

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2011
PLAN DE ESTUDIOS 1993



LOS ACTOS JURIDICOS DE LOS SUJETOS SEGÚN EL CÓDIGO
PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL EN EL SALVADOR

TRABAJO DE GRADUACION PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

RAMÍREZ MARINERO, OSCAR GERARDO

LIC. WILFREDO ESTRADA MONTERROSA

DOCENTE DIRECTOR DEL SEMINARIO DE GRADUACION

CIUDAD UNIVERSITARIA, NOVIEMBRE DE 2011

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO

RECTOR

MAESTRA ANA MARIA GLOWER DE ALVARADO

VICERRECTOR ACADEMICO

DOCTORA ANA LETICIA DE AMAYA

SECRETARIO GENERAL

LICENCIADO NELSON BOANERGES

FISCAL GENERAL INTERINO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO ALFREDO OLVIO GRANADINO

DECANO

DOCTOR DONALDO SOSA PREZA

VICEDECANO

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES

SECRETARIO

LICENCIADO WILFREDO ESTRADA MONTERROSA

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

Gracias a Dios por haberme permitido lograr este tan anhelado triunfo, por ser mi guía espiritual y transformador de mi vida, permitiéndome gozar de todas sus bendiciones.

A toda mi familia: Mi Abuela Iris Haydeé Méndez, Mis Padres, Oscar Gerardo e Iris Concepción, Mi Tíos, Fátima Dora Alicia, Walter Isabel, Flor de María, Salvador, Mis Hermanos José Oscar, Sergio José a todos mis primos, por su amor y cariño incondicional, este logro va dedicado totalmente a ustedes, son lo mejor de mi vida, mi felicidad y mi inspiración para salir adelante siempre y vencer todas las adversidades.

A todos mis verdaderos amigos y compañeros de estudio en la carrera, gracias por haberme brindado su amistad durante toda mi vida, además de estar siempre a mi lado, siendo una gran fuente de apoyo y compañía.

A la persona más especial de mi vida, por brindarme su amor, cariño y comprensión, por estar conmigo en las buenas y las malas Gracias Teresa.

Al Licenciado Jorge Alonso Beltrán, por ser un gran amigo y haberme permitido ser Auxiliar de Cátedra de Derecho Procesal en el Departamento de Derecho Privado y Procesal.

Al Licenciado Wilfredo Estrada Monterrosa, además de ser mi Asesor de Tesis, me ha brindado su total e incondicional amistad su apoyo, además por haberme permitido ser su Auxiliar de Cátedra en las distintas materias que imparte en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

Al cuerpo de Docentes y Personal Administrativo del Departamento de Derecho Privado y Procesal por brindarme su amistad y apoyo en los buenos y malos momentos y por haberme compartido sus conocimientos jurídicos.

A todo aquel que lea este documento, el cual fue elaborado con la única intención de aportar humildemente un grano de arena a la ciencia del Derecho.

Oscar Gerardo Ramírez Marinero

INDICE

CONTENIDO	PAG.
INTRODUCCION.....	I
CAPITULO 1	
I. HISTORIA DE LOS SUJETOS PROCESALES.....	1
1.1 INTRODUCCIÓN.....	1
1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS DE LAS PARTES EN LA EVOLUCION.....	1
1.3 BREVE DESARROLLO DE LOS SUJETOS PROCESALES.....	14
1.4 FUNCIONARIOS JUDICIALES.....	16
1.5 PARTES.....	22
1.6 TERCEROS INVOLUCRADOS EN EL PROCESO.....	38
1.7 TERCEROS INVOLUCRADOS SIN INTERES EN EL PROCESO.....	44
CAPITULO 2	
2. GENERALIDADES Y REGULACION DE LOS SUJETOS PROCESALES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.....	50
2.1 INTRODUCCIÓN.....	50
2.2 DEFINICIÓN.....	51
2.3 CLASIFICACION DE LOS SUJETOS PROCESALES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.....	51
2.4 JUEZ.....	52

2.5 SECRETARIO.....	57
2.6 PARTES.....	59
2.6.1 GENERALIDADES PREVIAS.....	59
2.6.2 CONCEPTO DE PARTES.....	61
2.7 PARTE EN SENTIDO MATERIAL Y EN SENTIDO FORMAL.....	62
2.8 CAPACIDAD PARA SER PARTE.....	64
2.9 CAPACIDAD PROCESAL.....	73
2.9.1 FALTA DE CAPACIDAD.....	79

CAPITULO 3

3. REPRESENTACION DE LAS PARTES EN EL CÓDIGO

PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.....	87
3.1 INTRODUCCION.....	87
3.2 POSTULACION PRECEPTIVA: EL ABOGADO.....	87
3.3 DE LOS SUJETOS INHIBIDOS DE PROCURAR.....	91
3.4 LA FORMA DE ACREDITACION: EL PODER.....	92
3.4.1 EL PODER GENERAL.....	95
3.4.2 EL PODER ESPECIAL.....	95
3.4.3 CLASES Y CONTENIDO DE LAS FACULTADES DEL PROCURADOR-ABOGADO.....	96
3.5 LA ACEPTACION DEL PODER.....	97
3.6 DELEGACION DEL PODER.....	98
3.7 TERMINACION DE LA REPRESENTACION.....	99

3.8 REPRESENTACION SIN MANDATO.....	104
3.9 TRATAMIENTO PROCESAL DE LA POSTULACION.....	108
CAPITULO 4	
4. LEGITIMACION PROCESAL.....	113
4.1 LEGITIMACION.....	113
4.2 ORIGEN Y EVOLUCION DEL CONCEPTO.....	114
4.3 CONCEPTO Y CLASES DE LEGITIMACION.....	117
4.4 TRATAMIENTO PROCESAL DE LA LEGITIMACION EN GENERAL.....	126
CAPITULO 5	
5. LA PLURALIDAD DE PARTES EN EL PROCESO.....	130
5.1. CONCEPTO.....	130
5.2 LITISCONSORCIO FACULTATIVO O VOLUNTARIO.....	130
5.3 LITISCONSORCIO NECESARIO.....	133
5.3.1 LITISCONSORCIO ACTIVO NECESARIO.....	135
5.3.2 LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.....	140
5.4 TRATAMIENTO PROCESAL DEL LITISCONSORCIO.....	146
CAPITULO 6	
6. LA SUCESION PROCESAL.....	153
6.1. LA SUCESION PROCESAL: EL CAMBIO DE PARTE.....	153

6.2. MODALIDADES DE LA SUCESION PROCESAL.....	154
6.3. SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.....	155
6.4. SUCESION POR TRANSMISION DEL OBJETO LITIGIOSO.....	157
6.5. SUCESION POR DISOLUCION DE PERSONAS JURIDICAS.....	160

CAPITULO 7

7. LA INTERVENCION DE TERCEROS EN EL PROCESO.....	164
7.1. INTERVENCION DEL TERCERO PROCESAL:	
EL COADYUVANTE.....	164
7.1.1. SUPUESTOS DE LA INTERVENCION EN EL PROCESO.....	165
7.2. ALCANCE DE LOS ACTOS.....	167
7.3. TRATAMIENTO PROCESAL.....	169
7.4. INTERVENCION PROVOCADA.....	170
7.4.1. INTERVENCION A FAVOR DE DEMANDANTE.....	172
7.4.2. TRATAMIENTO PROCESAL.....	173
7.5 INTERVENCION A FAVOR DE DEMANDADO.....	174
7.5.1. TRATAMIENTO PROCESAL.....	175
7.6 REPRESENTACION PROCESAL EN CASO DE PLURALIDAD DE PARTES.....	176
7.7 TERCERIA DE DOMINIO.....	177
7.8 TERCERIA DE PREFERENCIA DE PAGO.....	180

CAPITULO 8

8. LA INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN EL PROCESO

CIVIL Y MERCANTIL.....	185
8.1 ACTITUDES DEL DEMANDANTE.....	185
8.1.1. ASPECTOS GENERALES DE LA DEMANDA.....	186
8.1.2. DOCUMENTOS QUE DEBE PRESENTAR CON LA DEMANDA.....	187
8.1.3. INCORPORACION DE NUEVAS PRETENSIONES EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA.....	195
8.1.4. HECHOS NUEVOS.....	199
8.1.5. MEDIOS PROBATORIOS QUE DEBERA OFRECER EN LA DEMANDA.....	204
8.2 ACTITUDES DEL DEMANDADO.....	207
8.2.1. CONTESTACION DE LA DEMANDA.....	209
8.2.2. OPOSICION A LA DEMANDA.....	211
8.2.3. ALLANAMIENTO.....	213
8.2.4. EL SILENCIO DEL DEMANDADO Y SUS MODALIDADES.....	215
8.2.5. RECONVENCION.....	218
8.3. AUDIENCIA PREPARATORIA.....	227

8.4 AUDIENCIA PROBATORIA.....	230
CAPITULO 9	
9. INVESTIGACIÓN DE CAMPO.....	234
9.1. RESULTADOS Y ANÁLISIS INTERPRETATIVO DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO.....	235
CAPITULO 10	
10. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	248
10.1. CONCLUSIONES.....	248
10.2. RECOMENDACIONES.....	249
BIBLIOGRAFIA.....	250
ANEXOS.....	256

INTRODUCCION

Con la única intención de apoyar y sustentar el conjunto de investigaciones jurídicas, la presente obra tiene por objeto realizar un estudio y análisis sobre los actos de los sujetos procesales según el Código Procesal Civil y Mercantil. Pues es que en la mayoría de investigaciones sobre instituciones jurídicas de carácter procesal así como también de derecho sustantivo, pocas veces nos enfocamos en el tratamiento que recibe y los actos que realizan los sujetos que intervienen en los procesos civiles y mercantiles esto debido a que muchas veces se ven relegados por otros aspectos en materia procesal. Existe un potencial enorme en la investigación de la temática por lo cual hace una tarea difícil casi imposible, pero de manera exhaustiva se tratara de abordar cada una de las funciones que realizan estos sujetos. Es por ello oportuno ubicarlos en un contexto histórico, es decir desde cuando aparecen involucrados los mismos en el proceso, es decir sus inicios prácticamente del inicio de las función jurisdiccional hablamos concretamente de la Auto Tutela, Auto Composición y Heterocomposición, para continuar con lo que será la consolidación del proceso mismo revestido de características distintivas que ya acoplan de mejor manera el actuar de los sujetos en él. Esto seguido del desarrollo de sus actuaciones, el funcionamiento, hasta la finalización de sus intervenciones, su evolución en las anteriores legislaciones y por ultimo abordar el tratamiento y la intervención en la vigente normativa procesal civil. No basta solamente hablar del Juez, del Secretario Judicial, los colaboradores judiciales, colaboradores administrativos, las partes, entendiéndose por esta el demandante y el demandado o cuando exista también la pluralidad de partes es decir, demandantes y demandados, sino que también aquellos que puedan tener un interés en el proceso hablamos de las tercerías. Pero dicha investigación no estará completa sin tomar en cuenta también la actuación de todos aquellos sujetos que la doctrina les ha otorgado un funcionamiento de carácter secundario, de lo cual es importante resaltar que las actuaciones de todos estos siempre serán regidas por el principio de igualdad a través de la vía judicial. Para concluir finalmente y exponer al lector el resultado de la investigación de campo las cuales confirmaran las hipótesis planteadas en el presente documento, todo esto se realizara bajo la óptica del Código Procesal Civil y Mercantil.

CAPITULO

I

1. HISTORIA DE LOS SUJETOS PROCESALES

1.1 INTRODUCCION

En el Desarrollo de la presente investigación no podemos partir directamente hacia nuestro objeto principal de estudio sino que antes debemos hacer una pequeña introducción del ámbito donde interactúan las partes, es decir el proceso por tal razón debemos hacer una pequeña introducción a dicho ámbito.

Además de necesario es oportuno abordar sobre los que ha sido la evolución histórica del Derecho Procesal cuyo propósito reside en ubicar en contexto la actividad de las partes hasta llegar a la actividad contemporánea que realizan las mismas en el Derecho Procesal Salvadoreño, y así el lector podrá apreciar desde otro punto de vista la presente investigación

1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS:

Los países europeos, tienen un derecho procesal influenciado principalmente por dos grandes corrientes, que son el derecho romano y el derecho germano.

El derecho Romano solo tuvo vigencia no nada más en Roma, sino que este fue llevado a todos los lugares conquistados por los romanos, como Francia, España e Inglaterra; posteriormente las tribus germanas invadieron los países del sur de Europa y llevaron su derecho, chocando con el derecho romano que en esos lugares se aplicaba.

Los germanos dominaron desde Inglaterra hasta España, por lo que el choque de estos derechos, más la cultura de cada lugar, creó un derecho propio en cada zona, además los países conquistadores, llevaron sus derechos y los implantaron en sus colonias conquistadas.

El Proceso en el Derecho Romano:

En Roma el procedimiento pasó por tres períodos fundamentales: el primero de ellos conocido con el nombre de PERIODOS DE LAS ACCIONES DE LA LEY, que tiene su origen con roma misma; el segundo período se conoce con el nombre de PERIODO FORMULARIO y el tercero con el nombre de PERIODO EXTRAORDINARIO, el cual concluye con la caída del imperio.

Se le conoce con el nombre de Período de las Acciones de la ley, porque la Ley determinaba cinco acciones que eran las únicas conocidas dentro de este período.

El segundo período conocido con el nombre de Período Formulario, se caracteriza por dos etapas dentro de él, la primera JUS y el segundo JUDICIUM. El Ius era la comparecencia ante el pretor, para explicar los conceptos que reclamaba, y la fórmula estaba compuesta de cuatro partes que eran: la demostración, la pretensión del demandado, la facultad de sentenciar y la facultad de adjudicar.

El tercer período conocido con el nombre de Período Extraordinario, tomó su nombre en la circunstancia de que en el período formulario, extraordinariamente conocía de las acciones y procedimientos el pretor, y en el período extraordinario todos los procedimientos se llevaba delante de él, desapareciendo la fórmula, y como no existía la fórmula, desde su inicio hasta su conclusión el proceso se llevaba hasta el pretor.

El Proceso en el Derecho Germano:

Dentro de todo este tipo de manifestaciones en esta fase de evolución del proceso, se comienzan a observar las distintas personas que intervenían en estas “pruebas” donde existen los Inquisidores que eran lo que

actualmente, el Órgano Judicial aquellos que perseguían a los que en esa época eran “Herejes” los que ahora pueden considerarse como el demandado en materia civil o el imputado en materia penal, para el caso que nos ocupa podemos mencionar lo importante de cada etapa

Se usaban diferentes medios de prueba, dirigidos principalmente a aspectos religiosos entre ellos los siguientes:

La “prueba de fuego”, la cual se podía desarrollar en varias formas, haciendo que una persona tocara un objeto candente y si se quemaba se le consideraba culpable, también se le podía hacer caminar sobre objetos candentes con los pies descalzos y si lograba caminar cierto número de pasos, se le consideraba inocente.

Las “pruebas de agua”, en cambio consistía en la inmersión de ambas partes y la primera que saliera a la superficie a tomar aire se le consideraba culpable.

Otra forma era arrojar a la persona al agua atada a un objeto pesado, considerando que inocente Dios lo liberaría del peso y así podría volver a la superficie, sino volvía a la superficie, se consideraba que se ahogaba porque era culpable, y Dios no podía protegerlo.

Según Chiovenda, el derecho germano se caracterizó por:

El proceso no tenía por objeto impartir justicia sino era un medio de control social

La intervención divina formaba parte importante del proceso.

En él no se probaban los hechos sino las afirmaciones de los contendientes¹.

Realizado un pequeño preámbulo es de tomar en cuenta el tema más importante precisamente donde recae la actividad del proceso o si bien sin la cual esta no podría desarrollarse hablamos del proceso hablamos de la JURISDICCIÓN

Etimológicamente la palabra jurisdicción, significa decir o declarar el derecho. Desde el punto de vista, más general, la jurisdicción hace referencia al poder del estado de impartir justicia por medio de los tribunales o de otros órganos, como las Juntas de Conciliación y Arbitraje, en los asuntos que llegan a su conocimiento, pero este concepto es empírico y no penetra al fondo del problema científico. La noción de jurisdicción ha provocado muchas controversias y dado lugar a diversas doctrinas.

En el derecho Romano, la palabra jurisdicción significaba al mismo tiempo, algunas de las facultades que ahora se atribuyen al Poder Legislativo y las que tienen los tribunales. Bonjean dice: "La etimología de la palabra Jurisdicción permite dar a esta expresión un sentido muy amplio, que comprende el Poder Legislativo lo mismo que el Poder judicial: en efecto, decir el derecho, es reglamentar las relaciones sociales de los ciudadanos, sea creando la regla, sea aplicándola. De hecho, es cierto que los Romanos no les repugnaba que sus magistrados, no tan sólo supieran el silencio de la ley, sino que también con demasiada frecuencia modificaran la ley por medio de edictos generales, a los que colocaban entre las leyes propiamente dichas". Cita diversos textos de Gayo para demostrar esto último.

¹ Luis Dorantes Tamayo, Elementos de teoría general del proceso, México, Editorial Porrúa, S. A., 1983, pág. 11

"La Jurisdicción, es pues, agrega, en el sentido más amplio, el poder de los magistrados relativos a las contiendas (jurisdicción contenciosa) o relaciones jurídicas (jurisdicción voluntaria), entre particulares, sea que este poder se manifieste por medio de edictos generales, sea que se limite a aplicar a los litigios que le son sometidos, las reglas anteriormente establecidas. (Tratado de Acciones I, 51).

Escriche: define la jurisdicción como "el poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes; y especialmente, la potestad de que se hayan revestido los jueces para administrar justicia, o sea para conocer de los asuntos civiles o criminales o así de unos como de otros, y decidirlos o sentenciarlos con arreglo a las leyes"².

Caravantes abunda en las ideas de Escriche: "la palabra jurisdicción se forma de Jus y dicere, aplicar o declarar un derecho, por lo que se dice, jurisdictio a jure dicendo". "Es pues, la jurisdicción, la potestad publica de conocer de los asuntos civiles y de los criminales o de sentenciarlos con arreglo a las leyes". "La jurisdicción se dice publica, ya por razón de su causa eficiente, por que emana de la autoridad pública, ya por razón del sujeto, por que quien la ejerce es persona jurídica, ya por razón del fin por que se dirige a la conservación del orden y de la utilidad pública"³.

Se dice que consiste en conocer y sentenciar los pleitos, porque estos son los elementos que constituyen la jurisdicción, Notio et judicium. Notio, es decir, el derecho de disponer que se practiquen todas las pruebas y demás diligencias que sean necesarias para ilustrar el entendimiento y la inteligencia del magistrado, sobre los puntos de hechos y de derechos que

² Joaquín Escriche "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia" Editorial Temis Bogotá-Colombia 1998

³ Vicente y Caravantes, José "Comentario crítico, jurídico, literal, a las ochenta y tres leyes de Toro" Madrid Gaspar y Roig, 1853 3ª edición.

los litigantes presentan a su decisión, lo que comprende también el llamamiento a juicio de las personas que pueden ser útiles para la recta administración de justicia, vocatio. Judicium, esto es, la facultad de leyes, declarando el derecho que corresponde a cada uno o aplicándole la pena en que ha incurrido". Además de estos elementos que constituyen la jurisdicción va agregando a ella el mando o el imperio para que tenga cumplido efecto sus prescripciones, pues sin el serian únicamente formulas o disposiciones vanas.

Manresa y Navarro: "La jurisdicción es la potestad a que se le hayan revestidos los jueces para administrar la justicia"⁴.

Eduardo Eichmann dice, que la "jurisdicción en su sentido subjetivo es una parte integrante del poder jurisdiccional y contiene la facultad de juzgar, correlativa de la legislación, por que ha de determinar en cada caso cual es el derecho y en qué relación se encuentra en el orden legal"⁵.

Guasp: "La jurisprudencia es una función pública de examen y actuación de pretensiones." También se dice de ella "que es el especial derecho y deber que en el Estado reside de administrar justicia"⁶.

Ugo Rocco: "La función jurisdiccional es la actividad con que el Estado, interviniendo a instancia de particulares, procura la realización de los

⁴ Manresa y Navarro, José María y otros, "Ley de enjuiciamiento civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación : con los formularios correspondientes a todos los juicios, y un repertorio alfabético de las voces comprendidas en la misma" Madrid, Revista de Legislación, 1856-1869

⁵ Eichmann, Eduardo. Manual de Derecho Eclesiástico. Barcelona 1931. Librería Bosch. 3ª. Edición Tomo II.

⁶ Guasp, Jaime. Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Madrid 1945. Editor M. Aguilar. V.I.Tomo II.

intereses protegidos por el derecho, que han quedado insatisfechos por la falta de actuación de la norma jurídica que los ampara"⁷.

Carnelutti⁸ es original en sus doctrinas sobre la jurisdicción. Basándose en la etimología de la palabra, sostiene:

- Que en los procesos ejecutivos, no actúa la jurisdicción;
- Que hay jurisdicción sin proceso y procesos sin jurisdicción;
- Que el Poder Legislativo ejerce jurisdicción;
- Que también la ejerce los contratantes cuando celebran un contrato;
- Que la jurisdicción corresponde no solo al juez si no a toda persona cuya declaración posea el carácter de la fuente de Derecho;
- Que en los procesos cautelares a los que dan nacimiento las acciones, también cautelares, no se ejerce la jurisdicción.

Abelardo Torre⁹: Es la facultad de hacer justicia en los casos litigiosos. Esta es la acepción estrictamente procesal del término y coincide poco más o menos con la etimología del vocablo (ius, derecho; dicere, decir: decir el derecho), porque es de hacer notar, para mayor claridad, que esta función comprende no solo la facultad de declarar el derecho por medio de la sentencia, sino también la de ejecutarlo por la fuerza, si fuere necesario. Otras acepciones en que se emplea el término jurisdicción.

El vocablo jurisdicción es empleado corrientemente en otros sentidos, siendo los principales los siguientes:

⁷ Ugo, Rocco, Tratado de derecho procesal civil, Editorial Depalma, Buenos Aires.

⁸ Carnelutti, Francisco. Instituciones del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires Argentina. Ediciones Jurídicas Europa América.

⁹ Abelardo Torre, "INTRODUCCIÓN AL DERECHO". Editorial: Abeledo-Perrot.

1.- Como sinónimo de distrito o circunscripción territorial dentro del cual se ejerce una autoridad. Así se dice que tal asunto pertenece a la jurisdicción provincial, de la Capital, etc. En realidad, en el orden procesal esto se denomina Competencia Territorial.

2.- Con referencia a la capacidad concreta del Órgano Judicial, para entender un caso dado por razón de la materia (naturaleza del asunto). Hablando en este sentido, se dice que un asunto es de jurisdicción civil, comercial, penal, del trabajo, etc. Pero en términos precisos esto se denomina competencia *ratione materiae*.

3.- Designando al mismo órgano de Justicia. Así se habla también de jurisdicción del trabajo, civil, comercial, etc.

4.- Como función pública de la impartición de justicia, esto es visto desde el punto de vista de que el único que puede o está facultado para impartir Justicia

Diversas Clases De Jurisdicción de las cuales se pueden clasificar en las siguientes

Los jurisconsultos clásicos enunciaban las siguientes clases de jurisdicción:

- Contenciosa,
- Voluntaria,
- Eclesiástica,
- Secular,
- Judicial,
- Administrativa,

- Común u ordinaria,
- Especial o privilegiada,
- Forzosa o prorrogada,
- Delegada,
- Retenida,
- Acumulativa y Privativa,
- En primer grado y en segundo grado,
- Territorial,
- Mercantil de marina,
- Militar, etc.

Fundamento Constitucional de la Jurisdicción

El verdadero fundamento de la Jurisdicción está determinado por dos aspectos elementales:

- 1) La fuente del Poder Jurisdiccional y su legitimación en nuestro sistema democrático.
- 2) El conflicto y su forma de resolverlo como presupuesto material de la misma.

Si como constitucionalmente se ha señalado “la soberanía reside en el pueblo”.

El poder público emana del pueblo... los órganos fundamentales del gobierno son el legislativo, el ejecutivo y el judicial, los funcionarios del

gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley, ejemplo de ello al órgano judicial le da la potestad de juzgar (Art.83, 86, 172 Cn.), por lo que queda claro que en la constitución, existan dos fuentes fundamentales y legitimadoras de las jurisdicción.

La primera: directa o inmediata es la que ejerce el jurado institución de participación popular en la que los ciudadanos ejercitan directamente o por si mismos la función jurisdiccional (Art.189 Cn.).

La segunda: de una manera indirecta o mediata, esto es por la entrega hecha por el pueblo o delegación de poder soberano para que jueces técnicos ejerzan la jurisdicción como monopolio de la justicia.

Otro fundamento de la jurisdicción consiste en resolver definitivamente y mediante la aplicación del derecho, los conflictos que ante los órganos jurisdiccionales se plantean esos órganos intervienen únicamente cuando hay conflictos de intereses, convirtiéndose el conflicto en el presupuesto material de la jurisdicción.

a) Concepto de Jurisdicción¹⁰:

Desde el punto de vista etimológico, el término jurisdicción proviene de dos voces latinas: ius dicere o iurisdictio que significan la potestad de aplicar o declarar el derecho, por lo que se dice iurisdictio o iure dicendo.

Varios son los conceptos que se han vertido sobre este término. En tal sentido, mencionaremos alguno de ellos que permitan tomarlos como punto de partida para deducir su fundamento sus principales elementos y características.

¹⁰ Florián Eugenio "Elementos del Derecho Procesal Penal" traducción y referencias al Derecho Español por L. Pietro Castro, Barcelona, Bosh 1933, pág.146

Para Hugo Alsina “la función jurisdiccional comprende, según hemos dicho la creación de los órganos encargados de administrar justicia” pero la palabra “jurisdicción” tiene en derecho procesal, una acepción específica limitada al segundo de los conceptos enunciados que resume la razón de ser y el objeto de esa actividad del Estado, pues se refiere a la facultad conferida a ciertos órganos para administrar justicia en los casos litigiosos”

Para Vélez Mariconde “la jurisdicción es la potestad atribuida por la constitución a un órgano específico del Estado y disciplinada por el derecho procesal.

Según Manzini “la jurisdicción (jus dicere) es la función soberana que tiene por objeto establecer a demanda de quien tenga deber o interés en ello (acción) si en el caso concreto es o no aplicable una determinada norma jurídica”

Para Devis Echandia “por jurisprudencia se entiende la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial”

En cambio para Moreno Catena y otros “la jurisdicción puede ser definida como el poder judicial integrado por jueces y Magistrados, a quienes por su independencia y sumisión a la ley y al Derecho, la soberanía nacional ha otorgado la potestad jurisdiccional y en consecuencia, expresamente les ha legitimado para la resolución jurídica”.

Pero desde el punto de vista legal, el Código de Procedimientos Civiles ya derogado decía: “la jurisdicción es el poder de administrar justicia conforme a las leyes” (Art.20)

De lo anterior visto, concebimos la variabilidad en la forma de conceptuar el termino jurisdicción por un lado: si se determina el significado

por el sujeto que ejerce la jurisdicción, se designa de esa forma al poder o autoridad pública que se tienen para gobernar, un juzgado o tribunal, obviamente dentro de los términos en que se confiere ese poder.

De otro si se traslada el contenido de la jurisdicción al lugar donde se ejerce ese poder se la confunde con otros términos.¹¹

Evolución Histórica de La Función Jurisdiccional.

- ✓ El Derecho Romano: La jurisdicción era ejercida por el Pretor, que era un magistrado. Los jueces, aplicadores de la ley, más que con la ley, debían enfrentarse con la ciencia de los jurisconsultos (facultados para aconsejar e intervenir en cuestiones de derecho) y con el edicto del pretor, quien limitaba la competencia judicial.

El juez estaba supeditado a: a) la formula procesal elaborado por el pretor y b) el derecho de los juristas, el juez aplicaba la opinión más justa y aplicada de las opiniones de los juristas.

- ✓ La concepción medieval: En esta época, el juez estaba subordinado a ley, la cual es fundamentada en la jurisprudencia.

En la concepción medieval, el juez debe aplicar la equidad constituida, que es la equiparación de iguales derechos para iguales supuestos, y no aplicar la equidad bruta, que es contrario a la equidad, pero surge una alternativa tercera que es la equidad escrita que es la equidad constituida ya escrita y que también faculta al juez para aplicar en casos no previstos.

- ✓ Concepción del Estado Nacional Liberal: esta concepción se refiere a la tridivisión de poderes, esto porque anterior a esta etapa había

¹¹ Levene (h) Ricardo "Manual de Derecho Procesal Penal" TI II Edición Buenos Aires Desalma 1993. pág.177.

concentración de poder y de interpretación de la ley. Luego de esta etapa, se dio paso para que las asambleas fueran intérpretes de ley.

El juez es sometido a la ley como un dogma, una ley totalizadora, y se afirma una gran idolatría hacia el derecho positivo.

Haremos referencia a los diferentes modos de solución de Conflictos en los cuales se realizaban los primeros contactos de Sujetos Intervinientes, en los “procesos” que con el paso del tiempo han ido evolucionando los cuales son los siguientes:

La Autotutela.

Consiste en la defensa que de su propio derecho hace el titular es decir cuando la persona que se encontraba agraviada por alguna acción hecha por otro, se encontraba en la facultad de repeler el ataque. Por ejemplo: en la legítima defensa, el derecho de huelga, en cortar árboles o plantas del vecino, La Guerra entre otros.

El estado reconoce la auto tutela como solución cuando su actividad no llega a ciertos asuntos.

La auto tutela se caracteriza por:

- Ausencia de un tercero distinto a las partes.
- La imposición de la decisión de una de las partes sobre la otra.

La Autocomposición.

Es la solución del conflicto por las mismas partes, y sin que una imponga su voluntad sobre la otra.

Son formas de auto composición: la renuncia: en esta el pretendiente abandona el conflicto, sacrificando su interés; el allanamiento: es la sumisión del demandado, reconociendo la pretensión del otro.

La Heterocomposición.

Supone la solución del conflicto, por una tercera parte que interviene a fin de provocar un arreglo; el elemento de imparcialidad debe caracterizar a la tercera parte. Dentro de la Heterocomposición se desprenden o se clasifican en Heterocomposición No Adversarial y Adversarial las cuales veremos a continuación:

Son manifestaciones de heterocomposición No Adversarial:

-La mediación: el mediador es un tercero que intenta conciliar las partes entre sí.

-La conciliación: es en último caso una mediación, porque busca acercamiento de las partes, procurando acuerdo entre ellas. Por lo general el conciliador es un órgano.

-El arbitraje: un tercero que busca la solución por su voluntad y de conformidad con un procedimiento determinado en la ley. Este puede ser un órgano público, privado, nacional o internacional.

La Forma Adversarial de la Heterocomposición

-El proceso: es la manera que brinda el estado, para solucionar conflictos, mediante la función jurisdiccional. Esto a través del juez.

1.3 BREVE DESARROLLO DE LOS SUJETOS PROCESALES.

Para la doctrina procesal en general, los sujetos de la relación jurídica procesal, sujetos procesales o sujetos del proceso, “son todas aquellas

personas naturales o jurídicas que producen o desarrollan los actos del proceso por su vínculo especial con el objeto de la causa o litigio, las cuales dan lugar al proceso, lo sufren o lo aprovechan”.

De tal manera que al referirnos a los sujetos procesales estamos hablando de las personas que intervienen en el juicio o proceso en virtud de su vinculación con la causa en discusión, ya sea dirigiéndolo o siendo productor de la acción o actividad procesal del impulso del mismo. Es de considerar entonces en un primer acercamiento a esta categoría procesal, al Juez, Secretario del Tribunal, las Partes en discordia (demandantes y demandado), los representantes legales de las partes, e incluso las personas que sin tener carácter de parte figuran como interesados en el objeto de la causa, a los cuales les llamamos terceristas

Lo importantes es que para dejar sentado que los sujetos de la relación jurídica procesal o sujetos procesales, “son todas aquellas personas que intervienen dentro del proceso desarrollando dentro del mismo la pertinente actividad procesal que impulsa, guía y termina la relación jurídica procesal”.

CLASIFICACION

Sujetos Procesales Principales

Dentro de estos podemos encontrar

- ✓ El Juez
- ✓ El Secretario
- ✓ Las Partes
- ✓ Los Terceristas

Sujetos Procesales Secundarios.

Dentro de estos encontramos

- ✓ Los terceros
- ✓ Auxiliares del Órgano Jurisdiccional.
- ✓ Auxiliares de las Partes.

1.4 FUNCIONARIOS JUDICIALES

JUEZ.

La palabra Juez viene del latín “Iudex” que significa “el que indica o dice el derecho”. De tal manera que, se puede definir al Juez como el titular del Órgano Jurisdiccional unipersonal o monocrático, pluripersonal (o colegiado en el caso de los tribunales que son donde son varios jueces, en nuestro país son tres jueces que forman el tribunal colegiado), todo lo anterior deben poseer el carácter imparcial, instituido por el Estado para resolver Jurisdiccionalmente y por consiguiente con imperatividad, un litigio entre partes.

Dado que el sistema procesal salvadoreño es retomado de gran manera de sistema procesal civil de España, sino pues consulte la Ley de Enjuiciamiento Civil que ha servido de gran referencia al CPCM, el vocablo Juez corresponde en el funcionario que **“personifica únicamente el interés del estado o de la sociedad en la realización normal de la justicia; o lo que vale decir, el fin que el Juez persigue es la Administración de Justicia para dirimir conflictos entre particulares logrando de esta manera la paz, Justicia y armonía social”**. Este posee un carácter sumamente principal y en virtud de ese carácter este debe ser imparcial, o de lo contrario este violaría la moral profesional además que abusaría de sus

funciones que únicamente se encuentra en la norma primaria la Constitución y las leyes.

En este sentido y para dejar agotado esta temática podemos inferir que el Juez es el Funcionario que sirve en un tribunal de Justicia para dirimir conflictos entre los particulares que se encuentra investido de la potestad jurisdiccional derivada de la constitución y las leyes que regulan lo relativo a esta materia, el cual se caracteriza por ser la persona que resuelve una controversia o decide el destino de una causa que ante él se presenta. De tal manera que ahora podemos hablar con toda propiedad que el Juez es un Funcionario Público, remunerado por el Estado, encargado de administrar justicia de manera Autónoma e independiente.

Hemos de recalcar que el Juez es la persona investida de poder de jurisdicción o lo que se traduce como el únicamente facultado para resolver imperativamente con poder soberano sobre los litigios que son sometidos a su conocimiento por lo cual para cumplir a exactitud esto deber estar completamente sometido a la Constitución y a las leyes. Todo esto en base a lo establecido en el **Art. 172 Inc. 3° Cn.** Que literalmente dice: ***“Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes”***. Además de estos principios el Juez debe estar revestido de una característica sumamente indispensable **la Imparcialidad.**

La Imparcialidad engloba en toda su dimensión y se sustenta en base a dos caracteres fundamentales que definen su contenido tales son:

- ✓ Imparcialidad Estructural
- ✓ Imparcialidad Funcional

La Imparcialidad Estructural alude al hecho de ser los intereses específicos del objeto del proceso totalmente inadecuados o insólitos a los que implica el tribunal, es decir que las estructuras del Órgano Jurisdiccional y los intereses que podrían generarse respecto de la causa, deben ser eliminados absolutamente y no debe ser permitido en ningún momento un tratamiento de la causa en base a tales intereses o para responder a los mismos

En tanto La Imparcialidad Funcional está referida a la consideración de la actividad del Juez respecto de la actividad de las partes des un punto de vista negativo y positivo

Negativamente por cuanto el juez debe prescindir de las partes y atenerse solamente a los resultados objetivos de sus actividades, es decir, no preferir a uno sobre otro bajo criterio personal o indicado

Positivamente el Juez debe (una vez liberada la conducta de cualquier criterio subjetivo sobre las partes) otorgar a cada actividad que las partes producen el máximo de posibilidades procesales para su ejecución, no importando de qué parte proceda la actividad procesal¹²

Junto a la Imparcialidad la doctrina procesal atribuye al Juez la característica de Independencia Judicial.

La Independencia comparece como un supuesto de la imparcialidad; se manifiesta como una condición negativa y funcional. La independencia consiste en un no estar sometido, un no tener que obedecer las órdenes indicaciones, instrucciones, instrucciones, presiones, del órgano jurisdiccional

¹² Barrios de Angelis Dante, "Teoría del Proceso", primera edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979. Pág. 115.

mismo o de cualquier persona¹³. Como ya se dejó claro, el juez solo se debe a la Constitución y a las leyes¹⁴.

Es claro entonces que un juez en ningún momento se debe ver indicado, coaccionando u orientando a fallar en determinada forma por presiones o sometimientos que provengan de la misma estructura del Órgano Jurisdiccional, ya sea por Jueces de su misma Categoría y nivel Jerárquico o por Jueces o Magistrados de categoría o niveles jerárquicos superiores.

De igual manera el Juez no debe fallar sobre una causa en determinado sentido en base a presiones u coacciones de cualquier persona ajena al Órgano Jurisdiccional, ya sean Funcionarios de los restantes Órganos de Gobierno (Legislativo y Ejecutivo) o cualquier otra persona con determinado grado de poder político o económico.

Es importante aclarar que, si bien gozan de Independencia Judicial en su actuar las resoluciones de los Jueces pueden ser revisadas por Tribunales Superiores Jerárquicos a través de los denominados Recursos, pudiendo dichas resoluciones ser confirmadas, modificadas o revocadas.

De tal manera es de gran relevancia aclarar que ningún cargo público exige con mayor rigor una ética intachable en su desempeño que un cargo público judicial. No solo se trata de abstenerse a caer en ilícitos o violar prohibiciones expresas de las leyes procesales correspondientes; la ética es un criterio axiológico legal que va más allá refiriéndose incluso a actuaciones del Juez de ya que es cierto que tienen sanción jurídica, y en esta medida se refiere al comportamiento del Juez no sancionable jurídicamente. Donde el

¹³Ibídem. Pág. 119

¹⁴ Verificar el Art 172 de la Constitución.

mandato jurídico no existe para él, donde la sanción jurídica no puede producirse, allí habrá de funcionar la ética

El juez es la autoridad pública que sirve en un tribunal de justicia y que se encuentra investido de la potestad jurisdiccional.

Habitualmente son considerados empleados o funcionarios públicos son remunerados por el Estado (sin perjuicio de la figura de los jueces árbitros), e integran el denominado Poder Judicial¹⁵. En general, se caracterizan por su autonomía, independencia e inamovilidad, sin que puedan ser removidos de sus cargos salvo por las causas establecidas constitucional o legalmente.

La base legal se encuentra en la Constitución de la República en el Art 172 al 190, dentro del nuevo código procesal civil y mercantil el Juez en art. 1, 2, 3, 10, 11, 12, 13, 14, 15, entre otros. Sin perjuicio de relacionar los Arts. 203, 204. CPCM

SECRETARIO.

El Secretario judicial, o simplemente Secretario, es un funcionario público integrante de nuestro sistema judicial salvadoreño que, entre otras funciones, actúan como ministros de fe pública en los tribunales bajo la única salvedad que no ejerce función judicial a diferencia del Juez, la Función del Secretario es autorizante.

Podría ser sujeto a discusión el hecho de afirmar que el Secretario del Tribunal es un Sujeto Procesal Principal de la relación jurídica procesal, y esto porque en la mayoría de casos se considera que el Secretario solamente es un simple empleado del tribunal que a lo mucho llega a ser un

¹⁵ Hablamos de poder Judicial pero con el avance de la Doctrina Constitucional, especialmente a la tesis orgánica, se le ha cambiado la denominación a Órgano Judicial

Auxiliar del Órgano Jurisdiccional formando parte de los Sujetos Procesales Secundarios.

Esta posición es discutible, y esto en atención al tratamiento que la misma ley Procesal le está otorgando a las funciones del Secretario como parte integrante del Órgano Judicial.

De acuerdo al análisis siguiente en atención a lo que se ha planteado anteriormente, es necesario hacernos una pregunta sumamente importante la cual servirá de base para determinar la naturaleza procesal del secretario en esto cabe preguntarnos lo siguiente ¿El Secretario es un empleado público judicial o un funcionario público judicial?

Ya se ha manifestado anteriormente se tiende a pensar que el secretario es un simple empleado del Tribunal, el cual al igual que todos los demás empleados del Tribunal, se encuentran desempeñando una labor que no incide de manera directa en la tarea de administrar justicia correspondiente al Juez.

La base legal se encuentra en el CPC Art. 81, 82, 83, 84, 85

Se le recomienda leer, La Ley Orgánica Judicial entre otros cuerpos normativos a fin de comprender las funciones de cada uno de estos en el Proceso Civil y Mercantil.

Después de efectuar las lecturas pertinente podrá el lector observar que la misma ley le determina la necesidad de un Secretario ante las actuaciones del Juez; entendemos entonces que el papel del Secretario no es simple sino que está íntimamente vinculado con las actuaciones del Juez

Esta aseveración se verá totalmente afirmada al momento que en la presente guía abordemos el tema de las Funciones que le corresponden al

Secretario, las cuales señalan por si mismas la naturaleza de este sujeto en cuanto al desarrollo mismo del proceso, sin embargo hay que dejar por sentada la respuestas que plantee anteriormente, y es que sin lugar a dudas podemos afirmar que el Secretario es un Funcionario Público que está revestido por tal categoría.

Basta con Leer los Arts. 201, 205, para señalar la importancia del secretario en el CPCM

FUNCIONES DEL SECRETARIO

El Secretario desarrolla dos clases de funciones:

- ✓ Función administrativa
- ✓ Función Autorizante
- ✓ Función de Ejecución de determinados Trámites y Actos Procesales.

1.5 LAS PARTES

La “partes en el Proceso” son los sujetos implicados expresamente los intereses específicos del Objeto, a quienes se les atribuye la acción, la gestión y poder excepción.

Alcalá Zamora y Castillo determina que partes son los sujetos que reclaman una decisión jurisdiccional respecto a la pretensión que en el proceso se debate.

Entonces decimos que “partes” son todas aquellas personas cuyos intereses jurídicos se ven controvertidos en el proceso.

Recalcando ideas de nuevo se dice que parte procesalmente es la persona o personas que interponen la pretensión ante el órgano

jurisdiccional, y la persona o personas frente a las que se interpone, siendo indiferente que esas personas sean físicas o jurídicas.

Las partes que normalmente intervienen en el juicio son el demandante y el demandado, pero además de esas personas que reciben la denominación de principales o directas, pueden intervenir otras personas que pueden tener un interés actual en el resultado del juicio y que reciben el nombre de partes indirectas o terceros, se dice que estos terceros son aquellas que sin ser parte directa del juicio intervienen en el por tener un interés actual en sus resultados, de ahí entonces que las partes se clasifican en partes principales, y partes Secundarios

El Demandante es el sujeto que formula la demanda personalmente o por conducto de un apoderado o representante con el objetivo de dirigirse al Órgano Jurisdiccional y exigir la satisfacción de una pretensión¹⁶.

Es también conocido bajo ciertos sinónimos tales como Actor, es el sujeto que se pretende titular del Derecho sobre el cual ha recaído un perjuicio generando en él una insatisfacción. Es claro entonces afirmar que actor o demandante es el mismo sujeto simultáneamente titular de la insatisfacción del objeto y de su satisfacción; es decir de la transformación del objeto que excluya la insatisfacción alegada¹⁷.

El Demandado es el Sujeto Procesal contra quien se dirigen las pretensiones de la demanda, o frente quien se formula, reclamándole la satisfacción de un derecho¹⁸

¹⁶ Hernando Devis Echandia, Compendio de derecho procesal, T. I, 6ª ed., Bogotá, Edit. A.B.C., 1978

¹⁷ Barrios de Angelis Dante, Óp. cit.

¹⁸ Hernando Devis Echandia, Óp. Cit.

Base legal en el recién Derogado Código Procedimientos Civil en el Art 11.

En el Código Procesal Civiles y Mercantil encontramos regulado de la siguiente manera:

Capacidad y Legitimación Art. 58

Postulación Art. 67

Sucesión Procesal Art. 86

Partes Principales, la designación más general de ellas se hace bajo el apelativo de demandante y demandado, sin embargo se conocen otros nombres de estas partes según sea la naturaleza del juicio o del recurso que se pueda interponer, así por ejemplo:

Tratándose del juicio ejecutivo se habla de ejecutante y ejecutado.

Si se interpone el recurso de apelación se habla de apelante y apelado.

En el caso de la casación el que la intenta es el recurrente y el sujeto pasivo es el recurrido.

En el recurso de queja el que interpone el recurso se llama quejoso esto sin importar cuál sea el Tribunal que tenga q resolver dicho recurso.

De nuevo recalcamos a tomar al decir que **demandante** es la parte que pide el reconocimiento o la declaración de un derecho, o bien aquel que formula una pretensión respecto de otra parte.

Demandado en cambio se dice que es la parte frente a la cual se formula la pretensión o también se dice que es aquel contra quien se pide algo.

Como observaciones generales respecto de las partes principales podemos decir que una misma persona puede tener en un juicio la calidad de demandante y demandado, lo que acontece en caso de deducirse la reconvencción.

Tratándose de los actos no contenciosos no se habla de partes, ya que en estos actos nadie pide nada contra otro, no hay litigio, luego el solicitante recibe el nombre de interesado, y tampoco se habla de causa o juicio sino de gestión.

Principios reguladores de las partes. Solamente puede enunciarse un principio regulador de las partes, cual es el de la bilateralidad de la audiencia, consistente en que las dos partes –demandante y demandado- participan en el proceso y disponen de los mismos términos u oportunidades para ejercer los actos tendientes a obtener el reconocimiento de sus derechos.

Este principio es consecuencia de la acción y la contradicción. Mediante la primera el demandante pone en actividad la rama judicial; en virtud de la segunda el demandado se vincula al proceso. Además, con fundamento en ambas las dos partes participan de todas las actuaciones, etapas y fases que integran el proceso.

De lo anterior, y de conformidad con las disposiciones generales del Código Procesal Civil y Mercantil, los principios que rigen a las partes dentro de un proceso, son los siguientes:

1.- Principio de defensa y contradicción. Regulado en el Art. 4, el cual fundamentalmente determina que el sujeto –demandado- contra quien se dirija la pretensión, tiene derecho a defenderse en el proceso, interviniendo en cada actuación procesal, articulando los medios de prueba pertinentes.

2.- Principio de igualdad procesal. Se caracteriza por el hecho de que las partes dentro de un proceso, disponen de los mismos derechos, obligaciones, cargas y posibilidades procesales durante el desarrollo del proceso (Art. 5).

3.- Principio de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal. Todos los que intervienen en un proceso, deberán fundamentar sus peticiones, argumentos y pruebas que aporten, en los principios de buena fe, evitando sacar ventaja dentro del proceso, a costa de mentir en el mismo, o en todo caso actuando de manera dolosa. La violación a este principio dará lugar a las sanciones establecidas en el Art. 13 C. Pr. C. y Mc¹⁹.

Concepto de Parte: Material y Formal

Parte en Sentido Material

Se entiende por parte en Sentido Material (o sustancial si se prefiere) los Sujetos del Litigio o más bien los sujetos de la Relación Jurídica Sustancial sobre la cual va versar el litigio²⁰.

Cuando nosotros calificamos de material a una parte, nos estamos manifestando al sujeto directamente implicado en los intereses específicos del objeto de la causa. Es decir nos referimos a la persona que figura como el ineludible e inequívoco titular del Derecho Material o Sustancial que se discute en el proceso; este término en consecuencia alude a una plena identidad entre el que hace la reclamación jurisdiccional y el que es titular del derecho que se pretende satisfacer a través de dicha reclamación y el que en sí mismo muestra la titularidad del objeto de la causa en razón de su

¹⁹ Los Principios que rigen a los Sujetos Procesales fueron retomados con fines meramente académicos de un documento elaborado por el Lic. Álvaro Renato Huezco Titulado: **Sujetos Procesales**

²⁰ Hernando Devis Echandia, Óp. Cit.

vinculación con los sujetos que pretendan hacerlo valer en el proceso; por esto mismo, al inicio de este tópico se hizo referencia a los sujetos de la relación jurídica sustancial, en este sentido, la parte Material es la misma parte o Sujeto de la Relación Jurídica Sustancial o lo que podemos inferir como el Titular del Derecho Material es el que comparece el proceso reclamando la reintegración de la norma jurídica violenta en contra del mismo.

Parte en Sentido Formal

Por parte en Sentido Formal nos referimos al sujeto autorizado para ocupar el lugar del titular del derecho sustancial y ejercitar el correspondientemente papel funcional procesal que la ley asigna a la parte Material. Su presupuesto es la Capacidad Procesal.

Resumiendo hay que decir que el sujeto que está íntimamente vinculado con el objeto de la causa, es decir el titular del derecho sustancial (Parte Material) se vale de otro sujeto para poder reclamar dicho derecho en el proceso y actuar válidamente dentro de dicho juicio. Ese sujeto que se presenta en juicio a actuar procesalmente en nombre de la parte Material es al que aquí le llamamos **Parte Material**.

Capacidad para ser parte

Hay que distinguir:

a) Capacidad para ser parte en juicio, para ser parte como titular de una relación jurídica procesal basta tener la capacidad de goce que reglamentan las leyes civiles, luego todo hombre es persona y por lo tanto puede ser parte en el proceso desde su nacimiento hasta su muerte, por ende pueden ser parte en juicio todas las personas naturales o jurídicas, comprendiendo a los plenamente capaces y a los absoluta y relativamente

incapaces, asimismo tenemos una de las innovaciones de la normativa Procesal Civil y Mercantil que es la inclusión del Concebido No Nacido siempre y cuando este se le tendrá por parte en el proceso cuando los derechos le sean favorables lógicamente esto es pues hasta en la sentencia definitiva en la cual el Juzgador determine en el fallo si tiene algún derecho favorable es entonces que se le tendrá por parte en el proceso

b) Capacidad para comparecer en juicio o capacidad procesal, es correlativa a la capacidad de ejercicio, se dice que esta capacidad procesal es la aptitud legal que se requiere para comparecer ante los tribunales o para actuar en juicio por sí mismo, poseen esta capacidad para comparecer en juicio todas aquellas personas que según la ley sustantiva son capaces de ejercitar derechos por sí mismo sin el ministerio o autorización de otra, es decir, aquellas personas que tienen capacidad de ejercicio. Las personas que carecen de esta capacidad procesal deben suplir esa incapacidad de acuerdo a las normas materiales contenidas en el Código Civil o en la ley respectiva, lo que implica que ellas deberán comparecer ante los tribunales por medio de sus representantes o autorizados por ellos en el caso de los relativamente incapaces, o a través de sus representantes legales en el caso de los absolutamente incapaces. Cuando estos incapaces actúan por medio de sus representantes se dice que están representados y esa representación recibe el nombre de representación judicial y se rige por las normas del Código Civil hay que aclarar que existe representación judicial de la parte que no puede comparecer al proceso, que bien no puede comparecer personalmente lo cual es el caso de las personas jurídicas, que se le ha seguido en rebeldía y se le ha nombrado procurador en vista de no dañar su derecho de defensa, pero es totalmente diferente en cuanto a la capacidad de postulación la cual veremos en las siguientes líneas.

c) Capacidad para pedir en juicio o ius postulandi, para intervenir durante el proceso haciendo peticiones o solicitando diligencias al tribunal se requiere de una capacidad especial. Los actos procesales no los pueden realizar las partes por sí solas, sino que los realizan unos técnicos en derecho que actúan por ellas, se trata de una capacidad especial, técnica, típica del derecho procesal, y que se reglamenta en leyes procesales, las personas que carecen de ese ius postulandi necesitan buscar el ministerio de ciertas personas para actuar en el proceso, so pena de que si no lo hicieren se declaran improcedentes sus peticiones, luego suplen esta incapacidad técnica con esta representación especial llamada representación procesal regulada en leyes procesales. El representante se llama procurador o apoderado, mandante, poderdante patrocinado cliente y el representado poderdante, la fuente de la representación es un poder o un mandato judicial, gozan de esta capacidad de postulación las personas indicadas en la ley.

Diferencia entre la representación legal y procesal

La representación legal tiene por fin permitir la comparecencia en juicio, sus normas están contenidas en el Código Civil y otras leyes sustantivas y su fuente es la voluntad de la ley. En cambio la representación procesal que proviene del ius postulandi, permite la actuación de ciertas personas en el proceso, se rige por leyes procesales y su fuente es un acto convencional llamado mandato judicial.

Del Reemplazo de las Partes en El Juicio

Sustitución Procesal

Podemos definirla como la Relación entre sujeto titular de las funciones de la parte material, y esta misma²¹.

En este sentido se debe entender por esta la relación de reemplazo de actuación procesal que se produce cuando el que tiene el ejercicio de las funciones procesales de la parte Material (Parte Formal) es sustituido por otro sujeto que vendrá a asumir la ejecución de dichas funciones procesales; en este sentido hablamos concretamente del que posee la Legitimación Ad Processum.

Entendiéndose que quien es sustituido en el proceso no es la Parte en Sentido Material, sino la Parte en sentido Formal, es decir, el Representante Legal o Apoderado Legal

Sucesión de Parte

La sucesión procesal se presenta en formas variadas:

a) Sucesión de una parte por sus herederos en caso de muerte.

El traspaso de los derechos o de las presuntas obligaciones que en el proceso se discurren, ocurre de derecho, en la “Delación” de la Herencia, a la muerte de la Parte; pero el reconocimiento de los herederos en el proceso depende de su comparecencia con la prueba respectiva de tal calidad²²²³

b) Sucesión de la Parte por el Cesionario mediante Acto entre vivos.

Esto puede ocurrir en caso de venta, donación, permuta, o adjudicación en subasta pública, del derecho litigioso de una de las partes o del bien

²¹ Barrios de Angelis Dante, Óp. cit. Pág. 128.

²² Para tal efecto léase el Art 1276 Inc. Pr C.

²³ Hernando Devis Echandia Óp. Cit. Pág. 312

material del proceso. Sin embargo si la parte contraria no acepta la sustitución, tridente y cesionario continúan como litisconsorciales²⁴.

c) Sucesión de la Persona Jurídica Extinguida por quienes reciben los derechos o asumen las obligaciones materiales del proceso.

Los Socios o los Acreedores a quienes se les adjudique el bien litigioso, pueden comparecer, ante el caso de una disolución y liquidación²⁵.

Diferencias entre la Sucesión de Partes y la Sustitución Procesal.

En la Sucesión de Parte quien concurre al proceso sustituye al Demandante o Demandado, es decir a la Parte Material del Proceso.

En la Sustitución Procesal, ocurre al proceso una persona que sustituirá no a la parte Material sino a la Parte Formal del proceso, es decir, a aquella persona que defiende un interés ajeno, un interés cuya titularidad es de otra persona; en este sentido la persona sustituida es el Representante Legal con Legitimación en el Proceso.

Regulación del Reemplazo de las Partes en el Código Proceso Civil y Mercantil.

SUCESION PROCESAL, esta figura se consigna expresamente, entendida en su sentido más amplio es decir consigna las figuras de sucesión y sustitución amparada en los artículos 86 al 89 CPC y M²⁶.

²⁴ Ibídem. Pág. 313

²⁵ Ibídem. Pág. 313

²⁶ República de El Salvador Consejo Nacional de la Judicatura Escuela de Capacitación Judicial "DR. ARTURO ZELEDÓN CASTRILLO" ÁREA DE DERECHO PRIVADO Y PROCESAL PROGRAMA DE CAPACITACIÓN CONTINUA PRINCIPALES INSTITUCIONES DEL NUEVO PROCESO CIVIL Y MERCANTIL ELABORADO POR: LIC. ÓSCAR CANALES CISCO, LCDA. MARGARITA FUENTES DE SANABRIA.

La idea en la nueva normativa procesal es simplificar y unificar los procedimientos, así la sucesión procesal por muerte de la persona natural comprende dos situaciones:

Cuando quien pretende introducirse al proceso comparece voluntariamente, ya si lo comunica al juez, demostrando la defunción y demostrando su título sucesorio debiendo tenerse por parte en sustitución del difunto art. 86 Numeral. 1 CPC y M.

Segunda, en virtud de la falta de comparecencia de sucesor del fallecido, las partes originarias del proceso e interesadas en su continuación, una vez conocedores del hecho deben pedir que se emplace a los sucesores para que comparezcan en el plazo de 10 días suspendiéndose el proceso hasta que se realice el apersonamiento de los sucesores o bien finalice el plazo art. 86 numeral. 2 CPC y M.

Si nadie comparece se habilita a que el Juez en este caso procederá de conformidad a las Reglas del Art 1164 C. para que remita los autos, es decir, comunicara esta diligencia al Tribunal competente, Es válido aclarar que el Juez suspenderá el proceso, una vez declarada la Herencia Yacente y nombrado el Curador se le emplazara a este y se continuara con el proceso de tal manera que no desaparece la figura del curador Ad Litem²⁷ Art. 86 numeral. 3 CPC y M.

SUCESION PROCESAL POR TRANSMISION DEL OBJETO DEL PROCESO

Bajo este concepto se incluye la forma de transferencia del objeto litigioso, mediante el contrato de cesión formalizado de acuerdo al Código Civil. Previa la intervención del sucesor se genera un incidente, mediante el

²⁷ *Ibidem.*

cual se le concede audiencia a la parte contraria para que se pronuncie sobre su conformidad o no en reconocer como parte al sucesor, pudiendo oponerse a la intervención del sucesor²⁸, lo que vale decir dentro la novación en los contratantes o partes iniciales del acuerdo de voluntades

La única justificación válida para negar la intervención del sucesor se da cuando al ejercer este derecho los mismos perjudiquen al sucesor art. 88 CPC y M²⁹.

SUCESION POR DISOLUCION DE PERSONAS JURIDICAS

En esta clase de sucesión procesal, se exige como requisito de procesabilidad que el proceso de liquidación que originé la transferencia del derecho litigioso haya concluido y por consiguiente no exista litis pendencia, en este caso también se abre el incidente dándose audiencia al sucesor con la finalidad de proteger los derechos o defensas que podía ejercer contra la parte originaria art. 89 CPC y M³⁰.

Modalidades de Participación de Las Partes en el Proceso.

Pluralidad de Partes.

El Litisconsorcio.

Al momento de hablar de un tema tan delicado para la doctrina Procesal como lo es la figura del litisconsorcio, es necesario acudir a la doctrina Procesal

²⁸ Ibídem.

²⁹ Ibídem.

³⁰ Ibídem.

que ciertos autores lo definen como “la Relación Jurídica Procesal única, donde un conjunto de sujetos que actúan como actores o demandados se encuentran relacionados por una o varias pretensiones conexas entre sí”³¹

Es de tal manera indispensable tener bastante cuidado de no confundir el Litisconsorcio con la Pluralidad de Partes en el proceso ya que, la Pluralidad de partes es el Género y el litisconsorcio es la especie

El Litisconsorcio se puede dar de la siguiente manera:

- ✓ Cuando en un proceso hay varias personas demandantes o demandadas.
- ✓ Cuando concurren al proceso terceros que se unen a una de las Partes
- ✓ Cuando existe acumulación de los Procesos con partes distintas y exista comunidad de pretensiones entre algunas de ellas³².

Clases de Litisconsorcios

En la doctrina procesalista existen una diversidad de criterios pero para efectos didácticos solo citaremos tres criterios que son los más aceptados dentro de nuestro ordenamiento Jurídico Procesal tales se clasifican en:

- I. De acuerdo a la Posición de las Partes el Litisconsorcio puede ser:

Activo: el Litisconsorcio cuya formación deviene de la existencia de dos o más personas que figuran como parte Demandante.

³¹ Bacre, Aldo, “Teoría General del Proceso”, Tomo II, Tercera Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina, Mayo, 1996. Pág. 153

³² Hernando Devis Echandía Óp. Cit. Pág. 316.

Pasivo: el Litisconsorcio que se forma en virtud de la existencia de dos o más personas que figuran como parte Demandada.

Mixto: esta clase de Litisconsorcio tiene lugar cuando tanto en la Parte Demandante como en la Parte Demandada existen dos o más personas bajo tales condiciones procesales.

II. **En atención al Momento de su Formación, el litisconsorcio es:**

Originario: Es el Litisconsorcio cuya formación tiene lugar en instauración inicial o principio de la Relación Jurídica Procesal.

Sucesivo: Es el Litisconsorcio que se forma en un momento posterior a la iniciación de la Relación Jurídica Procesal; es decir, durante el desenvolvimiento de y desarrollo de la misma.

III. **Atendiendo a la Fuente u Origen, el Litisconsorcio es:**

Facultativo: este litisconsorcio tiene como fuente creadora la libre y espontánea voluntad de quienes lo integran, por tal motivo tiende a ser conocido como "Litisconsorcio Voluntario". Esta clase de litisconsorcio se produce por la facultad concebida a los litigantes de acumular pretensiones en ciertos supuestos que la ley fija.

La formación del litisconsorcio voluntario o facultativo depende de la libertad o arbitrio de los demandantes, pueden integrarse para demandar conjuntamente, o cuando el Demandante es uno solo y este decide demandar a varias personas en un solo proceso.

Conceptualicemos lo visto en clase de esta manera Litisconsorcio Facultativo estableciendo por tal cuando en un mismo proceso existen diversos sujetos en una misma posición de parte, ejerciendo múltiples

pretensiones conexas entre sí, sin que la ley o la naturaleza de la relación material los obligue a actuar conjuntamente.

Necesario: en esta clase de Litisconsorcio existe una carga para que se integre, nacida esta o de la Relación Material en que se fundamenta la Acción, por no ser posible dividirla en cuanto a su resolución por el número de personas que lo integren, o de la misma ley.

Podemos considerar entonces el litisconsorcio necesario como la Institución Jurídico Procesal que nace a través de un proceso único con partes plurales, por exigencia de la ley o por la naturaleza de la relación controvertida, y en el que la única pretensión hecha vale en juicio solo es proponible por todos los legitimados, o contra todos los legitimados, o incluso por ambos a la vez.

EL LITIS CONSORCIO

La justificación de esta figura en el nuevo proceso civil y mercantil va dirigida a la eficacia de la sentencia lo cual es considerado impreciso e inadecuado en virtud de que las normas procesales no se deben elaborar para el buen desarrollo del proceso sino más bien para la correcta tutela de la sentencia, esta justificación se encuentra plasmada en los art. 76 al 85 CPC y M

Se admite en la nueva regulación, las clasificaciones existentes de litis consorcio, con especial referencia en el litis consorcio necesario y el litis consorcio voluntario.

En el caso de la primera pluralidad de partes se acentúa más como otro aspecto del pre- juzgamiento, debiendo ser resuelto al inicio del proceso, permitiendo que la demanda sirva como control de parte.

A manera de excepción la constitución del litis consorcio activo art. 76 CPC y M. En caso de apreciarse de oficio la falta de litis consorcio activo el juzgador requerirá al demandante que subsane la omisión suspendiendo la admisión de la demandan por el plazo de 3 días art. 77 CPC y M.

A la inversa cuando se observe de oficio la falta de litis consorcio pasivo se habilita al juzgador a integrar la relación procesal realizando el emplazamiento de aquellos quienes aparecen en la demanda pero no se ha solicitado su comparecencia, ejemplo los obligados solidarios

Si los requisitos de identificación no aparecen en la demanda se requerirá al demandante para que los proporcione de acuerdo al art. 80 CPC y M

El cuadro que se presenta a continuación se realiza con fines ilustrativos y comparativos señalando los aspectos más importantes en cuanto al Litisconsorcio:

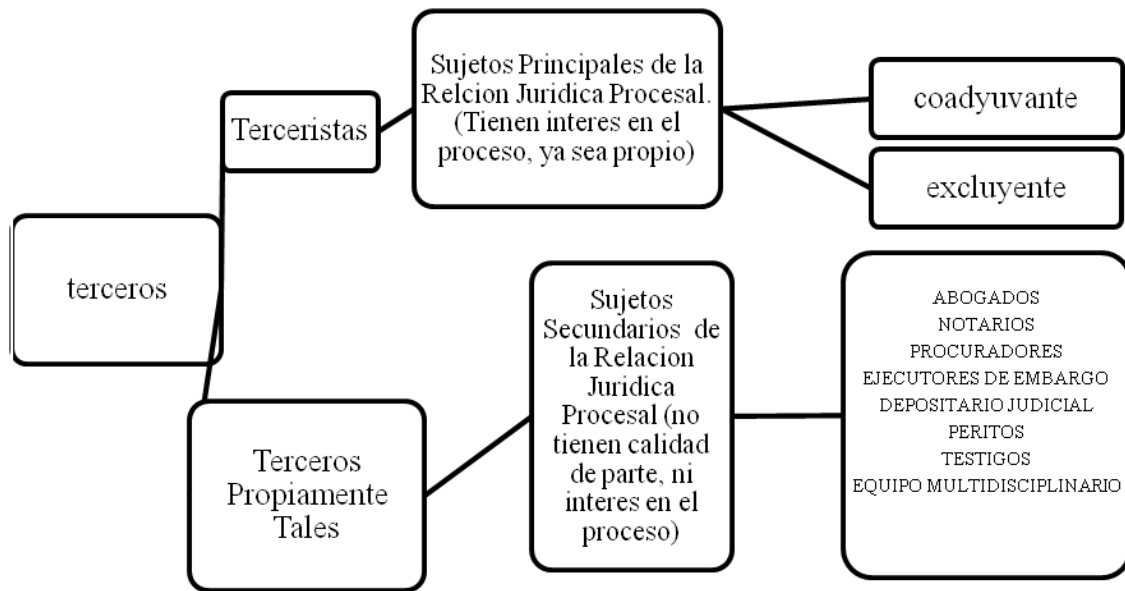
Liticonsorcios Elementos distintivos	Facultativo	Necesario
Caracteres.	Partes Plurales. Pluralidad de Pretensiones.	Partes Plurales. Unidad de Pretensiones.
Acumulación de Partes.	Del Actor.	De la Ley o de la Relación Jurídica Sustancial
Independencia de Partes.	Autonomía e Independencia	No hay Autonomía; los Actos de uno

	Subjetivo; los actos de uno u otro aprovechan	aprovechan o perjudican a los demás.
Proceso.	Único.	Único.
Disponibilidad de la Pretensión.	Se Desiste o Allana de la Pretensión sin perjuicio del Litisconsorte.	El Desistimiento o Allanamiento debe ser integral de lo contrario no procede.
Rebeldía.	Actuación autónoma. La Rebeldía de uno no perjudica a los demás	Igual
Excepciones.	Son consideradas individualmente.	Beneficia a todos en principio.
Sentencia.	Única	Única
Casos en que procede	Por Integración Voluntaria y Conexidad de las Pretensiones.	Integración Forzosa. Condominio. Juicio de Desalojo.

1.6 LOS TERCEROS CON INTERES EN EL PROCESO.

Es importante señalar en este apartado que, al referirnos a la Categoría Jurídica denominada “Terceristas” como Sujetos Principales de la Relación Jurídica Procesal, no estamos haciendo alusión a los Terceros en su concepción general, sino a una clasificación especial de esos terceros; es decir, los Terceros son el Género o Tronco Común del cual derivan diversas clases de terceros; y, dentro de esa diversidad de clases se encuentran los “Terceristas”, los cuales son los únicos Terceros a los que cabalmente podemos ubicar como Sujetos Principales de la Relación Jurídica Procesal

Para efectos académicos se hará la siguiente diferenciación.



En un primer momento hay que decir que, al referirnos a los Terceros en su “acepción general”, entendemos por estos a todas aquellas personas que intervienen en el proceso sin tener la calidad de parte. Hablamos en este sentido de todas aquellas personas que sin tener un interés sobre lo que se discute en el proceso, concurren a este a realizar determinado acto-procesal; como lo expresa Devis Echandia en su obra: “en cada momento del proceso son terceros quienes no tengan la calidad de parte”... tenemos así, por ejemplo: Los Testigos, Peritos, Depositarios Judiciales, Ejecutores de Embargo; etc. De estos Terceros nos ocuparemos en su título respectivo, ahora nos corresponde estudiar en los Terceros denominados TERCERISTAS, quienes si figuran como Sujetos Principales en la Relación Jurídica Procesal.

De los Terceristas.

Inicialmente hay que a partir de una idea básica: el Terceristas es la persona que originalmente no figuro como parte en el proceso pero que, al

comparecer espontáneamente o ser llamado al mismo, este defiende su propio interés o coadyuva con los intereses de alguna de las partes originales.

I. Terceristas “Ad Excludendum” o Excluyentes.

Son los Terceristas que se presentan en el Juicio con un interés autónomo, opuesto totalmente a ambas partes. Su situación procesal para todas sus actuaciones es independiente de la de las partes. En concreto, estos ingresan al proceso con un interés que no se une a ninguna de las partes.

II. Terceristas Coadyuvantes. (Llamados también Terceristas Litisconsortes Sucesivos o Intervinientes)

Son los que pretenden un derecho propio vinculado al proceso, o intervienen para que sobre él se produzcan una decisión en la Sentencia³³.

Ese derecho está vinculado con el reclamado por una de las partes frente la otra, por la conexión jurídica de sus títulos comunes y por ello su situación es autónoma e independiente, pero no opuesta sino concordante con la de la parte consorcial³⁴.

Esa oposición de la pretensión del tercerista a la del Actor significa consecuentemente que tal pretensión acompañara a la del demandado hará que tal pretensión acompañe a la del demandante.

³³ Relacionado con el Art. 81 C. Pr. C. M.

³⁴ Relacionado con el Art. 79, 80, 81, 82 C. Pr. C. M

La idea es clara: el interés del Tercerista se viene a sumar al interés de una de las partes, ya sea parte Demandante o Demandada, de ahí su calificativo de “Coadyuvante”, es decir “Acompañante”³⁵.

Es importante concluir diciendo que tanto Tercerista Coadyuvante como Excluyente posee interés propio, Autónomo e Independiente al de las partes, de no ser así, el Tercerista no tendría razón de ser. Aun el Tercerista Coadyuvante siempre en todo momento mantiene la autonomía de su interés frente a la parte que coadyuva o acompaña³⁶.

Actuación de los Terceristas en el Proceso

Después de hacer las consideraciones acerca de las Tercerías debemos hacer hincapié en la manera que se presentan al proceso de las cuales tenemos:

- a) **A Petición de Parte:** la parte interesada solicita al Juez el allanamiento de la persona que ella considera vinculada con el objeto de la causa bajo la calidad de tercerista.
- b) **De Oficio por el Juez al momento de Examinar la Demanda:** al momento de realizar el examen de la demanda, el Juez, de su estudio puede concluir que no solo las partes que hasta el momento figuran como tal son las que están vinculadas con el objeto de la causa, por lo cual el Juez puede de oficio citar a las personas que el considere vinculadas a tal objeto y que tengan la categoría de Terceristas.
- c) **Por Iniciativa propia del Tercerista:** el tercerista dado su conocimiento sobre la causa acude voluntaria y espontáneamente al

³⁵ Relacionado con el Art. 79, 80,81 C. Pr. C. M

³⁶ Relacionado con el Art. 79, 80, 81 C. Pr. C. M

Proceso y pide al Juez se le tenga como interviniente Coadyuvante o Excluyente en tal Juicio.

Respecto al momento en que se presentan, los Terceristas –tanto coadyuvantes como excluyentes- pueden presentarse en cualquier etapa del proceso antes de la Sentencia pero solo el Tercerista Excluyente puede hacerlo hasta en la etapa de la ejecución de la Sentencia³⁷.

Cabe señalar debido a la importancia de la Intervención del Tercerista en el Proceso ante la actividad Probatoria, y en concreto con el termino de prueba

Los Terceristas tienen un interés propio sobre el cual pueden aportar prueba y legitimar procesalmente un Derecho en cuanto al derecho sustancial discutido en el proceso se trata; en ese sentido se hace importante el tratamiento que estos reciben en cuanto a materia de prueba se trata.

Ya es conocido y muy recalcado que el Tercerista tiene un interés propio sobre el cual pueden aportar prueba y legitimar procesalmente un Derecho en cuanto al derecho sustancial discutido en el proceso en el proceso se trata; en ese sentido se hace importante el tratamiento que estos reciben en cuanto a materia de prueba se trata.

Tratamiento del Tercerista Coadyuvante.

En el mismo caso del Tercerista Coadyuvante, por su misma naturaleza Procesal, este debe asumir el proceso en el estado en que este se encuentre, por lo cual si se presentan en el proceso luego de que ha precluido el termino probatorio, este no podrá alegar medio de prueba alguno, salvo cuando no se le hubiere emplazado esto de conformidad al Art.

³⁷ Relacionado con el Art. 79, 80, 81, 82 C. Pr. C. M

79 del Código Procesal Civil y Mercantil³⁸, esto es considerado la regla general pero como toda norma hay excepciones, esta se da en el caso que aun cuando el Tercerista Coadyuvante se presente al proceso luego de precluido el termino probatorio, este siempre podrá alegar prueba solo en el caso de que lo que pretenda probar sea un hecho trascendental para el proceso, o un hecho que no haya sido objeto de prueba anteriormente y el Juez lo considere oportuno para el proceso tal situación se le concede un plazo de tres días para solventar el incidente³⁹.

Tratamiento del Tercerista Excluyente.

Por la misma naturaleza procesal de esta clase de tercerista, la ley le habilita siempre un término de prueba en el cual pueda aducir los Medios de Prueba Pertinentes y lograr el convencimiento del Juez acerca de los hechos que el alega desde su interés autónomo y contradictorio a las partes del proceso, en el caso de que se presente en el proceso luego de precluido el Terminio de Prueba⁴⁰. En la presente investigación he destinado un capítulo especial de la temática en cuestion

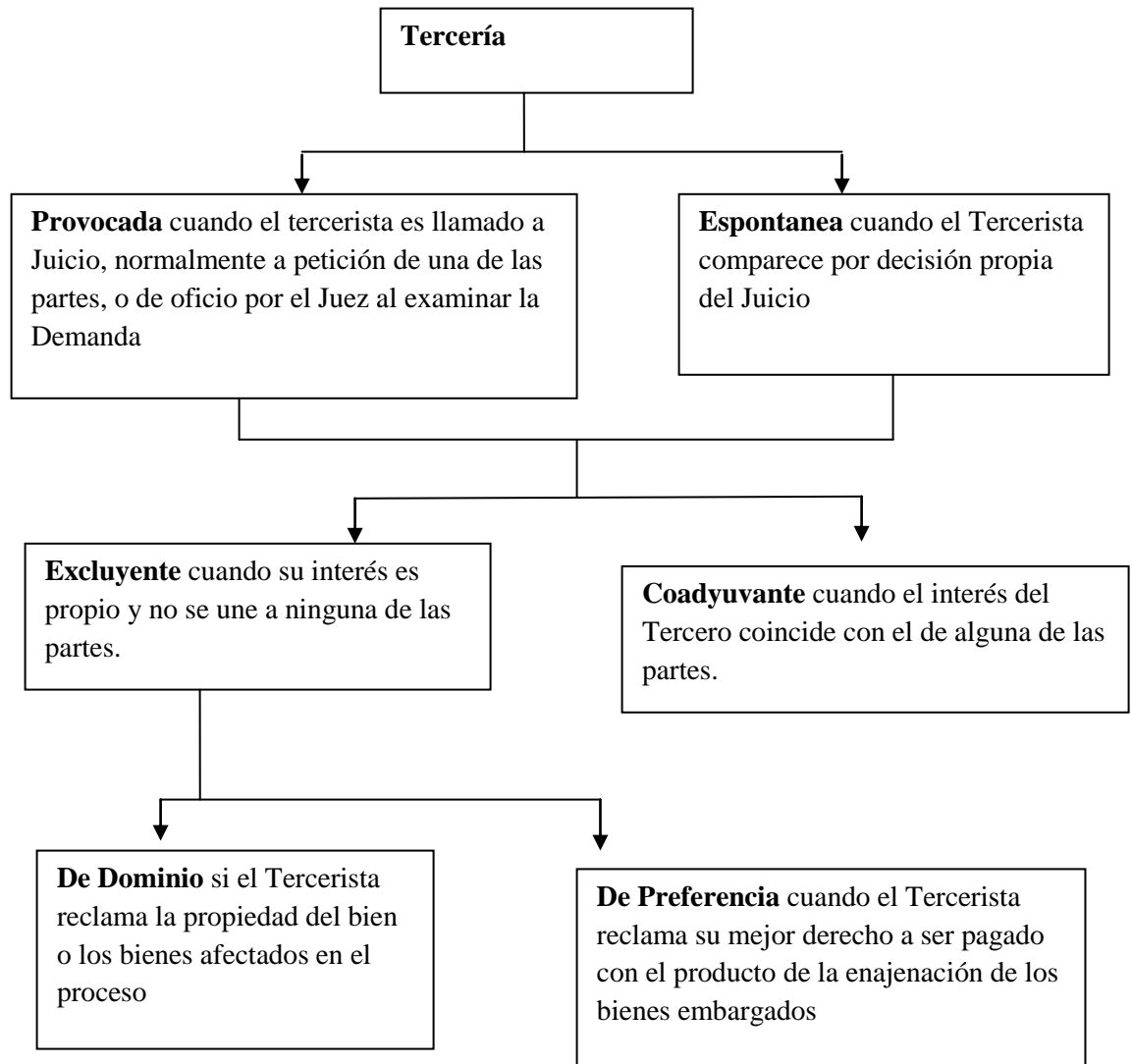
De todas las actuaciones procesales anteriores que involucran la actividad de los terceristas, surge el concepto la “**Tercería**”, que no es ni más ni menos que la participación del Tercerista en el proceso.

Resumiendo la Tercería se tiene lo siguiente en el cuadro a continuación

³⁸ Relacionado con el Art. 79, 81 C. Pr. C. M

³⁹ Relacionado con el Art. 77, 81, 82, 79 C. Pr. C. M

⁴⁰ Relacionado con el Art. 83, 84, 85 C. Pr. C. M



1.7 TERCEROS INVOLUCRADOS SIN INTERES EN EL PROCESO

Como anteriormente se había señalado, los Terceros en su acepción “general” constituyen aquellos sujetos procesales que no poseen calidad de parte, ni mucho menos un interés personal en la causa de proceso, aun cuando comparecen en el para la realización de determinados actos procesales concretos.

De los anteriores se encuentran:

- Terceros Auxiliares de las Partes.
- Terceros Auxiliares del Órgano Jurisdiccional.

Terceros Auxiliares de las Partes.

Esta clase de Terceros son los que auxilian a las partes en el desarrollo de determinado acto procesal; hay que tener en cuenta que tal auxilio no implica una identificación con el interés o la causa de la parte a la que auxilien, el Tercero siempre que se manifiesta como ajeno y desinteresado de la causa del proceso.

De estos se derivan los siguientes:

ABOGADOS

Es el tercero que auxilia a la parte Demandante o Demandada en cuanto a la Representación Judicial nos referimos. La actuación de este tercero implica la materialización de Categorías Jurídicas como la Capacidad Procesal, la Legitimación en el Proceso, La Capacidad de Postulación Procesal, etc. Por las cuales efectivamente la parte se ve auxiliada en cuanto a su actuación procesal en concreto.

Es claro que el Abogado no tiene un interés personal en el proceso que vaya más allá de su mero interés profesional⁴¹.

NOTARIOS

Son los llamados Fedatarios Públicos, en ellos reside la Fe Publica por la cual se da certeza completa de la realización del conjunto de actos

⁴¹ Relacionado con el Art. 67, 68, 69, 70, 71, 72 C. Pr. C. M

jurídicos que tienen lugar bajo sus oficios. Estos resultan muy importantes para las partes en cuanto al auxilio que necesitan respecto de los instrumentos públicos, los cuales –como ya se sabe- son los otorgados por personas autorizadas para ejercer la función notarial. De ahí la naturaleza de Tercero Auxiliar de las Partes, son ellos quienes revisten de fe pública los actos dichas partes han realizado previamente al proceso y que servirán en el mismo como medio de prueba⁴².

TESTIGOS

El Testigo es la persona que declara ante el tribunal sobre hechos que son relevantes para la resolución del asunto sometido a su declaración. Estos sujetos hacen una narración descriptiva de un hecho que le consta de vista y de oída.

En ningún momento estas personas poseen un interés en el proceso, ya que solamente son llamados para que declaren lo que ellas conocen respecto de un hecho determinado⁴³.

PERITOS

Es aquel sujeto procesal que declara ante un tribunal teniendo la característica de poseer conocimientos especiales y técnicos en determinada ciencia, arte u oficio, el cual brinda opiniones al Juez desde esos conocimientos especiales sobre un objeto de intervención fijado previamente.

El Perito únicamente brinda o da a conocer su Dictamen Pericial para ilustrar al Juez sobre un hecho que requiere conocimientos especiales, lo cual a la vez resulta necesario para una u otra parte, pero jamás el Perito

⁴² Relacionado con el Art. 1 de La Ley del Notariado.

⁴³ Relacionado con el Art. 355 C. Pr. C. M

está indicado sobre un interés de la Parte que lo propone o de la parte contraria⁴⁴.

Terceros Auxiliares del Órgano Jurisdiccional.

Esta clase de Sujetos Procesales son los que auxilian al Juez en las actuaciones, las cuales resultan de suma importancia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Tales sujetos son:

Ejecutor de Embargo

Es el Sujeto Procesal que auxilia al Juez, únicamente cuando existen Juicios Ejecutivos o Secuestros Preventivos de Bienes. Este Sujeto está autorizado por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia para la ejecución de dicho cargo, y lo que implica la retención, traba o secuestro de bienes, por mandato de Juez⁴⁵.

Depositario Judicial

Este sujeto es el designado por el tribunal para custodiar los bienes que han sido embargados por el Ejecutor de Embargos, por supuesto, bajo la responsabilidad correspondiente que emana de las disposiciones relativas al Contrato de Deposito, concretamente al Depósito Judicial⁴⁶.

Equipo Técnico Multidisciplinario (aplicable a los juzgados de familia)

Son todos aquellos sujetos adscritos a los Juzgados de Familia los cuales cumplen la calidad de especialistas y tienen como finalidad emitir

⁴⁴ Relacionado con el Art. 375 C. Pr. C. M

⁴⁵ Relacionado con el Art. 105 de la Ley Orgánica Judicial; Relacionado con el Art. 617 C. Pr. C. M

⁴⁶ Relacionado con el Art. 2006, 2009 C. C.

opiniones o recomendaciones al Juez de Familia sobre el tratamiento psicológico material a recibir por las personas que son objeto de los complejos litigios en materia de Familia.

Podemos mencionar:

- Un Psicólogo
- Un Trabajador Social
- Un Especialista del Instituto de Medicina Legal
- Un Especialista de ISNA
- Un Especialista de la Procuraduría General de La República

Los Sujetos mencionados anteriormente desarrollan “Estudios Psicosociales” de las Partes que lo necesiten en un Proceso⁴⁷.

⁴⁷ Relacionado con el Art. 4, 93 de la Ley Procesal de Familia.

CAPITULO

II

2. GENERALIDADES Y REGULACION DE LOS SUJETOS PROCESALES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

2.1 INTRODUCCIÓN

Las partes procesales es el nombre del título segundo del libro primero, este título se desarrolla en cuatro capítulos, capacidad y legitimación, postulación, pluralidad de partes y sucesión procesal, en el artículo 58, que se intitula partes del proceso, se establece que son partes en el proceso el demandante, el demandado y quienes puedan sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada

Para que sea jurídicamente admisible el proceso, los sujetos o partes que en él intervienen han de reunir las siguientes condiciones: capacidad, legitimación, y poder de postulación. Con respecto a la capacidad de los sujetos en derecho procesal, se ha de distinguir la capacidad para ser parte o personalidad procesal (similar a la capacidad jurídica del derecho material) y la capacidad procesal o capacidad para comparecer en juicio (similar a la capacidad de ejercicio de obrar del derecho material). E. Gómez Orbaneja y V. Herce Quemada consideran que estas dos especies de capacidad «son condiciones estrictamente personales que no se determinan con relación a un objeto procesal determinado, sino a priori o en abstracto; determínense dentro de un proceso, pero con independencia del contenido objetivo de éste».

En el código, se incorporan innovaciones respecto a quienes pueden ser parte en el proceso, verbigracia, que en los procesos civiles y mercantiles podrán ser parte, el concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables; en calidad de demandadas las uniones y entidades que, sin haber cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, actúen en el tráfico jurídico.

2.2 DEFINICIÓN

“los Sujetos Procesales son todas aquellas personas Naturales o Jurídicas, que intervienen en el Proceso, desarrollando las correspondientes etapas del mismo, las cuales los une un vínculo de interés y fines específicos”⁴⁸

En todo proceso judicial, en virtud de un conflicto de intereses de carácter económico, a las personas involucradas en esa situación se les considera partes procesales por ser los titulares del objeto material del proceso, tanto del lado activo como del pasivo de la relación procesal⁴⁹.

El concepto de parte es estrictamente procesal; la calidad de parte le da la titularidad activa o pasiva de una pretensión. Quien no posee la calidad de parte se define procesalmente como tercero⁵⁰.

2.3 CLASIFICACION DE LOS SUJETOS PROCESALES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

En la regulación normativa del Código Procesal Civil y Mercantil, no aparece en ningún artículo de la misma la clasificación por tal razón es necesario apoyarse en la Doctrina de los Expositores del Derecho en hacer las consideraciones generales de quienes son aquellos sujetos que intervienen en el proceso, por tal razón la doctrina debe ir de acorde con la realidad normativa, es por ello que los sujetos que aparecen a continuación son todos aquellos que intervienen en los Procesos Civiles y Mercantiles.

SUJETOS PROCESALES

⁴⁸ Definición realizada por el Autor del Presente Trabajo de Graduación, Oscar Gerardo Ramírez Marinero

⁴⁹ Dr. Mauricio Ernesto Velasco Zelaya y otros, El Nuevo Proceso Civil Salvadoreño, Universidad Tecnológica de El Salvador, Colección Jurídica, Junio 2010

⁵⁰ *Ibidem*.

- JUEZ.
- DEMANDANTE O SOLICITANTE, según el caso.
- DEMANDADO.
- TERCERO PROCESAL. COADYUVANTE O EXCLUYENTE, según el caso.
- SECRETARIO DE ACTUACIONES.
- MINISTERIO PUBLICO principalmente la Fiscalía General de la República, quien representa los intereses del Estado.
- SUCESION PROCESAL, esta figura se consigna expresamente, entendida en su sentido más amplio es decir consigna las figuras de sucesión y sustitución amparada en los artículos 80 al 83 CPCyM⁵¹.

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

2.4 JUEZ

La palabra Juez viene del latín “Iudex” que significa “el que indica o dice el derecho”. De tal manera que, se puede definir al Juez como el titular del Órgano Jurisdiccional unipersonal o monocrático, pluripersonal (o colegiado

⁵¹ Lic. Margarita Fuentes de Sanabria y Lic. Oscar Canales Cisco, Modulo I “Principales Instituciones del nuevo proceso Civil y Mercantil”.3, 4, 5, 6, Consejo Nacional de la Judicatura, Republica de El Salvador, Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” Área de Derecho Privado y Procesal, Programa de Capacitación Continúa Edición Virtual, noviembre.09.San Salvador

en el caso de los tribunales que son donde son varios jueces, en nuestro país son tres jueces que forman el tribunal colegiado), todo lo anterior deben poseer el carácter imparcial, instituido por el Estado para resolver Jurisdiccionalmente y por consiguiente con imperatividad, un litigio entre partes.

Dado que el sistema procesal salvadoreño es retomado de gran manera de sistema procesal civil de España, sino pues consulte la Ley de Enjuiciamiento Civil que ha servido de gran referencia al CPCM, el vocablo Juez corresponde en el funcionario que ***“personifica únicamente el interés del estado o de la sociedad en la realización normal de la justicia; o lo que vale decir, el fin que el Juez persigue es la Administración de Justicia para dirimir conflictos entre particulares logrando de esta manera la paz, Justicia y armonía social”***. Este posee un carácter sumamente principal y en virtud de ese carácter este debe ser imparcial, o de lo contrario este violaría la moral profesional además que abusaría de sus funciones que únicamente se encuentra en la norma primaria la Constitución y las leyes.

En este sentido y para dejar agotado esta temática podemos inferir que el Juez es el Funcionario que sirve en un tribunal de Justicia para dirimir conflictos entre los particulares que se encuentra investido de la potestad jurisdiccional derivada de la constitución y las leyes que regulan lo relativo a esta materia, el cual se caracteriza por ser la persona que resuelve una controversia o decide el destino de una causa que ante él se presenta. De tal manera que ahora podemos hablar con toda propiedad que el Juez es un Funcionario Público, remunerado por el Estado, encargado de administrar justicia de manera Autónoma e independiente.

Hemos de recalcar que el Juez es la persona investida de poder de jurisdicción o lo que se traduce como el únicamente facultado para resolver imperativamente con poder soberano sobre los litigios que son sometidos a su conocimiento por lo cual para cumplir a exactitud esto deber estar completamente sometido a la Constitución y a las leyes. Todo esto en base a lo establecido en el **Art. 172 Inc. 3° Cn.** Que literalmente dice: ***“Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes”***. Además de estos principios el Juez debe estar revestido de una característica sumamente indispensable **la Imparcialidad.**

La Imparcialidad engloba en toda su dimensión y se sustenta en base a dos caracteres fundamentales que definen su contenido tales son:

- ✓ Imparcialidad Estructural
- ✓ Imparcialidad Funcional

La Imparcialidad Estructural alude al hecho de ser los intereses específicos del objeto del proceso totalmente inadecuados o insólitos a los que implica el tribunal, es decir que las estructuras del Órgano Jurisdiccional y los intereses que podrían generarse respecto de la causa, deben ser eliminados absolutamente y no debe ser permitido en ningún momento un tratamiento de la causa en base a tales intereses o para responder a los mismos

En tanto La Imparcialidad Funcional está referida a la consideración de la actividad del Juez respecto de la actividad de las partes des un punto de vista negativo y positivo

Negativamente por cuanto el juez debe prescindir de las partes y atenerse solamente a los resultados objetivos de sus actividades, es decir no preferir a uno sobre otro bajo criterio personal o indicado

Positivamente el Juez debe (una vez liberada la conducta de cualquier criterio subjetivo sobre las partes) otorgar a cada actividad que las partes producen el máximo de posibilidades procesales para su ejecución, no importando de qué parte proceda la actividad procesal⁵²

Junto a la Imparcialidad la doctrina procesal atribuye al Juez la característica de Independencia Judicial (Denominada en nuestro medio "Independencia Judicial")

La Independencia comparece como un supuesto de la imparcialidad; se manifiesta como una condición negativa y funcional. La independencia consiste en un no estar sometido, un no tener que obedecer (en el ejercicio de la función jurisdiccional) las ordenes indicaciones, instrucciones, instrucciones, presiones, del órgano jurisdiccional mismo (internamente) o de cualquier persona (externamente)⁵³. Como ya se dejó claro, el juez solo se debe a la Constitución y a las leyes⁵⁴.

Es claro entonces que, un juez en ningún momento se debe ver indicado, coaccionando u orientando a fallar en determinada forma por presiones o sometimientos que provengan de la misma estructura del Órgano Jurisdiccional, ya sea por Jueces de su misma Categoría y nivel Jerárquico o por Jueces o Magistrados de categoría o niveles jerárquicos superiores.

⁵² Barrios de Angelis Dante, "Teoría del Proceso", primera edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979. Pág. 115.

⁵³ *Ibidem*. Pág. 119

⁵⁴ Leer y relacionar el Art 172 de la Constitución.

De igual manera, el Juez no debe fallar sobre una causa en determinado sentido en base a presiones u coacciones de cualquier persona ajena al Órgano Jurisdiccional, ya sean Funcionarios de los restantes Órganos de Gobierno (Legislativo y Ejecutivo) o cualquier otra persona con determinado grado de poder político o económico.

Es importante aclarar que, si bien gozan de Independencia Judicial en su actuar las resoluciones de los Jueces pueden ser revisadas por Tribunales Superiores Jerárquicos a través de los denominados Recursos, pudiendo dichas resoluciones ser confirmadas, modificadas o revocadas.

De tal manera es de gran relevancia aclarar que ningún cargo público exige con mayor rigor una ética intachable en su desempeño que un cargo público judicial. No solo se trata de abstenerse a caer en ilícitos o violar prohibiciones expresas de las leyes procesales correspondientes; la ética es un criterio axiológico legal que va más allá refiriéndose incluso a actuaciones del Juez ya que es cierto que tienen sanción jurídica, y en esta medida se refiere al comportamiento del Juez no sancionable jurídicamente. Donde el mandato jurídico no existe para él, donde la sanción jurídica no puede producirse, allí habrá de funcionar la ética

El juez, es la autoridad pública que sirve en un tribunal de justicia y que se encuentra investido de la potestad jurisdiccional.

Habitualmente son considerados empleados o funcionarios públicos son remunerados por el Estado (sin perjuicio de la figura de los jueces árbitros), e integran el denominado Poder Judicial⁵⁵. En general, se caracterizan por su autonomía, independencia e inamovilidad, sin que puedan ser removidos de sus cargos salvo por las causas establecidas

⁵⁵ Hablamos de poder Judicial pero con el avance de la Doctrina Constitucional, especialmente a la tesis orgánica, se le ha cambiado la denominación a Órgano Judicial

constitucional o legalmente. Si bien gozan de independencia en su actuar, sus resoluciones suelen ser revisables por los tribunales superiores jerárquicamente, mediante los llamados recursos judiciales, pudiendo ser éstas confirmadas, modificadas o revocadas.

La base legal se encuentra en la Constitución de la República en el Art 172 al 190, dentro del código procesal civil y mercantil el Juez en art. 1, 2, 3, 10, 11, 12, 13, 14, 15, entre otros. Sin perjuicio de relacionar los Arts. 203, 204. CPCM

2.5 SECRETARIO

El Secretario judicial, o simplemente secretario, es un funcionario público integrante de nuestro sistema judicial salvadoreño que, entre otras funciones, actúan como ministros de fe pública en los tribunales bajo la única salvedad que no ejerce función judicial a diferencia del Juez, la Función del Secretario es autorizante.

Podría ser sujeto a discusión el hecho de afirmar que el secretario del Tribunal es un Sujeto Procesal Principal de la relación jurídica procesal, y esto porque en la mayoría de casos se considera que el Secretario solamente es un simple empleado del tribunal que a lo mucho llega a ser un Auxiliar del Órgano Jurisdiccional formando parte de los Sujetos Procesales Secundarios.

Esta posición es discutible, y esto en atención al tratamiento que la misma ley Procesal le está otorgando a las Funciones del Secretario como parte integrante del Órgano Judicial.

De acuerdo al análisis siguiente en atención a lo que se ha planteado anteriormente, es necesario hacernos una pregunta sumamente importante la cual servirá de base para determinar la naturaleza procesal del secretario

en esto cabe preguntarnos lo siguiente ¿El Secretario es un Empleado Público Judicial o un Funcionario Público Judicial?

Ya se ha manifestado anteriormente, se tiende a pensar que el secretario es un simple empleado del Tribunal, el cual al igual que todos los demás empleados del Tribunal, se encuentran desempeñando una labor que no incide de manera directa en la tarea de administrar justicia correspondiente al Juez.

Podemos decir que dentro la ley de la Carrera Judicial, La Ley Orgánica Judicial entre otros cuerpos normativos, se encuentran señaladas la función que realiza dicho sujeto procesal, a fin de comprender las actividades de cada uno de estos en el Proceso Civil y Mercantil.

Después de efectuar las lecturas pertinentes, podrá el lector observar que la misma ley le determina la necesidad de un Secretario ante las actuaciones del Juez; entendemos entonces que el papel del Secretario no es simple sino que está íntimamente vinculado con las actuaciones del Juez

Esta aseveración se verá totalmente afirmada al momento que en la presente guía abordemos el tema de las Funciones que le corresponden al Secretario, las cuales señalan por si mismas la naturaleza de este sujeto en cuanto al desarrollo mismo del proceso, sin embargo hay que dejar por sentada la respuestas que plantee anteriormente, y es que sin lugar a dudas podemos afirmar que el Secretario es un Funcionario Público que está revestido por tal categoría.

Basta con Leer los Arts. 201, 205, para señalar la importancia del secretario en el CPCM

FUNCIONES DEL SECRETARIO

El Secretario desarrolla dos clases de funciones:

- ✓ Función administrativa
- ✓ Función Autorizante
- ✓ Función de Ejecución de determinados Trámites y Actos Procesales.

2.6 PARTES

En general los códigos latinoamericanos no definen el concepto de parte en el proceso, limitándose a indicar quiénes lo son. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia tiene una idea clara de la parte procesal distinguiendo, aunque con algunas vacilaciones, los conceptos de parte (procesal), de los legitimados para pretender y de los sujetos de la relación sustancial (partes en sentido sustancial). Se sigue en esto la enseñanza de los maestros italianos, especialmente de Giuseppe Chiovenda⁵⁶.

Es por ello que Partes son los contendientes, personas físicas o jurídicas colectivas que sostienen un interés en el juicio. Así, dichas partes son *el actor, el demandado y los terceros*. El primero de los nombrados es quien pone en movimiento al órgano jurisdiccional al hacer uso del derecho subjetivo de *acción*, al actor también se le llama *el accionante, la parte activa* del procedimiento, o iniciador del juicio⁵⁷.

2.6.1. GENERALIDADES PREVIAS

Un proceso sin partes es inconcebible y decir partes equivale a decir contendientes, aunque en ciertas hipótesis no tienen conflicto entre sí como

⁵⁶ Enrique Véscovi, Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano, UNAM INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, México 1978

⁵⁷ Carlos Enrique Sada Contreras, APUNTES ELEMENTALES DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la UANL. Edición 2000 Talleres de la Imprenta de la Facultad de Derecho.

tratándose de la materia penal, o no quieren tenerlo como en el proceso impuesto -caso típico es el de nulidad de matrimonio en que hay que ir al proceso, aunque las partes estén conformes en la invalidez-.

Hay un debate entre dos sujetos y por ello se habla de la bilateralidad, sea de las partes, del accionar o simplemente del instar y del pretender. Sin embargo, la pluralidad puede presentarse si la parte es una subjetividad múltiple, si la parte es una multiplicidad formal o pretensora y si al juez se le llama parte imparcial.

Con estas reservas y especificaciones, por parte se entiende el elemento subjetivo condicionante del proceso. Tal sujeto puede ser un individuo físico o una persona jurídica. En el primer supuesto se habla de sujeto capaz o hábil, y en el segundo de personalidad autónoma.

Ahora bien, el estudio de las partes suele hacerse luego de estudiar los órganos judiciales, pero también se efectúa luego de analizar la relación procesal o se le enfrenta a la competencia.

Cuando se inicia el estudio desde la perspectiva de la persona se alcanza la calidad de parte en razón del interés jurídico, Se está frente a un dato enteramente jurídico y objetivo, lo primero porque se dejan fuera situaciones calificadas también de interés como los beneficios económicos, sociales, políticos o de índole parecida: y lo segundo, porque el interés viene dado por la situación y no la persona, esto es, se trata de considerar a la última subsumida en un círculo de regulación legal; el interés, así establecido, resulta de la posición que tiene el sujeto jurídico. Si se encuentra en el círculo considerado por la regulación legal, ostentará o invocará un interés, cualquiera que sea el beneficio o el perjuicio extrajurídicos que de ello se le sigan; por ejemplo, tanto interés jurídico tiene el demandante como el reo, el acusado como el acusador, el que venció en otro procedimiento

como el vencido. Lo determinante estriba en quedar ubicado en el contexto de cierta normatividad, la que en ese momento sea materia de discusión⁵⁸.

2.6.2 CONCEPTO DE PARTES

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

Desde esta perspectiva, es parte quien formaliza una demanda en ejercicio de una acción determinada, y lo es también aquel contra el que se dirige dicha acción, quedando por ello vinculados por lo que se resuelva judicialmente, tanto desde el plano procesal (efectos de la litispendencia, condena en costas), como materiales, derivados de la cosa juzgada. Pero es también parte aquella persona que no aparece en principio iniciando la contienda, y que sin embargo por su interés en el resultado del pleito ingresa después al proceso, sea porque es cotitular de la relación material, sea porque se va a ver afectado de manera refleja por la sentencia. Todo ello dentro de las pautas que da la ley para poder intervenir con este carácter.

Para adquirir la condición de parte es preciso que toda persona reúna dos requisitos: la capacidad, en sus dos manifestaciones principales, y la legitimación. Cada una de ellas viene articulada por la ley y las veremos a continuación. Con tales atributos, todavía será necesario sin embargo, su aceptación como tal parte por el juez de la causa. Sólo quien lo solicita y es admitido como parte, o quien viene designado como demandado en una demanda y es tenido como tal por el juez, puede adquirir los derechos y obligaciones inherentes a esa condición. Con esto lo que queremos decir, es

⁵⁸ Lic. Humberto Briseño Sierra, Compendio de Derecho Procesal, Humanitas Centro de Investigación y Post-grado México D.F. Primera Edición 1989.

que se puede tener derecho o interés directo en el objeto litigioso desde el punto de vista material, pero mientras se permanezca fuera del proceso el sujeto será tercero y no parte.

Si el juez, incluso de manera errónea, le niega dicha personación como parte, aquél seguirá siendo tercero, al menos hasta que esa decisión judicial no sea revocada por otra que así lo declare⁵⁹.

2.7. PARTE EN SENTIDO MATERIAL Y EN SENTIDO FORMAL

De la distinción entre partes del litigio y partes del proceso, surge la clasificación de las partes enunciadas en este número. Se entiende por parte en sentido material, los sujetos del litigio o de la relación jurídico-sustancial sobre que versa, y por partes en sentido formal, los sujetos del proceso.

Los sujetos del litigio son, necesariamente, dos, puesto que no se concibe un litigio sin un conflicto de intereses o de voluntades entre dos personas. En cambio, como sabemos, puede presentarse un proceso contencioso sin que exista litigio y, por tanto, sin la presencia de dos partes opuestas, y si es voluntario puede existir una sola parte interesada. Estas cuestiones las olvida CARNELUTII cuando dice que la acción «requiere una pareja de sujetos, de la que cada uno es una parte», y también CALAMANDREI cuando afirma que la acción se presenta, en todo caso, como la petición que una persona hace al órgano judicial de una providencia destinada a obrar en la esfera jurídica de otra persona, sobre la cual deberá obrar la sujeción impuesta por el Estado *u* Ambos conceptos se limitan a la acción contenciosa.

⁵⁹ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Consejo Nacional de la Judicatura, Republica de El Salvador, Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, Editorial UCA, Julio 2010.

Y debe observárseles que el demandado no es sujeto de la acción, sino de la relación jurídico-procesal (cfr. núms. 70-72).

Como vimos, CARNELUTII contradice la lógica de su sistema al referirse a “una pareja de sujetos” de la acción, ya que enseña que no son sujetos de la acción, sino el juez y el actor. Debería hablar de sujetos del proceso o de la pretensión (activo y pasivo). Cuando concibe siempre la presencia de las dos partes en el proceso, piensa CARNELUTII, de acuerdo con su noción básica de la composición del litigio, como objeto del proceso, que varias veces hemos criticado.

A su vez, el concepto de CALAMANDREI opera únicamente para el proceso contencioso, en el cual sí existe la pareja de sujetos de que nos habla CARNELUTII.

No solo ocurre que un sujeto del litigio se abstenga de concurrir al proceso, sino también que el sujeto de la acción o actor, a pesar de estar legitimado para obrar, no sea sujeto del litigio, como cuando el Ministerio público demanda en ejercicio de sus funciones de defensor de incapaces y en el caso de la sustitución procesal. Y se puede actuar válidamente en el juicio sin ser sujeto del litigio, como sucede en la intervención del coadyuvante.

Quienes no hacen distinción entre acción y derecho sustancial, tampoco lo hacen tratándose de partes del proceso y del litigio, ni entre aquellas y los sujetos del derecho material y de la obligación correlativa, que vienen a ser el demandante y el demandado. Según se ha dicho antes, puede ejercitarse la acción válidamente, sin que se tenga el derecho pretendido, y generalmente puede demandarse a quien no tiene la obligación que se le imputa. También puede suceder que el derecho sustancial o la relación material exista, con sus consecuentes obligaciones, sin que por ello quienes concurren como

demandantes sean los sujetos activos de esa relación o lo sean pasivamente los que figuran como demandados, por resultar ambos o uno de ellos sin interés en el litigio planeado o sin legitimación en la causa. En tales situaciones el proceso tiene sus partes, no obstante que los sujetos de la relación

jurídico-sustancial sean personas distintas y ausentes del juicio. No podrá entonces dictarse sentencia de fondo, pero, en cambio, el proceso sí ha nacido y se ha desarrollado entre quienes concurren como partes demandante y demandada. Pero en el proceso no existen partes en sentido material. O existe parte formal o no existe parte; se actúa o no en él⁶⁰.

2.8. CAPACIDAD PARA SER PARTE

Es así, que se consideran partes integrantes de un proceso, por un lado el demandante, es decir, aquel que se consiente ser poseedor de un motivo o derecho subjetivo por el cual busca la tutela del Órgano Judicial. En el otro lado de la relación jurídica material se encuentra el demandado, que es todo aquel contra quien se pide y dirige una demanda. También están considerados los terceros, que no son parte, sino terceros, ya que entre partes y terceros no existen situaciones intermedias (cuasi parte o parte accesoria) de modo que se es o no se es parte, y en este caso se es tercero. Puesto que son aquellos que se involucran en la relación Jurídico Procesal con intereses distintos a los de las partes. Abordando este primer punto, de quienes son parte en el proceso, pasamos a considerar los que tienen capacidad⁶¹.

⁶⁰ Hernando Devis Echandia, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Editorial Aguilar,

⁶¹ Lic. Romell Ismael Sandoval Rosales "COMENTARIOS GENERALES AL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL (ABRIL 2006)" UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA "JOSE SIMEON CAÑAS Facultad de Ciencias del

La capacidad para ser parte implica la aptitud o posibilidad de una persona, para ser reconocida como sujeto al que un proceso puede vincular en su desarrollo y resultado; es decir, una persona cuyos derechos o intereses legítimos pueden ser materia de un pleito, que puede actuar dentro del proceso para su consiguiente defensa, y al que afectará la cosa juzgada producida en el mismo.

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

La capacidad para ser parte se refiere a la aptitud para ejercer derechos y obligaciones, vale decir, para actuar por sí en el proceso. Y es que la capacidad procesal consiste en la calidad del sujeto jurídico para poder intervenir en el proceso (por sí mismo), por tener la aptitud psicofísica requerida por la ley⁶².

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

Hombre y la Naturaleza Departamento de Ciencias Jurídicas, Antiguo Cuscatlán, La Libertad, Julio de 2006

⁶² Dr. Mauricio Ernesto Velasco Zelaya y otros, El Nuevo Proceso Civil Salvadoreño, Óp. Cit.

1° Las personas físicas:

Tanto en este caso, como en el de las personas jurídicas según diremos luego, la capacidad para ser parte se identifica con la propia personalidad civil, de manera que si se cumplen los requisitos establecidos por la ley para ser tenido como persona física, obtendrá automáticamente también la aptitud para ser sujeto de un proceso conforme al 58.1 CPCM. La respuesta a este respecto la ofrece siempre la legislación material, y en concreto el art. 72 CC, donde se vincula la adquisición de la personalidad con el nacimiento y la separación del claustro materno del recién nacido, estando vivo.

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

2° El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables:

No puede obviarse el hecho, en segundo lugar, de que el propio ordenamiento civil reconoce determinados beneficios al *nasciturus* o concebido no nacido, ante la condición suspensiva de su nacimiento futuro. Así ocurre por ejemplo al otorgársele derechos para suceder por transmisión (art. 963, en relación con el 958 CC), pero también para que el juez civil adopte, ex art. 73 CC, cualquier medida que se entienda necesaria para

preservar su salud e integridad física mientras se desarrolla en el claustro materno⁶³, y también para proteger sus expectativas patrimoniales

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

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

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

El contenido de la pretensión determina a su vez que el *nasciturus* está llamado a asumir la posición de parte actora en el proceso, no la de demandado, porque esto último supondría la formalización de una demanda

⁶³ A cuyo tenor: “La ley protege la vida del que está por nacer. El Juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra”.

en su contra con el fin de que se dicte una sentencia denegatoria o perjudicial para sus derechos e intereses legítimos, y en tal caso la misma no se puede aceptar porque no habría parte (no puede serlo el *nasciturus*).

Ni siquiera la posibilidad de plantear luego una reconvencción a favor del *nasciturus* demandado, podría justificar la admisión a trámite de una demanda inicial en su contra.

Habrá que esperar si acaso al nacimiento de éste, para que ya pueda ser parte a todos los efectos, favorables y desfavorables, no sólo como actor sino también como demandado.

3° Las personas jurídicas:

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

4° Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular:

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

bienes y obligaciones que originalmente pertenecían a un titular, persona física o jurídica, y que por razones naturales y de ley han dejado de serlo. Son patrimonios sin titular aunque sólo transitoriamente, pues una vez concluya el proceso correspondiente serán objeto de transmisión o de retorno a su titular anterior. Mientras tanto, es preciso no solamente que gocen de protección frente a las acciones judiciales abiertas en relación con él, por lo que se implementa esta ficción de considerarlos sujetos.

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

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

5° En calidad de demandadas las uniones y entidades que, sin haber cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, actúen en el tráfico jurídico:

a) En esta categoría se comprende, en primer lugar, el supuesto de las *sociedades irregulares*, que son aquellas que pese a actuar ante terceros

como una persona jurídica, carecen de los requisitos para su constitución de acuerdo a una de las formas asociativas que reconoce el ordenamiento (art. 346 CCom), o en todo caso la escritura de constitución no reviste todas las exigencias necesarias (art. 347 CCom), por lo que no ha sido posible inscribirla y con ello tener lugar el nacimiento de su personalidad jurídica.

Ante la evidencia sin embargo de que la entidad ha actuado en el tráfico jurídico identificándose como tal, adquiriendo derechos y obligaciones y dando lugar también a eventuales conflictos, siendo por ello reconocidas incluso como contribuyentes tributarios⁶⁴, el art. 58.5º CPCM, como ya antes lo hiciera el art. 348 del CCom, opta por atribuirles personalidad pero únicamente para poder articular la defensa de sus derechos e intereses. Esto es, sin que ello comporte en absoluto una subsanación sobrevenida de su irregularidad, ni exima de sanciones por su falta de adecuación a la legalidad (ver art. 186 CCom), ni tampoco obste a la exigencia de responsabilidad solidaria de los socios que han participado en su gestión así como la de sus representantes o mandatarios: arts. 348 y 355 CCom; art. 3 LPC). Se trata, en último extremo, de facilitar más la tutela judicial de los terceros que de la propia entidad, en el sentido de no tener aquéllos que estar demandando a una pluralidad más o menos indeterminada de miembros que estaban detrás de la entidad, sino directamente a ésta y en definitiva al patrimonio que se reconoce como adscrito a ella.

Ahora bien, tanto el art. 348 C. Com al decir que la personalidad se concede para la defensa de lo que “los perjudique pero no en lo que pudiere beneficiarles”, como este art. 58.4º CPCM de manera aún más clara (“en calidad de demandadas...”), limitan dicho reconocimiento a los procesos en que deba la entidad asumir la posición de parte demandada. No, por tanto,

⁶⁴ Así, el art. 20 LITBMyPS.

para poder ejercitar acciones a su favor, ni siquiera por vía reconvencional (para entendernos, una situación inversa a la que veíamos para el *nasciturus*).

Esto no significa necesariamente que los derechos subjetivos de contenido esencialmente económico que ha podido adquirir la entidad durante el tiempo en que desarrolló su actividad, queden desprotegidos de tutela jurisdiccional (lo que también, por cierto, podría entrañar una ilicitud⁶⁵), sino que para reclamarla habrán de hacerlo a título individual por quienes actuaron en su gestión o representación. En el entendido de que, en esa hipótesis, la parte actora estará constituida por todos y cada uno de ellos actuando con una misma representación procesal, sí, pero como suma de personas físicas (o alguna jurídica, incluso, si figura como miembro), nunca la entidad irregular en cuanto tal.

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

⁶⁵ Si fraudulento es que la entidad se haga pasar por legal sin serlo, no lo es menos que sus deudores se proclamen liberados de toda obligación por el hecho de ser aquella irregular, cuando también supieron aprovecharse de ese tráfico jurídico mutuo. Luego, si civilmente también la entidad tiene derechos subjetivos, ha de permitirse su defensa en juicio al menos por quienes en último extremo puedan sufrir un perjuicio patrimonial con ese incumplimiento, como socios que han invertido capital. Todo ello al margen, insistimos, de las sanciones que quepa imponer por el indebido funcionamiento de la sociedad irregular.

haber un cierto reconocimiento de su existencia por ésta, la acción debe dirigirse contra los miembros del grupo⁶⁶.

Aparecen así, por ejemplo, las comunidades de propietarios de bienes inmuebles regulados por la LPIPA en las que, como se sabe, coexiste un régimen de comunidad de bienes sobre aquellas zonas y elementos comunes del edificio, y aparte los bienes privativos (apartamento) de cada propietario. Pues bien, respecto de los elementos comunes, la Asamblea de Propietarios ha de adoptar las decisiones oportunas tanto sobre el régimen de convivencia como sobre todos aquellos asuntos con repercusión económica para la comunidad; decisiones que pueden generar conflictos en vía judicial. Para cuando ello ocurre, el art. 33.g) LPIPA confiere al administrador de la comunidad el “representar en juicio a los propietarios en las acciones relativas a todo el inmueble; debiendo otorgar los correspondientes poderes cuando no fuere abogado”, lo que implica un cierto reconocimiento legal en cuanto al funcionamiento peculiar de esta comunidad de bienes, que si bien no resulta bastante para tomarse como reconocimiento de personalidad jurídica, sí lo es para reconducir la situación procesal unitaria de los propietarios al ámbito del apartado 5º del art. 58 CPCM. Eso sí, teniendo presente como estamos indicando, que este precepto se refiere a la condición de demandadas de estas entidades sin personalidad. Por tanto, para el ejercicio de acciones a favor de la comunidad de propietarios (por ejemplo, contra el impago de la cuota por uno de los condóminos), tendrá que actuar el conjunto de propietarios como suma de individuos, bien que representados por el administrador.

También en el supuesto del art. 58.5º del Código se halla, en fin, la agrupación de personas jurídicas con sentido temporal y dirigida a la

⁶⁶ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

consecución de un objeto específico, cuya envergadura justifica la suma de su capacidad económica y de recursos técnicos y humanos. Esta agrupación –generalmente de empresas-, reconocida aunque no legitimada en el ámbito tributario⁶⁷, conforma un ente sin personalidad jurídica propia generadora de derechos y obligaciones, que en caso de conflicto y en los términos de este mismo precepto del CPCM, permite contestar la demanda –y que ésta se dirija contra dicha agrupación- a fin de desarrollar una defensa común en el proceso de quienes la integran.

2.9. CAPACIDAD PROCESAL

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

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

⁶⁷ El art. 27 LITBMyPS señala que: “En el caso de agrupamiento de sujetos pasivos señalados en el Art. 20 de esta ley, organizados para un negocio u operación específica o particular, cuando no tiene una personalidad jurídica propia, cada sujeto asociado o partícipe es contribuyente individual del impuesto, en la proporción que le corresponda”.

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

1° En las personas físicas:

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

a) Legal: como ocurre con los progenitores que no hubieren perdido la autoridad parental sobre su hijo menor o incapacitado: art. 223 CF, con las excepciones ahí previstas⁶⁸; o que no se haya extinguido por las causas del art. 239 CF (muerte del hijo o del progenitor respectivo; adopción, matrimonio o mayoría de edad del hijo). De no haber progenitores, su defensa la asume la Procuraduría General de la República hasta que pueda nombrarse un representante que pueda intervenir como su defensor judicial (art. 224 CF y 60 CPCM).

b) Judicial: según el régimen de incapacidad o prodigalidad establecido sobre la persona: representación por uno o más tutores o en su caso

⁶⁸ Párrafo segundo del mismo art. 223 CF: “...Se exceptúan de tal representación: 1º) Los actos relativos a derechos de la personalidad y otros que el hijo, de acuerdo con la ley y las condiciones de su madurez, pueda realizar por sí mismo; 2º) Los actos relativos a bienes excluidos de la administración de los padres; y, 3º) Cuando existieren intereses contrapuestos entre uno o ambos padres y el hijo”.

curador, de entre quienes pueden serlo por cumplir los requisitos necesarios para tal designación (arts. 272 y ss CF), salvo en caso de conflicto de intereses, donde de nuevo será la Procuraduría General la que defienda al sujeto (art. 60 último párrafo CPCM).

Fuera de todo lo anterior, no cabe descartar que una persona física en pleno uso de sus facultades, desee confiar a un tercero la representación de sus intereses en juicio, otorgando un poder de mandato expreso. Estaríamos así ante una representación voluntaria, que aunque no frecuente en la práctica resulta perfectamente válida en Derecho (la parte será siempre el sujeto representado, cuyos derechos e intereses legítimos se ventilan). Esta representación voluntaria por tercero, debe diferenciarse a su vez de la representación judicial del procurador/abogado, cuya tarea siempre es preceptiva salvo en los procesos donde se dispensa de ello, como luego veremos al hablar de la postulación.

2° Por el concebido no nacido:

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

3° En las personas jurídicas:

Mediante la aportación documental junto con el escrito de demanda o de contestación, que acredite la constitución formal (nacimiento) de la

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

Tratándose de personas jurídicas públicas, su capacidad procesal viene determinada por la ley o reglamento donde esté prevista su creación y funcionamiento, al margen en ciertas formas autónomas o desconcentrada de funciones, de otros instrumentos adicionales (estatutos, similares a los de una entidad privada si fuere el caso). En principio, la representación corresponde a la Fiscalía General de la República, a través de sus miembros (art. 18, apartados b), i), y k) LOFGR⁶⁹, aparte de las que también tiene confiadas en procesos administrativos y penales). Eventualmente y donde la ley lo permita, podría serlo mediante la actuación de servicios jurídicos propios de la entidad pública, por ejemplo.

⁶⁹ En concreto, se señala en dichos apartados del art. 18: “Corresponde institucionalmente a la Fiscalía General de la República, y al Fiscal General como titular de la misma: (...) b) Demandar y ser demandados en representación del Estado. (...).

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

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

El art. 64 del Código Procesal aclara que cuando el Estado –y ello puede predicarse de los demás niveles de la Administración- actúe en un proceso dentro de los regidos por el CPCM, su papel es el de parte y de ningún modo situado al mismo rango de la autoridad judicial sino sometido a su jurisdicción, en igualdad paritaria con los particulares que también actúen en el proceso. Ello al margen del goce de aquellas prerrogativas que le reconozcan la Constitución y las leyes⁷⁰, alguna también es aplicable a los demás órganos de la Administración pública⁷¹.

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

Por último, respecto de personas jurídicas extranjeras, se aplicará el mismo tratamiento a efectos del ejercicio de sus poderes de parte que a las nacionales, salvo lo que pudieran disponer convenios internacionales u otras leyes en distinto sentido. El art. 63 CPCM destaca el supuesto de aquellas que tuvieren sucursales, agencias, delegaciones o en todo caso realicen actividades en El Salvador, aunque lo cierto es que esto último tendrá sobre todo virtualidad cuando se trate de demandar a la persona jurídica extranjera.

⁷⁰ Así: la competencia objetiva de la Cámara de Apelación para conocer en primera instancia de las demandas contra el Estado, y funcional de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema para resolver la apelación contra sentencia dictada en tal caso por aquélla (arts. 29 y 39 CPCM); o la formalidad del emplazamiento por esquila al FGR o su agente (art. 190).

⁷¹ Ver la prohibición de conciliación previa a la demanda al Estado “y demás Administraciones públicas” (art. 247.1º). También los arts. 590 y ss CPCM sobre especialidades para la ejecución de sentencias que han condenado al Estado, municipio o institución oficial autónoma.

Sin embargo, también puede ocurrir que sea ella la parte actora, resultando competentes los tribunales nacionales a virtud de alguno de los criterios de conexión de los arts. 21 y 22 CPCM. Pues bien: en ese caso, y sin que tenga que exigírsele que posea alguna sucursal en El Salvador, la persona jurídica extranjera podrá demandar a otra que también lo sea, o a una empresa nacional.

Para la acreditación documental de su personalidad jurídica, habrá de estarse a los requisitos exigidos por el art. 334 CPCM, en la nueva redacción dada a este precepto, por la reforma parcial del Código aprobada por Decreto Legislativo nº 319, de 15 de abril de 2010 (Diario Oficial nº 387, de 31 de mayo).

4° Por las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular:

Aunque el Código no dice expresamente nada sobre su capacidad procesal, es evidente que en los patrimonios autónomos carentes de titular aquélla debe integrarse a través de un tercero, que será la persona identificada por la ley para ejercer su representación en juicio, previa designación judicial de ser necesario: así, el art. 489 CC⁷² en relación con el art. 480, que se refiere al curador de la herencia yacente; y los arts. 281 y 510 CCom respecto del representante/s del quebrado.

5° Por las uniones y entidades sin personalidad jurídicas:

Finalmente y aquí sí de manera específica, señala el art. 62 del Código que las uniones y entidades sin personalidad jurídica no tienen capacidad

⁷² Art. 489 CC: “Toca a los curadores de bienes, en todo lo que se refiere a su administración especial, el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus respectivos representados; y las personas que tengan créditos contra los bienes de los últimos, podrán hacerlos valer contra los respectivos curadores”.

procesal por sí mismas, sino que requieren su integración “por medio de quienes aparezcan como sus directores, gestores o administradores, o de quienes lo sean por disposición legal, o de quienes de hecho actúen en el tráfico jurídico en su nombre frente a terceros”. Para estos casos, podrá ser útil que quien vaya a interponer la acción solicite diligencia preliminar al amparo del art. 256.1º CPCM, a fin de conocer previamente la identidad de las personas que actúan en la dirección o gestión de la entidad, o como su representante externo y evitar un posible óbice procesal⁷³.

2.9.1. FALTA DE CAPACIDAD

Tanto la capacidad para ser parte como la capacidad procesal, constituyen vertientes de un presupuesto subjetivo del proceso, uno de sus pilares de validez, por lo que no es posible permitir la apertura y desarrollo de un litigio en el que una de las partes carece de ella, y si esto tiene lugar, deberá declararse su ineficacia⁷⁴.

Como cuestión de orden público, la capacidad (repetimos: en sus dos manifestaciones) deviene controlable de oficio por el tribunal que conozca del proceso, en cualquier estado y grado del mismo, art. 65 CPCM, empezando desde la inadmisión de la demanda por improponible (art. 277), hasta más allá de la primera instancia puesto que la ausencia de cualquier presupuesto

⁷³ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

⁷⁴ “...La Sala estima que la Cámara no ha infringido el Art. 1553 C., ya que como se ha dicho no entró al fondo del asunto, sino que determinó que en base a los razonamientos antes expuestos, en el proceso falta un presupuesto, para que el juicio exista y es el presupuesto de ‘la legitimación en el proceso’ [capacidad procesal], ya que la falta de éste produce la inexistencia del mismo, es decir, expresa la Cámara en su sentencia, no se trata de una personería defectuosa, sino que inexistente y al no existir el poder, no existe representación, ya que como ha quedado demostrado el señor G. C. no se encontraba en su sano juicio, se encontraba incapaz a la fecha en que otorgó el poder, no siendo hábil para comparecer en juicio, ni personalmente ni por apoderado...”: Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de 2 de diciembre de 2003, dictada a las 10.20 horas (ref. 1397 SS).

procesal, en este caso subjetivo, no resulta salvada por el mero hecho de que haya recaído sentencia del Juzgado.

En segundo lugar, lógicamente, también es controlable la falta de capacidad (para ser parte, o de obrar) a instancia de parte interesada, que generalmente lo será la demandada aunque no siempre (piénsese que tampoco al actor le interesa que el proceso se anule por un error de este tipo, que se halla fuera de su intención). Si es el demandado, lo hará a través de una excepción procesal en la contestación a la demanda, que se resolvería bien en la audiencia preparatoria del proceso común (arts. 298 a 300 CPCM), o en la audiencia de prueba del abreviado (art. 427 párrafo segundo).

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

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

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

a) Si bien la falta de capacidad para ser parte no se puede suplir, el problema puede concernir en un proceso no a que se intente pasar por parte

a alguien –o algo- que no puede serlo según la ley, sino a que falte la acreditación de que realmente se tiene dicho carácter. Piénsese en la demanda que se interpone a nombre de un *nasciturus*, con toda su fundamentación y en efecto quedando patente que se ejercita una acción a su favor, pero sin acreditar junto con dicho escrito de demanda una prueba documental (lo sería hoy de este tipo, por ejemplo, una ecografía, ex art. 343 CPCM) o en su caso informe médico (pericial) adverando el hecho del embarazo. Parece lógico que la demanda no se admita a trámite sin esa prueba. Mas, que la prueba se aporte o no, no significa en puridad que quien figura en la demanda como parte actora, no pueda serlo conforme al art. 58.2º del Código, sino que no se ha acreditado su existencia en el caso.

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

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

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

Pero es más: cuando se habla de subsanabilidad de la capacidad procesal y si se quiere situar el problema en sus justos términos, hay que exigir que esa capacidad se posea precisamente en la fecha en que se interpone la demanda y no en otra posterior. De lo contrario es evidente que la demanda se dedujo faltando uno de los presupuestos subjetivos del proceso, y la consecuencia inexorable tendría que ser la improponibilidad, por mucho que *a posteriori* se presentase un documento reflejo de un acto también posterior. Si, por poner un ejemplo, el señor Eduardo C. R., aparece como representante legal de la entidad “La Felicidad SA”, y a la fecha en que se interpuso la demanda en su nombre resulta que no existía ningún estatuto interno ni acuerdo de sus órganos nombrando a aquél como su representante ante los tribunales –o para ese proceso concreto-, la demanda es improponible y eso no puede cambiar porque en una fecha posterior el propio Eduardo C.R. fuese nombrado por un acuerdo de la compañía. En todo caso, tendría que presentarse nueva demanda.

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

Finalmente, tener en cuenta que la acreditación de la capacidad procesal se deriva del estudio de la documentación aportada con la demanda o la contestación –o a raíz del pertinente requerimiento judicial para que se aporte-, cuya realidad no queda desvirtuada ni se condiciona a su sucesiva y reiterada afirmación en juicio, por innecesaria⁷⁵.

⁷⁵ Con palabras de la reciente Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de 17 de agosto de 2009, dictada a las 11.58 horas (ref. 163-CAC-2008): “Que la legitimación ad processum es un presupuesto procesal, que se refiere a la capacidad para estar en juicio, o aptitud que debe concurrir en una persona para intervenir en cualquier clase de juicio. Que la personería corresponde al personero, al sujeto que porta, por decirlo así, la personalidad de

La Denuncia y Apreciación de la Falta de Capacidad Esta debe estimarla el juez desde el inicio del proceso como aspecto de prejuzgamiento. La falta de capacidad debe resolverse en la audiencia preparatoria ya sea como actividad oficiosa del juez o bien por el control de la parte contraria mediante la utilización de la excepción respectiva art. 57 Inc. 1,2,3 CPC y M.

También se resolverá como un incidente procesal cuando sobrevenga una causa de incapacidad durante el desarrollo del proceso art. 57 Inc. 4 CPC y M⁷⁶.

En cuanto a la participación de los sujetos que acabamos de abordar dentro del Proceso Civil y Mercantil, cabe señalar que es esencial la presencia de estos para poder dar cabida a un verdadero debate judicial, donde el Juez juega el papel más fundamental debido a que las funciones realizadas no solo se limitan a resolver el fondo del asunto, se involucran por ejemplo a la admisión de las pruebas aportadas así como también al mantenimiento del orden en la Audiencia, a aceptar o rechazar solicitudes de las partes dentro del proceso, a ser garante de los principios procesales reglas procesales, a resolver en debida forma y tiempo, a cumplir y hacer

otro y puede, por ende, actuar en su nombre y representación para hacer valer los derechos y pretensiones de aquél, lo que le constituye en parte formal (legitimación procesal). Que la legitimación procesal, no está sujeta a frases sacramentales; en ese sentido, el no haber consignado la frase (*"actúo en nombre y representación de"*) que denuncian los recurrentes que omitió la licenciada B. S., no es óbice para considerar que la referida profesional, no está legitimada procesalmente para actuar en el proceso, pues, reiteramos, la legitimación, entendida ésta como la capacidad de actuar y la titularidad para ejercer los derechos procesales que le corresponden como parte actora, ha sido debidamente acreditada en el juicio, en razón de que el poder general judicial con que actúa dicha profesional, agregado a fs. 4, 5 y 6 p.p., constituye prueba suficiente para legitimar su personería. Y considerando, que ha manifestado en la demanda como en los escritos posteriores, que actúa como apoderada de la sociedad cooperativa antes mencionada, entonces, preciso es concluir, que la infracción denunciada no se ha configurado en el caso sub lite...".

⁷⁶ Lic. Margarita Fuentes de Sanabria y Lic. Oscar Canales Cisco, Modulo I "Principales Instituciones del nuevo proceso Civil y Mercantil".3, 4, 5, 6, Óp. Cit.

cumplir lo resuelto a construir un criterio jurídico acertado apegado a la realidad, a la legislación vigente, actualizar los conocimientos doctrinales y técnicos, manejo completo de la legislación, consultar jurisprudencia emitida por tribunales superiores, en resumen a cumplir el mandato dado por la Constitución y las Leyes, si esto no fuera suficiente el Juez está sometido a constante revisión y observación en sus labores las cuales son realizadas por medio de mecanismo por ejemplo el Consejo Nacional de la Judicatura, Sección de Investigación Profesional, aunque no corresponde al tema de la presente investigación pero debido a la importancia que este tópico tiene podemos mencionar algo relativo al control que ejerce en el Juez en el Tribunal o Juzgado cometido a su digno, dichos controles sobre caen al personal, es decir: Secretario Judicial, Colaborador Judicial, Notificadores, Personal Administrativo u Ordenanza a fin de que la labores de los mismo se realicen de forma conjunta con el objetivo de desempeñar de mejor manera cada uno de los cargos y así depurar la cantidad de procesos judiciales que día a día llegan a los Tribunales Salvadoreños.

Ahora haremos mención al papel que desempeñan las Partes en el proceso y su influencia en el Fallo Judicial, el cual es sin duda más que importante, en virtud de que estos son los interesados en que se les administre justicia, ya que tengan razón o no en cuanto a la petición formal que estos hagan al Tribunal o Juzgado, cada interés jurídico que se ventila en los tribunales tiene la característica de que es único, tiene particularidades específicas, tanto en la cosa objeto de litigio como en cuanto a las partes intervinientes en el proceso, tal como lo es la capacidad para ser parte dentro del proceso o las deficiencias que genera la falta de la misma, ahora podemos decir que en cuanto a las normas jurídicas en aplicables a las situaciones que se acaban de describir ya sea que se utilicen para plantear el conflicto o bien para darle solución a este, si partimos de la base del

principio que exclama “aquel que pide se le dará” pero nótese que para pedir es necesario estar legitimado o también facultado para que la petición sea exitosa, la experiencia y sobre todo el clima actual, nos establece que ya no podemos hablar de buena fe, cada quien busca o persigue su derecho de la mejor forma o manera posible, se ha vuelto costumbre en la práctica forense que las partes busquen artimañas para salir beneficiados en la sentencia, artimañas que en la mayoría de casos vulneran derechos de la contraparte aterrizando en el tema en cuestión, es vital la existencia de dos partes, demandante demandado, para que se la Relación Jurídica Procesal, a falta de una de estas no estaríamos hablando de Proceso Contencioso, tal es el caso de las Diligencias de Petición de Herencia, en las cuales no se demanda a nadie simplemente lo que se busca en la Sentencia Definitiva es la Declaratoria de una persona heredera de otra y que sus derechos le sean transmitidos a esta, pero en cuanto a la Relación Jurídico Procesal Adversativa que es la que nos ocupa podemos inferir que esta es necesario para su nacimiento la vulneración de derechos entre las partes o hacia una de estas, es aquí donde se configura la misma, por ejemplo en el caso concreto que una de las partes pida en un Proceso Ejecutivo el pago de una deuda, es porque existe insatisfacción de parte de esta hacia la otra parte contratante, en donde dicha petición formal se hará por medio de una demanda, la cual buscara en la fase final del proceso, es decir en la Sentencia Definitiva que se le condene al pago de la deuda contraída en virtud de un documento que en principio los une pero por el incumplimiento en una de las cláusulas de la obligación de parte de uno o los dos contratantes es que se vuelve necesario la Actividad Judicial cuyo fin será restablecer la normativa jurídica violentada

CAPITULO

III

3. REPRESENTACION DE LAS PARTES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

3.1. INTRODUCCION

La postulación es el requisito de tipo procesal que exige la ley para que alguien que no está legitimado en un proceso pueda intervenir de una forma legal y técnica. Pero ésta no se trata de una intervención común, ya que para poder intervenir revestido de esta calidad, debe ser un abogado de la República autorizado y en funciones. Con la idea de que sea a través de la intervención del técnico o profesional del derecho, que el legitimado en el proceso reciba un auxilio y representación por quien en teoría conoce de ley y de derecho y así poder actuar y decidir sobre cuestiones que busquen el beneficio del poderdante.

El Código señala la obligación preceptiva de postulación para los casos civiles y mercantiles y también, cuando se requiera interponer cualquier recurso. Por lo antes señalado, la comparecencia se hará a través de procurador y que dicha calidad sólo puede ser ostentada por un abogado⁷⁷.

3.2. POSTULACION PRECEPTIVA: EL ABOGADO

Abarca lo que es la capacidad en sentido general; pero además exige un conocimiento técnico para la defensa de los derechos del mandante o del representado. En consecuencia, es indispensable que la parte que comparezca en el proceso esté representada por procurador o asistida por un abogado, o cumplir ambos requisitos a la vez⁷⁸.

⁷⁷ Lic. Rommell Ismael Sandoval Rosales "COMENTARIOS GENERALES AL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL (ABRIL 2006)" Óp. Cit.

⁷⁸ Dr. Mauricio Ernesto Velasco Zelaya y otros, El Nuevo Proceso Civil Salvadoreño, Óp. Cit.

En el Código, la postulación es preceptiva, lo cual significa un cambio respecto al sistema regulado en el Código de Procedimientos Civiles Derogado, ya que según éste bien puede comparecerse en proceso a través de procurador, como representante legal o en carácter personal con firma y sello de abogado director, en el Código, ya no puede usarse de las antes mencionadas modalidades de comparecencia, sino que, en todo caso habrá de ser a través de procurador, con ello, entre otras situaciones, se asegura en la medida de lo posible que los litigios se den entre técnicos, entre abogados, potenciando así el cumplimiento de garantías y principios procesales como por ejemplo el de igualdad procesal, ya que en definitiva el litigio se dará entre abogados procuradores⁷⁹.

En el sistema procesal salvadoreño, la postulación aúna dos funciones distintas: la representación judicial de las partes dentro del juicio (el modo de dirigirse y actuar ante los tribunales), y la defensa jurídica de éstas (la elección de la estrategia más adecuada para sostener la pretensión de fondo favorable a sus intereses, y la exposición de dicho planteamiento, por vías escritas u orales). En otros sistemas como el español ambas funciones se hallan separadas, de modo que la representación judicial la asume un profesional que es el procurador (organizados sus miembros en Colegios propios y dotados de su estatuto), cuya única función es ésta, mientras la defensa jurídica se confía a su vez a los abogados, que no presentan escritos –tarea ésta del procurador- aunque sí los redactan, y son quienes intervienen oralmente en las vistas programadas.

El Código identifica ambas funciones en los arts. 67 y ss., pero asignándolas conjuntamente a los abogados, que es el único estamento

⁷⁹ Dr. Guillermo Alexander Parada Gámez y Lic. José Luis Arias López, CURSO EL NUEVO PROCESO CIVIL Consejo Nacional de la Judicatura, Republica de El Salvador, Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” Área de Derecho Privado y Procesal, Programa de Capacitación Continúa Edición Virtual, febrero 2009.San Salvador

profesional existente (aparte, claro, de la Procuraduría General de la República y Ministerio Fiscal). Con todo, casi siempre que utiliza el término “procurador” en la ley lo hace, en realidad, para referirse a su faceta de representante judicial, más que la de defensor⁸⁰.

La regulación procesal relativa a la postulación procesal se encuentra comprendida a partir del art. 60 hasta el art. 68 CPC y M artículos en los cuales se expone de maneras sistemática la regulación legal relativa a esta temática en los siguientes aspectos:

- La necesidad de nombrar abogado para intervenir en los procesos.
- Los modos de otorgar poder siendo estos: Poder judicial por escritura pública, Aceptación del poder judicial.
- Deberes de los procuradores
- Sustitución y delegación del poder judicial
- Cese de la representación
- Procuración oficiosa.
- La procuración para personas de escasos recursos.
- De acuerdo a la nueva normativa por regla general es necesario el apoderamiento judicial para la intervención en los juicios civiles y mercantiles superiores a 20 mil colones o su equivalente en dólares esta es la regla que delimita la procuración obligatoria
- Asimismo se impone la obligación de la representación técnica al utilizar la vía de los recursos art. 60 CPCyM

⁸⁰ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

- De igual forma se enumeran las excepciones del nombramiento de un apoderado judicial, excluyéndose tal necesidad en el proceso monitorio y cuando se haya reconocido en beneficio de pobreza⁸¹.

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

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

A tal efecto, el art. 67 del Código establece que la postulación será preceptiva y recaerá en un abogado de la República, “sin cuyo concurso no se le dará trámite al proceso”, previendo cinco supuestos de sujetos excluidos de esta función (los dos primeros con carácter absoluto y los tres siguientes, sometidos a posibles excepciones)⁸².

⁸¹ Dr. Guillermo Alexander Parada Gámez y Lic. José Luis Arias López, CURSO EL NUEVO PROCESO CIVIL, Óp. Cit.

⁸² Conforme al apartado segundo del citado art. 67 CPCM: “No pueden ejercer la procuración: 1° Los pastores o sacerdotes de cualquier culto; 2° Los militares en servicio activo; 3° Los funcionarios y empleados públicos, que laboren a tiempo completo, excepto

Como situación especial en aquellas personas que no dispongan de recursos suficientes para litigar, y se les reconozca en juicio dicho beneficio, serán defendidas gratuitamente por los agentes de la Procuraduría General de la República, aparte de la exención para constituir aquellos “depósitos y consignaciones que pueda establecer la ley” (art. 75 CPCM)⁸³.

3.3 DE LOS SUJETOS INHIBIDOS DE PROCURAR

Se establece esta regla imperativa, con el objeto de que se pueda sustanciar el proceso a través de quien ostenta una calidad o aptitud proveniente de una profesión y que es justificativo que se necesite de un profesional para que realice las labores de derecho. Debido a que el abogado conoce de leyes y de derecho, también la manera como tramitar o tomar decisiones que lo lleven a la mejor opción en un proceso.⁸⁴.

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

cuando procuren por la entidad a que pertenezcan o ejerzan la docencia en la Universidad de El Salvador; 4° Los presidentes y demás representantes, inclusive los asesores jurídicos de las Instituciones de crédito, financieras y organizaciones auxiliares, salvo en asuntos propios de dichas instituciones; y 5° Los abogados que en leyes especiales se les prohíba la procuración”.

⁸³ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

⁸⁴ Lic. Rommell Ismael Sandoval Rosales “COMENTARIOS GENERALES AL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL (ABRIL 2006)” Óp. Cit.

dichas instituciones; y, 5) los abogados que en leyes especiales se les prohíba la procuración, Vrg: Ley de la Fiscalía General de la República.

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

3.4 LA FORMA DE ACREDITACION: EL PODER

En relación a la clasificación de los poderes judiciales, de las cuales vamos a tratar a continuación, es oportuno establecer ciertas consideraciones generales de las cuales podemos decir que, en lo referente a los poderes se mantiene a la contenida en la legislación derogada, con la diferencia que se reduce significativamente los motivos para el otorgamiento de facultades especiales, entre las cuales se indican las siguientes:

- Para ejercer la renuncia de la pretensión.
- La transacción, el desistimiento, el allanamiento, y las actuaciones que conlleven a la terminación anticipada del proceso.
- De tal manera que se omiten la mayoría de facultades especiales expresadas en el Art. 113 CPC. Convirtiéndose en facultades generales del otorgamiento del poder.
- En cuanto a la figura de la sustitución del poder judicial se reconoce la posibilidad de trasladar las facultades judiciales adquiridas por el apoderado originario con ciertas modificaciones, siendo una de las principales, la diferenciación entre sustitución y delegación, por la primera se entiende el traslado de las facultades al sustituto y el cese para el originario, en cambio en la delegación existe la posibilidad de

reasumir las facultades trasladadas mediante la revocación de la sustitución

- De igual forma se establece una responsabilidad civil vinculante entre el apoderado sustituto o delegado respecto del apoderado sustituido o delegante en caso de uso incorrecto de las facultades conferidas que reduzcan perjuicio al poderdante originario. Art. 65 CPCyM
- El control de la acreditación del apoderado judicial puede verificarse en la audiencia preparatoria cuya finalidad entre otras consiste en el saneamiento de los defectos procesales. Art. 284 CPCyM

La tramitación del proceso se suspenderá, previniéndose a la parte que subsane el defecto procesal de falta de postulación en el término de 10 días si este no fuere subsanado se archivara el expediente. Art. 290 y 291 CPCyM⁸⁵.

3.4.1 EL PODER GENERAL

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

⁸⁵ Lic. Margarita Fuentes de Sanabria y Lic. Oscar Canales Cisco, Modulo "Principales Instituciones del nuevo proceso Civil y Mercantil".3, 4, 5, 6, Óp. Cit.

auxiliares para cada caso en concreto, a fin de legitimar su actuación en el respectivo proceso⁸⁶.

Señala el art. 68 del Código que el poder en el que ha de contenerse el mandato de representación –y defensa- del procurador (abogado), constará en una escritura pública constituida ante Notario. No obstante, los arts. 129 a 131 también permiten la modalidad *apud acta* mediante comparecencia personal de la parte ante el órgano judicial otorgando verbalmente la facultad a su procurador, cuando se trate de la suscripción de mecanismos de autocomposición de la litis ya iniciada (vgr., por renuncia, desistimiento y allanamiento).

A diferencia del poder *apud acta*, que siempre es especial porque se refiere como vemos a facultades concretas que han de aparecer expresamente determinadas, en la escritura pública caben dos tipos de representación: el del poder general y el especial. En el primer caso, implica que la escritura sólo hace alusión a las facultades y actos comunes de todo proceso (art. 69), pero sin abarcar precisamente aquellos que por imperativo del propio CPCM exigen poder especial, esto es, que exige una mención enunciativa y expresa de las facultades que se otorgan.

El poder general puede otorgarse para un proceso concreto (ya iniciado, o por entablar), sin que por ello deje de ser general –siempre que se enuncie como ya hemos indicado-, o bien puede ser un poder (general) sin determinación de una controversia concreta, lo que significa que podrá servir para ése y para cualquier otro litigio donde haya de actuar su cliente, pues precisamente no está limitado a una causa judicial única. Otra cosa, claro, es que el abogado llegue a plantear un proceso sin el consentimiento previo de

⁸⁶ Lic. Margarita Fuentes de Sanabria y Lic. Oscar Canales Cisco, El Nuevo Proceso Civil Salvadoreño Óp. Cit.

su cliente (lo que puede deparar a aquél las responsabilidades consiguientes), y otra cosa será también la posibilidad en cualquier momento del representado de revocar ese poder cuando lo estime conveniente, pero mientras no lo haga, el poder valdrá para todo proceso⁸⁷.

3.4.2 EL PODER ESPECIAL

El Código Procesal Civil y Mercantil, también regula consecuentemente el Poder especial, después de abordar un poco sobre La regla anterior, es decir el poder general, tiene su excepción, en los casos en que se exija poder especial para la actuación del mandatario y tratándose de actos de disposición de los derechos e intereses protegidos por la ley. Para el caso, será necesario poder especial para recibir emplazamientos, así como para la renuncia, la transacción, el desistimiento, el sobreseimiento, el allanamiento y las actuaciones que comporten la finalización anticipada del proceso – Arts. 126 y sig. C.P.C.Y M. Obvio que las facultades especiales deberán constar literalmente en el instrumento, pues no se podrán presumir facultades que no aparezcan en forma explícita⁸⁸.

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

⁸⁷ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

⁸⁸ El Nuevo Proceso Civil Salvadoreño UTEC Óp. Cit.

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

No resulta incompatible, en fin, un poder general que contenga además determinadas facultades especiales, lo que es incluso lógico que ocurra con frecuencia para así no tener que hacer dos poderes separados, del mismo modo como puede otorgarse el especial una vez iniciado el pleito. Pero sin que quepa, eso sí, que el propio interesado inste la autocomposición del objeto litigioso, pues no es él, salvo en los actos personalísimo de prueba, sino su abogado el que se comunica con el tribunal y precisamente sólo cuando éste a su vez dispone de la representación necesaria para hacerlo⁸⁹.

3.4.3 CLASES Y CONTENIDO DE LAS FACULTADES DEL PROCURADOR-ABOGADO

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

⁸⁹ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

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

Por tanto, el abogado como venimos señalando es el vínculo relacional de su representado con el órgano judicial y con las demás partes, y es una tarea que le corresponde en exclusiva, sin que pueda admitirse la intervención del propio litigante (art. 71).

Se exceptúan de esta regla, como es natural (arts. 70 *in fine* y 71 CPCM), aquellos actos que por ley deban entenderse directamente con la parte (art. 177, como el emplazamiento para contestar a la demanda, y el interrogatorio en audiencia de prueba).

Y de otro lado, en cuanto a su papel de consejero y defensor jurídico del litigante, dice el art. 70 del Código que una vez concedido el poder, el procurador “deberá prestar el asesoramiento y defensa jurídica a la parte”, se entiende, en todo estado y grado de la causa, mientras no acaezca alguno de los motivos legales para el cese de su actividad a que luego haremos referencia, incluyendo la actuación en los actos orales que se produzcan dentro del procedimiento (arts. 70 y 71)⁹⁰.

3.5 LA ACEPTACION DEL PODER

Atendiendo que el mandato judicial es un contrato bilateral que produce efectos para ambos sujetos de la relación, no basta desde luego con que el justiciable otorgue el poder –acto para el que no se requiere la presencia ni el consentimiento ante notario del profesional que va a ser designado, sólo la

⁹⁰ *Ibidem*

manifestación de voluntad del poderdante-, sino que resulta preciso un acto de aceptación de la representación conferida, que sin embargo se materializa sin solemnidades, de manera tácita, en cuanto se constata que el abogado ha empezado a actuar en nombre y en defensa de su representado mediante la presentación del correspondiente poder (art. 70 CPCM).

Así ocurrirá también en los casos en que tenga lugar la sustitución de un profesional por otro por revocación del mandato, al margen de que deba lógicamente acreditarse el conferimiento del nuevo poder⁹¹.

En lo tocante a la aceptación del poder, ésta se presume, materializada con la asesoría que se le brinde al poderdante y a la realización de los distintos actos procesales actuando en nombre y por cuenta del mandante; con excepción, de los actos que la ley ordena deban ser realizados personalmente por la parte material, Vrg: el caso de la “declaración de parte” que establece el Art. 344 y siguientes del C.P.C.Y M⁹².

3.6 DELEGACION DEL PODER

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

⁹¹ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

⁹² Lic. Margarita Fuentes de Sanabria y Lic. Oscar Canales Cisco, El Nuevo Proceso Civil Salvadoreño Óp. Cit.

La delegación podrá incluir o no el nombre del procurador delegado. En todo caso, si no es así y el nuevo profesional no satisface los requerimientos del cliente, nada impedirá a este último la revocación del poder; que lo será entonces con efectos tanto para el procurador original como para el que asumió la delegación⁹³.

Las facultades contenidas en el poder podrán ser sustituidas o delegadas, siempre que conste en el mismo. La diferencia entre sustitución y delegación radica, en que por la primera cesa la representación sin posibilidad de reasumirla, mientras que la delegación faculta al delegante para revocarla y reasumir la representación. El Art. 1895 C. establece la posibilidad de delegar el encargo siempre que no esté prohibido, generando la consecuencia de responder por los hechos del delegado como de los suyos propios; o sea, pues, que la diferencia puntual con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil será la de no permitir delegación si ésta no se encuentra literalmente en el texto de la escritura mediante la cual se otorgó el poder⁹⁴.

3.7 TERMINACION DE LA REPRESENTACION

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

⁹³ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

⁹⁴ Lic. Margarita Fuentes de Sanabria y Lic. Oscar Canales Cisco, El Nuevo Proceso Civil Salvadoreño Óp. Cit.

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

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

También cesa la representación por el fallecimiento del poderdante, del procurador; así como por la falta de interés del poderdante en el objeto de la pretensión o de la resistencia que hubiere formulado, y, en todo caso, por haber finalizado el asunto o haberse realizado el acto para el que se otorgó el poder. Finalmente cesa la representación, si se venció el plazo para el cual se otorgó el poder⁹⁵.

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

A) Causas que conciernen al poderdante:

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

⁹⁵ Lic. Margarita Fuentes de Sanabria y Lic. Oscar Canales Cisco, El Nuevo Proceso Civil Salvadoreño Óp. Cit.

2. Por fallecimiento del poderdante (art. 73.3º CPCM): se trata en realidad de una circunstancia que dará pie al cambio de parte en el proceso, de acuerdo a las reglas de la sucesión procesal a cuyas reglas hace remisión este precepto. El efecto sobrevenido de ese fallecimiento, es pues que el procurador que venía actuando en su nombre no puede seguir haciéndolo, hasta que se determine si habrá sustitución de litigante y, de haberla, si éste sigue manteniendo su confianza en dicho procurador o designa a otro. Dice el Código que sea este último, el procurador, el que comunique al tribunal el hecho del fallecimiento, aunque resultará igualmente válido que por ejemplo lo haga la parte contraria, si tiene conocimiento de ello.

B) Causas que conciernen al procurador:

1. Renuncia a seguir ejercitando la representación conferida:

Ni al representado, ni al representante, se les puede obligar a mantener una relación de confianza inexistente o dañada, y por tanto el procurador tiene también el derecho a darla por finalizada unilateralmente. Ahora bien, como esta decisión unilateral no puede dejar indefenso al justiciable, prevé la ley que aquél informe al tribunal sobre su voluntad de abandonar la procura, manteniéndose en el puesto durante diez días mientras se procede a la designación de nuevo procurador. Si el plazo se superase y no hubiera tenido lugar aún el nombramiento, cesará en el mandato y quedará desligado de más obligaciones. Dice el Código, en el art. 73.2º, que en esta tesitura “el proceso seguirá su curso, debiendo realizar las comunicaciones por edicto”. Sin embargo, es evidente que un proceso no puede continuar adelante si una de las partes no está debidamente representada y defendida judicialmente, lo contrario implicaría vulnerar el proceso debido y causar indefensión a la parte.

Por tanto, la ausencia de procurador deberá solventarse de uno de los dos modos siguientes: o impetrando a la parte para nueva designación, o si éste se niega tenerle por desistido de la acción, si es la parte actora, o por rebelde (sobrevenido) si se trata del demandado; es decir, por parte que ha dejado de estar constituida. El proceso seguirá o no su curso dependiendo de cuál sea esa parte, porque no en vano la rebeldía del demandado lo permite en la medida en que se presume que su no actuación es voluntaria y con ella no puede obstruir los derechos procesales del demandante. Pero, fuera de ese caso, repetimos, no puede auspiciarse que un proceso continúe sin más, sin dotar de abogado a cada parte y sin embargo tenérsela por constituida.

2. Sustitución de facultades, por voluntad del procurador:

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

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

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

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

4. Fallecimiento del procurador:

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

C) Por causas de naturaleza objetiva:

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

2. Por haberse completado el procedimiento en el que intervenía, siendo que la resolución que le puso fin no se ha recurrido ni ha provocado el acceso a una nueva instancia o grado jurisdiccional; o cuando se hubiere realizado “el acto para el que se hubiere otorgado el poder”, si se trata de un poder especial restringido al ejercicio de uno o más actos procesales concretos (art. 73.5º *in fine* CPCM).

3. Por último, deviene también de índole objetiva la cesación del vínculo representativo, “por vencimiento del plazo para el cual fue otorgado el poder”

(art. 73.6º), en la hipótesis por lo demás no muy frecuente de que el poder se conceda con fecha precisa de caducidad, prescindiendo del estado del proceso. Es posible no obstante que así se contemple, nada hay que cuestionar al respecto pues entra dentro de la soberanía de criterio del poderdante, y de ser así habrá que estar a esa fecha, cuyo cumplimiento obligará o bien a ratificar al mismo procurador en lo que reste de contienda mediante nuevo poder, o a la designación de otro profesional⁹⁶.

3.8. REPRESENTACION SIN MANDATO

Como una prolongación al ámbito de la representación y defensa judicial, de la figura de la gestión de negocios ajenos (ver arts. 2037 y ss CC), el nuevo Código permite de manera excepcional y condicionada, la actuación de un procurador carente de poder y por tanto de autorización para actuar en juicio en nombre de otro, cuya defensa de derechos e intereses no haya podido confiarse ni a dicho abogado ni a otro, y existan motivos de fuerza mayor que justifiquen esa intervención oficiosa. A este respecto, el art. 74 CPCM habla del supuesto de que la persona defendida “se encuentre impedida de hacerlo por sí misma, estuviera ausente del país, tenga razones de fundado temor o amenaza, o cuando se trate de una situación de emergencia o de inminente peligro o haya alguna causa análoga y se desconociera la existencia de representante con poder suficiente”.

Como puede verse, salvo alguna excepción (como la situación de ausencia) por lo general estaremos hablando de circunstancias cuya apreciación resulta más o menos subjetiva y además se basa en la potencialidad, esto es, en el riesgo o amenaza de la pérdida del derecho o bien, todavía no consumados, sea porque se acerca la fecha de prescripción extintiva para su reclamación (o la adquisitiva a favor de tercero), sea el

⁹⁶ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

peligro de destrucción del objeto o bien susceptible de eventual litigio, ante la que no se produce reacción del titular porque éste no puede por algún motivo de fuerza mayor y ajeno a su voluntad.

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

No debe confundirse desde luego esta representación y defensa judicial sin mandato, de la legitimación indirecta. La primera alude a un requisito de postulación; la segunda a una modalidad de legitimación procesal. Aquélla nunca convierte en parte al procurador, en todo caso en representante judicial del titular material; ésta otra sí convierte al legitimado indirecto en parte, según tuvimos ocasión de exponer. Y sobre todo: el legitimado indirecto, al igual que el directo, sigue teniendo necesidad de gozar de representación y defensa en juicio (postulación) a través de procurador-abogado.

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

Si así pues lo pide el contrario, el juez concederá un plazo de dos meses que en teoría y conforme al art. 74 párrafo segundo *in fine*, serán los dos “siguientes a la comparecencia de aquél”, no los dos meses siguientes a la fecha de la petición de garantías. Estas, las garantías, se entiende que consistirán en datos que aportará el procurador ante el juez y de los que se

desprenda que será posible localizar al representado en el citado plazo y obtener su conformidad. Por supuesto, no habrá tales garantías si llega a conocimiento del juez la noticia de que el proceso se ha montado en contra de la voluntad del presunto representado.

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

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

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

En este último caso (falta de ratificación de la gestión, prevé la ley que “se declarará concluido el proceso y se podrá condenar al procurador al pago de daños y perjuicios, así como a las costas, siempre que, a criterio del juez, la intervención oficiosa haya sido manifiestamente injustificada o temeraria” (art. 74 párrafo tercero CPCM). Hay pues un efecto inmediato y necesario, como es el cierre del procedimiento que, en puridad, nunca debió abrirse; y otro efecto contingente y económico, como es el pago de daños y perjuicios a la parte que fue demandada, siempre que aquellos se prueben de manera tangible y el juez, además, aprecie que el procurador actuó:

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

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

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

Recalcando lo que en el Código es lo que se refiere a la procuración oficiosa, ya que procederá con el interés general de representar al que por sí no puede y con esto beneficiar al representado y también al actor que busca ventilar el caso con prontitud, pues, en ausencia de una de las partes no se puede realizar con rapidez, es por esto el doble beneficio de la procuración

oficiosa⁴². Situación ésta que antes requerían del nombramiento de un curador por la Procuraduría General de La República para actuar por el ausente, pero esto requería la consecución de algunos requisitos por la simple ausencia de la parte, lo cual dilataba el tiempo en la tramitación de la causa. Es así, que la procuración oficiosa se visualiza como una de las bondades que este Anteproyecto ofrece para el nuevo proceso civil y mercantil⁹⁷.

3.9 TRATAMIENTO PROCESAL DE LA POSTULACION

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

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

a) Se impone desde el principio el control judicial de oficio, extensible a todo estado y grado de la causa, pues como también hemos visto, la postulación puede perderse de manera sobrevenida. De hecho, la falta de postulación de la parte actora, ya sea absoluta (no se consigna poder alguno con la demanda) como relativa (el poder presentado es únicamente especial

⁹⁷ Lic. Rommell Ismael Sandoval Rosales “COMENTARIOS GENERALES AL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL (ABRIL 2006)” Óp. Cit.

–para actos concretos-), deriva si no se subsana en causa de improponibilidad de la demanda, tal como deberá decretarlo el juez (art. 277 CPCM: “...evidencie falta de presupuestos materiales o esenciales y otros semejantes...”).

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

b) Cabe también la denuncia a instancia de parte. A este respecto, el art. 300 prevé que en la audiencia preparatoria se resuelva sobre las excepciones del demandado atinentes a la falta de capacidad (para ser parte), representación (capacidad procesal) y “postulación”; lo que resulta trasladable al acto de la audiencia probatoria del juicio abreviado.

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

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

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

Finalmente, recordar que en caso de finalización abrupta de la relación representativa, por alguna de las diversas causas que antes hemos analizado (revocación del poder, caducidad, cese voluntario, fallecimiento del procurador o del poderdante), deberán seguirse las especificaciones previstas en la ley para su arreglo, en los términos que ya hemos examinado arriba⁹⁸.

Dicho todo lo anterior podemos concluir que la Actividad del Abogado Procurador, en el Proceso Civil y Mercantil, específicamente en el Fallo Judicial, es que en la evolución de la normativa Procesal el Código de Procedimientos Civiles Derogado, no exigía la procuración oficiosa como requisito indispensable para la debida tramitación del proceso, a diferencia del Código Procesal Civil y Mercantil vigente, es que si es exigible la postulación preceptiva lo cual quiere decir que toda actuación de las partes materiales las debe hacer su Representante, facultad que debe de recaer

⁹⁸ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado,  p. Cit.

sobre un Abogado de la Republica, que se encuentre habilitado para el ejercicio de la Abogacía y no este comprendido de las personas que señala el Art. 67 del Código Procesal Civil y Mercantil, para que este ejerza el cargo encomendado por el poderdante o representado, pero su trabajo no se queda hasta acá, el trabajo del Abogado debe de ceñirse bajo la perspectiva de hacer todo lo legalmente posible por ayudarle a su representado en el proceso Judicial ya sea que él lo promueva o sea promovido en contra del referido, es por ello que el Abogado debe de ser conocedor de la norma jurídica material y procesal debe ser estudioso de los caso, consultor constante, estar debidamente preparado y actualizado en la normativa jurídica y poseer sólidos conocimientos jurídicos, los cuales le llevaran a dar la mejor asesoría a su cliente y la mejor dirección a los casos judiciales que promueva, es por ello que la labor de este además de necesaria es vital, ya que si este no comparece desde el inicio del proceso muy difícilmente el caso judicial se le dará tramite, así como a la presentación de escritos de cualquier índole, la comparecencia de este a las Audiencias Preparatoria y Probatoria, el correcto manejo de las técnicas de litigación oral, en vista de darle cumplimiento a la implementación de la Oralidad al Proceso, pero la presencia de este esta supedita a un vínculo especial pero fundamental en esta relación de Abogado y Representado, lo cual es el otorgamiento del poder, en sus distintas clases, es decir, especial o general judicial, incluso aquellos que faculden trámites administrativos, el Abogado deberá ceñirse en cuanto a lo establecido en el poder es decir no puede realizar más acciones que las facultadas en el poder, de tal manera que el correcto manejo por parte del Abogado en los casos judiciales, la preparación correcta sin lugar a dudas puede llevar a conseguir una exitosa decisión judicial en los Tribunales.

CAPITULO

IV

4. LEGITIMACION PROCESAL

4.1 LEGITIMACION

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

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

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

También encontramos frecuentemente este tema ligado a lo que son dentro del proceso las partes formales en relación a las partes materiales del mismo; y en aquellos casos en que expresamente la ley permite actuar en procesos por derechos e intereses en los que no se es titular, ejemplo la acción popular a que alude el Art. 949 C. Dábase este nombre, como sabemos, a la acción que podía ejercitar cualquier ciudadano o muchos unidos, ya en beneficio particular, ya en los asuntos de interés para el pueblo, como en lo relativo a caudales, servidumbres públicas, etc.⁹⁹.

4.2 ORIGEN Y EVOLUCION DEL CONCEPTO

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

⁹⁹ Dr. Mauricio Ernesto Velasco Zelaya y otros, El Nuevo Proceso Civil Salvadoreño, Óp. Cit.

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

Se configura así la legitimación (antes llamada *legitimatio ad causam*, para distinguirla a su vez de la *legitimatio ad processum* o capacidad procesal¹⁰⁰), como un presupuesto para poder adoptar una decisión judicial sobre el fondo (objeto) controvertido¹⁰¹, no como un presupuesto del proceso en sí mismo, salvo excepciones a las que luego aludiremos.

¹⁰⁰ “De lo expuesto la Sala estima, que el doctor M. V. ha confundido los conceptos doctrinarios de legitimación procesal y legitimación en la causa o legitimación para obrar; la primera es un presupuesto procesal que se refiere a la capacidad para estar en juicio o aptitud que debe concurrir en una persona para intervenir en cualquier clase de juicio; en cambio, la legitimación en la causa o legitimación para obrar, es la identidad del actor con la persona en cuyo favor está la ley-legitimación activa-, es decir, que está legitimado el actor en la causa, cuando exige un derecho que realmente es suyo; en consecuencia, el señor C. D. en lo personal no es parte legítima en el proceso, ya que como ha quedado resuelto en el juicio, la parte actora legitimada señora M. G. D. de C. desistió de la demanda, por la cual estaba exigiendo el cumplimiento de una obligación que era única y exclusivamente a su favor; así que el doctor M. V., en el concepto que presentó la demanda, ya no es parte en el juicio, por lo que no es procedente admitir el recurso interpuesto por el motivo invocado y así debe declararse...”: Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema, de 24 de marzo de 2003, dictada a las 9.10 horas (ref. 57 Nva SS).

¹⁰¹ A este respecto, ha estatuido la Sala de lo Civil de la Corte, que la legitimación: “Es un requisito de la sentencia de - fondo, que significa tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda; por consiguiente, cuando una de las partes carece de tal calidad, no será posible adoptar una decisión de fondo y el juez deberá limitarse a declarar que se halla inhibido para hacerlo. La legitimación de que se trata es un presupuesto de la pretensión contenida en la demanda y de la oposición que a la misma formula el demandado, para que sea posible la sentencia de fondo, que resuelve sobre ellas. Fundamentalmente, determina no sólo quienes pueden obrar en el proceso con derecho a obtener una sentencia de fondo, sino, además, quienes deben estar presentes, para que sea posible esa decisión. Así, se habla de necesarios contradictores, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurren determinadas personas (como litisconsortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las peticiones de la demanda sea posible. No existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas; y, b) Cuando aquéllos debían ser partes en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso...”: Sentencia de 18 de mayo de 2006, dictada a las 10.05 horas (ref. 1663 SS).

La legitimación delimita el elemento subjetivo de la relación jurídica procesal, permitiendo que la acción de los tribunales se ponga en funcionamiento únicamente cuando puede identificarse *prima facie* que quien intenta la acción y aquel contra la que se dirige, son los sujetos concernidos por el estado, situación o relación material devenida en conflicto, que por tanto son ellos quienes necesitan la heterocomposición del mismo. Lo contrario comportaría una injerencia en la esfera jurídica ajena que no puede ser tolerada ni por el ordenamiento ni por los tribunales de justicia.

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

1. Resulta preciso que en el escrito de demanda que propone la controversia, no solamente se afirme la identidad de las partes sino que se fundamente el porqué de la vinculación subjetiva de ambas con el objeto litigioso (legitimación).
2. La legitimación no constituye por lo general un presupuesto del proceso, porque de ella no pende la validez de éste ni su ausencia por tanto condiciona su eventual nulidad. Resulta perfectamente posible que el litigio se haya seguido por alguien que, a partir de la prueba recabada en autos, se ha comprobado que no era el sujeto verdadero de la relación material, aunque ésta en efecto exista pero con otros sujetos. En eso se diferencia de la capacidad, que sí es un presupuesto del proceso.
3. La legitimación con mucha frecuencia va unida al análisis mismo de la cuestión de fondo controvertida, lo que implica que no es posible adoptar un criterio seguro sobre si cada una de las partes tiene o no la legitimación que

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

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

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

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

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

4.3 CONCEPTO Y CLASES DE LEGITIMACION

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

Se recoge así en este dispositivo lo que se conoce como legitimación directa u ordinaria, esto es, aquella donde el legitimado aparece como el sujeto integrado en la propia relación material (en sentido lato: estado jurídico, situación jurídica, o relación de la que emanen derechos y obligaciones) que ha derivado en conflicto. Siempre que en la demanda, a través en concreto de su fundamentación, se deduzca que los sujetos son los propios de dicha relación, poseerán legitimación para entablar juicio o que se incoe en su contra. Aparte quedarán los problemas eventuales sobre su capacidad para ser parte de uno u otro.

El título de legitimación se determina, como bien señala la norma, ya por la afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo, ya por la de un interés legítimo “legalmente reconocido”. Como se sabe, todo derecho subjetivo concede a su titular una facultad de imperio y puede por ello exigir a aquellos a quienes concierna su respeto, el cumplimiento del deber general de abstención a no producir su menoscabo, así como la condena al cumplimiento de las obligaciones que contraiga la otra persona con dicho titular. La pauta la da el ordenamiento material, sea porque utilice incluso expresamente la palabra “derecho” (o el de obligación), como ocurre en gran parte de los casos, sea porque configure por sus característica tal derecho subjetivo aunque sin llamarlo así¹⁰².

¹⁰² Así por ej., arts. 547, 649, 685, 760, 761, 780, 782 párrafo segundo, 797 CC, etc.

En cambio, el interés legítimo, concepto éste surgido en origen en el seno del Derecho Administrativo y expandido desde entonces a todos los ámbitos materiales (incluso el constitucional) y desde luego también al civil y mercantil, se presenta como una posibilidad o expectativa de obtención de ventajas y/o de la evitación de perjuicios, que es lo que viene a conceder la norma que así lo reconozca¹⁰³.

En ocasiones la ley material puede hablar de “interés” o de “interesado” para referirse en realidad a derechos subjetivos y a titulares de éstos¹⁰⁴, o a sujetos que tanto pueden tener un derecho como un interés legítimo según su situación personal¹⁰⁵. Habrá de estarse como decíamos, al contenido de la norma para desentrañar su verdadera naturaleza, si bien no sobre todo a efectos procesales (pues, como vemos, tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo, devienen títulos de legitimación), sino sustantivos (alcance de lo que puede o no conceder el juez).

En algún caso la ley puede hablar de “derecho”, pero el contenido de éste no es material sino más bien procesal (derecho de acción), pues consiste en poder exigir una actuación judicial que servirá, con el tiempo, para salvaguardar la expectativa de otros derechos o intereses propios¹⁰⁶.

¹⁰³ Ver arts. 1194, 1303.2º, 1979.2º, 2219.1º CC.

¹⁰⁴ Ver por ejemplo arts. 12, 617 a 619, 686, 703, 705, 709, 732, 863, 870, 938, 995, 1141, 1180, 1209, 1213, 1217 apartados 3º, 6º 8º y 9º, 1222, 1252, 1438, 1454, 2040 a 2042, 2044 y 2045, 2207 CC.

¹⁰⁵ Así, art. 80.1º, 80.3º, 678, 950, 968, 975, 1074, 1146, 1155, 1553 CC.

¹⁰⁶ Véase el art. 474 párrafo segundo CC: “Además, los acreedores del ausente tendrán derecho para pedir que se nombre curador a los bienes para responder a sus demandas”. También el 488 CC, para los actos prohibidos a los referidos curadores: “El dueño de los bienes tendrá derecho para que se declare la nulidad de cualquiera de tales actos...”.

Cuando se habla de legitimación indirecta o por sustitución, se parte de una situación de inactividad del sujeto titular del derecho o interés legítimo, quien pudiendo reclamar a su favor un efecto jurídico determinado no lo hace, lo que determina un perjuicio para su propia esfera personal, pero también una repercusión indirecta para ciertos terceros, que tienen a su vez un interés legítimo en que tenga lugar la defensa judicial de aquel derecho o interés. Ha de ser necesariamente la ley, entonces, la que para tutelar el interés legítimo del tercero, le faculta para poder sustituir al titular del derecho o interés legítimo en su defensa ante los tribunales (o en su caso en vía administrativa), invistiéndole de legitimación para ello:

1) Acción subrogatoria:

En ocasiones, el interés legítimo del tercero, que pasa a convertirse en legitimado indirecto, radica en una afectación patrimonial indirecta, derivada de la inactividad del titular en reclamar un crédito a su favor, quien de este modo renuncia tácitamente a acrecer sus activos mediante el cobro de la deuda con lo que podría así pagar a sus propios acreedores. Estos últimos, por autorización legal y previa comprobación de la inactividad del titular, pueden sustituirle procesalmente. De tal modo, se configura así el interés legítimo de los acreedores para defender el derecho ajeno, lo que a su vez facilitará la tutela de su propio crédito al aumentar el patrimonio de su deudor. Es el caso de la llamada acción subrogatoria del art. 1.111 CC español para acciones no personalísimas¹⁰⁷ Y que en el ordenamiento salvadoreño encuentra un cierto reflejo en los arts. 1160 y 1273 párrafo

¹⁰⁷ A cuyo tenor: “Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona...” (sigue luego la llamada acción revocatoria o pauliana en defensa de sus derechos: “...pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho”).

segundo CC, si bien la sustitución que en ambos se describe, parece circunscribirse al solo acto jurídico de aceptación de bienes¹⁰⁸.

2) Tutela de intereses colectivos y difusos: consumidores

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

Una de estas materias es la protección de los intereses y derechos de los consumidores y usuarios. Pueden ser acciones que conciernen a la universalidad de éstos, las cuales tienen por finalidad reprimir prácticas ilícitas empresariales, como por ejemplo inclusión de cláusulas abusivas en contratos de adhesión, campañas publicitarias engañosas, etc.

Pueden ser también demandas de reclamación de daños y perjuicios causados a un grupo de consumidores y usuarios, ya sea éste determinado (intereses colectivos) o en su caso indeterminado (intereses difusos). La dificultad de localizar a todos los afectados y menos aún de ponerlos de acuerdo para que demanden conjuntamente, con la consecuencia añadida

¹⁰⁸ Art. 1160 CC: “Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el Juez para aceptar por el deudor. En este caso la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste”.

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

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

de indefensión para muchos de ellos si tienen que actuar individualmente por lo antieconómico de la acción, lo que deriva todo ello en impunidad para el responsable, lleva a la ley a instrumentar un sistema de legitimación indirecta en el ejercicio de tales acciones a través de entidades especializadas – públicas o privadas-.

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

Distintamente, en España el peso principal de esta legitimación indirecta o en sustitución de los consumidores se hace recaer, sobre todo, en las asociaciones de derecho privado constituidas para su defensa¹⁰⁹, tanto para el ejercicio de acciones en defensa de sus intereses generales (art. 11, apartados 1 y 4 LEC), como para la reclamación de daños y perjuicios a un grupo de consumidores (art. 11, apartados 2 y 3 LEC). Pero también aparece una figura novedosa, introducida por la LEC de 2000, como es “el grupo de afectados” en las reclamaciones de daños a consumidores determinados,

¹⁰⁹ La iniciativa del Ministerio Fiscal y del Instituto Nacional del Consumo no es significativa en la práctica en el ejercicio de acciones judiciales, sí el segundo de ellos en el despliegue de potestades administrativas sancionadoras.

permitiéndose que con el acuerdo de la mayoría de ellos -la mitad más uno, para entendernos-, el grupo actúe en nombre de todos¹¹⁰. La sentencia en estos procesos colectivos de daños a consumidores, causará siempre cosa juzgada para todos (art. 222.3 LEC).

3) *Tutela de derechos de propiedad intelectual:*

De nuevo en el derecho español, son también de este tipo las acciones ejercitadas por las asociaciones de gestión de los derechos de propiedad intelectual, en sustitución de los autores y artistas titulares de los derechos respectivos, quienes ni siquiera pueden, aunque quisieran, interponer su propia acción (art. 150 LPI-Es¹¹¹). El sentido último de esta legitimación no sólo indirecta sino imperativa, dimana de la propia peculiaridad de los derechos de autor, cuya obra puede ser difundida ilegalmente en multitud de formatos e infinidad de lugares simultáneamente (piénsese por ejemplo en la reproducción de obras musicales en establecimientos de ocio como hoteles, restaurantes, etc.). Una acción de defensa por cada titular material, llevaría a

¹¹⁰ Acreditándose ante el juez, como decimos, que la demanda se suscribe como mínimo por la mitad más uno de todos los afectados, cuya identidad debe constar previamente a interponer dicha demanda, el grupo tendrá capacidad para ser parte como tal “grupo” (art. 6.1.7º LEC) y de obrar en el proceso a través de quienes hayan sido designados, de hecho o en virtud de pactos, como sus representantes (art. 7.7 LEC) sin importar cuál fuere el número total de afectados (decenas o cientos de personas quizá). El grupo actuará en nombre de todos, es decir, tanto de los que formalizaron la demanda (legitimación directa) como de los que no lo hicieron (legitimación indirecta: art. 11.2 LEC), sin que resulte preciso recabar la conformidad de los ausentes aunque sí se les deberá notificar que se va a presentar la demanda.

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

¹¹¹ Art. 150 LPI-Es: “Las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales.

Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente”.

una multiplicidad de reclamaciones judiciales con el mismo fin, cuyo tratamiento procesal sería difícil de gestionar por separado.

Un caso que se presenta como de legitimación indirecta en el ordenamiento salvadoreño es el previsto en el art. 170 LPI, donde se recoge la facultad del licenciataria de una patente afectado por la perturbación de su derecho por un tercero, a actuar contra interponiendo la correspondiente acción, una vez constatada la inactividad del titular material, al que ha de dirigir requerimiento previo por plazo de un mes, constatándose que éste ni actúa ni le apodera para demandar en su nombre¹¹². Pues bien: aun cuando aceptemos sin mayores problemas que, en tal hipótesis, la parte actora es el licenciataria y no el titular, no se trata propiamente de una sustitución procesal porque el licenciataria actúa justo para que cese el hecho lesivo sobre la patente que tiene concedida a través de la licencia de explotación temporal. Esto es, reacciona ante un daño patrimonial propio y no ajeno (legitimación directa). Ello sin perjuicio de que la sentencia justamente por su contenido puede hacer derivar efectos también para el titular, y sin perjuicio además de que este último puede “apersonarse en autos en cualquier tiempo” mientras no se haya cerrado el proceso por sentencia firme, según le permite el mencionado art. 170 LPI.

Tras lo expuesto, puede concluirse diciendo que este párrafo segundo del art. 66 CPCM constituye una apuesta de futuro del legislador por la introducción de la legitimación indirecta en diversos ámbitos materiales,

¹¹² Art. 170 LPI: “Un licenciataria exclusivo cuya licencia se encuentre inscrita, o uno que tenga una licencia obligatoria o de interés público, podrán entablar acción contra cualquier tercero que cometa una infracción del derecho que es objeto la licencia. Para estos efectos, si el licenciataria no tuviese mandato del titular del derecho para actuar, deberá comprobar al iniciarla que le solicitó al titular o propietario que la entablara él y que transcurrido más de un mes y no lo hizo. El licenciataria antes de transcurrido dicho plazo, podrá pedir que se tomen las medidas precautorias establecidas en este capítulo. El titular del derecho objeto de la infracción podrá apersonarse en autos en cualquier tiempo”.

todavía en este momento no arraigada en el ordenamiento salvadoreño. Pero sin duda útil en materias donde los propios titulares pueden tener dificultades para accionar por sí mismos, sea por razones económicas o de otro tipo, lo que a la larga favorece con su inactividad el abuso de derecho de la parte contraria, y que es lo que de este modo se pretende evitar.

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

Características de la Legitimación Indirecta:

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

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

3. La legitimación indirecta no puede confundirse con la representación: en el proceso instado por el legitimado indirecto, la parte actora no es el titular del derecho sino el sustituto. Éste no actúa, procesalmente hablando, en nombre de otro sino en su propio nombre, aunque el objeto litigioso verse sobre un derecho o interés de otra persona (el titular que se mantuvo inactivo). La presencia del titular del derecho ni es necesaria, ni puede exigirse su autorización previa para que el sustituto pueda actuar: cumplido el presupuesto de acreditar la inactividad del titular material, y existiendo

norma legal concediendo la legitimación indirecta al tercero, eso es suficiente.

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

5. El único ámbito que le está vedado al legitimado indirecto, es aquel que suponga la autocomposición del derecho de acción o del derecho subjetivo o interés legítimo litigioso, pues sólo el titular material tiene poder de disposición sobre sus propios derechos y facultades. Para entendernos: puede el legitimado indirecto desistir en su caso de la demanda (el único efecto es que se cierra ese proceso, pero no condiciona la posibilidad de otro futuro), pero no renunciar a la acción procesal del titular material ni al derecho subjetivo en conflicto, que tampoco le pertenece; así como tampoco formular transacción del objeto litigioso.

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

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

puede seguir adelante con una pretensión que se opone a los intereses de su propio titular.

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

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

De allí que si el legitimado indirecto, merced a una defectuosa o errónea estrategia jurídica, arruina las expectativas del titular material a una sentencia favorable, por plantear mal el asunto, podría quizá, en un caso extremo (allí donde se viera palmario e inequívoco que la acción se planteó mal) ejercitar una acción de reclamación de daños contra el sustituto. Pero lo que no puede soslayar, será su vinculación directa con lo resuelto en la sentencia una vez ésta devenga firme (por no impugnabile) y con autoridad de cosa juzgada. Ese es el efecto básico del proceso con legitimado indirecto.

4.4 TRATAMIENTO PROCESAL DE LA LEGITIMACION EN GENERAL

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

Es necesario, eso sí, que el escrito de demanda contenga la afirmación necesaria de esa legitimación, tanto de la activa de quien la interpone, como de la pasiva del demandado; esto es, que se describa con suficiente claridad cómo y por qué, ambos sujetos designados en la demanda, son a su vez los sujetos de la relación material controvertida. Si esa afirmación no aparece materialmente, no puede darse por cumplido el requisito, y la demanda tendría un defecto que puede llevar a su inadmisión (art. 278 CPCM).

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

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

interpuso de manera incorrecta y será desestimada, pero no que el proceso fue inválido, y en todo caso el actor verá castigado su error con la pertinente condena en costas.

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

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

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

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

CAPITULO

V

5. LA PLURALIDAD DE PARTES EN EL PROCESO

5.1. CONCEPTO

Se habla de pluralidad de partes cuando en un mismo proceso convergen dos o más personas en la posición activa (demandante) y/o pasiva (demandado) de la relación procesal, sea desde el propio comienzo de la contienda o de manera sobrevenida. Las razones que pueden conducir a esa pluralidad resultan diversas, como diverso puede ser el grado de vinculación de algunos de esos sujetos con el objeto del proceso. Todo ello se encarga la ley de regularlo, determinando así que todos quienes adquieran el carácter de parte, aunque originalmente fueren terceros procesalmente hablando, gocen salvo excepciones de los mismos poderes y obligaciones¹¹³.

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

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

Existe litisconsorcio en un proceso cuando concurren en él pluralidad de partes, ya sea en calidad de demandantes o demandados; de tal suerte que la sentencia contendrá un único pronunciamiento que afectará a todas las personas involucradas de modo directo en el proceso¹¹⁴.

5.2 LITISCONSORCIO FACULTATIVO O VOLUNTARIO

¹¹³ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

¹¹⁴ Dr. Mauricio Ernesto Velasco Zelaya y otros, El Nuevo Proceso Civil Salvadoreño, Óp. Cit.

El art. 80 del nuevo Código recoge también la institución del litisconsorcio voluntario, también llamado facultativo, que comparte con aquel otro el requisito común de la pluralidad de demandantes o de demandados, pero con un sentido y unas consecuencias, esencialmente distintos. Aquí, en el voluntario, no se trata de una única relación jurídica que vincula simultáneamente a varios sujetos y determina, por ello mismo, la reunión de todos en la litis con el fin de garantizar la defensa y la cosa juzgada unitaria. En el voluntario, más bien, suele tratarse de una pluralidad de relaciones jurídicas que guardan entre sí una conexión objetiva, y que justamente por concernir a varias personas, comporta también un problema de legitimación y no sólo de acumulación de pretensiones.

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

Esta modalidad litisconsorcial presenta clara aplicación en tres ámbitos materiales:

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

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

c) En los supuestos donde la ley prevé la existencia de responsabilidad subsidiaria de un sujeto, en caso de incumplimiento de la responsabilidad principal de otro. Puede tratarse al efecto de obligaciones de origen contractual¹¹⁵, extracontractual¹¹⁶, de responsabilidad civil *ex delicto*¹¹⁷, y en fin, de las asumidas por el Estado actuando como garante del sistema financiero¹¹⁸.

¹¹⁵ Con carácter general, ver arts. 1505, 1517 y 1791.5ª CC; arts. 613, 1152 CCom. Ver también art. 4 LSA sobre los bancos y la información errónea, incompleta o falsa que transmitan de los pagos de obligaciones aduaneras de sus clientes.

¹¹⁶ “En el caso de autos, se trata de un litisconsorcio voluntario y no necesario, ya que ha dependido de la voluntad del actor, demandar a quienes éste considera que debe cancelar los daños y perjuicios que se dicen causados, y en ese sentido, así pudo haber sólo demandado al señor Fiscal General, o a las dos personas respecto de quien lo ha hecho, o adicionando a la señora Jueza de Instrucción de San Luis Talpa; esto porque la acción es divisible, tan es así, que del mérito de las pruebas del proceso podría ser absolutoria para uno de los demandados y condenatoria para otro de los que están en esa misma calidad...”: Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, de 22 de diciembre de 2004, dictada a las 15 horas, en proceso de apelación contra Sentencia dictada en primera instancia por la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, en demanda de responsabilidad civil por daños y perjuicios contra dichos funcionarios, y la subsidiaria del Estado, por falsa imputación penal a los reclamantes (ref. apelac. 1703 SS).

¹¹⁷ Ver arts. 38 y 119 y ss CP. Ver también la Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema citada en la nota anterior.

En lo que aquí nos importa, la acción civil *ex delicto* puede entablarse en un proceso civil – de tal modo regido por las previsiones del CPCM- si se hizo reserva de ella en la vía penal por el ofendido, conforme facultan los arts. 43 (para los delitos de acción pública) y 44 (delitos de acción privada) CPP.

¹¹⁸ De esta guisa, por ejemplo, art. 245 CN (“Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución”); art. 121 párrafo último CP (por el que “resulta obligado subsidiariamente el Estado, por los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus funcionarios o empleados con motivo del desempeño de sus cargos; de igual manera responderán las instituciones públicas autónomas y las municipalidades cuando así

Es evidente que aquí no resulta posible vincular por sentencia al responsable subsidiario si antes no es llamado al proceso como co-demandado para que se defienda, pudiendo alegar las defensas comunes y las propias que tuviera con el acreedor. Este último no tiene desde luego la carga de demandar a ambos (por ello se trata de un litisconsorcio facultativo), pero si dirige su acción sólo contra el responsable principal, la sentencia - estimatoria o no- vinculará exclusivamente a quien a la razón resultó demandado. Una insolvencia patrimonial suya no puede subsanarse dirigiéndose sin más en vía ejecutiva contra los bienes del responsable subsidiario: el acreedor tendrá que montar otro proceso para que se declare judicialmente la obligación de este último, precisándose el alcance de tal responsabilidad subsidiaria, y donde deberá quedar establecido también como cierta la obligación principal que da pie a responder de ello, vinculando con efecto de cosa juzgada lo que hubiera podido juzgarse al respecto en el proceso previo entre acreedor y responsable principal¹¹⁹.

Respecto del concepto de identidad de título o causa de pedir, nos remitimos a lo explicado en el tema del objeto del proceso y la acumulación de procesos (art. 106 CPCM)¹²⁰.

5.3 LITISCONSORCIO NECESARIO

Existe litisconsorcio necesario cuando en un proceso varias personas deben aparecer como actores o como demandados, para que se pueda considerar correctamente trabada en lo subjetivo la relación jurídica procesal.

expresamente lo ordene la ley”); art. 62 LBHES respecto de las cédulas emitidas por el Banco Hipotecario (precepto interpretado por el Decreto 44 de la Asamblea Legislativa, de 21 de mayo de 1935); y art. 21 LFNVyAAP sobre los bonos nacionales de vivienda y sus intereses;

¹¹⁹ Dejamos aparte las especialidades administrativas en materia tributaria: ver art. 275-B del CTri

¹²⁰ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

Se trata de una situación de concurrencia necesaria de partes, provocada según suelen reconocer los ordenamientos procesales y la jurisprudencia de los países, porque la pretensión deducida en juicio se refiere a una relación material que deviniendo indivisible o inescindible por su naturaleza involucra a varias personas, o porque en todo caso la sentencia que haya de dictarse, a virtud de la acción ejercitada, condicionará la propia validez de esa relación material para todos. De este modo, los conflictos que puedan articularse sobre dicha relación torna en imperativo también el llamamiento formal de todos ellos al proceso, para que puedan ejercitar eficazmente su defensa. Quienes luego decidan no personarse será ya de su responsabilidad, pero se habrá cumplido con el deber judicial de ser convocados a la litis, y quedarán vinculados por los efectos económicos (condena en costas, en su caso) y de cosa juzgada material de la respectiva sentencia.

En función de si la concurrencia de parte necesaria se produce en la posición del demandante, o por el contrario en la del demandado, se hablará consiguientemente de litisconsorcio activo o pasivo necesarios. El nuevo Código, en la misma línea del CPC italiano¹²¹ y del CGP uruguayo¹²², ha optado por dar reconocimiento y dotar de régimen propio a los dos, a

¹²¹ Art. 102 CPC italiano: “Si la decisión no puede pronunciarse sino en presencia de varias partes, éstas deben actuar o ser demandadas en el mismo proceso. Si este es promovido por algunas o contra algunas solamente de ellas, el juez ordenará la integración del contradictorio en un término perentorio por él establecido”.

¹²² Conforme a su art. 46: “Cuando por la naturaleza de la relación jurídica sustancial que sea objeto del proceso no pudiere pronunciarse sentencia útilmente sin la presencia (litisconsorcio activo) o el emplazamiento (litisconsorcio pasivo) de todos los interesados, aquéllos deberán todos comparecer y éstos deberán todos ser emplazados en forma legal. En este caso los recursos y demás actuaciones procesales de cada uno favorecerán a los otros. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio, sólo tendrán eficacia si emanan de todos los litisconsortes.

diferencia a su vez de la LEC española, que se limita en su art. 12.2¹²³ a contemplar sólo el de carácter pasivo.

5.3.1 LITISCONSORCIO ACTIVO NECESARIO

Se prevé esta primera modalidad, entendida como exigencia legal de que todos los sujetos afectados por el conflicto y que tienen que reclamar un efecto jurídico favorable (esto es, como parte actora), demanden conjuntamente en el mismo pleito. Con un alcance más concreto que el que tiene en los procesos de familia¹²⁴, queda la misma limitada conforme el art. 76 CPCM, a aquellas pretensiones que versen sobre una relación material calificada por ley como indivisible, perteneciente a varias personas en una misma posición, “de modo que la sentencia extenderá sus efectos a todas ellas”.

Por tanto y *a contrario sensu*, en las relaciones materiales, estados y situaciones jurídicas divisibles, no existirá la consiguiente exigencia de demandar conjuntamente, sea porque se traten de relaciones mancomunadas en la que cada titular puede reclamar por su cuota; sea que se traten de obligaciones solidarias por disposición de ley o por pacto entre los sujetos y concorra –en lo que aquí nos importa– pluralidad de acreedores (ver arts. 1382 y ss CC). El que precisamente uno de ellos pueda instar el pago total contra el deudor o deudores, hace que desaparezca la necesidad de demanda conjunta.

¹²³ Y a cuyo tenor: “Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”.

¹²⁴ Donde está previsto por el art. 15 LPF para todos los casos en que: “Cuando en razón del objeto de la pretensión la sentencia afecte directamente a varias personas, éstas deben demandar o ser demandadas en el mismo proceso”. Aplicando este dispositivo, por ejemplo a un caso de tutoría conjunta de un menor de edad, ver la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de 16 de diciembre de 2001, dictada a las 9.15 horas (ref. 1204-2001).

Habrá entonces litisconsorcio activo necesario:

En los litigios sobre nulidad, cumplimiento o liberaci3n de obligaciones indivisibles de los arts. 1395 y ss CC, cuando exista precisamente una pluralidad de acreedores (luego, cuando hablemos del litisconsorcio pasivo necesario, nos referiremos a la pluralidad de deudores de estas obligaciones).

Igualmente, en las demandas para la defensa de la comunidad de bienes (arts. 2055 y ss CC) contra terceros, en la que todos los comuneros se constituyen en parte actora. Pero tambi3n, si fuere el caso, la interpuesta por la comunidad (por los comuneros que la integran) contra uno o varios de los comuneros que incumplieren con sus cargas y obligaciones, quienes asumirán el papel de demandados.

B) Negativa del cotitular material, a suscribir la demanda:

Ahora bien, la ley preceptúa que en estos casos de litisconsorcio activo necesario todos deberán demandar conjuntamente, lo que presupone una voluntad unitaria de todos los sujetos en hacerlo. Pero lo cierto es que podría ocurrir que alguno de los titulares del derecho en pugna, alguno de los acreedores si se trata del cobro de una deuda, no est3 interesado en su reclamaci3n judicial por la motivaci3n que fuere (porque no desea pasar por las vicisitudes de un proceso, porque considera infundada la reclamaci3n, en todo o en parte, porque no desea causar un perjuicio personal al demandado, etc.).  Qu3 ocurre entonces? :

Ante todo, no puede obligarse a quien no quiere, a tener que suscribir una demanda, por mucho que existan otras personas afectadas. Semejante coerci3n resultaría a todas luces inconstitucional y desde luego el CPCM no prev3 ninguna compulsi3n para lograrlo. Así que si el escrito de demanda

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

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

Si de lo que se trata, y es eso lo que quiere la ley, es que todos actúen en el proceso, en el sentido como mínimo de que sean formalmente llamados al mismo y de que por tanto puedan actuar en él y verse repercutidos por las consecuencias que depare la composición judicial del conflicto, la negativa en definitiva de uno de los cotitulares materiales para demandar, puede solventarse designándole formalmente como parte co-demandada. A tal efecto, se narrará en el escrito de demanda la actitud obstruccionista mostrada previamente por el cotitular disidente entorpeciendo sin motivo justificado el ejercicio conjunto de la acción, y las gestiones –acreditables- de los demás para que cambiara de opinión, sin éxito. Vinculando, pues, esa conducta obstructiva del cotitular disidente como expresiva de su interés en alinearse con la posición de la parte demandada (la única que en principio iba a serlo), lo que ha determinado la necesidad de demandarle también a él, no ya como obligado al cumplimiento de la prestación o conducta que se

reclama, pero sí como obligado a estar y pasar por los pronunciamientos que efectúe la sentencia definitiva, a favor de quienes interponen la demanda.

C) Discrepancia inicial entre los codemandantes:

Despejada la incógnita de quiénes van a ejercitar la acción en la posición activa (esto es, qué tratamiento debe darse a quienes no quieran formular demanda), se presenta un segundo problema y es determinar si los interesados en demandar han de hacerlo a través de una misma estrategia jurídica. La lógica indica que sí, pero no puede prescindirse del hecho de que quizá aunque los cotitulares coincidan en el objetivo, puede que no lo hagan en el modo de conseguirlo, ni en el contenido de lo que se cree debe exigirse. El art. 76 CPCM dice que tanto en el litisconsorcio necesario activo como en el pasivo, los sujetos “deberán demandar o ser demandadas de forma conjunta”, y conjunta por su significado ordinario, implica unión, no dispersión. Sin embargo, no podemos desconocer tampoco que el art. 85 del propio Código, que regula lo relativo a la representación –y defensa- para todos los ámbitos de pluralidad de partes, precisa que salvo en el supuesto del litisconsorcio facultativo del art. 80 (donde, de plano, no se exige la representación y defensa conjunta), la representación común de los cotitulares se exigirá únicamente cuando “hagan uso de las mismas alegaciones o excepciones, salvo que se le pudiera causar indefensión a alguno de ellos”.

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

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

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

Recordemos en este punto la directriz antes enunciada: lo que el legislador quiere en estos casos de litisconsorcio necesario es que todos los concernidos por la relación indivisible sean llamados y si quieren estén presentes y participen en la contienda, en todo caso quedando vinculadas por lo resuelto en ella. Pues bien: ese objetivo se logra permitiendo dicha libertad de representación y defensa –no olvidemos: autorizada por el art. 85 del Código y derivada de un imperativo constitucional-, y una vez presentadas todas las demandas que fueren, reunir las en un mismo proceso a través de un auto de acumulación (de procesos), que casi siempre se deducirán además ante el mismo órgano judicial, siendo palmario que se cumple aquí con todos los requisitos exigibles para que dicha acumulación proceda, unificando la contienda en un único procedimiento.

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

5.3.2 LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO

Los arts. 76 y 78 del Código recogen la figura del litisconsorcio necesario respecto de los demandados de un proceso, exigiendo el llamamiento –recuérdese: no su presencia efectiva, la cual dependerá de la voluntad manifestada por cada uno de intervenir en la litis- de todos aquellos que se hallen unidos por vínculo jurídico con el derecho o bien jurídico litigioso, y que por tanto pueden resultar negativamente repercutidos por el resultado de la sentencia. Llamamiento conjunto y necesario, pues, con el doble fin de evitar situaciones de indefensión, y de permitir que la sentencia que se dicte en el mismo cause efecto de cosa juzgada material, una vez firme, para todos por igual¹²⁵.

¹²⁵ “El fundamento en que descansa la figura del litisconsorcio pasivo necesario estriba en la exigencia de preservar el principio de audiencia evitando la indefensión, y, por consiguiente, los posibles pronunciamientos que afectarían a personas no demandadas, cuyo llamamiento al debate viene impuesto por la relación de derecho material controvertida, que les confiere un interés legítimo en la litis y trasciende, por tanto, la relación procesal. La resolución que en el proceso recaería, podría ocasionar indefensión, como se dijo, a aquellos faltos de oportunidad de alegar o probar lo que a su derecho conviniera, y que se verían, obligados a

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

A) Presupuesto objetivo:

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

En primer lugar, aquellas acciones para el cumplimiento o inejecución de obligaciones indivisibles en sentido estricto; así como las acciones contra una comunidad de bienes, en la que todos los comuneros aparecen obligados a las deudas y cargas comunes en función de su cuota (arts. 2056 y ss CC). En cuanto a la comunidad hereditaria mientras no esté repartida, el art. 1193 CC ordena a los coherederos –y a sus representantes- “obrar de consuno” durante la proindivisión de la herencia¹²⁶, lo que se traduce en este

acatar lo resuelto, que afecta sus derechos e intereses por otra parte, se exige la presencia de todos los que debieran ser parte en el proceso, como interesados en la relación jurídica discutida, para impedir el riesgo de fallos contradictorios. El litisconsorcio pasivo necesario va ligado a la relación jurídico-material controvertida, es decir, a la propia cuestión sustantiva en el litigio que se ventila. En conclusión, pues, no se ha cometido, por la Cámara de Segunda Instancia el vicio que se le adjudicó y no procede casar la sentencia por este submotivo”: Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema, de 14 de octubre de 2003, dictada a las 9 horas (ref. 1572 SS).

¹²⁶ Tiene asentada la Sala de lo Civil de la Corte Suprema, en la Sentencia de 14 de octubre de 2003, ya citada (ref. 1572 SS), que: “Es condición indispensable que el actor, al momento de plantear su demanda, la dirija contra todos los sujetos materiales que, según la norma sustantiva, forman parte de una relación jurídica descrita en la norma de derecho sustantivo, tal el caso que nos ocupa, puesto que según lo dispone el Art. 1193 C. los coherederos deben actuar de consuno; por tanto si se les demanda por su gestión, deben serlo en conjunto y no uno por uno (...). La demanda interpuesta contra uno solo de los coherederos, devendría en inepta por no haberse seguido el juicio contra todos los obligados a rendir cuentas de su administración, ya que ésta debió ejercerse de consuno, es decir, conjuntamente. De ahí que no se ha cometido vicio alguno por la Cámara adquem, al decidir en su sentencia que la demanda es inepta, desde luego que no se demandó a todos los coherederos, sino sólo a uno de ellos. En el caso sub lite, se ha dado lo que en doctrina se llama litisconsorcio pasivo necesario, que es constituido por todos los coherederos administradores, que actúan conjuntamente y son responsables de su gestión. Tal situación procesal se da cuando la sentencia que pueda dictarse de manera eficaz, en cuanto a todos los que participan de la relación sustancial controvertida en el proceso, de modo que se requiere la cita de los que forman parte de ello”.

contexto en la necesidad de demandar a todos, en caso de obligaciones adquiridas a favor de la comunidad y sin perjuicio del derecho de repetición interna.

En segundo lugar, cuando se trate específicamente de un proceso en el que haya de dirimirse sobre la nulidad “de un acto, acuerdo o negocio jurídico que afecte a una pluralidad de personas” (art. 78), en cuanto han sido designadas por la ley o por vía convencional como los sujetos de la relación material de que se trate. Los ejemplos más corrientes se refieren a las demandas para la declaración de nulidad o en su caso anulabilidad –arts. 1551 y ss CC-, tanto de contratos como de testamentos (para este último, recordemos de nuevo el art. 1193 CC).

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

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

B) Posición pasiva o activa frente a la pretensión:

En cuanto la demanda identifica a una pluralidad de demandados bajo un supuesto propio del litisconsorcio pasivo, se está realizando una afirmación que puede o no concordar con la realidad, y es la que de todos los

demandados en ella lo son, precisamente, porque están en contra de lo pretendido por el actor. Esto, sin embargo, puede no ser así en diversas ocasiones, sobre todo cuando la acción que se ejercita tiene efectos mero-declarativos y no de condena. Es decir, deviene factible que más de uno de los sujetos de la relación, de hecho alguno o algunos señalados como demandados, acepten que el contrato o el testamento en efecto resulta nulo y, en esa óptica, consideren que no tiene sentido oponerse a la pretensión, pero no ya sólo porque no tienen argumentos para ello sino porque participan del interés jurídico de que se estime la pretensión actora. Como esto insistimos es posible, el propio art. 78 CPCM, segundo párrafo, contempla con buen criterio que en dicha hipótesis la persona dejará de ser litisconsorte pasiva y “será tenida por demandante a todos los efectos, sin necesidad de presentar escrito de demanda”. Esta fórmula, con todo, puede resultar insuficiente cuando el “nuevo” codemandante espera extraer de la sentencia estimatoria no solamente efectos jurídicos comunes sino particularizados en torno a ciertas circunstancias personales propias. Cuando eso es así, aparece necesaria la posibilidad de permitirle deducir una demanda aparte.

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

Por todo esto, el citado art. 78 CPCM sigue diciendo que si el señalado litisconsorte “estuviera conforme con la nulidad pero por causa diferente, presentará la correspondiente demanda en el plazo concedido para contestar”. Y como tal segunda demanda, acumulada así en el mismo

procedimiento por autorización legal, obligará a dar traslado de ella “a los demás demandados para que puedan formular la oportuna contestación, con suspensión del plazo para la celebración de la audiencia preparatoria” – proceso ordinario- o la audiencia de prueba del abreviado.

Cuando sean varios los que quieren plantear demanda por separado sobre sobre la nulidad de idéntico acto, acuerdo o negocio jurídico, la ley lo permite siempre que soliciten al órgano judicial al formalizarlas, que se tengan por acumuladas al mismo procedimiento por tratarse del supuesto del art. 78, sea que se trate de un proceso ya abierto, o que se halla deducido una primera demanda todavía pendiente de proveerse su admisión a trámite (art. 78 último párrafo).

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

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

Esta concepción tradicional, imbuida desde el ordenamiento sustantivo, presenta sin embargo ahora las excepciones de los arts. 76 y 78 CPCM. Así, aun respecto de las obligaciones solidarias resultará necesario que todos deudores de la obligación indivisible, o titulares de la cosa común indivisa que ha generado la deuda, o de la que se pide su nulidad, anulabilidad o

extinción, sean llamados al proceso sin excepción para que puedan defenderse como entiendan procedente, pues prima en este caso el dispositivo procesal por sobre lo dispuesto en los arts. 1398 y 1399 CC¹²⁷. Todo ello sin perjuicio, que es algo distinto, de que una vez obtenida una sentencia de condena, en el proceso donde de tal guisa se ha demandado a todos, se pueda dirigir después la ejecución forzosa contra aquel o aquellos de los deudores más solventes (a cuyos efectos ejecutivos sí sigue valiendo la previsión solidaria de los arts. 1398 y 1399 CC), y sin perjuicio del derecho de repetición entre ellos.

D) Extensión de la responsabilidad *ex lege*:

No afectan sin embargo los arts. 76 y 78 del Código, y por tanto no hay litisconsorcio, cuando se ejercita la acción directa contra tercero en materia de responsabilidad extracontractual, donde la ley faculta que se pueda demandar al garante y no al responsable del hecho, con el fin de facilitar una rápida y completa reparación del daño al perjudicado (todo ello, sin perjuicio de la ulterior acción de repetición a favor del garante) y cuyo supuesto típico es el de la acción directa contra la aseguradora (arts. 1428 y 1439 CCom, art. 36.b LPEAT). Sólo cuando el garante excepcione su responsabilidad aduciendo la ineficacia o la nulidad del contrato de garantía que le une con el responsable -y del que deriva, a su vez, su propia responsabilidad *ex lege*-, resultará necesario emplazar como parte a este último (art. 78 CPCM). En caso de hacerse (y ello, se supone, porque es cierta la ineficacia o la nulidad, so pena de previsible condena en costas) tendría que serlo mediante una

¹²⁷ Art. 1398 CC: "Cada uno de los que han contraído unidamente una obligación indivisible, es obligado a satisfacerla en el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad, y cada uno de los acreedores de una obligación indivisible tiene igualmente derecho a exigir el total".

Art. 1399 CC: "Cada uno de los herederos del que ha contraído una obligación indivisible es obligado a satisfacerla en el todo, y cada uno de los herederos del acreedor puede exigir su ejecución total".

reconvención del garante en ese proceso, lo que llevaría a traer al autor del hecho a la contienda, para que así pueda defenderse y vincularle la sentencia.

En esa misma tesitura se hallan los casos donde para mejor tutela del débil jurídico, la ley extiende la responsabilidad civil a terceros que aunque no han tenido relación con el afectado sí han participado causalmente en la cadena de hechos que propician la relación material controvertida –y en esa medida, se beneficiaron en su momento de esa cadena-, permitiéndole con ello poder escoger al obligado más solvente (de nuevo, sin perjuicio de este último para repetir contra el causante del hecho). Así por ejemplo, la responsabilidad solidaria de productores, fabricantes, distribuidores y suministradores de productos y servicios, frente al consumidor, ex art. 35 LPC. Otro tanto ocurre con los responsables causales previstos en el art. 36 LPEAT para accidentes de tránsito, etc.

Tampoco en este segundo grupo de situaciones existirá litisconsorcio, pues, salvo que se pretenda a instancia del demandado que la sentencia declare la ineficacia o nulidad de aquel contrato que le une con el agente posterior de la cadena, o la (nulidad o ineficacia) del contrato que aduce el consumidor como título para reclamar (art. 78 CPCM). Debiendo llamarse entonces también a quienes participaran en el respectivo contrato cuya validez se pone en entredicho (y no se olvide, insistimos, la posible condena en costas por la falsedad de la reconvención).

5.4 TRATAMIENTO PROCESAL DEL LITISCONSORCIO

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

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

Quando sea litisconsorcio necesario, tanto activo como pasivo:

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

b) A instancia de parte, el demandado en su contestación (art. 77 CPCM) puede oponer una excepción procesal por defectuosa constitución del debido litisconsorcio, en cuyo caso habrá de resolverse por el juez en el acto de la audiencia preparatoria del proceso común, conforme a lo previsto en el art. 301 CPCM y con el mismo plazo de 10 días que en él se establece¹²⁸ (remitimos al lector al tema correspondiente). Siendo el proceso abreviado, lo hará dentro de la audiencia de prueba teniendo en cuenta las reglas del citado art. 301.

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

¹²⁸ Por un lapsus, el art. 77 CPCM aprobado en 2008 preveía un plazo de tres días para integrar el litisconsorcio, lo que chocaba con el plazo de diez otorgado a su vez por el art. 301. A virtud de la reforma de 2010, se han uniformado ambos plazos en el sentido indicado.

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

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

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

repetición de lo actuado, permitiendo al litisconsorte desde ese momento realizar todos los actos que restan del procedimiento. Mientras que en la segunda hipótesis (falta de emplazamiento), por interpretación a *contrario sensu* del supuesto anterior (“...salvo que...”, dice la norma), el juez deberá decretar la nulidad de actuaciones y retrotraer la causa a la fase de contestación a la demanda, a partir de la cual todos actuarán con los mismos derechos y prerrogativas.

Cuando sea litisconsorcio voluntario:

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

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

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

como demandada y se busca que la sentencia surta efectos para ella. Si, por el contrario, se la emplazó pero no contestó la demanda, compareciendo después, cabe aplicar por analogía el art. 79 en el sentido arriba visto, es decir, no habrá entonces retroacción de los autos sino que el demandado aprovechará los actos que resten para defenderse¹²⁹.

Podemos concluir el tópico que acabamos de abordar, estableciendo la suma importancia que tiene la relación jurídica procesal plural en el proceso, la dificultad de tratamiento y la gran diferencia que existen con la relación jurídica procesal singular, en la Pluralidad de Partes es obligatoria la comparecencia a la Audiencia en el Proceso, debido a que se están ventilando diversidad de derechos que perjudican a la parte litisconsorcial debido a que la Relación Jurídica material es de carácter indivisible, y tanto que pueden afectar o beneficiar a ambos y es que el Código Procesal Civil y Mercantil en su artículo 76 establece que la Sentencia extenderá sus efectos a todas ellas, así como requisito imperativo establece que cuando se demanden o sean demandados se hará en forma conjunta, y es que la indivisibilidad de derechos subjetivos vuelve necesaria la comparecencia de los interesados al proceso, en cuanto a que en primer lugar no puede vulnerarse los derechos de las partes litisconsorciales, segundo, en vista de los interés conjuntos que se tienen se vuelve necesaria que las facultades que se soliciten en el proceso lleve el consentimiento de ambos, ya que a falta de una de ellas no solo operara la nulidad sino que dichas peticiones que se formulen deben ser declaradas inadmisibles, ya que falta el elemento fundamental que se acaba de señalar, ahora bien el Código Procesal Civil y Mercantil, ha superados deficiencias que regulaba el Código de Procedimientos Civiles Derogado, en lo referente a que ahora se podrá retroceder el curso de las actuaciones cuando a una de las partes no se le ha

¹²⁹ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

emplazado esto es de acuerdo a lo establecido en el Art 79 Código Procesal Civil y Mercantil, es decir que no vulnera el derecho de defensa consagrado en la Constitución y en la ley Procesal, así como también podemos mencionar la particularidad de que en caso de la procuración el Art 80 del Código Procesal Civil y Mercantil, se exige una representación común y es que la operatividad del llamamiento al Tribunal a ejercer su derecho a algún interesado en la causa al hacerse tal petición de parte de conformidad a los Art. 77, 78 y 79, debido a que la ausencia de estos generará graves perjuicios al proceso que se esté tramitando en el Tribunal, sobre todo al momento de la Sentencia y la eventual ejecución.

CAPITULO

VI

6. LA SUCESION PROCESAL

6.1 LA SUCESION PROCESAL: EL CAMBIO DE PARTES

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

El código regula en el Capítulo IV lo que denomina “Sucesión Procesal”. La sucesión procesal es la modificación de la identidad subjetiva de las partes producida por la muerte de cualquiera de ellas, o por la transmisión jurídica material del derecho o de la obligación objeto del proceso o, en su caso, por la producida por la intervención provocada en los supuestos del Art. 83 y 84 C.P.C. Y M.-

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

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

Los supuestos de la sucesión procesal, pues, son aquellos en los que se produce el cambio de una parte por otra en la misma posición procesal, por haberse convertido el sustituto en titular de la posición habilitante para formular la pretensión o para que frente a ella se formule¹³⁰.

La sucesión procesal comporta un cambio de parte, con el fin de adaptar los cambios sobrevenidos en la titularidad de la relación material controvertida (legitimación) durante la tramitación del proceso en alguna de sus instancias, logrando así su acomodación a la realidad de los hechos. Se trata de permitir que pase a desempeñar el papel de parte a aquel quien ha pasado a convertirse con arreglo al ordenamiento sustantivo en sujeto de la relación material de que se trate, y de eximir continuar con este carácter a quien, por el contrario, ha perdido ese nexo objetivo por alguna de las circunstancias que contempla al efecto la ley y que ahora veremos¹³¹.

6.2 MODALIDADES DE LA SUCESION PROCESAL

La Sucesión Procesal es la entrada o continuación de una persona por otra, o cosa también, en lugar de otra. Se opta por la regulación de esta institución teniendo en cuenta que los procesos se desarrollan durante un tiempo más o menos prolongado (dependiendo del tipo de proceso que se plantee), y que bajo este supuesto pueda producirse el acaecimiento de cualquiera de las partes, v. gr., fallecimiento, adquisición de la mayoría de edad, o pérdida de la capacidad por Sentencia de Incapacidad etc., en estos supuestos se estaría ante un cambio de las partes que intervienen en el proceso⁴⁸. Por estas razones, es de suma importancia que se contemple dicha figura en el código, ya que es necesario ofrecer soluciones a lo anteriormente planteado, y de esta manera evitar el estancamiento de los

¹³⁰ Dr. Mauricio Ernesto Velasco Zelaya y otros, El Nuevo Proceso Civil Salvadoreño, Óp. Cit.

¹³¹ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

procesos por cualquiera de las causas señaladas u otras que de igual forma representen un obstáculo para la consecución fluida del proceso¹³².

Es así, que el código regula tres supuestos de sucesión procesal iniciada la litispendencia. El primero es por causa de muerte, que en términos generales el heredero sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones, razón por la cual busca ocupar la misma posición procesal que su causante. Teniendo en cuenta para este punto la voluntad del sucesor o sucesores de querer promover o continuar en el proceso, ya habiéndoseles hecho la comunicación de la existencia de éste y donde su causante era parte¹³³.

6.3 SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

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

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

¹³² Lic. Rommell Ismael Sandoval Rosales “COMENTARIOS GENERALES AL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL (ABRIL 2006)” Óp. Cit.

¹³³ *Ibidem*

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

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

Puede ocurrir también que sea la parte contraria la que se adelante al procurador de la parte originaria, e informe al tribunal del hecho de su fallecimiento, precisamente con el fin de instar a su sucesión procesal (art. 68.2º). En este caso, si se conoce la supuesta identidad de los herederos o legatarios se comunicará al juez para que se les emplace a comparecer por plazo de diez días a la dirección, domicilio o residencia, que se suministre. De no conocerse dónde hallarlos, puede acudir al juez a las vías de averiguación que le ofrece el art. 181 CPCM; quedando suspendido mientras tanto el curso del proceso principal. Una vez efectuada la comunicación y si los sucesores responden al llamado y presentan alegaciones, aceptando su condición de causahabientes, el juez los tendrá por tales salvo que existieren datos que impidan tener por cierta su condición.

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

tiene investida, ex arts. 62 y 86.3º CPCM, reanudándose el trámite del proceso.

Finalmente, si los sucesores son identificados y emplazados pero no comparecen porque no quieren ni alegan motivo de fuerza mayor impeditivo, habrá que distinguir si éstos venían a ocupar la posición del actor o del demandado. En el segundo caso la ley es inexorable: “se les declarará en rebeldía y el proceso seguirá su curso” (art. 87 párrafo primero), siéndoles aplicables todas las reglas propias de la rebeldía, antes y después de que recaiga la correspondiente sentencia.

Si lo fueren de la parte actora y siempre hablando, claro está, de ausencia voluntaria (falta de interés en litigar), el juez deberá tomarlo por imperativo legal (art. 87 párrafo segundo CPCM) como una renuncia tácita, que no mero desistimiento, a la pretensión ejercitada por el causante, con los efectos inherentes a la misma (sobre la renuncia a la acción, nos remitimos al tema siguiente dedicado al Objeto del proceso)¹³⁴.

6.4. SUCESION POR TRANSMISION DEL OBJETO LITIGIOSO

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

¹³⁴ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

párrafo primero). Y si ésta se plantea, “el juez resolverá conforme a derecho”, cabiendo entonces dos posibilidades:

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

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

No precisa en este punto la ley cuáles podrían ser las causas para rechazar la solicitud de sucesión procesal: es evidente que así debe hacerlo si falta algún requisito material que haga dudar de la titularidad de la transmisión, o del hecho mismo de ésta.

Mas, sentado que todo esto se cumple, ¿puede rechazar el juez la solicitud de sucesión, simplemente porque entienda menos conveniente para el debate la presencia de una nueva parte? La respuesta, con carácter

general, debe ser negativa en cuanto supondría dejar vacío de contenido el dispositivo legal, con el que como hemos visto se pretende ajustar la realidad procesal a la material. Con todo, no obstante, sí que es cierto que pueden haber situaciones donde el cambio de parte debilite la posición de defensa del contrario, tanto respecto de la pretensión propiamente relativa a la cosa litigiosa, como de otras deducidas en el proceso dentro del marco permitido por el Código (acumulación de pretensiones, reconvención).

En ese sentido, no puede obligarse a una parte a sufrir las consecuencias derivadas de un pacto de su oponente con un tercero, cuando ello puede acarrearle indefensión o una negación de la debida tutela judicial, siendo que incluso puede ocurrir que aquel pacto se haga con el propósito deliberado de lograr el cambio de parte y facilitar la derrota en juicio del contrario, para después retornar la titularidad del bien a su estado primitivo. Sirva como orientación a este respecto, que podría utilizarse perfectamente como criterio judicial por los tribunales salvadoreños, lo establecido en el art. 17.2, párrafo segundo de la LEC española para esta misma modalidad de sucesión procesal:

“No se accederá a la pretensión cuando dicha parte acredite que le competen derechos o defensas que, en relación con lo que sea objeto del juicio, solamente puede hacer valer contra la parte transmitente, o un derecho a reconvenir, o que pende una reconvención, o si el cambio de parte pudiera dificultar notoriamente su defensa”.

A diferencia de las excepciones procesales, que casi siempre, de existir, lo es con independencia en todo caso de quien las plantee, no ocurre lo mismo con algunas excepciones de derecho material, donde la subrogación subjetiva sí puede devenir relevante. Piénsese por ejemplo en un pacto de espera suscrito solo con el transmitente para no reclamar la

cantidad hasta cierto tiempo; o en una excepción de compensación de créditos. Pero incluso la propia excepción procesal de falta de capacidad, que podría haber sido invocada, o que ya lo ha sido, quedaría desactivada si la nueva parte posee todos los atributos sobre ello.

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

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

6.5 SUCESION POR DISOLUCION DE PERSONAS JURIDICAS

Cierra el articulado de la sucesión procesal el art. 89 del Código, disponiendo que toda persona jurídica en trámites de disolución (sea por una operación de fusión de empresas, sea por un procedimiento concursal en caso de insolvencia), mantenga su personalidad jurídica y por ende su condición de parte en aquellos procesos donde venga actuando, hasta que “finalicen por sentencia firme todos los procesos que tuviera pendientes”, momento en el que “se dará por concluido el proceso de liquidación”¹³⁵.

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

¹³⁵ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

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

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

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

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

La sucesión por disolución de personas jurídicas, específicamente la regula el Código Procesal Civil y Mercantil en el Art. 89, así: “En caso de disolución de una persona jurídica, no se dará por concluido el proceso de liquidación hasta que no finalicen por sentencia firme todos los procesos que tuviera pendientes, quedando a salvo siempre los actos de disposición de los bienes sociales, siempre que ello no pueda volver nugatorio el efecto de la sentencia, a juicio prudencial del juez.

El tribunal ante el que se ventile el proceso correspondiente enviará, a la brevedad posible oficio al Registro de Comercio, a efecto de que no se inscriba ninguna escritura de liquidación”.

El fundamento jurídico de este segundo inciso se finca, en que la oportuna y efectiva información al Registro de Comercio, posibilita la protección de los derechos de socios o accionistas y de terceros interesados (acreedores societarios); ya que al impedirse tal inscripción, el comerciante social sigue conservando la personalidad jurídica para los efectos del Art. 326 y siguientes del Código de Comercio¹³⁶.

La sucesión por disolución de personas jurídicas opera cuando haya disolución de una persona jurídica, y, en cuyo caso, no se dará por concluido el proceso de liquidación hasta que no finalicen por sentencia firme todos los procesos que pendientes, quedando a salvo siempre los actos de disposición de los bienes sociales, siempre que ello no pueda volver nugatorio el efecto de la sentencia, a juicio prudencia del Juez. El juez o tribunal oficiara al Registro de Comercio enterándole la situación, al efecto de que no se inscriba ninguna escritura de liquidación¹³⁷.

¹³⁶ Dr. Mauricio Ernesto Velasco Zelaya y otros, El Nuevo Proceso Civil Salvadoreño, Óp. Cit.

¹³⁷ Dr. Guillermo Alexander Parada Gámez y Lic. José Luis Arias López, CURSO EL NUEVO PROCESO CIVIL, Óp. Cit.

CAPITULO

VII

7 LA INTERVENCION DE TERCEROS EN EL PROCESO

7.1. INTERVENCION DEL TERCERO PROCESAL: EL COADYUVANTE

Denominase tercería a la pretensión en cuya virtud una persona distinta a las partes intervinientes en un determinado proceso, reclama el levantamiento de un embargo trabado en dicho proceso sobre un bien de su propiedad, o el pago preferencial de un crédito con el producido de la venta del bien embargado.

El concepto enunciado comprende a las dos clases de tercerías que admite el ordenamiento procesal, o sea a las de *dominio* y a las de *mejor derecho*. Las primeras deben fundarse en el dominio de los bienes embargados; las segundas, en el derecho que el tercerista tenga a ser pagado con preferencia al embargante

De lo dicho se sigue que la admisibilidad de la tercería, cualquiera que sea su carácter, se halla condicionada a la existencia de un *embargo*. En caso contrario no existiría interés jurídico que la sustentase, pues en el supuesto de que en un proceso constituido entre otras personas la controversia versara sobre un bien de propiedad del tercerista, la sentencia que en ese proceso se dictara le sería inoponible y carecería por lo tanto de toda virtualidad para despojarlo de ese bien.

Si bien las tercerías tienen su mayor ámbito de aplicabilidad en los procesos de ejecución, ellas son procedentes, según lo tiene resuelto la jurisprudencia, en cualquier clase de procesos¹³⁸.

Recoge asimismo el art. 81 del CPCM la figura del “coadyuvante”, conocido también en doctrina como “interviniente adhesivo”, o más

¹³⁸ PALACIO, LINO ENRIQUE, MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL., 17° Ed. Buenos. Aires: Abeledo Perrot 2003

modernamente como “interviniente” (art. 13 LEC). Hablamos en estos casos de un sujeto que no forma parte de la relación material controvertida, pero a la que ésta no le resulta indiferente, pues de su resultado pueden surgir efectos reflejos positivos para su propia posición. Ese interés legítimo se vuelve por ello coincidente o alineado con la pretensión que sostiene la parte actora o en su caso el demandado, o dicho de otro modo, la única manera de ayudar causalmente a lograr un efecto favorable a sí mismo es contribuyendo que triunfe la pretensión que se identifica con sus propios intereses.

No ha de confundirse la exigencia hecha por el art. 81 CPCM, en cuanto al interés “directo y legítimo” del coadyuvante, y el interés legítimo que se tutela en el proceso en cuestión, que puede ser eso, justamente (un interés legítimo), o bien un derecho subjetivo (ver las consideraciones que hemos hecho al principio de este tema sobre los títulos de legitimación directa), cuya titularidad pertenece a su vez a los sujetos que son parte originaria, actor y demandado. De allí que el precepto referido aclare que el interés del coadyuvante, aunque sea directo, no se corresponde con el “objeto principal en litigio”, respecto del cual únicamente guarda una “relación de subordinación o dependencia”.

7.1.1. SUPUESTOS DE LA INTERVENCION EN EL PROCESO

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

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

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

- Con mayor aplicabilidad, el art. 230 CPCM párrafo segundo, inciso segundo recoge la extensión a terceros de los efectos de la cosa juzgada, cuando aquéllos hubieran sido “citados a raíz de la demanda”¹³⁹. Citados, se entiende, como tales terceros, pues sino no sería extensión de la cosa juzgada, sino despliegue de sus efectos naturales frente a quienes han figurado como parte.

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

- Desde luego, también puede excitar la intervención de tercero, aunque ya en fase de recurso, lo dispuesto en el art. 169 del Código, en cuanto a la

¹³⁹ Art. 230 párrafo segundo CPCM: “La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus sucesores; y se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes, si hubieran sido citados a raíz de la demanda”.

notificación de la resolución definitiva del pleito “en el más breve plazo a las partes y a los interesados”.

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

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

7.2 ALCANCE DE LOS ACTOS

Una vez identificada la sintonía del tercero con la postura del actor o la del demandado, y aceptada por el juez la titularidad de un interés legítimo propio en cuanto su afectación refleja a las resultas del pleito, el otorgamiento de la condición de coadyuvante le convierte a partir de ese punto, ya no en tercero sino en parte. Dependiente en origen de otra, pero con importante capacidad de autonomía para manejarse dentro del procedimiento, siempre y cuando no entre en conflicto con la del titular originario.

El coadyuvante, por tanto, deviene siempre un tercero, que no ostenta la posición de sujeto activo o pasivo de la acción ejercitada en la demanda; y quien por tanto no podía haber formalizado ésta ni ser formalizada en su contra, porque son actos que corresponden únicamente a las partes originarias y que sirven además para trazar los confines objetivos del pleito, objeto sobre cuya delimitación el coadyuvante nada puede interferir.

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

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

De manera expresa asimismo, aclara la ley que una vez recaída sentencia en la instancia o grado procesal correspondiente (art. 82 último párrafo), el coadyuvante podrá recurrirla sin necesidad de recabar la

conformidad de alguno de los legitimados originales, quienes podrían de hecho mantenerse inactivos y no recurrir.

7.3 TRATAMIENTO PROCESAL

Finalmente y porque estamos hablando de una parte meramente contingente, no necesaria, del proceso, la validez de éste no pende del correcto llamamiento del tercero a la litis (no es asunto de correcta constitución de la relación jurídica procesal), sino que la iniciativa de personación corresponde al propio tercero, quien habrá tenido conocimiento del proceso por otras vías. Mas, siendo ello así, no significa que el tercero no tenga derechos ni que pueda atropellarse su posición. El tercero tiene derecho a ser tenido como coadyuvante con base en el art. 81 CPCM, siempre que cumpla con su carga de alegar un interés legítimo propio, reconocible como repercusión o efecto reflejo a lo que pueda resolver la sentencia futura, un interés individualizable y no abstracto. No deviene discrecional para el juez otorgarle o no dicha condición de parte coadyuvante, es un tema de estricta legalidad, aunque sin duda si dispondrá el juez de cierta flexibilidad para medir el susodicho interés legítimo reflejo.

Será normalmente tras la contestación de la demanda, o como mínimo no antes de la admisión a trámite de la demanda, cuando el coadyuvante (uno o varios) solicitará al juez que se le tenga como tal, con identificación en su escrito del interés legítimo que defiende (explicando, pues, cómo y en qué medida aprecia que la futura sentencia puede afectarle). El art. 81 habla de que el juez efectúe un primer control *prima facie* de sus alegaciones, que si revisten por tanto apariencia de credibilidad (si la solicitud, en palabras del art. 81, “no se hubiera denegado de plano”) abrirá trámite de alegaciones a las partes ya personadas para que éstas puedan opinar sobre la solicitud de

coadyuvancia del tercero, y con arreglo a ello proveerá en definitiva sobre su solicitud.

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

7.4. INTERVENCION PROVOCADA

La intervención provocada supone la entrada de un tercero en un proceso, a requerimiento de una de las partes, con el doble propósito de contribuir a la defensa de su pretensión, y a que la sentencia definitiva vincule al tercero, si bien con efectos limitados.

Comparte la intervención provocada con la figura de la coadyuvancia un presupuesto común: el beneficio que puede para el demandante o del demandado el que actúe un tercero en refuerzo de su posición. Difiere sin embargo de aquélla, en tres esenciales:

- En primer lugar, la iniciativa de entrada del tercero recae sobre el litigante favorecido con su intervención, siendo suyo el interés por que comparezca, de tal manera que es la parte quien se dirige al juez solicitando

el llamamiento del tercero, quien a su vez posiblemente nada sepa hasta ese momento del proceso incoado. A la inversa, pues, como ocurre en la coadyuvancia (donde es el tercero quien solicita se le tenga como parte).

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

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

Por otro lado, existe un aspecto sustancial que separa los casos de intervención provocada que ahora veremos, y aquellos otros donde la ley ordena notificar al tercero la admisión de la demanda, por si resulta de su interés personarse en el proceso (ver art. 230 párrafo segundo CPCM; arts. 91-A, 92-A y 170 LPI): en aquéllos (intervención provocada), el tercero queda vinculado por los efectos de la sentencia comparezca o no comparezca, pues

su llamamiento persigue precisamente constituir ese vínculo judicial también para él.

En el segundo grupo de casos, la notificación de la demanda únicamente otorga una facultad –la de comparecer- y desactiva la posibilidad de indefensión al tercero interesado quien luego no podrá pedir la nulidad del juicio por no advertírsele de su pendencia, pero nada más. A menos que el tercero de voluntariamente el paso y pida que se le tenga como coadyuvante –o eventualmente como litisconsorte, si debió ser llamado como parte-, ningún efecto vinculante se engendrará para él con ocasión de la sentencia definitiva dictada.

7.4.1 INTERVENCION A FAVOR DE DEMANDANTE

La intervención provocada ha de estar prevista expresamente en la ley, dados los severos efectos que produce sobre alguien formalmente ajeno a la relación controvertida: ante todo imponiendo al tercero una auténtica carga procesal, como es la de comparecer a la litis para contribuir a la defensa del otro e indirectamente a la suya propia, vinculándole además con la decisión que se dicte, aparte de tener que soportar las costas procesales pagadas por su propia defensa. Sea entonces por razones de economía procesal o de seguridad jurídica, no resulta admisible consentir el llamamiento incontrolado de terceros al proceso sin mediar voluntad previa de los mismos, sino en los casos previstos en la ley. Así se encargan de enfatizarlo los arts. 83 y 84 del Código, donde respectivamente se trata de la intervención provocada “o denuncia de la litis del demandante”, y la del demandado.

Siguiendo este mismo orden y empezando por la intervención provocada a instancias del demandante, es lo cierto que a pesar de su previsión en el CPCM, las leyes ni en El Salvador, ni en países de nuestro entorno no suelen ocuparse de contemplar supuestos de esa modalidad,

dirigiendo su atención más bien a los casos de intervención provocada del demandado, como luego veremos. Sin embargo, existen dos ámbitos en los que puede tener virtualidad esta primera subespecie:

a) En el ejercicio de acciones mero-declarativas, cuando el titular del derecho sobre el que sabe existe un conflicto extrajudicial, toma la iniciativa y antes de ser demandado, deduce él la demanda con el fin de obtener una sentencia que asegure la virtualidad de su derecho, transmitido previamente por el tercero, al que llama en refuerzo de su posición y para que le vincule el fallo que se dicte. Para entendernos, se trata de las mismas hipótesis que pueden dar lugar a la intervención del demandado, pero donde éste ha tomado antes la iniciativa, siendo entonces demandante, de modo que la intervención del tercero se provoca por el actor.

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

7.4.2. TRATAMIENTO PROCESAL

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

No dice el precepto que deba escucharse a las demás partes antes de resolverse –como sí lo hace en la intervención a instancia del demandado-, lo cual parece tener una lógica estrictamente procedimental y es que si, tal como se supone, la solicitud de intervención debe despacharse junto con la propia admisión a trámite de la demanda, nos hallamos en un momento inicial del proceso en el que sólo existe una parte personada, el demandante, cuya opinión ya se conoce, por lo que no tiene sentido consultar a nadie más. Esta premisa, no obstante, se caerá si se pide cuando la ley permita el emplazamiento en otro momento posterior a aquel en el que ya se ha personado el demandado y lógicamente su criterio también cuenta, no de modo vinculante pero sí preceptivo.

Como la relación material del tercero no es propiamente la discutida en el pleito, el art. 83 aclara que el tercero intervendrá “sin la calidad de demandado”, sino como tercero. Eso sí, una vez admitido dispondrá “de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes”. Con una única excepción, claro: la de no poder ejercer disposición alguna sobre el objeto del proceso (desistimiento o renuncia, en este caso, ya que hablamos de un alineamiento con la parte actora), pues tal objeto no le pertenece. La autocomposición deviene acto personalísimo que proscribe para el tercero el art. 82 *in fine* para el coadyuvante, dispositivo que ha de aplicarse aquí por analogía también aquí.

7.5 INTERVENCION A FAVOR DE DEMANDADO

También para esta intervención provocada del demandado, se requiere que el tercero tenga con aquél un “vínculo, obligación o responsabilidad respecto del objeto del proceso” (art. 84 CPCM), como antes veíamos, en grado tal de verse repercutido en su propia relación jurídica con la que guarda nexo de causalidad. El caso más típico en esta materia es de la

responsabilidad por garantía, tanto de la realidad del título como del ejercicio del derecho que el tercero transmite a la parte, deduciéndose frente a este último una acción en contra precisamente por cuestionarse su validez. Tal cosa ocurre:

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

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

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

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

7.5.1. TRATAMIENTO PROCESAL

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

Aquí deviene preceptivo entonces consultar a las demás partes personadas por tres días, tras lo cual el juez proveerá lo que corresponda con arreglo, se entiende, a la legalidad y no discrecionalmente. De accederse a lo solicitado se emplazará al tercero “en idénticos términos a los

establecidos para el emplazamiento del demandado” (art. 84 párrafo tercero CPCM) y a partir de ese momento pueden suceder tres cosas:

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

- Que el tercero comparezca y presente sus alegaciones en defensa de la posición de la parte que le ha llamado, y en defensa de su propia posición, ante los pronunciamientos de fondo que podría hacer la sentencia: por ejemplo, podrá negar tener ningún pacto de garantía con el demandado, por no haberle transmitido el derecho en litigio. A partir de ese momento el tercero, asimismo, actuará como una parte más del proceso, aunque dependiente de la defensa de quien le ha convocado.

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

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

7.6 REPRESENTACION PROCESAL EN CASO DE PLURALIDAD DE PARTES

Finalmente, y aunque ya hemos traído antes a colación este precepto, indicar que el art. 85 del Código introduce la regla general de que los sujetos que actúan bajo una misma posición procesal deberán hacerlo con una única representación y defensa (abogado), salvo en los casos de litisconsorcio facultativo –donde se presupone la autonomía de estrategia jurídica de cada uno, aunque desde luego si comparecen bajo una misma defensa nada opondrá el órgano judicial-, y en los demás casos donde pueda el litigante aducir indefensión, por obligársele a compartir una tesis de defensa con la que discrepa¹⁴⁰.

7.7 TERCERIA DE DOMINIO

Con anterioridad, hemos hablado, aunque sea de paso, de lo que son las cuestiones incidentales, y hemos hablado también de la oposición, sobre todo a las medidas de ejecución o actividad ejecutiva concreta; pues bien, la tercería de dominio es al mismo tiempo, una cuestión incidental y una forma concreta de oposición a medidas ejecutivas concretas, consistiendo su naturaleza jurídica, en que como, consecuencia del embargo, se ha afectado un bien que no pertenece al ejecutado, sino a una persona que es ajena a la ejecución, siendo esa la filosofía que inspira el primer artículo de dicho capítulo al decir que: podrá interponer tercería de dominio en forma de demanda, el que afirme ser dueño de un bien embargado perteneciente al ejecutado, siempre que el tercero no lo hubiere adquirido del ejecutado una vez trabado el embargo en ese bien, pues él no puede estar avalando situaciones que se encuentren relacionadas con el objeto ilícito, a que alude el artículo 1335 del Código Civil, deseando aclarar que el caso natural, excluyendo lo antes dicho, son los casos de homonimia, o sea que el bien embargado pertenezca a una persona que se llame igual que el ejecutado,

¹⁴⁰ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

por ello es que, en materia de ejecución de las sentencias (que es uno de los motivos que da lugar al embargo) exige plena identificación, hasta lo último, de las partes que intervienen en el proceso. También podrán interponer tercerías, a fin de que se levante el embargo, quienes sean titulares de derechos que por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo, para el caso un usufructuario o un acreedor hipotecario; se podrán también oponer a la realización forzosa de uno o más bienes como pertenecientes al ejecutado, quienes ostenten también el bien de familia. Otro aspecto sobresaliente de destacar, es el de que para nadie es desconocido, que muchas veces las tercerías obedecen a acuerdos defraudatorios entre el tercero que hace oposición y el ejecutado mismo, éste con el fin de salvar sus propios bienes.

En cuanto al procedimiento, la tercería ha de iniciarse por medio de un proceso y por medio de demanda que por competencia funcional se interpondrá ante el mismo Juez que esté conociendo del proceso principal; comenzando el momento mínimo, desde el momento en que éste tuviere conocimiento que se ha embargado el o los bienes que resultaren afectados, esto implica de acuerdo a las normas generales de los incidentes, que deberá seguirse en pieza por separado y que habrá que presentar prueba generalmente escrita, del derecho en que se fundamenta, dándosele al tercerista, por una sola vez y por el plazo de tres días, la oportunidad para que subsane dicha omisión, y si no lo hiciera, se rechazará la demanda, sucediendo lo mismo cuando esta se interponga después de la entrega del bien o bienes al acreedor, o al tercero que lo adquiera en pública subasta, siendo el momento máximo de presentar la demanda, el que no se haya verificado dicha entrega.

Otra cuestión destacable, es que el legislador le ha dado importancia al principio de “preclusión” en el sentido de sostener, que no se permitirá en

ningún caso, segundo o ulterior tercería sobre los mismos bienes, fundada en títulos o derechos que poseyera el que lo interponga al tiempo de formular la primera. En otras palabras, ha querido la ley que se evite el estar poniendo tercerías de dominio en forma sucesiva, lo cual ha hecho en las acumulaciones, en los artículos 108 y 125, lo que obedece también a ofrecer, de una sola vez, todas las pruebas para evitar dispendios económicos y de tiempo, por lo que también esto obedece a razones de economía procesal y hemos descubierto con ello, otra forma de acumulación, que es la acumulación de tercerías de dominio.

En otro tópico, el legislador se ha preocupado de señalar concretamente, cuales son los efectos de la tercería, comenzando por enseñarnos que la admisión de la demanda solo suspenderá la ejecución respecto del bien cuyo embargo se quiere levantar; siguiendo con el proceso, el juez podrá condicionar la admisión de la demanda, a que el tercer opositor preste caución por los daños y perjuicios que podría producir al acreedor ejecutante, lo cual, lógicamente implica, el proveimiento de una resolución que se notificará a las partes: asimismo a instancia de parte, y a juicio prudencial del juez, al admitir la demanda de tercería, podrá ordenarse la mejora del embargo en forma preventiva, por si el bien de que se trata es excluido de la afectación.

En cuanto a la clase de procedimiento, que como hemos dicho, será por separado, el legislador ordena que sea por medio del proceso común, es decir, aquel que está contenido del Art.276 en adelante y en el mismo se encuentra, la limitación de que se decidirá sobre la continuación o levantamiento del embargo que hubiera recaído en el bien o bienes a que se refiera la tercería, siendo los legitimados pasivamente el acreedor ejecutante y el deudor ejecutado, adoptándose la teoría prevaleciente sobre la materia, ya que hay legislaciones en que el legitimado pasivo es únicamente el

acreedor ejecutante, precisamente por la colusión que pueda existir entre el tercerista y el ejecutado.

Llegamos finalmente a la resolución que resuelve la tercería, la cual se decide por auto, entendemos de carácter definitivo, el cual, por resolver una cuestión incidental y que no entra a analizar la cuestión, de a quién pertenece la propiedad, no causará el efecto de cosa juzgada. Si en tal auto se desestima la tercería (resolución favorable al ejecutante), se ordenará que continúe embargado el bien que se disputó. Ahora bien, si el auto estima la tercería de dominio (favorable al tercero), el juez ordenará el levantamiento de la traba o embargo específico de ese bien, y la remoción del depósito y en consecuencia, del depositario, así como la cancelación de la anotación preventiva, que es una medida de garantía del embargo, al igual que el depósito, todo relativo al bien al que se ha referido la tercería¹⁴¹.

7.8 TERCERIA DE PREFERENCIA DE PAGO

Otra cuestión incidental, y que tiene su base en un embargo realizado, se fundamenta en que dentro del proceso de ejecución, puede intervenir un tercero, vale decir, alguien que no es parte del proceso, pero que a diferencia de la tercería vista anteriormente, su derecho a discutir, no es el derecho de propiedad de un bien embargado, sino que lo es a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante, pues su derecho gozará de preferencia de las que determina el título que trata sobre la prelación de créditos en el Código Civil, precisamente a partir del Art.2214 y deberá deducirse ante el juez que esté conociendo de la ejecución (competencia funcional), siendo el principal legitimado pasivo, el ejecutante y tal vez el ejecutado con menor énfasis, siguiéndose siempre, al igual que la anterior

¹⁴¹ Dr. Mauricio Ernesto Velasco Zelaya y otros, El Nuevo Proceso Civil Salvadoreño, Óp. Cit.

tercería, en proceso común, lo anterior en cuanto a las partes, lo deducimos, confrontando el artículo 640 inciso 2º., y siendo en cambio el Art.643 que dice que la tercería de pago, se sustanciará no en contra, sino que con el ejecutante y el ejecutado. Al igual que la tercería de dominio, la de pago, no suspenderá la ejecución que se esté llevando a cabo, sino que deberá continuarse hasta la realización de los bienes o derechos embargados y si esta realización sucede antes de pagar al ejecutante, su importe, hasta el límite de la cuantía discutida, se depositará en la cuenta de fondos ajenos en custodia.

Seguimos sosteniendo que por la letra de la ley, el proceso de tercería se seguirá en pieza por separado, confirmando en el Art.644, que la demanda se sigue contra el acreedor ejecutante y con la cual, se acompañará un principio de prueba del derecho alegado, sin el cual será rechazado. Otro punto que destaca la ley, es que señala el plazo máximo de presentación de la demanda, la cual, si se formula después de realizado el pago al acreedor ejecutante o después de la entrega del bien al ejecutante y este ya la hubiera adquirido conforme al Código Civil o Mercantil no se admitirá, no señalándose el momento mínimo, pero suponemos que lo es desde que el tercero con derecho preferente, sabe de la ejecución contra su deudor. Finalmente y por su propia naturaleza, la sentencia que recaiga en el proceso de tercería se limitará a decidir sobre la existencia del privilegio y el orden de satisfacción de la pluralidad de créditos, sin prejuzgar otras acciones que pudieran ejercitarse, con lo cual se parece a la tercería de dominio, ya que esta no juzga el derecho de propiedad, sino sólo la continuación o el embargo del bien afecto. En el Art. 644 la ley confirma el carácter de principal del ejecutante y de secundario del ejecutado al decir: “el ejecutado podrá intervenir en este proceso a cuyo fin se le notificará la demanda dándole audiencia de la misma”.

El Art. 645 plantea varias situaciones que podrían darse, y que podrían hacer finalizar anticipadamente el proceso, jugando un papel importante, si el documento que presenta el tercero es o no ejecutivo y que podríamos resumir en 6 numerales, según el orden siguiente:

1º. Si el crédito del tercero consta en título ejecutivo y el ejecutante se allana a la tercería de mejor derecho, se dictará sin más trámite, auto que ordene seguir adelante para satisfacer en primer lugar al tercerista.

2º. Si el crédito del tercerista no constare en título ejecutivo, el ejecutado que estuviera personado en la tercería, deberá expresar su conformidad o disconformidad con el allanamiento del ejecutante dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se le hubiere dado traslado del escrito de allanamiento. Si el ejecutado se mostrara conforme con el allanamiento o dejare transcurrir el plazo sin expresar su disconformidad, se procederá –dice la ley- conforme a lo dispuesto en el inciso anterior (es decir, se sigue con el juicio o proceso de ejecución para pagarle al tercero tomando en cuenta el allanamiento del ejecutante y el silencio del ejecutado).

3º. Cuando el ejecutado se oponga al allanamiento, se dictará auto en el que se tendrá por allanado al ejecutante, mandando seguir la tercería con el ejecutado (o sea que el ejecutado interviene contrariando al tercerista dentro de ese segundo proceso).

4º. Si notificada la demanda, el ejecutante desistiere de la ejecución (es decir, del primer proceso) se procederá conforme a lo establecido en el inciso anterior sin necesidad de obtenerse la conformidad del ejecutado, siempre que el crédito del tercerista conste en título ejecutivo (o sea, se seguirá la ejecución para el solo efecto de pagarle al tercerista por estar todo a su favor).

5°. Si no fuere así, se sobreseerá en el proceso de ejecución (hay desistimiento del actor, no es título ejecutivo el del tercerista; y como no se oye al ejecutado) el proceso en donde aparece el tercero se sobresee.

6°. Salvo que el ejecutado se mostrare de acuerdo en que se prosiga para satisfacer el crédito del tercerista (o sea: hay desistimiento, no es título ejecutivo el del tercerista y el ejecutado está de acuerdo en proseguir la ejecución para pagarle al tercero.).¹⁴²

¹⁴² Dr. Mauricio Ernesto Velasco Zelaya y otros, El Nuevo Proceso Civil Salvadoreño, Óp. Cit.

CAPITULO

VIII

8. LA INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL

Partes son quienes de hecho intervienen o figuran en el proceso como sujetos activos o pasivos de una determinada pretensión, con prescindencia que revista o no el carácter de sujetos legitimados para obrar o para contradecir en el concreto proceso que se trate.

En los procesos declarativos, este es, aquel por medio del cual los tribunales dicen el derecho en el caso concreto, es aquel por el que se conocen las pretensiones declarativas puras, las constitutivas y las declarativas de condena.

Conocido también como de conocimiento o de cognición, es aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a lograr que el órgano judicial dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos alegados o discutidos, el contenido y alcances de la situación jurídica existente entre las partes.

Efecto invariable y primario: declaración de certeza acerca de la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el autor

De la norma jurídica violentada en una relación bilateral o multilateral es que nace el proceso en la concepción que anteriormente hemos dilucidado, es por ello que es vital la intervención de estos en las fases que sean necesarios según sea el interés de los titulares de la norma jurídica en discusión.

8.1 ACTITUDES DEL DEMANDANTE

Al momento de tocar el tema de la actitud del demandante es algo que se traduce simplemente en la búsqueda de la asesoría legal para realizar las diligencias pertinentes como por ejemplo establecer los objetivos en el juicio,

recolectar los medios probatorio que sustancien las pretensiones a fin de elaborar una demanda con una correcta fundamentación y elegir el proceso adecuado, además que en este se tenga como propósito fundamental que en un futuro, el tribunal o juzgado que conozca del mismo declare favorable dichas pretensiones

8.1.1. ASPECTOS GENERALES DE LA DEMANDA

El término demanda puede revestir básicamente dos acepciones procesales diferentes aunque vinculadas entre sí y a ambas se refiere el Código: la demanda puede ser entendida, en primer lugar, como aquel acto de parte por el que se inicia un proceso civil a través de la deducción de una pretensión de tutela jurisdiccional concreta¹⁴³. Desde esta primera óptica, la demanda se presenta entonces como un acto procesal con una específica dimensión temporal, espacial y modal. La correcta realización de ese acto procesal, que se manifestará con la resolución judicial de su admisión a trámite, desencadenará importantes efectos a los que luego prestaremos atención los cuales vincularán tanto a quien resulte demandado como al propio órgano judicial frente al que se ejercita la correspondiente acción, el cual tiene desde ese momento el deber de prestar la tutela impetrada, salvo, claro, que surjan obstáculos procesales que lo impidan.

En segundo lugar la demanda puede contemplarse en su aspecto meramente formal y, en tal sentido, nos estaremos refiriendo al escrito donde se vierten aquellas afirmaciones que permiten hablar de una pretensión deducida, susceptible por ello de abrir un proceso siempre que contenga los

¹⁴³ Ver por ejemplo arts. 24, 94, 98, 102, 110, 127, 230, 255, 273, 276 primer inciso; 277; 279 a 282, 459 CPCM.

datos subjetivos y objetivos necesarios para poder ser reconocida como tal preclusión¹⁴⁴.

Teniendo en cuenta la doble función que presta la demanda, como acto inicial y vehículo para transmitir la pretensión de tutela jurisdiccional¹⁴⁵, el Código prevé que sea a través de demanda como se formule toda pretensión de tutela, en procesos declarativos o de ejecución, tanto procesos ordinarios como especiales. Cuando se prefiere dar otro formato acaso menos extenso y de mayor flexibilidad, circunscrito al objeto del incidente de que se trate, la ley emplea otra terminología, la de la “solicitud”^{146 147}.

8.1.2. DOCUMENTOS QUE DEBE PRESENTAR CON LA DEMANDA

Como regla de principio, la demanda es por su naturaleza un acto escrito, tal como garantiza el art. 147 del Código, lo que otorga seguridad jurídica a las partes, pero además facilita la labor del órgano judicial en la comprobación de los requisitos de validez de la pretensión. Asimismo, y conforme al art. 148, la demanda deberá redactarse siempre en castellano.

Existen por ley dos clases de demanda: la completa, prevista para el proceso común (art. 276) y la simplificada para el proceso abreviado (art. 418), a las que ahora distinguiremos. Interesa desde ya saber, en todo caso, que siempre que la ley no señale nada específico y se limite a indicar que el

¹⁴⁴ Ver arts. 147, 182 último inciso; 276 segundo inciso y siguientes; 278, 418 ó 423 CPCM.

¹⁴⁵ Doble efecto reconocido también por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema, por ejemplo en su Sentencia de 17 de noviembre de 2003, dictada a las 15 horas (ref. 1459): “La demanda, debemos entenderla no únicamente como el acto formal de iniciación del proceso, sino que también a la posibilidad de que esta lleve implícita la pretensión. En otras palabras lo proponible o improponible será calificado tanto para la forma como para el fondo de lo pretendido”.

¹⁴⁶ Tal ocurre con la “solicitud” de medidas cautelares, arts. 450-451 CPCM, cuando la pretensión no se ha incluido dentro del escrito de demanda del proceso principal. También lleva forma de “solicitud” la petición de apertura de juicio monitorio con explicitación de los requisitos para su procedencia (art. 491 CPCM), no así la “demanda” que ha de interponerse si el deudor formula oposición a aquella “solicitud” (art. 496).

¹⁴⁷ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

proceso respectivo empezará por demanda, se está refiriendo con ello al formato de la demanda del proceso común, que es la prototípica¹⁴⁸. De lo contrario ha de decirlo expresamente o poderse ello colegir por referencia al procedimiento por el que ha de conocerse la pretensión¹⁴⁹.

En lo que concierne a la demanda completa del proceso común, el art. 276 establece sus requisitos o datos constitutivos, los cuales, a efectos de su estructura o articulación, pueden agruparse en distintos bloques separados entre sí y además cada uno debidamente identificado. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que las disposiciones reguladoras de cómo estructurar un escrito de demanda no dan sino la pauta de cómo confeccionar ésta en su aspecto estrictamente formal. El contenido efectivo y la extensión de cada demanda no incumben ya al CPCM sino a la destreza del abogado para saber plasmar en papel esa pretensión. Excepcionalmente, el Código puede advertir que el escrito de demanda contenga alguna información puntual de la que depende su admisión a trámite¹⁵⁰, y a eso alude el inciso final del art. 276; del resto, es decir prácticamente siempre, el Código no interviene en su contenido concreto.

La estructura lógica y coherente de la demanda completa debe ser, así, la que sigue:

¹⁴⁸ Ver arts. 459 (demanda ejecutiva), 547 (demanda del proceso de revisión de sentencia firme), 607 (demanda para pretensiones que no pueden ampliarse dentro de la ejecución ya iniciada); 637 (demanda de tercería de dominio) y 644 (demanda de tercería de preferencia de pago).

¹⁴⁹ Volviendo al proceso monitorio, la demanda que tiene que deducir el demandante si el deudor se opone, es la demanda del proceso abreviado, y ello se deduce aunque no lo diga expresamente, toda vez que el legislador ordena que sea a través de este procedimiento como se sustancie a partir de ese momento la pretensión de cobro, art. 496 CPCM.

¹⁵⁰ Así por ejemplo el art. 459 señala que en la demanda del proceso ejecutivo “se solicitará el decreto de embargo por la cantidad debida y no pagada...”. Y el art. 491, para el proceso monitorio, dice que la “solicitud” para su formalización “dará conocimiento de la identidad del deudor, del domicilio o domicilios del acreedor y del deudor o del lugar en que residieran o pudieran ser hallados, y del origen y cuantía de la deuda...”. En realidad, no son sino especificaciones de los requisitos generales, para mejor comprensión de lo idoneidad de la vía procedimental instada.

a) Encabezamiento (datos de los apartados 1º a 4º del art. 276 CPCM): el escrito se debe dirigir al órgano judicial que vaya a conocer de la demanda de acuerdo al criterio territorial que resulte aplicable conforme a los Decretos Legislativos dictados al efecto, o en su caso se identificará que se dirige a los Juzgados de la circunscripción judicial que corresponda, ahí donde opere una Secretaría receptora y distribuidora de demandas, que es la dependencia ante la que se presentará el escrito (art. 153 LOJ).

Además se identificará a las partes, tanto la que presenta la demanda (actora) como aquella persona o personas contra las que se dirige la pretensión (el demandado/s) junto con los datos personales útiles para su identificación (nombre, domicilio, dirección) o indicar por el contrario si se desconocen (cosa que podría perfectamente ocurrir si no existe una relación previa entre ellos, por ejemplo, y la reclamación es por responsabilidad extracontractual). Teniendo en cuenta que el actor tiene la obligación de suministrar todos los datos que conozca del demandado so pena de incurrir en conducta fraudulenta que acarrearía, de probarse, la nulidad del proceso. Asimismo, deben darse los datos relativos al procurador del demandante (nombre y dirección) y el medio técnico (fax, e mail) para permitir a este último recibir de manera directa las notificaciones del proceso a partir de su admisión a trámite.

b) Identificación del objeto de la demanda: conviene desde el principio y antes de pasar a la fundamentación de la pretensión, identificar con claridad, en una o dos líneas, la naturaleza de la reclamación que se interpone: “Demanda por incumplimiento de contrato y reparación de daños y perjuicios”, “Demanda ejercitando acción reivindicatoria de bien inmueble”, etc.

c) Hechos (apartado 5º): el primer bloque expositivo propiamente tal de la demanda, es aquel en el que han de narrarse de forma que resulte comprensible aquellos acontecimientos que explican la procedencia de la solicitud de tutela que se hará al final del escrito. Eso significa que deben incluirse aquellos hechos básicos que permiten identificar el tipo de acción ejercitada, y además aquellos hechos que resulta necesario alegar para poderse estimar la demanda. Nos remitimos en este punto a lo expuesto en el tema del Objeto del Proceso.

d) Fundamentos de Derecho (apartado 6º): este otro bloque se descompone –o debe hacerse, para más claridad del tribunal y de las demás partes- en dos apartados:

El primero ha de dedicarse a los Fundamentos de Derecho “Procesales”: explicar por qué concurren los presupuestos de jurisdicción, competencia, capacidad para ser parte y de obrar procesal, legitimación, cuantía de la demanda si se trata de pleito valorable económicamente, y en todo caso el tipo de procedimiento por el que se debe ventilar, citando las normas correspondientes del Código o en su caso ley especial.

Tras ello, vendrán entonces los Fundamentos de Derecho “Material”. En éstos se debe hacer constar, también mediante la técnica recomendada de un relato (no una mera cita numérica de preceptos), cuáles son las normas que sirven para la resolución de la pretensión, justificando el porqué de la calificación jurídica de los hechos, el posible uso de conceptos legales abiertos o indeterminados y con qué significado deben ser aplicados, así como las consecuencias jurídicas que se van a pedir. El relato debe incluir también, en su caso, la cita de la doctrina legal que atañe a la norma a aplicar, como refuerzo de la tesis que se defiende.

e) Medios de prueba que se consignan con la demanda (apartados 7º y 9º): en el propio escrito de demanda se deberán precisar aquellos medios de prueba, documentos e informes periciales, que por un principio de preclusión la ley impone que se acompañen junto con la demanda so pena de no poderlo hacer después; o que como mínimo se identifique su existencia en orden a su ulterior localización o aportación. Sobre cuáles son esos medios volveremos en el epígrafe siguiente, lo importante en ese punto es tener presente que la exigencia de concretar los medios de prueba se circunscribe únicamente a los que han de aportarse con ella desde el principio o los que, no pudiendo serlo por razones de imposibilidad, se sabe de su existencia y en esa medida deben indicarse. No hay más obligación que ésta y, por tanto, todos los demás medios de prueba de los que la parte actora quiera valerse y que han de constituirse en juicio (pruebas personales, generalmente), no han de solicitarse ni identificarse todavía sino en el posterior acto de la audiencia preparatoria, ex art. 310 CPCM.

f) *Petitum*: Finalmente, el escrito de demanda debe concretar cuál es el contenido de la tutela jurisdiccional concreta que se solicita, precisando por tanto los efectos derivados de la naturaleza de la acción ejercitada (declarativa, constitutiva o de condena –ver tema del Objeto del Proceso-) y su aplicación al caso concreto: siendo acción declarativa, cuál ha de ser el derecho en cuestión que se desea reconocer a su favor; si es acción de condena, cuál es la clase de obligación y su *quántum*, etc. El empleo de frases más o menos solemnes, acuñadas por la práctica forense (la fórmula “A Usted con respeto pido” si es un Juzgado, o “A vosotros respetuosamente pido” si es un tribunal colegiado)¹⁵¹; para identificar esta parte de la demanda puede entenderse como una muestra de respeto al órgano jurisdiccional,

¹⁵¹ En España por ejemplo se utiliza la expresión “Al Juzgado (o a la Audiencia Provincial, o a la Sala Primera del Tribunal Supremo) SUPLICO”...

aunque no adquiere la condición de elemento solemne o esencial de la demanda.

g) Dedución de otras solicitudes incidentales: Tras la exposición de la pretensión deducida como objeto del pleito, el escrito de demanda puede contener también, eventualmente, otras peticiones de tutela jurisdiccional conectadas o relacionadas con aquélla. Tal es el caso de la petición de medidas cautelares, o la solicitud de diligencias de aseguramiento de la prueba (art. 323 CPCM) o de anticipo de prueba (arts. 326-329 CPCM). Pues bien: siempre que se contenga una petición auxiliar, ésta deberá explicitarse en sus elementos constitutivos (hechos que la fundan, normas procesales –o sustantivas- que permiten conceder lo solicitado, y petitoria al respecto) y si hay más de una, separarlo en apartados distintos para su mejor intelección por el Juez.

Respecto de la demanda simplificada del proceso abreviado, se diferencia esencialmente de aquella otra en que aquí no se precisa incluir una fundamentación jurídica (ni en lo procesal ni en lo material) de la pretensión deducida. Lo que pretende la ley, simplemente, es que se viertan los elementos identificativos necesarios para poder reconocer que la acción que se ejercita cumple con los presupuestos subjetivos del proceso (los inherentes al órgano judicial y a las partes) y que el conflicto jurídico que se somete a su examen es de aquellos que ora por razón de la materia como de la cuantía han de ventilarse por los cauces de este proceso.

El art. 418 del Código alude a esos elementos de identificación subjetiva y objetiva de la acción que se corresponden con los ya examinados para la demanda completa, a salvo insistimos la fundamentación jurídica cuya defensa a cargo del abogado de la parte actora se pospone por la ley al ulterior acto de la audiencia, donde lo hará de manera oral ex art. 427 CPCM.

Parte en este punto el legislador de la idea, común a otros ordenamientos donde se vertebran procesos similares, de que las pretensiones que ha reservado que se conozcan por esta vía resultan generalmente sencillas en su entendimiento jurídico-legal, siendo lo importante sobre todo los hechos del caso, que sí se deben exponer en la demanda así como lo que se pide judicialmente, dejando lo demás pendiente para el acto de la vista, facilitando con ello su presentación a la parte interesada, que de este modo ahorra tiempo en su redacción –siendo generalmente en efecto la parcela más compleja de toda demanda, la de su fundamentación-.

Si la parte no vierte esta última en la audiencia, siendo requerido a ello por el juez, estaríamos ante una pretensión a la que le falta uno de sus presupuestos esenciales (la causa de pedir), lo que la haría improponible.

Cabe plantear la siguiente disyuntiva: ¿qué sucede si la parte actora, yendo más allá de lo indicado en este art. 418 CPCM, decide elaborar e interponer en un proceso abreviado (u otro que deba ventilarse por sus trámites), una demanda completa con todos los elementos del art. 276 del Código? ¿Estaríamos ante una demanda defectuosa que tendría que ser corregida reduciéndola, bajo advertencia del Juez competente, so pena de devenir inadmisibile? La respuesta tiene por fuerza que ser negativa, ya que presentar una demanda completa en un proceso abreviado no conlleva propiamente un incumplimiento legal –el art. 418 no prohíbe emplear el formato extenso, se limita a indicar aquel que como regla debe seguirse-; ni provoca la pérdida de ningún derecho o la causación de un perjuicio al demandado –más bien al contrario, al exponer todos sus argumentos *ab initio*, le permite a este último conocer todos los aspectos de la pretensión formalizada en su contra y armarse mejor para el acto de la audiencia-.

La previsión del art. 418 CPCM establece en realidad un modelo mínimo para esta clase de juicio, en el sentido de que la respectiva demanda no puede carecer de los elementos que en él se enuncia, pero sin que a *contrario sensu* deba interpretarse que acarree su ilicitud el articular una demanda completa. Así implícitamente lo asume la ley, cuando en el art. 427 señala que una vez iniciado el acto de la audiencia, se le dará la palabra al demandante para que “ratifique, amplíe o reduzca su demanda” aunque sin variarla sustancialmente. Es evidente que de haberse deducido una demanda simplificada, el actor no podría limitarse a una “ratificación de la misma”, sencillamente porque a esa demanda simplificada le faltaría toda la fundamentación jurídica, por tanto si pretende integrar ésta como es de suponer durante sus alegaciones en la audiencia, estaremos en todo caso siempre ante una ampliación, no ante una ratificación. Incluso el término “reducir” la demanda que emplea este mismo art. 418, si bien puede estar pensando en los casos donde la persona desea suprimir un *petitum* siendo que ha formulado varios, en realidad tiene más aplicabilidad en relación con la supresión de algún pasaje de la fundamentación jurídica, cosa que sólo se puede contener en una demanda completa del 276.

Se podrá cuestionar cuál puede ser el motivo para que la parte actora acuda al formato de la demanda completa, cuando tiene la oportunidad de “no enseñar todas sus cartas” al demandado antes del acto de la audiencia. Lo cierto, sin embargo, es que deviene perfectamente lógico que el demandante o su abogado consideren preferible ese efecto relativamente adverso para su estrategia, pero a cambio de lograr con ello algo que sólo se consigue con una demanda completa del art. 276: verter ante el órgano judicial, con toda la precisión y extensión posibles, los fundamentos jurídicos que sostienen su pretensión ante temas que pueden ciertamente revestir cierto grado de complejidad, como también pueden tenerlo los dispositivos o

la jurisprudencia aplicativa al caso. De este modo, la parte se asegura que sus argumentos no van a quedar precariamente expuestos al socaire de un turno de alegaciones orales (con independencia de que el acto pueda llegar a grabarse). Todo lo que consta por escrito forma parte de la pretensión y a ella debe dar respuesta el órgano judicial. Esa es una ventaja objetiva clara de la demanda extensa sobre la simplificada¹⁵².

8.1.3. INCORPORACION DE NUEVAS PRETENSIONES EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA

Con la admisión de la demanda. La demanda que cumpla todos los requisitos de fondo y forma será declarada admisible, mediante auto que iniciará el correspondiente procedimiento. La demanda podrá ser ampliada únicamente antes de su contestación, en tal caso se volverá a contar el plazo para la contestación desde el traslado de ampliación. Una vez admitida la demanda se retrotraen los efectos de la litispendencia a su presentación, lo cual implica:

- a) La obligación del juez de continuar el proceso hasta el final y dictar una sentencia de fondo (cuando se cumplan los presupuestos procesales);
- b) Para las partes se produce la asunción de cargas y obligaciones que estén vinculadas con el tipo de proceso iniciado;
- c) Impide la existencia de procesos con identidades subjetivas y objetivas;
- d) El juez competente para conocer una vez declarada la litispendencia, será competente para conocer de todo el proceso a pesar de los cambios que en este se den; y

¹⁵² Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

d) También se da la “perpetuatio legitimacionis”, en virtud de la cual quienes estaban legitimados en el momento de la litispendencia, mantienen esa legitimación, sin perjuicio de los cambios que puedan producirse en el tiempo de duración del proceso.

Establecido el objeto del proceso, éste no podrá ser alterado posteriormente, sin perjuicio de formular alegaciones complementarias, en los términos que se expondrán más adelante.

Lo que vale decir que continuando con el trámite de la audiencia, luego del saneamiento de los defectos procesales corresponde fijar definitivamente la pretensión y los términos del debate, de acuerdo a lo previsto en los artículos 305 y siguientes.

En principio, la pretensión queda fijada en la demanda, y no puede ser modificada en la audiencia preparatoria, en la que las partes podrán hacer las precisiones, aclaraciones y concreciones que estimen oportunas en relación con la pretensión, sin alterar o modificar sustancialmente la misma. En consecuencia, las partes tienen derecho a oponerse a cualquier aclaración o precisión de la contraparte que suponga un cambio o alteración de los términos de la pretensión, estándose en definitiva a lo que resuelva el juez.

Sin embargo, en esta etapa de la audiencia preparatoria el demandante podrá añadir nuevas pretensiones a la ya planteada en su demanda, pero “sólo si aquéllas son accesorias respecto de ésta”, según lo dispone el segundo párrafo del artículo 305. Se trata de una solución excepcional, que permite introducir nuevas pretensiones accesorias respecto de la planteada en la demanda, y que podrá admitirse siempre que no afecte el adecuado ejercicio del derecho de defensa. A vía de ejemplo, si la demanda tiene por objeto la pretensión de condena al pago de una suma de dinero, el

demandante podría añadir en la audiencia preparatoria, como nueva pretensión accesoria respecto de aquélla, la de condena al pago de intereses sobre el monto reclamado en la demanda. Pueden señalarse otros ejemplos de pretensiones accesorias en materia civil y mercantil, que podrán añadirse en la audiencia preparatoria siempre que no supongan menoscabo al adecuado ejercicio del derecho de defensa, aspecto que deberá valorar el juez de acuerdo a las circunstancias del caso concreto:

- a) En un proceso de reivindicación de la propiedad de un inmueble, podría añadirse en la audiencia preparatoria, como nueva pretensión accesoria, la de condena a la restitución de los frutos civiles;
- b) Si el proceso tiene por objeto, la pretensión de condena al cese de la violación de derechos de autor de acuerdo a la ley de protección a la propiedad intelectual, podrían añadirse en la audiencia preparatoria, como pretensiones accesorias, las de reparación de los daños y perjuicios causados por la infracción a los derechos de autor, prohibición al infractor de reanudar esa actividad ilícita en el futuro, retiro del comercio de los ejemplares ilícitos y la de inutilización de las matrices utilizadas para esa actividad ilícita;
- c) Si la demanda tiene por objeto la pretensión de resolución de un contrato de distribución comercial por incumplimiento de la parte demandada, podría añadirse en la audiencia preparatoria, como pretensión accesoria, la de cobro de la multa por incumplimiento pactada en el contrato.

El planteo de nuevas pretensiones accesorias durante la audiencia preparatoria, debe sustanciarse con un traslado en audiencia a la contraparte (principio de defensa y contradicción, art. 4º), que podrá oponerse a ese planteo (señalando, por ejemplo, que no se trata de una pretensión accesoria, o que su incorporación afecta seriamente su derecho de defensa),

cuestión que deberá resolver el juez en la misma audiencia, admitiendo o denegando la incorporación de la nueva pretensión. A esos efectos, deberá ponderar la condición de accesoriedad de la nueva pretensión respecto de la planteada en la demanda, y en especial, deberá apreciar si admitir esa nueva pretensión no supone menoscabo al adecuado ejercicio del derecho de defensa, pauta primordial al momento de resolver acerca del planteo del demandante.

La resolución del juez admitiendo la introducción de la nueva pretensión, podrá ser impugnada por el demandado, mediante el recurso de revocatoria oral. De la misma forma, el demandante podrá recurrir de la resolución que deniegue la incorporación de la nueva pretensión. En este último caso (resolución denegatoria de la nueva pretensión), podría afirmarse la procedencia del recurso de apelación, en la medida que la resolución pone fin al proceso en relación a esa nueva pretensión denegada; por el contrario, en nuestra opinión y reconociendo lo complejo del punto, corresponde reservar la apelación para la sentencia definitiva y las resoluciones que efectivamente ponen fin al proceso, y no sería este el caso, pues el proceso continúa en lo relativo a la pretensión deducida originalmente en la demanda, y finalmente podrá apelarse la sentencia definitiva y hacer valer en esa oportunidad el agravio causado por la denegatoria de la nueva pretensión accesoria.

Admitida la nueva pretensión accesoria, se oirá en la audiencia a la parte contraria, a efectos de que ejerza su derecho de defensa respecto de la misma. Si bien la norma no contempla expresamente esta posibilidad, consideramos que la parte está facultada para solicitar al juez la suspensión de la audiencia a efectos de ejercer adecuadamente su derecho de defensa respecto de la nueva pretensión admitida en audiencia, pues aunque se trate de una pretensión accesoria, para articular la defensa es preciso en muchos

casos contar con información y pruebas que pueden no estar a disposición de la parte demandada durante la audiencia. En esos casos, el juez deberá priorizar el principio de defensa y contradicción, y si hubiere admitido la nueva pretensión, corresponderá conceder a la parte contraria una razonable oportunidad de defensa, suspendiendo a esos efectos la audiencia si fuera necesario. En otra posible interpretación del marco normativo comentado, el juez debería denegar la nueva pretensión siempre que, por sus características (complejidad fáctica o probatoria), el demandado no se encuentre en posición de contestarla en la misma audiencia sin menoscabo del derecho de defensa, admitiendo la nueva pretensión sólo en los casos que resulte posible su contestación en la propia audiencia.

La introducción de hechos nuevos o de nuevo conocimiento, prevista en el artículo 307, plantea otra interesante cuestión en torno a la posible modificación de la pretensión, cuestión que será analizada a continuación.

Para finalizar con este punto referido a la fijación definitiva de la pretensión, deberá constar en acta la fijación de los términos del debate, a partir de las pretensiones deducidas en la demanda y las eventuales aclaraciones y precisiones o nuevas pretensiones accesorias agregadas en la audiencia. Esta instancia permitirá en lo sucesivo, concentrar la actividad procesal (y probatoria en particular) en la resolución del debate planteado de acuerdo a las alegaciones iniciales (demanda y contestación) y las complementarias que se hubieran efectuado y admitido en la misma audiencia¹⁵³.

8.1.4. HECHOS NUEVOS

¹⁵³ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

De acuerdo al artículo 307, las partes podrán poner de manifiesto en la audiencia cualquier hecho relevante para la determinación de la causa de pedir de la pretensión o para la fijación de los términos del debate, siempre que tales hechos hubieran ocurrido con posterioridad al momento en que se formularon las alegaciones iniciales o, de haber acontecido antes, se hubiesen conocido por las partes con posterioridad a dicho momento. La oportunidad para hacerlo durante la audiencia preparatoria, será el fijarse los términos de la pretensión, oportunidad en la que, como vimos, las partes podrán formular aclaraciones o precisiones y, de acuerdo a la norma que ahora comentamos, alegar hechos nuevos.

La característica que define al hecho nuevo, radica en su acaecimiento posterior a la presentación de la demanda (si es el demandante quien pretende introducirlo) o de la contestación a la demanda (si es el demandado quien lo pone de manifiesto), lo que justifica su planteo posterior a los actos de alegación inicial; debe tratarse, además, de un hecho relevante, que tenga relación con la cuestión debatida en el proceso y que pueda influir en ella.

Si bien ambas categorías se admiten en el C.P.C.M., el hecho nuevo puede distinguirse conceptualmente del hecho desconocido, que si bien ocurrió con anterioridad a la demanda o la contestación (según el caso), era desconocido por la parte al momento de presentar la demanda o la contestación; en ese caso, la parte deberá justificar razonablemente esa circunstancia (desconocimiento del hecho al momento de presentar la demanda o la contestación) para que su planteo en audiencia sea admisible.

La incorporación de hechos nuevos al proceso, plantea una interesante cuestión interpretativa en torno a su aptitud para modificar el objeto del proceso. En general, se admite la alegación de hechos nuevos siempre que

no modifiquen sustancialmente la pretensión; bajo esa premisa, la doctrina formula una distinción entre los hechos nuevos, relativos a la misma situación jurídica alegada en la demanda, y los hechos diversos, que suponen una modificación de la pretensión y que, por ello, no pueden admitirse en esta etapa del proceso.

En sistemas procesales análogos al del C.P.C.M., como el C.G.P. uruguayo, la jurisprudencia admite la alegación de hechos nuevos en la audiencia preparatoria, siempre que no modifiquen sustancialmente la pretensión. Para mencionar algunos ejemplos que se han planteado en la jurisprudencia uruguaya, en un proceso reparatorio por daños y perjuicios, las secuelas dañosas no conocidas al momento de la demanda podrán alegarse en la audiencia preparatoria como hecho nuevo, siempre que se hayan manifestado con posterioridad a la demanda y estén vinculadas causalmente con los mismos hechos que fundan la pretensión; insistiendo en ese ejemplo, si la demanda reparatoria se funda en mala praxis médica durante un acto quirúrgico a la que se atribuye causalmente una determinada dolencia, el agravamiento de la condición de salud del paciente o la manifestación de nuevas dolencias vinculadas con el mismo acto quirúrgico, podrán alegarse como hechos nuevos (se trata de hechos consecuenciales respecto del mismo acto que motiva la demanda). Del mismo modo, podrían alegarse como hechos nuevos en un proceso de responsabilidad por vicios de construcción de un edificio, nuevos vicios constructivos manifestados con posterioridad a la demanda.

En otros casos, los hechos nuevos no estarán referidos a secuelas o nuevas consecuencias del mismo acto que dio origen al litigio, sino que podrán consistir en nuevas acciones del demandado, vinculadas causal y objetivamente a las mismas circunstancias fácticas que fundan la pretensión y ocurridas con posterioridad a la demanda, como nuevas infracciones a los

derechos de autor, o a los derechos del titular de una patente de invención, o nuevas acciones de competencia desleal.

En los casos mencionados, el hecho nuevo es alegado con el fin de incorporarlo al objeto del proceso, pero sin alterar la pretensión en su aspecto objetivo; sin embargo, puede ocurrir que el hecho nuevo determine una modificación de lo pedido en la demanda, por el agravamiento del perjuicio cuya reparación se reclama o por la incidencia económica de las nuevas acciones alegadas. Reiterando el ejemplo del proceso reparatorio en el que se alegan secuelas dañosas no conocidas al momento de la demanda, el agravamiento de la condición de salud del demandante, que constituye en sí mismo un hecho nuevo, puede determinar un aumento de los daños y perjuicios padecidos a consecuencia del acto o hecho que diera origen al litigio; del mismo modo, si el demandante alega un nuevo vicio constructivo del edificio, su reparación significará nuevos costos adicionales a los reclamados en la demanda.

En un caso resuelto por la jurisprudencia uruguaya se afirma al respecto, que “el incremento reparatorio sustentado en secuelas dañosas no conocidas al momento de la demanda, conforman hechos nuevos relativos a la misma situación jurídica ...”, para concluir: “La ampliación de la demanda puede calificarse en la especie como demanda consecencial, que trata de hechos derivados de los alegados en la etapa de proposición y a cuyo respecto Vescovi¹⁵⁴ postulaba una interpretación extensiva ... pues la prohibición de variarlos puede conducir a sentencias injustas o más aún, al contrasentido de que en lugar de resolver toda la controversia en un solo proceso deban incoarse otros con igual finalidad ... En la especie no se

¹⁵⁴ Enrique Vescovi, Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano, óp. Cit.

advierte por qué no ha de admitirse el perjuicio conocido con posterioridad a la demanda ..., ya que la necesidad del tratamiento psicológico pudo conocerse precluida la etapa de proposición y constituye un daño generado por el mismo hecho ...".¹⁵⁵

Debe recordarse, además, que el C.P.C.M. permite añadir en la audiencia preparatoria nuevas pretensiones accesorias, y aún cuando pueda resultar dudoso el carácter accesorio de la nueva pretensión en el ejemplo mencionado (nuevo daño consecuencial respecto del alegado inicialmente), las normas citadas (arts. 305 –nuevas pretensiones accesorias- y 307 –hechos nuevos-) están inspiradas en los mismos principios de economía procesal y continencia de la causa, que procuran evitar la necesidad de nuevos procesos sobre cuestiones conexas, permitiendo que sean resueltas en el mismo proceso y por una misma sentencia. Esa es, por otra parte, la interpretación acorde a la pauta contenida en el artículo 18 del C.P.C.M. De otro modo, la parte debería plantear una nueva demanda para reclamar los nuevos perjuicios causados por el mismo hecho, y podría luego solicitar la acumulación de ambos procesos (art. 106 y ss.), lo que no parece razonable si el mismo resultado puede obtenerse sin necesidad de iniciar un nuevo proceso.

Aunque la norma (art. 307) no lo indique expresamente, la parte contraria deberá contar con una razonable oportunidad de defensa (art. 4º) respecto de la alegación de hechos nuevos, por lo que deberá ser oída previo a que el juez resuelva acerca de la incorporación de esos hechos al objeto del proceso y de la prueba; en ese sentido, la oposición de la contraparte podrá fundarse en la condición del hecho, por no tratarse de un hecho nuevo o desconocido al momento de presentar la demanda o la

¹⁵⁵ Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º turno (Uruguay), sentencia 40/1996, publicada en la Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Nº 3/1997, caso 146.

contestación, o en la irrelevancia de ese hecho a los efectos de la resolución del litigio. La resolución que admitiere o rechazare la incorporación del hecho nuevo, no admite recursos de acuerdo a lo previsto en el artículo 308, aunque en el supuesto de rechazo, podrá presentarse nuevamente la petición ante la cámara de segunda instancia, al apelar la sentencia.

Sobre los hechos nuevos admitidos, podrá la parte ofrecer prueba en la etapa prevista al efecto durante la audiencia preparatoria (art. 310: luego de fijado el objeto de la prueba)¹⁵⁶.

8.1.5. MEDIOS PROBATORIOS QUE DEBERA OFRECER EN LA DEMANDA

Por razones de seguridad jurídica y a fin de no causar indefensión a la parte demandada, el Código establece un sistema de preclusión de determinados medios de prueba de los que se denominan preconstituidos, a fin de que puedan ser aportados al proceso desde el primer instante en que ello puede ser posible. Frente al derecho a la prueba del que innegablemente gozan ambas partes y en este caso el demandante, derecho que sin embargo no es incondicional ni está exento de limitaciones, una de éstas implica precisamente que tratándose de documentos e informes periciales la ley hace recaer en la parte que quiere valerse de dichas pruebas -aquí la parte actora- la carga de aportarlos con la demanda, salvo excepciones tasadas que, de no cumplirse, impedirían su presentación posterior por un efecto preclusivo. La consecuencia de satisfacer la carga a la que se alude devendrá distinta en función de la naturaleza del documento y el fin para el que se introduce, de tal modo que su omisión bien puede traer consigo la inadmisión a trámite de la demanda (ver epígrafe siguiente), o cuanto menos

¹⁵⁶ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

privar a la parte del derecho a que el Juez valore esa prueba al final del proceso, lo mismo que si es un informe pericial.

En lo que ahora importa considerar, que es la concreción de cuáles son los medios de prueba que deben acompañarse con la demanda (otro tanto veremos para la contestación de la demanda y la persona del demandado), hay que estar a lo exigido al respecto por la ley. En tal sentido tenemos:

a) En primer lugar y conforme el art. 288 CPCM, los documentos “que acrediten los presupuestos procesales, así como el poder del representante procesal”: del primer tipo sobre todo pueden concernir a la capacidad para ser parte de la actora, tratándose de persona jurídica (esto es, verificar que se halla constituida legalmente en alguna de las formas reconocidas por el Derecho salvadoreño), así como la capacidad de obrar en el proceso, de nuevo en el caso de personas jurídicas mediante la designación de un representante legal; si son personas físicas la capacidad de obrar se presupone salvo por razón de edad o que en la demanda se indicara que el sujeto se halla incapacitado (habría que aportar documentalmente la constancia de ello, y el representante designado para llevar sus asuntos). Del segundo tipo es el poder del procurador, debiendo remitirse a la regulación de esta materia en el Código, arts. 67 y ss.

También en este grupo habremos de situar el análisis de los documentos materiales que conciernen a la legitimación de las partes (a veces activa, a veces pasiva), pero con inmediata proyección a la propia validez del proceso: la existencia de litisconsorcio pasivo necesario; una sucesión procesal, o excepcionalmente un caso de legitimación indirecta. Documentos de los que depende, desde el principio, el que se emplace o no a alguien como demandado, o que se permita presentar demanda a quien se presenta como titular sobrevenido de la relación material, o que figura como

no titular de ella pero dice actuar cobijado por una norma legal que le faculta para interponer la demanda, en nombre de aquel titular material que se mantiene inactivo. Este tipo de problemas de legitimación no pueden ser aparcados por el Juez admitiendo sin más a trámite la demanda, sino que ha de adoptarse un criterio desde el principio porque de ello depende la correcta constitución subjetiva de la relación jurídica procesal.

b) Son documentos e informes periciales materiales, pero suministran también una información importante desde el punto de vista procesal que obliga a aportarlos desde el principio, aquellos que “comprueban el valor de la cosa litigiosa, a efectos de competencia y procedimiento” (art. 288, primer párrafo). Con ello el legislador quiere hacer ver que esos documentos e informes tienen una trascendencia procesal que sin embargo no es la única que poseen, por tanto y al margen de las valoraciones que se hagan de ellos a los precitados efectos de determinar la competencia y el procedimiento de acuerdo al valor de la cosa litigiosa), quedarán ya en autos como medios de convicción susceptibles de ser estudiados el día que vaya a dictarse la sentencia definitiva del proceso.

c) Al margen de su relevancia procesal, sigue diciendo el art. 288 párrafo segundo CPCM, que con la demanda (y la contestación, por lo que atañe al demandado) “en todo caso”, se aporten “los documentos probatorios en que las partes fundamenten su derecho”. Se trata de los documentos con trascendencia en la cuestión de fondo controvertida. Conviene observar el carácter amplio de la dicción legal, que ha huido conscientemente de otras construcciones conceptuales (tales como: “documentos fundamentales de la pretensión”, o “documentos de los que se desprenda directamente la pretensión”, etc.) que, de haberse empleado, obligaría al juez a prejuzgar el éxito de cada demanda sólo para poder discernir si el documento es de los que deben aportarse al principio o no, llevando así a farragosas distinciones

entre “documentos fundamentales” y “no fundamentales”, por ejemplo. No ha entrado en esa estéril batalla el Código, afortunadamente, que ha optado por la seguridad jurídica al extender el principio preclusivo a todos la prueba de los hechos constitutivos de la demanda y de la contestación (en este último caso, bien sea para probar la irrealdad de un hecho alegado por el actor, o para probar los hechos de una excepción procesal o de una perentoria). Lo mismo para la reconvencción y la contestación a ésta.

d) Del mismo modo deberá hacerse con los “dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones” (art. 288 párrafo segundo CPCM). Con este enunciado, que se complementa luego con el art. 377 y ss, el legislador introduce una de las principales novedades en materia de prueba en el nuevo proceso civil y mercantil, como es el otorgamiento de valor jurídico al informe pericial extrajudicial al mismo nivel legal que la pericia realizada dentro del proceso, atribuyendo así a las partes la carga de gestionar la labor del experto y encargarle la realización del correspondiente dictamen -relevando de dicha responsabilidad al órgano judicial- para su aportación con el escrito de alegaciones inicial. Volveremos sobre ello en el tema de la prueba pericial¹⁵⁷.

8.2 ACTITUDES DEL DEMANDADO

Luego de que la demanda pasa sobre el control de admisibilidad en el Tribunal, esta es aceptada, para que continúe la siguiente fase del mismo que es dar a conocer a él o los sujetos que han sido demandado y que tienen que hacer uso de sus derechos tanto constitucionales como procesales, de ahí deriva que el demandado tiene una multiplicidad de opciones que debe seguir, pero sin antes aclarar ciertas nociones.

¹⁵⁷ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

Para efectos conceptuales se entiende por emplazamiento lo entiende el doctor MIGUEL ANGEL FONT¹⁵⁸; en su obra guía de estudio, programa desarrollado de la materia civil y mercantil, es el acto por el cual se pone en conocimiento de la otra Parte mediante la notificación que se le ha iniciado un juicio y el contenido del mismo. Además, implica para el demandado su CITACIÓN para que comparezca y conteste la demanda en plazo. El traslado tiene como fin asegurar la defensa en juicio de la parte demandada.

Para JOSE ALMAGRO NOSETE¹⁵⁹. LA NOTITIA LITIS; la presentación de la demanda obliga a conferir traslado a la persona contra quien se proponga, a efectos de que comparezca dentro del pazo que se le señale en el código el cual es de veinte días para que conteste.

O dicho con otras palabras, ha de comunicarse al demandado con la información necesaria (copias de la demanda y de los documentos) la existencia del proceso en su contra, advirtiéndole que dispone de un plazo (emplazamiento) para comparecer (la comparecencia se hace por escrito y con los requisitos de postulación) y articular su defensa, conforme a las oportunidades legales.

Cabe mencionar lo expresado por el autor WILLIAM ZETINO¹⁶⁰ en su obra DERECHO PROCESAL CIVIL II; cuando dice que el emplazamiento es el llamamiento que el juez hace a cualquiera de la partes, para que comparezcan al proceso a manifestar defensa ya que el emplazamiento es el acto de comunicación por excelencia que protege los derechos de defensa y audiencia en los procesos civiles; teniendo como característica primordial el que despliega a favor del emplazado un plazo dentro del cual debe

¹⁵⁸ Font Miguel Ángel, Programa Desarrollado de la Materia Procesal Civil y Comercial, Editorial Estudio.

¹⁵⁹ Nosete José Almagro, Derecho procesal: Parte general, proceso civil I 6° Edición, Editorial Tirant lo Blanch, España 1992

¹⁶⁰ Zetino William, "Apuntes de Derecho Procesal II", San Salvador, 1° Edición, 2002

comparecer al juicio a manifestar su defensa, teniendo amplios derechos procesales.

8.2.1. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Contestación a la demanda es el acto procesal del demandado por el que éste adopta una defensa concreta frente a la pretensión deducida en su contra por el demandante, solicitando una tutela jurisdiccional congruente con dicha defensa, sin rebasar los límites del conflicto jurídico marcado por la litispendencia.

Su regulación básica se contiene en el art. 284 CPCM, que en su contenido resulta también aplicable al proceso abreviado, bien que allí dicho trámite se sustancia de manera verbal dentro del acto de la audiencia. La contestación a la demanda alude pues a la posición del demandado frente a la demanda interpuesta en su contra, frente a la que aquél puede reaccionar de varias maneras distintas, todas ellas legítimas y admitidas por la ley y cada una susceptible de acarrear efectos jurídicos también distintos. Tales líneas de defensa, que no son necesariamente compartimientos estancos sino que podrían entrecruzarse en un mismo acto de contestación, ante pretensiones complejas con varias peticiones (respecto de las que el demandado, por ejemplo, puede oponerse a una y allanarse a otra, etc.) las cuales veremos.

CANALES SISCO¹⁶¹, en su obra Derecho Procesal Civil Salvadoreño; hace las siguientes consideraciones.

La contestación de la demanda, descansa en la defensa como un derecho procesal de rango constitucional, regulado en el artículo 11 de la

¹⁶¹ Canales Sisco, Oscar Antonio “Derecho Procesal Civil Salvadoreño I: Legislación, Doctrina y Jurisprudencia” 2001 El Salvador.

C.N, por consiguiente su incumplimiento en el proceso civil producirá la máxima sanción establecida para todo trámite o proceso judicial, que es la nulidad de lo actuado.

La contestación de la demanda se define como el derecho de contradicción, es el derecho a obtener la decisión justa del litigio que se plantea al demandado o acerca de la imputación que se le formula al imputado o procesado, mediante la sentencia que debe dictarse en ese proceso, luego de tener oportunidad de ser oído en igualdad de circunstancias, para defenderse, alegar, probar e interponer recurso que la ley procesal consagre.

En la contestación, el demandado podrá tomar las siguientes actitudes contra las pretensiones del demandante:

- Exponer los fundamentos de oposición a las pretensiones del demandante alegando las excepciones materiales pertinentes.
- Allanarse a la pretensión o pretensiones; o a alguna de ellas en todo o en parte.
- Alegar excepciones u otras cuestiones que produzcan la terminación del proceso de manera definitiva.
- Negar o admitir los hechos aducidos por el demandante.
- Reconvenir, alegando las pretensiones que crea convenientes respecto del demandante u otras personas que puedan considerarse litisconsortes, siempre y cuando estas tengan conexión con el objeto del proceso y estén dentro del ámbito de la competencia del juez que conoce; en este caso el reconvenido.

Las actitudes que toma el demandado que están reguladas en el código las veremos a continuación

8.2.2. OPOSICION A LA DEMANDA

Es la postura más frecuentemente adoptada por el demandado en los procesos, e implica rechazar la acción que se ejercita contra él desde sus distintos puntos de vista, tanto fácticos como jurídicos. En concreto el demandado podría:

Contradecir, total o parcialmente, el relato de hechos de la demanda (art. 284, párrafo tercero, inciso primero): negando simplemente en términos absolutos la veracidad de alguno/s de ellos, o bien ofreciendo un relato alternativo, en todo o en parte, con el que obra en la demanda.

Alegar excepciones procesales (art. 284 párrafo primero): el demandado puede aducir que la pretensión adolece de algún motivo tanto de improponibilidad (por falta de un presupuesto del proceso o la concurrencia de un óbice impeditivo de una decisión de fondo), como de inadmisibilidad (defectos de la demanda o incumplimiento de requisitos formales de ésta, que ya hemos examinado en el apartado oportuno y a cuya lectura remitimos). El propósito de esta alegación es claro, evitar incluso que el proceso siga su marcha, decretándose el archivo en el acto de la audiencia preparatoria (proceso común) o en la audiencia del abreviado y que ni siquiera se discuta el fondo.

Alegar excepciones materiales o perentorias (art. 284, párrafo tercero, inciso tercero): no todo consiste en negar los hechos del actor por ser falsos. Podría suceder que tales hechos en efecto fueran ciertos, sólo que la demanda ha omitido mencionar, además, otros hechos que también rodean al caso y que devienen jurídicamente relevantes, en grado tal de llevar a la desactivación de los hechos constitutivos de la demanda. Estamos en este caso ante nuevos hechos, pues, pero con los que el demandado no pretende introducir una nueva pretensión (materia de una reconvención pero no de

una contestación), sino simplemente demostrar que la pretensión de la demanda carece de eficacia legal.

Esos hechos nuevos, que el demandado desde luego puede alegar y probar en esa litis, responde en el plano científico a una clásica distinción entre: *a)* hechos impeditivos: circunstancias que han hecho que el derecho o el pacto no nazcan, por falta de alguno de sus elementos esenciales: minoridad de alguna de las partes, objeto ilícito, vicios del consentimiento, etc.); *b)* hechos extintivos: aquellos hechos o situaciones que han traído consigo la pérdida sobrevinida del derecho existente en origen, por actuaciones humanas -acciones u omisiones- o hechos de la naturaleza: el pago de la deuda, la prescripción extintiva, la destrucción del bien litigioso, etc.) y *c)* hechos excluyentes: circunstancias que han servido para el nacimiento de otros derechos cuya validez y eficacia se contraponen a su vez a la del derecho invocado por el actor. Caso típico es el de la prescripción adquisitiva del derecho por transcurso del tiempo.

Sin embargo, siendo claro que el demandado puede siempre hacer uso de cualquiera de estas líneas de defensa material, no lo es tanto el que todas ellas puedan serlo a través de la contestación a la demanda, pues en algunos casos su alegación conduce a un pronunciamiento judicial sobre la realidad o la inexistencia de un derecho, o sobre la aparición de derechos alternativos, cuyo efecto de cosa juzgada material rebasa el ámbito de la absolución o condena del demandado. Esto conduce a que modernamente se exija el empleo de la reconvención para poder discutir esa clase de argumentos (y su fundamento jurídico) en el pleito, de manera que exista un debate pleno sobre ello y la sentencia que se dicte, al tiempo que pueda tenerlo en consideración como motivo de absolución del demandado, sirva también para declarar o constituir los efectos jurídicos definitivos que procedan respecto de esa relación material.

Así las cosas, el ámbito de las excepciones materiales que deviene exclusivamente tal se reduce en la actualidad a aquellos hechos, impeditivos de la relación o extintivos de ésta, cuya alegación no comporte otro análisis que el de su repercusión sobre la procedencia de la acción ejercitada contra el demandado; sin precisar ninguna calificación jurídica siquiera instrumental o prejudicial (civiles o mercantiles, se entiende) de la que puedan derivarse otros efectos jurídicos en orden a la nulidad del título jurídico o al reconocimiento de derechos al demandado. La excepción perentoria únicamente trae consigo, si se estima, la negación de los derechos esgrimidos por el demandante. Volveremos más adelante sobre esto al hablar de la reconvencción¹⁶².

8.2.3. ALLANAMIENTO

Admisión de hechos, pero disconformidad con el *petitum* o la causa de pedir (art. 284, párrafo tercero, inciso segundo):

Una segunda estrategia puede consistir, dada la evidencia de la veracidad de los hechos que presenta el actor pero que no se corresponde a una correcta exposición jurídica del caso en la demanda, que el demandado no niegue los hechos, pero se oponga a los elementos jurídicos de la pretensión, bien porque alegue que el título jurídico que ordena esa relación material no es la que arguye la demanda sino otro que a la sazón se identifica, y porque en todo caso las consecuencias legales de aplicar correctamente la norma sustantiva no son las que predica la demanda sino otras, precisamente favorables al demandado.

Si la admisión por tanto efectuada en la contestación, lo es única y exclusivamente respecto de los hechos (y al margen también de que el demandado introduzca excepciones materiales), todo lo admitido tendrá un

¹⁶² Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

efecto procesal muy tangible, que es sacar ese relato fáctico del campo de lo controvertido en ese proceso, o dicho de otro modo, todo lo admitido fácticamente por el demandado queda fijado como cierto (art. 314.1º CPCM), a efectos de su posterior valoración en la sentencia. Sentencia que sin embargo puede acabar dictándose en desestimación de la demanda, si el juez concuerda con la tesis de la contestación, en torno al error de planteamiento jurídico del actor. Por tanto, admisión de hechos no significa allanamiento ni capitulación, sí probidad procesal y sinceración de los verdaderos límites del debate.

Allanamiento (art. 284, párrafo segundo): en tercer lugar, la postura del demandado puede materializarse en su conformidad con los diversos elementos de la pretensión que se deducen en su contra (sujeto, *petitum* y causa de pedir). En tal caso asistimos ante la manifestación de un mecanismo autocompositivo de la litis, cuya finalidad básica es evitar una dilación inútil de los tiempos procesales y también, cómo no, una condena en costas que de esta guisa puede evitarse si el demandado, aunque no lo hubiera hecho todavía, presente dentro del plazo de contestación un escrito no de oposición a la demanda (de “contestarla”, en el sentido que le atribuye el art. 273 CPCM) sino de allanamiento¹⁶³.

Ahora bien, tampoco debe olvidarse que el allanamiento puede ser parcial y no total, cuando la pretensión actora está compuesta de varias pretensiones de tutela (por ej., la condena a varias prestaciones), o de una única pretensión pero susceptible de ser fraccionada en porciones (una suma de dinero, la entrega de una mercancía fungible, etc.), y el demandado sólo

¹⁶³ Sólo después de oponerse a la demanda, de contestarla en el sentido de rechazo, cualquier iniciativa de allanamiento posterior (por medio de un escrito al día siguiente, o en el acto de la audiencia preparatoria, o días antes de celebrarse la audiencia de prueba, etc.) ya no evitará las costas, al remitir en tal hipótesis el art. 273 a las reglas generales del vencimiento, del 272 del propio Código.

concuera con una parte de ese todo. En esa misma medida, evidentemente, el demandado tiene derecho a allanarse únicamente en esa porción, y respecto del resto, responder como más adecuado en Derecho crea conveniente (oponiéndose, admitiendo los hechos pero no el derecho, etc.)¹⁶⁴.

8.2.4. EL SILENCIO DEL DEMANDADO Y SUS MODALIDADES

En cuanto al silencio hay que distinguir varias situaciones o grados de intensidad. En primer término, el demandado podría optar por dejar pasar el trámite de la contestación sin defenderse. Si el demandado, debidamente emplazado, se ha presentado ante el órgano judicial para que se le tenga por constituido como parte y luego sin embargo no presenta escrito de contestación en plazo o interviene en la audiencia del abreviado, su estatus corresponde al de una parte que está dentro del proceso aunque se mantiene inactivo (se supone que de manera voluntaria, aunque podría no ser así y configurar un supuesto de indefensión). Ello resulta distinto sin embargo a la situación del rebelde que luego examinaremos, respecto de quien el proceso se desarrolla a sus espaldas porque no comparece y como consecuencia de ello tampoco se defiende. A pesar de esta diferencia entre ambos, la solución legal respecto a cómo interpretar la inactividad del demandado cuando se ha personado y no contesta a la demanda, debe aplicarse por analogía dada su similitud fáctica (falta de postura frente a la demanda) al menos a estos particulares efectos (no a otros típicos de la rebeldía) con aquella prevista por el art. 287 CPCM para el rebelde, consistente en la pérdida de la oportunidad de defenderse si bien sin imputar a esa inactividad un efecto procesal negativo más intenso, como un

¹⁶⁴ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

allanamiento o un reconocimiento de hechos, lo que queda descartado por la norma.

Silencio y respuestas evasivas durante la contestación (art. 284, último párrafo):

Una segunda situación relacionada con el silencio es que el demandado intervenga formalmente en la contestación, pero haga uso durante su desarrollo de la estrategia de callar ante una o más afirmaciones de la demanda. En este contexto, el silencio como técnica de defensa se presenta en sí misma como una fórmula acaso legítima, pero quien la asume corre un riesgo procesal evidente, establecido por el Código en línea con otros ordenamientos modernos: es la posibilidad de que el juez pueda fijar como ciertos, por vía tácita o inductiva, aquellos hechos de la demanda que le son perjudiciales al demandado y ante los cuales éste ha callado, contestando otros extremos o pasajes de la demanda y no éstos.

El Código, en este último apartado del art. 284, autoriza dicha posible fijación tácita tanto en cuanto al silencio, como en cuanto a las “respuestas evasivas” que diere el demandado: en esta última categoría cabe comprender aquellas frases de la contestación que intentan hacerse pasar por una respuesta afirmativa, pero que en realidad no dicen nada, o donde se contesta aludiendo a un hecho desconectado de la aseveración concreta de la demanda. La respuesta evasiva, valga la redundancia constituye formalmente una respuesta (no un silencio), pero que tiene todas las trazas de ser conscientemente elusivo de la contestación pertinente que se espera en cuanto al punto específico de la demanda. Tal contestación pertinente no es otra que afirmar o negar expresamente el hecho, o en su caso afirmar que lo desconoce. En efecto, responder con un “no lo sé” taxativo, o con un “lo desconozco”, no representa estrictamente una respuesta evasiva sino

afirmativa, puesto que el sujeto, que no está obligado desde luego a conocer toda la realidad extraprocesal que el actor tenga a bien narrar en su demanda, informa al tribunal que la desconoce¹⁶⁵.

Conviene tener presente, sea que se trate de fijación tácita del hecho por silencio, o por respuestas evasivas, que el Código habla de que el juez “podrá” considerar esa fijación. ¿Qué significa esto? Básicamente tres cosas: 1) la primera, que no resulta estrictamente necesario que así se declare siempre, pues corresponde al juzgador evaluar el sentido concreto de las palabras y su utilización en el contexto argumental en el que se insertan. Por tanto, lo que en apariencia puede parecer una respuesta evasiva puede no serlo dentro de un contexto, o lo que se presenta en un pasaje de la contestación como un silencio, puede aparecer respondido más adelante (o atrás); 2) que el juez no es libre ni tiene discrecionalidad para declarar esa fijación, sino que deberá hacerlo siempre que, responsablemente y como acabamos de señalar, juzgue que realmente se ha querido hacer un silencio consciente o una respuesta evasiva. Lo que no puede hacer el juez es “perdonar” al demandado de un proceso y no declarar fijado el hecho aunque esté persuadido de que aquél no quiso contestar, y sí hacerlo en otro proceso, o a otro codemandado de la misma litis. Este no es un poder omnímodo del que el juzgador puede hacer uso arbitrariamente. La potestad deviene aquí sinónimo de deber oficial, no de discrecionalidad; y 3) estamos, en todo caso, ante un instrumento de uso restringido, que únicamente en supuestos evidentes debe ser declarado como tal. O lo que es lo mismo: en caso de duda, el hecho debe quedar formalmente como controvertido y no

¹⁶⁵ Otra cosa, por supuesto, es que ese desconocimiento aparezca sincero o no, ello ya podrá quedar desvirtuado *a posteriori* con la prueba de autos que se recabe. Lo importa es que a estos efectos no podría darse el hecho por cierto tácitamente, pues no deviene respuesta evasiva responderse que se ignora, a menos que el escrito de contestación incurriera en contradicciones que pusieran en entredicho la veracidad de ese supuesto desconocimiento.

admitido por el demandado, lo que implicará tener que acudir a la prueba (o a otros mecanismos distintos de fijación: notoriedad, etc.)¹⁶⁶.

8.2.5. RECONVENCION

La reconvención es el acto procesal por el cual quien figura como demandado en un proceso, puede aprovechar la pendencia de éste para deducir una pretensión que a su vez tuviere contra la parte actora y eventualmente contra otras personas, a fin de que se conozca y resuelva sobre ella en el mismo procedimiento.

Representa la reconvención una modalidad de acumulación sobrevenida de pretensiones, fundada en motivos esenciales de economía procesal, puesto que aunque en teoría y precisamente por tratarse de un segundo objeto procesal podría perfectamente deducirse en otro proceso distinto, prefiere la ley conceder la oportunidad a quien a fin de cuentas y contra su voluntad se ha visto forzado a litigar contra el demandante, para que ejercite aquellas acciones que tenga a su favor contra él, unificando así la actividad procedimental y racionalizando los recursos judiciales en pos de solucionar todos los conflictos jurídicos que existan entre ambos. Siempre a expensas de que el demandado elija si quiere reconvenir o por el contrario reservar la acción para otro proceso.

Responde asimismo el instituto de la reconvención a cierto cuidado por la seguridad jurídica, traducido en la desactivación del riesgo ante fallos contradictorios o disímiles, ahí donde la pretensión reconvencional guarde conexión con la planteada por el actor en su demanda.

Dada sin embargo la distorsión que acarrea en el normal devenir de una contienda la posibilidad de que se dilate su objeto, y hasta el elenco de

¹⁶⁶ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

personas afectadas, mediante reconvencción, ésta únicamente cabrá en los procesos donde así lo permita expresamente la ley. Donde no sea así, el interesado deberá formalizar demanda en proceso nuevo e independiente.

Ahora bien, ¿qué diferencia una contestación de una reconvencción?, o si se prefiere decir, ¿cómo se sabe que se ha rebasado la frontera de la “mera” contestación, para convertirse en una “genuina” reconvencción? Distinguir entre ambas figuras resulta fundamental no ya sólo por motivos estrictamente formales (cómo y en qué orden construir el escrito correspondiente), sino por razones vinculadas al derecho de defensa del actor original (quien tendrá derecho a su vez a contestar la reconvencción, pero no a replicar el fondo de una contestación); así como del efecto material de cosa juzgada de la sentencia que se dicte en ese proceso, llamado a resolver o uno (contestación) o dos (reconvencción) objetos litigiosos.

Podemos reconocer así tres pautas identificativas útiles entre contestación y reconvencción:

a) Ante todo, la finalidad de la reconvencción no consiste en que se desestime la demanda original, pues para eso está la contestación, sino la de obtener una tutela judicial de fondo distinta de la absolución, con pronunciamientos a favor del reconviniendo en el propio fallo de la sentencia. A esto se refiere el art. 285 en su último inciso¹⁶⁷.

b) Si la relación jurídica material que formula la reconvencción es distinta de la que alega la demanda, aunque el fin último del reconviniendo pase por establecer una repercusión causal entre ambas con base en la ley, no puede hablarse ya de contestación sino de reconvencción, pues es evidente que

¹⁶⁷ El cual advierte que: “En ningún caso se considerará formulada reconvencción en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal”.

impetrar efectos jurídicos favorables respecto de esa segunda relación material no conlleva, simple y llanamente, una absolución de la demanda. Así por ejemplo, opuesta una compensación de créditos para que se declare la extinción –total o parcial- de la obligación que se le reclama ex art. 1438.4 CC, estaremos en presencia de una reconvencción aunque no se pida ninguna condena, puesto que la realidad de un crédito exigible a favor del demandado contra el actor, distinto del crédito deducido originalmente en el pleito, exige no solamente que el supuesto deudor (a la razón, el demandante) sea oído para saber si quiere oponerse invocando alguna prohibición de ley para poder compensar (art. 1525 y ss CC), sino porque la sentencia va a tener que estatuir (cosa juzgada) sobre el derecho del demandado a compensar, y sobre todo la extinción –total o parcial- del crédito introducido en la reconvencción, junto con la extinción –total o parcial- de aquel otro reclamado al inicio¹⁶⁸.

c) Pero además, y no menos importante, es que los pronunciamientos favorables que se instan en la reconvencción han de servir para producir el efecto de cosa juzgada material no solamente en cuanto a la relación jurídica planteada por el actor, sino también cosa juzgada material sobre la relación jurídica suscitada por el demandado-reconviniente, esté o no conectada con aquella (puede consistir incluso en la misma pretensión original, a la que el demandado reconviniente le da la vuelta jurídicamente defendiendo que el derecho lo tiene él y no el actor). Es decir, que una vez resuelta la pretensión reconvenccional en ese proceso, no cabe formularla de nuevo en un proceso nuevo por ninguno de los sujetos que participaron en la reconvencción (legitimados activos y pasivo de ésta), pues todo lo que podía discutirse en

¹⁶⁸ Aunque fuera del precepto regulador de la reconvencción (el art. 406), la compensación de créditos se trata procesalmente por la LEC española como un argumento de aquel tipo, dando en todo caso derecho al demandante a oponerse a él “en la forma prevenida para la contestación a la reconvencción”: art. 408.1.

relación a ella ya se ha hecho, quedando juzgado en la sentencia resolutoria de ambos conflictos jurídicos formalmente deducidos.

Pensemos por ejemplo en la acción de ejecución contractual por impago del bien enajenado frente a la cual el demandado opone la nulidad del negocio. Desde el punto de vista del derecho material resultan desde luego perfectamente distinguibles dentro del género de la nulidad contractual la llamada nulidad absoluta, y la nulidad relativa o anulabilidad (rescisión), tanto en cuanto se refiere a las causas que origina cada una (art. 1552 CC), como su posible apreciación de oficio por el juzgador cuando se trata de la primera pero no de la segunda (art. 1553 CC). No obstante, en lo que aquí importa, a falta de una norma concreta que dispusiere otra cosa¹⁶⁹ ambas vertientes de la nulidad deben tratarse como reconvencción y no como alegato de mera contestación, por dos razones principales:

- Primera, porque el actor al demandar la ejecución del contrato ha partido de la validez de éste, por lo que no se ha considerado en el deber de tener que justificar en su escrito de demanda la concurrencia de todos y cada uno de los elementos de validez del pacto. Que de pronto se coloque en entredicho uno o varios de esos elementos, exige su consideración como pretensión conexa pero en sí independiente de la del actor, y el que éste de hecho pueda defenderse de la imputación de nulidad.

- Y segunda, porque es evidente que lo pida o no el demandado en la petitoria de su escrito, una vez que ha opuesto la nulidad trayéndola al debate de la litis, lo que se diga en la sentencia vinculará a ambas partes

¹⁶⁹ El art. 408.2 LEC, refiriéndose a la nulidad absoluta del negocio –que es donde pueden suscitarse mayores dudas: la relativa trae consigo sin duda una reconvencción- y aun sin aclarar si su naturaleza es o no la de una excepción material (contestación) o una reconvencción, le otorga de todos modos este último trato, al garantizar el derecho del actor, “cuando en la demanda se hubiere dado por supuesto la validez del negocio”, para que pueda contestar a dicha afirmación de nulidad “en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción”.

tanto para ese proceso como para cualquier otro en el que salga a relucir dicho contrato. No comporta por tanto un simple argumento de contestación a la demanda cuyo alcance vaya a restringirse a dicho proceso concreto, sino que excede de éste.

Por lo demás, si se opone la nulidad del contrato y existen varios contratantes, habrá litisconsorcio pasivo necesario y por ende dicha reconvención determinará el emplazamiento como demandados de todos aquellos que se hallen concernidos por el negocio (salvo el demandado reconviniendo quien asumirá la posición de legitimado activo), incluso de quienes no figuren como parte en el proceso inicial.

Otro de los casos que ha sido reconocido como típicamente reconvencional es el de la prescripción adquisitiva, siendo criterio tanto de la Corte como de las Cámaras de Segunda Instancia el que este argumento, aunque puede servir a la absolución del demandado, no puede verse como una excepción perentoria pues comporta materialmente una acción declarativa del derecho de propiedad del demandado sobre el bien, lo que ha de hacerse por tanto como reconvención¹⁷⁰.

¹⁷⁰ La Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de 13 de marzo de 2001, dictada a las 10 horas (ref. 270-01) proclama que: "Sobre los razonamientos anteriores, esta Sala hace las consideraciones siguientes: según un sector de la doctrina de los expositores del Derecho, sobre la prescripción adquisitiva, ésta puede alegarse por vía de acción y por vía de excepción; según otro sector, esa especie de prescripción sólo puede ser alegada por vía de excepción y, según un tercer bloque, la prescripción adquisitiva debe ser alegada por vía de acción y no por vía de excepción. Por otra parte, agregan, debe recordarse que toda excepción perentoria es una defensa del demandado que tiene por objeto enervar, matar, destruir, aniquilar, extinguir la acción del demandante y la prescripción adquisitiva no tiene por fin único enervar los Fundamentos de la demanda, sino obtener el reconocimiento del dominio del demandado. El prescribiente demandado al oponer la prescripción adquisitiva al demandante, debe hacerlo en una reconvención, esto es, en una contrademanda, en la que pediría por vía de acción la declaración de la prescripción adquisitiva y como consecuencia, el reconocimiento de su dominio por haber operado ese modo de adquirir; la adquisición del prescribiente demandado tiene la virtud de extinguir el derecho correspondiente del actor, el antiguo dueño de la cosa. En síntesis cuando el prescribiente es el demandado, debe oponer la prescripción en una reconvención y ha de

Sentado lo que antecede, podemos decir que los elementos característicos de la reconvencción que implanta el Código son los siguientes:

a) Subjetivamente: la acción ha de tener como legitimado activo a quien figure como demandado o codemandado del proceso en el que se presenta la reconvencción, el reconviniente; y dirigirse, cuanto menos como uno de sus

hacerlo por vía de acción. En consecuencia, cualquiera que sea la posición procesal del prescribiente nunca puede entablar la prescripción adquisitiva como excepción perentoria. Los que aceptan la existencia de la acción de prescripción adquisitiva dicen que la forma de oponerla es precisamente reconviniendo, deduciéndola en reconvencción. Además, la prescripción debe alegarse en términos concretos, aplicables al caso de que se trata, pues el juez no puede declarar de oficio los elementos con que debe ser alegada para poder decidir si es procedente. (...). Como puede apreciarse la doctrina de los expositores del Derecho es lógica y muy clara al estimar que el prescribiente debe pedir el reconocimiento de su prescripción en una contrademanda, con todos los caracteres de hecho y de derecho que aquella requiere y jamás puede oponer la prescripción adquisitiva como excepción perentoria. Por esa razón, en el presente caso debió contrademandarse la prescripción adquisitiva de dominio, pero no oponerla solamente como excepción perentoria, y por ser omiso el Fallo de la Cámara es procedente casar la sentencia y declarar improcedente la excepción perentoria de prescripción adquisitiva que se opuso por la parte demandada. (...) esta Sala considera que ciertamente el Art. 2256 C. determina que la prescripción adquisitiva de un derecho, extingue la acción por la cual se reclama el mismo derecho, y precisamente, debe haber un reconocimiento de la existencia de esa prescripción, para que el dominio sea reconocido en las manos del prescribiente, extinguiéndose así el derecho en las manos del anterior dueño y con él, la acción mediante la cual se reclama. Ese reconocimiento de la prescripción adquisitiva debe ser solicitado por la parte interesada; en este caso debió ser solicitado por la parte demandada, sin embargo, no hizo esa contrademanda, solamente opuso la excepción de prescripción adquisitiva como perentoria, y ya se dijo con anterioridad que esta especie de excepción no puede hacerse valer como excepción perentoria sino que para que realmente surta efectos debe ser opuesta en una contrademanda. Por consiguiente la Cámara no podía declarar lo que no se le había pedido aunque hubiera prueba en el juicio de la posesión de más de treinta años. En consecuencia no existe violación del Art. 2256 C. porque no se podía aplicar, a causa de no existir la contrademanda indispensable para reconocer la prescripción adquisitiva”.

En el mismo Sentido la Sentencia de 6 de enero de 2003, dictada a las 10 horas (ref. 103) y la Sentencia de 1 de diciembre de 2003, dictada a las 9.07 horas (ref. 338). En esta última y tras respaldar el razonamiento de la Cámara *a quo* en el caso (que a su vez había aplicado la doctrina de aquélla), añade: “Siendo entonces que esta Sala está de acuerdo con la tesis de la Cámara y existiendo identidad de pensamiento, sólo bastará agregar que cuando se usa de una acción –pretensión– el actor debe señalar cuestiones de hecho y de derecho, las cuales –las primeras– no pueden ser suplidas por el juez y por ello es que cuando se pretende obtener la declaración de dominio de un bien por medio de la prescripción, los hechos que la fundamentan y las circunstancias que la rodean deben ser expresadas por quien pretende tal declaración. En consecuencia, no basta con la simple oposición de la excepción perentoria de prescripción, ya que tales circunstancias no pueden ser suplidas por el Juez”.

legitimados pasivos, reconvenido, a quien ha ejercitado la demanda inicial en su contra (demandante único o codemandante). De tal manera, se articula aquí una segunda relación jurídico procesal, en la que, para entendernos, los papeles se invierten. Importante es destacar, ya lo hemos mencionado, que entre los reconvenidos pueden aparecer personas que no aparecían como parte en el proceso inicial, pero que sí están involucrados en la relación controvertida de la reconvención, y eso en muchos casos se explica precisamente porque, como ahora mismo veremos, no necesariamente el objeto litigioso de la reconvención ha de coincidir con el vertido en la demanda. En esa medida, los demandados-reconvenidos serán llamados al proceso sólo para ejercitar su defensa respecto de la reconvención, y no para pedir pronunciamientos en la sentencia en cuanto a la demanda inicial, salvo, eso sí, aquellos pronunciamientos con incidencia causal directa en la propia controversia que los ha traído (sobre todo, en cuanto a que se fijen como ciertos, o no, determinados hechos que devengan discutidos en ambos conflictos jurídicos).

b) Objetivamente: ha de distinguirse en este punto, por mandato de ley, entre el proceso común y el proceso abreviado:

Para el proceso común, el nuevo Código prevé a su vez tres hipótesis:

- Que la pretensión reconvenicional corresponda por materia o cuantía al proceso común: en este caso la ley no impone límite objetivo y por ende la pretensión reconvenicional puede referirse a hechos comunes o conexos a la misma relación material que constituye el conflicto jurídico deducido en la demanda, o bien no serlo. Por tanto, esa relación jurídica puede ser la misma (claro está, aquí el actor de la reconvención -demandado original- es quien invoca

un título jurídico a su favor) o no, siempre y cuando se traten de conflictos a los que le sea aplicable el CPCM.

- Que la pretensión reconvenional corresponda por cuantía al proceso abreviado: cuando en segundo lugar lo que ocurre es que la pretensión inicial se esté conociendo a través de un proceso común, y la reconvenición que se introduce debería resolverse por un abreviado por tratarse de asunto valorable económicamente y no rebasar la cuantía de este procedimiento *ex art. 241*, el Código permite la reconvenición (y consiguiente acumulación de pretensiones que ello conlleva), siempre que el asunto guarde “conexión” con la pretensión de la demanda, no si carece de ella, de acuerdo con el *art. 285* párrafo segundo *in fine* CPCM.

Por conexión entre objetos litigiosos debemos entender a estos efectos, tanto los supuestos de acumulación de pretensiones de los *arts. 98 y 101* CPCM, como de acumulación de procesos con causas conexas entre sí *ex art. 106* del propio Código.

Que la pretensión reconvenional corresponda por razón de la materia al proceso abreviado: no cabe reconvenición y como no cabe, deviene irrelevante discernir entre conexión o desconexión de objetos.

La falta de referencia en el precepto recién citado, de la atribución del proceso abreviado por razón de la materia, circunscribiéndolo al de la cuantía, ha de colegirse como una elección del legislador quien por razones de orden público procesal desea que el catálogo de conflictos jurídicos que han de ventilarse por el abreviado lo sea siempre dentro de él, sin que pueda eludirse este régimen por la vía de una reconvenición. Deberá deducirse, si se quiere, a través de demanda en un proceso aparte (y lógicamente, abreviado).

Tratándose del proceso abreviado aquel por el que se viene conociendo de la pretensión actora originaria: señala el art. 424 CPCM que aquí “el planteamiento de la reconvención (...) requerirá que la pretensión deducida en la reconvención deba tramitarse también por el proceso abreviado y que exista conexión entre las pretensiones de la reconvención y las que sean objeto de la demanda principal”. Por consiguiente: Uno: no cabe la reconvención si ésta corresponde por la naturaleza del objeto (materia o cuantía) al proceso común, para que pueda deducirse la reconvención se precisa que ésta deba ventilarse por un abreviado, tanto por razón de la cuantía como de la materia. Y dos: sin embargo, no resulta suficiente con dicha identidad procedimental, sino que se requiere todavía también la conexión entre objetos. Sin conexión no hay reconvención.

Límites de legalidad procesal: no resulta permisible forzar las normas de orden público que ordenan la competencia judicial desde el punto de vista orgánico, y las del procedimiento –con la excepción ya mencionada del art. 285 segundo párrafo *in fine*-, para ventilar pretensiones que consideradas aisladamente y *ab initio*, no habrían podido conocerse por el juez y el proceso donde se plantea su introducción por vía reconvencional. De allí que el art. 285 párrafo segundo, primer inciso CPCM, establece que no cabe la reconvención si el juez no tiene competencia objetiva “por razón de la materia o de la cuantía”. Dado que no hace mención de la competencia territorial ha de suponerse que la identidad de ésta no resulta un condicionante y puede diverger, lo cual aparte de ser algo hasta cierto punto de vista lógico (al fin y al cabo, la competencia territorial comporta un reparto de asuntos entre órganos judiciales del mismo tipo), tampoco resulta una solución distinta que si se aplica por ejemplo el art. 36 sobre régimen de

competencia territorial en el caso de acumulación de pretensiones contra varios demandados¹⁷¹.

Como segundo límite de legalidad procesal, señala el Código que tampoco cabe la reconvención si no existe identidad de procedimientos, vgr., si la demanda inicial se está ventilando por un declarativo ordinario y la reconvención corresponde a una pretensión de proceso especial. Pero también cuando no equivale al mismo cauce declarativo ordinario, excepto, como ya vimos, si la pretensión inicial se esté conociendo a través de un proceso común, y la reconvención “conexa” con aquella, hubiera debido sustanciarse por un abreviado por razón de la cuantía¹⁷².

8.3. AUDIENCIA PREPARATORIA

Como en toda audiencia, el juez tiene el deber de presidirla personalmente, bajo pena de nulidad insubsanable (arts. 10 y 200). La solución refleja la vigencia del principio de inmediación, junto con otras disposiciones que aseguran la presencia del juez en la audiencia probatoria y la identidad del juez de prueba y sentencia.

De ese modo, el juez ordenará el debate y mantendrá el orden en la audiencia con los poderes de dirección que le son inherentes e indispensables para su normal desarrollo (arts. 14 y 204); pronunciará directamente y en forma oral las resoluciones necesarias de acuerdo al contenido habitual y eventual de la audiencia, e impulsará su trámite para

¹⁷¹ Sea porque entonces es posible demandar en el domicilio de cualquiera de ellos (y es muy probable que el actor reconvenido lo tenga en el mismo que el demandado original por el que se fijó la competencia por el territorio de la demanda), sea porque por razón de la cuantía, sería siempre competente “el del lugar que corresponda a la pretensión de mayor cuantía”, y en este caso la suele tener aquella acción que ha abierto el proceso común en el que se inserta la reconvención.

¹⁷² Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

asegurar el cumplimiento de las actividades previstas legalmente durante su curso.

Respecto de las partes, rige la carga de comparecer a la audiencia, teniendo presente las consecuencias desfavorables a su interés en caso de no presentarse, previstas en el art. 291: la ausencia injustificada del demandante determina el fin del proceso sin más trámite, salvo que el demandado muestre interés legítimo en la prosecución del proceso, y lo mismo ocurrirá si dejaran de concurrir ambas partes; si el ausente fuera el demandado, se realizará la audiencia y se continuará con la tramitación del proceso en lo que resulte pertinente, pero aquél no podrá ya realizar los actos previstos durante la audiencia preparatoria (por ejemplo, proponer pruebas, oponerse a las propuestas por su contraria, interponer recurso de revocatoria contra las resoluciones dictadas en audiencia, solicitar constancias en acta, etc.).

A diferencia del Código Modelo para Iberoamérica, el C.P.C.M. no exige la comparecencia personal de las partes durante la audiencia preparatoria, las que, en consecuencia, podrán concurrir a través de apoderado.

Las consecuencias referidas en caso de ausencia de las partes durante la audiencia preparatoria, suponen en todo caso, que tal ausencia sea injustificada, pues el juez siempre podrá atender a motivos fundados que justifiquen razonablemente tal ausencia y, en ese caso, convocará a nueva audiencia.

Sin embargo, la norma (art. 291) establece que en los supuestos de ausencia de las partes durante la audiencia, la resolución judicial correspondiente deberá adoptarse sin más trámite. Ateniéndonos a una posible interpretación de la norma, comprobada la inasistencia del demandante en la audiencia, el juez debería dictar resolución sin más trámite

en la misma audiencia, poniendo fin al proceso; lo que permite plantear la duda acerca de la oportunidad para justificar las razones de la ausencia, que eventualmente pueden determinar la inaplicación de la consecuencia enunciada en la norma (clausura del proceso).

En muchos casos, las circunstancias que pueden justificar la ausencia de la parte durante la audiencia, resultan imprevisibles y sólo pueden acreditarse con posterioridad a la misma; en esos casos, tratándose por ejemplo de una enfermedad o indisposición que sobreviene a la parte o su apoderado el mismo día de la audiencia, debería admitirse la prueba de tal circunstancia con posterioridad a la audiencia, y el correspondiente señalamiento de nueva fecha.

Con un marco normativo similar al del C.P.C.M., que prevé el pronunciamiento judicial “sin más trámite” ante la ausencia del demandante, los jueces uruguayos suelen admitir la prueba del motivo fundado de incomparecencia, para lo cual conceden a la parte que no concurrió a la audiencia un plazo para su justificación, pues de otro modo, la parte se vería en la necesidad de impugnar la resolución que, ante su incomparecencia a la audiencia, pone fin al proceso.

El artículo 291 del C.P.C.M. prevé que, ante la ausencia de la parte demandante, la resolución que pone fin al proceso deberá adoptarse “siempre que tal ausencia no esté debidamente justificada”; por lo que, en una interpretación razonable y armónica de la disposición comentada, corresponde conceder a la parte ausente una razonable oportunidad para justificar los motivos de su ausencia, antes de dictar la resolución que pone fin al proceso. De otro modo, la parte afectada por tal resolución sólo podría intentar justificar su ausencia mediante recursos de revocatoria y apelación,

aportando en ese marco las pruebas respectivas para obtener la revocación de la resolución que pone fin al proceso.

Otra cuestión de interés en lo relativo a la comparecencia de las partes, refiere a las circunstancias que pueden configurar un motivo fundado para no comparecer a la audiencia. La casuística resultaría inabarcable, aunque pueden señalarse algunas hipótesis que, con un marco normativo similar, se admiten en la jurisprudencia uruguaya como motivo fundado de incomparecencia a la audiencia: ausencia por viaje de negocios al exterior, enfermedad certificada con indicación de reposo, internación por indicación médica, condiciones climáticas que configuren causa de fuerza mayor, etc.¹⁷³.

8.4 AUDIENCIA PROBATORIA

Las partes tienen la carga de comparecer a la audiencia probatoria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 405. Si ambas partes dejaran de concurrir, se pondrá fin al proceso sin más trámite, siempre que la ausencia no esté debidamente justificada; esta última salvedad, prevista expresamente en relación a la audiencia preparatoria (art. 291), no se reitera en la regulación de la audiencia probatoria, aunque de todos modos debe admitirse por vía de integración, siendo además manifestación de una regla o principio general en virtud del cual al impedido por justa causa no le corre término (art. 146). Como vimos al comentar la audiencia preparatoria, debe concederse a las partes una razonable oportunidad para justificar la incomparecencia a la audiencia probatoria, cuando las circunstancias que la motivan no hayan podido plantearse en forma previa a su realización.

¹⁷³ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

Si asistiere sólo una de las partes (cualquiera de ellas), se procederá a celebrar la audiencia; en ese caso, la parte que no asistió a la audiencia perderá la oportunidad de realizar los actos previstos durante su curso, que ya no podrán reiterarse (preclusión), como el interrogatorio de parte, testigos y peritos, interposición de objeciones a las preguntas de la parte contraria o a las respuestas de los testigos, impugnación de resoluciones dictadas en audiencia, presentación de los alegatos finales, etc.. Respecto de testigos cuya declaración hubiere sido propuesta por la parte ausente, no podrá realizarse el interrogatorio directo previsto en el artículo 366, precisamente por ausencia de la parte proponente que es quien debe conducir dicho interrogatorio; tal ausencia no podrá ser suplida por el juez a efectos de realizar el interrogatorio directo, pues el juez sólo está facultado para realizar preguntas aclaratorias al testigo (art. 369). Tampoco podría practicarse el interrogatorio de la parte contraria, solicitado por quien no ha comparecido a la audiencia, por las mismas razones. De todos modos, la incomparecencia de una parte no altera los poderes de dirección del juez durante la audiencia, quien moderará el examen de los testigos y admitirá o rechazará las preguntas que se formulen a los testigos y peritos.

Cuando se hubiera solicitado el interrogatorio de parte, la ausencia injustificada de aquélla que fue citada al efecto determinará que se tengan por aceptados los hechos personales atribuidos por la contraparte, salvo prueba en contrario (art. 347). Se trata de una consecuencia probatoria, vinculada con el incumplimiento de la carga de comparecer a la audiencia cuando la parte fue citada con fines de su interrogatorio; por lo que debe resultar claro al momento de concluir la audiencia preparatoria (y así constar en el acta), si se ha dispuesto la citación de alguna o ambas partes con fines de su interrogatorio, por las consecuencias que proyecta su eventual incomparecencia a la audiencia probatoria. Debe tratarse, además, de una

ausencia injustificada; de modo que, si la parte ausente justifica posteriormente los motivos de su ausencia, y el juez considera que configuran un motivo fundado de incomparecencia (por ejemplo, una enfermedad certificada), no corresponderá aplicar la sanción mencionada (admisión tácita de los hechos). Las consecuencias de la incomparecencia injustificada de la parte citada a efectos de su interrogatorio, consisten en la admisión de los hechos personales atribuidos por la contraparte en su demanda o contestación a la demanda (según se trate del demandante o del demandado), admisión que será valorada en la sentencia definitiva junto con las pruebas aportadas; no se trata, pues, de una regla absoluta que releve de prueba los hechos aceptados en forma tácita, sino que la admisión podrá ser desvirtuada por otras pruebas, que de todos modos deberán ser practicadas durante la audiencia¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, Óp. Cit.

CAPITULO

IX

9. INVESTIGACIÓN DE CAMPO

La investigación de campo fue realizada por medio de método de investigación denominado muestreo selectivo de informantes claves, con la utilización de la de la técnica de entrevista estructurada o dirigida y cuyo instrumento lo constituyó la cedula de entrevista. Estas fueron dirigidas, a los sujetos intervinientes en el Sistema de Justicia Civil y Mercantil: Juez y Abogados, de la zona central de San Vicente. La muestra estaba conformada por veinte informantes claves: diez operadores del sistema judicial y diez Abogados.

Las entrevistas se encontraban estructuradas por una parte general de interrogantes dirigida a todos los sectores de entrevistados, y tenían como objeto fundamental el obtener información directa de los operadores e intervinientes del sistema de justicia que permitiera complementar la investigación, comprobar o no la hipótesis planteadas y sondear las tendencias de los mencionados sectores respecto al tema de la presente investigación.

Se presentan a continuación el análisis interpretativo de la información obtenida, para lo cual se exponen conjuntamente los datos que cada sector ha proporcionado en las interrogantes realizadas.

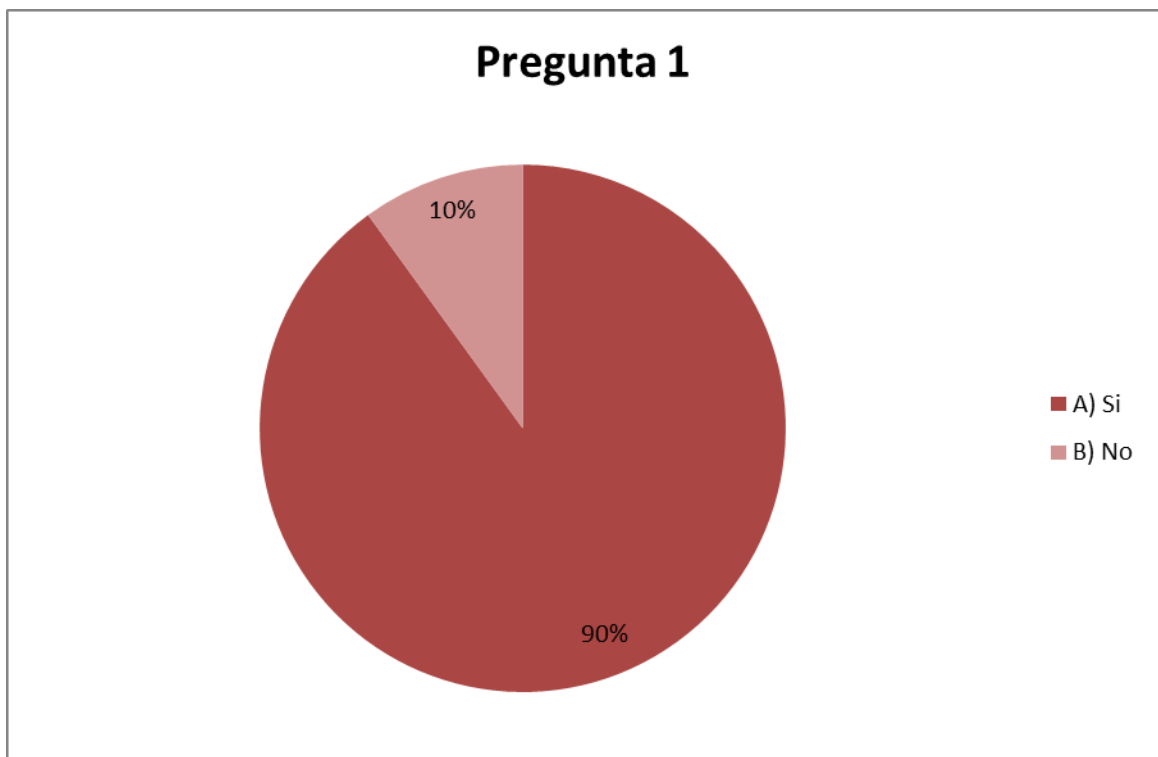
Las entrevista consistió en una serie de preguntas cerradas de carácter general, con el objeto fundamental de establecer los criterios de los principales sectores que participan de los procesos civiles y mercantiles, y así determinar cuáles son los puntos de vista respecto a la Intervención de los Sujetos Procesales principales en las reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Cada pregunta se hizo con la finalidad de verificar las hipótesis planteadas, así como de cumplir los objetivos propuestos en la fase del anteproyecto.

Consecuente con lo anterior se presenta a continuación el análisis e interpretación de la información obtenida para lo cual se exponen conjuntamente los datos que cada sector ha proporcionado en las interrogantes dirigidas a dichos profesionales.

9.1. RESULTADOS Y ANÁLISIS INTERPRETATIVO DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

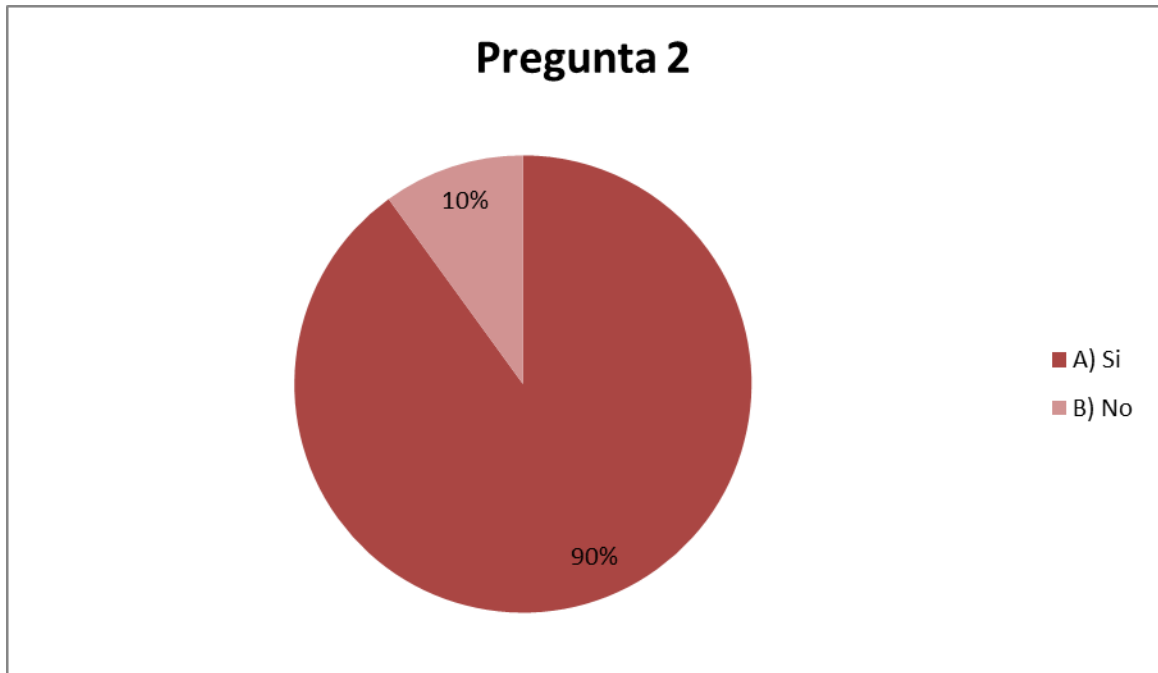
Pregunta 1: ¿Considera Ud. que en el Antiguo Proceso Civil la actividad de las partes procesales era menos Activa?



La mayoría de los entrevistados que contestaron esta pregunta, respondieron que en efecto la Actividad de las Partes en el Antiguo Proceso Civil era muy pobre, en cuanto a la actividad que realizaban estos se refiere, esto en virtud de una diversidad de factores vinculados primero con el temor o la desconfianza que se tienen en lo concerniente a la Actividad Judicial, seguido por el desconocimiento de las actividades que se llevan a cabo dentro del recinto judicial.

La información de esta pregunta sienta un precedente para las siguientes preguntas que tienen una relación concatenada de sucesos, y facilita que el entrevistado informe de lo que comúnmente sucede en los casos concretos, tomando en cuenta que cada caso tiene singularidades y circunstancias especiales, pero resulta necesario el establecer ciertos parámetros que sirven de guía.

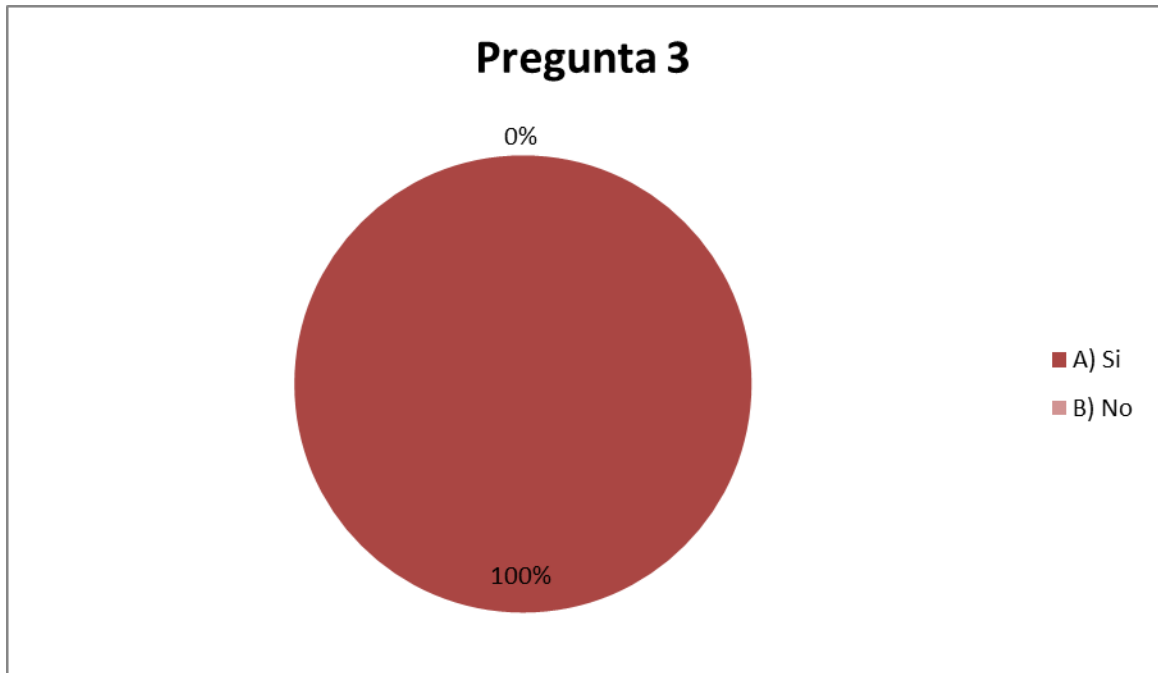
2. ¿Considera Ud. Que en el vigente proceso Civil y Mercantil la Actividad de las Partes es más Activa?



Consecuentemente con la pregunta anterior, los entrevistados contestaron que el Proceso Civil y Mercantil vigente, la Actividad de las partes se vuelve más activa, esto en vista que la misma ley le otorga ciertas facultades, así como también actividades en las cuales se vuelve necesaria la comparecencia de los mismos, es por ello que la mayoría contesta que en el vigente proceso es más activa la actividad de las partes.

Asimismo con la evolución muchas personas han entrado en contacto con la Actividad Judicial, pero siempre existe un pequeño porcentaje que considera que la situación poco ha cambiado y la vigente legislación Civil y Mercantil, con el transcurso de los años la misma aplicación del Código nos va a convertir en sujetos con mayor actividad en la práctica judicial.

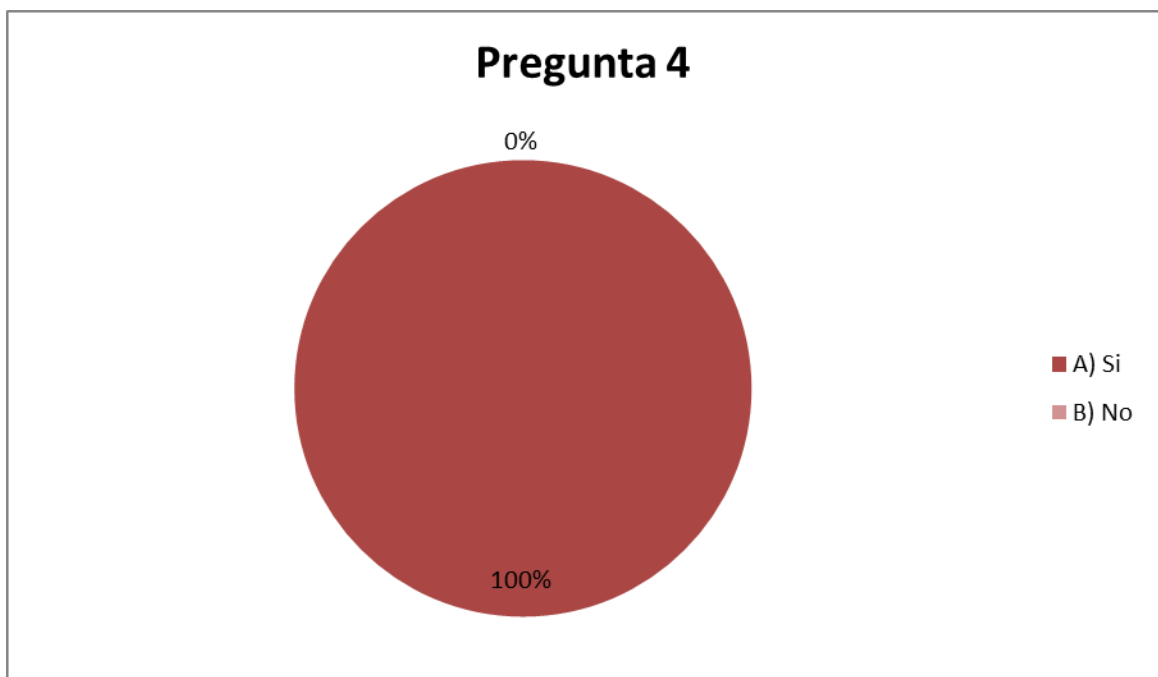
3. ¿Considera Ud. en el Antiguo Proceso Civil la Actividad del Juez era menos Activa?



Como consecuencia de las interrogantes anteriores, resulta conveniente consultar si la Actividad de los Jueces en el antiguo proceso civil, era más pasiva, lo cual es muy cierto, muchos doctrinarios y la misma experiencia en los Juzgado, nos dan a conocer que es el Juez es un simple “espectador del proceso” ya que solo se limitaba a resolver conforme al valor tasado, no daba oportunidad a un debate procesal, ni mucho menos a una correcta valoración de los medios de prueba, en este punto tiene mucho que el papel que juegan los colaboradores judiciales, pues son ellos (en la mayoría de tribunales), quienes le dan tramite a los procesos judiciales suscitados en las diferentes jurisdicciones de nuestro país, es por ello que el Juez se limitaba a “firmar” las resoluciones que estos le hacen conforme a un estudio técnico de los diferentes casos que se presentan. Cabe aclarar que en materia de pruebas,

cuando se practicaba la prueba testimonial, muchas declaraciones que hacen los testigos el encargado de recibirlas es el colaborador judicial, en pocas de estas era necesaria la comparecencia del Juez, por las razones diversas, aunque la ley en ese caso no obligaba su presencia.

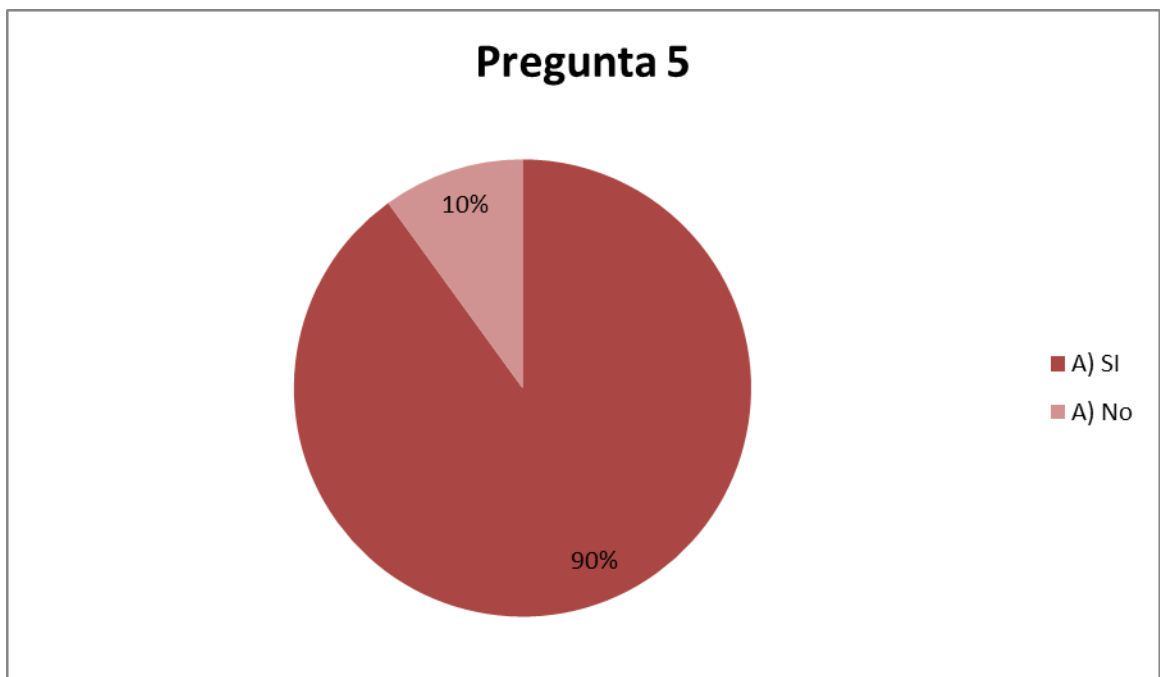
4. ¿Considera Ud. Que en el Vigente Proceso Civil y Mercantil la Actividad del Juez es más Activa?



En contraposición de la interrogante anterior, se consulta si en el vigente proceso civil y mercantil la actividad del Juez se vuelve más activa, lo cual la mayoría responde que afirmativamente, en virtud que este código, involucra más el papel del Juez en el proceso ahora como el verdadero director del mismo, establece mayor contacto con las pruebas así como con las partes involucradas en el proceso, lo cual produce un mejor criterio para la solución del conflicto jurídico, a diferencia de la legislación derogada donde la presencia del Juez era limitada o en muchos casos nula, en la

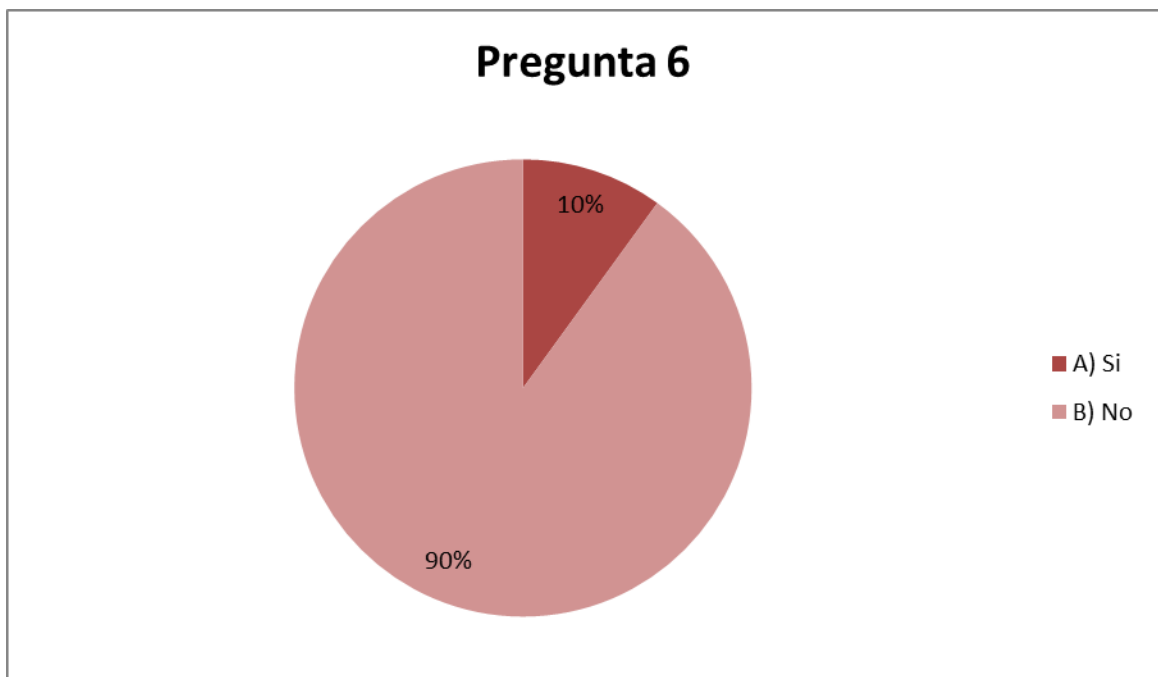
vigente legislación lo vuelve obligatoria. Es de hacer consideración que en el derogado Código de Procedimientos Civiles, fue creado en una etapa de mucho formalismo y en donde el derecho procesal no tenía todos los estudios que se han hecho en la actualidad, ahora con la evolución de derecho procesal, la implementación de los principios procesales, la introducción de nuevas figuras pero sobre todo el interés del Estado en consolidar una normativa que este de acorde con los preceptos constitucionales y sobre todo que garantice el verdadero tratamiento de los procesos jurisdiccionales

5. ¿Considera Ud. Que la postulación preceptiva en el Código Procesal Civil y Mercantil ayuda a darle cumplimiento al Principio de Inmediación Procesal?



Sin duda alguna la mayoría de personas consultada coinciden que la Postulación Preceptiva, contribuye al efectivo cumplimiento del principio de intermediación procesal, ya que el Art 12 de la Constitución establece que se garantiza la asistencia de defensor, la cual es aplicable a toda la gama de procesos, así como también en todas las fases del mismo, en una consideración particular la intervención del Abogado en los procesos civiles y mercantiles contribuye a la garantía del debido proceso, pero es de hacer notar que en este caso la postulación se refiere a la presencia física del sujeto que procurara, la misma presencia equivale al compromiso, estudio y seriedad que se debe tener por parte de estos en toda diligencia judicial.

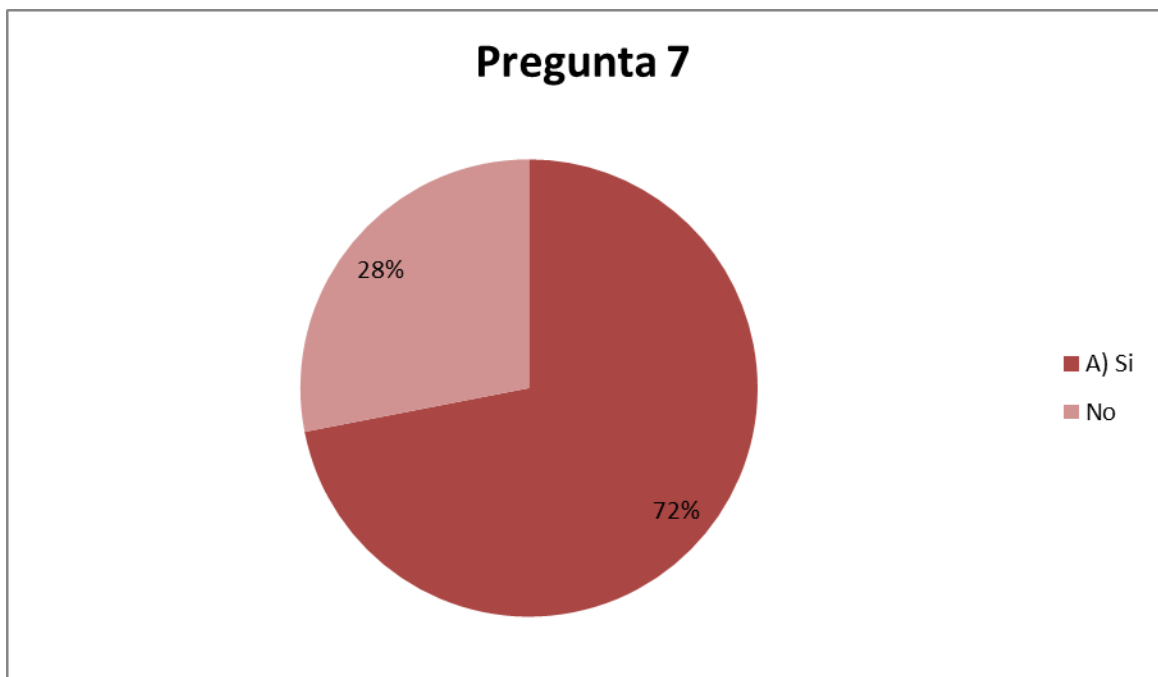
6. ¿Considera Ud. Que La mayoría de Abogados en el país están capacitados en el Código Procesal Civil y Mercantil?



Comentando esta pregunta, claramente las personas encuestadas coinciden en su mayoría que son muy pocos los Abogados en el país tienen

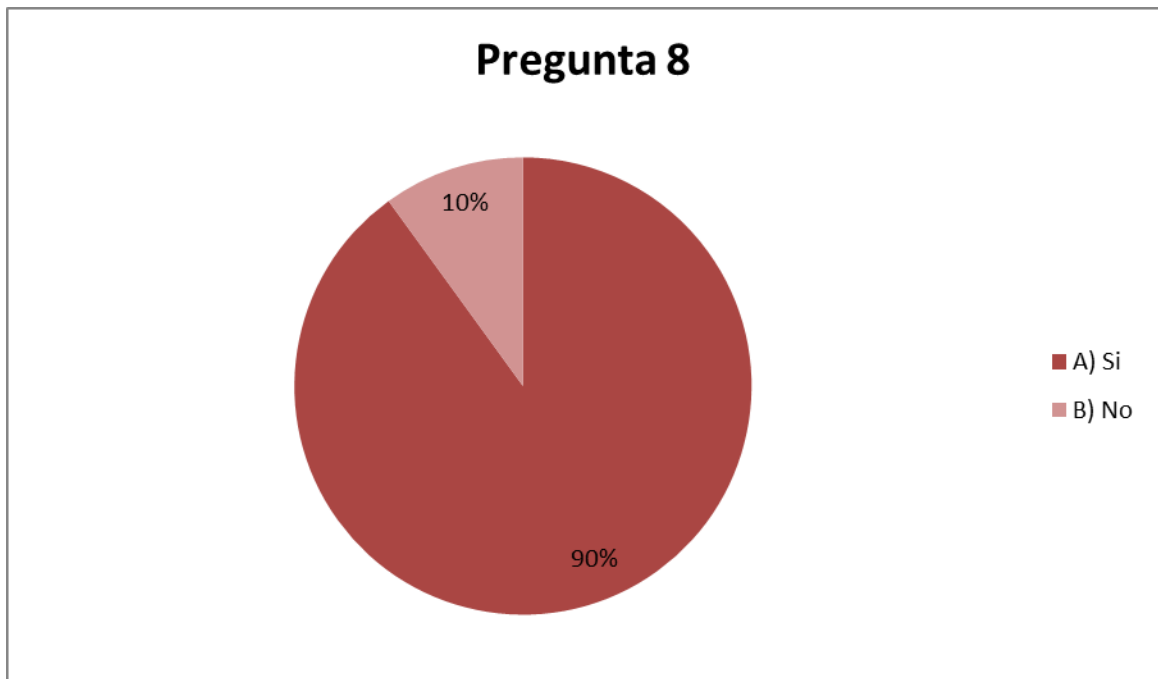
conocimiento de la normativa vigente, lo cual conlleva ciertos factores, tales como, la falta de interés de actualizarse en lo que ha conocimiento se refiere, el acoplamiento a la normativa derogada por parte de la mayoría de los litigantes, de tal manera que esta falta de dominio en el conocimiento del Código Procesal Civil y Mercantil tiene como consecuencias el mal asesoramiento jurídico, la posibilidad perder casos judiciales, todo lo anterior repercute en un mal desenvolvimiento del Abogado litigante en los procesos civiles y mercantiles. Cabe aclarar que los potenciales abogado (todavía estudiantes de derecho en las distintas escuelas jurídicas del país) tendrán que haber recibido en sus correspondientes asignaturas de derecho procesal, los conocimientos básicos en cuanto al Código Procesal Civil y Mercantil se refiere.

7. ¿Considera Ud. Que Las Audiencias Orales en los Procesos Civiles y Mercantiles facilita el debate entre las partes procesales?



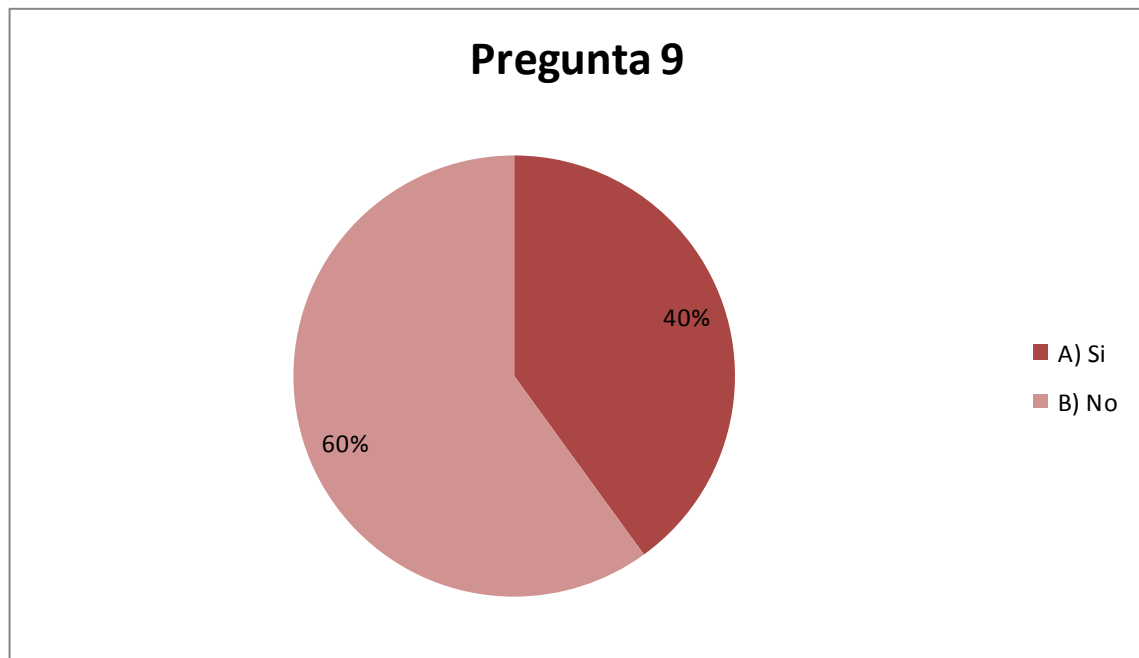
Las opiniones divididas, en la pregunta en comentó, aunque sin embargo predominó entre los encuestados a las personas que efectivamente consideran que las Audiencias Orales facilitan una mejor comunicación entre los sujetos involucrados en el proceso, así como también hace viable el debate entre las partes procesales, esto sin duda alguna es una de las debilidades que contenía el Código de Procedimientos Civiles, por tanto la inclusión de la Oralidad en el proceso civil y mercantil, beneficia tanto al proceso como a los sujetos intervinientes en el. En cuanto a la postura contraria pero respetable de los encuestados que no están de acuerdo que en el vigente proceso civil y mercantil, el debate procesal no es viable, la mayoría fundamento en que los tribunales con competencia civil y mercantil, en su estructura no están capacitados para darle cabida al desarrollo y aplicación del mismo, por lo tanto sería difícil que se pueda dar un verdadero debate procesal con las limitaciones anteriormente descritas.

8. ¿Considera Ud. Que en las Audiencias Orales Reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil contribuyen a que el Juez pueda dar un fallo Judicial en menor tiempo?



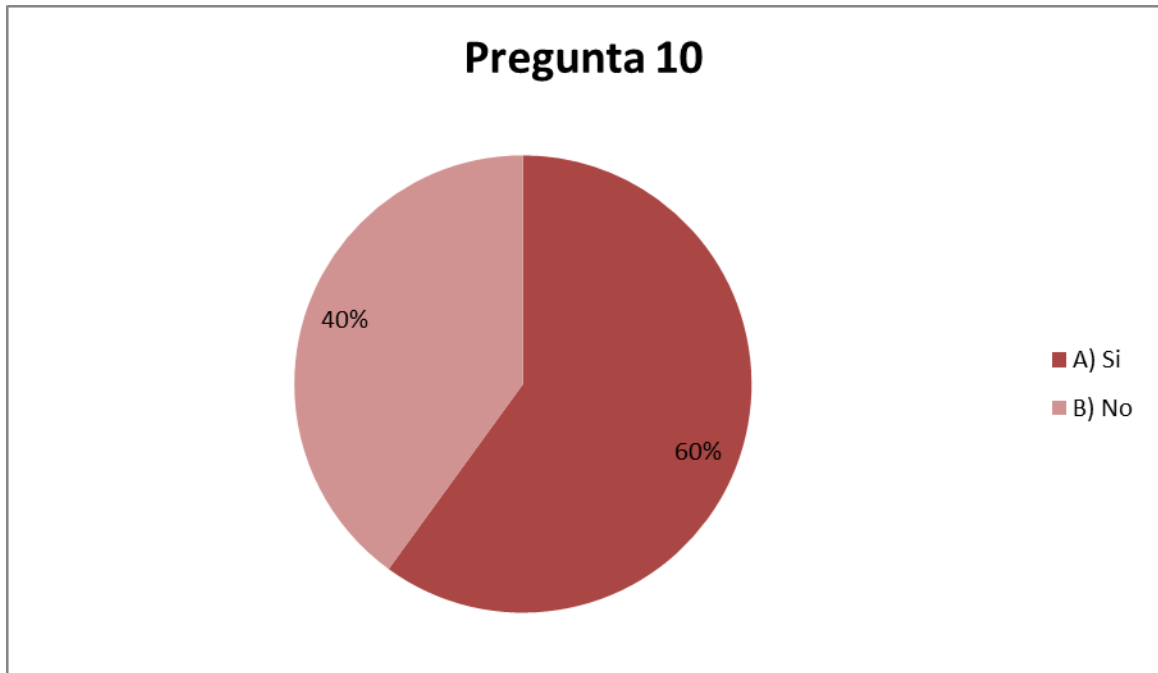
Los encuestados en la pregunta en análisis, han concluido que el Juez puede dar el fallo en un caso en específico sometido a su conocimiento, en un periodo de tiempo más breve, esto en virtud que dispone no solo las herramientas procesales, sino que el mismo código establece una serie de plazos los cuales no deben de limitarse, a diferencia de lo que sucedía en la legislación procesal derogada donde quedaba al arbitrio de los jueces resolver, y es que la vigente legislación procesal tiene como objetivo que los procesos que son tramitados a través de este, sean resueltos con la mayor rapidez, la mejora es notable, sin embargo es necesario mayor esfuerzo de capacitación y mejoras sobre todo de administración del despacho judicial

9. ¿Considera Ud. Que Los Funcionarios Judiciales con competencia en materia Civil y Mercantil están lo debidamente capacitados para el desarrollo de las Audiencias Orales?



Los entrevistados en su mayoría manifestaron, que los funcionarios judiciales en materia civil y mercantil, no están lo suficientemente capacitados, y es que dentro de las personas encuestadas se encuentran operadores del sistema judicial, ellos reconocen que no se encuentran preparados para la colaboración en la actividad judicial, incluso hay personas que no se les ha tomado en cuenta para los cursos preparatorios que son impartidos en el Consejo Nacional de la Judicatura, lo cual conlleva a la dificultad del manejo de dudas que se puedan presentar en casos judiciales, lo cual tendrá un efecto a futuro y sobre todo al momento de emitir fallos y sustanciar diversas actividades en las audiencias y diligencias judiciales.

10. ¿Considera Ud. Que la implementación de las Audiencias Orales en Materia Civil y Mercantil ayudará a terminar con la Mora Judicial?



La mayoría de los entrevistados en esta pregunta, la cual está íntimamente vinculado con la pregunta número ocho, han contestado afirmativamente ya que confían en que el Código Procesal Civil y Mercantil ayude a la reducción de procesos judiciales, y es que la experiencia en otros países de Iberoamérica ha demostrado que la implementación de Audiencias Orales, contribuye a la depuración de casos, en nuestro país las dos clases de procesos declarativos regulados, establecen un máximo de dos audiencias para el proceso común y una audiencia para el proceso abreviado y es que la legislación procesal vigente busca evitar las dilaciones procesales en pro de una mayor eficacia procesal

CAPITULO

X

10. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En el presente capítulo, luego de concluida la investigación, se hará una síntesis imparcial y objetiva sobre la intervención de los Sujetos procesales principales en las Audiencias del Código Procesal Civil y Mercantil, la cuales están enfocadas a solucionar discrepancias sobre la temática en cuestión

10.1. CONCLUSIONES

El presente trabajo de investigación se abordó la tópicos sobre La Intervención de los Sujetos Procesales Principales en las Audiencias del Código Procesal Civil y Mercantil, teniendo como objetivo principal es establecer las actividades de los sujetos procesales en el Código Procesal Civil y Mercantil, y es que en la evolución del derecho como en toda rama del saber y sobre todo con la implementación de una nueva ley procesal que viene a suceder al Código de Procedimientos Civiles tras ciento veintinueve años de vigencia y que cambia todo el funcionamiento operatividad y sustanciación de la Actividad Judicial por lo cual es necesario estudiar e investigar sobre las instituciones fundamentales del derecho procesal, en este caso la investigación recae sobre los Sujetos Procesales y su desarrollo en el nuevo sistema procesal salvadoreño, donde ahora predomina la palabra hablada, donde quedan evidenciado años de esfuerzo y queda demostrado en el mismo en los cambios radicales a los cuales no estamos totalmente acostumbrados sin embargo bastara un poco más de esfuerzo para poder acoplarse a lo que el futuro depara con la ley procesal vigente, ya que la temática en investigación aborda aspectos generales y específicos en cuales se ha desarrollado los sujetos procesales en el Código Procesal Civil y Mercantil y su actividad en las audiencias orales, claramente quedan evidente los errores y dificultades en la normativa pero así mismo ha

quedado plasmadas mayormente las virtudes que ofrece el Código Procesal Civil y Mercantil

10.2. RECOMENDACIONES

Tal y como se ha expuesto en la presente investigación, existe un grave deficiencia al momento de la aplicación del Código Procesal Civil y Mercantil, tanto de parte de los operadores del sistema judicial, como a los usuarios del mismo y es que si bien es cierto la nueva legislación trae muchos beneficios los cuales se ven evidenciados mayormente en la celeridad judicial, sin embargo a criterio personal se hacen las siguientes recomendaciones:

- La Corte Suprema de Justicia con apoyo del Consejo Nacional de la Judicatura, deben de realizar cursos sobre aplicación del Código Procesal Civil y Mercantil, a fin de capacitar en un cien por ciento a todo el personal judicial.
- Los gremios de abogados en El Salvador, deben de hacer un esfuerzo para que sus afiliados puedan capacitarse ya que existen profesionales con amplia gama de conocimiento en esta material, los cuales pueden ser útiles si se comparte, conocimiento y experiencia.
- A la Universidad de El Salvador, realizar cursos sobre la aplicación del Código Procesal Civil y Mercantil, donde se incluyan a profesionales y alumnos, se incluyan a capacitadores de rodaje internacional que compartan los conocimientos de esta área.
- Considero también la asignación de mayor presupuesto para el Órgano Judicial para que pueda desarrollar una inversión en la modernización en los Juzgado Civiles y Mercantiles, de todo el país ya que es evidente la necesidades de innovación para el desarrollo pleno y eficaz del Código Procesal Civil y Mercantil.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

BARRIOS DE ANGELIS Dante, **“Teoría del Proceso”**, primera edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979. Pág. 115

Carlos Enrique Sada Contreras, **“APUNTES ELEMENTALES DE DERECHO PROCESAL CIVIL”**, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la UANL. Edición 2000 Talleres de la Imprenta de la Facultad de Derecho.

CASARINO VITERBO, Mario. **“Manual de Derecho Procesal”**. Tomo IV. Quinta edición. Editado en Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Canales Sisco, Oscar Antonio **“Derecho Procesal Civil Salvadoreño I: Legislación, Doctrina y Jurisprudencia”** 2001 El Salvador.

COUTURE, Eduardo J. **“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”**. Tercera edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1946.

CLARIA OLMEDO, Jorge A. **“Derecho Procesal Penal” Tomo III**. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina.

Consejo Nacional de la Judicatura, Republica de El Salvador, **“Código Procesal Civil y Mercantil Comentado”**, Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, Editorial UCA, Julio 2010.

Dr. Guillermo Alexander Parada Gámez y Lic. José Luis Arias López, **“CURSO EL NUEVO PROCESO CIVIL”** Consejo Nacional de la Judicatura, Republica de El Salvador, Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo

Zeledón Castrillo” Área de Derecho Privado y Procesal, Programa de Capacitación Continúa Edición Virtual, febrero 2009.San Salvador

Dr. Mauricio Ernesto Velasco Zelaya y otros, “**El Nuevo Proceso Civil Salvadoreño**”, Universidad Tecnológica de El Salvador, Colección Jurídica, Junio 2010.

Enrique Véscovi, “**Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano**”, UNAM INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, México 1978

Font Miguel Ángel, “**Programa Desarrollado de la Materia Procesal Civil y Comercial**”, Editorial Estudio.

FLORIÁN EUGENIO “**Elementos del Derecho Procesal Penal**” traducción y referencias al Derecho Español por L. Pietro Castro, Barcelona, Bosh 1933.

GALLARDO, Ricardo. “**Las Constituciones de El Salvador**”. Tomo I. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, España, 1961.

GARCIA MAYNES, Eduardo. “**Introducción al Estudio del Derecho**”. Trigésimo séptima edición. Editorial Porrúa, S.A. Distrito Federal, México, 1985.

GASCON ABELLAN, Marina. “**Interpretación y Argumentación Jurídica**”. Primera edición. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador, El Salvador, 2003.

Hernando Devis Echandia, **“Compendio de derecho procesal”**, T. I, 6ª ed., Bogotá, Edit. A.B.C., 1978.

Hernando Devis Echandia, **“Nociones Generales de Derecho Procesal”** Civil, Editorial Aguilar.

Lic. Humberto Briseño Sierra, **“Compendio de Derecho Procesal”**, Humanitas Centro de Investigación y Post-grado México D.F. Primera Edición 1989.

Lic. Margarita Fuentes de Sanabria y Lic. Oscar Canales Cisco, Modulo I **“Principales Instituciones del nuevo proceso Civil y Mercantil”**.3, 4, 5, 6, Consejo Nacional de la Judicatura, Republica de El Salvador, Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” Área de Derecho Privado y Procesal, Programa de Capacitación Continúa Edición Virtual, noviembre.2009. San Salvador.

Lic. Rommell Ismael Sandoval Rosales **“COMENTARIOS GENERALES AL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL (ABRIL 2006)”** UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA “JOSE SIMEON CAÑAS Facultad de Ciencias del Hombre y la Naturaleza Departamento de Ciencias Jurídicas, Antigua Cuscatlán, La Libertad, Julio de 2006.

LEVENE (h) Ricardo **“Manual de Derecho Procesal Penal”** TI II Edición Buenos Aires Desalma 1993. pág.177

MONTERO AROCA, Juan *et al.* **“Derecho Jurisdiccional Civil II Proceso Civil”**. Décima edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2001.

MONTESQUIEU, Carlos Luis de Secondat, Barón de la Brede y de. **“Del Espíritu de las Leyes”**. Segunda edición. Editorial Jurídica Salvadoreña. San Salvador, El Salvador, 2005.

Nosete José Almagro, **“Derecho procesal: Parte general, proceso civil I”** 6° Edición, Editorial Tirant lo Blanch, España 1992

OSSORIO, Manuel. **“Diccionario de Ciencia Jurídicas, Políticas y Sociales”**. Primera edición electrónica. Realizada por Datascan, S.A. Guatemala, C.A.

PALACIO, Lino Enrique. **“Los Recursos en el Proceso Penal”**. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1998.

PALACIO, LINO ENRIQUE, **“MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL”**., 17° Ed. Buenos. Aires: Abeledo Perrot 2003

PRIETO CASTRO, Leonardo. **“Cuestiones de Derecho Procesal”**. Editorial Reus. Madrid, España, 1947.

Zetino William, **“Apuntes de Derecho Procesal II”**, San Salvador, 1° Edición, 2002

LEGISLACION

Código Civil de El Salvador.

Código de Comercio

Código de Familia de El Salvador. Decreto Legislativo N°: 677 de Fecha: 11/10/1993 D. Oficial: 231 Tomo: 321 Publicación en DO: 13/12/1993

Código Penal

Código Procesal Penal

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto número 712 publicado en el Diario Oficial. Tomo 381, numero 224. De fecha 27 de noviembre de 2008.

Código Tributario

Ley de Enjuiciamiento Civil (España)

Ley del ejercicio notarial de la jurisdicción voluntaria y de otras diligencias

Ley de la Financiera Nacional de la Vivienda y de las Asociaciones de Ahorro y Préstamo

Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios

Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje

Ley Orgánica del Poder Judicial

Ley Procesal de Familia

Ley de Propiedad Intelectual

ANEXOS

CUESTIONARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**TEMA: LOS ACTOS JURIDICOS DE LOS SUJETOS SEGÚN EL CÓDIGO
PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL EN EL SALVADOR**

OBJETIVO: establecer mediante una investigación de campo las variables que se asocian a la identificación, actuación y actividades que realizan Los Sujetos Procesales en materia procesal civil.

INDICACION: encierre en un círculo el literal de la respuesta que considera correcta según su criterio.

1. ¿Considera Ud. en el Antiguo Proceso Civil la Actividad de las Partes era menos Activa?

A) SI B) NO

2. ¿Considera Ud. Que en el Vigente Proceso Civil y Mercantil la Actividad de las Partes es más Activa?

A) SI B) NO

3. ¿Considera Ud. en el Antiguo Proceso Civil la Actividad del Juez era menos Activa?

A) SI B) NO

4. ¿Considera Ud. Que en el Vigente Proceso Civil y Mercantil la Actividad del Juez es más Activa?

A) SI B) NO

5. ¿Considera Ud. Que la postulación preceptiva en el Código Procesal Civil y Mercantil ayuda a darle cumplimiento al Principio de Inmediación Procesal?

A) SI B) NO

6. ¿Considera Ud. Que La mayoría de Abogados en el país están capacitados en el Código Procesal Civil y Mercantil?

A) SI B) NO

7. ¿Considera Ud. Que Las Audiencias Orales en los Procesos Civiles y Mercantiles facilita el debate entre las partes procesales?

A) SI B) NO

8. ¿Considera Ud. Que en las Audiencias Orales Reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil contribuyen a que el Juez pueda dar un fallo Judicial en menor tiempo?

A) SI B) NO

9. ¿Considera Ud. Que Los Funcionarios Judiciales con competencia en materia Civil y Mercantil están lo debidamente capacitados para el desarrollo de las Audiencias Orales?

A) SI B) NO

10. ¿Considera Ud. Que la implementación de las Audiencias Orales en Materia Civil y Mercantil ayudará a terminar con la Mora Judicial?

A) SI B) NO