; siendo que actualmente existen numerosas fuentes de prueba que no están expresamente contempladas por la Ley, por la sencilla razón de que en ese tiempo no se conocía más que los medios probatorios tradicionales; citamos como ejemplos de medios probatorios modernos los siguientes: la investigación de la paternidad a través de los análisis del ADN, la fotografía, el video, el fax, el correo electrónico, la teleinformática”.*

³⁷⁹ Sala de lo Constitucional. Sentencia Definitiva 29-2002 de las 12:00:00 del 30/04/2002. Ha dicho que los cambios sociales también determinan cambio en la jurisprudencia, y no pueden existir los primeros aislados de los segundos. *“sería jurídicamente contraproducente que la jurisprudencia no pudiera evolucionar o que los criterios jurídicos se mantuvieran inmutables a los cambios sociales, sin poder adaptarse a las exigencias que cada época plantea”.*

El presente tema se ha estructurado a partir las ideas anteriores, iniciando con una definición de lo que son los medios de almacenamiento de información voz e imagen que permitan identificar cada uno de ellos, para luego estudiar la regulación que de cada uno contiene el C. Pr. C. y M., continuando con las consideraciones sobre la forma en que han de producirse y como van a ser valoradas por el juez; lo anterior respaldado con el uso del Derecho Comparado de legislaciones como la de Honduras y Costa Rica que por su cercanía geográfica presentan similitudes con El Salvador en cuanto a situación social; así como con la legislación Española que ha sido la principal impulsora de la reforma que presenta el Proceso Mercantil en El Salvador. Para que el tema sea desarrollado de forma completa se presenta además un compendio jurisprudencial

3. 7. 1 CONCEPTO

Los Arts. 396 y 397 del C. Pr. C. y M., se refieren a dos conceptos diferentes, diferencia que por su estrecha relación resultaría difícil de identificar para quien no ha sido correctamente instruido en el arte del Derecho Procesal, para poder entenderla hay que considerar que el Art. 396 se refiere a "*Medios de reproducción de imágenes o palabras*" y que el Art. 397 se refiere a "*Medios de almacenamiento de información*". Existe diferencia entre ambos conceptos; mas no quiere decir que sean opuestos, por el contrario pueden en un momento llegar a ser complementarios, por lo que primero debe determinarse, a que se refiere cada uno de los anteriores conceptos.

Resulta una tarea complicada, teniendo en cuenta las escasas fuentes bibliográficas de El Salvador respecto de temas como el presente, ubicar

libros en donde pueda encontrarse un concepto delimitado de medios de reproducción y almacenamiento de datos; sin embargo ha sido posible a partir de los textos consultados construir los conceptos que se presentan³⁸⁰.

Los medios de reproducción son: soportes materiales que permiten la proyección de imágenes o la difusión de sonidos, o ambas a la vez, permitiendo la interacción humana con acontecimientos, hechos o sucesos que ocurrieron en otro lugar, y momento.

Los medios de almacenamiento de información son: soportes materiales o inmateriales que permiten guardar de forma íntegra sonidos, imágenes y otros datos.

3. 7. 1. 1 DELIMITACIONES CONCEPTUALES.

El legislador español utilizó la palabra “*instrumentos*” al referirse a estos soportes probablemente para evitar la confusión que puede originar la relación de la palabra soporte con un elemento que existe materialmente; pero que en realidad no se limita a aquellos aparatos que pueden manipularse manualmente, es el caso del correo electrónico³⁸¹. Mientras que en el Código Procesal Civil de Honduras el término utilizado en los epígrafes

³⁸⁰ Ver ORMAZÀBAL SÁNCHEZ, Guillermo. “*La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*”, Editorial La Ley, España, 2000, Págs. 161 a 197, y DÍAZ FUENTES. A. ob. cit. Págs. 349 a 358. Concuerdan en la necesidad de identificar y diferenciar los nuevos medios de prueba con los que ya eran regulados antes de la vigencia de la Ley de Enjuiciamientos Civiles de España, ambos presentan consideraciones de inmensurable valor para la presente investigación.

³⁸¹ Ley de Enjuiciamientos Civiles 2000. El Art. 382 se refiere a la prueba por medio de “*Instrumentos de filmación, grabación y semejantes*”, y el Art. 384 se refiere a la prueba por medio de “*instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso*”. Se observa que en las dos ocasiones se ha utilizado la palabra instrumentos.

de los Arts. 291 y 292 es el de “*medios*”; pero al referirse de forma singular a cada uno de ellos utiliza la palabra “*instrumentos*”³⁸².

El C. Pr. C. y M., regula este tipo de pruebas a partir del Art. 396; pero en contraste con la LEC 2000, el legislador salvadoreño utiliza la palabra “*medios*”, tal y como lo hace en algún momento el Código hondureño. La relevancia que tiene considerar las diversas denominaciones que recibe la prueba por soportes informáticos, resulta del correcto uso de los términos jurídicos, porque no es lo mismo hablar de un medio de prueba, que hablar de un elemento de prueba.

Por consiguiente, se hace necesario responder la interrogante de **¿Cuál es la forma correcta de llamar a este tipo de prueba?** La LEC 2000 los denomina “*instrumentos*”, lo que para **Guillermo Ormazábal**³⁸³ resulta correcto; al respecto puede hacerse la siguiente consideración: en el caso del C. Pr. C. y M., la palabra “*instrumentos*”, se refiere a otro medio probatorio distinto, comprendido dentro de la prueba documental que se ha estudiado en párrafos anteriores; por lo que no resultaría correcto utilizar este términos para la designación de otro medio probatorio.

Respecto a la denominación que le otorga el Código Procesal Civil hondureño puede hacerse la siguiente consideración: resulta incorrecto

³⁸² Código Procesal Civil de la República de Honduras. Publicado en el diario oficial La Gaceta No.31, 313 del sábado 26 de mayo del 2007. Los epígrafes de los Arts. 291 y 292 respectivamente son los siguientes: 291.- MEDIOS TÉCNICOS DE FILMACIÓN Y GRABACIÓN. 292.- MEDIOS TÉCNICOS DE ARCHIVO Y REPRODUCCIÓN. Pero en su redacción el legislador hondureño dio por utilizar el término “*instrumentos*”.

³⁸³ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. ob. cit. Pág. 174. Afirma que es correcto denominar, instrumentos, a este tipo de prueba, por considerar el término con mayor amplitud que otros, al respecto se refiere de la siguiente manera, “*es oportuno observar que el legislador a preferido la expresión <<medios e instrumentos>> a la de soportes, señaladamente cuando se refiere a su aportación al proceso. Opino que la dicción empleada por el legislador es acertada pues el termino <<soporte>> podría tal vez sugerir o entenderse como objeto o materialidad*”.

denominar a la prueba por soportes informáticos como “*medios*”; porque el medio es la forma que el legislador ha establecido para incorporar al proceso una fuente de prueba. En estricto uso de los términos jurídicos los Arts. 396 y 397 del C. Pr. C. y M., se refieren no a un medio sino a una fuente de prueba que resultarían ser la información contenida en los soportes aptos para archivarla³⁸⁴.

Luego de atender las consideración anteriores, es posible afirmar que lo correcto para denominar este tipo de prueba, sería utilizar una palabra que dentro del mismo Código no tenga otro significado, y que a la vez permita identificar el tipo de fuente probatoria, ejemplos de estas palabras son: soportes, elementos, recursos tecnológicos u otro sinónimo, que facilite su estudio y comprensión.

3. 7. 2 CLASES DE MEDIOS.

Según se menciona, El C. Pr. C. y M., se refiere a dos tipos de medios, el Art. 396³⁸⁵, regula los denominados “*medios de reproducción de imágenes o palabras*”, mientras que el Art. 397³⁸⁶, regula los “*medios de*

³⁸⁴ *Ibíd.* Págs. 173 y 174. Expresa que “*la fuente probatoria parece consistir en datos, cifras y operaciones matemáticas, llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, contenidas o recogidas en ciertos instrumentos o soportes aptos para archivarlas, darlas a conocer o reproducirlas*”. El medio probatorio consiste en procedimientos y formas establecidas por el legislador para poder introducir en el proceso, fuentes de prueba que exista o no un proceso judicial siempre van a existir en la realidad, por ejemplo la prueba testimonial, la fuente de la prueba es la persona que sirve como testigo, mientras que el medio es precisamente la prueba testimonial.

³⁸⁵ C. Pr. C. y M., Art. 396. Los medios de reproducción del sonido, la voz, los datos o la imagen podrán ser propuestos como medios de prueba.

³⁸⁶ C. Pr. C. y M., Art. 397. Los recursos de almacenamiento de datos o de información podrán ser propuestos como medio de prueba.

Para este fin, se aportarán las cintas, discos u otros medios en los que esté contenido el material probatorio; cuando la otra parte lo pidiera, se llevarán a la sede judicial los soportes en que se encuentren almacenados los datos o la información.

Si el traslado no fuere posible, el juez acudirá al lugar en el que la información se encuentre, previa cita de partes.

almacenamiento de información”, a continuación se presenta la descripción de cada uno de ellos, estableciendo las diferencias y las similitudes que existen entre ambos.

3. 7. 2. 1 MEDIOS DE REPRODUCCIÓN DE IMÁGENES O PALABRAS.

El contenido del Art. 396 se refiere a la posibilidad que tienen las partes procesales de hacer uso de recursos tecnológicos que le permitan ampliar sus posibilidades de crear certeza en el juez de que un hecho ocurrió según lo han afirmado. Uno de esos recursos son los soportes que permiten reproducir imágenes, o sonidos que incorporan variedad aparatos que permiten verificar la reproducción de datos.

Para **Jorge Olaso**, es importante determinar el significado de la palabra “reproducir” a la que entiende desde su sentido general como “*volver a producir de nuevo... volver a hacer presente lo que antes se dijo o alegó... Sacar copia en uno o muchos ejemplares, de una obra de arte, objeto arqueológico, texto, etc., por procedimientos calcográficos, electrolíticos, fotolitográficos o mecanismos, y también mediante el vaciado*”³⁸⁷.

Conforme con la definición anterior, las fotocopias, la fotografía³⁸⁸ y las imágenes impresas, formarían parte de los medios de reproducción de imágenes; no obstante, no deben confundirse, este tipo de reproducciones

³⁸⁷ OLASO ÁLVAREZ, J. ob. cit. Pág. 113. Recurre al uso del diccionario para establecer el significado de la palabra “reproducir”, lo que permitirá distinguir aquellos soportes que pueden adaptarse a este tipo de medio. Para Olaso, resulta el inconveniente de poder adecuar en un momento, determinado soporte tanto en la prueba documental, como en los medios de reproducción de imagen o sonido.

³⁸⁸ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 1370-2002 de las 15:00:00 del 17/12/2002. Considera que las reproducciones imágenes a partir de la fotografía es una extensión de la prueba documental o instrumental, a la que se le deberá dar una interpretación evolutiva.

de imagen poseen una regulación especial dentro de la Prueba Documental; por lo tanto su aportación y producción han de sujetarse a lo dispuesto en los Arts. 331 al 343 C. Pr. C. y M.

Tener presente el significado de la palabra “reproducir”, permite adecuar aquellos soportes que efectivamente permiten la reproducción de imágenes y/o palabras, que permitan singularizar sin problemas la fuente de la prueba, que consiste en las imágenes o palabras captadas mediante estos soportes. La nota característica en este tipo de prueba, es la posibilidad de la reproducción de imágenes o sonidos ante el juez de la causa, lo que constituye en sí el Medio de Prueba, de lo anterior **se concluye que** el artículo mencionado se refiere a soportes tecnológicos audiovisuales; es decir cintas magnetofónicas, cintas de video, discos compactos, discos de tipo DVD, reproductores de mp3 y mp4³⁸⁹. Los aparatos que se han mencionado no son los únicos, pero si los más conocidos y de uso común.

3. 7. 2. 2 MEDIOS DE ALMACENAMIENTO DE INFORMACIÓN

La regulación de este medio de prueba se encuentra en el Art. 397 C. Pr. C. M., resulta confuso comprender porque el legislador decidió enunciar en artículos separados los medios de reproducción y los medios de almacenamiento de información, si a ambas se les aplican las mismas reglas de procedimiento y en determinadas circunstancias pueden coincidir, en todo

³⁸⁹ Ver. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. ob. cit. Pág. 184, DÍAZ FUENTES, A. ob. cit. Pág. 352, y OLASO ÁLVAREZ, ob. cit. Pág. 113. Ambos coinciden en la idea de que un medio de reproducción puede a la vez constituir un medio de almacenamiento, como en el caso de los teléfonos que tienen capacidad de memoria y a la vez de reproducción y el caso más claro de los reproductores de música.

caso de ser necesaria la regulación de forma separada, el legislador debió de ser preciso y claro en cuanto a distinguirlos³⁹⁰.

Si en los medios de reproducción se dijo que la nota diferenciadora era la posibilidad de reproducir en audiencia las imágenes y sonidos, en el caso de los medios de almacenamiento, la característica es la posibilidad de guardar, recopilar o proteger información; pero esta aclaración no resulta satisfactoria para poder diferenciar totalmente los soportes del Art. 396 con los del Art. 397 C. Pr. C. y M; debido a que ambos tipos de soportes almacenan datos, para poder hacer uso de los medios de reproducción es necesario que en ellos exista almacenada la información.

Sin embargo existe una diferencia, que radica en el tipo de información que almacenan el uno y el otro. Los medios de reproducción almacenan información que ha sido captada de la realidad material, por ejemplo: la reunión de un grupo de personas, la conversación sostenida en esta reunión; mientras que los medios de almacenamiento de información incorporan datos abstractos, que pueden consistir en símbolos, letras números, un ejemplo que se adapta al tema que se estudia es el de los datos contables. Los libros contables pueden constar en soportes informáticos. Otro ejemplo es el del comercio electrónico, en donde el registro de las negociaciones se almacena en la red de internet.

En conclusión, en palabras de **Guillermo Ormazábal**, la diferencia que existe entre los medios de reproducción de imagen y sonido con los

³⁹⁰ DÍAZ FUENTES, A. ob. cit. Pág. 352. Manifiesta que “*el primer defecto que procede señalar es la imprecisa distinción entre los medios tratados en el Art. 382 y los aludidos en 384, por que también los del último se archivan por grabación*”. La reflexión anterior es aplicable al caso de los Arts. 396 y 397, debido a que el legislador salvadoreño no estipuló elementos que permitan con certeza distinguir un medio del otro, en especial cuando existen soportes que permiten el almacenamiento de información; pero a la vez su reproducción.

medios de almacenamiento de información es que *“los primeros captan, aprehenden de una realidad, de unos hechos acaecidos en un momento histórico determinado e irrepitable (por ejemplo, el estado de un edificio), mientras que los segundos contienen signos, símbolos, vale decir representaciones de una realidad. Esta realidad no es captada como tal, sino representada o simbolizada”*³⁹¹. La representación de la realidad a través de fotografías que constan en una cámara digital son imágenes propiamente dichas mientras que como ejemplo de datos puede mencionarse el lenguaje binario de las computadoras.

3. 7. 3 PROCEDENCIA Y MOMENTO PARA OFRECERLA

La *“causa pentendi”* o causa para pedir se debe justificar con los medios que sean necesarios y pertinentes, por lo cual las partes deben de aportar al proceso todo el tipo de pruebas que crean necesario para crear certeza en el juez de que los hechos sucedieron de la manera en la que se relatan y que las afirmaciones hechas son ciertas, para lo que pueden hacer de los medios de reproducción y almacenamiento de información, siempre que sea meritorio y pertinente. En este sentido, la prueba a través de esta clase de medios es procedente cuando el hecho a acreditar no exija por su naturaleza ser probado por un medio diferente, por ejemplo: la existencia jurídica de una Sociedad Anónima ha de probarse por medio de la certificación extendida por el Registro de Comercio, esta es la prueba idónea.

³⁹¹ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. ob. cit. Págs. 196 y 197. Los tratadistas españoles comparten la misma inquietud respecto de la forma de distinguir cuando se está en presencia de un medio de almacenamiento o de un medio de reproducción; aunque la distinción entre ambos en el caso de El Salvador sirve más para un conocimiento teórico que para una aplicación práctica; porque según se comento antes ambos medios se rigen por las mismas reglas probatorias.

Pero en las relaciones comerciales, en el espacio del convivir societario sobre todo, resultan muy fructíferas las nuevas formas de hacer negocio y el comerciante requiere la protección efectiva y versátil de sus derechos económicos³⁹², lo que crea la necesidad de nuevas formas de documentación el ejemplo evidente es la compraventa electrónica, en donde las negociaciones previas y el resultado constan solamente en el sistema informático.

El registro de actos vinculantes para el comerciante como lo es la oferta de productos y servicios, ha traspasado las barreras de los medios de comunicación comunes lo que ha generado la inevitable evolución de la práctica probatoria, es en estos casos en los cuales no sería posible recurrir a otro medio probatorio que procede hacer uso de los medios de reproducción y almacenamiento de información.

Como consecuencia de lo anterior, procede la proposición de este tipo de medio probatorio cuando: en ellos se funden pretensiones de tutela judicial, siempre que estos resulten idóneos y pertinentes; en todo caso, quien determina si esta prueba resulta pertinente e idónea es el juez³⁹³.

³⁹² MORELLO. Augusto M. *“La Prueba, Tendencias Modernas”* Editorial Abeledo- Perrot, Buenos, Aires Argentina, Segunda edición. 2002. Págs. 169 y 170. Manifiesta que el Derecho Procesal debe de alcanzar una posición más realista, flexible y funcional ante el nuevo paisaje del Derecho Societario, superando las técnicas probatorias que tienen su eje en el soporte material del papel, los cuales han quedado desfasados. Son hechos determinantes que determinan esta evolución los siguientes: *“la danza de las fusiones y traspasos, las ofertas públicas de acciones en un marco regulatorio in fieri y la venta de activos y descarte de pasivos con contenidos atípicos”*.

³⁹³ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 91-AP-2007 de las 11:30:00 del 05/06/2008. Considera la sala que el examen sobre la pertinencia de la prueba debe de contemplar los siguientes elementos: *“que la prueba guarde relación con la litis u objeto del proceso; tiene que ser contundente, esto significa que es el medio de prueba adecuado para verificar la afirmación del hecho; y tiene que ser referida no tanto al medio de prueba en si mismo considerado y entendido como actividad, sino al hecho que se fija como objeto de la prueba en relación con las afirmaciones que se hicieron por las parte en su momento”*.

Al lado de lo anterior, la prueba debe ser propuesta dentro del término que la ley ha establecido, es por esta razón que el Art. 398 del C. Pr. C. y M.³⁹⁴, se refiere al momento procesal en el que debe de ser propuesto este tipo de prueba, remitiendo al texto del Art. 317 del referido código que regula la regla general de proposición de la prueba, de acuerdo con estos artículos la prueba por medios de almacenamiento y reproducción de datos debe de aportarse en la audiencia preparatoria.

En el caso del proceso abreviado es el Art. 428 el que se refiere al momento de proponerla, remitiéndola a la audiencia única.

No obstante lo mencionado, el legislador no tuvo en cuenta determinar el momento oportuno para aportar este tipo de prueba fue la posibilidad que el motivo de la acción se sustente exclusivamente en un medio de reproducción o de almacenamiento de información, lo que exigiría al actor aportar la prueba junto con la presentación de la demanda.

Los Arts. 276 Ord. 7 y 288 ambos del C. Pr. C. y M., se refieren a la prueba que debe ser ofrecida con la junto con la demanda, en estos Arts., solo se hace referencia a la prueba documental y a los informes periciales, de lo que se concluye que el legislador no ha previsto esta posibilidad. Al respecto **Antonio Díaz Fuentes** dice que este tipo de prueba, si en ellos se incorpora el fundamento factico de la acción deben de proponerse con la demanda o en el caso del demandado, con la contestación, cuando su defensa se sostenga sobre uno de estos medios³⁹⁵.

³⁹⁴ C. Pr. C. y M. Art. 398. La proposición como prueba de los medios de reproducción del sonido o de la imagen, así como los soportes magnéticos o informáticos donde se almacena información, deberá hacerse según lo prescrito en este código. El proponente indicará el lugar donde el material se encuentra para que el juez lo requiera o se persone en dicho lugar.

³⁹⁵ DÍAZ FUENTES, A. ob. cit. Pág. 353. Sobre el momento oportuno de presentar los medios de almacenamiento y reproducción de información dice que: "*si en ellos se fundan pretensiones de tutela*

Lo primero que debe hacer el que pretende la tutela de un Derecho que se atribuye, es probar que en realidad es titular de dicho Derecho, o al menos acreditar los elementos que lo vinculen con el objeto de ese Derecho, lo que le otorga de acuerdo con la Sala de lo Civil la posibilidad de plantear una pretensión ante el órgano jurisdiccional³⁹⁶.

3. 7. 4 PRODUCCIÓN DE LOS MEDIOS DE REPRODUCCIÓN Y ALMACENAMIENTO DE INFORMACIÓN

De las cuestiones sobre los medios de almacenamiento y reproducción de información, esta es la más interesante, en el sentido de tratarse de un tema que en materia de Mercantil no ha sido desarrollado, además de las diferencias que presenta con respecto del resto de medios probatorios según se tendrá la oportunidad de estudiar.

Aunque el tema resulta muy amplio y por si constituye un verdadero contenido de investigación, a continuación se van a tener en cuenta para su estudio postulados muy concretos el primero de ellos es referido al momento de su producción, luego el del auxilio de otros medios probatorios.

judicial, son de aportación necesaria con la demanda o contestación, igual que si fueran documentos". Es lo correcto debido no solo a los principios de defensa, y de igualdad si no también a la razón de que quien pretende reclamar un Derecho debe de presentar con su reclamo los indicios que le permitan al juez establecer un vínculo jurídico entre la pretensión y el actor, lo que se denomina legitimidad.

³⁹⁶ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 631- 2003 de las 09: 50: 00 del 13/ 10/ 2003. Expresa que el "objeto de la pretensión es la materia sobre la cual recae la pretensión y se halla representado por la relación material o sustancial, que existe entre la persona y el Derecho que pretende le sea tutelado, así como en el bien de la vida que tutela esa relación".

3. 7. 4. 1 MOMENTO DE PRODUCCIÓN (NECESIDAD DE REPRODUCCIÓN EN AUDIENCIA)

Según los Art. 403 y 428 del C. Pr. C. y M., este tipo de pruebas debe de practicarse en la audiencia probatoria, en el caso del proceso común, y en la audiencia única en el caso del proceso abreviado. Sin embargo también se podrán practicar de acuerdo a las reglas del anticipo de prueba³⁹⁷.

La práctica de la prueba en este caso consiste en el examen que el juez realiza del contenido de de la reproducción de las imágenes o sonidos, en el caso de los medios de reproducción, y del contenido de los datos o la información almacenada en los medios de almacenamiento, según el Art. 399 C. Pr. C. y M., este examen el juez debe realizarlo en el desarrollo de la audiencia respectiva, si fuere necesario, es decir que no es indispensable la reproducción en audiencia de todos los medios de reproducción o de almacenamiento; sino únicamente de aquellos que el juez considere necesaria su reproducción dentro de la audiencia³⁹⁸.

Lo anterior debido a que el C. Pr. C. y M., exige a la parte que propone un medio de reproducción o almacenamiento de información, que la

³⁹⁷ DÍAZ FUENTES, A. ob. cit. Pág. 352 Plantea que con la incorporación de estos nuevos medios probatorios lo que se busca es llevar ante el juez la reproducción de lo captado en aparatos que posibilitan esta actividad, *“lo que si resulta claro es que con estos medios se plante la reproducción ante el tribunal de palabras imágenes y sonidos que hayan sido captados mediante instrumentos de grabación u otros semejantes”*.

³⁹⁸ C. Pr. C. y M. Art. 399. La parte que pretendiere utilizar este medio de prueba deberá remitir al tribunal y a la parte contraria copia de los materiales cuya utilización solicita, salvo que ello resultare excesivamente gravoso o no se encontrare a su disposición. En este caso, el juez ordenará su exhibición y aportación al proceso.

Los medios de reproducción del sonido o de la imagen y el almacenamiento de información deberán ser expuestos en audiencia, si fuere necesario.

Para este efecto, la parte deberá poner a disposición el soporte técnico donde conste y el medio que permita evidenciar su contenido. Si no fuere posible el traslado del instrumento donde la información se encuentre almacenada, el juez y las partes se trasladarán al lugar respectivo.

acompañe de tantas copias como contrapartes exista en el proceso³⁹⁹, la misma regla que se determina para la prueba documental, será el juez el encargado de verificar que el contenido de las copias y el original sean el mismo; y solamente en el caso de no resultar posible remitir las copias de ley del medio de reproducción o almacenamiento, necesariamente debe de producirse en audiencia para dar a todas las partes la posibilidad de conocerla, analizarla y refutarla si lo cree necesario.

De tal manera que, si resulta posible la aportación de las copias a las que se refiere el Art. 399, el juez puede prescindir de su producción en audiencia por considerar que todas las partes tienen la posibilidad de acceder a la información contenida en los medios de almacenamiento o reproducción, en cuyo caso se reserva el examen de dichos medios para su intimidad⁴⁰⁰.

Asimismo puede prescindirse de la producción en audiencia, cuando se requiera la práctica fuera del juzgado, para acceder a medios informáticos de los que no resulta posible su traslado al juez ni a las partes; puede ser el caso de los sistemas informáticos de un Banco, que por su complejidad resulta imposible trasladarlo a la sede del juzgado⁴⁰¹.

³⁹⁹ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. ob. cit. Pág. 200. Expresa que lo que se pretende es “*salvaguardar los principios de igualdad y defensa*”, por lo que resulta necesario que las partes conozcan las pruebas que son agregadas al proceso, lo que posibilita su contradicción si lo consideraran necesario.

⁴⁰⁰ DÍAZ FUENTES, A. ob. cit. Pág.358. Opina que a este tipo de pruebas se les puede aplicar la misma regla que la referida a la documental siempre que “*se dieran iguales circunstancias, difiriendo el examen del tribunal a su intimidad, con tal que no se limite el autentico conocimiento de las partes para alegar y proponer lo que a su derecho convenga*”. Para garantizar los principios de contradicción y comunidad de la prueba, ha de otorgara a las partes la posibilidad de conocer todos medios probatorios propuestos por su contraria, ya sea con la entrega material de copias fehacientes o mediante la producción en audiencia.

⁴⁰¹ Ver. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. ob. cit. Pág. 201; y DÍAZ FUENTES, A. ob. cit. Pág.358. Quienes convergen en la idea de que al tratarse de instrumentos de uso corriente en el trafico y que permitan la fácil extracción de copias, lo más conveniente es aportar las copias necesarias para el conocimiento de las partes, situación en la que se puede prescindir de la reproducción en audiencia; sino es posible aportar los instrumentos al proceso, se puede llevar la a cabo la práctica de la prueba fuera de la sede del tribunal.

Se concluye que la producción en audiencia de este tipo de medios probatorios obedece al respeto de la garantía del debido proceso; pero existirán ocasiones en las que el juez puede decidir no producirlas en audiencia siempre que considere, que al prescindir de esta producción no se van a restringir o limitar los derechos de las partes.

3. 7. 4. 2 AUXILIO PERICIAL

Existe la posibilidad de que para la producción de esta prueba sea necesario realizar un procedimiento técnico, que requiera de la comparecencia de una persona especializada, según lo regula en Art. 400 del C. Pr. C. y M., el que se refiere a la necesidad de auxilio pericial⁴⁰². En este caso el juez o las partes pueden proponer a un perito que facilite la reproducción o extracción de la información.

Esta idea se refiere a medios de almacenamiento o reproducción que presenten difícil o imposible copiabilidad o transcribibilidad, que requieran la mediación de personas que realicen la reproducción o extracción de la información o datos. Las personas a que se refiere el Art. 400 del C. Pr. C. y M. pueden ser técnicos o ingenieros habidos en el conocimiento de las técnicas necesarias que permitan extraer y reproducir la información y los

⁴⁰² C. Pr. C. y M. Art. 400. Si para poner en práctica la grabación o duplicación se requiriese, además, de conocimiento especializado, el juez podrá designar un perito para ese solo efecto. Se aplicará lo mismo en caso de información almacenada.

Las partes, de considerarlo necesario, podrán solicitar al juez la designación de un perito, a costa de quien lo propone.

En cualquiera de los dos casos, el dictamen deberá rendirse en la misma audiencia y de viva voz; y tanto el juez como las partes podrán hacer las preguntas que estimen oportunas, cuando algún punto no hubiera quedado claro.

datos de forma íntegra, sin que exista la posibilidad de que se alteren o se pierdan⁴⁰³.

Por lo que para llevar a cabo la pericia puede ser necesario que se desarrolle un acto distinto al de la audiencia probatoria⁴⁰⁴, sea porque ha de practicarse fuera del tribunal o por que se trate de un anticipo de prueba; cualquiera que fuese el caso, debe dejarse constancia en acta en cuanto resulte necesario en donde se relacionen los dictámenes practicados.

3. 7. 5 VALORACIÓN

Contrario a los anteriores medios de prueba, el legislador salvadoreño nada dijo con respecto a la valoración de la prueba por medios de reproducción o almacenamiento de información, por lo que hay remitirse al Art. 416 del C. Pr. C. y M., que determina el sistema de valoración probatoria que ha de aplicar el juez; en el caso de los medios de reproducción y almacenamiento de información el juez aplicara las reglas de la sana critica, la única excepción a esta regla es la referida a la prueba de tipo documental.

Para **Antonio Díaz Fuentes** es correcto que a este medio probatorio se le apliquen las reglas de la sana crítica, a pesar según lo plantea de las críticas que ha recibido por parte de otros autores, que por su analogía con la

⁴⁰³ DÍAZ FUENTES, A. ob. cit. Pág.354. Manifiesta que en la producción de los instrumentos de reproducción de sonidos o imagen, pueden necesitarse medios auxiliares como *“la mediación de personas expertas que realicen la reproducción y el aporte, por la parte o por el experto, de aparatos reproductores, ingenios o instrumentos para visualizar o visibilizar el contenido de los soportes*. Es decir que el perito puede comparecer no solo para aportar su conocimiento o técnica sino también un aparato que ayude a extraer la información o a reproducirla.

⁴⁰⁴ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. ob. cit. Pág. 201. Indica la posibilidad de producir la prueba de los medios de almacenamiento o reproducción de información en un momento distinto de la audiencia probatoria, al expresar que *“dicha reproducción en la vista o juicio no tiene por qué resultar insoslayable”*.

prueba documental pretenden que a estas se les aplique lo concerniente a la prueba tasada⁴⁰⁵.

Si bien es cierto, la prueba por medios de reproducción y almacenamiento de información presenta ciertas coincidencias con la prueba documental⁴⁰⁶, resultaría ineficaz y hasta gravoso para las partes el hecho de valorarlos bajo la prueba tasada por las siguientes razones:

Primero: En la aportación de medios de almacenamiento y reproducción, resulta difícil y en ocasiones imposible determinar cuál es el original y cuál es la copia, lo que a la vez imposibilita el respectivo cotejo⁴⁰⁷.

Segundo: Estos medios de almacenamiento y reproducción de información, resultan ser fácilmente manipulables, la información contenida en ellos puede ser alterada sin que existan indicios de su modificación. En este sentido no se puede presumir la autenticidad del medio probatorio y otorgarle el valor de plena prueba, teniendo en cuenta su fácil alteración por que debe procederse de la forma más cautelosa posible⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ DÍAZ FUENTES, A. ob. cit. Pág.359. Respecto de las críticas que ha recibido esta postura expresa que debe inclinarse a su defensa porque a pesar de ser similares, son tan marcadas las diferencias que existen entre la prueba documental y los medios de reproducción y almacenamiento de información, manifiesta además que cualquier intento por darles un valor tasado no sería una buena decisión.

⁴⁰⁶ GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel M. *“Aproximación a los nuevos medios de prueba en el Proceso Civil”*. Editado por la Universidad de Huelva. España. 2001. Pág. 84. Expresa que existen dos teorías que pretenden indicar el tipo de valoración que se les debe dar a los medios de reproducción y almacenamiento de información, la teoría analógica y la autónoma. Según la primera de las teorías por si similitud a la prueba documental se deben valorar bajo la prueba tasada; mientras que para la teoría autónoma, ha de regularse por reglas de valoración propias.

⁴⁰⁷ DÍAZ FUENTES, A. ob. cit. Pág.359. Indica que *“en los documentos informáticos no hay diferencia entre el original y la copia, lo que nos priva del mecanismo consabido del cotejo”*. El juez en este caso no puede darle fe de plena prueba respecto de un hecho a la copia, a pesar de ser reconocidos como medios de prueba puede observarse según estos argumentos que el juez no debe de confiar a plenitud en ellos.

⁴⁰⁸ MEDRANO I MOLINA, Josep Manuel. Monografía *“La práctica de la prueba por soportes informáticos y audiovisuales en el Proceso Penal”*. Valencia. España. 2002. Pág. 15. Respecto de la autenticidad de los medios informáticos manifiesta lo siguiente: *“Otra de las cuestiones que se puede suscitar en torno a la práctica de la prueba, es la de determinar su autenticidad. Tradicionalmente se*

3. 7 EL JUICIO EJECUTIVO

El objeto del proceso Ejecutivo se vincula tradicionalmente con la obligación de pago de una suma de dinero, líquida y exigible, contenida en un Documento que constituye el Título Ejecutivo (que se convierte de acuerdo al criterio de la Sala de lo Civil en los requisitos de procedencia del Juicio Ejecutivo)⁴⁰⁹; aunque, el C. Pr. C. y M. permite reclamar el cobro de otras obligaciones por esta vía. La especial estructura o trámite de estos procesos, permite la formación del Título de Ejecución (Sentencia) en términos más breves y con un aseguramiento cautelar de la pretensión mediante el embargo que se decreta inicialmente⁴¹⁰.

3. 7. 1 SURGIMIENTO DEL JUICIO EJECUTIVO

Cuando el hombre se ve en la imposibilidad de solventar sus necesidades con su propio esfuerzo, recurre a la cooperación de los demás,

venía oponiendo la mayor fiabilidad del papel respecto de los documentos informáticos. Sin embargo, como señala la profesora SANCHIS CRESPO, hoy día la fiabilidad del papel ha desaparecido y todos los documentos son igualmente vulnerables. La posible manipulación y falsedad ya ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia respecto de los soportes audiovisuales, sintetizándose la doctrina existente en la STS de 19 de abril de 1996 (RJ 1996\2886). Comienza esta sentencia señalando que el propio Tribunal Constitucional, por medio de la Sentencia de 16 de noviembre de 1996, advierte de la necesidad de proceder con suma cautela, lo que en modo alguno supone que deba negarse eficacia a tal medio probatorio".

⁴⁰⁹ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 56- C- 2006 de las 09: 15: 00 del 04/ 12/ 2006. Expresa que el Proceso Ejecutivo no puede ser planteado a conocimiento del órgano judicial por la mera voluntad d del acreedor ya que solamente puede surgir si existen ciertos requisitos de procesabilidad, los cuales resume en los siguientes: "1 °) Que haya un acreedor o persona con derecho a pedir; 2°) Que haya un deudor determinado; 3°) Que haya una deuda líquida; 4°) Que haya un plazo vencido, y, 5°) Que haya un documento que tenga aparejada ejecución".

⁴¹⁰ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos y otros, ob. cit., Pág. 483. El ámbito del Juicio Ejecutivo se reduce a cumplir con la obligación contraída por el deudor moroso de manera coactiva ante la negativa de respetar lo pactado voluntariamente, independientemente de si existe el Título Ejecutivo o se hace por medio de la realización de una Prestación, la idea central es el deseo que mediante Sentencia Judicial se realice lo convenido, en caso de existir Derecho incumplidos.

mediante un compromiso que puede consistir en *dar, hacer o no hacer una cosa* en un plazo fijado; pero en vista de que no siempre el que recibe el servicio cumple con este plazo, surge la necesidad de buscar obtener el cumplimiento de lo pactado⁴¹¹.

Es la necesidad de hacer cumplir la obligación tanto económica, como aquellas de *dar, hacer o no hacer*, lo que hizo que se buscarán medios judiciales rápidos y civilizados, surgiendo lo que ahora se conoce como *Juicio Ejecutivo* propiamente tal; el cual se basa en un **Título Ejecutivo** que origina una relación contractual, y el *Juicio Ejecutivo Singular* que busca el cumplimiento de las otras obligaciones que por su naturaleza no se basan en un título ejecutivo, un ejemplo podría ser cuando el acreedor pide que el deudor ejecute un hecho convenido de entregar cierta cosa⁴¹².

Entonces la obligación, según **Giorgi** “*es un vinculo jurídico entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual una o más de ellas son tenidos hacia otra u otras de hacer o no hacer alguna cosa*”⁴¹³, mientras que para **Alessandri y Somarriva** obligación “*es un vinculo jurídico establecido entre dos o más personas, por virtud del cual una de ellas- el deudor- se*

⁴¹¹ TOMASINO, Humberto, “*El Juicio Ejecutivo en la Legislación Salvadoreña*”, Segunda edición, editorial Universitaria, año 2000, Pág. 9. En las sociedades primitivas las formas de lograr el cumplimiento van desde sanciones de índole moral a las de hecho, y es así como van desde el castigo divino, la expulsión del grupo social, la aprehensión de la persona y hasta la muerte.

⁴¹² GARCÍA ALFARO, Irene Beatriz, MENJÍVAR VÁSQUEZ, Karla Ivonne, y otra. “*El principio de oralidad en el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil, con énfasis en el juicio ejecutivo*”, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Ciudad Universitaria, San Salvador, El Salvador, C.A., Pág. 98. El Título Ejecutivo se convierte en la prueba contundente para que en caso de producirse una controversia, quien aparezca como Acreedor del mismo, obtenga de manera inmediata (en teoría) el cumplimiento de sus *Pretensiones* por la calidad Jurídica que posee el Título antes referido y la Seguridad que contienen los documentos Mercantiles.

⁴¹³ MIRANDA, Adolfo Oscar, “*Guía para el estudio de derecho civil III obligaciones*”, Pág. 5. La Obligación es sin lugar a dudas uno de los Actos Jurídicos mas ejemplificativos que se contienen en la iniciación de un proceso ejecutivo, debido a que se constriñe en la mayoría de los casos a una de las partes para cumplir con la misma, si es posible hasta llegar a la *Coacción Jurídica*, con la cual se de cumplimiento en base a las leyes a la Deuda.

encuentra en la necesidad de realizar en provecho de la otra –el acreedor- una prestación”⁴¹⁴.

En el Código de Procedimientos Civiles se hacía una clasificación de los juicios en cuanto su extensión por ello se dividían en Ordinarios, los que a plenitud conservan todas las solemnidades y trámites de derecho, y los Extraordinarios que son aquellos en los cuales se procedía con más brevedad y con trámites más sencillos, esta clasificación la encontramos en los Art. 9 y 10 del referido Código. Los Juicios Extraordinarios se clasificaban a su vez en: *Ejecutivos, Sumarios y Verbales*.

Por su parte en el nuevo Código de Procedimiento Civiles y Mercantiles, se plantea una división diferente de los procesos en donde varía su clasificación, continuación se hace referencia a cada uno de ellos, indicando su objeto y presentando una breve definición de cada uno de ellos, que permita identificarlos y diferenciarlos.

1. Proceso Común Art. 276 C. Pr. C. y M;

También denominado Proceso Ordinario⁴¹⁵, de hecho así se encontraba regulado en el anterior Código de Procedimientos Civiles, es el que se encuentra estructurado para que se presenten al conocimiento del Juez una o más pretensiones referentes a hechos cosas o relaciones jurídicas que han sido determinadas por la ley. De acuerdo con la Sala de lo

⁴¹⁴ SOMARRIVA y Alessandri, ob. cit. Pág. 30. La necesidad de Provecho consiste en la entrega por ejemplo de determinada cantidad monetaria, mientras que la *Prestación* como se ha relacionado, puede referirse a un *dar, hacer o no hacer* determinada acción.

⁴¹⁵ PALACIO. Lino Enrique, “*Manual de Derecho...*” ob. cit. Págs. 76 y 77. Manifiesta que este tipo de proceso está estructurado atendiendo a que la ley le asigna la posibilidad de que en él se planteen y decidan, en forma definitiva, la totalidad de las cuestiones jurídicas que pueden derivar de un conflicto entre partes

Civil este tipo de procesos es el que presenta más etapas procesales, las cuales lo hacen más extenso⁴¹⁶.

2. Proceso Abreviado Art. 418 y siguientes C. Pr. C. y M;

Los Procesos Abreviados son presentados con una tramitación más simple y rápida, ya que las pretensiones que se discuten no requieren el desgaste exhaustivo de la actividad. Sólo se diferencian, por lo tanto, de los ordinarios (que son los comunes), desde el punto de vista de su *simplicidad formal*, la que está dada, generalmente, por la escasa cuantía de las cuestiones debatidas o por la presunta facilidad con que pueden resolverse⁴¹⁷, puede ser que atendiendo a la naturaleza de las pretensiones y las aportaciones iniciales de las partes se llegue a prescindir de la fase probatoria hasta tener la causa para dictar sentencia.

3. Procesos Especiales, y es en éstos últimos que se encuentran clasificados los siguientes:

a) Procesos Ejecutivos, Art. 457 y siguientes C. Pr. C. y M;

El proceso ejecutivo es el que nace por el reclamo del cumplimiento de una obligación amparada por un documento al que la ley previamente le ha otorgado la calidad de título ejecutivo, que permite a su tenedor reclamar

⁴¹⁶ Sala de lo Civil. Sentencia Interlocutoria 672- 2004 de las 08: 10: 00 del 28/ 01/ 2004. Expresa que el proceso ordinario, tiene un procedimiento más dilatorio que el de otros procesos, pero por lo mismo garantiza de mejor forma el Derecho de Defensa de las partes procesales.

⁴¹⁷ PALACIO. Lino Enrique, "*Manual de Derecho...*" ob. cit. Pág. 78. Indica que "*los abreviados son aquellos cuya simplicidad formal no obsta al conocimiento judicial exhaustivo del litigio, el cual resulta decidido, por consiguiente, en forma total y definitiva*". Este tipo de procesos tienen la ventaja de la celeridad, pues se componen de menos etapas que los comunes, pudiendo en algunos casos prescindirse de la etapa probatoria, la simplicidad de este tipo de procesos y su celeridad responden a la cuantía de las pretensiones, lo que no quiere decir que por tratarse de procesos de poca representación económica no presenten la misma importancia que otros.

el crédito que emana de él sin pasar por todas las etapas del proceso de conocimiento, en donde el conocimiento factico es suplido por dicho título⁴¹⁸, finalizando con la sentencia que determina la forma en que la obligación debe ser cumplida⁴¹⁹.

b) De Inquilinato Art. 477 C. Pr. C. y M;

Se trata de un proceso de conocimiento en el que se ventilan pretensiones derivadas de una relación jurídica originada de un contrato de arrendamiento⁴²⁰, que puede ser verbal o escrito, siendo obligación de las partes probar su existencia. Este proceso se conduce por las reglas del Proceso Abreviado según lo ha establecido el C. Pr. C. y M., en el Art. 478..

c) Posesorio Art. 471 y siguientes C Pr. C. y M;

Es un proceso de conocimiento en el que se discute sobre pretensiones que nacen por el ejercicio de una acción posesoria, para

⁴¹⁸ ARAZI, Roland, *“Derecho procesal...”* ob. cit. Págs. 170 y 171. Expresa que El juicio ejecutivo es el que se inicia sobre la base de un título extrajudicial al que la ley le otorga fuerza ejecutiva, este se inicia con la presentación de una demanda; pero a diferencia de los procesos de conocimiento, la etapa de oposición únicamente se puede referir a excepciones, finalizando con una sentencia, que puede ordenar la ejecución de la obligación. En el Juicio Ejecutivo por regla general se suprime la etapa de aportación de pruebas, pues el Documento que da lugar al juicio por si mismo acredita la postulación material de las partes.

⁴¹⁹ Sala de lo Civil. Sentencia Interlocutoria 1234- 2000 de las 10: 00: 00 del 07/ 03/ 2000. Expresa su criterio de considerar que la sentencia dictada en el juicio ejecutivo no adquiere calidad de Cosa Juzgada por lo cual la Sala considera *“que tratándose de un juicio civil ejecutivo, la sentencia no causa estado; los errores “in judicando” en que se puede haber incurrido al pronunciarla, pueden ser enmendados en el nuevo fallo que sobre el mismo asunto se pronuncie en juicio posterior”*.

⁴²⁰ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 1738- 2004 de las 11: 15: 00 el 30/ 07/ 2004. Con relación al contrato de arrendamiento la Sala de lo Civil hace las siguientes consideraciones: *“El contrato de arrendamiento, es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de la cosa y la otra a pagar por este goce, obra o servicio, un precio determinado. El contrato de arrendamiento es de tracto sucesivo, por ser de aquellos cuyas obligaciones se van renovando y extinguiendo sucesivamente. Y, así se tiene que si se trata del arrendamiento de una casa, mes a mes se va extinguiendo la obligación del arrendador de proporcionar el goce de la cosa y la obligación del arrendatario de pagar el precio, y, extinguida la obligación de un mes nace la obligación del otro mes. Además por tratarse de un contrato de tracto sucesivo, podría darse el caso de que se llegara a aplicar en él la doctrina de la imprevisión”*.

intentar la reivindicación o conservación de la posesión de un bien o un Derecho⁴²¹, por lo que de acuerdo con la Sala de lo Civil para que sea procedente este tipo de acciones es indispensable comprobar la titularidad del Derecho y su perturbación⁴²².

d) Monitorio, Art. 489 C. Pr. C. y M⁴²³.

De acuerdo con **Víctor Moreno**, los procesos monitorios se instituyen como los instrumentos más ágiles para el reclamo de Derechos de crédito, los cuales no han sido garantizados con un documento ejecutivo⁴²⁴. Estos créditos pueden consistir no solo en la entrega de cantidades de dinero, sino también en la obligación de llevar a cabo una prestación, abstenerse de realizar una acción o dar una cosa.

En el Art 467 del C. Pr. C. y M., se establece que cuando existiera oposición se celebrará una audiencia de prueba; pero la nueva normativa solamente dispone el plazo en el cual el juez debe señalar la celebración de

⁴²¹ ARAZI, Roland, *“Derecho procesal...”* ob. cit. Pág. 279. Expresa que este tipo de procesos buscan hacer posible la tutela jurídica efectiva de las instituciones de la propiedad, la posesión y la tenencia. Para lo que señala existen diferentes tipos de acciones como las acciones reivindicatorias, restitutorias, juicios de desalojo.

⁴²² Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 1252- 2001 de las 09: 20: 00 del 28/ 09/ 2001. En donde la Sala estima que la parte que intenta una acción posesoria debe acreditar los siguientes extremos: “a) Que la actora ha tenido la posesión de un inmueble, es decir que ha estado en posesión quieta, pacífica e ininterrumpida de un inmueble o porción del mismo; que la actora ha perdido la posesión, por haber sido despojada por otra persona; y c) que a partir del acto de despojo ya no se encuentra en posesión del inmueble o porción del mismo”.

⁴²³ La variación más significativa del Proceso Ejecutivo actual, se puede decir a grandes rasgos que es en primer lugar en cuanto a los plazos pues en sus fases demanda, embargo, notificación del decreto de embargo, prueba en algunos casos y sentencia se mantiene, aun en el nuevo proceso se hace más evidente el cambio en cuanto la audiencia probatoria, porque en ella se incorpora el segundo gran cambio, que la implementación o posibilidad de utilización de la Oralidad en la Audiencia, lo cual constituye uno de los pilares fundamentales de la renovación legislativa.

⁴²⁴ MORENO CATENA, Víctor. *“Introducción al Derecho Procesal”*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España. 1993. Pág. 112. Establece que En lo que se refiere a los procesos monitorios, se trata de los *“instrumentos más ágiles y directos diseñados para lograr la protección judicial de los derechos de crédito, sino también de los créditos en especie, de los que consiste en un hacer, no hacer o dar cosa determinada”*.

dicha audiencia, el cual es un máximo de diez días; tomando en cuenta que la duración de la audiencia estará acorde a la complejidad del caso.

También se puede señalar que el Art. 402 del Código citado dice que la audiencia probatoria será *Pública y Oral*, y finalmente para dictar sentencia, en el Art. 467 inc. 5, considerando lo complejo que sea lo discutido; establece que puede el Juez dictar en su totalidad Sentencia al finalizar la audiencia probatoria o solamente dictar el Fallo, y luego de éstos dispondrá de quince días para dar sentencia completa Art 417 C. Pr. C y M⁴²⁵.

Contrario a lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles, que señala aproximadamente veintisiete días en sus fases, en los cuales se puede resolver un Juicio Ejecutivo que se desarrolla con normalidad, pues señalaba en el Art. 418 C. Pr. C., que las Sentencias Interlocutorias debían de resolverse en “*tres días*”, y la admisión de la demandada está clasificada como una de ellas; el Embargo en el Art. 612 C. Pr. C., era realizado en el término de “*diez días*”; el Emplazamiento no había plazo para realizarse. Por su parte, el plazo para la Contestación de la Demanda, establecido en Art 595, era de “*tres días*”; si se contestaba y existían Excepciones se procedía al término probatorio que duraba ocho días, y finalmente sentencia la cual sin importar la excepciones debía ser dictada en tres días, Art. 597 C. Pr. C.

⁴²⁵ Anteriormente el Código se denominaba como Código de Procedimientos Civiles, porque existe una multitud de procedimientos e implica que el litigante deba manejar multiplicidad de procesos, mientras que el actual Código solo se denomina Código Procesal porque se reduce a prácticamente 5 ó 6 Procesos, lo cual significa un avance con esta nueva normativa. El Juicio Ejecutivo que se regula en el Código Procesal Civil y Mercantil, define dentro de sus regulaciones los plazos, para las diferentes etapas del mismo, aunque cabe mencionar que deja algunas etapas del proceso sin definirles plazo. Es así que el juicio ejecutivo duraría alrededor de treinta y cinco días, tomando en cuenta que no se ha establecido un tiempo específico para resolver la demanda, ni el tiempo en el cual se debe realizar el embargo ni el emplazamiento, pero si establece, en el Art 462 C. Pr. C. y M. el término que tiene la parte demandada para contestar la demanda que son diez días, plazo mayor del que se regula actualmente.

Esto indica que el Código Procesal Civil y Mercantil, aparentemente posee plazos más largos que el anterior Código de Procedimientos Civiles y que será la práctica que definirá si dichos plazos agilizarán el proceso o por el contrario, lo harán más largo. Aunque, con el Código de Procedimientos Civiles, la práctica ha demostrado a lo largo de estos años, que no ha contribuido a superar la mora judicial existente en esta rama.

3. 7. 2 COMPARACIÓN DEL JUICIO EJECUTIVO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y LAS NORMAS DEL JUICIO EJECUTIVO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

La definición de juicio ejecutivo del Código de 1857 se mantuvo en el primer Código de Procedimientos que decía en su Art. 643 *“Juicio ejecutivo es aquel en que un acreedor con título legal, persigue a su deudor moroso, o en el que se pide el cumplimiento de un acto por instrumentos que según la ley, tiene fuerza bastante para el efecto”* en el C. Pr. C., se retomaba de manera similar⁴²⁶, la única diferencia que existe es la palabra **“Acto”** por la palabra **“obligación”**, que en realidad en el fondo se refieren a un mismo significado o fin, para la Sala de lo Civil el Juicio Ejecutivo es la forma de hacer efectiva una obligación plasmada en un documento con carácter ejecutorio⁴²⁷.

⁴²⁶ Art. 586 *“Juicio ejecutivo es aquel en que un acreedor con título legal, persigue a su deudor moroso, o en el que se pide el cumplimiento de una obligación por instrumento que según la ley tienen fuerza bastante para el efecto”*.

⁴²⁷ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 72- AP- 2007 de las 09: 00: 00 del 14/ 07/ 2008. Sobre el concepto del Juicio Ejecutivo ha manifestado lo siguiente: *“Proceso Ejecutivo es aquel que, sin dilucidar el fondo del asunto, se pretende la efectividad de un título con fuerza de ejecutoria”*.

El C. Pr. C. y M. en su Art. 458 determina cual es el objeto del proceso ejecutivo, es así como manifiesta que *“El proceso ejecutivo podrá iniciarse cuando del título correspondiente emane una obligación de pago en dinero, exigible, líquida o liquidable, con vista del documento presentado...”*. Estos títulos se refieren a deudas genéricas u obligaciones de hacer, que harán iniciar el correspondiente juicio ejecutivo.

Es evidente que la idea es básicamente la que se ha manejado desde el C. Pr. C., y si bien es cierto al principio se manejaba como una definición, en el actual Código se explica el contenido y propósito del juicio ejecutivo mediante el objeto, a través del cual se llega a la conclusión que por los elementos mencionados se trata de un mismo proceso denominado de diferente manera⁴²⁸.

Es importante mencionar que dentro de estas definiciones se enmarcan varios conceptos que constituyen los elementos de la relación material que da lugar al juicio ejecutivo, estos son: Acreedor, Obligación, Deudor, Mora, las cuales tienen su propio concepto: **Acreedor**: es aquel a quien se debe dinero u otra cosa y que tiene el derecho de incoar el reclamo de lo que se le debe⁴²⁹; **Obligación**: es un vínculo jurídico en virtud del cual una persona se encuentra en la necesidad de dar, hacer o no hacer una

⁴²⁸ GARCÍA ALFARO, Irene Beatriz, ob. cit., Pág. 113. La forma de concebir las definiciones ha variado notablemente en el actual cuerpo Procesal, es muy escaso encontrar definiciones, con lo cual la técnica legislativa ha mejorado abismalmente, porque si bien es cierto no es malo conocer algunos conceptos o definiciones según las leyes, para eso se encuentran los doctrinarios y las interpretaciones, pero no debe desgastarse la Legislación definiendo todo lo que se encuentra en la misma, de lo contrario sería inagotable su redacción y entorpecería la esencia de la norma.

⁴²⁹ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 63- 2003 de las 10: 40: 00 del 28/ 10/ 2003. Indica que la existencia de un acreedor responde a la existencia de otra persona que se encuentra en la necesidad de dar, hacer o no hacer una prestación, considera al acreedor como aquella *“persona con facultad sobre otra para exigirle que entregue un bien, preste un servicio o se abstenga de ejecutar un acto. Para hablar de acreedor es necesario que previamente otra persona (el acreedor) se haya constituido en una obligación de dar, hacer o no hacer. El término acreedor exige, pues, la existencia de un deudor”*

cosa; **Deudor**: aquella persona que recibió una prestación y por lo tanto debe ese servicio recibido; **Mora**: Es la tardanza del tiempo que se ha estipulado para el cumplimiento de algo y que una vez vencido permite que sea reclamado a través de la fuerza judicial⁴³⁰.

El Juicio Ejecutivo que nace a raíz de un *Título Valor*⁴³¹, se compone de tres períodos:

1. El Procedimiento propiamente Ejecutivo;
2. El Procedimiento de Apremio; y
3. Fase de Ejecución, según el Código de Procedimientos Civiles, en su Art. 593 y siguientes, y en el Código Procesal Civil y Mercantil en el Art. 459 y siguientes⁴³².

En el Código Procesal Civil y Mercantil se establecen las fases de Demanda Escrita, en la cual el Juez deberá determinar y prevenir que todos los errores de ser subsanables sean reparados para no tener dilación cuando ya se éste dentro del proceso; una vez admitida la demanda, Art. 460 del C.

⁴³⁰ *Ibíd.*, Pág. 114. El acreedor, deudor, son las personas que eventualmente iniciado un proceso se convierten en las Partes Procesales, ya que generalmente si es el acreedor quien presenta la demanda, espera el cumplimiento de alguna obligación del demandado que anteriormente fue su deudor, el incumplimiento de las condiciones pactadas es lo que acarrea el conflicto de intereses que deberán ser satisfechos si se posee el legítimo derecho a reclamar. Así que para la existencia del juicio ejecutivo se necesitan cuatro presupuestos: **Acreedor Legítimo, Título o Instrumento Ejecutivo, Deudor y Obligación Exigible Mercantilmente**, tal como lo contemplamos en el Art. 586 del C. Pr. C. y M.

⁴³¹ Sobre la definición de Título Valor se toma lo que menciona en la Sentencia de Referencia N° 165-D-2010, **Fecha**: 01/02/2011, **Origen**: Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, **Tipo de proceso**: Conflictos de Competencia en materia Civil **Materia**: Mercantil, **Partes**: Ana Elizabeth Navas Avalos vrs. Candelaria Yamileth Gallardo de Reyes, **Tribunales en conflicto**: Juzgado de lo Civil de Sonsonate y Juzgado de lo Civil de Santa Tecla, **Tipo de juicio**: Juicio Ejecutivo Mercantil. *"Es necesario recordar que los títulos valores, son documentos mercantiles de naturaleza especial, cuya regulación obedece a la necesidad de facilitar y garantizar su circulación; y que dentro de las características de los mismos, se encuentra la "literalidad", que debemos entenderla, en el sentido que el derecho es tal como aparece en el título; lo que equivale a decir, que todo aquello que no aparece en el mismo, no puede afectarlo; su objeto es que el tenedor, de la simple lectura del título valor, puede estar seguro de la extensión y modalidades de derecho que adquiere. En consecuencia, habrá que hacer constar en el texto del título, cualquier circunstancia que modifique, reduzca, aumente o extinga el derecho"*.

⁴³² Etapas que serán abordadas al desarrollar el Juicio Ejecutivo en este estudio con posterioridad.

Pr. C. y M.; se decreta el Embargo sin citación de la parte demandada, y la Notificación del Decreto de Embargo regulada en el Art. 462 C. Pr. C. y M., al igual que como está establecido en el antiguo Código de Procedimientos Civiles equivale al Emplazamiento, con la diferencia que el nuevo le concede un plazo de *diez días* al demandado para pronunciarse sobre lo notificado. Si existiere oposición habrá una *Audiencia Probatoria* según lo señala el Art. 467 Pr. C. M., y si no hay oposición, se dictará sentencia sin más trámite.

En cuanto a la Etapa de Ejecución el C. Pr. C. y M., hace un apartado específicamente para cuando se trata de la *Ejecución de la Sentencia*. Un dato peculiar es que la nueva normativa menciona en su Art. 470 Inciso Segundo que “*cuando se trate de títulos valores la sentencia producirá efecto de cosa juzgada*”⁴³³, no así en los casos de las demás Sentencias sobre Juicios Ejecutivos que no producirán efecto de Cosa Juzgada⁴³⁴.

El Juicio Ejecutivo tiene asignado un *Procedimiento Extraordinario*, en los artículos anteriormente citados; este procedimiento es breve, y las razones que ameritan este Procedimiento Extraordinario para el Juicio Ejecutivo, son en relación a la cuantía y al fondo de la Ejecución; así como también a la calidad que se funda el Título Ejecutivo. Este Título Ejecutivo contiene un elemento productor de certezas aparentemente considerado por lo menos en el momento en que se presenta la Demanda Ejecutiva. Y viene a ser la prueba plena del derecho que afirma poseer el ejecutante.

⁴³³ Cosa juzgada, cuando la sentencia queda firme, sin que las partes haya opuesto ninguna excepción dando a entender que conocen el contenido y lo aceptan, pues el término competente no interpusieron recurso alguno.

⁴³⁴ GARCÍA ALFARO, Irene Beatriz, MENJÍVAR VÁSQUEZ, Karla Ivonne, y otra. ob. cit., Pág. 100. De modo que el conocimiento del Juez se reduce en un principio a examinar este título, su apariencia, a ver si está asistido de todos los requisitos de fondo y de forma para merecer la tutela privilegiada que indica la vía Ejecutiva. Pero ello no quiere decir que en verdad se pase a ejecutarle porque se da oportunidad al deudor, a contradecir ese título, a examinar a excepcionarle y entonces se viene la fase cognoscitiva, el debate va a surgir frente a la oposición que deduzca el ejecutante, al título ejecutivo, y a la demanda ejecutiva.

La diferencia fundamental es en cuanto a los plazos, ya que el trámite es básicamente el mismo, por supuesto con la excepción que en el C. Pr. C. y M., la principal característica es la *Oralidad* para mayor efectividad, de la buena utilización de los recursos con que se cuenta, dependerá la efectividad de la nueva legislación. El actual C. Pr. C. y M. consagra el juicio ejecutivo en el Libro Tercero, relativo a los Procesos Especiales, Título Primero, de los artículos 457 al 470⁴³⁵, en el C. Pr. C. lo establecía en el Libro Segundo, sobre los Juicios Verbales y Escritos, Título III, del juicio ejecutivo, desde el Art. 586 hasta el 658, en los cuales se regulaba dicho proceso propiamente tal, modo de proceder, el embargo, venta del embargado, ampliación de la ejecución; modo de proceder contra terceros y casos singulares que se presentaban.

⁴³⁵ Donde se regula en primer lugar los ***Documentos que traen aparejada Ejecución*** o Títulos Ejecutivos Art. 457, el objeto del proceso Art. 458, la Demanda Art. 459, admisión de la misma Art. 460, los recursos Art. 461, el emplazamiento Art. 462, terminación del proceso Art. 463, motivos de oposición Art. 464, planteamiento de la oposición Art. 465, tramitación de la oposición Art. 466, y finalmente la Sentencia Art. 468 y siguientes. Todo este apartado regula lo relativo al juicio ejecutivo figura que a través de la historia ha tratado de agilizar el proceso cuando existe verdadera certeza legal para hacer efectivo el cumplimiento de una obligación, es necesario hacer énfasis en esta figura, debido a que los Títulos Ejecutivos aparejan ejecución y mandan para Sentencia inmediatamente el proceso, y cuando la ejecución de la Sentencia se fundamente en Títulos Valores, la misma producirá los efectos de cosa juzgada **Art. 470 Inc. Segundo**. En los demás supuestos en que el juicio ejecutivo no contenga como documento base de la acción un Título Valor, no se producirán los efectos de cosa Juzgada y existe jurídicamente la posibilidad de controvertir la obligación que produjo la ejecución **Art. 470 Inc. Primero**.

3. 8 ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Dictada por	Fecha y Hora	Referencia	Tema	Descriptor
Sala de lo Civil	Sentencia de las 11:00:00 del 08/07/2004	84-2004	Apertura a Pruebas	<ul style="list-style-type: none"> »Número de Referencia: 84-2004 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 08/07/2004 »Hora de Resolución: 11:00:00
Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador	Sentencia de las 16:00:00 del 22/02/2006	P0141-25-2006	Garantía del debido proceso.	<ul style="list-style-type: none"> »Número de Referencia: P0141-25-2006 »Origen: Tribunales de Sentencia »Nombre del Tribunal: TRIBUNAL QUINTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: »Fecha de Resolución: 22/02/2006 »Hora de Resolución: 16:00:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 11:15:00 del 15/12/2005	240-C-2004	Concepto de Medio de Prueba.	<ul style="list-style-type: none"> »Número de Referencia: 240-C-2004 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 15/12/2005 »Hora de Resolución: 11:15:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 14:00:00 del 28/01/2005	9-C-2004	Consideración sobre Documentos Auténticos.	<ul style="list-style-type: none"> »Número de Referencia: 9-C-2004 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 28/01/2005 »Hora de Resolución: 14:00:00

Dictada por	Fecha y Hora	Referencia	Tema	Descriptor
Sala de lo Civil	Sentencia de las 09:30:00 del 12/02/2003	1210-2003	Valor de los documentos privados.	<ul style="list-style-type: none"> »Número de Referencia: 1210-2003 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 12/02/2003 »Hora de Resolución: 09:30:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 11:30:00 del 05/06/2008	91-AP-2008	Requisitos de la prueba.	<ul style="list-style-type: none"> »Número de Referencia: 91-AP-2007 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 05/06/2008 »Hora de Resolución: 11:30:00
Sala de lo Constitucional	Sentencia de las 08:22:00 del 25/11/2002	968-2002	Omisión de la etapa probatoria en el Juicio Ejecutivo.	<ul style="list-style-type: none"> »Número de Referencia: 968-2002 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CONSTITUCIONAL »Tipo de Proceso: Amparos »Tipo de Resolución: Interlocutorias - Improcedencias »Fecha de Resolución: 25/11/2002 »Hora de Resolución: 08:22:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 08:30.00 del 27/10/2005	141-C-2005	Fe pública del Notario.	<ul style="list-style-type: none"> »Número de Referencia: 141-C-2005 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 27/10/2005 »Hora de Resolución: 08:30:00

Dictada por	Fecha y Hora	Referencia	Tema	Descriptor
Sala de lo Civil	Sentencia de las 09:00:00 del 17/01/2008	107-C-2006	Formalidades del Acta Notarial.	»Número de Referencia: 107-C-2006 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 17/01/2008 »Hora de Resolución: 09:00:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 14:00:00 del 28/01/2005	9-C-2004	Presunción de veracidad de los documentos notariales.	»Número de Referencia: 9-C-2004 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 28/01/2005 »Hora de Resolución: 14:00:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 11:00:00 del 12/05/2005	244-C-2004	Responsabilidad civil del Notario.	»Número de Referencia: 244-C-2004 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 12/05/2005 »Hora de Resolución: 11:00:00
Sala de lo Constitucional	Sentencia de las 09:09:00 del 08/07/2003	1198-2002	Concepto de Pliego de Posiciones.	»Número de Referencia: 1198-2002 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CONSTITUCIONAL »Tipo de Proceso: Amparos »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 08/07/2003 »Hora de Resolución: 09:09:00

Dictada por	Fecha y Hora	Referencia	Tema	Descriptor
Sala de lo Civil	Sentencia de las 10:30:00 del 30/04/2004	1730-2004	Pertinencia de la Prueba	»Número de Referencia: 1730-2004 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 30/04/2004 »Hora de Resolución: 10:30:00
Sala de lo Penal	Sentencia de las 12:00:00 del 31/01/2006	402-CAS-2005	Testigos de referencia.	»Número de Referencia: 402-CAS-2005 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO PENAL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 31/01/2006 »Hora de Resolución: 12:00:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 09:45:00 del 21/09/2001	105-2001	Litisconsorcio.	»Número de Referencia: 105-2001 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 21/09/2001 »Hora de Resolución: 09:45:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 11:58:00 del 17/08/2009	163-CAC-2008	Legitimación Procesal.	»Número de Referencia: 163-CAC-2008 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 17/08/2009 »Hora de Resolución: 11:58:00

Dictada por	Fecha y Hora	Referencia	Tema	Descriptor
Sala de lo Civil	Sentencia de las 14:30:00 del 21/03/2003	1625-2003	Parte Formal en el proceso.	»Número de Referencia: 1625-2003 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Interlocutorias »Fecha de Resolución: 21/03/2003 »Hora de Resolución: 14:30:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 09:10:00 del 24/03/2003	57-2003	Legitimación en la causa.	»Número de Referencia: 57-2003 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Interlocutorias »Fecha de Resolución: 24/03/2003 »Hora de Resolución: 09:10:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 09:00:00 del 24/08/2006	43-C-2005	Capacidad de Goce.	»Número de Referencia: 43-C-2005 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 24/08/2006 »Hora de Resolución: 09:00:00
Sala de lo Contencioso Administrativo	Sentencia de las 10:20:00 del 24/01/2007	144-2006	Concepto de Capacidad.	»Número de Referencia: 144-2006 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Interlocutorias »Fecha de Resolución: 24/01/2007 »Hora de Resolución: 10:20:00

Dictada por	Fecha y Hora	Referencia	Tema	Descriptor
Sala de lo Civil	Sentencia de las 08:10:00 del 13/04/2007	76-C-2006	Capacidad de Ejercicio.	»Número de Referencia: 76-C-2006 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 13/04/2007 »Hora de Resolución: 08:10:00
Sala de lo Constitucional	Sentencia de las 15:00:00 del 14/02/1997	15-96 y Ac	Minoría de edad.	»Número de Referencia: 15-96 y Ac. »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CONSTITUCIONAL »Tipo de Proceso: Inconstitucionalidades »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 14/02/1997 »Hora de Resolución: 15:00:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 11:00:00 del 11/10/2000	1167-2000F	Autoridad Parental.	»Número de Referencia: 1167-2000F »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 11/10/2000 »Hora de Resolución: 11:00:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 11:00:00 del 05/07/2005	3-C-2005	Actos ejecutados por el Mandatario.	»Número de Referencia: 3-C-2005 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 05/07/2005 »Hora de Resolución: 11:00:00

Dictada por	Fecha y Hora	Referencia	Tema	Descriptor
Sala de lo Civil	Sentencia de las 09:00.00 del 08/02/2008	12-AP-2006	Petición de posiciones al Apoderado de la Parte.	<p>»Número de Referencia: 12-AP-2006</p> <p>»Origen: Salas</p> <p>»Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL</p> <p>»Tipo de Proceso:</p> <p>»Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas</p> <p>»Fecha de Resolución: 08/02/2008</p> <p>»Hora de Resolución: 09:00:00</p>
Sala de lo Civil	Sentencia de las 09:10:00 del 31/07/2000	320-2000	Incomparecencia al interrogatorio.	<p>»Número de Referencia: 320-2000</p> <p>»Origen: Salas</p> <p>»Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL</p> <p>»Tipo de Proceso:</p> <p>»Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas</p> <p>»Fecha de Resolución: 31/07/2000</p> <p>»Hora de Resolución: 09:14:00</p>
Sala de lo Civil	Sentencia de las 09:45:00 del 21/09/2001	105-2001	Concepto de Parte.	<p>»Número de Referencia: 105-2001</p> <p>»Origen: Salas</p> <p>»Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL</p> <p>»Tipo de Proceso:</p> <p>»Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas</p> <p>»Fecha de Resolución: 21/09/2001</p> <p>»Hora de Resolución: 09:45:00</p>
Sala de lo Civil	Sentencia de las 12:00:00 del 03/08/2008	202-C-2006	Concepto de Testimonio.	<p>»Número de Referencia: 202-C-2006</p> <p>»Origen: Salas</p> <p>»Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL</p> <p>»Tipo de Proceso:</p> <p>»Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas</p> <p>»Fecha de Resolución: 03/09/2008</p> <p>»Hora de Resolución: 12:00:00</p>

Dictada por	Fecha y Hora	Referencia	Tema	Descriptor
Sala de lo Civil	Sentencia de las 09:30:00 del 12/05/1998	1052	Principio de pertinencia de la Prueba.	»Número de Referencia: 1052 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 12/05/1998 »Hora de Resolución: 09:30:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 10:00:00 del 17/11/2009	20-CAL-2008	Función del testigo en el proceso.	»Número de Referencia: 20-CAL-2008 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 17/11/2009 »Hora de Resolución: 10:00:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 12:00:00 del 11/11/2003	181-2003	Importancia del Reconocimiento Judicial.	»Número de Referencia: 181-2003 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 11/11/2003 »Hora de Resolución: 12:00:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 11:30:00 del 05/06/2008	91-AP-2007	Concepto de Reconocimiento Judicial.	»Número de Referencia: 91-AP-2007 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 05/06/2008 »Hora de Resolución: 11:30:00

Dictada por	Fecha y Hora	Referencia	Tema	Descriptor
Sala de lo Civil	Sentencia de las 11:00:00 del 06/11/2008	1671-2003	Concepto de Reconocimiento Judicial	»Número de Referencia: 1671-2003 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 06/11/2003 »Hora de Resolución: 11:00:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 09:30.00 del 12/05/1998	1052	Naturaleza de los hechos y medio de prueba	»Número de Referencia: 1052 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 12/05/1998 »Hora de Resolución: 09:30:00
Sala de lo Civil	Sentencia d las 11:30:00 del 05/05/2003	173-2003	Reconocimiento Judicial de oficio.	»Número de Referencia: 173-2003 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 05/05/2003 »Hora de Resolución: 11:30:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 11:00:00 del 06/11/2003	1671-2003	Carácter directo del Reconocimiento Judicial	»Número de Referencia: 1671-2003 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 06/11/2003 »Hora de Resolución: 11:00:00

Dictada por	Fecha y Hora	Referencia	Tema	Descriptor
Sala de lo Civil	Sentencia de las 10:30:00 del 30/04/2004	1730-2004	Participación del Juez en la producción del Reconocimiento Judicial	»Número de Referencia: 1730-2004 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 30/04/2004 »Hora de Resolución: 10:30:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 09:00:00 del 05/12/2005	130-C-2005	Auxilio de peritos en la producción del Reconocimiento Judicial	»Número de Referencia: 130-C-2005 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 05/12/2005 »Hora de Resolución: 09:00:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 11:00:00 del 14/08/2009	20-CAC-2009	Practica conjunto del Reconocimiento Judicial con otros medios	»Número de Referencia: 20-CAC-2009 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 14/08/2009 »Hora de Resolución: 11:00:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 12:46:00 del 03/04/2002	43-2002	Diligencias para mejor proveer	»Número de Referencia: 43-2002 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 03/04/2002 »Hora de Resolución: 12:46:00

Dictada por	Fecha y Hora	Referencia	Tema	Descriptor
Sala de lo Civil	Sentencia de las 09:00:00 del 25/09/2000	103-2000	Falibilidad del juez en la valoración del Reconocimiento Judicial.	»Número de Referencia: 103-2000 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 25/09/2000 »Hora de Resolución: 09:00:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 12:20:00 del 10/01/2005	1620-2005	Valor de la Prueba por Reconocimiento Judicial.	»Número de Referencia: 1620-2005 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 10/01/2005 »Hora de Resolución: 12:20:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 15:00:00 del 17/12/2002	1370-2002	Medios Probatorios de carácter novedoso.	»Número de Referencia: 1370-2002 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 17/12/2002 »Hora de Resolución: 15:00:00
Sala de lo Constitucional	Sentencia de las 12:00:00 del 30/04/2002	29-2002	Evolución de la Jurisprudencia por los cambios sociales.	»Número de Referencia: 29-2002 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CONSTITUCIONAL »Tipo de Proceso: Amparos »Tipo de Resolución: Interlocutorias - Improcedencias »Fecha de Resolución: 11/03/2002 »Hora de Resolución: 09:13:00

Dictada por	Fecha y Hora	Referencia	Tema	Descriptor
Sala de lo Civil	Sentencia de las 15:00:00 del 17/12/2002	1370-2002	La fotografía como prueba documental.	»Número de Referencia: 1370-2002 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 17/12/2002 »Hora de Resolución: 15:00:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 11:30:00 del 05/06/2008	91-AP-2007	Conducencia de la Prueba por medios de Almacenamiento de Información.	»Número de Referencia: 91-AP-2007 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 05/06/2008 »Hora de Resolución: 11:30:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 09:50:00 del 13/10/2003	631-2003	Prueba de la relación material entre el Derecho y la persona que lo exige.	»Número de Referencia: 631-2003 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 13/10/2003 »Hora de Resolución: 09:50:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 09:15:00 del 04/12/2006	56-C-2006	Requisitos de procesabilidad del Juicio Ejecutivo.	»Número de Referencia: 56-C-2006 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 04/12/2006 »Hora de Resolución: 09:15:00

Dictada por	Fecha y Hora	Referencia	Tema	Descriptor
Sala de lo Civil	Sentencia de las 08:10:00 del 28/01/2004	672-2004	El Proceso Ordinario.	»Número de Referencia: 672-2004 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Interlocutorias »Fecha de Resolución: 28/01/2004 »Hora de Resolución: 08:10:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 10:00:00 del 07/03/2000	1234-2000	Sentencia del Juicio Ejecutivo.	»Número de Referencia: 1234-2000 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Interlocutorias »Fecha de Resolución: 07/03/2000 »Hora de Resolución: 10:00:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 11:15:00 del 30/07/2004	1738-2004	El Contrato de Arrendamiento en el juicio de Inquilinato.	»Número de Referencia: 1738-2004 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 30/07/2004 »Hora de Resolución: 11:15:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 09:20:00 del 28/09/2001	1252-2001	Elementos de la Acción Posesoria.	»Número de Referencia: 1252-2001 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 28/09/2001 »Hora de Resolución: 09:20:00

Dictada por	Fecha y Hora	Referencia	Tema	Descriptor
Sala de lo Civil	Sentencia de las 09:00:00 del 14/07/2008	72-AP-2007	Concepto de Juicio Ejecutivo.	»Número de Referencia: 72-AP-2007 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 14/07/2008 »Hora de Resolución: 09:00:00
Sala de lo Civil	Sentencia de las 10:40:00 del 28/10/2003	63-2003	Concepto de Acreedor.	»Número de Referencia: 63-2003 »Origen: Salas »Nombre del Tribunal: SALA DE LO CIVIL »Tipo de Proceso: »Tipo de Resolución: Sentencias Definitivas »Fecha de Resolución: 28/10/2003 »Hora de Resolución: 10:40:00

CAPÍTULO IV

**ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LOS MEDIOS PROBATORIOS
REGULADOS POR EL ARTÍCULO 999 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y
LOS INCORPORADOS POR EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y
MERCANTIL.**

SUMARIO

4.1 Exordio.- 4. 2 Ubicación de la Regulación de los Medios Probatorios en el Marco Jurídico.- 4. 2. 1 Distinción entre el Derecho Sustantivo y el Derecho Procesal.- 4. 2. 2 Incorporación de las Normas correspondientes al Derecho Probatorio en Materia Mercantil.- 4. 3 Comparación entre los Medios Probatorios Regulados en el Art. 999 del Código de Comercio y los regulados por el Código Procesal Civil y Mercantil.- 4. 3. 1 Instrumentos Públicos, Auténticos y Privados.- 4. 3. 1. 1 Instrumentos Públicos.- 4. 3. 1. 2 Instrumentos Auténticos.- 4. 3. 1. 3 Instrumentos Privados.- 4. 3. 2 Facturas.- 4. 3. 3 Correspondencia Postal y Telegráfica Reconocida.- 4. 3. 3. 1 Correspondencia Postal.- 4. 3. 3. 2 Correspondencia Telegráfica Reconocida.- 4. 3. 4 Registros Contables.- 4. 3. 5 Testigos.-

4.1 EXORDIO

El presente capítulo constituye el contenido medular de la investigación, es aquí en donde finaliza la etapa de investigación bibliográfica que dará paso en el debido momento a la investigación práctica o de campo, los temas que serán abordados en los siguientes párrafos sintetizan de forma clara los objetivos que se establecieron en el Capítulo Primero.

Por consiguiente los temas que se van a estudiar, revisten importancia práctica, por cuanto la aplicación de las reglas procesales del Código Procesal Civil y Mercantil, con especial referencia a las normas relativas a la actividad probatoria, deben ser armónicas no solo entre ellas mismas, sino también con el resto del ordenamiento jurídico, de tal manera que sean complementarias.

Es en tal sentido que el contenido a desarrollar comprende como primer escaño determinar en qué rama del Derecho debe ubicarse la regulación de los medios probatorios, con énfasis en la regulación que existe en El Salvador, posteriormente se abordara el estudio de cada uno de los medios probatorios que se detallan en el Código de Comercio llevando a cabo un estudio paralelo con los medios regula el Código Procesal Civil y Mercantil, lo que permitirá indicar si entre ambas normativas existe armonía y complementariedad, o si realmente la vigencia del C. Pr. C. y M., abrogo el Art. 999 y siguientes del Código de Comercio.

Finalmente se presenta un análisis sobre los documentos ejecutivos, en donde, atendiendo a la importancia que estos representan para el tráfico mercantil, se va a determinar qué tipos de documentos poseen fuerza ejecutiva según el Código Procesal Civil y Mercantil y según la Legislación Sustantiva Mercantil, comparando los alcances de cada una de ellas, con lo que se concluye el presente trabajo científico-social.

4. 2 UBICACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS EN EL MARCO JURÍDICO

En primer lugar hay que recordar que el Derecho es una ciencia indescriptiblemente amplia, razón por la que en el transcurso del tiempo ha sido objeto de diversas clasificaciones y divisiones; una de estas clasificaciones es la que divide al Derecho en Derecho Material o Sustantivo y en Derecho Procesal. Esta clasificación tiene una gran importancia, tal es así, que en las cátedras de Teoría General del Proceso uno de los primeros temas que suele impartirse es el de las diferencias y relaciones que existen entre el Derecho Sustantivo y el Procesal; de la misma manera los autores

de obras dedicadas al estudio del Derecho Procesal inician sus textos con este tema, lo que indica la trascendencia de su contenido⁴³⁶.

Por consiguiente, a continuación se indican las diferencias que existen entre el Derecho Sustantivo y el Derecho Procesal, lo que permitirá comprender de mejor forma las observaciones y conclusiones que puedan hacerse.

4. 2. 1 DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO SUSTANTIVO Y EL DERECHO PROCESAL

Antes de determinar la diferencia que distingue entre el Derecho Material y el Procesal según la doctrina, hay que tener en cuenta que ambos forman parte de una misma disciplina científica; razón por la que no pueden ser vistos como islas o materias separadas, y si la doctrina ha establecido estas diferencias lo ha hecho respondiendo a razones de pedagogía de la Ciencia, es decir para facilitar el entendimiento del objeto y elementos de cada una de las ramas del Derecho, por lo mismo no debe entenderse el término “*diferencias*” como sinónimo de contradicción u oposición, es mejor referirse a determinación de características propias o intrínsecas de cada una de ellas, que permite organizar y cumplir con la visión para que han sido promulgadas.

⁴³⁶ ARAZI, Roland, “*Derecho procesal...*” ob. cit. Págs. 14, 15 y 16. Aborda el estudio de las diferencias que existen entre el Derecho Procesal y el Derecho Material como el tercer tema de su obra, como él muchos otros autores hacen lo mismo. Entre las diferencias que existen entre ambos indica las siguientes: la generalidad de las normas del Derecho Sustantivo y la especificidad de las del Derecho Procesal, así como el objeto sobre el que recae la regulación de uno y otro. De las palabras del autor se concluye que ambas normas son complementarias, pues el Derecho Procesal no puede existir si no es por el Derecho Material mientras que este último necesita el auxilio de aquel para ser eficaz.

Ahora bien sin dejar de lado lo anterior, la doctrina manifiesta que el Derecho Sustantivo o Material está integrado por normas jurídicas creadas para regular la conducta de todas las personas, estas normas, enuncian supuestos abstractos de comportamiento, y han sido creadas para mantener el orden social y la armonía entre las personas mediante la carga de Obligaciones y reconocimiento de Derechos⁴³⁷.

La simple existencia de estas normas no garantiza la armonía de las relaciones sociales, debido sobre todo a que las personas no ajustan su comportamiento a los preceptos abstractos que la ley material establece, por lo que es necesario que existan instituciones que se encarguen de que la ley material sea acatada por los individuos o en su caso cumplan con la consecuencia jurídica derivada de ese incumplimiento.

Las instituciones que desempeñan esta función no pueden actuar sin límites, esto se prestaría a la especulación y arbitrariedad, debe existir un marco jurídico que enuncie sus facultades y obligaciones, indique las formas de desempeñar su función, y que establezca los plazos a los que deben sujetarse, este marco jurídico lo conforman las normas jurídicas que constituyen el Derecho Procesal⁴³⁸.

⁴³⁷ BACRE, A. ob. cit. Pág. 42. Citando a Carnelutti expresa que la división entre normas jurídicas materiales y procesales responde a la finalidad que persiguen, y explica que las normas jurídicas de carácter material atribuyen derechos e imponen obligaciones. *“Doctrinarios como Carnelutti dividen a las normas jurídicas, desde el punto de vista de la finalidad a que sirven en normas jurídicas materiales e instrumentales. Sostiene que mientras las primeras componen inmediatamente un conflicto de intereses, imponiendo una obligación y atribuyendo –eventualmente– un derecho subjetivo; las segundas componen el conflicto mediatamente, atribuyendo un poder de componerlo al juez e imponiendo correlativamente una sujeción.”*

⁴³⁸ ARAZI, Roland, *“Derecho procesal...”* ob. cit. Pág. 14. Manifiesta que vista la necesidad de garantizar el orden social ante los incumplimientos a los preceptos de la ley material, se debieron crear los mecanismos apropiados: *“El Estado debió crear los mecanismos idóneos para que se cumpla lo previsto en la ley sustancial, ya sea compeliendo al individuo a que la acate cuando no lo hace espontáneamente, ya solucionando el conflicto creado en la forma que contempla la misma ley”.*

Por lo que para distinguir si la naturaleza de una norma es de carácter material o de carácter procesal, se debe analizar cuál es su finalidad; si la norma jurídica enuncia Derechos sustantivos u obligaciones, se está en presencia de una norma jurídica material; mientras que por el otro lado, si la norma jurídica indica procedimientos para garantizar el Derecho sustantivo, imponiendo cargas o generando otros Derechos distintos, la norma jurídica tendrá el carácter de pertenecer al Derecho Procesal⁴³⁹.

La importancia de saber distinguir entre las normas de naturaleza procesal y material radica en que el legislador en muchas ocasiones incorpora en el texto de leyes sustantivas, normas que tienen su aplicación y eficacia en el ámbito procesal, especialmente al referirse a elementos del Derecho Probatorio según se expondrá en el tema que se estudia a continuación.

4. 2. 2 INCORPORACIÓN DE LAS NORMAS CORRESPONDIENTES AL DERECHO PROBATORIO EN MATERIA MERCANTIL

Dentro del contenido de todos los Códigos Procesales se encuentra una sección especial dedicada a regular la actividad probatoria y enunciar los diferentes medios de prueba; por ejemplo en el Código Procesal Civil de Costa Rica, a partir del Art. 316⁴⁴⁰ se enuncian las reglas procesales relativas

⁴³⁹ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 99- C- 2007 de las 09:00:00 del 14//10/2008. Expresa que para distinguir entre las leyes de naturaleza procesal y las leyes de naturaleza material hay que tener en cuenta su finalidad y su efecto: *“la naturaleza de la norma deriva de su finalidad y de su efecto, así: si su finalidad es establecer y resguardar derechos subjetivos, su naturaleza es sustantiva, si su finalidad es determinar el modo de hacer valer el derecho subjetivo, sea para pedirlo o para otorgarlo, su naturaleza es procesal”*.

⁴⁴⁰ El Código Procesal Civil de Costa Rica, contiene una estructura similar a la que presenta el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, desde el Art. 316 hasta el 417 se concentran las normas que rigen la actividad probatoria, dentro de estos artículos es el 318 el que enuncia los medios probatorios de los que pueden hacer uso las partes para acreditar sus alegaciones.

a la fase probatoria, en donde se encuentran las normas que desarrollan la teoría de la prueba, determinando en el Art. 318 los medios de que se pueden valer las partes para probar sus alegaciones; lo mismo sucede en el caso del Código Procesal Civil de Honduras que concentra las reglas probatorias en el libro segundo a partir del Art. 228 enunciando en el Art. 251 los diferentes medios probatorios.

De lo anterior resulta evidente que existe un esfuerzo por concentrar dentro de los códigos procesales todas las reglas que regulan la actividad probatoria y determinar dentro de estos, cuales son los medios probatorios a los que se puede acudir. Uno de los casos más representativos es el de Uruguay, país conformado por provincias, cada provincia posee su propia legislación; sin embargo existe un Código General del Proceso, el que contiene reglas procesales de aplicación para todo el país. Dentro de estas reglas de aplicación general el Código uruguayo integra a partir del Art. 137, la regulación del procedimiento probatorio y un catalogo de medios probatorios contenido en el Art. 146.

Esta tendencia no es propia del Derecho Civil y Mercantil sino que se extiende a las distintas materias, como el Derecho Penal, el Derecho Laboral y Familia, con lo que se pretende codificar no solo las reglas de carácter probatorio sino todas las normas que planteen procedimientos judiciales, de lo que **se concluye** que el objetivo del legislador en todos estos casos es el de reunir en un solo texto todas las normas que se refieren a la actividad probatoria; es decir aquellas que tengan relación con la forma de proposición, practica y valoración de los medios probatorios.

Por lo mismo es atendible la intención de reunir en el mismo código, todos los medios probatorios, incorporando a su contenido tal como lo hacen

los códigos mencionados, catálogos que los enumeren y desarrollen, así lo hace también el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, dentro del capítulo tercero del título segundo el que se refiere a la actividad probatoria.

De este modo las reglas del Derecho Probatorio han sido incorporadas en el texto de las leyes procesales, por lo tanto es aquí que deben estar contenidos los distintos tipos de medios probatorios; pero en el caso de la legislación salvadoreña también se encuentran algunas regulaciones referidas a este tema en la ley material, entre algunos ejemplos están: el Código de Trabajo, que no solo establece el tipo de pruebas que pueden proponerse en materia laboral; sino que además regula todo lo relativo al proceso laboral; el Código Civil también incorpora algunas normas de este tipo a partir del artículo 1569 hasta el 1585; mientras que el Código de Comercio siguiendo la línea del Código Civil, presenta en el Art. 999 una nomina de medios probatorios.

De forma que el contenido del Art. 999 Com⁴⁴¹, complementaba las reglas establecidas por la anterior Ley de Procedimientos Mercantiles, la cual fue derogada expresamente por el Código Procesal Civil y Mercantil⁴⁴². El

⁴⁴¹ Código de Comercio de la República de El Salvador. Art. 999. Las obligaciones mercantiles y su extinción se prueban por los medios siguientes:

- I.- Instrumentos públicos, auténticos y privados.
- II.- Facturas.
- III.- Correspondencia postal.
- IV.- Correspondencia telegráfica reconocida.
- V.- Registros contables.
- VI.- Testigos.
- VII.- Los demás admitidos por la ley.

⁴⁴² Al entrar en vigencia el Código Procesal Civil y Mercantil, derogo y abrogo algunas normas, comprendidas en el Art. 705 que está redactado de la siguiente forma: "*Derógase el Código de Procedimientos Civiles hecho ley por medio de Decreto Ejecutivo de fecha 31 de diciembre de 1881, publicado en el Diario Oficial No. 1, Tomo 12, Publicación del 01/01/1882, y sus reformas posteriores; la Ley de Procedimientos Mercantiles, publicada en el Diario Oficial No. 120, Tomo 239, publicación del 29/06/1973; La ley de Casación promulgada por Decreto Legislativo 1135 de fecha 31/08/1953, publicado en el Diario Oficial No. 161 Tomo 160, publicación de fecha 4/09/53 y sus reformas posteriores; las normas procesales de la Ley de Inquilinato publicada en el Diario Oficial No. 35, Tomo*

inconveniente se presenta al considerar que el C. Pr. C. y M., dentro del Art. 705, no hace referencia al Art. 999 Com., por lo que no se puede determinar si la norma en cuestión ha perdido su vigencia, por haber sido abrogada tácitamente, o continúa vigente y por tanto pueden invocarse en los juicios mercantiles los medios probatorios que este artículo regula.

Al respecto deben hacerse algunas consideraciones que permitan establecer la situación jurídica del Art. 999 a partir de la vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil y por tanto su aplicabilidad a los nuevos procesos Mercantiles que este código regula, por lo que a continuación se presenta un estudio comparativo entre los medios probatorios que enuncia el Art. 999 Com, y los medios probatorios que se estudiaron en el Capítulo anterior del presente trabajo.

4. 3 COMPARACIÓN ENTRE LOS MEDIOS PROBATORIOS REGULADOS EN EL ART. 999 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y LOS REGULADOS POR EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

La confrontación de los medios probatorios que incorpora el Código Procesal Civil y Mercantil con los que indica el Art. 999 C. Com., tiene como propósito establecer las diferencias y similitudes que puedan existir entre ellos, lo que permitirá establecer cuál es el efecto jurídico que ha tenido la entrada en vigencia del C. Pr. C. y M., sobre el mencionado artículo.

178, publicación del 20 de febrero de 1958 y sus reformas posteriores, así como todas aquellas leyes o disposiciones contenidas en otros cuerpos normativos referidos a las materias que regula este código. Las disposiciones que conforme a este artículo deban permanecer vigentes, se entenderán sin perjuicio de su compatibilidad con la clasificación de los procesos y con los principios informadores del presente código”.

Estos efectos pueden ser tres: la abrogación total del Art. 999, lo que dejaría en su totalidad sin efecto alguno sobre el proceso mercantil los medios probatorios que indica este artículo; la segunda posibilidad es la abrogación parcial, es decir solo de alguno de los medios contemplados en el artículo mencionado, lo que implicaría la anulación solo de algunos de estos medios y el mantener vigentes otros los que podrían ser aportados sin ninguna limitación a los procesos Mercantiles del C. Pr. C. y M; y la última la complementación que puede existir entre el Art. 999 Com., y el C. Pr. C. y M., lo que dejaría en vigencia la totalidad de los medios probatorios del Código de Comercio.

Para facilitar el abordaje de este tema, a continuación se presenta un esquema que ubica paralelos los medios probatorios del Art. 999 Com., y los del Código Procesal Civil y Mercantil:

Art. 999 Com.	Código Procesal Civil y Mercantil
Instrumentos públicos, auténticos y privados	Prueba Documental. Art. 331. C. Pr. C. y M.
Facturas.	
Correspondencia postal	
Correspondencia telegráfica reconocida	
Registros contables	
Testigos	Interrogatorio de testigos. Art. 354. C. Pr. C. y M.

Los demás admitidos por la ley	Declaración de Parte 344. C. Pr. C. y M.
	Prueba Pericial. Art. 375. C. Pr. C. y M.
	Reconocimiento Judicial. Art. 390. C. Pr. C. y M.
	Medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información. Art. 396. C. Pr. C. y M.

Es notorio que la redacción del Art. 999 Com., detalla de mejor forma algunos tipos de documentos que pueden ser utilizados como prueba, como el caso de las facturas, la correspondencia y los registros contables; mientras que por otro lado el C. Pr. C. y M., es amplio y genérico, no desglosa cada uno de los documentos que podrían ser aportados en determinado momento como prueba judicial, como si lo hace el Código de Comercio. Por lo tanto, se examina a continuación cada tipo de prueba instituido por el Art. 999 Com., coligiéndolos con los integrados en el Código Procesal Civil y Mercantil.

4. 3. 1 INSTRUMENTOS PÚBLICOS, AUTÉNTICOS Y PRIVADOS

El primer tipo de prueba regulado por el Código de Comercio es la Prueba Documental⁴⁴³, la que divide en tres conceptos, de acuerdo con el Art. 999 Com., las obligaciones mercantiles pueden ser probadas mediante Instrumentos Públicos, Instrumentos Auténticos e Instrumentos Privados. A pesar de que el Código de Comercio no los denomina Prueba Documental,

⁴⁴³ ARAZI, Roland, “*Derecho procesal...*” ob. cit. Pág. 341. Cita las palabras de Chiovenda para definir el concepto de documento; pero además explica que los instrumentos solo son un tipo de documentos debido a que la representación de los pensamientos también puede lograrse mediante dibujos, planos, fotografías, etc., los que a la vez son considerados documentos.

los conceptos anteriores deben entenderse como categorías de la Prueba Documental.

Para comprender lo anterior hay que recordar el concepto de Documento: *“Documento es toda representación material destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento”*, el pensamiento puede representarse de muchas formas, de entre todas la más utilizada es el documento, que constituye un concepto muy amplio, sobre todo porque incluye todo aquello que pueda estamparse en el papel; es decir cartas, fotografías, planos, fotocopias, etc.

Entre todas estas manifestaciones del documento, se encuentran los instrumentos, que son aquellos documentos literales que tienen como objetivo crear, modificar o extinguir relaciones de carácter jurídico⁴⁴⁴, los cuales se sujetan a ciertos presupuestos legales que les dan efectividad sustantiva y procesal.

En efecto los Instrumentos a que se refiere el Art. 999 Com, son documentos que crean, extinguen o modifican relaciones jurídicas, y que deben cumplir con requisitos que la ley establece para ser validos y tener efectividad⁴⁴⁵, estos requisitos los establecen el Código Civil, la Ley del Notariado los cuales fueron explicados en líneas anteriores, por lo que se omitirá su estudio en este capítulo.

⁴⁴⁴ HERRERA FUMAGALLI, Pedro Alfonso, *“La Prueba de las Obligaciones Mercantiles”*, Tesis de Grado. Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, San Salvador, El Salvador, Octubre de 1975. Pág. 44. Indica que el término *“instrumento”* se reserva para denominar aquellos documentos literales que sirven para crear vínculos de carácter jurídico entre las personas.

⁴⁴⁵ ARAZI, Roland, *“Derecho procesal...”* ob. cit. Pág. 341. Expresa que es la ley material la encarga de establecer los requisitos de existencia y validez de los instrumentos que pueden ser utilizados como medios probatorios en un proceso judicial. *“El Código Civil indica los requisitos que deben reunir los Instrumentos Públicos y Privados, así como su eficacia probatoria; es materia de ley sustancial legislar sobre la forma de los actos jurídicos y determinar la necesidad de la escritura o del instrumento Público para su existencia y validez”*.

Los Instrumentos a los que se refieren los párrafos anteriores pueden ser de distintas categorías según la persona que los autoriza o emite lo que se detalla en el siguiente esquema, que servirá para distinguir entre cada uno de ellos para abordar posteriormente su estudio individual, iniciando con los Instrumentos Públicos.



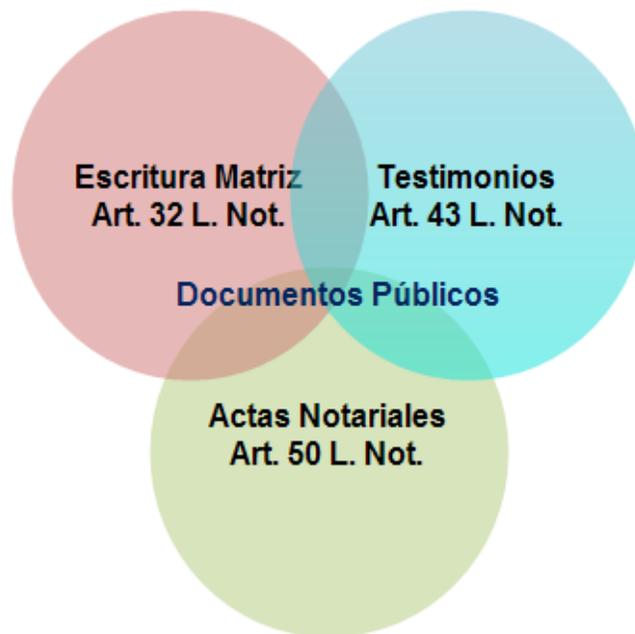
4. 3. 1. 1 INSTRUMENTOS PÚBLICOS

El Art. 999 Com., al mencionar los Instrumentos Públicos, se refiere a los Documentos que han sido emitidos por un Notario y que se ajustan a los requerimientos que la ley establece, esto según lo dispone el Art. 1570 del Código Civil⁴⁴⁶, que relacionado con el Art. 2 L. Not.⁴⁴⁷, permiten identificar

⁴⁴⁶ Código Civil de El Salvador. Art.1570. "Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Otorgado ante Notario o Juez cartulario e incorporado en un protocolo o registro público, se llama Escritura Pública".

cuáles son estos documentos, los que se detallan a continuación de forma delimitada, especialmente a su identificación, porque estas instituciones fueron estudiadas completamente en el epígrafe referido a la Prueba Documental dentro del Capítulo III de este trabajo.

De acuerdo al Art. 999 Com., los Documentos Públicos son tres, los que a continuación se identifican, para iniciar luego con la comparación respecto a los regulados por el Código Procesal Civil y Mercantil:



a) Escritura Matriz:

La Escritura Matriz es el documento en el que constan las declaraciones de los otorgantes o el otorgante de actos jurídicos que por requerimiento de la ley deban celebrarse ante un Notario y constar en su

⁴⁴⁷ Ley del Notariado. Art. 2. "Los instrumentos notariales o instrumentos públicos son: escritura matriz, que es la que se asienta en el Protocolo; escritura pública o testimonio, que es aquella en que se reproduce la escritura matriz; y actas notariales, que son las que no se asientan en el Protocolo".

Libro de Protocolo, lo cual garantiza su registro y control facilitando su recuperación en caso que el interesado extraviase el testimonio que se le entregó por el Notario⁴⁴⁸.

La Escritura Matriz, es objeto de una amplia regulación en la ley sustantiva, en este caso la Ley del Notariado, en donde se encuentran todos sus requerimientos tanto formales como materiales a partir del Art. 32 de dicha Ley, si alguno de los trece Numerales del referido Artículo dejare de observarse, no se invalidará, a menos que se compruebe falsedad o vicio⁴⁴⁹.

b) Escritura Pública:

La Escritura Publica también denominada Testimonio, es el documento en el que consta una copia fiel de la Escritura Matriz, es decir que la reproduce literalmente en todas sus partes, la que es entregada por el Notario, a las personas interesadas en virtud de las declaraciones que contiene, su regulación también está contenida en el texto de la Ley del Notariado a partir del Art. 43⁴⁵⁰; pero es el Código Civil el que le otorga efectividad probatoria, lo mismo que a la Escritura Matriz.

⁴⁴⁸ ZELAYA, Mauricio Ernesto. *“Obligaciones y Contratos Mercantiles”*, Editorial Lis, San Salvador, El Salvador, 2008. Pág. 38. Se limita a mencionar que la Escritura Matriz es la que se asienta en el Protocolo, y que forma parte de los Instrumentos Públicos que únicamente pueden ser extendidos por Notarios, al igual que los testimonios y las actas notariales.

⁴⁴⁹ Art. 33 Ley de Notariado de El Salvador: *“La matriz a la cual faltare alguno de los requisitos enumerados en el artículo anterior, no se invalidará si el instrumento estuviere autorizado por funcionario competente y suscrito por los otorgantes o por otra persona a su ruego, de acuerdo con esta ley, y firmado además por los testigos e intérpretes si los hubiere, salvo cuando se comprobare falsedad o cuando el vicio o defecto haga dudosa la inteligencia del instrumento respecto de la cuestión que se ventila, y en los demás casos especiales determinados por la ley.”*

⁴⁵⁰ Art. 44 Ley de Notariado: *“Los testimonios deben extenderse en el papel sellado correspondiente cuando causen dicho impuesto, serán una copia fiel del instrumento original y terminarán con una razón que indique los folios y el número del libro de protocolo en que se encuentra la escritura a que se refieren, la fecha de la caducidad de dicho libro, el nombre de la persona a quien se extiende y el lugar y fecha de la expedición del testimonio. A continuación, serán firmados y sellados por el notario.”*

c) Actas Notariales:

Son documentos extendidos por el notario, en los que constan actos jurídicos distintos a los contratos, siempre que la ley no exija para su celebración otro tipo de formalidades, su regulación se encuentra en la Ley del Notariado a partir del Art. 50. Tanto la Escritura Matriz como el Testimonio y el Acta Notarial gozan de efectividad probatoria en cuanto a haber sido otorgados en cierta fecha, hora y por cierta persona; pero no hace fe respecto de la verdad de las declaraciones hechas por el o los otorgantes, así lo determina el Art. 1571 del Código Civil⁴⁵¹.

El Código Procesal Civil y Mercantil también comprende dentro de la Prueba Documental a los Instrumentos Públicos, esta regulación no incorpora ninguna modificación a los documentos que se mencionaron en los literales anteriores, pues en el texto del Art. 331 C. Pr. C. y M., solamente se establece que los Instrumentos Públicos son los expedidos por Notario, por lo tanto para saber cuáles son estos documentos siempre debe acudirse a lo que regula la Ley del Notariado.

En este sentido los Instrumentos Públicos del Art. 999 Com, no han perdido el valor probatorio en los juicios Mercantiles, aun pueden ser propuestos por las partes bajo esta denominación, lo que no sucede con los Instrumentos Auténticos a los que se refieren los párrafos siguientes.

⁴⁵¹ Código Civil. Art. 1571. El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular.

4. 3. 1. 2 INSTRUMENTOS AUTÉNTICOS

Los Instrumentos Auténticos, de acuerdo al Art. 999 Com., son aquellos documentos emitidos por funcionarios públicos encargados de una función sea administrativa o judicial en virtud de la cual están obligados a documentar Actos Jurídicos⁴⁵², su regulación se encontraba en el Art. 260 del Código de Procedimientos Civiles⁴⁵³, el cual fue derogado de forma expresa, por efecto de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil.

La única diferencia que existía entre los Instrumentos Auténticos y los Públicos es que los primeros provienen de un funcionario público; mientras que los segundos son emitidos por un Notario quien no es funcionario público, sino que únicamente tiene a su cargo una función pública.

El Código de Procedimientos Civiles constituía la fuente que daba vida jurídica al Documento Auténtico, en su texto se le confería el valor probatorio que debía tener en los Juicios Mercantiles y Civiles. Por lo tanto no tiene

⁴⁵² VELASCO ZELAYA, M. op cit. Pág. 46. Expresa que los instrumentos auténticos son los emanados de funcionarios sean estos administrativos o judiciales, quienes se encuentran obligados en virtud de la ley, a documentar sus actuaciones o las ajenas. *“Existe en nuestra legislación positiva la regulación de instrumentos cuyo contenido representa la actuación de funcionarios sea administrativos o judiciales que tienen, entre otras atribuciones de documentar sea sus propias actuaciones o las ajenas”.*

⁴⁵³ Código de Procedimientos Civiles, Art. 260: *“Hacen plena prueba, salvo los casos expresamente exceptuados, los instrumentos auténticos. Se entienden por tales:*

1º Los expedidos por los funcionarios que ejercen un cargo por autoridad pública en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones;

2º Las copias de los documentos, libros de actas, catastros y registros que se hallen en los archivos públicos, expedidas por los funcionarios respectivos en la forma legal;

3º Las certificaciones sobre nacimientos, matrimonios y defunciones, dadas con arreglo a los libros por los que los tengan a su cargo; y

4º Las certificaciones de las actuaciones judiciales de toda especie, las ejecutorias y los despachos librados conforme a la ley.

Los instrumentos a que se refiere el presente artículo, podrán ser extendidos usando sistemas fotográficos de acuerdo con las prácticas administrativas que el Gobierno adopte en sus distintas dependencias. En tales casos el valor del papel sellado que corresponda al instrumento se compensará con timbres fiscales”.

sentido que la ley positiva se refiera a una institución que ha dejado de tener base legal dentro del marco jurídico de El Salvador.

Lo anterior no quiere decir que esta clase de Documentos ya no tengan fuerza probatoria dentro del proceso Mercantil de El Salvador, lo que sucede es que al derogarse el Código de Procedimientos Civiles y entrar en vigencia el Código Procesal Civil y Mercantil, los que eran conocidos como Instrumentos Auténticos, pasaron a formar parte de los Instrumentos Públicos y asumieron esta misma denominación⁴⁵⁴.

Para el Código Procesal Civil y Mercantil, son Instrumentos Públicos según el Art. 331, ***“Los documentos expedidos por autoridad o funcionario público en el ejercicio de su función”***, lo que según se menciona para el Código de Procedimientos Civiles eran Instrumentos Auténticos: por lo tanto en los juicios Mercantiles ya no existen los Instrumentos Auténticos ahora se denominan Instrumentos Públicos.

4. 3. 1. 3 INSTRUMENTOS PRIVADOS

Se trata de documentos literales emanados de personas particulares, en los que se hacen constar actos jurídicos como lo son negocios jurídicos no solemnes; aquellos que no requieren formalidades según la ley para tener existencia y validez, incluso no existen restricciones en cuanto al idioma en

⁴⁵⁴ ESCRIBANO MORA, Fernando. Monografía *“La Prueba en el Proceso Civil”*, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador. 2001. Págs. 121 y 122. Agrupa dentro de los Instrumentos Públicos además de los documentos notariales a los documentos administrativos y los documentos judiciales dejando de lado la distinción que incorporaba el Art. 260 del anterior Código de Procedimientos Civiles, divide a los Instrumentos Públicos por lo tanto en tres grupos, los documentos notariales, los documentos administrativos y los documentos judiciales.

que deben ser redactados⁴⁵⁵; su regulación y valor probatorio se encuentra en el Art. 1573 del Código Civil⁴⁵⁶. De igual forma que el Art. 999 Com., el Código Procesal Civil y Mercantil también se refiere a esta clase de documentos en el Art. 332, concediéndoles la categoría de Medios Probatorios, prácticamente bajo las mismas condiciones.

Por lo que se ha expresado anteriormente se puede concluir que: la Prueba Documental introducida a través de los Instrumentos Públicos y Privados que corresponden al Art. 999 del Código de Comercio son aplicables a los juicios mercantiles que se encuentran regulados por el Código Procesal Civil y Mercantil aplicando las reglas de proposición que aquí se regulan.

En cuanto a su valoración debe considerarse que el Código Procesal Civil, integra al sistema de valoración en materia Mercantil, las reglas de la Sana Crítica; sin embargo en lo referido a la valoración de los Medios Documentales el mismo mantiene la aplicación de la prueba tasada de acuerdo al Art. 416 C. Pr. C. y M⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ ARAZI, Roland, *“Derecho procesal...”* ob. cit. Pág. 394. Manifiesta que se trata de documentos emitidos por las partes que intervienen en un negocio jurídico sin intervención de terceros, por lo que no están sujetos a ningún tipo de requisitos de forma. Para Arazi los Instrumentos Privados son: *“documentos literales emanados de las partes, sin intervención de otras personas, salvo los interesados. Estos documentos no están sujetos a formalidad alguna; pueden carecer de fecha o estar fechados en días feriados, escritos en idioma extranjero, etc.”*

⁴⁵⁶ Código Civil. Art. 1573: *“El instrumento privado, reconocido judicialmente por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los hechos que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos”.*

⁴⁵⁷ Código Procesal Civil y Mercantil. Art. 416: *“El juez o tribunal deberá valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica.*

No obstante lo anterior, en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado. El juez o tribunal deberá atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinando si conduce o no a establecer la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Cuando más de una prueba hubiera sido presentada para establecer la existencia o el modo de un mismo hecho, dichas pruebas deberán valorarse en común, con especial motivación y razonamiento”.

En el mismo orden corresponde ahora analizar la efectividad de las facturas como medio para probar las obligaciones Mercantiles, y por lo tanto su aplicación en los procesos Mercantiles, a lo que se procede a continuación.

4. 3. 2 FACTURAS

Según lo expresa **Lara Velado**⁴⁵⁸, las facturas comerciales son Documentos Mercantiles que sirven para acreditar un negocio jurídico que puede consistir en una compraventa de bienes o en la prestación de un servicio, que pueden servir para probar la existencia de un crédito, es decir un saldo por pagar a favor del comprador, o bien el pago total del precio del bien o servicio y su entrega; por lo que resulta razonable que la ley mercantil le otorgue el carácter de Prueba Judicial.

El concepto anterior detalla de la mejor manera posible la institución de la factura, sin embargo el mismo termino y significado puede ser asumido por distintos tipos de documentos que se movilizan en el tráfico comercial de El Salvador, lo que convierte a la regulación del Art. 999 Com., en imprecisa, haciendo necesaria su delimitación, indicando a que Documento se refiere.

Al respecto se pueden identificar al menos tres tipos de documentos que se denominan bajo el término “*factura*” y que tienen entre sus utilidades la de comprobar la compraventa de mercaderías y la prestación de servicios, de los cuales se presenta a continuación el detalle.

⁴⁵⁸ LARA VELADO, R. ob. cit. Pág. 243. Indica que las facturas son: “*Documentos Mercantiles que comprueban la compraventa de mercaderías; debidamente aceptadas por el comprador constituyen una prueba escrita de la obligación que tiene de pagar el precio de las mismas; si están canceladas constituyen prueba del pago del precio y la adquisición de los bienes*”.

a) Factura Fiscal

Son Documentos de naturaleza tributaria, que tienen como función principal constituir un registro formal de los ingresos que obtienen las personas inscritas como contribuyentes, permitiendo un control de los actos generadores que sirven para determinar los impuestos que corresponden según el monto de las operaciones, estos se encuentran regulados en el inciso segundo del Art. 107 del Código Tributario⁴⁵⁹, en donde se impone la obligación a los contribuyentes de emitir facturas cuando se vendan bienes o presten servicios a personas que se identifiquen como consumidores finales.

De hecho las sociedades mercantiles tienen la obligación tributaria de registrarse como contribuyentes por lo establecido en el Inc. 3º del Art. 86 Código Tributario⁴⁶⁰, desde el momento en que son constituidas, lo que les implica sujetarse a la obligación del Art. 107 del mismo código, deben emitir facturas fiscales las que han de cumplir con los requisitos que en el mismo se establecen.

⁴⁵⁹ Código Tributario de El Salvador, D. O. No. 242, Tomo N. 313, del 21 de diciembre de 1991. Art. 107 Inc. 2º. *“Cuando se trate de operaciones realizadas con consumidores finales, deberán emitir y entregar, por cada operación, un documento que se denominará “Factura”, la que podrá ser sustituida por otros documentos o comprobantes equivalentes, autorizados por la Administración Tributaria. Los contribuyentes del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, en ningún caso deberán tener en sus establecimientos para documentar las transferencias de bienes o prestaciones de servicios que realicen, Facturas Comerciales u otro documento distinto a los previstos en este Código. Se faculta a la Administración Tributaria para proceder al decomiso y destrucción de los mismos”.*

⁴⁶⁰ Código Tributario. Incisos segundo y tercero del Art. 86. *“Deberán inscribirse en el Registro los sujetos pasivos que de conformidad a los supuestos establecidos en este Código o en las leyes tributarias respectivas, resulten obligados al pago de los diferentes impuestos administrados por la Administración Tributaria, incluyendo los exportadores e importadores habituales. El plazo para inscribirse será dentro de los quince días siguientes a la fecha de iniciación de las actividades. Las personas jurídicas, fideicomisos, sucesiones y los entes colectivos sin personalidad jurídica están sujetos a la obligación establecida en el inciso precedente, desde la fecha de su constitución, de su surgimiento, apertura o establecimiento, según sea el caso”.*

Pero además estas facturas también comprueban la existencia de un Negocio Jurídico, lo que el Código Tributario denomina “operación”, el que puede consistir en la compraventa de bienes o prestación de servicios, en virtud de lo cual adquieren efectividad para acreditar esa relación, lo que en virtud del Art. 999 Com., significa que son Documentos pertinentes para probar las obligaciones Mercantiles.

b) Factura Comercial

Se trata de Documentos Mercantiles que sirven únicamente para representar un Acto Jurídico Mercantil, que comprueba normalmente compraventa de mercadería⁴⁶¹.

A diferencia de las facturas fiscales, las facturas comerciales no representan ninguna utilidad tributaria, como se menciona únicamente registran un Negocio Jurídico de naturaleza Mercantil; pero tienen elementos comunes como el hecho de ser emitidas por personas particulares, lo que les da el carácter de Documentos Privados.

Lo anterior quiere decir que ninguno de los dos tipos de facturas tiene fuerza ejecutiva, por lo tanto hay que seguir las reglas del reconocimiento de la obligación para poder hacer efectivo un reclamo teniendo como Documento base de la acción sea una factura comercial o una factura fiscal. Entonces las facturas que se han revisado anteriormente, se rigen por las

⁴⁶¹ HERRERA FUMAGALLI, P, ob. cit. Págs. 62 y 63. Expresa que la Factura Comercial es un documento que representa un acto jurídico mercantil; porque el hecho que en ella consta está impulsado por la voluntad; y se halla dotado de determinados efectos jurídicos; contienen todas las características de un documento por que registra y representa una voluntad jurídica; pero carece de la fuerza de un Documento Público o de un Título valor; es un instrumento privado.

mismas reglas que los Documentos Privados en cuanto a los efectos que tienen entre las partes, como a su Efectividad Procesal.

c) Facturas Cambiarias

Hasta el año de mil novecientos noventa y nueve, la factura comercial represento la única manera de hacer constar la compraventa de mercaderías de una forma inmediata y segura, lo que resulta indispensable para el comerciante que busca realizar sus negocios de forma acelerada y económica⁴⁶².

En el año en comento entro en vigencia el Régimen Especial de las Facturas Cambiarias y los Recibos de las mismas, que reconoce fuerza ejecutiva y les da el carácter de Títulosvalores a las facturas comerciales que cumplan con los requisitos que esta ley establece; respondiendo a las necesidades de crear un Documento con la efectividad jurídica suficiente para documentar las operaciones mercantiles y al mismo tiempo con la fuerza suficiente para reclamar en caso de incumplimiento.

El inconveniente que presenta la factura comercial es el hecho de ser como se detalló en párrafos previos, un Documento Privado, que carece de fuerza ejecutiva, por lo que en caso de un supuesto incumplimiento por parte del deudor, el comerciante debe primero seguir un proceso declarativo de obligación que le permita posteriormente acceder al uso de una acción ejecutiva.

⁴⁶² VELASCO ZELAYA, M, ob. cit. Pág. 39. Menciona que las facturas comerciales eran la forma de comprobar la compraventa de mercaderías, hasta la vigencia del Régimen Especial de las Facturas Cambiarias y los Recibos de las mismas, lo que incorporo al tráfico mercantil un nuevo Titulovalor denominado Factura Cambiaria. *“Antes que las Facturas Cambiarias fueren títulos valores como subrayaremos con posterioridad, eran documentos comerciales en virtud de los cuales se comprobaba la compraventa de mercaderías”*.

Esto significa un desgaste, tanto para el comerciante que debe invertir dinero y tiempo en un doble esfuerzo para cobrar lo que le corresponde, como para el sistema judicial que primero debe conocer de un juicio declarativo que de paso a un posterior juicio ejecutivo.

Por lo que la creación de un régimen especial como el que se menciono, significaba una ventaja para el tráfico mercantil pues se trataba de incorporar un nuevo Títulovalor que posibilita documentar la obligación del comprador para con quien emite la factura cambiaria; de la misma forma implica el beneficio de dotar a este documento según lo expone Roberto Lara Velado con la posibilidad de circulación⁴⁶³.

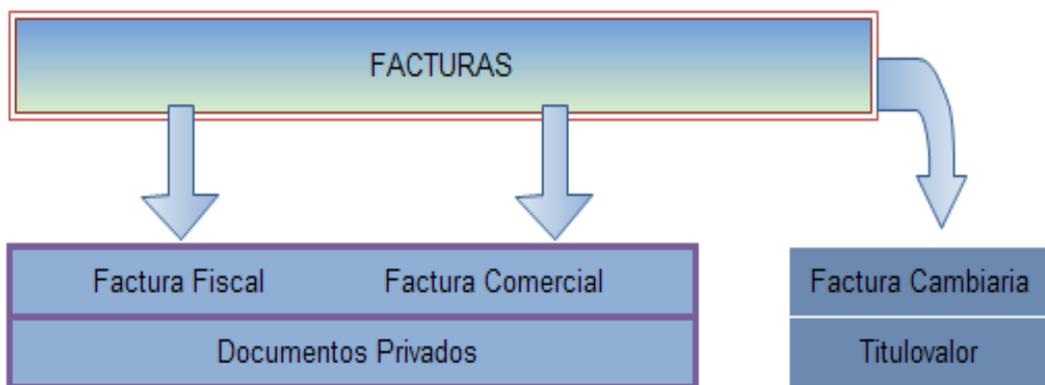
De acuerdo con lo anterior, las Facturas Cambiarias son según el Art. 1 del Régimen Especial de las Facturas Cambiarias y los Recibos de las mismas⁴⁶⁴, auténticos Títulosvalores, que poseen fuerza ejecutiva y una regulación jurídica propia que las deja fuera de los alcances del Art. 999 Com., y por el contrario las ubica como títulos ejecutivos dentro del 4º del Art. 457 C. Pr. C. y M., por lo que no es posible considerar a las Facturas Cambiarias como facturas que comprueban las obligaciones mercantiles, tal como lo indica el Art. 999. Com.

⁴⁶³ LARA VELADO, R. ob. cit. Pág. 244. Cuando este autor se refirió al tema de las Facturas Cambiarias, aun no existía el Régimen Especial de las Facturas Cambiarias y los Recibos de las mismas, pero si la necesidad de un Documento como este, lo que para el autor representa una *“utilidad innegable tanto para documentar la obligación del comprador para con la empresa vendedora, como para darle la posibilidad de circulación, con lo beneficios que este puede traer para el comercio”*.

⁴⁶⁴ Régimen Especial de las Facturas Cambiarias y los Recibos de las mismas. Art. 1. *“La factura cambiaria es el Títulovalor que, en la compraventa de mercancías, y la prestación de servicios, el vendedor o prestador podrá librar y entregar o remitir al comprador y que incorpora un derecho de crédito sobre la totalidad o la parte insoluta del precio”*.

El comprador o adquirente de los servicios estará obligado a devolver al vendedor o prestador, debidamente aceptada, la factura cambiaria original en las condiciones establecidas en la presente ley. No se podrá librar factura cambiaria que no corresponda a una entrega real o simbólica de mercaderías vendidas o a un servicio efectivamente prestado.

Pero tanto las facturas fiscales como las facturas comerciales constituyen Instrumentos Privados, los que presentan una regulación especial en el Código Procesal Civil y Mercantil, por lo tanto si bien no se consideran excluidas como medios de prueba estas facturas deben ceñirse a las reglas establecidas en el Art. 332 del C. Pr. C. y M., lo que se puede ilustrar de la siguiente forma:



4. 3. 3 CORRESPONDENCIA POSTAL Y TELEGRÁFICA RECONOCIDA

La actividad comercial es constante y a través del tiempo se ha adaptado a los cambios sociales, sirviéndose en la mayoría de ocasiones de los beneficios que representan estos cambios, para favorecer la producción y la comercialización de bienes y de servicios⁴⁶⁵, por lo que en el transcurso del tiempo los comerciantes se han valido de los métodos más novedosos, para desempeñar su actividad comercial, por supuesto siempre que les

⁴⁶⁵ BROSETA PONT, M., ob. cit. Pág. 50. Expresa que el comercio no solamente se adapta al entorno social que lo rodea; sino que además se aprovecha de las condiciones sociales y materiales de cada época para incrementar la producción de los bienes, y agilizar la prestación de servicios; así mismo para comercializarlos de forma más ágil y eficaz. *“La actividad económica realizada por empresas está dominada por la especialización, la racionalización y la concentración industrial. El progreso tecnológico permite que las grandes empresas realicen en masa una actividad de producción o de intermediación en el mercado de los bienes y de los servicios”.*

permita tener las medidas de seguridad suficientes para garantizar la situación jurídica de sus negocios; lo cual se consigue mediante la documentación de sus actividades.

Teniendo en cuenta además que uno de los objetivos del comerciante es expandir sus negocios a grandes distancias; en virtud de lo cual, en determinada época la forma más ágil y efectiva para documentar los negocios jurídicos de los comerciantes era, y aun en la actualidad puede serlo, la celebración de negocios a través de la comunicación escrita y los mensajes masivos.

Dentro de estos mecanismos se encuentran los que continuación se detallan, iniciando con el estudio de la Correspondencia Postal y finalizando con el de la Correspondencia Telegráfica, los que tratan de forma conjunta por presentar muchas similitudes, en cuanto a su valor probatorio.

4. 3. 3. 1 CORRESPONDENCIA POSTAL

La forma en que el comerciante ha desarrollado sus actividades se ha modificado a través del tiempo, basta con analizar en la actualidad como los medios tecnológicos facilitan el celebrar negocios a grandes distancias, entre personas que se encuentra a miles de kilómetros; sin embargo hasta antes de que el avance tecnológico permitiera estas facilidades, los comerciantes utilizaban métodos que hoy podrían considerarse incluso un tanto rudimentarios.

Una de estas formas de negociación que en la actualidad es poco o nada utilizado es a través de correspondencia postal, **es decir**: la transmisión

explícita de mensajes entre personas que no se encuentran en el mismo sitio, y cuya comunicación se propicia mediante un soporte físico, que consiste en un documento. Mediante este método es posible la celebración de contratos a través del cruce de cartas. Se trata de un proceso que se desarrolla mediante distintos actos, cada uno de los cuales son documentados en las respectivas cartas, que normalmente inicia con la oferta hecha por el comerciante; lo importante de cada una de las caras es que contienen actos jurídicos generadores de obligaciones y de derechos.

Un ejemplo de esto es la mencionada oferta que hace el comerciante a través de la correspondencia, esta oferta obliga al comerciante a celebrar el contrato en las condiciones indicadas en la carta de oferta como resultan ser el precio, la modalidad y el lugar en donde se ejecutará el contrato⁴⁶⁶.

Ante la oferta el destinatario puede presentar distintas conductas, puede aceptarla o no, de igual forma puede emitir una contra oferta; si decide aceptarla, lo hará constar mediante el documento respectivo, la contestación de la oferta, lo mismo que si decide realizar una contra oferta, esta carta es otro documento el cual comprueba la actitud adoptada por el destinatario de la oferta.

De esta manera cada acto mediante el cual se perfecciona el contrato se documenta mediante las cartas emitidas por las partes que lo celebran, las cuales son documentos de carácter privado⁴⁶⁷, en tal sentido este tipo de

⁴⁶⁶ LARA VELADO, R. ob. cit. Pág. 254. Expresa que la oferta genera obligaciones para el comerciante que la emite, por tratarse de un compromiso que el mismo ha contraído, de esta manera lo regula también el Art. 970 Com., al indicar que la oferta al público obliga al comerciante que la hace. *“La oferta u opción es el compromiso, libremente contraído por el comerciante de celebrar un contrato en determinadas condiciones, para con otra persona”*.

⁴⁶⁷ VELASCO ZELAYA, M, ob. cit. Pág. 39. Retoma las palabras de Roberto Lara Velado para explicar que la correspondencia postal tiene valor de documento privado, y se debe sujetar a sus reglas para ser considerada como prueba dentro del proceso mercantil, presentando por lo tanto el valor probatorio

prueba puede encuadrarse al Art. 332 C. Pr. C. y M., siendo aplicables todas las reglas de la prueba Instrumental a la que el Código de Comercio denomina como Correspondencia Postal.

4. 3. 3. 2 CORRESPONDENCIA TELEGRÁFICA RECONOCIDA

De la misma forma que la correspondencia postal, la telegráfica consiste en Documentos intercambiados por las partes que celebran un contrato mercantil; con la diferencia que en este tipo de correspondencia no se utiliza el sistema epistolar, por lo que la parte que hace uso de este tipo de prueba está obligado a comprobar que el Documento presentado realmente fue emitido por la persona que adquiere la obligación, esto de acuerdo con lo establecido en el Art. 1000 Com⁴⁶⁸.

Lo anterior es necesario porque la correspondencia telegráfica deriva de la utilización de los medios telemáticos, como el telégrafo, en la actualidad, el fax, el telefax, el burofax, el teletexto, los que no permiten asegurar que el documento fue enviado y emitido por la persona que aparece como remitente⁴⁶⁹, sobre la forma de emisión del documento telegrafiado, la

de los Instrumento Privados. *“La correspondencia tiene el valor de documento privado; consiguientemente su fuerza probatoria se rige por las normas aplicables a los documentos de esta clase contenidas en la legislación común”.*

⁴⁶⁸ Código de Comercio. Art. 1000. *“La correspondencia telegráfica probará contra quien se presente siempre que se demuestre en juicio que el mensaje procede de éste o de quien tenga facultades de representarlo u obligarlo”.*

⁴⁶⁹ GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel. *“Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil”* en revista *“Derecho y Conocimiento”* de la Universidad de Huelva, España 2001. Pág. 77. *Manifiesta que pueden ser utilizados como prueba los “instrumentos telemáticos: se incluyen, en este grupo, todos los instrumentos que derivan de la utilización de los medios telemáticos, del teléfono y del telégrafo, y, en la actualidad, del telex, el fax, el telefax, el burofax, el teletexto, etc (como son el telegrama, los documentos teleremitidos, etc)”.*

Sala de lo Civil ha dicho que puede generarse a de mecanismos tecnológicos diferentes al telégrafo sin que pierda por esta razón valor probatorio⁴⁷⁰.

Por lo mismo el Código exige que el facsímile o documento en donde conste el telegrama sea reconocido por la persona en contra de quien se reclama, lo que puede hacerse de manera voluntaria o dentro del proceso si no se impugna su autenticidad; de lo contrario el documento no tiene valor probatorio.

Fuera de esta regla, lo concerniente a la correspondencia telegráfica se sujeta a lo establecido para la correspondencia postal, por lo que se considera un Documento Privado siendo adecuado aplicarle las reglas de los Instrumentos Privados; pero manteniendo la obligación de demostrar que el Documento en realidad fue emitido por la persona contra quien se reclama, o por otra persona siempre que tenga facultades para obligarlo por tratarse de una disposición especial relativa a esta prueba.

De lo anterior **se concluye que** si la correspondencia postal y la correspondencia telegráfica son Documentos de naturaleza Privada, a los mismos de les debe aplicar lo que dispuso el Código Procesal Civil y Mercantil para los Instrumentos Privados; pero en el caso de la correspondencia telegráfica siempre será aplicable lo establecido por el Art.

⁴⁷⁰ Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva 1651- 2004, de las 11:05:00 del 30/07/2004. Expresa que la correspondencia telegráfica no se constituye únicamente de telegramas enviados a través de un telégrafo, también se refiere a documentos que han sido emitidos mediante nuevos mecanismos *“la prueba telegráfica consistente en facsímile, debe valorarse tomando en cuenta los principios evolutivos del derecho, pues considerando la evolución tecnológica en materia de comunicación y atendiendo a las particularidades del contrato de Agencia Representación que se pretende establecer, en el cual una forma de probarse es a través de la correspondencia cruzada que pueda existir entre las empresas relacionadas, el simple hecho de ser fax la prueba telegráfica presentada, no descarta la valoración de la misma para establecer los extremos de la demanda”*.

1000 del Código de Comercio, pues es un precepto especial para este tipo de prueba que no se encuentra contenido en la nueva legislación.

4. 3. 4 REGISTROS CONTABLES

Una obligación de los comerciantes es llevar la contabilidad de sus ingresos y egresos debidamente organizada, obligación que esta enunciada en el Art. 435 del Código de Comercio⁴⁷¹, de tal forma que exista una constancia ordenada de las cuentas de las operaciones Mercantiles celebrada por el comerciante, para que se pueda conocer de forma exacta la su situación económica⁴⁷².

Una debida contabilidad permite al comerciante conocer el estado de sus operaciones, la situación financiera de la empresa y los negocios, así como para prever resultados de los mismos, lo que le permitirá dirigirse de forma adecuada, desempeñando sus actividades de manera segura, para minimizar las posibilidades de enfrentarse con pérdidas económicas⁴⁷³.

⁴⁷¹ Código de Comercio. Art. 435; *“El comerciante está obligado a llevar contabilidad debidamente organizada, de acuerdo con alguno de los sistemas generalmente aceptados, autorizados por la oficina encargada de la vigilancia del Estado; y a conservar en buen orden la correspondencia y demás documentos probatorios”*.

El comerciante debe llevar los siguientes registros contables: Estados Financieros, Diario y Mayor, y los demás que sean necesarios por exigencias contables o por ley.

La Oficina mencionada puede autorizar, en los casos en que la naturaleza del sistema de contabilidad adoptado así lo requiera, que la contabilidad se lleve en hojas separadas y que se hagan en el Diario anotaciones resumidas o cualesquiera otras modificaciones.

⁴⁷² LARA VELADO, R. ob. cit. Págs. 140 y 141. Expresa que la forma de conocer el estado real de la situación económica del empresario es mediante la contabilidad mercantil, para lo que el comerciante debe llevar en orden y cumpliendo con los requisitos que la ley establece en lo relativo a la forma y al sistema contable que debe adoptarse indicando que: *“la obligación de llevar contabilidad es una de las más antiguas que tiene los comerciantes... la legislación vigente establece esta obligación y señala como indispensable el antiguo sistema contable de partidas de Debe y Haber”*.

⁴⁷³ URÍA, Rodrigo. *“Derecho Mercantil”*, editorial Marcial Pons, Madrid, España, vigésimo segunda edición, 1995. Pág. 62. Manifiesta que antes de ser una obligación impuesta por la ley, la contabilidad es para el comerciante una herramienta de inapreciable valor, que le permite conocer su situación económica real y las posibilidades futuras que responde a sus necesidades económicas y técnicas, al respecto expresa que: *“El ejercicio de una empresa como actividad organizada y planificada que*

Pero mediante la imposición de esta obligación en el ordenamiento jurídico se persiguen otras finalidades que van más allá de los intereses particulares del comerciante, de acuerdo con **Lara Velado**, estos objetivos son los siguientes: *“servir de fuente de información de aquellos datos que el público debe de conocer, para decidir con conocimiento de causa, sobre determinados negocios a realizarse con la empresa; y suministrar prueba, en las condiciones fijadas por la ley, de determinadas obligaciones y relaciones jurídicas del comerciante”*⁴⁷⁴.

De acuerdo con lo anterior, los registros contables pueden servir como elementos probatorios, lo que es confirmado por el Art. 999. Com, que los enuncia como una de las formas de probar las obligaciones Mercantiles, lo que se hace a través de la exhibición de los libros contables respectivos. Al respecto se deben identificar cuáles son los documentos que conforman los registros contables; cuando se puede hacer uso de esta prueba; y el valor probatorio que representan los registros contables.

El Código de Comercio indica que conforman el registro contable del comerciante los Estados Financieros que se documentan en los libros Diario y Mayor según el Inc. 2° del Art. 435, en el libro Diario se registran las operaciones diarias relativas a la actividad de la empresa⁴⁷⁵; mientras que en

persigue la obtención de una ganancia racionalmente calculada, nunca podría conseguir ese resultado sin la llevanza, por el empresario, de una contabilidad escrita que le dé a conocer día por día, la marcha de las operaciones, la situación de los negocios y el rendimiento de los mismos”.

⁴⁷⁴ LARA VELADO, R. ob. cit. Pág. 141. Para quien los objetivos de la contabilidad del comerciante no se limitan únicamente a intereses económicos y técnicos del comerciante como el de *“establecer la situación económica real de la empresa”* que le permitan al comerciante tomar decisiones sobre el rumbo a seguir; sino que sirven también al orden público, tanto para con terceros como para con el Estado, con la finalidad de asegurar a la Sociedad la legal existencia de determinada empresa Mercantil.

⁴⁷⁵ URÍA, R. ob. cit. Pág. 63. Expresa que es obligación de los comerciantes llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su actividad Mercantil, la que se debe documentar en los libros contables respectivos, dentro de los cuales sitúa al libro Diario, en donde manifiesta el empresario *“habrá de*

libro Mayor, se registran de forma cronológica las cuentas de activos, pasivos y el patrimonio del comerciante, **es decir** que aquí se documentan las cuentas individuales o colectivas de los bienes materiales, derechos y créditos que integran el activo; y las deudas y obligaciones que forman el pasivo.

Los registros contables de los comerciantes pueden ser propuestos y exhibidos como prueba en los juicios Mercantiles cuando se discuta sobre hechos materiales de carácter patrimonial del comerciante, por ejemplo en los procesos de Disolución de Sociedades, cuando la casual alegada sea la perdida de las dos terceras partes del capital social; y para la declaración de quiebra del comerciante. De la misma forma puede proponerse este tipo de prueba cuando el examen de los Estados Financieros permita al juez dilucidar discrepancias en cuanto a los elementos de un contrato, situación en la que se estará a lo dispuesto por el Art. 1002 C. Com⁴⁷⁶.

En el último de los casos no se trata de establecer la existencia o validez del contrato, o de una relación jurídica que implique el reconocimiento de Derechos y Obligaciones, pues el contrato no se asienta en los registros contables del comerciante; pero si se registran los efectos económicos de la ejecución del contrato, reflejando las prestaciones y perdidas que pueden generarse de esta ejecución.

registrar día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa". Indica además que los libros que el comerciante debe llevar para el orden de su contabilidad dependen del sistema adoptado por la legislación de cada país.

⁴⁷⁶ Código de Comercio. Art. 1002. *"Si apareciere diferencia entre los ejemplares de un contrato que presenten las partes en juicio, el asunto se dilucidará de acuerdo con los asientos de contabilidad de los contratantes; hará fe la contabilidad mercantil de aquél que la lleve en forma legal; llevándola ambos, cualquier otro medio de prueba; si ambos alegaren probanzas de igual fuerza, el Juez resolverá a favor del demandado"*.

En cuanto al valor probatorio de los registros contables, se estará a lo dispuesto para los Instrumentos Privados, por lo tanto se valoraran conforme a las reglas de la prueba tasada, tomando en consideración para graduar su fuerza probatoria, el orden en el que son llevados los asientos y el cumplimiento de los requisitos legales; de tal forma que hacen fe preferiblemente los registros contables del comerciante que los lleva de forma ordenada cumpliendo con los requisitos establecidos por los Arts. 436, 438 y 439 Com⁴⁷⁷.

Por la razón mencionada, los Registros Contables se incorporan al proceso a través de la prueba por Instrumentos Privados que el Código Procesal Civil y Mercantil regula en el Art. 332⁴⁷⁸; pero manteniendo las anteriores reglas especiales relativas a este tipo de prueba contenidas en el Código de Comercio. Antes de la vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, la regulación de la fuerza probatoria de los Registros Contables y de su valoración era más amplia por lo establecido en Código de Procedimientos Civiles.

Por lo que la derogación del Código de Procedimientos Civiles implicó el desaparecimiento de normas que establecían de forma especial reglas relativas a la prueba introducida mediante Registros Contables, lo que genera un vacío legal debido a que el Código de Comercio en el Art. 150, remite a aquel cuerpo legal; mientras que el Código Procesal Civil y Mercantil

⁴⁷⁷LARA VELADO, R. ob. cit. Pág. 144. Indica que tienen preferencia probatoria los registros contables que son llevados con las formalidades que la ley establece, *“cuando entre las contabilidades de dos comerciantes hubiese discrepancias, la que haya sido llevada con todas las formalidades legales, hará fe contra la que tenga deficiencias formales, salvo que por otros medios de prueba se demuestre lo contrario”*.

⁴⁷⁸ Art. 332 C. Pr. C. y M.: *“Instrumentos privados son aquellos cuya autoría es atribuida a los particulares.*

También se considerarán instrumentos privados los expedidos en los que no se han cumplido las formalidades que la ley prevé para los instrumentos públicos”.

contienen solamente regulaciones generales para los Instrumentos Públicos y los Privados y no hace otra referencia a los Registros Contables, más que la del Art. 256 en cuanto a las Diligencias Preliminares⁴⁷⁹.

En este sentido, se concluye que para incorporar Registros Contables como prueba en el Proceso Mercantil debe de hacerse como un Instrumento Privado⁴⁸⁰, atendiendo a las regulaciones del Código Procesal Civil y Mercantil; pero aplicando para su valoración lo dispuesto en Código de Comercio.

4. 3. 5 TESTIGOS

La prueba testimonial a la que se refiere el Art. 999 Com., dejó de tener regulación con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, que derogó de forma expresa la Ley de Procedimientos Mercantiles y el Código de Procedimientos Civiles; por lo que desde ese momento la prueba de Interrogatorio de Testigos del Art. 354 y siguientes C. Pr. C. y M.⁴⁸¹, sustituyó a la prueba de testimonial como medio para probar los obligaciones mercantiles.

⁴⁷⁹ Art. 256 C. Pr. C. y M. “Sin perjuicio de las que específicamente puedan prever las leyes especiales materiales o procesales, las diligencias preliminares podrán tener por objeto...”

4°. *La exhibición por el poseedor de documentos en los que consten actos de última voluntad, o documentos y cuentas societarias...*”.

⁴⁸⁰ HERRERA FUMAGALLI, P., ob. cit. Págs. 47 y 48. Expresa que los registros contables del comerciante se consideran documentos privados que pueden servir como prueba en los juicios mercantiles porque a través de ellos el juez puede obtener elementos de valoración que le permitan establecer la verdad procesal para dictar una sentencia fundamentada. “*En principio podríamos decir que un instrumento o escritura privada, agregada a los autos de un juicio mercantil, puede llegar a ostentar la calidad de medio de prueba, en tanto en cuanto puede suministrarle al juez, elementos de convicción según la libre apreciación que la misma ley le da en estos casos., ejemplo: los registros contables llevados por los comerciantes*”.

⁴⁸¹ Art. 354 C. Pr. C. y M.: “*Las partes podrán proponer, como medio de prueba, que presten declaración en el proceso las personas que, sin ser partes, pudieran tener conocimiento de los hechos controvertidos que son objeto de la prueba*”.

La afirmación anterior, es posible en virtud de las diferencias que existen entre una y otra prueba, las que fueron estudiadas detenidamente en el capítulo anterior; lo que según se menciona, no quiere decir que las obligaciones mercantiles ya no puedan probarse por medio de testigos; sino que, tanto la denominación del tipo de prueba, su forma de proposición, producción y valoración, han sido modificadas por el Código Procesal Civil y Mercantil.

La única regulación que no dejó de tener validez con la entrada en vigencia del Código procesal Civil y Mercantil, es la que establece que en materia Mercantil la prueba Testimonial es procedente sin importar la cuantía del proceso del Art. 1003 C. Com.⁴⁸², siempre que no se trate de pretensiones que necesitan de otro tipo de prueba para ser acreditadas⁴⁸³; es decir cuando la prueba idónea sea una distinta a la testimonial, no será procedente proponer testigos, lo anterior de acuerdo al Principio de Pertinencia de la Prueba.

⁴⁸² Código de Comercio Art. 1003. *“En materia mercantil, se admite la prueba testimonial, cualquiera que sea la cuantía del interés que se demande, salvo los casos en que la ley exige otro medio de prueba.”*

En los casos en que la ley exija prueba Instrumental específica, como la póliza de seguro y los títulos contratos de capitalización, de ahorro y préstamo, o de ahorro para adquisición de bienes, si se pierde o destruye el original, podrá pedirse su cancelación y reposición siguiéndose un procedimiento igual al que se establece para la cancelación y reposición de Títulosvalores de condiciones análogas. El Documento legalmente repuesto tendrá igual fuerza probatoria que el original”.

⁴⁸³ LARA VELADO, R. ob. cit. Pág. 258. Manifiesta que distinto a los procesos civiles, en los procesos de naturaleza Mercantil, no hay límites de cuantía en cuanto a la prueba testimonial; por lo que se puede hacer uso de ella tanto en los procesos declarativos comunes como en los abreviados: *“Las normas aplicables a la prueba testimonial son las mismas que rigen para materias civiles, con la única diferencia de que, en materia mercantil, es admisible este tipo de prueba cualquiera que sea la cuantía del interés que se demande”.*

CAPÍTULO V

INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

SUMARIO

5. 1 Exordio.- 5. 2 Análisis e Interpretación de Encuestas dirigidas a Abogados y Estudiantes de la Licenciatura en Jurisprudencia y Ciencias sociales.- 5. 3 Análisis de las Entrevistas realizadas a Jueces, secretarios y Colaboradores de los Juzgados de lo Civil y Mercantil de San Salvador.-

5. 1 EXORDIO

Todo trabajo de investigación se desarrolla en dos etapas a saber, la primera es la etapa investigativa en donde se recopila la información bibliográfica posible, aquí se comprende información contenida en libros, periódicos, revistas, afiches, la cual es resumida y analizada de acuerdo a los objetivos que se han establecido en el proyecto de la investigación; luego se encuentra la segunda etapa que consiste en la comprobación práctica de las diferentes tesis que se han planteado, esto se hace utilizando distintos instrumentos, que pueden consistir en la observación, el fichaje, la entrevista, la encuesta, según la naturaleza de la investigación que se desarrolla.

En el presente caso, por tratarse de una investigación de naturaleza social, se han escogido como instrumentos idóneos para la comprobación de la tesis y sub tesis, la entrevista y la encuesta que permiten obtener información del razonamiento y conocimiento de las personas. De tal forma que los instrumentos a utilizar han sido destinados a dos áreas del entorno social, la encuesta se plantea a estudiantes de la licenciatura en Ciencias Jurídicas y abogados; mientras que las entrevistas se destinan a personas

que tienen como función aplicar el C. Pr. C. y M., a continuación se muestran los resultados obtenidos a través de estos instrumentos y la interpretación que de esta información puede hacerse.

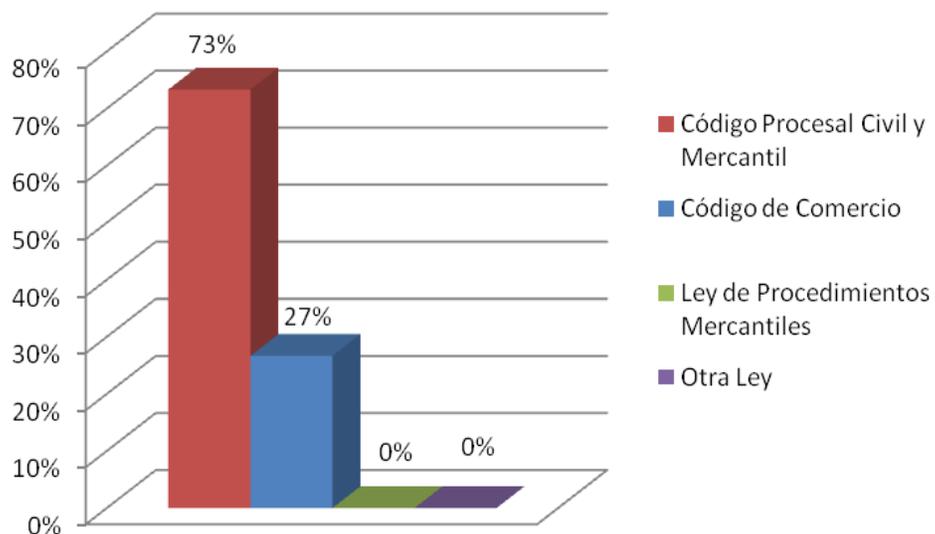
5. 2 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE ENCUESTAS DIRIGIDAS A ABOGADOS Y ESTUDIANTES DE LA LICENCIATURA EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

La opinión de los abogados y de los estudiantes de la carrera de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, constituye una fuente de información relevante para la presente investigación, a través de los diferentes puntos de vista que se obtienen mediante el instrumento de la Encuesta se podrá determinar la incidencia que ha tenido sobre la regulación del Código de Comercio la entrada en vigencia y aplicación del Código Procesal Civil y Mercantil.

No existe una mejor perspectiva del presente tema que la que puedan tener las personas que en el desarrollo de sus actividades se ven en la necesidad de analizar e interpretar las leyes procesales y sustantivas; de igual forma es importante la opinión de los estudiantes que debidamente instruidos por los docentes, conocen a cabalidad el contenido de leyes como el Código de Comercio y Código Procesal Civil y Mercantil que son fundamentales no solo de forma académica sino también constituirán en el futuro sus principales herramientas de trabajo. Las preguntas están redactadas de forma clara, haciendo uso del lenguaje jurídico que permita comprender a los encuestados la orientación de la encuesta.

1. ¿En cuál ley cree que se encuentran las normas que regulan la actividad del Proceso Mercantil?

Respuesta	Código Procesal Civil y Mercantil	Código de Comercio	Ley de Procedimientos Mercantiles	Otra Ley
Rango	22	8	0	0
Porcentaje	73%	27%	0%	0%



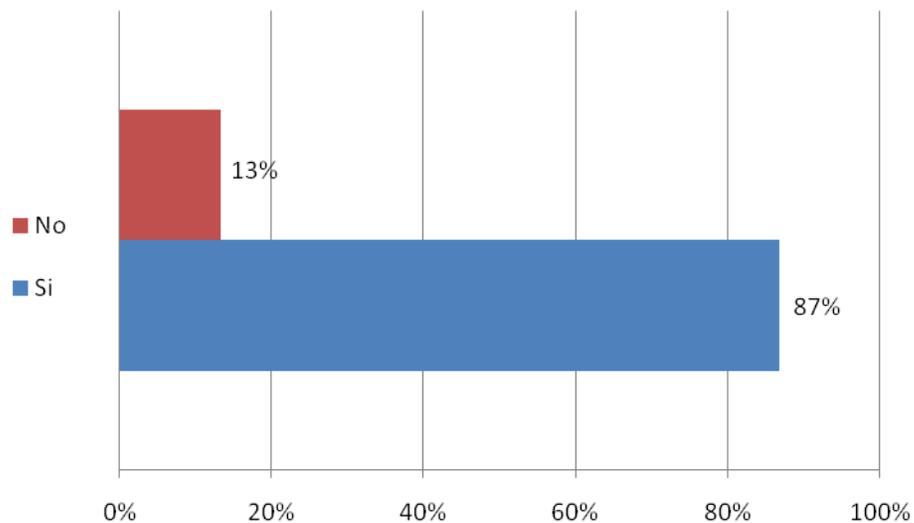
La encuesta está compuesta de once indicadores, que tienen como finalidad someter a consideración de una muestra la regulación que en materia probatoria incorpora el Código Procesal Civil y Mercantil, para de esta manera cumplir con el objetivo de “Identificar los efectos que tendrá la aplicación de los medios probatorios establecidos en el Código Procesal Civil y Mercantil en lo que dispone el Art. 999 del Código de Comercio”. La muestra para el presente instrumento de investigación la componen treinta personas entre Abogados y estudiantes del cuarto año en adelante de la licenciatura en Jurisprudencia y Ciencias Sociales, por poseer estas personas los conocimientos necesarios.

El Derecho Procesal regula en la mayoría de las legislaciones, como la de El Salvador, las normas encargadas de los actos procesales; pero existen excepciones en las que la ley sustantiva incorpora normas de naturaleza procesal lo que es del conocimiento de la mayoría de la población encuestada.

El resultado de la primera pregunta revela que 22 de los encuestados, equivalente al 73% de la muestra, saben que el proceso mercantil se encuentra regulado por la ley procesal, en este caso el Código Procesal Civil y Mercantil; y únicamente 8 personas, equivalente al 27% de los encuestados creen que es el Código de Comercio el encargado de esta regular esta materia, lo que no es correcto sin ignorar que este Código si contiene algunas normas de naturaleza procesal relacionadas con el trámite del proceso mercantil.

2. ¿Cree que el Proceso Mercantil debe tener una regulación especial?

Respuesta	Si	No
Rango	26	4
Porcentaje	87%	13%

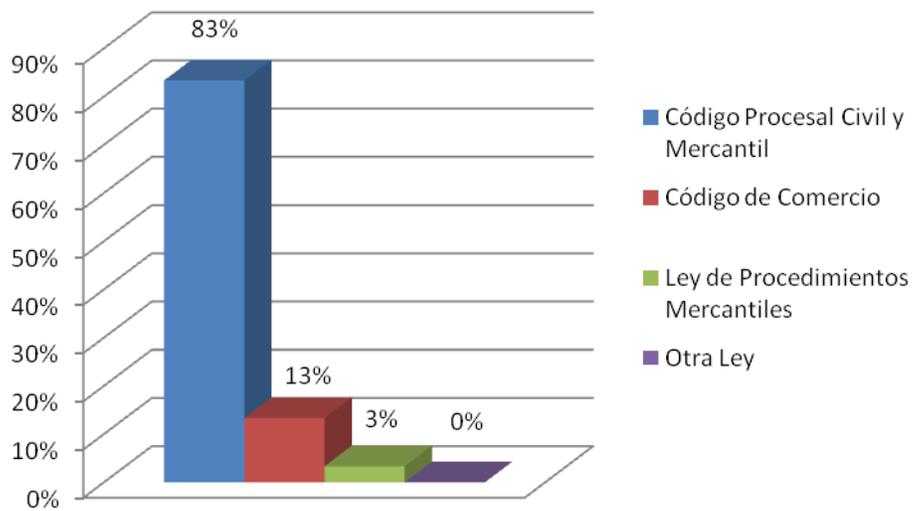


La naturaleza especial de las relaciones mercantiles, que las hacen diferente a las relaciones jurídicas de naturaleza civil, implica que deben sujetarse a regulaciones que se adapten a las distintas modalidades que este tipo de relaciones puedan adoptar, que es una de las razones que permitió el surgimiento del Derecho Mercantil, en el primer momento como un Derecho Consuetudinario que bajo la influencia del cambiante mundo se transformo en un conjunto de verdaderas normas jurídicas, acompañadas de procedimientos que hicieran factible su aplicación, lo que modernamente se conoce como Derecho Procesal Mercantil.

Conscientes de lo anterior las personas encuestadas consideran que el Proceso Mercantil debe apegarse a reglas procesales adecuadas especialmente al Derecho Mercantil, esta conclusión es correlativa con las 26 respuestas positivas de la segunda pregunta, que constituyen el 87% de las opiniones contrapuestas con el 13% que piensa lo contrario; es decir solamente 4 de los encuestados consideran que no es necesaria la existencia de una regulación especial para el Proceso Mercantil.

3. ¿En cuál ley se encuentran las normas procesales que regulan la actividad probatoria del Proceso Mercantil?

Respuesta	Código Procesal Civil y Mercantil	Código de Comercio	Ley de Procedimientos Mercantiles	Otra Ley
Rango	25	4	1	0
Porcentaje	83%	13%	3%	0%



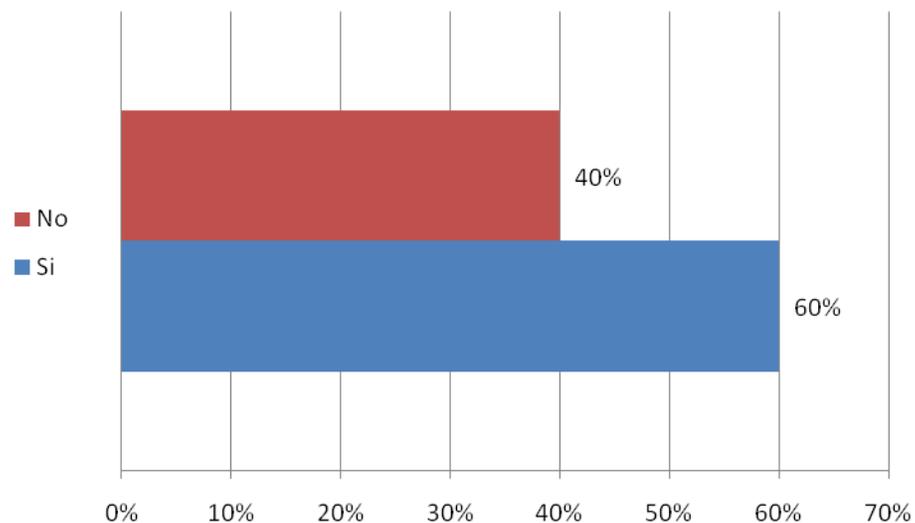
Los resultados obtenidos en el tercer cuadro indican que los encuestados conocen la ley a la que debe acudir para encontrar las normas jurídicas que dirigen la actividad probatoria del Proceso Mercantil, al considerar que 25 de los encuestados, equivalentes al 83%, consideran que es en el Código Procesal Civil y Mercantil que se encuentran regulada la actividad probatoria del Proceso Mercantil.

Del resto de los encuestados 4 de ellos, equivalentes al 13%, creen que la actividad probatoria del Proceso Mercantil se encuentra en el texto del Código de Comercio, mientras que solo 1 persona, 3% de los encuestados,

piensa que esta actividad la regula la anterior Ley de Procedimientos Mercantiles, que si bien aun se continua aplicando temporalmente, fue derogada por el Código Procesal Civil y Mercantil; ninguna persona de las encuestadas indico que existiera otra ley que regule esta actividad.

4. ¿Conoce cuales son cada uno de los medios probatorios que enuncia el Art. 999 del Código de Comercio?

Respuesta	Si	No
Rango	18	12
Porcentaje	60%	40%



El Código de Comercio es una ley de naturaleza sustantiva; es decir contiene normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas que existen entre las personas, fuera del ámbito jurisdiccional; sin embargo como la mayoría de leyes sustantivas contiene algunas normas cuyo contenido es naturaleza procesal, este es el caso del Art. 999 Com, que contiene algunos medios a través de los cuales se pueden probar la existencia y extinción de las obligaciones mercantiles.

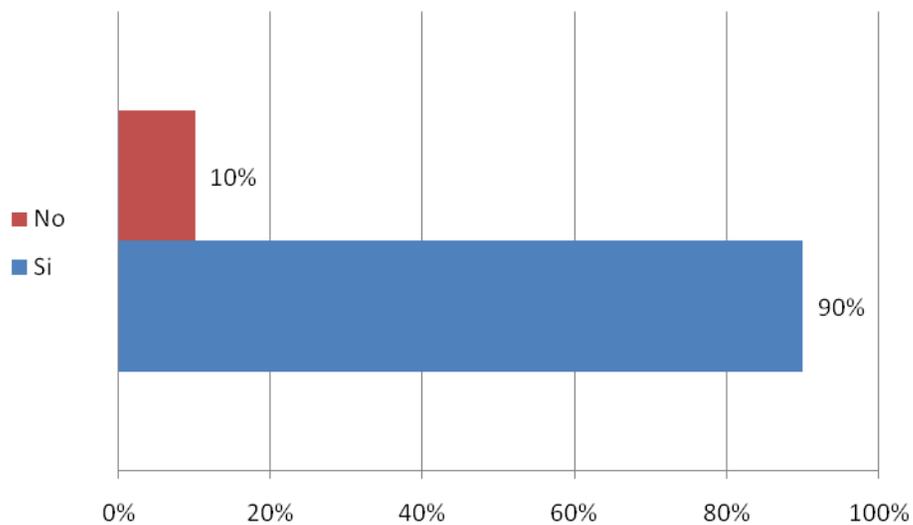
La forma en la que la pregunta fue redactada va en el sentido de establecer si los encuestados comprenden a que se refieren los medios

probatorias que estable el Art. 999 Com.; es decir, si entienden los alcances de cada uno de estos medios, que elementos los componen y cuáles son las fuentes de prueba que pueden incorporar.

Al preguntarle a los encuestados si conocen los medios probatorios regulados por este artículo, los resultados indican que 18 personas, equivalentes al 60%, manifiestan conocer en qué consisten estos medios probatorios; mientras que 12 de los encuestados, 40%, dicen no conocerlos.

5. ¿Conoce cuales son los medios probatorios que regula el Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles?

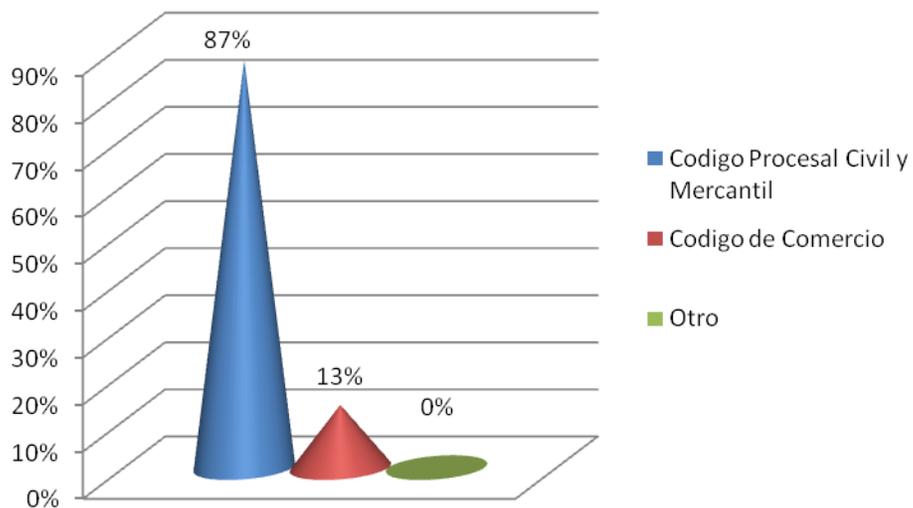
Respuesta	Si	No
Rango	27	3
Porcentaje	90%	10%



La pregunta número cinco tiene como principal objetivo indicar si los encuestados conocen y comprenden cuales son cada uno de los medios probatorios que incorpora en Código Procesal Civil y Mercantil, la estadística refleja que 27 personas, equivalentes al 90% de los encuestados manifiestan conocer los estos medios probatorios; mientras que solo 3, equivalentes al 10% no los conocen.

6. ¿Para usted, que cuerpo normativo prevalecerá en cuanto a la regulación de la prueba en el Proceso Mercantil, el Código de Comercio o el Código Procesal Civil y Mercantil?

Respuesta	Código Procesal Civil y Mercantil	Código de Comercio	Otro
Rango	26	4	0
Porcentaje	87%	13%	0%



El problema que se genera a partir de la vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, surge en virtud de que el legislador nada dijo en cuanto a la vigencia del Art. 999 del Código de Comercio; razón por la que existe la duda en cuanto a que ley deberá aplicarse para efectuar el procedimiento probatorio.

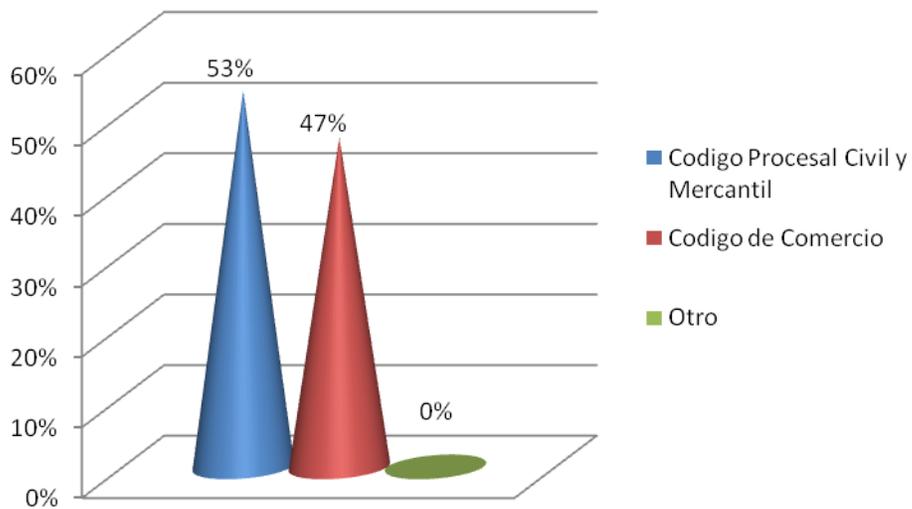
La pregunta número seis indica que 26 personas, que representan el 87% del total de los encuestados creen que la ley que deberá ser aplicada en los Procesos Mercantiles para regulara la actividad probatoria es el Código Procesal Civil y Mercantil, datos que son congruentes con los resultados

obtenidos en la pregunta número tres, en donde el mismo número de encuestados indico que es el Código Procesal Civil y Mercantil el que regula los actos probatorios en el Proceso Mercantil.

De los encuestados solo el 13%, es decir 4 personas, creen que lo relativo a la regulación de los actos probatorios del Proceso Mercantil se encuentra en el Código de Comercio; mientras que ninguno de los encuestados cree que exista otra ley en la que se puedan regular.

7. ¿Dónde cree que se regula con mayor especificidad la Prueba mercantil, en el Código de Comercio o en el Código Procesal Civil y Mercantil?

Respuesta	Código Procesal Civil y Mercantil	Código de Comercio	Otro
Rango	16	14	0
Porcentaje	53%	47%	0%



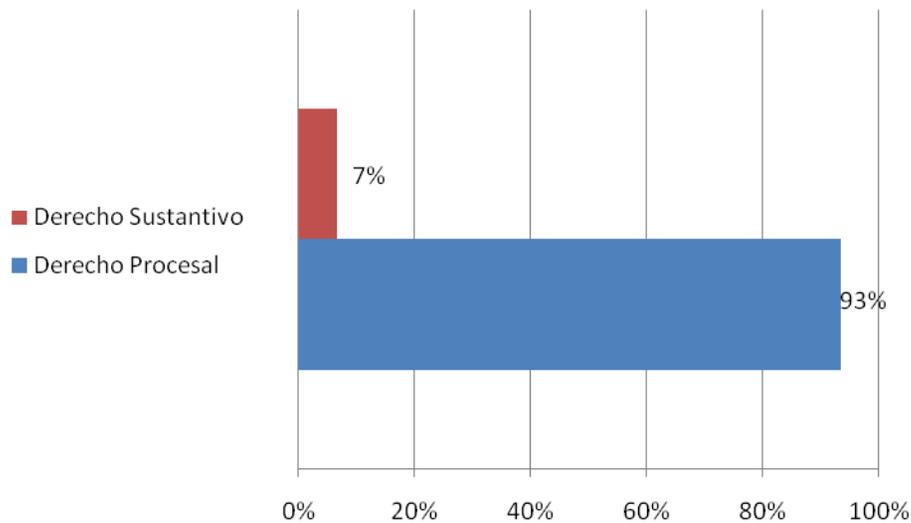
La pregunta siete es la que presenta más división de opiniones, la diferencia es marcada únicamente por dos personas que consideran que la prueba mercantil es regulada con mayor especificidad en el Código Procesal Civil y Mercantil que en el Código de Comercio.

El gráfico refleja que los encuestados discrepan al momento de definir en cuál de las dos leyes se regula de mejor forma los medios probatorios, pues el Código Procesal Civil y Mercantil, lo hace de forma general para los Procesos Civiles y Mercantiles, en tanto que el Código de Comercio lo hace de forma exclusiva para el Proceso Mercantil.

De tal forma que de treinta personas encuestadas 16, equivalentes al 53%, creen que es el Código Procesal Civil y Mercantil el que regula de forma especial para el Proceso Mercantil lo relacionado con la actividad probatoria; pero buen porcentaje de los encuestados 47, correspondientes a 14 personas, dicen que es el Código de Comercio el que resulta ser mas específico en cuanto a regular los medios probatorios, para probar la existencia y extinción de las Obligaciones Mercantiles.

8. ¿Cuál cree que es el marco Jurídico idóneo para ubicar el régimen probatorio en materia Mercantil?

Respuesta	Derecho Procesal	Derecho Sustantivo
Rango	28	2
Porcentaje	93%	7%

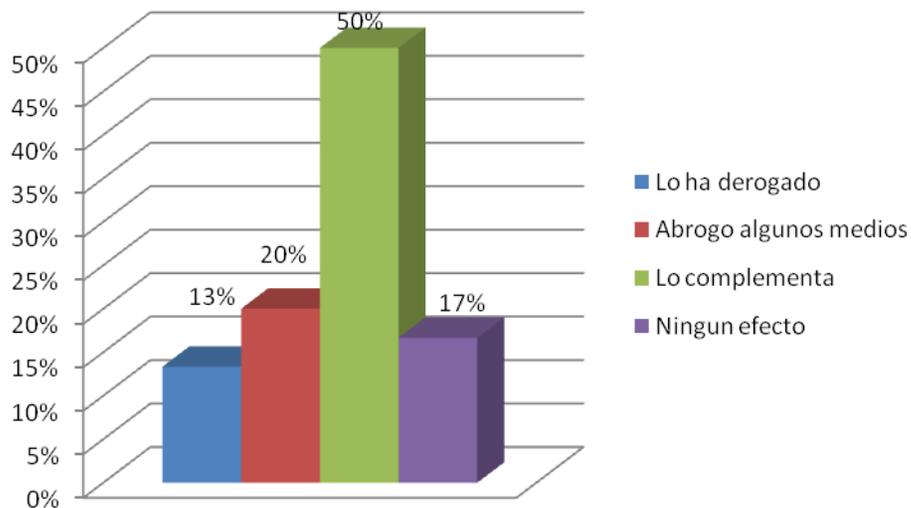


La discusión doctrinaria que versa sobre el lugar que deben ocupar las normas referidas a la actividad probatoria ha encontrado cierta concordancia al expresar que su lugar idóneo son las Leyes de naturaleza procesal; pero reconocen que es posible la existencia de normas mixtas que combinan los preceptos de naturaleza sustantiva con reglas meramente procesales.

Lo anterior se refleja en los resultados de la estadística número ocho en donde la mayor parte de los encuestados con el 93%, correspondientes a 28 personas, consideran que el Derecho Procesal debe contener las normas que rigen la actividad probatoria; mientras que únicamente 2 de los encuestados es decir el restante 7% creen que las normas relativas a esta actividad deben incorporarse en la ley sustantiva.

9. ¿Qué efecto ha tenido la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil sobre la regulación del Art. 999 del Código de Comercio?

Respuesta	Lo ha derogado	Abrogo algunos medios	Lo complementa	Ningún efecto
Rango	4	6	15	5
Porcentaje	13%	20%	50%	17%



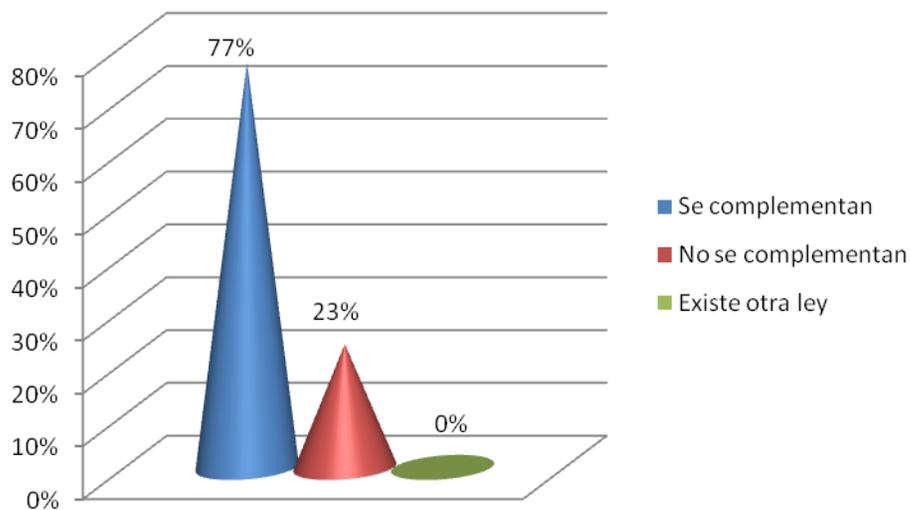
La pregunta número nueve está relacionada con la pregunta número seis, pues ante el vacío que genera el silencio legislativo del Código Procesal Civil y Mercantil en cuanto a las consecuencias que tiene sobre las normas procesales contenidas en Código Mercantil, especialmente sobre el contenido del Art. 999 Com., es lógico preguntar ¿Qué efecto ha tenido la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil sobre la regulación del Art. 999 del Código de Comercio?

Ante esta interrogante los encuestados aplicando las reglas de interpretación jurídica generaron diversas opiniones, para la mitad de las

personas encuestadas es decir 15, manifiestan que el Código de Comercio y el Código Procesal Civil y Mercantil son complementarios en sus regulaciones; para 6 de los encuestados correspondientes al 20%, el C. Pr. C. y M., abrogo algunos de los medios probatorios regulados por el Código de Comercio, dejando vigente otros; para 5 personas, equivalentes al 17% de los encuestados, la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil no ha modificado ni derogado el contenido del Art. 999 Com, es decir que no ha tenido ningún efecto; mientras que para el 13%, es decir 4 encuestados piensan que el Art. 999 Com., es una de las normas que fueron derogadas según lo dispone el Art. 705 C. Pr. C. y M.

10. ¿Cree usted que ambos cuerpos Normativos (Código de Comercio y Código Procesal Civil y Mercantil) se complementarán en cuanto a la regulación de la Prueba?

Respuesta	Se complementan	No se complementan	Existe otra ley
Rango	23	7	0
Porcentaje	77%	23%	0%



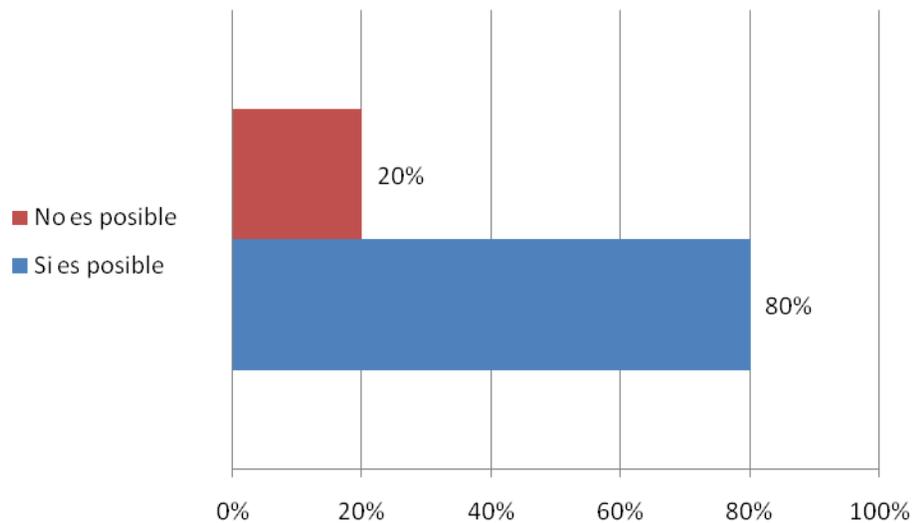
El gráfico número 10 refleja que la mayoría de los encuestados creen que las regulaciones contenidas en el Código Procesal Civil y Mercantil, atinentes a la actividad probatoria se complementa con lo dispuesto para el mismo tema por el Código de Comercio, solo algunos de los encuestados piensan que ambos códigos no son complementarios y ninguna persona cree que exista otra ley diferente que pueda regular el mismo tema.

El 77% que equivale a 23 de los encuestados piensan que el Código de Comercio y el Código Procesal Civil y Mercantil son complementarios al regular la actividad probatoria del Proceso Mercantil; mientras que

únicamente siete personas, es decir el 23% de la población encuestada considera que el contenido de cada uno de los códigos mencionados no es complementario.

11. ¿Cree que la ley sustantiva podrá regular lo mismo que la ley procesal sin que exista conflicto entre ellas?

Respuesta	Si es posible	No es posible
Rango	24	6
Porcentaje	80%	20%



Una de las características que debe presentar el ordenamiento jurídico de un país es la armonía, que implica primero, que las leyes secundarias deben de tener armonía con la Constitución; es decir que no puede existir contradicciones entre ambas normas, y segundo que las leyes secundarias deben de tener armonía entre ellas; es decir que cada ley secundaria además de ser conforme con los preceptos constitucionales, no debe ser contraria a otras leyes secundarias por lo que no sería concebible que en dos leyes distintas pueda existir regulación referente al mismo tema, si entre ellas no existe complementariedad.

Al respecto existe cierto consenso entre los encuestados, al considerar que pueden existir leyes distintas que coincidan en el mismo

tema de regulación, y un escaso número de personas creen que no. De la totalidad de los encuestados el 80% es decir 24 personas creen que la ley procesal y la ley sustantiva pueden compartir el mismo ámbito de regulación; mientras que solo el 20%, es decir 6 personas consideran que no es posible que la ley sustantiva y la ley procesal puedan regular las mismas situaciones.

5. 3 ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS REALIZADAS A JUECES, SECRETARIOS Y COLABORADORES DE LOS JUZGADOS DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE SAN SALVADOR.

1. ¿Qué novedades Incorpora el Código Procesal Civil y Mercantil?

Audiencias Orales, donde se recopila la autenticidad de Documentos, Declaración de Peritos, agilidad del Proceso, aunque algunos medios siguen siendo los mismos del art. 999 del C. Com.

Prueba testimonial Oral, el Secreto Profesional (Doctores, Sacerdotes, etc.).
Modernos medios de recepción y reproducción del sonido e imágenes, medios electrónicos y tecnológicos, Declaración de Parte similar al Pliego de Posiciones, la lista de medios Probatorios no es cerrado (no es tasada como antes), Sistema de la Sana Crítica, mayor Libertad Probatoria.

La Forma de Ofrecer y Producir la Prueba.

Aseguramiento y anticipo de Prueba, Cadena de Custodia, momentos de aportación con claridad.

2. ¿Qué efectos tiene la regulación del C. Pr. C. y M. sobre la Producción de la Prueba en el Proceso Mercantil?

Se producirá tal como dice el código.

Precluye en cierto momento la Prueba Documental, tiene mayor inmediación el Juez en la misma.

Son más ágiles y obligan al Juez a estar presente en la Producción de la Misma.

La admisión de la prueba está regulada, como los mismos medios en general, se ofrecen los medios de prueba en la Audiencia Preparatoria, su desfile y producción se realiza en Audiencia de Prueba.

La prueba propuesta en la Audiencia hace plena prueba, si reúne los requisitos de Ley.

3. *¿Cuáles son los alcances que tiene la disposición derogatoria del Art. 705 C. Pr. C. y M., sobre disposiciones de materia probatoria en Leyes Sustantivas?*

Deroga lo contenido en Leyes sustantivas, en caso que existan vacíos si puede retomarse lo que antes decía.

No pueden ser aplicables en la sustanciación de los procesos, salvo aquellos que expresamente ha señalado en vigencia el Código.

Ninguno, ya que las únicas leyes que quedan derogadas con la entrada en vigencia del nuevo código, son leyes de carácter procesal, no así las leyes de carácter sustantivo.

Su alcance no está bien definido, el legislador deberá, con carácter de urgente, realizar las gestiones para estipular el alcance de la derogatoria.

Si no entra en conflicto la Ley sustantiva, se pueden complementar.

4. *Con la entrada en vigencia del C. Pr. C. y M. ¿Fueron derogados los medios probatorios establecidos en el C. Com. o en realidad se complementan?*

Se complementan. Pero el que determina con exactitud es el nuevo código Art. 330, ya que los medios Probatorios del C. Com. responden a necesidades propias de esta materia. El C. Pr. C. y M. reúne ambas disposiciones.

No ya que el Art. 999 C. Com. establece una serie de medios probatorios, que se complementan y en su mayoría encajan en la prueba documental, reconocimiento judicial, peritaje, registros contables y testimonial.

Existen algunas excepciones, como el Juicio Ejecutivo, pero en aspecto formal y por historicidad, es que se ha tomado lo que las leyes sustantivas determinan.

5. Los Medios Probatorios regulados a partir del Art. 330 del C. Pr. C. y M. ¿Incorporan las reglas específicas que regulan el C. Com. y el Art. 1580 del C. C., en cuanto a cómo probar las obligaciones mercantiles?

Están incorporados, no con el mismo detalle, pero si se contienen debido a que la Ley Procesal no puede exponer todo el alcance de ellos, pero de manera genérica los incluye, el legislador los realizó de manera Aplicable.

Se incorporan solo parcialmente. Es el procedimiento el que ha cambiado no lo sustantivo del código.

No se incorporan, porque en la actual ley, se regulan los medios probatorios, ya que no solo afecta a la regulación de prueba mercantil, si no a otra clase de procesos como Inquilinato. Por ello es importante complementarse con las reglas del C. C. y Com.

6. ¿Cuál es el ámbito adecuado para ubicar la regulación de la actividad probatoria y determinar los diferentes medios probatorios?

¿El Derecho Sustantivo o el Derecho Procesal ¿Por qué?

Es derecho es un todo y depende de cada caso cómo el juez va a aceptar y aplicar la mecánica de la actividad probatoria, en la nueva Ley de la Sana

Crítica, porque depende del criterio para determinarlo, pero lo importante es la *efectividad*, ya que no se estipula completamente si deroga la regulación en el Derecho Sustantivo.

El Derecho Procesal. Ya que el Derecho Sustantivo regula los derechos materiales y sus alcances, en cuanto a que la prueba es un acto de carácter eminentemente procesal, para demostrar pretensiones, excepciones, derechos. Pero el nuevo cuerpo normativo regula dichas situaciones de forma específica.

Ambas áreas son adecuadas, dado que hay normas de derecho sustantivo que por su naturaleza, pueden regular formas de probar ciertos supuestos de hecho.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

SUMARIO

6. 1 Exordio.- 6. 2 Conclusiones.- 6. 3 Recomendaciones.-

6. 1 EXORDIO

Una vez cumplida nuestra etapa investigativa sobre el tema: ***"ESTUDIO SOBRE EFECTIVIDAD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS REGULADOS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL EN EL DERECHO SUSTANTIVO MERCANTIL"***, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

6. 2 CONCLUSIONES

1. El Código Procesal Civil y Mercantil es la réplica esperada para los inconvenientes que existen entre las relaciones civiles y mercantiles actuales y las regulaciones de los distintos Códigos Procesales contemporáneos de ancestrales realidades; pero esta respuesta ha tardado demasiado en llegar, la reforma que en la actualidad se está viviendo debió haber ocurrido hace ya algunos años.
2. La vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, implica para el sistema jurídico en materia civil y mercantil de El Salvador un cambio radical en cuanto a la regulación de nuevas instituciones y la modificación de otras que han perdido su efectividad teniendo en cuenta su tiempo de vida y la evolución de las relaciones humanas.

Estas nuevas instituciones jurídicas no son conocidas por todos los sujetos que interviene en su aplicación y desarrollo, lo cual indica que la teoría de la nueva normativa puede ser excelente pero si los operadores del sistema judicial no están capacitados en vano podríamos esperar buenos resultados y esto lo podemos fundamentar en base a la investigación de campo.

3. El Código Procesal Civil y Mercantil establece la derogatoria de distintos códigos y leyes que perderán efectividad a partir de la vigencia de este novedoso Código; sin embargo lo establecido sobre este tema por el Art. 705 C. Pr. C. y M., no comprende la totalidad de leyes que sufren abrogatorias y derogatorias, como es el caso del Código de Comercio.
4. La Jurisprudencia es un instrumento de gran utilidad para los abogados que pretenden conocer los criterios de los distintos tribunales y para los estudiantes que pueden hacer uso de ella para enriquecer sus conocimientos y trabajos de la Universidad; pero en El Salvador la Jurisprudencia es vista únicamente como la emisión de sentencias alimentadas con teorías doctrinarias y resulta difícil establecer un criterio uniforme con respeto a temas similares.
5. Las relaciones de naturaleza Mercantil, es decir los negocios mercantiles, se rigen por la celeridad, el comerciante necesita concretizar sus negocios lo más rápido posible, de tal forma que utiliza los medios más factibles que le permitan documentar y respaldar rápidamente sus Derechos y Obligaciones.
6. La complejidad de las Relaciones Comerciales ha trascendido a la regulación que pueda incorporar el Código de Comercio y ha alcanzado un acople multidisciplinario que relaciona al Derecho

Constitucional, Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Administrativo, Derecho Procesal, etc., de modo que desbordan la simple regulación que ahora existe.

7. *El C. PR. C. y M. si será efectivo al momento de aplicarse al derecho sustantivo, pero algunas de las disposiciones específicas del Com. siguen teniendo validez por no estar contenidas expresamente en la ley procesal vigente y pueden ser invocadas para probar pretensiones comerciales, por la especialización con que cuenta la ley sustantiva y no estar en contradicción con la norma jurídica procesal.*
8. Históricamente, el principio de oralidad ha estado presente en los diversos procesos, que se litigan oralmente y no escritural, con el fin de beneficiar a los sujetos involucrados en la demanda; desde los procesos que involucraban condenas bárbaras e incongruentes con la comprobación de la inocencia o culpabilidad de los demandados, proveniente de la época esclavista, pasando por los cambios ocasionados en la edad media y más tarde el sistema capitalista; hasta llegar a las bases del Código Tipo Modelo Iberoamericano y su posterior influencia al país, lo que resulta en un gran avance (a pesar de los miles de años comprendidos en dicha evolución), con el fin de garantizar el adecuado procesamiento judicial y los derechos constitucionales inherentes al individuo. Teniendo influencia de España y Uruguay desde el punto de vista histórico de sus cuerpos legales hasta llegar a la actualidad. El Principio de Oralidad ha perdurado a pesar de los cambios económicos, políticos y sociales que la historia ha conocido.
9. El Proceso Oral requiere de varios principios para poder realizarse como tal, principios que son consecuencia de que exista oralidad en el

proceso y sin éstos, el proceso no podría llamarse oral, entre estos principios esta la Oralidad, la Inmediación y la Publicidad. Estos son requisitos no solo para la intervención de las partes sino para la aportación de pruebas al proceso, y que nosotros hemos podido comprobar que están presente en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, que entrará en vigencia el 01 de enero de 2010, y que pretende garantizar un debido proceso.

10. Pareciera que el Código Procesal Civil y Mercantil no es el adecuado porque prácticamente tiene la misma burocracia e inclusive términos o plazos más largos que el código vigente, de mil ochocientos ochenta y uno, innovando únicamente en el caso del proceso común en el cual existen dos audiencias orales: La Audiencia Preparatoria y la Audiencia Probatoria, y por lo demás sigue con mucho énfasis en la Escrituralidad y con plazos más largos, como consecuencia si no se tiene cuidado podemos volver a caer a la escrituralidad de las actuaciones civiles y mercantiles, y no estaría resolviendo la problemática actual.
11. El Código Procesal Civil y Mercantil, no cuenta con el personal, los instrumentos, las instalaciones, y la capacitación en el campo oral de los operadores del sistema judicial adecuadas, que exige como tal la oralidad. Lo que nos indica que posiblemente sino se tiene los recursos materiales y humanos en el presupuesto de la nación del año 2012 se dificultará darle el impulso procesal idóneo a tan esperado proceso.

6. 3 RECOMENDACIONES

Ante la finalización de la presente investigación sobre: “**ESTUDIO SOBRE EFECTIVIDAD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS REGULADOS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL EN EL DERECHO SUSTANTIVO MERCANTIL**”, podemos Recomendar:

1. Los legisladores no deben descansar en ahora que se ha logrado este gran avance en lo que respecta al proceso Civil y Mercantil, por el contrario debe estar pendiente de los cambios sociales que requieran nuevas respuestas por parte del Derecho y no esperar, como ocurrió con el Código Procesal Civil y Mercantil a que transcurra demasiado tiempo.
2. El Órgano Judicial, como encargado de aplicar las disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil, y el Consejo Nacional de la Judicatura como encargado del mejoramiento de la formación profesional de los funcionarios judiciales y las Universidades, formadoras de juristas, deben impartir capacitaciones con el objeto de instruir a los profesionales del Derecho sobre la correcta interpretación y utilización de las nuevas instituciones incorporadas en este código.
3. El Legislador al Decretar nuevas legislaciones, debe determinar específicamente en su texto cuales son las leyes y códigos que serán afectados por la vigencia de estas normas, para evitar la especulación sobre su efectividad; es decir debe procurar por reformas y derogatorias integrales.
4. La Corte Suprema de Justicia debe crear una dependencia encargada del control de la Jurisprudencia y de la unificación de criterios al

interior de las distintas Salas, para que sea posible hablar en realidad de Jurisprudencia y no estar únicamente en presencia de Doctrina Legal que únicamente genera teorías y no líneas vinculantes.

5. Los aplicadores del Código Procesal Civil y Mercantil deben saber diferenciar la naturaleza de las relaciones civiles y las relaciones mercantiles y no aplicar los mismos criterios para ambos casos, por supuesto sin desapegarse al Principio de Legalidad; pero deben considerar una mayor flexibilidad en las formas en cuanto a la prueba de las obligaciones mercantiles.
6. Los mecanismos del Derecho Procesal deben adecuarse a las necesidades que enmarcan el desarrollo y avance de las relaciones humanas, el ejemplo claro de esto son las relaciones comerciales, en donde el incumplimiento de una obligación puede generar el quebrantamiento de varios ordenamientos jurídicos; por lo tanto el Derecho Procesal debe adaptarse a estos avances y establecer relaciones directas con otras ramas del Derecho como el Derecho Penal y Administrativo.
7. La historia de El Salvador a conocido 2 tipos de Procesos: el oral y el escrito; en cuanto a lo oral, lo hemos hecho en Materia Penal y de Menores, y escrito en Materia Civil. La práctica nos ha enseñado que la Oralidad Penal Adversativa ha superado la mora judicial y por lo tanto si invocamos esa experiencia y las cosas que han permitido superar la burocracia en esa área; podríamos esperar buenos resultados, por lo que se requiere que se anule toda burocracia que existe en la normativa planteándose reformas legales que se han detectado al entrar en vigencia la nueva normativa.

8. En el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil que entrará en vigencia el primero de enero de dos mil diez, se encuentra en su primer capítulo los principios que deban regir al proceso, y para que funcionen armoniosamente debe tenerse un control de su aplicación, que la Corte Suprema de Justicia verifique antes que nada si se está haciendo bien las cosas, esto es si el aplicador del derecho conoce y respeta la nueva normativa.
9. Que se establezca un observatorio estadístico por parte de la Corte Suprema de Justicia, con el objetivo de verificar si el nuevo código cumplirá con las expectativas de superar la mora judicial.
10. El nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, establece dos audiencias las cuales deben de realizarse con presencia del juez en cumplimiento del principio de inmediación que el mencionado código señala; el número de jueces no alcanzaría a conocer cada uno de los casos que hasta la fecha existe, y si consideramos que cada día se presentan nuevos casos, sería humanamente imposible que los jueces celebraran todas estas audiencias, es por ello que se requiere un mayor número de jueces, y consecuentemente mas colaboradores, y para poder ubicarlos se requiere de nuevos edificios, es decir; más y mejor infraestructura.
11. La Corte Suprema de Justicia debe invertir en mejorar el sistema de capacitación para todos los operadores del sistema judicial para que estén preparados para la aplicación del nuevo código. Esto preventivamente para no llegar a improvisar la nueva normativa.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALSINA, Hugo. **“Tratado teórico práctico de Derecho procesal Civil y Mercantil”**. EDIAR SOC. ANON. Editores, Buenos Aires, Argentina. 1961.

ASENCIO MELLADO, José M. **“Prueba prohibida y prueba preconstituida”**. Editorial Trivium. Madrid, España. 1989.

BARRERA TAPIAS, Carlos Darío. **“Las obligaciones en el Derecho moderno”**. Segunda edición, Editorial Temis S. A. Bogotá, Colombia. 2004.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. **“De la prueba judicial”**. Segunda edición, Editorial DIKE, Bogotá, Colombia. 1982.

BROSETA PONT, Manuel. **“Manual de Derecho Mercantil”**. Tomo I., Editorial Tecnos. Duodécima edición. Madrid, España. 2005.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **“Diccionario Jurídico Elemental”**. Undécima Edición, Editorial Heliasta. 1993.

CARBONE, Carlos Alberto. **“Grabaciones escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba”**. Editorial Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, Argentina. 2005.

CARDOZO ISAZA, Jorge. **“Pruebas judiciales”**. Cuarta Edición, Editorial Colombia Nueva Limitada., Bogotá, Colombia. 1986.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. “**Manual de obligaciones**”. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1997.

DE SANTO, Víctor. “**Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía**”. Tercera Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina 2005.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. “**Derecho comercial y económico**”. Editorial Astrea. Buenos Aires Argentina. 1994.

FALCÓN M., Enrique. “**Tratado de la prueba**”. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2003.

GIMENO SENDRA, Vicente. “**Derecho procesal civil**”. Editorial COLEX. Primera edición. Madrid, España. 2005.

GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio. “**Comercio electrónico en Internet**”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 2001 Barcelona, España.

GOZÁINI, Gonzalo Alfredo. “**Derecho procesal constitucional**”. Editorial Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, Argentina.

HOCSMAN, Heriberto Simón. “**Negocios en Internet**”. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2005.

KIELMANOVICH, Jorge L. “**Teoría de la prueba y medios probatorios**”. Segunda edición, Editorial Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, Argentina. 2001.

LARA VELADO, Roberto. ***“Introducción al Estudio del Derecho Mercantil”***. Editorial Universitaria de El Salvador. Primera Edición. San Salvador, El Salvador. 1969.

LESSONA, Carlo. ***“Teoría de las pruebas en derecho civil”***. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2002.

MARTI, Juan. ***“Los Procesos Declarativos Ordinarios en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”***. Consejo General del Poder Judicial. Madrid España. 2000.

MAURINO Alberto Luis. ***“Nulidades Procesales”***. 2da Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2001.

OSSORIO, Manuel. ***“Diccionario de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales”***, Vigésimo Séptima Edición, Editorial Heliasta, Colombia. 2000

PAILLAS PEÑA, Enrique. ***“Estudios de Derecho Probatorio”***. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1991.

PARRA QUIJANO, Jairo. ***“Manual de Derecho Probatorio”***. Novena edición. Editorial Librería del Profesional. Santafé de Bogotá, Colombia. 1998.

PEÑA VALENZUELA, Daniel, y otros., ***“El contrato por medios electrónicos”***. Universidad Externado de Colombia. 2003.

QUINTANA ADRIANO, Elvia Argelia, **“Ciencia del Derecho Mercantil”**. Editorial Porrúa. México. 2002.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín., **“Curso de Derecho Mercantil”**. Vigésimo quinta edición, Editorial Porrúa. México. 2001.

TORRE, Abelardo. **“Introducción al Derecho”**. Decimocuarta edición. Editorial LexisNexis Abeledo- Perrot. Buenos Aires, Argentina. 2003.

VARELA, Casimiro A. **“Valoración de la prueba”**. Segunda edición, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2004.

VICENT CHULIÁ, F. **“Introducción al Derecho Mercantil”**. Ed. 14ª, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2008.

TESIS

ARGUETA ARGUETA, Ana Maritza y otros., **“La prueba en materia mercantil”**. Tesis de Grado. San Miguel, El Salvador. 2003.

ARIAS ROMERO, Maria de Lourdes. **“El respeto a la garantía del debido proceso legal en el proceso civil y mercantil salvadoreño”**. Tesis de Grado. San Salvador, El Salvador. 2000.

PORTILLO, Joel Esaú, **“Teoría de la Prueba”**. Tesis de Grado. Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, San Salvador, El Salvador. 1971.

LEGISLACIÓN

Código Civil de la República de El Salvador.

Código de Comercio de la República de El Salvador.

Código de Familia de la República de El Salvador.

Código Penal de la República de El Salvador.

Código de Procedimientos Civiles de la República de El Salvador
(Derogado).

Código Procesal Civil y Mercantil.

Código de Trabajo de la República de El Salvador.

Constitución de la República de El Salvador.

Ley de Procedimientos Mercantiles de la República de El Salvador
(Derogado).

ANEXOS



TRABAJO DE GRADUACIÓN:

ESTUDIO SOBRE EFECTIVIDAD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS REGULADOS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL EN EL DERECHO SUSTANTIVO MERCANTIL.

INSTRUMENTO: Encuesta para Abogados y estudiantes de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas.

OBJETIVO: Identificar los efectos que tendrá la aplicación de los medios probatorios establecidos en el Código Procesal Civil y Mercantil en lo que dispone el Art. 999 del Código de Comercio.

INDICACIONES: Teniendo en cuenta la redacción del Art. 999 del Código de Comercio, marque con una X la opción que crea conveniente.

Código de Comercio, Art. 999. *“Las obligaciones mercantiles y su extinción se prueban por los medios siguientes:*

I.- Instrumentos públicos, auténticos y privados.

II.- Facturas.

III.- Correspondencia postal.

IV.- Correspondencia telegráfica reconocida.

V.- Registros contables.

VI.- Testigos.

VII.- Los demás admitidos por la ley”.

1. ¿En cuál ley cree que se encuentran las normas que regulan la actividad del Proceso Mercantil?

Código Procesal Civil y Mercantil		Código de Comercio	
Ley de Procedimientos Mercantiles		Otra Ley.	

2. ¿Cree que el Proceso Mercantil debe tener una regulación especial?

Si		No	
----	--	----	--

3. ¿En cuál ley se encuentran las normas procesales que regulan la actividad probatoria del Proceso Mercantil?

Código Procesal Civil y Mercantil		Código de Comercio	
-----------------------------------	--	--------------------	--

Ley de Procedimientos Mercantiles		Otra Ley.	
-----------------------------------	--	-----------	--

4. ¿Conoce cuales son cada uno de los medios probatorios que enuncia el Art. 999 del Código de Comercio?

Si		No	
----	--	----	--

5. ¿Conoce cuales son los medios probatorios que regula el Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles?

Si		No	
----	--	----	--

6. ¿Para usted, que cuerpo normativo prevalecerá en cuanto a la regulación de la prueba en el Proceso Mercantil, el Código de Comercio o el Código Procesal Civil y Mercantil?

Código Procesal Civil y Mercantil		Código de Comercio	
-----------------------------------	--	--------------------	--

7. ¿Dónde cree que se regula con mayor especificidad la Prueba mercantil, en el C. de Com., o en el C. Pr. C. y M?

Código Procesal Civil y Mercantil		Código de Comercio	
-----------------------------------	--	--------------------	--

8. ¿Cuál cree que es el marco Jurídico idóneo para ubicar el régimen probatorio en materia Mercantil?

Derecho Procesal		Derecho Material	
------------------	--	------------------	--

9. ¿Qué efecto ha tenido la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil sobre la regulación del Art. 999 del Código de Comercio?

Lo ha derogado		Abrogo algunos medios	
Lo complementa		Ningún efecto	

10. ¿Cree usted que ambos cuerpos Normativos (C. de Com. y C. Pr. C y M.) se complementarán en cuanto a la regulación de la Prueba?

Se complementan		No se complementan	
-----------------	--	--------------------	--

11. ¿Cree que la ley material podrá regular lo mismo que la ley procesal sin que exista conflicto entre ellas?

Si es posible	<input type="checkbox"/>	No es posible	<input type="checkbox"/>
---------------	--------------------------	---------------	--------------------------



TRABAJO DE GRADUACION:

ESTUDIO SOBRE EFECTIVIDAD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS REGULADOS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL EN EL DERECHO SUSTANTIVO MERCANTIL.

INSTRUMENTO: Entrevista para Jueces y Colaboradores de los Juzgados de lo Civil y Mercantil, ciudad de San Salvador, Departamento de San Salvador.

OBJETIVO: Identificar los efectos que tendrá la aplicación de los medios probatorios establecidos en el Código Procesal Civil y Mercantil en lo que dispone el Art. 999 del Código de Comercio.

Entrevistado: _____

Cargo: _____

1. ¿Qué novedades incorpora el Código Procesal Civil y Mercantil en cuanto a los Medios Probatorios?

2. ¿Qué efectos tiene la regulación del Código Procesal Civil y Mercantil sobre la producción de la prueba en el Proceso Mercantil?

3. ¿Cuáles son los alcances que tiene la disposición derogatoria del Art. 705 del Código Procesal Civil y Mercantil, sobre disposiciones de materia probatoria en las leyes sustantivas?

4. Con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil ¿fueron derogados los medios probatorios establecidos en el Código de Comercio o en realidad se complementan?

5. ¿Los medios probatorios regulados a partir del Art. 330 del C. Pr. C. y M., incorporan las reglas específicas que regulan el Código de Comercio y el Art. 1580 del Código Civil en cuanto a cómo probar las obligaciones mercantiles?

6. ¿Cuál es el ámbito adecuado para ubicar la regulación de la actividad probatoria y determinar los diferentes medios probatorios? El Derecho Sustantivo o el Derecho Procesal ¿Por qué?
