MANUAL BREVE EL PROCESO ORDINARIO CIVIL

345
M689A Artavia Sergio. Picado Carlos
Manual breve del proceso ordinario civil. Conforme al nuevo Código Procesal Civil / Artavia Sergio-Picado Carlos. 1ª edición, San José, C.R. Editorial Jurídica Faro, marzo 2018.
295 pág. 24 x 16

ISBN 978-9968-9464-9-0-

1. Procesal Civil. 2. Derecho Civil. 3. Procedimiento Civil. 3. Proceso

Comité Editorial
Dr. Enrique Ulate Chacón
Dr. Carlos Picado Vargas
Dr. Shirley Víquez Vargas
Dr. Álvaro Burgos Mata
Lic. Jonatán Picado León

Consejo Editorial
Dr. Ricardo Zeledón Zeledón
Msc. Luis Ortíz Zamora
Msc. Herman Duarte
Dr. Herman Mora
Dr. Juan Marcos Rivero Sánchez
Dr. Sergio Artavia Barrantes

Diseño de portada: Karla Artavia Campos.

Editorial Jurídica Faro S.A.

Telf. 2234-0233 ext. 232 y 119 - Fax. 2253-5667 - Apdo. 11642-1000
sartavia@artaviaybarrantes.com / supramoforsis@hotmail.com/

SERGIO ARTAVIA BARRANTES
Co-redactor del nuevo Código Procesal Civil
Profesor de Derecho Procesal Civil – Universidad de Costa Rica
y Universidad Escuela Libre de Derecho
Presidente Instituto Costarricense de Derecho Procesal
Miembros de los Institutos Mundiales e Iberoamericano de Derecho Procesal
Abogado litigante

CARLOS PICADO VARGAS
Profesor de Derecho Procesal Civil-Universidad Escuela Libre de Derecho
Juez del Tribunal de Apelaciones Agrario - II Circuito Judicial San José
Secretario del Instituto Costarricense de Derecho Procesal
Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal

MANUAL BREVE EL PROCESO ORDINARIO CIVIL

1ª edición

2018

Editorial Jurídica Faro

INTRODUCCIÓN

Con el fin de colaborar con el programa de implementación del nuevo Código Procesal Civil, el Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico, con el apoyo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados y Abogadas han decidido publicar una serie de obras en forma de "manual", de poca extensión, sin citas al pie de página, pero con referencias bibliográficas y una bibliografía general, que permita una fácil lectura.

Estas obras van destinadas al litigante, que requiere de un libro de rápida consulta, al estudiante, pues en el se va al punto central, pero especialmente a quienes participan en los seminarios que imparte el Instituto y el Colegio, para ayudar así al litigante y asistente a entender de primera mano y por uno de los co-redactores del nuevo Código, los aspectos más relevantes de la reforma, en torno al proceso ordinario.

Este es el tercero de esta serie luego de Manual de Procesos Cobratorios, Curso sobre la Reforma Procesal Laboral. Ya están pronto a aparecer tres más: Manual de Interdictos Civil y Agrario, Manual de los Desahucio y Manual del Proceso Sucesorio (Judicial y Notarial).

Espero que la entrada en vigor encuentre mejor preparados a los litigantes y que este sea un instrumento que facilite esa compresión.

ABREVIATURAS

CCi……... Código Civil
CCo……... Código Procesal Civil
CFa…… Código de Familia
CIDH……...Corte Interamericana de Derechos Humanos
CNot……. Código Notarial
CPCA…… Código Procesal Contencioso Administrativo
CPCD…… Código Procesal Civil derogado de 1989.
CPe…… Código Penal
CPo…… Constitución Política
CPP……... Código Procesal Penal
CT……. Código de Trabajo -tras la Reforma Laboral-
LCJD…… Ley de Cobro Judicial derogada del 2008
LEC…….. Ley de Enjuiciamiento Civil española 2000
LGM…… Ley de Garantías Mobiliarias
Ley Rac……. Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos
LGAUYS…… Ley General de Arrendamientos Urbanos
LJC…… Ley de la Jurisdicción Constitucional
LNJ…… Ley de Notificaciones Judiciales
LOPJ……. Ley Orgánica del Poder Judicial
NCPC…… Nuevo Código Procesal Civil
PCGP…… Proyecto de Código General del Proceso 2001-2005 de Ricardo Zeledón, Sergio Artavia y Rodrigo Montenegro
RPL…… Reforma Procesal Laboral 2016
SIC./Sala Primera…… Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia
S.II C./Sala Segunda……. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia
Sala Const…… Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
TAgr……. Tribunal Agrario de San José
TIC…….. Tribunal Primero Civil de San José
T. I C. S. Ext….. Tribunal Primero Civil-Sección Extraordinaria

ÍNDICE

CAPÍTULO I
LA DEMANDA ORDINARIA

1.- Naturaleza del proceso ordinario 25
a.- Carácter residual del ordinario 25
b.- Carácter de cosa juzgada de la sentencia 2629
2.- Estructura del proceso ordinario 2632
3.- Requisitos extrínsecos de la demanda 27
4.- Requisitos intrínsecos de la demanda y contenido eficiente 28
a.- Datos de identificación del juzgado 28
b.- Identificación de las partes 28
c.- Los hechos 29
d.- Cuantificación de los daños y perjuicios 32
e.- El fundamento jurídico de las pretensiones y el *iura novit curiae* 34
f.- El ofrecimiento detallado de todos los medios de prueba 35
g.- La pretensión que se formule 38
h.- Estimación 39
i.- El nombre del abogado responsable y facultativamente el de los suplentes 41
j.- Medio para notificaciones 41
k.- Firma de la demanda por la parte o su apoderado 42
l.- Autenticación por abogado 42
m.- Demostración de la capacidad procesal 43
n.- Pretensiones subsidiarias o alternativas 44
o.- Copias de la demanda y documentos 44

p.- Medidas cautelares 45
q.- Timbres de ley 45
5.- La demanda defectuosa 46
a.-Trámite 46
b.- La objeción del demandado a la demanda defectuosa 47
c.-Cuando la corrección implique modificación de la demanda 48
d.- Vicios de capacidad 49
6.- Demanda improponible 49
a.- Concepto 49
b.- Debe ser evidente y estar prevista taxativamente 50
7.- Causales de demanda improponible en el NCPC 51
a.- El objeto o la pretensión contrarios al ordenamiento, imposibles, absurdos o carentes de interés 51
b.- Se ejercite en fraude procesal o con abuso del proceso 52
c.- Exista caducidad 52
d.- Exista cosa juzgada 52
e.- Quien la propone carece de forma evidente de legitimación 53
f.- En proceso anterior fue renunciado el derecho 54
g.- El derecho hubiera sido conciliado o transado con anterioridad 54
h.- El proceso se refiera a nulidades procesales que han debido alegarse antes 55
i.- Sea evidente la falta de un presupuesto de la pretensión 56

j.- Momentos para declarar y trámite de la improponibilidad 56
k.- Procedimiento de la improponibilidad 57
7.- Ampliación de la demanda 58
a.- Ampliación de las pretensiones 58
i.- Presupuestos para la ampliación de la pretensión 58
ii.- Trámite de audiencia 62
b.- Ampliación en cuanto a los hechos 63
c.- Ampliación en cuanto a prueba nueva 66
d.- Ampliación por imposibilidad sobrevenida 66
8.- El emplazamiento 67
a.- Emplazamiento inicial 67
b.- Forma de la notificación del emplazamiento inicial 67
c.- Efectos materiales del emplazamiento 68
9.- Contestación negativa de la demanda 69
a.- Plazo perentorio para contestar y forma de la contestación 69
b.- Técnica y contenido de la contestación 70
i.- Oposición a los hechos 71
ii.- Posición del demandado en cuanto a la pretensión 71
iii.- Oposición al fundamento 72
iv.- Oposición de excepciones procesales y de fondo 72
v.- El ataque y ofrecimiento de prueba 73
10.- Contestación afirmativa y allanamiento 73
11.- Aspectos generales de las excepciones materiales ... 74
a.- Momento para oponerlas 74

i.- Con la contestación de demanda o de la reconvención....74
ii.- Las de hechos ocurridos luego de la contestación....75
b.- Las excepciones privilegiadas de cosa juzgada, transacción y caducidad....75
12.- Excepciones procesales....76
a.- Momento para oponerlas....76
b.- El deber de fundamentar las excepciones procesales....77
c.- Excepción de falta de competencia....78
d.- Excepción de cláusula arbitral....78
e.- Excepción de litisconsorcio necesario....79
f.- Excepción de indebida acumulación de pretensiones....81
g.- Excepción de litispendencia....82
h.- Trámite, momento para resolverlas....83
i.- Rechazo de plano de aquellas claramente improcedentes....84
ii.- Rechazo de plano por no aportar prueba....84
iii.- Cuando se admitió prueba y no se evacúo en tiempo....85
iv.- Cuando sea evidente su procedencia....85
i.- Si se trata de la excepción de incompetencia....86
j.- El caso de la excepción de cláusula arbitral....86
k.- Trámite de la excepción de litispendencia....87
l.- Trámite de la indebida acumulación de pretensiones....88
m.- Trámite del incompleto litisconsorcio necesario....89

n.- Recursos en materia de excepciones procesales 90
13.- Excepciones materiales. Enumeración 91
14.- Contestación defectuosa: Consecuencia 91
15.- Reconvención 92
a.- Concepto 92
b.- Momento para interponerla y la frase "en el escrito donde conteste la demanda" 92
c.- Reconvención a un tercero 93
d.- La conexidad y requisitos de la reconvención 94
e.- Traslado y réplica de la reconvención 95
16.- Falta de contestación y allanamiento 96
a.- Rebeldía del demandado 96
b.- Allanamiento del demandado 98
17.- Demanda y contestación conjunta 99

CAPITULO II
LA PRUEBA EN GENERAL

1.- Medios de pruebas. Enumeración 101
2.- Momentos para ofrecer prueba 103
3.- Carga de la prueba 105
4.- Admisibilidad y rechazo de prueba 105
a.- Prueba admisible 106
i.- Prueba conducente o útil 107
ii.- Prueba pertinente 108
b.- Prueba inadmisible e innecesaria 109
i.- Hechos admitidos expresamente 109
ii.- Hechos amparados en una presunción 110
iii.- Hechos evidentes 111

iv.- Hechos notorios.....112
v.- Pruebas ilegales.....113
4.- Práctica de la prueba.....115
a.- Deber de cooperación.....115
b.- Deber de veracidad y juramento.....116
c.- Concentración de la prueba.....117
d.- Orden en la práctica de las pruebas.....117
e.- Práctica de prueba en el lugar de los hechos.....119
f.- Declaración domiciliaria.....119
g.- Nombramiento de intérpretes y traductores.....120
h.- Inevacuabilidad.....121
7.- El examen de notas y apuntes del declarante. Excepciones.....121
8.- Principio de incomunicabilidad de declarantes.....122
a.- El principio general para cualquier declarante.....122
b.- El supuesto en la declaración de parte.....123
9.- Práctica de prueba en el extranjero.....123
10.- El uso de tecnología en las audiencias de prueba....124
11.- Traslado e incorporación de pruebas.....125
12.- Apreciación o valoración de la prueba.....126
13.- La prueba de oficio.....129
a.- Concepto y fundamento.....129
b.- Límites.....130

CAPITULO III
MEDIOS PROBATORIOS
DECLARACIÓN DE PARTE

1.- Concepto de declaración de parte.....135

2.- Requisitos de validez de la declaración de parte 135
3.- La declaración tácita o ficta 140
a.- Concepto 140
b.- Requisitos 142
c.- Respuestas evasivas y negativas a contestar 142
d.- Las afirmaciones espontáneas contenidas en escritos 142
e.- La declaración tácita admite prueba en contrario 142
f.- Preguntas impertinentes y su rechazo –remisión- 142
4.- Valor de la prueba de declaración de parte 142

PRUEBA TESTIMONIAL

1.- Concepto, caracteres y límites de la testimonial 143
2.- Características de la prueba testimonial 144
a.- No es necesario que haya percibido el hecho 144
b.- Acto posterior al hecho 145
c.- Es prueba indirecta e histórica 145
d.- Debe tratarse de personas físicas 146
e.- Debe rendirse ante un Juez 147
3.- Modalidad de testigos 147
a.- Mayor hábil 148
b.- Testigo experto 148
c.- Inhábil 150
d.- Menor o mayor de 12 años 151
4.- Número de testigos y reducción 151
a.- Número máximo de testigos 151
b.- Reducción de testigos 152

5.- Testimonio en el extranjero.....153
6.- Abstención de declarar.....153
a.- Por responsabilidad penal de los parientes.....154
b.- Los amparados por el secreto profesional.....154
c.- Los menores cuando genere conflicto con sus progenitores.....156
7.- Sustitución de testigos.....156
8.- Práctica de la prueba.....157
9.- Careo.....158

LA PRUEBA PERICIAL

1.- ¿Puede el juez aplicar su conocimiento especializado?.....160
2.- Concepto de peritaje.....160
3.- Admisibilidad. Objeto.....161
4.- Las pericias privadas.....161
5.- Consulta a institutos o colegios profesionales.....164
6.- Designación del perito.....165
a.- El trámite de designación del perito.....165
b.- La designación de la lista oficial.....165
c.- A quién se nombra.....166
d.- Aceptación del cargo.....166
9.- Deberes del perito.....167
10.- Elaboración, técnica y presentación del dictamen...168
a.- El sistema mixto del informe: escrito e *in voce*.....169
b.- Explicación de las investigaciones y operaciones.....170
c.- Fundamentado y concluyente.....170

13.- Examen del dictamen en audiencia oral y el consultor de parte 171

CAPITULO IV
MEDIOS DE PRUEBA
-continuación-
LA PRUEBA DOCUMENTAL

1.- La documental como medio de acreditación 175
2.- Formas de prueba documental 177
a.- El instrumento 177
b.- El documento -propiamente dicho- 178
c.- El documento público 178
3.- Documentos privados 179
a.- Concepto 179
b.- Tipos 180
c.- Fecha cierta del documento privado 181
4.- El registro ¿Es prueba "científica"? 182
5.- La regulación sustantiva y adjetiva de la prueba documental 184
6.- Los requisitos de la prueba documental 185
a.- Los requisitos de existencia del documento 185
b.- Los requisitos de validez del documento 186
c.- Los requisitos de eficacia del documento 187
7.- El valor probatorio de la prueba documental 188
8.- Reconocimiento de documentos privados 189
a.- Objeto 189
b.- Sujetos llamados a reconocer: las partes y testigos 191

c.- Práctica del reconocimiento.....191
9.- Exhibición de documentos.....193
10.- Impugnación de documentos.....193
a.- Falsedad de documentos públicos.....195
b.- Falsedad de documentos privados.....195

LA PRUEBA DE INFORMES

1.- Concepto.....197
2.- Objeto.....197
3.- Requisitos.....199
4.- Trámite de la prueba.....200

DOCUMENTO ELECTRÓNICO O POR MEDIO TECNOLÓGICO

1.- Omisión de regulación de la figura.....201
2.- Concepto de documento electrónico.....201
3.- El valor de los convenios y comunicaciones electrónicas.....203

RECONOCIMIENTO JUDICIAL

1.- Concepto.....204
2.- Ofrecimiento y objeto.....205
3.- Práctica.....206
a.- Citación y participación de las partes, peritos y testigos.....206
b.- Concurrencia de peritos y testigos.....207
c.- Colaboración de partes y terceros.....208

d.- Documentación del reconocimiento por medio tecnológicos 209
4.- Examen de personas 209
5.- Valor y apreciación probatoria 210

PRUEBA DE RECONSTRUCCIÓN DE HECHOS

1.- Concepto y procedimiento 211

PRUEBA DE MEDIOS CIENTÍFICOS

1.- Concepto 212
2.- Su incorporación al proceso 212

CAPÍTULO V
PRUEBA ANTICIPADA

1.- Concepto y fundamento 215
2.- Finalidad 215
3.- Momento para pedirla 216
4.- Requisitos de tramitación 216
5.- La urgencia y el peligro de pérdida de la prueba 217
6.- La legitimación 218
7.- Intervención en la evacuación de la prueba 219

CAPÍTULO VI
LAS AUDIENCIAS ORALES EN EL PROCESO ORDINARIO

ACTIVIDADES DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

1.- Momento y casos en que procede la celebración 222
2.- Fines de la audiencia 223
3.- Informe a las partes sobre el objeto del proceso y el orden de las cuestiones 223
4.- La tentativa de conciliación, como etapa intraprocesal 225
5.- Ratificación, aclaración, ajuste y subsanación de las proposiciones de las partes 225
a.- Crítica a la regulación. Vulneración al principio de contradicción 225
b.- Límites a la potestad de modificación de las pretensiones 226
6.- Contestación, por el actor o el reconventor, de las excepciones opuestas. Ofrecimiento y presentación de contraprueba 228
a.- Réplica de las excepciones 228
b.- Contraprueba de las excepciones 229
7.- Sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa 230
8.- Resolución sobre actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y saneamiento 231
9.- Definición de la cuantía del proceso 233

10.- Fijación de lo que será objeto del debate –el *thema decidendi-* 234
11.- La admisión de pruebas 235
12.- Señalamiento para la audiencia complementaria cuando sea necesaria 239
13.- La resolución sobre suspensión, la cancelación o la modificación de medidas cautelares, cuando exista solicitud pendiente 241
14.- Supuestos en los que, durante la audiencia preliminar, se puede prescindir de la complementaria 242

AUDIENCIA COMPLEMENTARIA

1.- De carácter excepcional y cuando se puede prescindir de ella 245
2.- Evacuación oral y pública de las pruebas. Técnica 246
3.- Conclusiones de las partes 249
a.- Momento para realizarla 249
b- Definición, forma y límites 249
c.- La técnica de las conclusiones orales 252
d.- Estructura de las conclusiones 252
4.- Deliberación del tribunal 254
5.- Dictado de la sentencia. Plazo y forma 254

CAPÍTULO VII
FORMAS EXTRAORDINARIAS DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO

1.- Conciliación extrajudicial 257

a.- Concepto y naturaleza jurídica.....257
b.- Requisitos de la conciliación extrajudicial.....258
c.- Ejecución judicial de la conciliación extrajudicial.....260
2.- Conciliación judicial.....260
a.- Concepto.....260
b.- Quien y cuando la celebra.....261
c.- Suspensión del proceso.....261
d.- Homologación.....262
e.- Efectos y conciliación parcial.....263
f.- Ejecución del acuerdo conciliatorio.....264
3.- La transacción.....265
a.- Concepto, naturaleza y forma.....265
b.- Presupuestos.....266
c.- Asuntos que no admiten transacción.....268
d.- La transacción judicial.....269
e.- Capacidad para transar.....269
f.- Transacción y pluralidad de sujetos y partes.....270
g.- Efectos de la transacción.....271
4.- Renuncia del derecho.....272
a.- Concepto.....272
b.- Requisitos.....273
i.- Capacidad.....273
ii.- La renuncia del derecho es unilateral.....274
iii.- Oportunidad para renunciar.....275
c.- La renuncia y pluralidad de sujetos y partes.....275
d.- Efectos de la renuncia del derecho.....276
i.- En cuanto a la pretensión.....276
ii.- En cuanto a los daños y perjuicios y las

costas 276
iii.- En cuanto a la caducidad y prescripción 277
e.- La renuncia del derecho y la reconvención 277
5.- Satisfacción extraprocesal 278
a.- Concepto 278
b.- Presupuestos 278
c.- Declaratoria y efectos 280
6.- Imposibilidad sobrevenida del proceso 280
a.- Naturaleza jurídica y denominación 280
b.- Causales 281
c.- ¿Procedimiento? 285
7.- Desistimiento de la demanda 286
a.- Concepto 286
b.- Capacidad para desistir 287
c.- Desistimiento, pluralidad de partes y sujetos 287
d.- Oportunidad para desistir 289
e.- Efectos del desistimiento 290
i.- En cuanto a la caducidad y la prescripción 290
ii.- En cuanto a las costas 291
iii.- En cuanto a los daños y perjuicios 291
iv.- En cuanto a los honorarios de abogado 292
v.- En cuanto a las pruebas evacuadas 293
vi.- En cuanto a la pretensión reclamada 293
vii.- En cuanto a la litispendencia y la cosa juzgada 293
f.- Bilateralidad del desistimiento -oposición del demandado- 294
g.- Revocación del desistimiento 295
h.- El desistimiento y la contrademanda 295
8.- Caducidad del proceso 296

a.- Concepto 296
b.- Fundamento 297
c.- Presupuestos 299
i.- Paralización del proceso 299
ii.- Transcurso de seis meses sin impulsar el proceso 300
iii.- Que la paralización no sea debido a fuerza mayor 302
iv.- Falta de gestión de parte antes que se declare 302
v.- Que el proceso no esté listo para sentencia o ésta no se haya dictado 303
vi.- Resolución judicial que la declare 305
d.- Cómputo del plazo 305
e.- Actos interruptores del plazo 306
f.- Actos no interruptores 308
g.- La caducidad del proceso, pluralidad de partes y sujetos 309
h.- Legitimación para solicitar la caducidad 310
i.- La caducidad y la reconvención 311
j.- Procesos en que no se produce la caducidad 312
k.- Efectos de la caducidad de la instancia 312
i.- En cuanto a las costas 313
ii.- En cuanto a las pruebas recibidas 314
iii.- En cuanto a la pretensión o derecho reclamado 314
iv.- En cuanto a la prescripción y la caducidad 315
Bibliografía General 317

CAPÍTULO I

LA DEMANDA ORDINARIA

Como ha sido tradición, el primer proceso regulado en el Código, sin considerar que las cautelares sean procesos, es el ordinario.

1.- NATURALEZA DEL PROCESO ORDINARIO

Señala el artículo 101 NCPC "las pretensiones que no tengan un procedimiento expresamente señalado, se tramitarán por el proceso ordinario" -norma similar al 287 CPCD-.

a.- Carácter residual del ordinario

De este art. 101 derivan dos principios fundamentales que debe tomar en cuenta el litigante al momento de preparar su teoría del caso y su demanda, también el juez para determinar si ha seguido el cauce procesal adecuado: el carácter residual del proceso ordinario y la infungibilidad de los procesos especiales sobre el ordinario. En virtud del primero, solo cuando una pretensión no tenga una vía procesal privilegiada o reducida –como el sumario, monitorios, de ejecución o no contencioso-, la parte pueda acceder a la vía ordinaria. Y en virtud del segundo principio, la parte no está obligada a acudir a la vía ordinaria, cuando para el reclamo de su pretensión el legislador ha contemplado una vía privilegiada o expedita –principio de infungibilidad de la vía-. Por el contrario, si

escoge la vía ordinaria, existiendo una vía procesal privilegiada, el juez de oficio puede reconducirlo a la vía procesal que corresponda.

El ordinario es un proceso de conocimiento pleno, con amplitud de debate, con plazos ampliados, con dos audiencias orales –preliminar y complementaria-, complejo en el mayor de los casos, con posibilidad de reconvención, con un amplio régimen de impugnación, con control casacional para la sentencia, con amplia libertad probatoria y de defensa, en el que se pueden ejercer pretensiones declarativas, constitutivas y de condena y cuyas sentencias producen cosa juzgada material –art. 64 NCPC- e inclusive admiten "demanda o recurso" de revisión, en los supuestos legales previstos.

b.- Carácter de cosa juzgada de la sentencia del ordinario

Señala el Art. 64 NCPC que las sentencias de fondo dictadas en los procesos ordinarios producen la autoridad y efectos de la cosa juzgada material. Este carácter, con el que el artículo 64 NCPC impregna a las sentencias de los procesos ordinarios, entre otros, le da una de las características esenciales al proceso ordinario, que van perfilando la distinción con otros procesos.

2.- ESTRUCTURA DEL PROCESO ORDINARIO

De acuerdo con la nueva estructura de los procesos, orgánica o funcional, los procesos ordinarios son hoy de menor y mayor cuantía. Y ambos a su vez, se dividen en siete grandes fases: a) fase introductoria o inicial, b) fase de

decisión de excepciones procesales, c) La fase de audiencia preliminar, d) La fase recursiva de trámite, e) La audiencia complementaria, f) La sentencia, g) La fase recursiva o recursos contra la sentencia, h) La fase de ejecución de la sentencia.

3.- REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE LA DEMANDA

Son los requisitos comunes de todo escrito judicial. La demanda civil, como todo acto procesal escrito de parte, debe presentarse necesariamente:

a) En original escrita –*no in voce*-, así lo exige el 35.1;

b) Debe ser redactada en español, pues conforme al art. 24.2 el cual permite el uso de nombres o datos que vengan en idioma extranjero;

c) Si la presentación se efectúa a nombre de un tercero, con la indicación precisa de la representación que se inviste y acompañando los documentos que la acrediten -NCPC, 20.3-;

d) Debe tener la firma del representante -CC, 988; NCPC 27.1-; cuando la firma es a ruego, la firmará otra persona y su rúbrica será autenticada por abogado y el gestionante imprimirá su huella digital;

e) Debe venir acompañada con las respectivas copias para la(s) contraparte(s) NCPC, 27.2.

f) Debe pagarse y adherirse a la demanda, los timbres del Colegio de Abogados y Abogadas. El no pago o reintegro de timbres del Colegio de Abogados, no tiene como sanción la inadmisibilidad de la demanda -art. 109 inc. b) del Decreto de Honorarios-.

4.- REQUISITOS INTRÍNSECOS DE LA DEMANDA Y CONTENIDO EFICIENTE

El contenido de toda demanda debe reflejar clara y adecuadamente cuatro circunstancias que, en esencia, se corresponden con los elementos de aquélla: **a)** quién pretende; **b)** respecto de quién se pretende; **c)** qué se pretende y **d)** por qué se pretende -sujetos, objeto y causa de la pretensión-

Para ello debe cumplir con el siguiente contenido:

a.- Datos de identificación del juzgado

Deberá indicarse el nombre del juzgado, incluyendo la materia, si hay varios circuitos, indicarlo al menos. Si hay juzgados y tribunal colegiado, es conveniente indicar si es uno y otro.

Cuando hay juzgados de diversas materias en un mismo circuito, resulta aconsejable indicar la materia a la que se dirige la demanda, algo así: Juzgado Civil del Primer Circuito Judicial de San José.

Debe indicarse el tipo de proceso: si es ordinario -de menor o mayor cuantía-, sumario, monitorio -de cobro o desahucio- de ejecución -prendaria o hipotecaria- o no contencioso -identificado por la pretensión-.

b.- Identificación de las partes

El art 35.1.2 NCP exige indicar en el escrito de demanda "El nombre, las calidades, el número del documento de

identificación, el domicilio exacto de las partes y cualquier otra información que sea necesaria. Cuando la parte sea una persona física, se indicará el sitio exacto de residencia".

Se requiere indicar las calidades de los sujetos procesales activo y pasivo –nacionalidad, estado civil, profesión, es mayor o menor de edad, etc.- además su identificación –cédula personal, jurídica o pasaporte- y el domicilio para efectos de notificación –del demandado-.

Este segundo requisito de la demanda tiene como finalidad, determinar la condición con que se actúa, individualizar a las partes y determinar los sujetos que quedarán sometidos al proceso y sobre quienes desplegará su eficacia la cosa juzgada de la sentencia que se dicte, puesto que uno de los elementos de la cosa juzgada es el elemento subjetivo, que estará determinado por la vinculación activa y pasiva fijada en la demanda.

También tiene relevancia para determinar a priori la falta de legitimación evidente, eventual examen de una litis pendencia, cosa juzgada, la acumulación de procesos, finalmente el examen de la capacidad y representación de los sujetos que actuarán en el proceso.

c.- Los hechos

Los hechos son la unidad fáctica sobre la cual se apoya la pretensión del actor y como se verá, el actor tendrá la carga de demostrarlos. Deben verse como una unidad lógica de acontecimientos jurídicamente relevantes que describan el origen, desarrollo y situación del conflicto y

que contengan los presupuestos de fondo de la pretensión -pues constituyen para de la *causa petendi*-. Ello implica una adecuada técnica de planteamiento y exposición.

En el escrito inicial se deben señalar los hechos que sustentan la pretensión -NCPC, 35.1.3-, en este caso concreto, han de precisarse las situaciones fácticas que dan lugar a la petición, puesto que de no ser así lo colocaría en indefensión al demandado, al no poder refutarlo ni ofrecer pruebas necesarias para neutralizarlas o desvirtuarlas, por no saber de qué defenderse. No ha de tratarse de una simple narración, sino que los hechos deben expresar con claridad la existencia de la conducta que reclama la contraria, de interés para el proceso, que se reconozca como susceptible de fundamentar la declaración del derecho en el fallo.

En cuanto a los otros requisitos formales de la elaboración de los hechos, debemos indicar:

a) En este aparte de la demanda únicamente se deben incluir hechos, es decir, cuestiones fácticas de relevancia jurídica que sucedieron o que estén sucediendo; no deben incluirse apreciaciones personales, conclusiones o apreciaciones jurídicas, jurisprudencia, pretensiones o afirmaciones sobre la admisión de la pretensión.

Tampoco deben incluir hechos que no tengan relevancia con el objeto del litigio y que estén vinculadas con la pretensión.

b) El siguiente requisito a que refiere el 35.1.3 NCPC es que los hechos deben ser "expuestos uno por uno", significa

que deben venir en una narración separada, individualizada, de forma sencilla. Este requisito excluye la demanda de hechos largos, sin numeración, que contengan varios aspectos fácticos a su vez -hechos polifácticos-, de manera que sea ambigua, enredada y poco clara, lo cual dificulta su contestación y con ello violenta el derecho de defensa.

c) El tercer requisito "numerados", exige que la demanda contenga una numeración arábiga de cada hecho, y preferiblemente en el orden y cronología en que sucedieron, no unos pocos números para muchos hechos. Esto facilita la labor del juez al momento de tener por acreditado y probado tal hecho y para determinar la relevancia de ese hecho con el punto concreto pretendido respecto de él.

d) Como lo presentado en el acápite de hechos son en realidad relatos históricos, debe hacerse una exposición en términos de tiempo y lugar, una exposición cronológica, pero especialmente que cada hecho sea claro y se valga de sí mismo.

e) Deben ser "bien especificados", la norma obliga al demandante parte a exponer sus razones -hechos y pretensiones- evitando con ello la emboscada para el adversario. En su fase real este requisito, excluye los hechos extensos, divagantes, pocos precisos, confusos, sin determinación de modo y lugar.

f) Deberán redactarse ordenadamente, con claridad, precisión y de forma cronológica, en la medida de lo posible.

g) La relación de hechos debe ser exhaustiva, lo que no significa que deba ser innecesariamente extensa, pero no debe omitirse ningún hecho relevante, pues los hechos proveen, por un lado, la medida de la contestación de la demanda, que trata todos y cada uno de ellos en particular, reconociéndolos o negándolos; califican la procedencia de la prueba que se ofrece, que debe estar dirigida a demostrarlos y fija los límites de la sentencia.

d.- Cuantificación de los daños y perjuicios

Otra innovación del NCPC es la exigencia de que ahora los daños y perjuicios sean cuantificados, sin importar si se reclaman como accesorios o como pretensión principal, esto cuando el tipo de proceso permita este tipo de pretensión.

En el reclamo de daños y perjuicios, en la petitoria de una demanda debe cumplir tres requisitos, a saber: **a)** La indicación de forma separada de cada daño y perjuicio, **b)** Su causa –corresponde a la frase "motivo que los origina" del CPC derogado, **c)** Descripción y estimación pecuniaria de cada uno.

La frase "indicación en forma separada" y "descripción…de cada uno", se refiere a que cada daño y perjuicio que se reclame deberá separarse e individualizarse, indicando por aparte cada uno, con su nombre exacto –que coincidirá con su especificación-.

El requisito de indicar "su causa", se refiere al motivo que origina los daños y perjuicios. Debe entenderse como el origen de todos o un grupo de daños, por ejemplo, consecuencia del "incumplimiento contractual", "hecho dañoso" de la "lesión", del "accidente", de tal conducta del demandado.

Para que surja el deber de indemnizar proveniente de la responsabilidad civil, cuando se reclaman daños y perjuicios, debe existir un nexo de causalidad entre conducta y daño; es decir, el daño debe ser la consecuencia directa e inmediata de la conducta para los efectos del resarcimiento -art. 706 CCi-. Esto es lo que se conoce como relación de causalidad, pues para que el reclamo de responsabilidad civil –contractual o extracontractual- pueda tener éxito, debe acreditarse la existencia de una relación causa-efecto entre el factor de atribución y el daño indemnizable.

El requisito "descripción y estimación de cada uno" se refiere al daño o perjuicio concreto que ha sufrido la víctima demandante, el que, individualizado, por virtud del nexo de causalidad exigido en cualquier tipo de responsabilidad, deberá describirse y estimarse individualmente.

El daño que aquí individualmente se describe y estima, debe tener como base o vínculo la causa o motivo que los origina, lo cual debe verse reflejado en la relación fáctica –los hechos-, pues para cada pretensión indemnizatoria debe existir un hecho en esa relación fáctica y así encontrar la justificación que la norma exige.

En síntesis, cada daño o perjuicio que se pretende debe estimarse de manera individual, lógicamente esa individualización será la de aquellos que en la sección anterior el demandante ha explicado con una "indicación en forma separada" y "descripción…de cada uno" y "su causa". Nuevamente, no puede estimarse un daño o perjuicio que no se ha reclamado o especificado en la subsección "descripción" y "su causa".

Finalmente, esa fijación que se hace de los daños y perjuicios es en el entendido que es provisional –art. 35.3.4 NCPC-.

e.- El fundamento jurídico de las pretensiones y el *iura novit curiae*

Deben citarse en forma concreta, el artículo o normas de fondo, las normas procesales y demás fuentes normativas que fundamentan la pretensión. No es necesario transcribir las normas, menos explicarlas y así revelar la posible la estrategia o detalles de la teoría del caso.

Si la parte no invocó correctamente la norma concreta que corresponde al caso o invocó otra que por los hechos o *causa petendi* no resulta aplicable, siempre de los límites de la congruencia, el derecho de defensa y el de la estrategia de las partes, el juez por el conocido principio *iura novit curia*, tiene la obligación de oficio de aplicar las normas de la ley, cuyo conocimiento, se presume, forma parte de su patrimonio intelectual. El principio *iura novit curia* opera en sentido positivo. Es la facultad concedida al juez de aplicar

las normas de fondo para solucionar la litis, sin que la misma haya sido alegada; en sentido negativo operaría al no permitir su aplicación cuando con una norma no invocada se varíe la *causa petendi*, fundamento de la pretensión.

f.- El ofrecimiento detallado y ordenado de todos los medios de prueba

Con la demanda debe ofrecerse y acompañarse toda la prueba legalmente admisible.

a) La testimonial: Debe indicarse el nombre y calidades de cada testigo –ya no se requiere indicar su domicilio pues es prohibido comisionar para que rindan su declaración-, así como la indicación expresa de los hechos -por número o genéricos- a los que se referirá. La norma no utiliza "los hechos de la demanda", de manera que la indicación podrá hacerse por temas o hechos específicos del conjunto de la demanda sobre los que se referirá el testigo. En ambos casos, tiene la utilidad de que el juez, al momento de pronunciarse en audiencia sobre la admisión de la prueba, podrá más fácilmente determinar, respecto de ese testigo "relación directa con los hechos y la pretensión, siempre que sean controvertidos" –art. 41.3 NCPC-. Y en cuanto a la parte contraria, la exigencia tiene justificación en el hecho de poder contradecir la prueba, con contraprueba y solo conociendo los hechos sobre los que fue ofrecido tal o cual testigo y su identificación, permitirá contradecirla con prueba idónea. Y ya en su fase de evacuación tiene importancia para saber sobre qué hecho podrá ser

interrogado el testigo, según fue ofrecido y admitido, no pudiendo referirse a hechos totalmente diversos, para respetar el derecho de defensa.

b) La pericial: Cuando se ofrezca prueba pericial judicial, la parte "indicará los temas concretos de la pericia y la especialidad del experto". Estos dos requisitos tienen como finalidad establecer la pertinencia de la prueba, la posibilidad de contradecir o de ampliar el tema probatorio por la contraria, la especialidad del perito que se nombrará, finalmente, porque conforme al 44.2 NCPC, "al hacer el nombramiento, el tribunal indicará con precisión los aspectos sobre los cuales debe informar".

c) Pericial privada: Se puede ofrecer prueba pericial privada, en cuyo caso debe examinarse el requisito del 44.1 NCPC que exige aportar en la demanda o contestación, dictámenes privados técnicos elaborados por particulares, o bien prueba de informes de instituciones públicas o por medio de un colegio profesional. Se debe adjuntar, con los demás documentos, instrumentos o materiales necesarios para su apreciación. Asimismo, podrán solicitar el nombramiento de un perito por parte del tribunal.

d) La prueba documental y que conste en registros públicos: debe aportarse con el escrito de demanda –art. 35.2-. Hay que recordar que conforme al art. 27.2 NCPC, cuando sea posible presentar documentos o escritos por medios telemáticos, informáticos o de nuevas tecnologías, o fueran incorporados a la carpeta escaneados o por otros medios, no se requerirá la presentación de copias. Tampoco

–conforme a esa norma- habrá necesidad de acompañar copias de libros o folletos, pero estos deberán estar a disposición de los litigantes. Para la presentación y conservación de copias se puede utilizar cualquier medio tecnológico, en cuyo caso la norma autoriza a prescindir de las simples fotocopias. Cuando la prueba conste en un registro público, con acceso por medios informáticos, la parte interesada en esta prueba señalará la forma de identificarla en el registro, para que el juez que deba recibirla pueda acceder a ella en el momento en que la necesite y poner las constancias respectivas en la tramitación del proceso. En casos de prueba de difícil acceso o de acceso restringido, como expedientes médicos o de acceso restringido –como la bancaria-, las partes podrán solicitar el auxilio de los tribunales para traer documentos de imposible obtención. El diligenciamiento siempre estará a cargo y responsabilidad del solicitante.

e) El interrogatorio de parte: Es conveniente ofrecerlo desde este momento, no es necesario acompañar el interrogatorio escrito, pues se evacuará de forma verbal en la audiencia oral de pruebas. No se reprodujo la norma que permitía exigir "confesión" a la contraria hasta antes de sentencia de primera instancia, aunque se prevé queda la facultad de ofrecerla y ordenarla en la audiencia preliminar para "la contestación por el actor o el reconventor de las excepciones opuestas, el ofrecimiento y la presentación de contraprueba" –art. 102.3.4 NCPC-.

f) Reconocimiento judicial: Podrá ofrecerse prueba de reconocimiento judicial, en este caso deberá indicarse sobre

qué o quién recaerá el reconocimiento: persona, objeto o lugar, además "la parte proponente indicará los aspectos a constatar y manifestará si pretende concurrir al acto con algún técnico" -art. 46.2.1 NCPC-. Es conveniente indicar si se ofrece en conjunto con la pericial o si se hará acompañar por consultor de parte.

g) Consultor de parte: Si se ofrece prueba pericial también podrá optativamente ofrecer un consultor de parte para que lo acompaña en los interrogatorios de los peritos -art. 44.4 NCPC-.

g.- La pretensión que se formule

Este requisito se refiere a la pretensión procesal, es decir, lo pedido -la petitoria- que se solicita se reconozca en el fallo, no a la pretensión material. Es el fin concreto que el actor persigue; es decir, que las declaraciones que pretende se hagan en la sentencia. Esa pretensión es, por tanto, el *petitum* de la demanda, lo que se pide sea reconocido o declarado a favor del actor en la demanda.

La petitoria fija las pretensiones sobre las cuales el juez debe resolver, incurriendo en incongruencia, por *ultra petita* o *extra petita,* si concede más, o cosa diversa de lo pedido. Ese *petitum*, al igual que los hechos, debe ser claro, preciso e individualizado. En consecuencia, no debe ser abstracta o indeterminada. Y lo de "individualizada" se refiere a que tiene que ser puntual, específica y detallada.

La pretensión no debe formularse haciendo referencias abstractas, ni referirse a decisiones de opinión, ni a hechos

o reclamaciones que no modificaran el estado o situación jurídica o tengan la virtud de una declaración de derechos. Debe tener autonomía propia y no valerse de remisiones al elemento fáctico o del fundamento, no se permitiría por ejemplo una pretensión formulada así "se condene a pagar los daños y perjuicios indicados en los hechos" o "los daños y perjuicios que se demuestren o que el juez considere procedentes"

En una técnica más depurada, las pretensiones no pueden comprender aspectos que no originen un pronunciamiento decisorio de la controversia. No debe incluirse como tales, aspectos interlocutorios, meras enunciaciones sin contenido declarativo o constitutivo –ejp "se declare con lugar esta demanda" "que son ciertos los hechos demandados"-, reiteración de hecho en forma de petición, cuestiones que no producirán una modificación en el mundo jurídico o no innovan a la cuestión debatida o meramente enunciativas, pero sin ningún contenido decisorio. Tales extremos deben ser rechazados de manera expresa y aun de manera presunta.

h.- Estimación

La estimación, en las demandas de trascendencia patrimonial, tiene como fin conocer de antemano el máximo de las aspiraciones económicas que pretende el actor y el valor económico de la demanda. Sin embargo, tal estimación no limitará de antemano las pretensiones del actor, cuando lo reclamado sea una deuda de valor o abstracta, aun no cuantificada, como daños y perjuicios o

cuya cuantificación depende de pruebas de laboratorio o procesales que la cuantifiquen.

El NCPC 35.1.8 establece como requisitos de la estimación:

a) La estimación justificada, esto es, porqué se arriba a ese monto, que tiene que ver con el objeto de lo que se pretende, puede ser "con base en el total de los daños y perjuicios reclamado" "el valor del bien reclamado" "en virtud del objeto de la pretensión se estima esta demanda en"

b) Debe hacerse en moneda nacional, salvo "cuando existan pretensiones en moneda extranjera se usará el tipo de cambio respectivo al momento de su presentación, sin perjuicio de que en sentencia se pueda conceder lo pedido en la moneda solicitada".

c) La estimación –que es diferente a la cuantía- debe hacerse respetando las reglas establecidas en el artículo 35.3 NCPC, que consagra como principio general "el interés económico de la demanda", esto es, el valor del objeto, en sentido genérico como lo que se reclama- o cosa reclamada, o el valor de los daños y perjuicios ocasionados al momento de establecerse la demanda. Volveremos en este tema al analizar las reglas de estimación de demanda, que de seguido regula la norma.

i.- El nombre del abogado responsable de la dirección del proceso y facultativamente el de los suplentes

Para dar cumplimiento al art. 20.2, y los principios de celeridad y concentración, se exige a las partes nombrar un abogado director judicial y, facultativamente, podrán designar uno o dos suplentes, regla que se aplicará cuando la parte sea abogada, tal requisito debe cumplirse en la demanda, bajo pena de que el juez prevenga su cumplimiento.

j.- Medio para notificaciones

Los artículos 35.1.10 NCP y 34 de la Ley de Notificaciones vigente –de enero del 2009-, exigen a la parte indicar en su demanda "el señalamiento de medio para recibir las comunicaciones futuras". Como las notificaciones –luego del traslado- solo permite señalar medio –fax, electrónico como mail, casillero o estrados- para recibir sucesivas notificaciones, ya no se permite señalar casa u oficina, para tales fines.

Por otra parte, la omisión de señalar medio sucesivo para recibir notificaciones no origina la inadmisibilidad o prevención de corrección bajo pena de inadmisibilidad, pues es la misma ley la que prevé otra sanción, como es la de la notificación automática -arts. 11 y 34 Ley de Notificaciones-.

k.- Firma de la demanda por la parte o su apoderado

En el propio escrito debe constar la firma o rúbrica del actor o su apoderado –art. 35.1.11-, que es el acto que completa la manifestación concreta de accionar, salvo el caso de impedimento físico, sin firma no hay demanda. Como vimos al comentar el art. 27.1 NCPC la ausencia de firma de la demanda, debe suplirse con la prevención de que se cumpla, en el plazo de 3 días, aplicando analógicamente dicho artículo 20.1 NCPC, en virtud de los principios además de: pro sentencia, el carácter instrumental del derecho procesal, la erradicación del formalismo excesivo y la prohibición de la imposición de sanciones procesales por analogía.

l.- Autenticación por abogado

Además de la lista enunciativa de requisitos del artículo 35.1 del NCPC, existen otras normas que contienen otros requisitos formales, para las demandas:

Como vimos todo proceso civil solo puede ser dirigido por un abogado, que elabore la demanda, le de contenido y forma jurídica y garantice una adecuada defensa a la parte en el proceso. Conforme al art. 20.1 "En los actos escritos se requerirá la autenticación de un abogado y, si tal requisito se omitiera, los tribunales prevendrán la subsanación en un plazo de tres días o la ratificación escrita, bajo pena de declarar inatendible la gestión" -voto 3495-1994-. Para poder autenticar una demanda, o en general un escrito judicial, es necesario ser abogado, incorporado en el Colegio

de Abogados y no es estar suspendido al día de la autenticación.

El artículo 20.2 señala "La firma del abogado autenticante implicará, salvo manifestación expresa en contrario, dirección del proceso con las facultades de actuar en nombre de la parte para todo lo que le beneficie, siempre y cuando no se requiera poder especial judicial o la participación personal de la parte". Es lo que se denomina patrocinio letrado.

m.- Demostración de la capacidad procesal

Analizamos los sujetos que, conforme a la ley, no tengan capacidad procesal gestionarán, por medio de sus representantes o de las personas autorizadas según la ley, sus estatutos o la escritura social. Además, que los representantes deben demostrar su capacidad procesal desde su primera gestión. Finalmente, "a falta de capacidad procesal y la defectuosa representación podrá ser apreciada de oficio u objetada por simple alegación de la parte en cualquier momento; de existir el defecto, podrá ser subsanado oportunamente" –art. 19.2 NCPC-.

Debido a estas reglas es la previsión ahora del 35.2 –que ya estaba en el 292 CPC, según el cual "si los documentos presentados justificativos de la capacidad procesal tuvieran algún defecto, el tribunal prevendrá su subsanación en el plazo de cinco días, bajo apercibimiento de declarar inadmisible la demanda. Si los documentos constaran en un registro público, con acceso por medios informáticos, la

parte interesada en acreditarla señalará al tribunal la forma de constatarla".

n.- Pretensiones subsidiarias o alternativas

En la demanda podrán formularse pretensiones principal y subsidiaria(s), cuando por no ser acumulables en sentido negativo no ser compatibles, por excluyentes, el NCPC innova al exigir que "las pretensiones formuladas subsidiariamente, para el caso de desestimación de las principales, se harán constar por su orden y separadamente". De manera que, si se formulan pretensiones principales y subsidiarias o alternativas, deberá enunciarse y separarse así desde la propia demanda.

El numeral 23.2 NCPC, como vimos, exige una serie de requisitos para que proceda la acumulación de pretensiones: "siempre que haya conexión entre estas, que no se excluyan entre sí y que el tribunal sea competente para conocer de todas. Si fueran excluyentes, podrán acumularse como principales y subsidiarias". Tales condiciones deberán revisarse y cumplirse en el escrito de demanda.

o.- Copias de la demanda y documentos

Con la demanda hay que acompañar copias de las demandas y de las pruebas aportadas, tantas, como sujetos demandados existan –art. 27.2 NCPC "De los demás escritos y documentos que se presenten se acompañarán tantas copias como personas litigantes haya."-, con las excepciones dichas de las pruebas respaldadas en medios informáticos, que solo se remitirá copia de dicho respaldo.

p.- Medidas cautelares

En la demanda, pues no es necesario un legajo separado, se podrán pedir, como hemos dicho, medidas cautelares típicas y atípicas que procedan. En ese, que será una sección independiente de la demanda, deberá justificarse y acompañarse la prueba. Es conveniente que la solicitud de medidas cautelares tenga sus propios hechos, no importante enunciados en la demanda, pero por separado a los hechos de ésta, pues de esa forma se facilitará la lectura por el juez, es más fácil identificar la prueba propia y los fundamentos para su procedencia, en función de los presupuestos de las medidas cautelares -apariencia de buen derecho, peligro de demora, razonabilidad y proporcionalidad, etc.- y así no tenga ni el juez ni la parte tener que leerse todos los hechos de la demanda, ni hacer un estudio más de fondo para determinar su procedencia o no.

q.- Timbres de ley

En materia civil debe pagarse y adherirse a la demanda, los timbres del Colegio de Abogados, requisito que, si bien no está en el CPC, proviene de otras normas legales y reglamentarias. El no pago o reintegro de timbres del Colegio de Abogados, no tiene como sanción la inadmisibilidad de la demanda; ni siquiera le faculta al juez para ordenar su cumplimiento bajo pena de inadmisibilidad, puesto que la sanción prevista en la Ley del Colegio de Abogados y en el Decreto Ejecutivo de Honorarios de Abogado, es la prevención de pago, y, en

caso de no cumplirla no se le oyen futuras gestiones, sin perjuicio de cumplir esa obligación procesal en cualquier momento art. 109 inc. b) del Decreto-, sin retroacción de plazos o términos.

5.- LA DEMANDA DEFECTUOSA

La demanda formulada puede contener defectos, que impidan darle curso. Como regla el juez previene el cumplimiento de los requisitos, si se incumple la demanda se declara inadmisible o se rechaza por cuestiones formales.

a.- Trámite

No es cualquier incumplimiento o requisito omitido en la demanda que puede originar su inadmisibilidad. Se trata de una sanción procesal que se antepone al derecho de acceso a la justicia y que, interpretado contra-*actione*, originaría verdaderas indefensiones e infracción al debido proceso y al derecho de acceso a la justicia. "opera aquí el denominado principio *pro actione*. Según éste, "todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de justicia y no como obstáculos para alcanzarla".

La norma –art. 35.3 NCPC- introduce dos novedades importantes, fruto de la inquietud práctica:

a) La que señala el tribunal los puntualizará todos de una vez; es decir, no se permiten las prevenciones en cascada, a cuenta gotas, práctica que, aunque erradicada, sucedía de vez en cuando,

b) La segunda prevención, que señala "por única vez, se podrá hacer una segunda prevención en casos excepcionales, cuando sea evidente la intención de la parte de subsanar los defectos señalados". Es decir, en el supuesto la parte cumplió la prevención o trató de cumplirla –y lo advirtió- pero estuvo imposibilitado de hacerlo, por algún motivo exógeno o porque no comprendió correctamente la prevención. Véase que la intención de la novedad es que el actor haya cumplido la prevención, pero algunas veces por falta de claridad o imprecisión en la prevención, el actor no pudo cumplir.

Por ello en las prevenciones que haga el juez y el rechazo de la demanda por informal –inadmisible- debe tenerse presente que el proceso tiene como objetivo alcanzar un pronunciamiento de la pretensión de fondo –principio *pro sentencia* del art. 2.5 NCPC- y es por eso que debe procurar la flexibilidad y el informalismo en todos aquellos aspectos que por ser subsanables, no afectan de manera grave la finalidad misma del acto procesal, o el derecho a una defensa adecuada para quienes en él intervienen.

b.- La objeción del demandado a la demanda defectuosa

"El demandado, dentro del emplazamiento, podrá pedir que se corrijan los defectos de la demanda o se subsane cualquier vicio de capacidad o representación de la parte actora. La petición deberá ser resuelta de inmediato". Estos dos puntos concretos no necesariamente deben formularse en la contestación, puede ser previa a ello y por tanto no se le aplicaría el principio de preclusión si se hace

antes, ya que la norma lo faculta a formularlo antes de la contestación de la demanda y al tribunal lo obliga a resolverlo de inmediato, pues puede que, de admitirse, suspendan o difieran la contestación de la demanda. La parte deberá precisar y argumentar, en qué consiste el defecto de la demanda que impedía darle curso.

Se eliminó el trámite previo de objeción a demanda defectuosa, por lo que, con base en el nuevo sistema concentrado de los actos y la previsión normativa, esta objeción no podrá hacer antes de contestar sino al contestar la demanda –"dentro del emplazamiento" dice la norma-, en el mismo escrito de contestación, en un acápite aparte.

c.- Cuando la corrección implique modificación de la demanda

Otra importante novedad de la norma, reclamada por la práctica, es la introducida en el párrafo final "si la corrección implica cambios sustanciales en la demanda se conferirá un nuevo emplazamiento, el cual se notificará donde la parte haya señalado". Por cambios sustanciales debemos entender alteración, en aspectos medulares o esenciales de los hechos o en la pretensión procesal, que de alguna forma pueda alterar la estrategia de la parte o que implique un cambio grosero, trascendente, fundamental o importante, de esos dos elementos: relación fáctica y el *petitium*. Así, por ejemplo, si en cuento a los daños no se había cumplido alguno de los tres requisitos examinados y no se había dicho, por ejemplo, en qué consisten o su detalle, recién que el actor los precisa, deber darse audiencia

a la parte demandada para que se refiere, ataque y contrarreste probatoriamente esa corrección de la demanda. Lo mismo sucedería si se corrigen las pretensiones por la existencia de un error, que justifique ahora un nuevo traslado o audiencia del demandado.

d.- Vicios de capacidad

Se eliminó como excepción previa, hoy procesal, la falta de capacidad o defectuosa representación, de manera que por simple alegación el demandado podrá objetar esos aspectos, cuando el poder sea insuficiente o el representante carece de facultades suficientes. Esto puede referirse a la condición activa como la pasiva, así como el poder del abogado.

6.- DEMANDA IMPROPONIBLE

El NCPC introduce decididamente la figura de la demanda improponible, que se reguló con mayor precisión, de las mejores regulaciones de dicho instituto en el derecho comparado, muy por encima del *Code* francés, que la regula en extenso.

a.- Concepto

La improponibilidad de la demanda, es una figura procesal que permite al tribunal el rechazo de plano –*in limine*- de una demanda al inicio o en el umbral del proceso, sin necesidad de celebrar audiencias o evacuar pruebas, pero siempre en cuanto al fondo y por ello con carácter de cosa juzgada, por concurrir algún motivo objetivo y

expresamente previsto en el ordenamiento; rechazará ad portas tal proceso, con efectos de cosa juzgada y sin necesidad de avanzar en el proceso. Aunque se puede alegarse y declararse la improponibilidad en un momento posterior –en una audiencia por ejp- cuando se descubre ahí la improcedencia absoluta de la demanda, en principio es normal que ello suceda al inicio.

b.- Debe ser evidente y estar prevista taxativamente la causal

Como señala el enunciado del art. 35.5 NCPC, el motivo de improponibilidad debe ser el de una "demanda manifiestamente improponible", lo reitera el 35.5.6 cuando indica que debe ser "evidente", es decir debe tratarse de un supuesto o defecto esencial. Lo de manifiesto es que debe ser patente, palmaria, notoria y que claramente encuadre en una causal prevista expresamente. No puede ser superflua o que dependa de una interpretación muy restrictiva.

Ha de extremarse la prudencia, para decidir por esta vía solamente cuestiones cuya decisión de oficio; en este momento está claramente permitido o habilitado por la ley. En todo supuesto de duda será preferible requerir la aclaración pertinente y el plazo concedido en la ley, oír a la actora, pues si aclarado o corregido el punto y sopesando que no es evidente, indudable, manifiesta o notoria la causal, es preferible dar traslado y así tutelar el derecho de acción, por encima de interpretaciones ampliativas de dichas causales de improponibilidad.

7.- CAUSALES DE DEMANDA IMPROPONIBLE EN EL NCPC

El más amplio en el mundo procesal moderno, nuestro NCPC hace una enumeración bastante comprensiva de supuestos de demanda improponible.

a.- El objeto o la pretensión sean evidentemente contrarios al ordenamiento, imposibles, absurdos o carentes de interés

Una demanda abusiva, que sea contraria al ordenamiento jurídico, no debe poner en funcionamiento todo el sistema procesal, si al final, precisamente por ser contraria al ordenamiento o al orden público, nunca va a ser estimatoria. Se trata de supuestos en donde la demanda es abiertamente contraria a una norma jurídica, que prevé o soluciona el conflicto de una forma diversa o que atenta contra el ordenamiento.

El objeto o pretensión imposible, se refiere a lo improbable, a lo inadmisible jurídicamente. Se trata de una pretensión inverosímil porque es jurídicamente inaceptable. La pretensión absurda es aquella carente de toda lógica razonable, por ser ridícula, risible, ilógica, irracional, inconsecuente e irrazonable. Lo de carentes de interés, es por ser irrelevante, inútil, sin ningún provecho o rendimiento porque no tiene ninguna utilidad o importancia jurídica práctica o económica.

b.- Se ejercite en fraude procesal o con abuso del proceso

Conforme al artículo 2.3 NCPC el tribunal deberá prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso, impidiendo el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita. Conforme a los artículos 4.2, 5.4 y 6 NCPC esos supuestos, que facultan al rechazo *in limine* de la demanda, por abuso del o fraude procesal, serían: **a)** cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, **b)** la mala fe, **c)** la falta lealtad o probidad, **d)** temeridad, **e)** abuso en el ejercicio de los derechos procesales, y **f)** uso de un proceso para obtener un móvil prohibido por la ley –ver además art. 22 CCi sobre el genérico abuso del derecho-.

c.- Exista caducidad

La defensa de caducidad extingue el derecho y por ello puede ser considerada de oficio, haciendo improponible la demanda. Acaecido un término de caducidad prevista por el ordenamiento, no se justifica que se ponga en movimiento todo el sistema procesal, si la parte por inercia no presentó en tiempo la demanda y si al final el resultado va a ser su rechazo, sin consideraciones de fondo, solo por haberse extinguido tal derecho.

d.- Exista cosa juzgada

Cuando la pretensión ya fue objeto de pronunciamiento en un proceso anterior con autoridad de cosa juzgada, de modo que el nuevo proceso sea reiteración del anterior, el juez puede declarar de oficio, como veremos,

la existencia de la cosa juzgada. Con la base constitucional del instituto, se justifica el que la cosa juzgada pueda ser declarada de oficio, si a ello sumamos que se trata de una garantía de rango constitucional, que impide el doble juzgamiento o doble proceso por los mismos hechos, se justifica entonces que sea una causal de improponibilidad de demanda.

Si el victorioso de un proceso, es nuevamente demandado por un acto posterior, puede hacer uso, en sentido positivo, de la cosa juzgada o un nuevo proceso en contra de los nuevos actos base de la nueva demanda. Pero si la anterior demanda fue rechazada por el incumplimiento temporal de una presupuesto material o formal y la nueva no es reiteración de aquella, si no que se base en nuevos hechos, causa y fundamento, por ejp, que ahora sí está vencido la hipoteca o si es el demandante el acreedor, ahí no operará, como veremos un supuesto de cosa juzgada formal.

e.- Quien la propone carece de forma evidente de legitimación

La legitimación, conforme al artículo 21.1 NCPC, es un presupuesto material o de fondo, que históricamente se examinaba en sentencia, la Comisión Redactora Original creyó conveniente incluirlo como uno de los supuestos de demanda improponible, cuando lógicamente fuere evidente su ausencia. Su fuente es la figura *fins de nom recevoir* del art. 122 del Código francés y en el 123.9 del

CMPI, aunque como una excepción previa a resolver en la preliminar.

La norma se refiere a la legitimación activa, "quien demande", no a la pasiva. Y el límite, como indicamos es que quien plantea la demanda "carece de forma evidente de legitimación" –art. 35.5.5- que reitera lo enunciado en el encabezado del art. 35 "manifiestamente improponible". Por supuesto que la causal puede ubicarse en del art. 35.9 "la falta de un presupuesto material o esencial de la pretensión", pero aquella es especial sobre genérica que contempla otros supuestos.

f.- En proceso anterior fue renunciado el derecho

De acuerdo con el art. 53 NCPC, la renuncia del derecho, que es una modalidad de terminación anticipada y extraordinaria del proceso, produce como efectos dar "por terminado el proceso" y el que no "podrá promover nuevo proceso por la misma causa u objeto". Es decir, la renuncia del derecho produce los efectos de cosa juzgada, razón por la cual, al no poderse plantear una demanda, que tenga el mismo objeto y causa, se faculta a su rechazo in limine del nuevo proceso, por demanda improponible.

g.- El derecho hubiera sido conciliado o transado con anterioridad

En estos supuestos, es el mismo fenómeno que el anterior. Tanto la conciliación judicial como extrajudicial, así como la cosa juzgada, por disposición de los artículos 51 NCPC y 9 Ley Rac –para la conciliación-, 52 y 1385 CCi. -

para la transacción-, produce efectos de cosa juzgada, por lo que resulta improponible la demanda que pretenda reiniciar un proceso conciliado o transado.

h.- El proceso se refiera a nulidades procesales que han debido alegarse en el proceso donde se causaron

De acuerdo con el artículo 33.3 NCPC, siguiendo una jurisprudencia de casación de vieja data, "la nulidad –por actividad procesal defectuosa- solo podrá alegarse con posterioridad a la sentencia firme o a la conclusión del proceso, por vía incidental, cuando se sustente en una de las causales por las que es admisible la demanda de revisión, siempre que se trate de procesos en los que la revisión no proceda. Solo será admisible este incidente, si se planteara dentro de los tres meses posteriores al conocimiento de la causal, del momento en que debió conocerla o pudo hacerla valer la parte perjudicada". De la norma y la previsión del art. 33.2 se concluye que las nulidades procesales, por actividad defectuosa se deben alegar necesariamente dentro del proceso, de manera que no puede iniciarse un proceso con la única finalidad de anular un proceso anterior –aunque este solo produjo cosa juzgada formal-, lo que confirma la jurisprudencia reiterada de la Sala Primera de que las nulidades se alegan dentro del proceso en que se produjeron. Por esta razón, y como hemos señalado, la jurisprudencia reiterada en este sentido de la Sala Primera y avalada por la Sala Constitucional -S. Const. Nº 6325 del 19-07-2000-, la Comisión Redactora Original creyó conveniente introducir este como motivo de demanda improponible.

i.- Sea evidente la falta de un presupuesto de la pretensión

Esta es otra novedad que introdujo la Comisión Redactora Original. La Comisión consideró, variando el criterio vigente, que no existe ningún impedimento para que un juez examine, *ad initio*, los presupuestos materiales de una demanda. Si la ley exige enunciar de manera concreta los hechos y el fundamento de derecho en el escrito de demanda, no existe ningún obstáculo para que de su simple lectura y de manera evidente, el juez pueda determinar si la demanda finalmente puede o no ser rechazada en el futuro. Se trata de la falta de presupuestos tan evidente, "manifiestamente improponible" como dice el 35.5 NCPC, que no constituye un adelantamiento de criterio, sino de la lectura de la demanda y la ley, solo que al inicio del proceso; esto no provoca ninguna indefensión ni violenta la tutela judicial efectiva, en tanto que es el legislador quien para una determinada pretensión ha fijado unos presupuestos materiales y el administrado debe ceñirse a tales presupuestos desde el inicio, pensamos ahora.

j.- Momentos para declarar y trámite de la improponibilidad

Con base en esas potestades, la improponibilidad objetiva de la demanda puede ser declarada de oficio, preferiblemente al inicio del proceso, sin necesidad de señalar audiencia para ello. El Código ha ido más allá, pues faculta a resolver la improponibilidad, no solo al inicio del proceso, sino "en cualquier estado del proceso".

El demandado puede también usar la defensa de demanda improponible al momento de contestar la demanda, bien podría el juez resolver luego de ese momento, antes de la audiencia preliminar de ordinarios o única de otros procesos, o bien reservarla para ser conocida en la audiencia preliminar, puesto que el art. 35.5 NCPC permite resolver la improponibilidad "en cualquier estado del proceso".

El saneamiento del proceso supone que, por "demanda manifiestamente improponible", se puede plantear con carácter de cosa juzgada, si no se lo hizo antes en la propia audiencia y sean resueltas por el tribunal mediante lo que constituye un verdadero despacho saneador de origen portugués y brasileño -sentencia anticipada o auto interlocutorio-.

k.- Procedimiento de la improponibilidad

Previo a la declaratoria de improponibilidad se concederá audiencia hasta por un plazo de tres días; se entiende que es al actor en el que el juez está anticipando que podría considerar la existencia de un supuesto de demanda improponible. No es necesario inquietar al demandado notificándole esta audiencia, pues la demanda no se le está dando traslado y el emplazamiento solo es procedente si la demanda formalmente es admisible y, no lo será, si le concurre una causa de improponibilidad.

Ahora bien, si el ya demandado se apersonó al proceso y alega la improponibilidad de la demanda y ésta es

evidente, el juez podrá otorgar audiencia al actor y entrar a resolverla. Si no es evidente podrá diferir su conocimiento para la audiencia preliminar en ordinario o única en los otros procesos -art. 35.5 NCPC-.

7.- AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA

El artículo 35.6 regula tres institutos diversos, que deben ser analizados separadamente, todo se refieren a la modificación de los elementos esenciales de la demanda –hechos, pretensiones y pruebas-, figura conocida como *mutatio libelli*.

a.- Ampliación de las pretensiones

La primera subfigura de la *mutatio libelli* es la de la modificación de la pretensión.

Señala el numeral 35.6 NCPC "La demanda podrá ser modificada o ampliada en cuanto a las…pretensiones…antes de la contestación o de que haya vencido el plazo para contestar".

i.- Presupuestos para la ampliación de la pretensión

¿Qué debemos entender por ampliación? En una aceptación común implicaría que el actor o el reconventor solo podrían "ampliar", es decir, adicionar otras pretensiones, sean principales o accesorias de las que ya formuló.

Hoy por previsión expresa, la demanda, en todos sus extremos "ser modificada", es decir, introducir una nueva

pretensión, sustitutiva o modificativa de la originaria, limitante del CPCD que habíamos criticado en su momento.

Nada se opone que el actor puede desistir parcial o totalmente de la pretensión formulada y hacer una nueva, pues incluso se le permite, con ciertas limitaciones, hacer la aclaración, ajuste y subsanación de las proposiciones de las partes hasta en audiencia preliminar o única –art. 102.3.3 NCPC-.

Los presupuestos y algunas particularidades de la figura de la ampliación de la demanda:

a) La ampliación es procedente una o más veces –no dice la norma "por una sola vez", como decía el 313 CPCD-. Con esta posibilidad se ha exaltado el principio dispositivo, por encima del orden procesal y lealtad en el debate. Solo quedó la limitación de la ampliación por una única vez, cuando se trate de que "un hecho nuevo determine la imposibilidad de conservar en todo o en parte la pretensión original". Podría por analogía, pretender aplicar la limitación del párrafo 4º al párrafo 1º, pero creemos que en virtud del principio dispositivo y siendo que aun la relación no se ha trabado, es posible la ampliación por más de una vez, siempre que se haga antes de que el demandado conteste.

b) La ampliación solo se podrá hacer antes de que, uno de los demandados, haya contestado la demanda. Una vez contestado el fondo –hechos y excepciones de fondo- no resulta admisible la ampliación, por haberse ya trabado la

relación procesal y haberse definido la relación material. Esta limitación se justifica en el orden que debe imperar en el proceso, como impedir que la defensa del demandado resulte dificultada a raíz de nuevos planteamientos que lo coloquen en la imposibilidad de adoptar una línea defensiva o hacerlo cuando ya se conoce la estrategia de defensa determinada. Puede que el demandado haya realizado algún acto previo a la contestación de demanda –como recusar al juez o interponer algún recurso, señalar defectos de demanda que dificulten su contestación, la existencia de una falta de capacidad, defectuosa representación o pedir cancelación de medidas cautelares-, nada de lo cual impide la ampliación, lo que si lo impide es la contestación en cuanto al fondo –de los hechos uno a uno- que uno de los demandados haya hecho de la demanda.

c) Relacionado con el tema, no parece procedente la ampliación cuando el demandado rebelde haya dejado vencer el plazo para contestar, aquí como ya venció el día final del plazo legal, se ha cumplido el presupuesto que impide, y sería peligroso permitir la ampliación si la actora sabiendo de la contumacia del demandado, exagera o amplia infundadamente sus pretensiones, es por esa razón que en la Comisión Redactora Original introdujimos la frase "La demanda podrá ser modificada o ampliada…antes de la contestación o de que haya vencido el plazo para contestar".

d) Otro aspecto es la ampliación subjetiva, referido a la duda de si la ampliación puede consistir en la inclusión de

un nuevo sujeto demandado –ampliación subjetiva-. La norma hoy lo aclara "la demanda podrá ser modificada o ampliada en cuanto a las partes". En este supuesto puede ser con las mismas pretensiones o unas nuevas, siempre que se cumpla el presupuesto contemplado en la norma –no contestación de los demandados-, puesto que si bien habla de ampliación de la "pretensión" al ampliarse el elemento subjetivo este queda vinculado a una nueva o ampliada pretensión, no queda aislado y así, por efecto reflejo, se ampliaría la pretensión.

e) El NCPC introduce una innovación, que permite la ampliación más allá de la contestación de la demanda. Dice la norma "dicha ampliación será posible, de común acuerdo entre partes, antes de que concluya la audiencia preliminar". Aquí la disposición del objeto, la autonomía de la voluntad y el principio dispositivo son los que permiten esta excepción.

f) Tampoco configuran una transformación de la pretensión las alteraciones introducidas en la fórmula en que se manifiesta su objeto, con el fin de mejorarlo o hacerlo más comprensible, ni la eliminación de los errores simplemente materiales de que adolezca el escrito en que la pretensión se contiene -véase que en audiencia preliminar se permite "la aclaración, el ajuste" de las pretensiones –art. 102.3.3 y 103 NCPC-.

g) Finalmente, la norma se refiere a "ampliación", es decir incrementar, y vimos también modificar, la pretensión, si lo que el actor pretende es "reducir" la

pretensión o la estimación, de la demanda, nada se opone a ella, sin embargo ello se hace a través del desistimiento parcial, sea de la pretensión o la estimación patrimonial que ha dado el actor a su reclamo, o de un "hecho" concreto al que renuncia y que no formarán parte del debate o de pronunciamiento, porque fue desistido o renunciada tal pretensión o hecho.

ii.- Trámite de audiencia

Presentada en tiempo la ampliación de la pretensión, el juez le dará curso y otorgará un nuevo emplazamiento al demandado, por un lapso igual al otorgado originalmente, el nuevo emplazamiento es por la totalidad de la pretensión y la demanda –la originaria y la ampliada-. Lo de nuevo se refiere a un nuevo emplazamiento completo, comprensivo de "ambas pretensiones".

Si ya se había dado emplazamiento y notificado de manera efectiva el traslado de la primera versión de la demanda, cabe preguntar si ¿Se extinguen o no los efectos procesales y materiales de ese primer emplazamiento que ahora se sustituye?, en nuestro criterio sí porque "nuevo emplazamiento" significa que es como si el primero no hubiera existido, es uno totalmente diferente y si ahora la ampliación de la pretensión substituye o amplía la primigenia es porque ésta ya no tiene valor o no es la demanda o pretensión que vale, sino la nueva, la completa, la ampliada, de manera tal que si se hubiere interrumpido la prescripción, tal acto quedó insubsistente, sin efecto de

pleno derecho por un acto de la parte, y en general cesan los efectos del emplazamiento al que se refiere el art. 36 NCPC.

La exigencia del nuevo emplazamiento tiene obviamente un fin jurídico que no es otro que apercibir debidamente a la contraparte sobre los extremos alrededor de los cuales deberá estructurar su contestación con la pretensión ampliada, lo que resulta esencial para el derecho de defensa y el debido orden en el proceso. Si es evidente que la ampliación de la pretensión es extemporánea o resulta informal, allí si procede el rechazo de plano de manera interlocutoria –sin esperar el dictado de la sentencia-, resolución que, por implicar un rechazo parcial de la pretensión de esa parte, se conceptúa como un rechazo de demanda y por ello admite recurso de apelación.

Si el demandado ya se había apersonado al proceso y había señalado medio para recibir notificaciones, allí se podrá practicar la notificación. Si bien se trata de la primera resolución que da traslado a la demanda, en realidad sería la segunda, pues la primera ni fue nula ni inexistente, y bastará –teoría de la recepción- que el demandado reciba la nueva notificación, en el lugar señalado, para que tenga la carga de contestar.

b.- Ampliación en cuanto a los hechos

También el artículo 35.3 permite la ampliación de los hechos de la demanda o reconvención: "la demanda podrá ser modificada o ampliada en cuanto a las…pruebas, antes

de la contestación o de que haya vencido el plazo para contestar".

Rige las mismas reglas explicadas para la ampliación de la pretensión. Con la salvedad que esta ampliación de hechos es antes de que el demandado conteste la demanda o haya vencido el plazo para hacerla, pues el párrafo 3º de la norma regula la situación de los hechos nuevos, cuando ocurriera alguno de influencia notoria en la decisión o hubiera llegado a conocimiento de la parte, alguno de la importancia dicha y del cual asegurara no haber tenido conocimiento antes.

Dice el art. 35.6 párrafo 2º "en el proceso ordinario después de la contestación o de la réplica, y hasta antes de celebrarse la audiencia de prueba, podrá ampliarse la demanda o reconvención, en cuanto a los hechos, cuando ocurriera alguno de influencia notoria en la decisión o hubiera llegado a conocimiento de la parte, alguno de la importancia dicha y del cual asegurará no haber tenido conocimiento antes". Es el denominado anteriormente como incidente de hechos nuevos. Los presupuestos de admisibilidad son:

a) Se haga luego de la contestación de la demanda o contestación, o haya vencido el plazo para contestar en ordinarios, pues como vimos que la parte puede ampliar o modificar los hechos, antes de que el demandado haya contestado, por lo que este son hechos nuevos, que tienen otra condición. La introducción del verbo "ocurriere" significa que es un hecho contemporáneo, que

sucedió/aconteció de manera sobreviniente, luego del estadio procesal de aportación o alegación de hechos, es decir se trata de un hecho novedoso,

b) Debe ser un hecho de "influencia notoria", es decir, importante, decisivo en el tema objeto de discusión y pretensión formulada. Hechos intrascendentes, irrelevantes o poco importantes para la decisión o que no guarden relación con la pretensión; o bien, pretendan la ampliación del objeto de debate o la pretensión, simplemente se desecharán en sentencia,

c) Que se trate de un hecho que aunque no sea contemporáneo, "o hubiera llegado a conocimiento de la parte alguno de la importancia dicha y del cual asegurara no haber tenido conocimiento antes", en este supuesto se debe cumplir con dos requisitos adicionales: que el hecho ya existía antes, pero recién llegó a conocimiento de la parte, y además debe asegurar y expresar –en el escrito- que no tuvo conocimiento antes, de manera que si ya se había insinuado o mencionado en la demanda o contestación, no podrá ser considerado como desconocido.

d) La ampliación de los hechos nuevos, solo es procedente "después de la contestación o de la réplica, y hasta antes de celebrarse la audiencia de prueba". No es procedente en segunda instancia, menos en casación, que en principio no examina hechos puros, menos se podría introducir nuevos, que no fueron objeto de debate,

e) La ampliación de los hechos no puede implicar la ampliación de la pretensión, y es por eso por lo que esa ampliación fáctica debe estar vinculada, relacionada o tener "de influencia notoria" con la pretensión originaria. Si ese hecho novedoso impacta el aspecto económico de la demanda hay que determinar si la pretensión da lo suficiente para reclamarlo en ejecución, como una consecuencia directa de la pretensión original y agravación del hecho base.

c.- Ampliación en cuanto a prueba nueva

Se eliminaron en el NCPC las figuras de la prueba extemporánea y complementaria, reguladas en el art. 293 CPCD, la de la "confesión" hasta antes de sentencia y prueba para mejor resolver. Si se puede ofrecer prueba nueva o sobreviniente, fuera de los actos de alegación, con algunas limitantes.

d.- Ampliación por imposibilidad sobrevenida de conservar la pretensión

La norma prevé que "en proceso ordinario, hasta antes del inicio de la audiencia de prueba, por una única vez, será posible ampliar o modificar la demanda y la contrademanda en cuanto a las partes, hechos, pretensiones y prueba, cuando un hecho nuevo determine la imposibilidad de conservar en todo o en parte la pretensión original. Sobre la procedencia de la ampliación se resolverá en la audiencia de prueba. Si se admitiera, se realizarán los

actos procesales que sean necesarios para garantizar el debido proceso".

Con toda claridad la norma indica que se pueden ampliar hechos, pruebas o pretensiones, solo en ordinarios, sujeto a una condición esencial "cuando un hecho nuevo determine la imposibilidad de conservar en todo o en parte la pretensión original".

8.- EL EMPLAZAMIENTO

a.- Emplazamiento inicial

Cumplidos todos los requisitos, se dará curso a la demanda, mediante auto de traslado o emplazamiento, el cual deberá contener: nombre de la autoridad judicial, naturaleza del proceso, plazo para contestar la demanda "la forma en que debe hacerlo y las consecuencias, en caso de omisión", prevención de señalar medio para recibir notificaciones bajo las consecuencias de ley, obligación de ofrecer toda la prueba y, en cuanto los testigos, indicar los aspectos a los que se referirán –arts. 6 y 10 Ley de Notificaciones, 36 NCPC-.

b.- Forma de la notificación del emplazamiento inicial

Al ser el emplazamiento el auto introductorio del demandado al proceso, la citada Ley ha dotado a la notificación de cierta rigurosidad y exigencia, a fin de garantizar el conocimiento efectivo, el debido proceso, la contradicción efectiva y el evitar la indefensión o desconocimiento material del proceso, véase que, por ello,

la ausencia del emplazamiento o un indebido emplazamiento puede dar origen a un recurso de casación por forma o apelación de la sentencia, por violación al debido proceso o una demanda o incidente de revisión por ausencia de emplazamiento.

Por lo anterior el emplazamiento inicial del proceso debe practicarse, únicamente, por medio de alguna de las formas que hemos denominado de notificación principal, a saber**: a)** personalmente, **b)** en casa de habitación con persona que aparente ser mayor de 15 años; **c)** por notario público, **d)** por correo postal certificado –art. 24 LN, **e)** en el domicilio contractual acordado expresamente por las partes, **f)** en el domicilio real de las personas jurídicas, además, en el domicilio contractual, en el domicilio social, registral –arts. 19 y 20 LN- **g)** mediante agente residente en las sociedades obligadas a tenerlo –art. 20 LN-, **h)** y en el centro penitenciario en el caso de detenidos. Antes hemos examinado esos supuestos legales, en el tomo II de esta obra. Remitimos al inmerecido lector.

c.- Efectos materiales del emplazamiento

De acuerdo con el numeral 36.2 NCPC**,** la notificación efectiva de la demanda produce efectos materiales y procesales, con lo cual nuestro país se ha adherido al sistema de la litispendencia y la relación procesal se traba a partir de la notificación efectiva de la demanda, pues según la norma "se producen a partir de su notificación" de la demanda. No dice nada la norma, ni en general ninguna Ley, que la mera interposición –no el emplazamiento-

también produce otro efecto jurídico importante, como es la extinción del término de caducidad que ha corrido, el cual, para todos los efectos, se tendrá como no operada a partir de ese momento.

Son efectos materiales de la notificación del emplazamiento de una demanda: a) Interrumpir la prescripción, b) Constituir en mora al demandado, salvo que por ley ya lo estuviera, c) Impedir que el demandado haga suyos los frutos de la cosa, si fuera condenado a entregarla. Son efectos procesales del emplazamiento: a) Prevenir al tribunal en el conocimiento del proceso; b) Sujetar a las partes a la competencia del tribunal, si el demandado no la objeta, c) La *litis* pendencia.

9.- CONTESTACIÓN NEGATIVA DE LA DEMANDA

a.- Plazo perentorio para contestar y forma de la contestación

El plazo para contestar la demanda ordinaria es perentorio, de 30 días hábiles en ordinarios, 5 en sumarios y monitorios. Al ser un plazo común, esos días se cuentan a partir del día siguiente de la notificación efectiva al último de los demandados.

La forma será escrita, firmada por la parte, autenticada por un abogado y deberá presentarse o enviarse digitalmente -cuando se permita- al tribunal que conoce el proceso. La demanda deberá contestarse, aunque se formule alegatos de demanda inadmisible o informal, de

demanda improponible, recusación contra el juez o alegación de cualquier naturaleza –art. 37.1-.

b.- Técnica y contenido de la contestación

La contestación es el acto procesal del demandado en el que se opone a ella, total o parcialmente, principalmente a los hechos o pretensiones y por medio del cual él pide que se dicte sentencia desestimatoria, parcial o total.

En cuanto a la contestación, la doctrina y la redacción del numeral 36 NCPC nos dan las pautas y la forma como debe hacerse. La contestación de la demanda comprende: **a)** Oposición de excepciones procesales taxativas, **b)** La oposición de excepciones de fondo o materiales, **c)** Alegar causales de demanda improponible, **d)** Alegar que la demanda incumple requisitos formales que la tornen inadmisible, cuando ello no se hubiese ya formulado o resuelto, **e)** La contestación de los hechos, uno por uno, de manera separada, en la forma en que han sido enumerados y formulados en la demanda, indicando si se rechazan o se admiten, sea total o parcialmente, con las razones precisas por las cuales no se admite o rechaza determinado hecho, **f)** Oposición y posición en cuanto a la pretensión - los motivos jurídicos y fácticos que fundamentan la oposición-, **g)** Oposición a la estimación de la demanda, **h)** Los fundamentos legales de su oposición, **i)** Referirse a los fundamentos dados por el actor a su demanda, **j)** Criticar o impugnar la prueba propuesta por el actor, **k)** Ofrecimiento y presentación de todas las pruebas.

En detalle debe contemplar:

i.- Oposición a los hechos

La técnica de contestación es refutando hecho por hecho –todos de la demanda-, expresando de forma razonada si los rechaza por inexactos, si los admite como ciertos, con variantes o rectificaciones, o si los desconoce de manera absoluta.

Frente a un hecho el demandado puede simplemente aceptarlo, en tal caso dejará de ser controvertido y se le releva de prueba. Aquí el demandado no tiene que justificar porque lo acepta –exaltación del principio dispositivo-. La segunda forma de contestar es aceptando parcialmente un hecho y negándolo o rechazándolo en parte –variantes o rectificaciones-, aquí sí debe dar razón de su dicho y en la parte objetada del hecho, dar las razones fácticas o jurídicas del porque tal hecho no es cierto. En cuanto a rechazar el hecho por inexacto, falso o no cierto, aquí también debe dar razón de su dicho. Tales condiciones se leen del texto del 37 NCPC.

ii.- Posición del demandado en cuanto a la pretensión

En cuanto a la pretensión, el demandado, en la contestación, debe hacer un análisis de su improcedencia o su allanamiento total o parcial, con indicación de las razones jurídicas y fácticas que fundamentan su improcedencia, las razones legales que justifican el rechazo de algunos extremos, la contradicción entre ellas y la incongruencia que se refleja por exclusión.

También la pretensión se ataca mediante la oposición de excepciones de fondo que atacan el derecho reclamado o el objeto de la pretensión, sobre lo que volveremos más adelante, por lo que el ataque aquí se refiere a la legitimación, la improcedencia del derecho reclamado –falta de derecho- y a la inexistencia de la causa que da origen al proceso –falta de causa-; y en general, el señalar hechos extintivos, modificativos o impeditivos de la relación jurídica invocada por el actor o de los presupuestos procesales –falta de legitimación-.

iii.- Oposición al fundamento

En cuanto a la oposición del fundamento de derecho, la actividad del demandado consiste en contradecir o atacar el derecho invocado por la parte, atacando su interpretación o su inadecuación de los hechos a lo pretendido, también debe comprender un análisis de las normas o interpretación adecuadas que el demandado considere como aplicable en oposición a las invocadas por el actor. En todo caso rige el principio *iura novit curia,* por lo que el tribunal no se encuentra sujetado a las normas alegadas por una parte o refutadas por la otra.

iv.- Oposición de excepciones procesales y de fondo

La contestación de demanda comprende las excepciones procesales, antes conocidas como previas, que serán examinadas luego, así como las denominadas excepciones de materiales o de fondo, conocidas por la doctrina italiana como presupuestos materiales de la

pretensión. Sobre ambas volveremos más adelante. De inmediato analizamos esta sección de la contestación.

v.- El ataque y ofrecimiento de prueba

La contestación de la demanda es el momento para que el demandado se refiera o impugne alguna prueba ilegal o ilícita, además de informal. En cuanto a la prueba de él, es el momento para aportar la prueba documental, indicar sobre qué hechos declararán los testigos que se ofrecen y ofrecer la prueba pericial, indicando la materia experta del perito y los aspectos sobre los que rendirá su pericia. También podrá ofrecer informes periciales privados y reconocimiento judicial.

Es la audiencia preliminar o única de los procesos no ordinarios, que podrá objetar con detalle la prueba de la actora, pidiendo su rechazado por impertinente, no útil o conducente.

10.- CONTESTACIÓN AFIRMATIVA Y ALLANAMIENTO

La contestación afirmativa se refiere a la aceptación positiva e incondicional de los hechos por parte del demandado, no de la pretensión, porque si no sería un allanamiento.

De acuerdo con la doctrina, se debe entender que la contestación afirmativa de la demanda, en el fondo tiene el carácter de una declaración espontánea de parte. Ahora bien, a la luz del artículo 39 y 6 NCPC, en aquellos casos en

que existan intereses superiores que deban ser tutelados, por ejemplo, a efectos de evitar un fraude procesal, o cuando los derechos objeto de debate sean indisponibles, o cuando haya conflicto de intereses y se pretenda con ello un móvil prohibido o cuando no exista capacidad para actuar, por parte de quien lo hace; el juez no puede dictar una sentencia estimatoria, fundada únicamente en la contestación afirmativa del demandado.

En cuanto al allanamiento, como veremos es la aceptación expresa e incondicional de la pretensión del actor por parte del demandado -no de los hechos- que produce como efecto el dictado de la sentencia.

11.- ASPECTOS GENERALES DE LAS EXCEPCIONES MATERIALES

El siguiente aspecto del contenido de la contestación de la demanda, es la oposición fundada de excepciones materiales.

a.- Momento para oponerlas

i.- Con la contestación de demanda o de la reconvención

El NCPC ha unificado el momento para oponer las excepciones de fondo o materiales y las procesales –antes previas o mixtas-, abandonando así una tradición de 175 años, de oponer las procesales como previas o "dilatorias". Ahora las excepciones procesales y materiales deberán oponerse con la contestación de la demanda y reconvención respectivamente. Como regla las procesales se siguen

resolviendo previo, ahora a la audiencia inicial, si no hay prueba de declaración ofrecida y admitida. Si hay prueba ofrecida para ellas, se resuelven pueden resolver interlocutoriamente si la prueba no es relevante o en audiencias preliminar o única de no ordinarios.

ii.- Las de hechos ocurridos luego de la contestación

También la norma permite invocar excepciones materiales hasta en la audiencia de prueba, cuando los hechos hubieran ocurrido con posterioridad a la contestación o llegado a conocimiento del demandado después de expirado el plazo para contestar. Estas excepciones se sustanciarán en la audiencia de prueba.

b.- Las excepciones privilegiadas de cosa juzgada, transacción y caducidad

Reiterando el privilegio que confería el 307 CPCD, el art. 37.2 NCPC permite, en los ordinarios, oponer, las excepciones de cosa juzgada, transacción y caducidad antes de que inicie la alegación de conclusiones. La norma es consistente con esa previsión, permitiendo la ampliación hasta antes de que inicie, en la audiencia complementaria, la actividad de conclusiones de las partes –art. 102.4 para juicios de puro derecho y 102.5.2 ordinario con audiencia complementaria-.

La norma no aclara, si esa facultad de interponer esas excepciones privilegiadas "hasta antes de que inicie la alegación de conclusiones", es irrestricta o se refiere a los casos en que la causa que origina esas excepciones sea

sobrevenida. En la primera hipótesis es claro que, si la parte conoció de las circunstancias que fundamentaban la presentación en tiempo de esas excepciones, es con la contestación de la demandada que debe interponerlas, lo contrario sería permitir la deslealtad en el debate, la envestida procesal y el filibusterismo en la defensa, pues el demandado conociendo ya de tales circunstancias, se guarda la carta del triunfo, como si de un juego con naipes se tratara.

La segunda hipótesis, solo debería permitirse en los casos de que la excepción o las causas que da origen a ellas llegare a conocimiento o acaeciere en un momento posterior, solo así se explica la norma. Sin embargo, hay que decir que los Tribunales vienen interpretando la norma, según la segunda fórmula, de manera que no cuestionan si ya la parte conocía los motivos o si la interposición es desleal.

12.- EXCEPCIONES PROCESALES

a.- Momento para oponerlas

Como vimos, claramente el numeral 37. 2 NCPC señala "las excepciones procesales y materiales deberán oponerse con la contestación y debidamente razonadas. Podrán invocarse excepciones materiales hasta en la audiencia de prueba, cuando los hechos hubieran ocurrido con posterioridad a la contestación o llegado a conocimiento del demandado después de expirado el plazo para contestar.

Estas excepciones se sustanciarán en la audiencia de prueba".

b.- El deber de fundamentar las excepciones procesales

No indicaba de manera expresa el CPCD si las excepciones previas –hoy procesales- y las de fondo, había que fundamentarlas, es decir, dar las razones claras y fundadas de su procedencia. Ahora la norma ha introducido expresamente esa exigencia al requerir que deben ser "debidamente razonadas" –art. 37.2 NCPC "Serán rechazadas de plano aquellas que sean evidentemente improcedentes y las que se presenten sin prueba o sin su ofrecimiento, cuando esta sea necesaria. Se declarará sin lugar de forma inmediata, cuando se haya ordenado practicar prueba y esta no se haya efectuado en el momento oportuno".

El demandado, al momento de oponer las excepciones previas debe fundamentarlas, o al menos decir cuáles son los hechos, fundamentos fácticos en que se basa y, lo que es más importante, la prueba idónea que las fundamentan, por lo que al interponerse debe ofrecer las pruebas que sirvan de su apoyo, salvo que conste en el expediente y al menos así lo señale en el escrito inicial de interposición. No es cualquier prueba, es prueba pertinente, en este caso debe haber una interrelación entre el argumento y presupuestos de la excepción y la prueba que la fundamenta. Lo anterior en virtud del principio de carga de la prueba, porque en este caso le corresponde al demandado ofrecer la prueba de los

hechos constitutivos, modificativos o extintivos del derecho del actor.

c.- Excepción de falta de competencia

Ya vimos que conforme el art. 9.1 NCPC la parte puede oponer la excepción de incompetencia al contestar la demanda –art. 37.2 NCPC-. También que el art. 10 NCPC remite a la LOPJ, para la solución de los conflictos, en caso de disconformidad de las partes, con lo resuelto por el juez. Lo normal es que no haya prueba de declaraciones cuando se interpone la excepción de incompetencia, en este caso dicha excepción se resuelve por los tramites del incidente escrito, esto es, audiencia escrita por tres días al actor y luego la resolución de fondo.

En cuanto al trámite, por tratarse la competencia de un presupuesto procesal esencial se debe resolver de manera privilegiada y prioritaria. Si es evidente, como vimos de carácter previo, si no en audiencia, como una de las primeras actividades de la audiencia. No tiene sentido que el Juez, a quien se le ha cuestionado la competencia y siga conociendo del proceso si aún no se ha definido si es o no competente –164.3 LOPJ-, de violentar esta regla, lo resuelto por un juez incompetente resultará absolutamente nulo.

d.- Excepción de cláusula arbitral

Su ubicación es la de excepción procesal; pues si el juez la admite sin entrar en el fondo del asunto -que queda imprejuzgado- afectará solo el proceso y la relación procesal, pero no la sustancial. Como la Ley RAC ha

eliminado la denominación y dualidad de "cláusula compromisoria o de compromiso arbitral" modificando expresamente la terminología del y unificando ambos institutos con diferente denominación, a saber, acuerdo arbitral y requerimiento arbitral, debemos entender que esa excepción de "acuerdo arbitral". Por virtud de una cláusula arbitral, conforme a los artículos 18 y 23 de la Ley RAC y 1386 del CCi "las partes someten a la decisión de árbitros o arbitradores sus cuestiones actuales". Es un convenio preparatorio, escrito, accesorio o accidente, de estricto origen contractual y por ello autónomo, que, dada sus peculiaridades, se distingue de cualquier otro caso del compromiso de contratar.

La suscripción de una cláusula arbitral está caracterizada por la constitución de una serie de derechos, cargas, obligaciones y sujeciones, que se traduce en sus efectos.

e.- Excepción de litisconsorcio necesario

Existe litisconsorcio necesario -también denominado obligatorio- por disposición de la ley, o cuando por la naturaleza de la relación material, el pronunciamiento que se dicte deba hacerse necesariamente en relación con varios sujetos. No se trata de una facultad, sino de una imposición de la ley que exige que los sujetos actúen necesariamente unidos. Cuando es la ley la que dispone el litisconsorcio, la doctrina lo denomina litisconsorcio propiamente necesario, pero cuando es la relación jurídica material y no la ley, se

denomina litisconsorcio impropiamente necesario, tal distinción carece de importancia práctica.

b) La excepción de incompleto litisconsorcio se refiere a su modalidad pasiva, no al activo, pues como hemos señalado en otras obras y lo ha señalado la jurisprudencia –de casación y de los tribunales de apelación-, a la luz del derecho constitucional es discutible la admisión del litisconsorcio activo necesario, por violentar el derecho a la tutela judicial efectiva. Admitir el litisconsorcio necesario sería obligar a un sujeto a que plantee una demanda, formule una pretensión, pues conforme al art. 2.4 "A nadie se puede obligar a formular una demanda", ni aun en el caso de jactancia, que no es por asomo una excepción a la regla.

c) En segundo lugar art. 37.3.3 en comentario –igual que lo hacía el art. 298 inc. 4 CPCD- se refiere a "litisconsorcio necesario incompleto", es decir que la demanda es insuficiente, porque no han sido demandados todos, a quienes la sentencia puede afectar, pero la modalidad permitida es la de litisconsorcio necesario, no el facultativo pues en este no es obligatorio unir a todos los litisconsortes en una sola demanda, a eso se refiere la frase "necesario"; la forma de obviar esta limitación es ordenando la acumulación de demandas conexas, por vía la acumulación de procesos.

f.- Excepción de indebida acumulación de pretensiones

Cuando el actor formula o acumula dos pretensiones que no son acumulables, se produce el fenómeno de la escisión o desacumulación de pretensiones. El artículo 23.3 del NCPC, prevé que cuando las pretensiones no sean acumulables por no cumplir los requisitos señalados -conexidad, no excluyentes, proceso común y competencia-, o cuando el juez considere que la acumulación en vez de beneficiar, perjudica la economía del proceso, o dificulta la defensa del demandado con peticiones contradictorias que podrían generar incongruencia, puede ordenar de oficio la escisión o desacumulación de las pretensiones, produciéndose la separación o desintegración del proceso acumulado. De previo a ordenar la escisión, el juez otorgará un plazo de cinco días al actor o reconventor para que escoja la pretensión de su interés. De no cumplir el demandante con la prevención, se declarará inadmisible la demanda. Recuérdese que, no obstante, por única vez, el tribunal podrá hacer una segunda prevención en casos excepcionales, cuando sea evidente la intención de la parte de subsanar el defecto señalado.

Si la razón de la desacumulación es que las pretensiones son excluyentes, al hacerse la prevención a la parte, ésta puede decidir por formular una como principal y la otra como subsidiaria y no tener que desechar alguna, véase que hoy la norma expresamente da esa solución "Si fueran excluyentes, podrán acumularse como principales y subsidiarias".

Ordenada la desacumulación, el proceso no se descompone en varios, sino simplemente la pretensión no acumulable es desechada, reduciendo con ello el contenido de la pretensión. Esto confirma la posibilidad de que la pretensión inacumulable pueda formularse como subsidiaria.

g.- Excepción de litispendencia

Sin duda otra de las figuras procesales particulares es la litispendencia, pues si se creía que no se da en realidad, son frecuentes los casos de procesos repetidos, por diversas razones, no necesariamente mala fe de la parte.

La litispendencia es la situación que se produce cuando en dos procesos en curso y activos ambos, iniciados separadamente, hay identidad jurídica de sujetos, de objetos y de causas, bastando la identidad sustancial, sin que sea total –simetría absoluta de las pretensiones-. Se trata de una relación de medio a fin y una semejanza ideal, no gramatical ni exacta. Por su parte, el art. 8.6 NCPC señala "se produce litispendencia cuando existen, en trámite, dos o más procesos en los que concurra identidad de sujetos, objeto y causa".

Su significado es "litigio pendiente" y procede oponerla cuando hay otro proceso igual en trámite, aún no fallado o con decisión no firme por estar sin resolver alguna impugnación; porque de haber sido así, se entraría al terreno de la cosa juzgada.

La litispendencia se presenta cuando todos los elementos de dos o más procesos son comunes. Es decir, tienen el mismo objeto, sujetos y causa; de manera que el proceso más nuevo o reciente se archiva, con el fin de que se tramite únicamente el más antiguo y se emita una única sentencia. El demandado tiene la posibilidad de impedir la sustanciación de un segundo proceso mientras el otro no haya terminado por sentencia firme.

La litispendencia puede ser absoluta, cuando hay identidad de objeto y causa. En este supuesto el proceso nuevo debe archivarse –art. 8.2 NCPC-. Y habrá litispendencia por conexidad –relativa-, cuando solo hay identidad entre sujeto y causa. En este caso, no hay acumulación, puesto que la causa al ser diferente podría originar una sentencia diversa.

Si la litispendencia es el conjunto de efectos que origina la presentación de la demanda, que resulta admitida, uno de esos efectos es la posibilidad, que se concede al demandado, de impedir verse sometido a un segundo proceso, con objeto idéntico al del primero, mientras este no haya terminado por sentencia firme. El proceso anterior pendiente y el que se incoa deben ser idénticos, es decir, la pretensión, causa y causal debe ser la misma.

h.- Trámite, momento para resolverlas y recursos

El trámite de las excepciones procesales varía, según deba evacuarse prueba o no, para su resolución. Según se

ofrezca o aporte la prueba que la fundamente. Finalmente, según se fundamenten o no.

i.- Rechazo de plano de aquellas claramente improcedentes

El art. 37.3 introduce una importante novedad admitida por la jurisprudencia. Dice la norma que "serán rechazadas de plano aquellas que sean evidentemente improcedentes…". Véase que en este supuesto ni siquiera hay que dar audiencia al actor y menos dictar resolución de fondo, simplemente mediante auto se rechaza de plano. Es una manifestación concreta de la facultad de rechazo de plano de gestiones claramente dilatorias, temeraria, improcedente contenidas en los artículos 2.3, 4.2, 5.3 y especialmente 5.2 como potestad genérica del juzgador de "desechar cualquier solicitud o incidencia notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta".

Cuando se rechazan de plano la resolución que lo acuerda no admite recurso de apelación, en tanto no hace pronunciamiento de fondo de una excepción procesal -art. 67.3.6-.

ii.- Rechazo de plano por no aportar prueba

Señala el art. 37.3 que las serán rechazadas de plano las excepciones procesales que "se presenten sin prueba o sin su ofrecimiento". Se trata de aquellos supuestos es que es necesario el ofrecimiento de prueba para su demostración. Por ejemplo, si se opone la excepción de cláusula arbitral o litispendencia y no se aporta la prueba donde conste dicha

cláusula o el otro proceso. Cuando la prueba conste ya en el proceso o se aporte con la contestación, no es necesario el ofrecimiento separado, aunque es conveniente indicarlo en el escrito de oposición de la excepción.

iii.- Cuando se admitió prueba y no se evacúo en tiempo

Señala el art. 37.3 NCPC que la excepción procesal "se declarará sin lugar de forma inmediata, cuando se haya ordenado practicar prueba y esta no se haya efectuado en el momento oportuno". Es otro supuesto muy concreto, en el que se ofreció prueba de declaración o reconocimiento judicial, para resolver la excepción procesal, bien sea que el juez la ordene antes de la audiencia -supuesto de un reconocimiento judicial para determinar la competencia por materia- y esta no se evacúo oportunamente, debemos entender por culpa del demandado que interpuso la excepción y era el interesado en su evacuación.

iv.- Cuando sea evidente su procedencia

Cuando la excepción procesal fuere evidente, el juez deberá dar audiencia por tres días al actor, entrar a resolverla de inmediato, y acogerla interlocutoriamente, sin necesidad de señalar para resolverla en audiencia oral. Aquí el art. 37.3 señala que estas excepciones que no requieran prueba de declaración o reconocimiento judicial, se "tramitan" como los incidentes fuera de audiencia. Como complemento el art. 114.2 que regula los incidentes, solo permite el señalamiento de audiencia cuando haya prueba oral que evacuar y como la decisión de una excepción

procesal usualmente no requiere de esa prueba y el 37.3 exige aportar la prueba -si no existe en el expediente-, para fundamentarla, el juez debe resolverla interlocutoriamente, previa audiencia al actor, sin necesidad de señalar audiencia oral.

i.- Si se trata de la excepción de incompetencia

Si la incompetencia es evidente, tampoco tiene ningún sentido señalar audiencia cuando se sabe diáfanamente que el juez no es competente –art. 37.3 NCPC y 164.3 LOPJ. Ello solo atascará la agenda del Despacho, pues este se limitará a resolver esa excepción en audiencia, no pudiendo seguir con las restantes actividades de la audiencia oral. Véase que el art. 37.3 in fine NCPC, da la solución expresa de prescindir de la preliminar o audiencia única de monitorios, sumarios y de ejecución, en el supuesto de que esta excepción no requiera prueba o sea evidente "en los demás casos -sic. cuando no haya prueba que evacuar-, se seguirá el procedimiento incidental fuera de audiencia".

j.- El caso de la excepción de cláusula arbitral

La defensa de cláusula arbitral tiene la particularidad de estar regulada en el Código Civil y en la Ley Rac, prevaleciendo ésta última por ser norma especial, consecuencia de ello el trámite, especialmente de los recursos por una excepción de cláusula arbitral es diferente, por lo que no se aplica, en cuanto a los recursos el CPC. Veamos.

Aplicando las conocidas reglas y normas del proceso civil y la LOPJ, sobre conflictos de competencia y recursos en materia de incompetencia, la Sala ha señalado los parámetros y la competencia funcional para conocer los recursos de "apelación" –cuando procede- y de casación contra la resolución judicial o arbitral que resuelve; bien sea, la excepción de cláusula arbitral o la excepción de incompetencia basado en el alegato de que el asunto debe ser conocido en sede arbitral y no judicial -S. I C. N° 987-C-S1-2015 del 20-08-2015-.

k.- Trámite de la excepción de litispendencia

Como hemos señalado, la litispendencia puede ser absoluta, cuando hay identidad de objeto y causa. En este supuesto el proceso nuevo debe archivarse –art. 8.2 NCPC-. Y habrá litispendencia por conexidad –relativa-, cuando solo hay identidad entre sujeto y causa. En este caso, no hay acumulación, puesto que la causa al ser diferente podría originar una sentencia diversa.

Si la litispendencia, es el conjunto de efectos que origina la presentación de la demanda, que resulta admitida, uno de esos efectos es la posibilidad, que se concede al demandado, de impedir verse sometido a un segundo proceso, con objeto idéntico al del primero, mientras este no haya terminado por sentencia firme. El proceso anterior pendiente y el que se incoa deben ser idénticos, es decir, la pretensión, causa y causal debe ser la misma.

El tema de la litispendencia relativa y su efecto en el proceso más nuevo –del último al que se le dio curso-, se trata más bien, de un problema de competencia por conexión y de acumulación de procesos, que atribuyen la competencia de un asunto a aquel juez que primero haya prevenido -dado curso a la demanda-, de manera que el segundo juez -que aún no ha emplazado o lo hizo posteriormente-, será incompetente por haber atribuido la ley la competencia a quien primero conoció.

Para que exista litispendencia deben estar activos los dos procesos, no puede hablarse de ella si uno de los procesos fue resuelto en firme, fue desistido o se declaró una caducidad o se hubiere declarado inadmisible.

Con estas consideraciones, la resolución de excepción previa de litispendencia deberá examinarse si lo que produce es el archivo del segundo proceso -por identidad absoluta- o bien la acumulación, aspecto que deberá pronunciarse el juez, si así se solicitó, cuestión que tendría apelación, al estimarse esta excepción y pronunciarse sobre acumulación de procesos.

l.- Trámite de la indebida acumulación de pretensiones

En caso de acoger la excepción procesal de indebida acumulación de pretensiones, la resolución que admite la defensa, a su vez debe ordenar al actor escindir o desechar las pretensiones no acumulables.

De previo a ordenar la escisión o separación de pretensiones, el juez otorgará al demandante un plazo para

subsanar. Dice el art. 23.3 NCPC que, si se hubieran acumulado varias pretensiones indebidamente, se requerirá a la parte para que se subsane el defecto en el plazo de cinco días, manteniendo las pretensiones cuya acumulación fuera posible. Transcurrido el plazo sin que se produzca la subsanación o se mantuviera la circunstancia de no acumulabilidad entre las pretensiones escogidas por el accionante, se declarará inadmisible la demanda. A diferencia del CPC derogado, en el que el juez podía escindir la pretensión no acumulable y continuar con el proceso, en el NCPC si no cumple la pretensión simplemente se archiva el proceso.

Aunque la norma no prevé la situación, a mi entender si la razón de desacumulación es que las pretensiones son excluyentes, al hacerse la prevención a la parte, ésta puede decidir por formular una como principal y la otra como subsidiaria y no tener que desechar alguna.

La resolución que acoge la indebida acumulación de pretensiones admite recurso de apelación -art. 67.3.6-.

m.- Trámite del incompleto litisconsorcio necesario

El art. 22.1 NCPC prevé, por tratarse de un presupuesto indispensable para el examen eficaz de la pretensión, de oficio el juez ordene al actor o demandado integrar el contradictorio con los sujetos faltantes en un plazo de cinco días, bajo pena de declarar inadmisible la demanda, ordenando su rechazo o declarar inadmisible la reconvención. La prevención del juez ordenando la

integración, deberá indicar expresamente los sujetos que a su criterio han sido omitidos en la pretensión y porqué razón considera que ellos deben ser integrado, no basta pues con prevenir la integración.

Si la incompleta integración del litisconsorcio necesario se conoce en virtud de la defensa opuesta por el demandado, de considerarlo procedente, en la misma resolución que declara ese incompleto litisconsorcio pasivo necesario, el juez deberá ordenar la integración de la litis, con los sujetos omitidos demandar. De no cumplirlo el demandante, dentro del plazo de cinco días, se ordena el archivo del proceso, mediante resolución posterior.

n.- Los recursos en materia de excepciones procesales

En caso de admitirse una excepción procesal, la resolución admite recurso de apelación -art. 67.3.6 NCPC-. No admite casación porque no es propiamente una sentencia, es un auto que, aunque sea motivado o fundado -como todo auto, art. 28.1 NCPC- no por ello puede considerarse una sentencia y, en consecuencia, ya no admiten recurso de casación. Apelación si porque está expresamente en el elenco de resoluciones apelables, pero solo cuando se admiten, esto es, cuando se declaren con lugar.

Cuando estas excepciones procesales se rechazan de plano, se rechazan por el fondo -declaran sin lugar- o se reservan para ser conocidas en audiencia preliminar en ordinarios o audiencia única en los otros procesos, tampoco

tendría apelación, porque no está emitiendo pronunciamiento de fondo aun, véase que el art. 67.3.6 solo acuerdan el recurso de apelación contra la resolución que "declaren con lugar excepciones procesales", variando también así el sistema histórico que permitía la apelación en excepciones "previas", sea con o sin lugar.

Lo resuelto por el tribunal de apelaciones, sea confirmando la admisión de la excepción procesal, sea revocando lo decidido, hoy carece de recurso de casación, variando así el sistema histórico.

13.- EXCEPCIONES MATERIALES. ENUMERACIÓN

A diferencia de las excepciones procesales, no es común en los ordenamientos, encontrar estas excepciones enlistadas, lo hizo el CPCD derogada para los sumarios, hoy lo hace el NCPC para los procesos monitorios. Las más comunes en la práctica son: a) Falta de derecho; b) Falta de legitimación; c) El interés actual; d) La excepción de pago, e) Cosa juzgada, f) Excepción de prescripción, g) Excepción de caducidad, h) En general, causas que extinguen las obligaciones

14.- CONTESTACIÓN DEFECTUOSA: CONSECUENCIA

Si el demandado no contesta de manera correcta la demanda, pues lo hace con evasivas, su respuesta no es clara sino vaga e imprecisa; o bien, niega el hecho, pero no da razones de su rechazo, o simplemente se apersona al proceso sin contestar, el numeral 37.1 NCPC le otorga una

nueva oportunidad, para que corrija su contestación defectuosa. Dice la norma "si no contesta los hechos de la forma dicha, el tribunal le prevendrá, con indicación de los defectos, que debe corregirlos dentro de quinto día. Si el demandado incumple esta prevención, se tendrán por admitidos los hechos sobre los que no haya dado respuesta de la forma expresada".

No se produce en este supuesto un allanamiento, pues se refiere a un hecho mal contestado y no a una pretensión que es el campo dónde se produce el allanamiento, aunque ello si puede tener consecuencias procesales de aceptación tácita y relevante de un hecho, lo que denomina "confesión espontánea".

15.- RECONVENCIÓN

a.- Concepto

La reconvención es la "demanda" del demandado, en contra del actor o un tercero, con una pretensión autónoma –aunque conexa con la demanda o ser consecuencia del resultado de la demanda-, interpuesta dentro del mismo proceso que ha sido formulado en su contra.

b.- Momento para interponerla y la frase "en el escrito donde conteste la demanda"

En nuestro sistema procesal, al seguir la teoría de la indivisibilidad, la regla absoluta es que la reconvención se formule en el mismo momento y escrito de contestación de demanda, "únicamente en el escrito donde conteste la

demanda", dice el art. 38. Así se encuentra previsto en las leyes procesales de la materia civil, agraria, contenciosa, civil y laboral, lo que se fundamenta en los principios de concentración y preclusión de los actos procesales, el de unidad de la reconvención, y finalidad el establecer un orden procesal.

Consecuencia de lo previsto en esta norma 38 NCPC, es el hecho que, en virtud del principio de concentración y de unificación de presentación de la contestación y la reconvención, si el demandado contesta la demanda y luego contrademanda, aun cuando no se le hubiere vencido el plazo para hacerlo, la reconvención es extemporánea por preclusión y deberá ser rechazada de plano.

c.- Reconvención a un tercero

El artículo 38 NCPC establece la posibilidad de que en la misma reconvención se contrademande a un tercero, que lógicamente no es el actor, bien sea en conjunto con este o de manera individual. Enuncia la norma: "podrá traer al proceso como reconvenido a quien no sea actor". Esta regla ya estaba en el CPCD.

El presupuesto en esta hipótesis es que la reconvención también sea conexa o sea consecuencia del resultado de la demanda, bien sea porque ese tercero pretenda para sí la titularidad de lo reclamado o sea el obligado, legal o contractual, de la pretensión reclamada. Debe entenderse en el sentido de que esta hipótesis procede cuando existan los presupuestos de una conexidad y obligatoriedad de

pronunciamiento inseparable por la naturaleza de la relación jurídica material "la decisión deba hacerse con varias personas" –aplicación 22.1 sobre litisconsorcio-.

d.- La conexidad y requisitos de la reconvención

"La demanda y la reconvención deberán ser conexas o ser consecuencia del resultado de la demanda", exige el numeral 38 NCPC, norma inspirada en el derecho comparado. De la lectura de la norma y de la lógica del instituto se extraen los requisitos formales de la reconvención**:**

a) Conexidad: Significa ese requisito, que para que la reconvención sea admisible debe cumplirse con los requisitos de los artículos 7.3 y 12.3.2 NCPC. La conexidad se produce cuando los elementos sujeto -conexión subjetiva- y objeto sean comunes, idénticos -conexión real-, o solo la causa de pedir sea igual -conexión causal-, o bien cuando los tres elementos sean idénticos, o cuando la causa y otro elemento sean comunes.

b) Requisitos formales de la reconvención: En cuanto a los requisitos formales de la reconvención, el numeral 38 exige "la reconvención deberá reunir los mismos requisitos del de la demanda. Si fuera defectuoso, se prevendrá su corrección en los mismos términos de la demanda" y cumplir además con el requisito de interposición conjunta y de conexidad de su pretensión con la de la demanda original.

c) Debe ser escrita y reconvención implícita: No se permite la reconvención *in voice*. Agregamos debe ser determinante de que se quiere reconvenir. Conforme al criterio vigente de la Sala Primera, no se permite la pretensión implícita, puesto que esta debe ser determinante y concreta, aunque luego analizamos la previsión de la pretensión presunta.

d) Debe plantearse al momento de contestarse la demanda: ya hemos analizado ese requisito.

e) Demanda principal pendiente: Para que exista reconvención tiene que haber una demanda pendiente, de modo tal que haya sido suficiente para iniciar el proceso, y que a la fecha de la reconvención se encuentre en trámite, de esta manera no procede la reconvención si la demanda no se ha iniciado –diligencias anticipadas- o si el proceso ha concluido anticipadamente, por vía de una excepción procesal, inadmisibilidad, caducidad de la instancia o resolución previa

f) Finalmente, la reconvención solo procede en proceso ordinarios –art. 38 NCPC-, no obstante, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad en sumarios interdictales.

e.- Traslado y réplica de la reconvención

De la contrademanda se debe dar audiencia por tres días hábiles al actor. El traslado de la reconvención debe cumplir los mismos requisitos del de la demanda. La reconvención del actor original se notifica en el medio

señalado. No es necesario notificarlo personalmente o en casa de habitación.

A la contestación de la reconvención se le denomina réplica, tiene las mismas particularidades de contenido y técnica de la contestación de la demanda -remitimos a lo indicado-. Con la contestación de esta audiencia termina los actos introductorios, de alegación y aportación del actor, con las excepciones vistas, pues una vez contestada la reconvención, no le será permitido variar el objeto, introducir más prueba –en principio- ni modificar su pretensión, por lo que a través de la réplica no podrá ampliarse la pretensión o introducir una causa petendi diversa-

La oposición a la reconvención hecha por el actor originario –conocida como réplica-, así como la admisión de prueba referente a ella, el ataque de las de excepciones de fondo de la reconvención -y excepcionalmente las de excepciones procesales-, se conocen en la audiencia preliminar o en la audiencia única –de sumarios y monitorios-. Ya no existe la histórica súplica, que era la contestación a la réplica de la reconvención.

16.- FALTA DE CONTESTACIÓN Y ALLANAMIENTO

a.- Rebeldía del demandado

Hay rebeldía, cuando el demandado, debidamente emplazado y notificado de la existencia de un proceso, no se apersona, se niega a contestar o lo hace

extemporáneamente, es contumaz, con la orden de llamado del juez.

Es pacífica la doctrina en conceptuar la rebeldía del demandado como su ausencia e inactividad inicial, transcurrido el plazo para comparecer y personarse en el proceso. Es la conducta procesal que adopta el demandado después de incoado y notificado del proceso por medio de la demanda del actor, no interviniendo desde un principio.

Las consecuencias que importa la rebeldía exigen, para ser declarada, el cumplimiento de ciertas condiciones por parte del juzgador. En nuestro ordenamiento solo se exige: **a)** Emplazamiento válido debidamente notificado al demandado, **b)** Omisión de contestar o contestación extemporánea. Ya no se exige la solicitud previa del actor o declaratoria del juez, de manera que opera de pleno derecho –*ope legis*-, cuando se dan los dos presupuestos señalados.

La incomparecencia de la parte o su rebeldía, de ninguna forma prejuzgan sobre la pretensión, siendo posible que la parte comparezca en cualquier momento, incluso solamente para plantear otros actos de parte, oponerse a los del actor y recurrir cualquier resolución, sin embargo, toma el proceso en que se encuentra al momento de apersonarse y sin derecho a valerse de las facultades de contestación en tiempo –principio de preclusión y de consecuencia de incumplimiento de carga, Art. 39 NCPC-

A diferencia del allanamiento, en la rebeldía el juez no puede dictar sentencia estimatoria y anticipada y debe

necesariamente seguir con todo el iter procesal restante: declarar la rebeldía, señalar hora y fecha para la audiencia preliminar o única y luego el dictado de la sentencia. Aunque el art. 39 no aclara este efecto se deduce de la posibilidad de que el demandado comparezca en cualquier momento, y en segundo lugar porque el Código no quiso establecer esa sanción contra el rebelde, como si lo hizo expresamente en el caso de allanamiento.

b.- Allanamiento del demandado

El allanamiento es la manifestación expresa e inequívoca del demandado, en aceptar las pretensiones de la demanda, con la consecuente estimación de aquellas, y que, prescindiendo de la fase de audiencias –probatoria y conclusiva- permite el dictado de una sentencia estimatoria anticipada, salvo que exista fraude procesal.

El artículo 39 contempla dos tipos de allanamiento: el total y el parcial. En virtud del primero, al implicar una aceptación total de las pretensiones –no de los hechos- el juez sin más trámite dictará sentencia, salvo que sospeche que hay fraude o la demanda fuere improcedente "en cuanto no resulten contradichos por la prueba que conste en el expediente", como se dirá, sigue así nuestro Código la denominada tesis de la no vinculación del allanamiento.

El allanamiento no puede ser condicionado, vago, impreciso o no determinante, debe ser claro y sin condiciones, que unívocamente el demandado exprese su deseo, por autonomía de la voluntad de aceptar

incondicionalmente la pretensión que se ha formulado en su contra.

Si el allanamiento fuera parcial se dictará sin más trámite sentencia anticipada sobre los extremos aceptados y podrá ser ejecutada de inmediato, en legajo separado. El proceso seguirá su curso normal en cuanto a los extremos no aceptados. Esto significa que debe señalar fecha para audiencia preliminar o única, si fuera necesario y no se pueda prescindir de ellas.

El artículo 39 NCPC señala que en caso de allanamiento se dictará sentencia estimatoria anticipada "sin más trámite, salvo si hubiera indicios de fraude procesal, si la cuestión planteada fuera de orden público se tratara de derechos indisponibles o fuera indispensable recibir prueba para resolver, en cuyo caso se continuará con el procedimiento".

17.- DEMANDA Y CONTESTACIÓN CONJUNTA

Se puede definir como un proceso "abreviado" en el que las partes, de común acuerdo, someten de manera conjunta –o separada simultáneamente- al juez, la demanda y su contestación, para la decisión de una controversia, en la que puede o no estar de acuerdo con los hechos, en los que se entienden renunciado el emplazamiento, las audiencias y todo el iter procesal, y solo en caso de que haya hechos controvertidos que requieran prueba, se ordenará su práctica, conforme a las reglas de esa audiencia, para luego el dictado de la sentencia.

Es una clara manifestación del principio dispositivo, pues permite a las partes "disponer" del proceso, y saltarse las principales etapas, para llevarlo a una fase muy adelantada, casi definitiva. En ese sentido, es una excepción a la regla de la naturaleza pública e indisponible del proceso que consagra el art. 3.5 NCPC, pues no solo permite renunciar a todo el proceso, incluyendo sus audiencias, sino que las partes delimitan el objeto y pueden pedir al juez los aspectos en concreto que quiere que se pronuncie, incluso las partes podrían relevar al juez de cumplir con una demanda formal, si lo que se pretende es una interpretación, en la que no hay discusión de los hechos, ni las pruebas.

CAPITULO II

LA PRUEBA EN GENERAL

1.- MEDIOS DE PRUEBAS. ENUMERACIÓN

El artículo 41.2 NCPC señala "son admisibles como medios de prueba los siguientes: Declaración de parte; declaración de testigos; dictamen de peritos; documentos e informes; reconocimiento judicial; medios científicos y tecnológicos y cualquier otro no prohibido".

Como es debido se eliminaron, respecto del art. 318 CPCD "las presunciones e indicios", como dijimos en diversas oportunidades, conforme a la doctrina procesal contemporánea, no son medios de prueba. La mayor parte de la doctrina rechaza por el contrario el carácter de medio de prueba a las presunciones. Esta última es la posición más aceptada y que ha llevado a excluir a las presunciones, de los códigos procesales modernos, como medios de prueba. La presunción es la consecuencia de una operación intelectiva del juez, no son medio de prueba, sino formas de razonamiento o prueba en sí misma considerada, son conclusiones a las que llega el juez, para elaborar la sentencia, de allí que resultaba desacertada la regulación en el derogado CPC, como medio de prueba -artículos 414 y en la lista del Art. 318.7 CPCD-, pues como señala el Prof. Antillón no son medios de prueba sino prueba a secas, pues consisten en juicio que, por mandato legal o por inducción

lógica o experiencia mundana, permiten al juez corroborar juicios de hecho, principales o secundarios, y ello queda demostrado si observamos que las presunciones y los indicios, como pruebas que son, se construyen usando –verdaderos- medios de prueba, como el documento o el testimonio.

También al excluirse los indicios como medios de prueba en el 41.2 NCPC, al igual que lo han hecho otros ordenamientos con el español, surge la duda si es el indicio un medio de prueba. Como hemos indicado, para un sector minoritario de la doctrina, los indicios no son medio de prueba, sino un objeto o argumento de prueba. Para la mayoría, con Carnelutti a la cabeza, lo consideran como un medio probatorio. Y es que esta aseveración es incuestionable, no tanto por el respaldo legal que tiene, sino por la propia condición del indicio, pues si bien parte de unos hechos, demostrados por otros medios probatorios, sea testimonio, confesión, documentos, reconocimiento judicial, etc., estos son la fuente de la cual obtiene el juzgador el conocimiento para llegar a establecer el hecho indicado. "El error de la tendencia minoritaria en considerar el hecho en sí mismo, aislado de la inferencia que de él obtiene el juzgador y que constituye su fuerza probatoria". La Sala Primera, ha tomado posición de la tesis que niega el carácter de medio de prueba.

La segunda gran novedad de la norma es la consagración de un *númerus apertus* y no un *numerus clausus*, como el que contenía el 317 CPCD. En efecto, la fórmula

amplia de medio de prueba sumado a la frase 41.2.7 "Cualquier otro no prohibido".

Habitualmente, en los códigos y leyes procesales, como en el NCPC 41.2, se menciona como medios de prueba a los conocidos desde antiguo como: documentos -o prueba documental-, declaración de parte, testimonio -o prueba testimonial-, pericia -*rectius est*: peritaje o prueba pericial-, informes -o prueba informativa- y reconocimiento -o prueba de inspección-.

2.- MOMENTOS PARA OFRECER PRUEBA

Con el nuevo sistema procesal, los momentos para ofrecer, aportar y ampliar prueba serían:

a) Antes de la contestación de la demanda –art. 35.6 NCPC-,

b) Con la demanda o reconvención –arts. 35.6 y 38.1 NCPC-,

c) Con las contestaciones de demanda o reconvención –arts. 37 y 38.2-,

d) En las audiencias para combatir las excepciones –previas o de fondo- que no hubiesen sido ofrecida antes –arts. 37.3 in fine-,

e) En los incidentes que se formulen oralmente –art. 114.1-,

f) De oficio en primera instancia que proponga el tribunal en audiencia –art. 41.3-;

g) En la audiencia de prueba, excepcionalmente, si fuera indispensable y dando razones fundadas se podrán

ordenar otras pruebas para comprobar o aclarar hechos relevantes, respetando los principios de contradicción y de concentración,

h) Las que autoricen la sustitución de testigos –art. 43.3-

i) En audiencia preliminar para la contestación por el actor o el reconventor de las excepciones opuestas, el ofrecimiento y la presentación de contraprueba –art. 102.3.4-,

j) Para alegación de actividad procesal defectuosa no resueltas anteriormente, vicios de procedimiento invocados en la audiencia y excepciones procesales, a resolver en audiencia preliminar –art. 102.3.5.-,

k) La parte en segunda instancia con "carácter restrictivo y excepcional" –art. 67.2 NCPC-, estrictamente necesaria para resolver los puntos objeto de alzada, "cuando no se haya podido ofrecer o practicar en primera instancia por causas ajenas a la parte. El tribunal solo ordenará prueba de oficio, cuando sea indispensable",

l) De oficio en segunda instancia para "cuando sea indispensable" –art. 67.2 NCPC-,

m) En el recurso de casación la parte puede ofrecer, con "carácter restrictivo y excepcional…estrictamente necesaria para resolver los puntos objeto de impugnación, cuando no se haya podido ofrecer o practicar en primera instancia por causas ajenas a la parte,

n) De oficio en casación, cuando sea indispensable.

o) Con la demanda de revisión -art. 72.5-.

3.- CARGA DE LA PRUEBA

Carga, en su acepción corriente, es asumir la imposición de un peso. Se denomina carga procesal por ser una imposición legal que recae sobre las partes. Por esto, se afirma que la carga es un imperativo. Puede concebirse como aquellos actos que las partes están en libertad de realizar, pero que, si omiten, le traen consecuencias jurídicas adversas. Como una variante o modalidad de la carga procesal, está la carga de la prueba, que Devis define así "noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al tribunal cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte.".

Solo se corre con la carga de probar, aquellos hechos controvertidos, excluyéndose de esa imposición, como se vio, a hechos admitidos expresamente, a hechos amparados a una presunción, a hechos evidentes y a hechos notorios – Art. 41.1. NCPC -.

4.- ADMISIBILIDAD Y RECHAZO DE PRUEBA

El examen de admisión o rechazo de prueba la realiza el juez, de acuerdo con los requisitos y reglas que establece el NCPC 41.3. Estos requisitos son formales atendiendo la oportunidad o momento procesal en el cual las partes deben ofrecer la prueba y la forma en que debe ser ofrecido cada

medio. Los requisitos materiales o intrínsecos regulan la pertinencia, idoneidad, utilidad e ilicitud de los medios de prueba ofrecidos.

En cuanto a la oportunidad para ofrecerlos, tenemos dos tipos: la prueba ordinaria, que es aquella que se ofrece en los momentos normales que establece el procedimiento -en la demanda, contestación, reconvención o en la audiencia preliminar o única por el actor para atacar las excepciones del demandado-. De no cumplir este requisito se dice la prueba es extemporánea. La prueba extraordinaria es aquella que se ofrece en momentos de excepción, como lo es la prueba anticipada, la que propone el juez, la que ordena el juez de oficio o la complementaria.

Veamos ahora esta admisión conforme a los requisitos materiales.

a.- Prueba admisible

La prueba admisible se refiere a la prueba, que legalmente sea permitida, esto es que no esté prohibida o excluida por determinada condición. La prueba admisible, se refiere al resultado de un juicio hecho por el tribunal, sobre la idoneidad –entendida como aptitud, adecuación, capacidad o convicción- de determinadas pruebas o condiciones, que ha de reunir el medio o la actividad probatoria que se propone, para que pueda penetrar o practicarse y en su caso que lleve a algo y sea idónea para ser considerada demostrativa del hecho que se pretende comprobar, al momento de valorarse.

En este sentido entendemos por admisión el acto procesal por el cual el tribunal accede a que un medio de prueba determinado sea considerado como elemento de convicción en ese proceso y ordena agregarlo o practicarlo, según el caso. Sin este acto, la prueba presentada o practicada carece de valor legal, y no puede ser tenida en cuenta para la decisión de la causa a que se refiera; de lo contrario, se violarían los principios de lealtad, la contradicción, la publicidad y la formalidad de las pruebas.

El concepto de "admisibilidad" también tiene relación con los criterios de que guarde "relación directa con los hechos" y "conducente" a que se refiere el artículo 41.3 NCPC; esto es, que el tribunal rechazará la prueba que se refiera a hechos admitidos expresamente o que deban tenerse como tales conforme a la ley, amparados a una presunción absoluta, evidentes o notorios, así como la impertinente, excesiva, inconducente o ilegal.

i.- Prueba conducente o útil

Tampoco es admisible la prueba inconducente o inútil, que se entiende aquella prueba que, según las reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos. Lo de útil tiene que ver con que la prueba sea conducente, provechosa, fructuosa, adecuada, buena, eficaz, apta. Pertinencia y utilidad se suelen confundir. "La pertinencia se refiere principalmente al hecho que se pretende probar con un medio concreto de prueba, la utilidad atiende fundamentalmente al medio en sí mismo considerado,

aunque no pueda faltar en ocasiones referencia a la relación entre medio y hecho".

La prueba no útil –inconducente, inadecuada, no apta- tiene un alcance cualitativo y cuantitativo: **a)** Resulta inconducente aquella prueba por medio de la cual aparece como imposible o irrazonable probar lo que se intenta, **b)** El alcance cuantitativo de la conducencia tiene como base referencial lo que se conoce como "dosis de prueba", que es la cantidad de prueba suficiente para alcanzar la evidencia o llegar a su punto de saturación.

ii.- Prueba pertinente

El concepto de "impertinencia" del 41.3 NCPC, está relacionado con la aptitud del medio para convencer acerca del contenido de la fuente de prueba, aunque también está ligada a la consideración previa del legislador respecto de la prueba superabundante –excesiva dice hoy la norma- que dicho medio pueda informar al ocasionar un retraso innecesario al proceso. Es aquella que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de debate, acuñada en sentido positivo por el legislador en la frase que "tengan relación directa con los hechos y la pretensión". Es decir, prueba que no tiene ninguna vinculación con los hechos u objeto de debate concreto, con una relación de medio a fin con el objetivo que se persigue en el proceso concreto.

La impertinencia de la prueba tiene un alcance mayor a aquella prueba que no guarda relación con lo que sea objeto del proceso. En efecto, se le vincula al hecho de que,

si con un medio de prueba se pretende demostrar algo que no es relevante, que no ha sido alegado, afirmado, ni introducido en el debate en la fase de alegaciones o que es inconducente con lo debatido, debe ser rechazada por impertinente, lo que es lo mismo decir, irrelevante o incontrovertido; o bien, porque no van a tener ninguna influencia en la decisión -hechos irrelevantes-.

b.- Prueba inadmisible e innecesaria

En algunos supuestos legales no se admite un medio de prueba, algunos casos:

i.- Hechos admitidos expresamente

Cuando un hecho, en la fase de alegaciones –demanda, contestación, reconvención o réplica- es admitido expresamente por la contraria, se le releva de prueba e indefectiblemente el tribunal deberá considerarlo como cierto, por ello pierde relevancia una acreditación posterior –art. 41.3 NCPC-.

Cuando se contestan los hechos, como vimos, la parte puede aceptar uno o más hechos, tal "allanamiento" de ese hecho, la ley lo ampara con plena certeza y se pierde todo interés de su acreditamiento posterior. El problema que se plantea es si la parte que admitió ese hecho luego revierte la conclusión, con elementos probatorios contradictorios con tal presunción de certeza. En mi criterio, el hecho debe tenerse como cierto, por así haberlo admitido expresamente la parte a quién perjudica. No trata de una confrontación entre verdad real y formal, sino del resguardo del principio

de lealtad procesal y la sanción procesal, expresamente contemplada, que la parte es gravada sin que pueda cambiar ese gravamen.

La presunción de verdad de ese hecho admitido y el relevo de prueba que acuerda la norma al hecho aceptado, opera en beneficio de la parte contraria, quien confiada en su aceptación y la presunción legal abandona, autorizada por ley, la carga de probar lo admitido, por lo que tal hecho debe indefectiblemente tenerse como cierto, por así haberlo confesado el sujeto pasivo que lo admitió.

ii.- Hechos amparados en una presunción

También el numeral 41.3 NCPC releva de prueba a los hechos "amparados a una presunción absoluta", si ello sucede estará relevado de prueba y sería impertinente su admisión. Toda presunción legal absoluta –no así la relativa- exime a la parte que la alegue, de la obligación de probar el hecho cierto en virtud de tal presunción absoluta. Las presunciones absolutas relevadas de prueba son pues las absolutas o legales, ya que las relativas y las humanas, como se introducen a un análisis más riguroso, la relevación de prueba no es absoluta.

La presunción absoluta que se releva de prueba es aquella que, partiendo de una máxima experiencia integrada en su propia cultura proporciona al tribunal tanto el hecho-base o indicio como la conclusión fáctica. Parece más acertada la afirmación de que las presunciones *iuris et de iure* –absolutas- no admiten prueba en contrario,

mientras que las *iuris tantum* invierten la carga de la prueba y autorizan que se pruebe en contra, de allí que se afirme que las primeras son absolutas y las segundas relativas, en tanto son un estado temporal que puede ser revertido.

El fundamento para excluir de prueba y que la ley los ampare con una presunción de certeza a estos hechos, viene justificado por razones que atañen a las dificultades probatorias y el interés público de certeza en mantener la verdad formal y uniformidad de ciertos hechos.

iii.- Hechos evidentes

Conforme al artículo 41.3 CPC, están exentos de prueba los hechos evidentes. Lo evidente es la percepción absoluta clara y manifiesta de una idea o de una cosa, de la que nadie puede dudar racionalmente, lo claro, lo patente, que no ofrece ninguna duda, los que surgen de la mera percepción sensorial. Un hecho es evidente, cuando es clara y lógicamente palpable y concluyente de una verdad generalmente aceptada. Son aquellos que surgen de los principios de la experiencia y de la lógica, no requiriéndose prueba alguna para su comprobación. La actividad intelectiva del tribunal suple la posible actividad probatoria de las partes. Nacen de la experiencia misma del tribunal. Que la luz llega antes a nuestros sentidos que el sonido; que se ve mejor de día que de noche; que el automóvil que va a más de 100 km por hora no puede ser detenido en 5 metros, constituyen hechos evidentes exentos de prueba.

Esta prueba es la que los italianos e ingleses denominan prueba *prima facie*, considerando como tal, a aquella que permite extraer la prueba de los principios prácticos de la vida, de lo que generalmente ocurre en el natural desarrollo de las cosas. Dice Couture "suplen la falta de prueba directa de las partes a través del conocimiento personal del tribunal de las cosas y su experiencia de la vida".

Los hechos tenidos por evidentes caen ante nuevos hechos o nuevas experiencias que los desmienten o contradicen, a través del progreso científico y técnico. Lo que hasta ayer parecía imposible, v.gr., que el hombre viaje a más de veinte mil kilómetros por hora, hoy es una realidad. Que el hombre llegue a Marte; algún día será.

Al igual que los notorios, los hechos evidentes están exentos de prueba, pero se diferencian de los primeros, en que no necesitan ser alegados o afirmados por las partes para ser tenidos en cuenta por el tribunal en su sentencia. Al ser evidente, a los ojos de todos, incluyendo el tribunal, rayaría en lo absurdo y la ilógica, el exigir su demostración, en estos casos la mentalidad del tribunal suple la actividad probatoria de las partes y puede considerarse innecesaria toda tentativa de prueba que tienda a demostrar un hecho que surge de la experiencia misma del tribunal.

iv.- Hechos notorios

El artículo 41.3 también exime y releva de prueba, de manera absoluta al hecho notorio, siguiendo así la doctrina procesal mayoritaria y el derecho comparado. El mejor

concepto de hecho notorio lo dio Calamandrei cuando afirmó que son aquellos hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal de un determinado sector social al tiempo de pronunciarse la resolución, o bien aquellos preconstituidos formalmente como verdad y por ello indiscutibles por una colectividad o al menos susceptibles de deparar un cierto grado de certeza, en un tiempo y lugar determinado, fuera del proceso o el conocimiento privado del tribunal. Sin embargo, estos hechos deben ser alegados por la parte que pretende favorecerse y luego la ley los amparó en el grado de certeza, la exención autorizada por ley de prueba no significa que se le exima de alegación.

El concepto de notoriedad es relativo, no pueden darse al respecto reglas precisas, porque tanto puede referirse a un acontecimiento histórico, político o de la naturaleza, pero su característica es el dominio público, es decir, que nadie lo pone en duda, de tal manera que la convicción que de ella surge es tan firme como la que emana de una prueba directa; y por ello, puede el tribunal tenerlo por cierto en el fallo, cuando la parte lo ha invocado como fundamento de su pretensión o defensa. Por ejemplo, es notorio un estado de guerra, el huracán o terremoto que devastó una ciudad, una inundación, una revolución, una huelga, la muerte de una figura pública.

v.- Pruebas ilegales

No se puede incorporar, entonces, prueba, sobre hechos ilegales o prueba ilícita –art. 41.3 NCPC, 40 CPo-.

La prueba ilícita es la que se obtiene violando normas o reglas esenciales de adquisición de una prueba o violando derechos fundamentales consagrados en la Constitución o instrumentos internacionales. La violación puede ser para lograr la fuente de prueba o el medio probatorio. Pellegrini, dice "por prueba ilícita en sentido estricto, indicaremos por tanto la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la constitución, frecuentemente para protección de las libertades públicas y los derechos de la personalidad y de su manifestación como el derecho a la intimidad".

La prohibición de admitir pruebas ilícitas o ilegales se apoyan sobre la ponderación superior de ciertos intereses extraprocesales frente a los intereses procesales encaminados a descubrir la verdad, se puede afirmar que el sistema de libertad probatoria y su libre apreciación opera y debe operar, sobre pruebas obtenidas y aportadas en forma regular y sin violación de los derechos constitucionales, ello explica que el artículo 40 constitucional proscriba "toda declaración obtenida por medio de la violencia será nula" que aplicada al ámbito civil implica el rechazo, desconocimiento, prohibición de admisión y no valoración de cualquier prueba, que aunque prevista como medio, se haya obtenido de manera ilícita, con fuerza física o moral, tortura o agresión, obtención ilícita de documentos sin seguir los cauces legales, sustracción de documentos e información indebida, grabaciones ilegales o no autorizadas.

4.- PRÁCTICA DE LA PRUEBA

La práctica de la prueba se regirá por las siguientes disposiciones:

a.- Deber de cooperación

De acuerdo con el art. 41.4.1 "es responsabilidad exclusiva de la parte proponente citar y presentar sus fuentes probatorias. Podrá solicitar la cooperación de los tribunales para obtener órdenes, citar testigos y peritos u ordenar su comparecencia por cualquier medio disponible. Las partes y los testigos tienen el deber legal de declarar. Esta obligación se extiende a los funcionarios públicos respecto de los informes y las certificaciones. Los tribunales requerirán su asistencia a las audiencias por cualquier medio, incluso con el auxilio de la Fuerza Pública, si fuera necesario".

El deber de cooperación, en materia probatoria, entre otros, resurge bajo el prisma de un proceso asimétrico e isonómico. La cooperación parte de la idea que el Estado tiene deber primordial de propiciar condiciones para la organización de una sociedad libre, justa y solidaria, dado que se encuentra fundado en la dignidad de la persona humana. El egoísmo procesal, propio de una cultura enraizada en el liberalismo jurídico, se transforma así en un deber de cooperación entre las partes, en materia probatoria, permitiendo que una conducta u omisión de la contraria, impida la aspiración de la búsqueda de la verdad y una solución los más objetiva posible del conflicto.

b.- Deber de veracidad y juramento

El numeral 41.4.2 señala "Toda declaración e informe pericial o de oficina pública deberá expresar la verdad sobre los hechos. En las declaraciones de partes, testigos o peritos se recibirá el juramento por Dios o lo más sagrado de sus creencias, con las advertencias legales de la trascendencia de infringir el deber de veracidad u omitir elementos esenciales. El juramento no será exigido a los menores de doce años".

No basta con que el testigo, parte o perito comparezcan, pues puede negarse a contestar o contestar con evasivas, ocultando la verdad. Es necesario: **a)** comparecer directamente al Despacho, salvo autorización de que lo haga en otro lugar, **b)** deben prestar juramento previo –deber de decir verdad-, **c)** deben someterse a cualquier otra formalidad prevista en la ley para su interrogatorio, **d)** deben de decir verdad, lo que se consiente con la fórmula del juramento. El deber del testigo, declarante o perito no es solo declarar, sino el declarar la verdad, específicamente la verdad objetiva, tal y como la percibió, específicamente lo que el consideren que es la verdad, pues la exigencia legal apunta no a la verdad ontológicamente considerada sino a la sinceridad del testimonio; **e)** deber de responder al interrogatorio, sin evasivas y en forma clara, precisa y contestar la pregunta que se le formule, **f)** en el caso de testigos y peritos deber de comunicarle al juez todo lo que sabe sobre los hechos objeto del interrogatorio, sin omitir aspectos esenciales de tales hechos y que sean

indispensables para determinarlos o para aclarar y precisar el relato –dar razón de su dicho-, tal obligación no es exigible cuando el testigo declara acerca de hechos que ha realizado o en los cuales ha intervenido, pues en tales casos la fuente de conocimiento surge de sus propias respuestas.

c.- Concentración de la prueba

Ya hemos analizado el principio de concentración de la prueba. Según este principio "la prueba se practicará en una sola audiencia. Cuando ello no fuera posible en un solo día, se prorrogará la audiencia en días inmediatos y consecutivos. Se procurará recibir la mayor cantidad de prueba por día, estableciendo cuál habrá de practicarse en cada señalamiento. Las partes podrán disponer el orden de la declaración de sus testigos" –arts. 41.4.3 y 50.1 NCPC-. La violación al principio de concentración de las audiencias puede originar un recurso de casación por forma y nulidad en apelación.

d.- Orden en la práctica de las pruebas

El CPCD no contenía ninguna regla sobre el orden de evacuación de las pruebas. Hoy la norma señala "las pruebas se practicarán respetando el siguiente orden: reconocimiento judicial, declaración de partes, declaración de peritos e interrogatorio de testigos. A solicitud de las partes o de oficio, por causa justificada, se podrá alterar el orden indicado" –art. 41.4.4 NCPC-. No queda ya a discreción del juez, lo que antes provocaba que indebidamente se señalara primero confesional –hoy

declaración de parte-, alterando incluso el orden lógico de admisión de un hecho. El juez en ese supuesto debe dar justificaciones para alterar el orden.

Es conveniente que si hay declaración de parte se evacúe de primero, por varias razones: **a)** para tratar de ver si hay conciliación entre las partes, **b)** para que la declaración de parte sea espontánea y no la rinda después de que haya oído la declaración de todos los testigos y haya descubierto el interrogatorio y la estrategia de la parte contraria, con lo cual su declaración sería preconstruida por el abogado, **c)** porque la declaración de un hecho o su admisión convierte al hecho en incontrovertido o admitido, lo que se releva de prueba posterior. Si hay testigos de ambas partes, no resuelve el Código cuales se evacúan de primero. Lo conveniente es que empiece con los del actor quien es quien primero pretendió, primero con el reconocimiento, luego con el interrogatorio al demandado, luego el del actor, examen pericial oral, finalmente los testigos del actor y luego los del demandado. Si son muchos testigos puede alternarse, empezando siempre con los del actor.

Hay que recordar que conforme al numeral 41.4.3 "se procurará recibir la mayor cantidad de prueba por día, estableciendo cuál habrá de practicarse en cada señalamiento. Las partes podrán disponer el orden de la declaración de sus testigos. En cuanto a la prueba pericial hay una excepción y es que el informe escrito debe estar presentado con al menos 5 días de antelación al de

audiencia de pruebas. Por eso es conveniente, como se está haciendo en materia contenciosa, nombrar el perito antes de la audiencia del juicio oral y esperar rinda su informa para señalar fecha para dicha audiencia.

e.- Práctica de prueba en el lugar de los hechos

Consecuente con el principio de inmediación –arts. 2.7; 9.2; 41.4.6; 59 y 60-, el art. 41.4.6 establece "la prueba se practicará en el lugar de los hechos, sin sujeción a las limitaciones de competencia territorial, cuando sea necesario para la vigencia del principio de inmediación, según la naturaleza de lo debatido y cuando el tribunal lo estime conveniente". Si se trasgrede esta regla la prueba será nula y con ello se vulneraría el principio de inmediación y de identidad física del juzgador.

f.- Declaración domiciliaria

Dice el 41.4.7 que "cuando por enfermedad o por otras circunstancias especialmente justificadas quien deba declarar no pueda comparecer a la sede del tribunal, a solicitud de parte se podrá disponer que preste declaración en su domicilio o en el lugar en que se encuentre. Al efecto, podrá utilizarse el sistema de videoconferencia".

Se trata de supuestos muy específicos, de "enfermedad" o por "circunstancias justificadas". Enfermedad debemos entender aquella que realmente postre en cama al declarante y que le impida salir, movilizarse o por estar hospitalizado. Por justificadas debemos entender aquellas razonadas y demostradas que

evidencien fuera de toda duda aquella imposibilidad de asistir, esto porque rompe el principio de inmediación y concentración.

La siguiente frase, que fue agregada por la Comisión de Jueces, "Si, atendidas las circunstancias, el tribunal considera prudente no permitir a las partes y a sus abogados que concurran a la declaración domiciliaria, se pondrán a conocimiento de las partes las respuestas obtenidas, para que soliciten las aclaraciones o adiciones que estimen necesarias", me parece inconstitucional, así como ha quedado redactada. Salvo que se trate de un caso de protección de pudor o que la enfermedad impida a la persona contacto con otras personas, no se puede sacrificar el derecho a prueba, de interrogar y contrainterrogar –es el *cross examination* o *re-examination* inglés-, bajo la circunstancia de que una persona por enfermedad o por otras circunstancias no puede acudir al tribunal.

No habría inconveniente para aplicar esta regla, en los supuestos de detención carcelaria del declarante o bien que a ese sujeto se le reciba declaración mediante videoconferencia.

g.- Nombramiento de intérpretes y traductores

Cuando medien limitaciones físicas o idiomáticas, la parte oferente deberá solicitar el nombramiento de intérpretes o traductores al momento de ofrecer la prueba. Salvo disposición en contrario, el proponente deberá cubrir los honorarios.

h.- Inevacuabilidad

Ya analizamos el momento para ofrecer prueba y la consecuencia de que si no se practica por culpa de la parte proponente se tendrá por inevacuable, sin necesidad de resolución expresa.

7.- EL EXAMEN DE NOTAS Y APUNTES DEL DECLARANTE. EXCEPCIONES

El declarante no podrá leer notas ni apuntes, excepto que se autorice cuando se trate de preguntas referidas a cifras, fechas, datos de difícil precisión o en los demás casos que se consideren justificados. El principio es que no se permitirá al declarante –testigo, perito o de parte- valerse de ningún borrador de respuestas. Ello excluye la posibilidad de que la declaración se rinda con base en un borrador pre-elaborado o que el declarante se valga de un texto, pues el declarante debe declarar "por sí mismo y de palabra". Cuando, a criterio del juez, sea necesario para auxiliar la memoria, le permitirá que en el acto consulte simples notas o apuntes.

Si hecha al declarante una pregunta, expusiere que para contestar necesita examinar libros, documentos o papeles, si fuera previsible su consulta en la audiencia, deberá llevarlos el día de su declaración y solo en casos excepcionales esta se suspenderá, si no los tiene consigo. Queda al arbitrio del juez la decisión y por supuesto de la parte que formula la pregunta, pues si la reformula o retira la pregunta o exhibición ya no será necesaria. En este

evento la declaración continúa sobre el resto de las preguntas y queda pendiente tanto la suspendida como las que dependan de ella.

Esta regla tampoco no se aplica cuando se trata de examen del perito o informes de instituciones, que para la audiencia debieron rendir su informe escrito, que puede ser mostrado y aclarado por él, pues para eso se hizo escrito o incluso para aclarar o ampliar en audiencia algún dato específico de su informe escrito.

8.- PRINCIPIO DE INCOMUNICABILIDAD DE DECLARANTES

a.- El principio general para cualquier declarante

Si deben declarar dos o más personas sobre los mismos hechos, se tomarán las medidas necesarias para evitar la comunicación entre ellas, durante el transcurso de la audiencia. Con este principio lo que se resguarda es la espontaneidad y la pureza de la declaración –sea testimonial, declaración de parte o pericial-, evitando su contaminación a través de la comunicación de los declarantes y que tiende a evitar que entre ellos se pongan de acuerdo para contestar de tal o cual forma y así evitar contradicciones u ocultar la verdad.

Como no se sabe cuál es el contenido del interrogatorio, porque generalmente es verbal, en todo caso que dos o más declarantes estén en una misma posición –actores o demandados- se debe dar aplicación a la norma.

b.- El supuesto en la declaración de parte

En virtud de esta norma y principio es deber del juzgador, en estos casos, hacer el señalamiento para absolver la declaración de parte en una sola audiencia y no diferirlo para dos audiencias o días distintos, pues sería una forma fácil de burlar la prohibición y tornar letra muerta el fin que persigue la norma.

En el caso de la declaración de parte, la norma se aplica cuando sean dos declarantes de parte que declararán "sobre los mismos hechos" o bien cuando se trate de co-litigantes que defienden una misma postura, no se aplica entonces a quienes estén en diversa posición procesal –actor vs. demandado-.

9.- PRÁCTICA DE PRUEBA EN EL EXTRANJERO

La práctica de prueba en el extranjero o en lugares distantes de la sede del tribunal se podrá hacer por medios tecnológicos que garanticen la inmediación. Solo en casos excepcionales, atendiendo a la importancia de la prueba y a la dificultad de practicarla directamente o por medios tecnológicos, se podrán remitir exhortos para la práctica de prueba en el extranjero. Cuando por medios electrónicos o de nuevas tecnologías se recibiera declaración de parte, testimonial o pericial, en que la fuente de prueba se encontrara en el extranjero, se aplicarán las formalidades establecidas en este Código y la prueba se tendrá como recibida en el territorio nacional para todos sus efectos.

Ya hemos señalado, que conforme a los arts. 2.7 y 24.4 que se trata de una modalidad de inmediación, pues si bien todas las audiencias serán realizadas por el tribunal que conoce del proceso, la utilización de medios tecnológicos que garanticen la relación directa con los elementos del proceso no implica ruptura del principio de inmediación –art. 2.7 NCPC-, ya que los tribunales, las partes y demás intervinientes en el proceso podrán utilizar los medios tecnológicos autorizados para la realización de cualquier acto procesal, aun para la recepción de prueba –art. 24.4 NCPC-, se trata de lo que hemos llamado la moderna inmediación tecnológica.

10.- EL USO DE TECNOLOGÍA EN LAS AUDIENCIAS DE PRUEBA

El que sea "directa" y con "inmediación", no obsta para que también se haga mediante videoconferencia o cualquier otro sistema telemático. Las tecnologías de transmisión de datos permiten la aplicación de este servicio al proceso, tanto para la fase de intervención de las partes a través de sus alegaciones, práctica de determinados medios de prueba, como la testifical, pericial e incluso el reconocimiento judicial. Por lo que a los principios de contradicción, oralidad e inmediación se refiere, en nada quedan contradichos.

No se trata simplemente de grabar las pruebas o audiencias, se trata, además, de que el tribunal dirija la evacuación de forma oral, que elimine fases o actas escritas que obstaculicen su contacto con las partes y el material

probatorio o que impidan su concentración en las declaraciones.

El CPCD tenía un sistema de verbalizad, pues pese a que la prueba confesional y testimonial se practicaran oralmente, su documentación siempre era por escrito. Daba prioridad a lo que se consignaba en un acta lacónica, por lo que estaba más cerca de un sistema escrito puro que a uno oral. El NCPC 41 rompe con esta camisa de fuerza e implementa con medios tecnológicos la verdadera oralidad, con inmediación garantizada en todas las instancias.

11.- TRASLADO E INCORPORACIÓN DE PRUEBAS

Regulado por primera vez de manera expresa, aunque admitido desde hace mucho por la jurisprudencia de casación, la norma permite la prueba trasladada "practicadas válidamente en otro o en el mismo proceso y en procedimientos administrativos, conservando su naturaleza, cuando no sea posible o se considere innecesario repetirlas, siempre que se haya garantizado o garantice la participación a las partes…" -art. 41.4.9 NCPC-.

La figura de la prueba trasladada es entendida como aquella que se practica o admite en otro proceso y que es presentada con copia auténtica o mediante el desglose del original si la ley lo permite o mediante incorporación por simple lectura. Devis la admite cuando se trata de procesos: **a)** entre las mismas partes o entre partes total o parcialmente distintas, **b)** anulados, **c)** acumulados, **d)** de otra jurisdicción, **e)** caduco -caducidad de la instancia-, **g)**

terminado por desistimiento, transacción o arbitraje, **h)** en el extranjero.

12.- APRECIACIÓN O VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Ninguno de los sistemas extremos -prueba tasada y libre valoración- era posible que subsistieran, por eso luego derivó en un sistema de apreciación razonada o apreciación racional, donde ya la prueba no tenía un valor superior ni el juez era un tirano en el manejo de la prueba. Una derivación del anterior originó un sistema impuro donde el juez no tenía plena libertad, sino que su libertad estaba condicionada a una explicación racional del fundamento de sus pruebas.

En los sistemas orales y si se quiere superar el dogma del sistema escrito y el valor superior de ciertas pruebas, es el mejor sistema de valoración, donde ninguna prueba tiene pleno valor ni el juez, bajo pretexto de su poder, puede libremente y sin barreras valorar las pruebas, debe acudir a reglas de la ciencia, la lógica, el sentido común y la sicología. Es el sistema seguido en materia agraria y laboral, luego de interpretación y declaración de inconstitucionalidad a las frases "valoración en conciencia" que establecían los –Art. 54 LJA y Art. 493 CTr.

La respetada doctrina mayoritaria que sostiene la preeminencia de este sistema, crítica el de la sana crítica y apoyan la distinción en dos únicos sistemas: la prueba tasada y la libre convicción.

Así, aunque el legislador no impone el resultado de la apreciación, sí le impone el camino, el medio concreto, el método de valoración y este no es otro que el de la razón y la lógica, como elementos de todo juicio. Son, por lo tanto, criterios lógicos los que sirven al juez para emitir juicios de valor en torno a la prueba, pero también, referidos a reglas de la experiencia común o de una rama especializada del conocimiento -como pueden ser la psicología, la lógica o la física- que aplican el órgano jurisdiccional, incluso sin darse cuenta y aunque hagan referencia a una materia que él no conozca específicamente.

Se considera que el principio de libre apreciación integra una estructura procesal fundamentada en la oralidad y en la inmediación. Siendo la inmediación la íntima vinculación personal del Juzgador y las partes con los elementos probatorios, para que dicho Juzgador pueda conocer directamente el material del proceso se configura como un supuesto necesario, pero no suficiente para llegar a una apreciación racional de la prueba. La presencia del Juez en el acto de la práctica de las pruebas es indispensable para garantizar el acierto en la formación del juicio de hecho de la sentencia.

La valoración de la prueba se hace conforme a reglas lógicas, y en cuanto tales correspondientes al ámbito del pensamiento lógico, antes que al de las prescripciones legales; lo cual, obviamente, nada tiene que ver con el elemento de racionalidad que el fenómeno jurídico comporta, tanto desde la perspectiva de la elaboración de las leyes como en el plano de su aplicación, en el que la

lógica interpretativa está presente en un sentido amplio que se contrapone a la interpretación estrictamente gramatical, y la complementa e incluso corrige cuando ésta resulta insuficiente, criterio seguido por la jurisprudencia.

Sobre el particular, el legislador costarricense adoptó por un sistema de la libre valoración racional de la prueba. Al respecto el artículo 41.5 NCPC establece que "Las pruebas se apreciarán en su totalidad, conforme a criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa", prescindiendo de cualquier referencia al término "sana crítica".

El análisis con arreglo a la lógica, experiencia y ciencia no es más que una forma de valoración por la que el juez recurre a las máximas de su propia experiencia, la psicología y la lógica, en las que sustenta el fallo. No obstante, si el legislador definió a priori una determinada forma de valoración, asumiendo en forma expresa una máxima de la experiencia, el juzgador tendrá que aplicarla necesariamente.

La valoración de la prueba bajo las reglas de "criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano" significa que el juez tiene libertad de valorar y apreciar la prueba, tomando conciencia de los objetos que se dan en la realidad, ya sean objetos de tipos reales, materiales o físicos de acuerdo con los mecanismos psíquicos de la percepción, reconstrucción,

experimentación, que lo llevan a tener certeza de los hechos que acontecieron históricamente por los presentes.

La tarea de evaluación de la prueba brinda una base operativa adecuada. El juez se vale de las pruebas insertándolas en el cuadro más amplio de las circunstancias del caso. Les infunde sentido, las "amalgama" entre sí conjugando la ciencia, la técnica, el sentido común y el conocimiento humano. Todos estos factores juegan en bloque –en conjunto- y no de manera individual –o aisladamente-, brindando -bajo el alero de la sana crítica- una labor de sumatoria y no de exclusión de prueba o en solitario; en conjunto, valiéndose de lo relevante, lo que pesa para conformar convicción y poder decidir, a los que el juez les reconoce adecuada fuerza de convicción, incluso recurriendo a las reglas del razonamiento humano.

13.- LA PRUEBA DE OFICIO

a.- Concepto y fundamento

La prueba de oficio es aquella ordenada por el juez de oficio, enteramente nuevas –"no ofrecidas" dice art. 41 NCPC -, de cualquier medio de prueba, y cuando el proceso esté en fase de evacuación de pruebas o para resolver el fondo de un recurso de apelación o casación.

La facultad concedida al juez no se limita a la prueba ofrecida por las partes, por lo que este puede ordenar prueba de oficio, por propia iniciativa, en los casos en que considere que sea necesaria para la averiguación de la verdad.

La prueba de oficio no excluye ningún medio de prueba en la facultad concedida al juez, a excepción de la declaración de parte; y, por otro lado, esta facultad es importante porque se evacúa en el momento en que el juicio está en fase de pruebas; es decir, no hace falta esperar que esté agotada esa fase o que esté agotado el litigio para ordenarla, por lo que el juez toma su iniciativa de la misma manera que las partes, llevando ellos la dirección de una de las operaciones más delicadas del procedimiento.

Frente a la exigencia formal de la preclusión, se yergue el valor justicia, y como señalara Calamandrei, también aquí se encuentran en juego dos exigencias opuestas: de una parte, está el interés de alcanzar la verdad, que aconseja dejar hasta el momento de la decisión definitiva la puerta abierta a todas las deducciones aún tardías, porque éstas pueden aportar al juez nuevos elementos de convicción, que favorezcan los fines de la justicia.

b.- Límites

La prueba de oficio posee un carácter complementario, tendiente a disipar el estado dubitativo del juez cuando la prueba producida por las partes no es suficientemente clara. Uno de los límites insoslayables de esta prueba de oficio, lo constituye la prohibición que tiene el juez de suplir o subsanar, por su medio, la omisión, la inactividad o negligencia cometida por una de las partes en la producción de la prueba ofrecida, pues se lesionaría seriamente el principio de lealtad procesal, igualdad de los litigantes, y se comprometería la imparcialidad del órgano

jurisdiccional. Tampoco debe remediarse a través de este instituto procesal las deficiencias técnicas de la defensa.

El proceso civil conforme a los principios generales del Derecho procesal es eminentemente dispositivo. En algunos aspectos este principio se ha atenuado, sobre todo cuando en las jurisdicciones especializadas derivadas del civil es necesario apreciar con un sentido de mayor realidad los aspectos económicos o sociales en juego. Pero ello no debe ocurrir en materia civil patrimonial, por ser absolutamente disponible. De aquí, entonces, en materia civil rige en la forma más absoluta la máxima *judex secundum allegata et probata partium decidere debet*.

En el proceso civil solo puede discutirse materia patrimonial eminentemente dispositiva, y son las partes quienes incluso definen el proceso a seguir. Si bien, en este tipo procesal se ha previsto el uso de la prueba de oficio, es de suyo que a ella los tribunales deben acudir solo en casos excepcionales, cuando de lo discutido por las partes y la prueba ofrecida es necesario clarificar algún aspecto, pero jamás sobre temas fuera del debate o sobre prueba impertinente o no ofrecida porque entonces se estarían socavando los principios del proceso civil.

La doctrina científica procesal estima que debe admitirse en el proceso civil la iniciativa probatoria del juez, permitiéndole de oficio la apertura del periodo de prueba, porque naturalmente ésta va destinada al juez, quien frecuentemente será el más interesado en que las partes le prueben sus afirmaciones, conforme a las cuales deberá

pronunciar su resolución. Por lo demás, la recepción de la causa a prueba no lleva consigo que el juez deba procederé él mismo a la búsqueda de los medios de prueba, sino que deberán seguir siendo las partes quienes habrán de proponerlos.

El Juez no puede subsanar la negligencia probatoria de las partes con la prueba de oficio, tal y como lo ha entendido la jurisprudencia costarricense. La teoría de la negligencia probatoria se ha desarrollado en los últimos años en Argentina, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Uno de sus mayores logros ha sido el distinguir la iniciativa probatoria del juez con respecto a la mala praxis probatoria de una de las partes. Negligencia es una palabra valorativa. Implica una descalificación, más aún: una descalificación específica referida a la conducta de alguien. En su uso técnico, señala que la actividad del litigante ha sido defectuosa por extemporánea, es el incumplimiento de la carga procesal de pedir y practicar la medida dentro del plazo. La negligencia probatoria es un elemento parte del proceso, es una limitación al poder-deber de administración de la prueba del Juzgador. El no aceptar como prueba de oficio aquel material probatorio no evacuado por la negligencia de una parte no perjudica de ningún modo al principio de verdad real, ya que cada quien debe hacerse responsable de su forma de litigar.

El principio de verdad real o material no puede ser desvirtuado ni degenerado en pos de remediar la mala praxis de las partes en cuanto a su deber de probar. En

simples palabras, el Juez no debe hacerle la prueba a aquella parte que ha sido negligente con su deber o *carga* de probar sus alegatos fácticos o *su verdad -iudex secundum allegata et probata partium decidere debet-*. Esto por cuanto la contraparte ha basado su estrategia en las deficiencias del otro, y si el Juez las suple, lo deja en indefensión. Sería una parte litigando contra el juez y su contraparte.

Si el Juez va a pedir una prueba, debe ser solo "de otras no ofrecidas" y por otra parte ser tan relevante como para ser capaz dicho medio de sacarlo de una verdadera situación de *non liquet* –no está claro-. No cabe sobre hechos superfluos. La prueba de oficio es excepcionalísima, que sin ella no podría de ningún modo resolver y donde haya peligro de que un real y verdadero interés y la adecuada solución del caso esté evidentemente amenazado, de no admitirse.

CAPITULO III
MEDIOS PROBATORIOS
DECLARACIÓN DE PARTE

1.- Concepto de declaración de parte

El NCPC pasa de la histórica prueba de "confesión" e "interrogatorio" a la genérica "declaración de parte", que entiende como la declaración rendida por una parte en el proceso o anticipadamente, ante un juez, a solicitud de la parte contraria, sobre hechos personales, ajenos –de su mandante- o que el representante "cuando se trate de hechos realizados en su función, o que el declarante tuvo conocimiento y le constan, sobre hechos favorables a la parte adversaria".

Quien declara debe ser parte en el proceso o su representante facultado, para que pueda decirse que hay interrogatorio de parte. La condición de parte se determina en el proceso mismo, de manera que, si no se es parte en un proceso o dejó de serlo, no puede ser llamado a interrogatorio de parte.

2.- Requisitos de validez de la declaración de parte

Para que el interrogatorio de parte sea válido y permita "presumirlos como ciertos y constituye prueba contra la parte declarante" –art. 42.2 NCPC-, "salvo que se trate de derechos indisponibles", se requiere:

a) Debe provenir de quien es parte en sentido procesal o puede llegar a tener esa condición en un proceso. La declaración puede provenir de quien es parte, cualquiera que sea la condición que adopte

b) No puede ser de oficio. No hay norma que establezca la posibilidad de que el juez puede ordenar de oficio el interrogatorio de parte. El carácter de imparcialidad y ajenidad que caracteriza la posición del juez serían un freno válido a esa facultad. En efecto, como el interrogatorio de parte prueba contra quién la hace y su función es servir a los intereses favorables al adversario, no puede ser ordenada de oficio, solo a solicitud de la "parte" contraria –y el juez no es parte contraria, es un tercero imparcial-.

c) Debe tener significación jurídica. Quiere decir que mediante ella se ejerzan ciertos actos de los cuales se desprendan consecuencias jurídicas.

d) Que recaiga sobre hechos pasados. El 42.1 NCPC señala que el interrogatorio de parte debe versar sobre "hechos propios o ajenos". Aunque el interrogatorio de parte consiste en el reconocimiento de una determinada relación jurídica, son los hechos pasados los que configuran el objeto sobre los cuales ella recae. El interrogatorio de parte, en este caso, es abreviado de los hechos que se suponen implícitos en la denominación jurídica empleada por el declarante.

d) Personal. La regla general es que el interrogatorio de parte debe provenir del directo afectado con ella o su

representante –arts. 42.1 NCPC y 1289 CCi-.

e) Puede recaer también sobre hechos que tuvo conocimiento, "ajenos" y "cuando se trate de hechos realizados en su función" –como representante-. No ofrece dificultad alguna el primer supuesto, pues el 42.1 se refiere a "hechos propios", pueden ser "hechos" realizados u omitidos. El segundo ofrece más discusión, pues no se trata de un hecho personal pero la ley sí le atribuye la consecuencia inmediata y directa a la persona a nombre de quién se hace el interrogatorio de parte –42.1 NCPC y 1289 CCi-. En este caso el interrogatorio de parte realmente recae sobre el conocimiento y no la producción personal del hecho relevante. Se trata de introducir a través del interrogatorio –para que tenga mayor valor- la declaración de hechos no personales. Los hechos personales, a que se refiere el art. 42.1 NCPC debe entenderlos como aquellos hechos no solo producidos o provocados por el declarante, sino los que él tuvo conocimiento directo o indirecto, de oídas, por la vista o del que fue comunicado, siempre que sea a él o a su mandante a quien deben reputarse las consecuencias perjudiciales de tal hecho.

f) Que los hechos sean favorables a la contraparte o adversos al declarante. Es el denominado principio "*contra se pronuntiatio*", de allí la exigencia que el hecho declarado sea adverso al declarante y favorable a la contraria, lo que se traduce en un principio: quien declara en su favor no cambia nada –otro principio: el de prohibición de autoproducción de prueba, no puede la parte auto crear o inventar su propia prueba, se exceptúa el peritaje privado

que si participa de algunos rasgos de este principio-.

g) Que sea expresa o tácita. Significa que el interrogatorio de parte no puede deducirse mediante el análisis de la forma como se produce, o mediante comportamientos, indicios o inferirla de otros medios probatorios, sino que debe aparecer en forma expresa, indubitable, a través de la documentación contenida en la declaración –oral o escrita-, la norma señala "la admisión de hechos propios, de forma expresa o tácita"

h) Consciente. Parte de la doctrina exigía, como condición de validez del interrogatorio de parte, que existiera *"animus confitendi"*. En nuestro país no se necesita "*animus confitendi*", pues para que haya interrogatorio de parte se requiere únicamente la voluntad propia de todo acto jurídico y la evacuación formal de la prueba, y para su eficacia basta con que haya voluntad consciente de declarar un hecho, aunque quien declara desconozca los efectos que esa declaración tiene en el proceso, basta solo que sea contrario a los intereses del declarante.

i) Libre. El interrogatorio de parte, cualquiera que sea la forma como se produzca, esto es, espontánea o provocada, no solo requiere que la persona se encuentre en estado de absoluta conciencia, sino que esté libre de cualquier presión, sea física, moral, afectiva, etc. Se afecta la libertad cuando el interrogatorio se obtiene bajo amenazas o por error, en cuyo caso es revocable. El general, los actos que afecten la libertad de conciencia y la espontaneidad de la voluntad –vicios del consentimiento- son sancionados

con nulidad, el interrogatorio de parte no es la excepción.

j) Que no esté desvirtuada. El interrogatorio de parte puede cumplir con la totalidad de los requisitos, incluidos los de eficacia, pero perder el valor de pruebas superior, porque existe otra prueba esencial que la desvirtúa, sucede en varios supuestos:

i) La primera: salvo que se trate de derechos indisponibles, que el declarante no tenga facultades para declarar en representación. En cuanto a la indisponibilidad, se refiere a que no exista prohibición para que la parte pueda disponer del derecho por acto de voluntad. No hay disponibilidad, cuando la parte tiene limitación de orden cualitativa, cuantitativa o prohibición legal de hacerlo –curadores-, tutor, albacea, o cuando existe prohibición legal, como acontece con "los hechos relativos a derechos indisponibles" o con el estado civil de las personas y la filiación o cuando al apoderado, por los límites cuantitativos de su mandato no puede declarar en perjuicio de su representado.

ii) También está el supuesto de la representación conjunta, en tal caso la declaración deben rendirla unidos ambos representantes pero separados –incomunicabilidad- y uno solo de los apoderados no puede comprometer al representado, si hay contradicción entre ellos, puede optarse por el careo o el juez valorará en la parte que le perjudique al mandante, como una fusión procesal.

iii) Que no se contradiga con las demás pruebas. Este

supuesto es cuando el declarante logra desvirtuar o desacreditar con otras pruebas lo pretendido demostrar plenamente con el interrogatorio de parte que rindió. Si bien no es posible la revocación del interrogatorio de parte- el propio artículo 42.2 prevé la posibilidad de dejarla sin efecto en los casos de pruebas que la contradigan.

3.- La declaración tácita o ficta

a.- Concepto

El art. 42.2 señala "si la parte no compareciera, sin justa causa, no llegara a la hora señalada, rehusara declarar, respondiera de forma evasiva o no llevara consigo documentos de apoyo, cuando fueran necesarios, se producirán los efectos de la admisión tácita del interrogatorio, ya sea de hechos propios o ajenos", es el denominado interrogatorio tácito o presunto. Es la que se atribuye a la parte que formalmente citada no comparece y por rebeldía se le tiene por "interrogado" o que compareciendo o se niega a responder o lo hace con evasivas a las preguntas formuladas, a fin de evitar las consecuencias de una pregunta que le es perjudicial. La incomparecencia a la audiencia comprende tanto abstenerse de concurrir al despacho del funcionario, como no contestar si concurre a la audiencia que se señaló o hacerlo con evasivas evitando dar respuesta a la(s) pregunta(s) formulada(s).

b.- Requisitos

Para que el interrogatorio tácito se produzca, es

necesaria la concurrencia de diversos requisitos:

a) Se trate de interrogatorio de parte provocado a instancia de parte, pues precisamente son las preguntas formuladas favorables al adversario.

b) La pregunta puede o no ser asertiva.

c) La pregunta implique interrogatorio de parte, esto es, contrario a los intereses del declarante y favorables al adversario.

d) La pregunta sea admisible. Es posible que la pregunta reúna los anteriores requisitos, pero sí no es admisible o pertinente, no se le tendrá como cierta.

e) El interrogatorio conste por escrito, cuando se trate de ausencia al llamado. Además de ser escrito, el interrogatorio debe ser debidamente firmado o autenticado por la parte, aun cuando conste en sobre cerrado. Con los sistemas de grabación, puede ser sustituido por el dictado oral de las preguntas, para su registro en el sistema de grabación, aunque este tiene el riesgo de que pueda ser oído por el abogado o la contraparte posteriormente.

f) Advertencia de negativa a contestar y de inasistencia. En la resolución que cite para interrogatorio de parte, el juez deberá advertir las consecuencias de su negativa y si a pesar del apercibimiento que se le haya hecho, no comparece, solo cuando se ha cumplido con esta exigencia, se puede produce el interrogatorio tácito útil.

c.- Respuestas evasivas y negativas a contestar

Si el interrogatorio de parte ficta se refiere a la reticencia o negativa a responder la pregunta o hacerlo con evasivas –dos supuestos diversos-, en el mismo acto se debe hacer prevención por el juez, sobre las consecuencias de esa conducta o actitud, de lo cual deberá dejarse constancia en el acta.

d.- Las afirmaciones espontáneas contenidas en escritos

El mismo efecto de interrogatorio tácito, tendrán las afirmaciones espontáneas realizadas en el proceso –art. 42.2 y 41.5 NCPC-, como hemos examinado.

e.- La declaración tácita admite prueba en contrario

Como vimos, el declarante en rebeldía pueda incorporar y aducir prueba en contra de aquella presunción y así desvirtuar esa "verdad formal" con una más real, apegada a la verdad de otras pruebas.

f.- Preguntas impertinentes y su rechazo –remisión-

Hemos analizado, los supuestos de preguntas impertinentes, que ahora se aplican a la declaración de parte.

4.- Valor de la prueba de declaración de parte

El NCPC, a diferencia del derogado, no contempla el valor de plena prueba a la "confesión" –hoy declaración de parte- expresa.

Hoy el art. 42.2 NCPC señala "la admisión de hechos propios, de forma expresa o tácita, permite presumirlos como ciertos y constituye prueba contra la parte declarante, salvo que se trate de derechos indisponibles, que el declarante no tenga facultades para confesar (sic.) en representación o se contradiga con las demás pruebas".

Con base en este giro copernicano, histórico del valor de la "confesión", hoy no como plena prueba, hay que decir, por un lado, que la parte no debe conformarse, para estar tranquilo que un hecho se tenga por admitido parcialmente con la declaración de parte, menos si esta declaración es tácita, pues puede correr el riesgo de que el juez no lo tenga por probado con certeza, máxime si entra en contradicción con otras pruebas o no es clara la deposición del declarante.

PRUEBA TESTIMONIAL

1.- Concepto, caracteres y límites de la testimonial

El testimonio es un acto procesal mediante el cual una persona física, ajena al proceso –no parte- declara ante un juez, lo que sabe de ciertos hechos. El maestro Jairo Parra lo define como un medio de prueba, que consiste en el relato de un tercero al juez sobre el conocimiento que tenga de hechos generales. Para Lino Palacio son las "declaraciones emitidas por personas físicas, distintas de las partes y del órgano judicial, acerca de su percepciones o realizaciones de hechos pasados o de lo que han oído sobre éstos.

2.- Características de la prueba testimonial

a.- No es necesario que haya percibido el hecho

En el concepto y validez del testigo no se exige que el haya percibido directamente los hechos que debe narrar o que el testigo sea extraño a los hechos sobre los cuales declare, por eso la norma solo exige "que tenga conocimiento sobre los hechos controvertidos".

Desde que la ley solo exige indicar los hechos a que se referirá, no está exigiendo una calificación especial de su conocimiento. La norma habla que "tenga conocimiento sobre los hechos", se refiere a percepción, cognición directa e indirecta. Para que exista testimonio no es necesario que el testigo conozca directamente los hechos sobre los cuales declara y mucho menos que los haya percibido, sino que narre lo que de ellos sepa, o manifieste su absoluta ignorancia sobre los mismos En el último supuesto existe testimonio, no obstante que carecerá de valor probatorio para ese juicio. Si manifiesta tener conocimiento de tales hechos, pero por narraciones de otras personas o por simples suposiciones, el valor que como prueba pueda tener su declaración será muy relativo en el primer caso -testimonio de oídas- y nulo en el segundo -testimonio hipotético-; pero en ambos será testimonio.

La doctrina admite entonces, los testigos directos, circunstanciales, indirectos, de oídas, de grado sucesivo, de referencia –denominado de segundo grado-, de hechos extraños al testigo o realizados personalmente por el

testigo, que haya participado en ellos o de la fama. En principio no se acepta el testigo del rumor, por la falta de veracidad o prueba creíble.

b.- Acto posterior al hecho

Obviamente, el testimonio es un acto posterior a la ocurrencia del hecho que se reconstruye o reproduce. El hecho puede subsistir o pertenecer, en virtud de su transitoriedad, al pasado. Es decir, el hecho representado tiene existencia antes del acto del testimonio, pero no es indispensable que acontezca antes del proceso, pues puede ocurrir después de promovido éste. El testimonio es, pues, un acto humano dirigido a representar un hecho no presente, es decir, acaecido antes del acto mismo, lo que no impide que a veces ese hecho pueda tener subsistencia en el momento de la declaración e inclusive con posterioridad a ésta.

c.- Es prueba indirecta e histórica

Reviste este carácter en cuanto no se identifica con el hecho por probar, que es su objeto, de modo que el juez llega al conocimiento de este en forma mediata, por el testimonio del cual lo induce, y no en forma directa o inmediata por su propia percepción: el juez percibe solamente el testimonio -primera acepción del concepto de prueba directa o indirecta-. Es prueba histórica porque con ella se reconstruyen o reproducen hechos pasados o aún subsistentes, pero cuya existencia tuvo comienzo antes de producirse el testimonio, como ya lo explicamos, y re-

presenta una experiencia del sujeto que declara.

d.- Debe tratarse de personas físicas

La prueba testimonial es una fuente de prueba personal, en su sentido más estricto por cuanto aquello de lo que los testigos van a declarar es lo percibido por sus sentidos, así deriva de la norma "podrá ser testigo cualquier persona física". La doctrina es coincidente que solo pueden ser testigos las personas físicas. La razón, en nuestro ordenamiento, se justifica, además, al exigir el juramento previo, las generales de ley y calidades de la persona al ofrecerse la prueba y ordenarse su evacuación. Por otra parte, sujetos de delitos solo pueden serlo las personas físicas, no las jurídicas, es un principio elemental de derecho penal. Adicionalmente, es testigo quién percibió los hechos o tuvo conocimiento y las personas jurídicas no tienen esa capacidad natural. Lo que sí podrían hacer las personas jurídicas es rendir informes o declaración de parte por medio de sus apoderados, lo cual harían a través de sus representantes.

Ahora bien, si una persona jurídica estuvo involucrada en una relación obligacional, que da origen a la causa de la demanda, las personas físicas que representan a aquéllas o que participaron en el desarrollo de la relación –como profesionales, por ejp-, sí pueden ser ofrecidos como testigos en lo personal.

e.- Debe rendirse ante un Juez

Al definir el testimonio decíamos que es la declaración que se rinde ante un juez, hay que agregar, como consecuencia de un proceso, previo ofrecimiento y admisión expresa mediante resolución. De esos cuatro requisitos inferimos la necesidad de que la prueba testimonial goce de publicidad, interna –que no sea oculta y sin audiencia a las partes- y externa –que participen todos los interesados- que se conozca oportunamente, que no se realice de forma subrepticia y que, por tanto, ofrezca garantía de probidad, veracidad y de contradicción en el proceso. Por ello no son válidas las declaraciones testimoniales extrajudiciales, o las rendidas fuera de un proceso judicial, o las del sujeto que comparece sin haber sido ofrecido como testigo o de quién declara sin admisión previa mediante resolución notificada previamente a las partes.

Se exceptúa de esta regla, que debe rendirse ante un juez, como consecuencia de un proceso jurisdiccional, las testimoniales rendidas en un procedimiento administrativo, que el art. 41.4.9 NCPC autoriza a trasladar, cuando se cumplen con los presupuestos legales.

3.- Modalidad de testigos

El art. 42.1 NCPC enumera algunas modalidades de testigos.

a.- Mayor hábil

Los mayores de edad hábiles, al ser sujetos de derecho, indiscutiblemente pueden ser testigos. En el NCPC tampoco se reprodujo la tacha de testigos, contenido en el CPC de 1937 y los que le precedieron.

b.- Testigo experto

La norma introduce, en materia civil, el testigo experto, al señalar "si el testigo tuviera conocimientos científicos, técnicos, profesionales, artísticos o prácticos se admitirán las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue a su respuesta". Existen ciertas figuras que, por su cercanía con el peritaje, suelen confundirse en la práctica, nos obstante su naturaleza, objeto y fines, son totalmente diversos. Una cosa es el testigo-perito o perito de parte, el testigo experto y otra el consultor técnico de parte.

Puede ocurrir, que los aspectos técnicos o científicos hayan sido observados y examinados por expertos, pre y post-facto, y que por ello se consideren capacitados para emitir juicios técnicos para la descripción e identificación del hecho percibido por ellos. Tales personas podrán ser ofrecidas como testigos expertos o testigos-peritos, no como peritos. Esos testimonios técnicos son conducentes, inclusive, para determinar la causa o los efectos del hecho, si aquélla o éstos fueron observados por los declarantes, pero no puede servir como prueba pericial porque se ha perdido la originalidad y espontaneidad sucesiva de la prueba. Además, cuando no existan esos testigos técnicos o

cuando éstos no percibieron las causas y los efectos del hecho, que deben probarse, sino que para conocerlos se debe recurrir a deducciones de carácter técnico o científico, se presenta la necesidad de recurrir al auxilio de los peritos si el juez no está capacitado para efectuarlas.

Expresado de otra forma, el testigo experto, relata lo que observó –*pre* o *post facto*-, merced a sus conocimientos técnicos, dándole las calificaciones técnicas o científicas pertinentes, pero no puede emitir dictámenes sobre las causas y efectos de lo que observó, ni sobre avalúos, fundado en deducciones técnicas, porque entonces penetra en el campo exclusivo de los peritos.

Como se ve este testigo tuvo conocimiento de los hechos que, por su preparación profesional o científica, los examinó o tuvo conocimiento inmediato al hecho y estuvo de tal manera vinculado con el acaecimiento del hecho, que su testigo es valioso por esa participación, pero además porque narrará y explicará profesionalmente lo que tuvo conocimiento o el resultado que apreció. No significa que la figura del testigo experto se preste para la "preparación" o amalgamar un sujeto, que sin haber sido testigo o haber tenido conocimiento de los hechos, y mucho tiempo después entra en contacto con los aspectos fácticos y se pretenda simplemente que se le "prepare" o "aleccione" como testigo, para defender una tesis, que por otro medio probatorio no se puede probar. Esto es una burla de prueba, pues se tratará generalmente de un testigo parcializado. En estos casos un testigo parcializado en un testigo cuyo testimonio se inclina hacia un lado y en contra del otro. Un

contrainterrogatorio puede demostrar que el testimonio parcializado es una poderosa herramienta ya que esta mancha enteramente el testimonio de ese sujeto. El ejemplo de parcialización más común es el "experto" o "testigo aleccionado" que típicamente testifica exclusivamente o predominantemente a favor de una de las partes.

Cosa diferente es el consultor de parte y el perito de parte. No son testigos simples, ni testigo experto, sino que su naturaleza, función y rol en el proceso, es otra, según veremos al examinar la prueba pericial.

c.- Inhábil

No hay una norma procesal expresa que prohíba al incapaz, o al sordomudo que no sepa leer ni escribir, ser testigo, como si existe en otros ordenamientos; sin embargo, creemos que la prohibición es aplicable a nuestro sistema. Según el artículo 41 del CCi "los actos o contratos que realicen sin capacidad volitiva y cognoscitiva serán relativamente nulos, salvo que la incapacidad esté declarada judicialmente, en cuyo caso serán absolutamente nulos". La razón de la limitación estriba, fundamentalmente, en que tales testigos no pueden darse a entender por escrito o su ineptitud física o síquica al momento de declarar, no existe medio de comunicación que habilite y valide la transmisión de lo que esa persona sabe. La limitación opera en dos sentidos: a los que por enfermedad física o psíquica en el tiempo en el cual debe referirse su declaración, eran incapaces de percibir el hecho a probar y a los que por enfermedad física o psíquica al

tiempo de la declaración son incapaces de comunicar sus percepciones. No es necesario que la incapacidad esté declarada, si lo está perfecto, si no lo está, será en la declaración del testigo incapaz que el juez determine la inidoneidad, la incapacidad del testigo o imposibilidad de comunicación por los sentidos, la escritura o la lectura.

d.- Menor o mayor de 12 años

Nos hemos referido a ellos al tema supra.

4.- Número de testigos y reducción

Señala el artículo 43.1 in fine "el tribunal admitirá la prueba testimonial, ampliando o reduciendo el número de testigos, según la trascendencia y necesidad de dicha prueba".

a.- Número máximo de testigos

Existen cuatro sistemas jurídicos sobre el número máximo de testigos, admisibles por proceso: **a)** Los que no establecen un número máximo, **b)** Los que establecen un número máximo para todas las pretensiones del oferente, **c)** Los que establecen un número máximo por hecho, **d)** Los que dejan al arbitrio del juez la reducción del número, fijando, en todo caso, reglas sobre el número máximo por hecho.

Este último es el sistema que sigue el art. 43.1 NCPC, lo que obedece a diversas razones: orden del proceso, no alargarlo exageradamente, innecesariedad de la prueba, prueba superabundante, inconducente, no romper la

inmediación de la prueba, ni violentar la concentración del proceso y el equilibrio en la cantidad de pruebas por parte.

b.- Reducción de testigos

En principio, las partes deben tener libertad para proponer u ofrecer, cualquiera sea la naturaleza del proceso, todas las pruebas que estimen relevantes para su defensa, es el denominado derecho a la prueba, que prohíbe, como se vio, el rechazo o disminución de la ofrecida por la parte. Esta libertad, sin embargo, debe estar supeditada a la pertinencia y utilidad de la prueba. La reducción de testigos debe verse de manera restrictiva para evitar violar el derecho de defensa y la estrategia del caso. Esa reducción solo debería darse cuando el número de testigos ofrecidos es excesivo –superabundante- o que se estime que el hecho que se pretende demostrar es irrelevante para resolver el fondo del litigio, caso en que el juez podría hacer uso de la facultad que le confiere la ley en la norma, de reducir los testigos a dos o tres por cada hecho que se intenta probar.

A pesar de esa regla los testigos que las partes propongan no deben resultar excesivos, pues resulta contrario a la economía procesal y es perjudicial para la celeridad del proceso, si los ya escuchados son suficientes para que el juez adquiera la necesaria certeza para resolver el litigio. Basado en el principio de control del exceso de prueba, por superabundante y por ello impertinente, se faculta al juez a la reducción del número de testigos por hecho. La ley exige a la parte oferente indicar, en las

oportunidades señaladas, los hechos sobre los cuales declarará el testigo y luego señala el máximo de testigo por hecho "el tribunal admitirá la prueba testimonial, ampliando o reduciendo el número de testigos, según la trascendencia y necesidad de dicha prueba".

5.- Testimonio en el extranjero

Se eliminó del NCPC la prueba en el extranjero, que posibilitaba la ampliación de periodo extraordinario de prueba. A fin de resguardar los principios de inmediación y concentración "solo se admitirá la prueba de testigos que se encuentren en el extranjero, cuando se considere absolutamente indispensable y el proponente carezca de otros medios de prueba suficientes en el país para demostrar los hechos invocados".

En este supuesto resulta aplicable el art. 41.4.5 y la declaración se podrá realizar por video conferencia, es lo que hemos denominado inmediación tecnológica –además arts. 2.3 y 24.4-. En este supuesto, por medio de videoconferencia un cónsul nuestro en el extranjero, un notario público o un juez foráneo harán de los ojos y oídos mediatos del tribunal, quien en coordinación con aquellos llevará adelante la audiencia de prueba y oirán, aunque sea de manera remota y no presencial en el extranjero, la prueba. Las partes bien pueden desde nuestro país o con asesores allá participar activamente en la prueba.

6.- Abstención de declarar

En ciertos supuestos taxativos se permite a ciertas

personas, no obstante haber sido ofrecidas incluso admitidas como testigo, eximirse del deber de declarar.

a.- Por responsabilidad penal de los parientes

El artículo 36 de la Constitución –y la CADH- otorga el derecho a los parientes a no declarar en contra del imputado, cuando su declaración implique responsabilidad penal para esa parte. Ese principio se ha extendido históricamente al proceso civil, pero limitado a los casos en que la declaración del testigo importe responsabilidad penal contra el declarante o contra las demás personas que señala el 43.2 NCPC. Establece la norma "pueden abstenerse de declarar como testigos los que sean examinados sobre hechos que importen responsabilidad penal contra el declarante o contra su cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente o parientes colaterales hasta el tercer grado, inclusive, de consanguinidad o afinidad".

Por lo que otros hechos o simplemente el hecho o declaración no implica la atribución de un delito o conlleve las consecuencias de la comisión de alguno, no están exentos de ser declarados y no puede el testigo abstenerse de declarar, bajo pena de ser denunciado por falso testimonio, al negarse a revelar lo que sabe.

b.- Los amparados por el secreto profesional

Señala la norma "asimismo, pueden negarse a contestar preguntas que violen su deber o facultad de reserva, aquellos que están amparados por el secreto profesional o que por disposición de la ley deban guardar secreto".

La norma regula un derecho histórico: la inhibición de declarar a los amparados por un secreto profesional. El secreto profesional es un conocimiento reservado a una persona de cuyo fuero no debe salir, que ha sido revelado en su propia intimidad. Es el que conocen ciertas personas en virtud de su profesión, oficio o actividad, y como consecuencia de su ejercicio, o llegan a dicho conocimiento exclusivamente en virtud de esa función. Por ello, la ley permite su reserva, ya que la comunicación efectuada no fue dada para que se diera a conocer al público o para un proceso judicial, sino para que se reservara adecuadamente, y se tomase la confidencialidad en relación con los hechos revelados.

La revelación de un hecho privado a un profesional, en función de su especialidad, no tiene por qué salir al resto de las personas ni a otras personas que no sean las involucradas por el ligamen profesional en que se fundó esa revelación. El hecho de divulgar un secreto profesional sin estar autorizado constituye más bien el delito de difusión de secretos, previsto en el artículo 203 del Código Penal. Es por esa razón que la norma faculta al testigo o conciliador a no declarar cuando su declaración comprometa el secreto profesional que le fue revelado en esa condición, más bien deriva de las normas penales la obligación de no divulgarlos.

La norma se refiere a los hechos secretos que se le hayan confiado a un profesional, revelado confidencialmente por el cliente, el adversario, un tercero o que ha sido descubierto por causa o razón de la confidencia,

en razón del propio estado, oficio o profesión, es decir, no se refiere a hechos puros y simples o de los cuales el profesional tuvo conocimiento por otros medios y no en la condición de profesional, los cuales no estarían amparados a tal confidencialidad.

c.- Los menores cuando genere conflicto con sus progenitores

La norma introduce una novedad: "los testigos menores de edad tendrán derecho de abstenerse a declarar o a responder preguntas concretas, cuando dicho acto les pueda generar un conflicto de lealtad con sus progenitores. El tribunal debe comunicar al testigo menor de edad que tiene ese derecho". La idea es no poner a declarar a los menores, cuando su declaración constituye un enfrentamiento con sus progenitores, con quien no quiere tener distanciamiento.

7.- Sustitución de testigos

No se encontraba previsto en el CPCD. El NCPC lo ha admitido: "Procederá la sustitución de testigos ofrecidos y admitidos; la de estos últimos solo procederá en casos excepcionales. En los procesos en que exista audiencia preliminar, la sustitución del testigo ofrecido se resolverá en esa audiencia y la de admitidos se podrá solicitar y resolver hasta en la audiencia de práctica de prueba. En los procesos de única audiencia, sea que la sustitución se refiera a testigos ofrecidos o admitidos, la solicitud se podrá realizar

antes de la finalización de la audiencia y se tramitará y resolverá en esta".

8.- Práctica de la prueba

Conforme al art. 43.3 NCPC "al inicio de la declaración el tribunal juramentará al testigo y le preguntará sobre sus datos personales de identificación, su relación con las partes o sus abogados y si tiene interés directo o indirecto en el resultado del asunto". El testigo será interrogado en primer lugar por la parte proponente, luego por la contraria –contrainterrogatorio o *cross examination* del sistema anglosajón- y finalmente por el tribunal –aunque sabemos que en el sistema anglosajón no es característico que el tribunal interrogue.

Al responder el testigo justificará las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que ocurrieron los hechos y de cómo obtuvo conocimiento de ellos, de la forma más amplia posible.

Se contempla en un solo artículo y reducido, las generales de ley del testigo. Como primer requisito, de ofrecimiento de testigos, las normas exigen la mención del nombre y "ofrecimiento detallado y ordenado de todos los medios de prueba" –art. 35.4.6-. Tal exigencia responde a la finalidad de hacer factible su identificación por la contraparte y comparecencia, pero fundamentalmente, acordar al adversario la posibilidad de contradecir con su propia prueba y contrarrestar los hechos que la otra quiera probar con tales testigos.

Ya no se trata de conocer quiénes son para tacharlos, porque tal figura se eliminó desde el Código de 1989, al valorarse esa prueba libremente, sino para conocer una de las armas de ataque de la contraria. Otros aspectos por los cuales tiene importancia, además de contradecir esa prueba, lo constituye el hecho de delimitar el campo de declaración del testigo o determinar si existe alguna causa que le imposibilite a declarar, por ejemplo, por ser familiar y pueda su declaración implicar responsabilidad penal para el familiar o para el declarante, o si es un supuesto legal que impide a un testigo declarar. La omisión en examinar las generales de ley, debe alcanzar tal gravedad que verdaderamente haya obstado a la individualización del testigo, afectando así la facultad de contralor que incumbe a la otra parte. Por ello un error intrascendente deslizado en la mención del nombre o apellidos del testigo o error en su identificación, son susceptibles de excusarse cuando, en las circunstancias del caso, tales deficiencias no hayan impedido su identificación.

El Código introduce una importante innovación y es la que permite una segunda ronda de preguntas, meramente aclaratorias de la declaración, según la cual "concluida la declaración, las partes y el tribunal podrán interrogar nuevamente para pedir aclaraciones".

9.- Careo

El art. 43.5 del Código regula en extenso la figura del careo. Es el acto mediante el cual, de oficio o a solicitud de parte, se interroga de manera simultánea de dos testigos, o

a un testigo y una de las partes, con el objeto de disipar la incertidumbre resultante de las contradicciones o divergencias que median entre sus respectivas declaraciones, acerca de uno o más hechos. Cuando el juez encuentra que entre la declaración de dos testigos existen "graves contradicciones" –dice la norma- o entre la declaración de uno de ellas o el interrogatorio de la parte, puede ordenar la confrontación de esas declaraciones para aclarar la contradicción, esa es nueva definición.

Se trata de un complemento ineludible de un buen interrogatorio al aparecer en el proceso declaraciones de testigos que se contradicen gravemente entre sí, debe tratarse de contradicciones groseras o flagrantes. Esta diligencia tiene una relevancia trascendental, en cuanto esa confrontación permite evaluar mejor la sinceridad de los testigos y sirve para que éstos precisen sus recuerdos e insistan en sus versiones, las rectifiquen o ratifiquen.

El procedimiento es el siguiente: **a)** El juez nuevamente los juramenta; **b)** Separadamente lee el aspecto que considera contradictorio señalándole en que consiste la contradicción, **c)** Preguntará entonces si mantiene lo declarado –ratificándolo- o si modifica lo declarado –rectificando su dicho-, **d)** Si el primer testigo se retracta –solo los ríos no lo hacen- no habrá necesidad de continuar, **e)** Si mantiene su respuesta, el juez y las partes podrán pedir aclaraciones y quizás con un mejor interrogatorio podrá llevar a concluirse que la contradicción es aparente o no existe, **f)** De lo contrario, retirado el primer testigo o declarante, le pasará al segundo testigo a carear, bajo el

mismo procedimiento.

LA PRUEBA PERICIAL

1.- ¿Puede el juez aplicar su conocimiento especializado?

El juez no puede, sin ningún fundamento, rechazar la prueba pericial, por más que tenga conocimiento en la ciencia, arte o técnica de que se trate, pues le está vedado utilizar sus conocimientos privados, en la labor incorporativa de la prueba, salvo que la prueba sea abiertamente impertinente, que sería otro supuesto de rechazo. Aunque el juez tenga conocimientos especializados, no puede considerar inadmisible la prueba por medio de dictamen de peritos, y convertirse en perito, en el proceso en donde desarrolla su actividad jurisdiccional.

No es admisible de ningún modo que el juez se procure por sí mismo, mediante informaciones privadas o estudios técnicos de "aficionado", los conocimientos que le faltan para negar después el peritaje. Semejante proceder ocasionaría el que no hubiera lugar a recoger prueba en contrario, pareciendo luego injusta la sentencia definitiva, aunque tal no fuera.

2.- Concepto de peritaje

El peritaje es el medio de prueba, en virtud del cual un tercero ajeno –no puede ser una parte, un testigo o el juez- al proceso elabora un estudio especializado, ajeno al derecho, con la finalidad de transmitir al juez un

conocimiento científico o técnico, realizado por aquel, en el que transmite su opinión motivada y sus conclusiones.

3.- Admisibilidad. Objeto

Señala la norma que es admisible la prueba pericial "cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, ajenos al derecho, para apreciar hechos o circunstancias relevantes o adquirir certeza de ellos".

4.- Las pericias privadas

El NCPC regula dos modalidades de pericia: la privada y la judicial. Señala el NCPC 44.1 "las partes podrán aportar, con la demanda o contestación, los dictámenes de peritos o informes técnicos elaborados por particulares, instituciones públicas o por medio de un colegio profesional. Se adjuntarán, con los demás documentos, instrumentos o materiales necesarios para su apreciación".

Hasta hoy habíamos sostenido que los informes privados no eran pericias, conforme a nuestra regulación histórica de ese medio de prueba. La LEC española –enero del 2000- ha dado un giro copernicano al permitir y reconocerle valor a las pericias privadas. Sin embargo, debemos considerar que la prueba por peritos es una actividad procesal por naturaleza, por cuanto siempre tiene ocurrencia en un proceso o como medida procesal previa para un futuro proceso. De ahí que se la distinga de estudios ordenados por las partes o actividades similares extraprocesales, cuya función consiste en preparar o ilustrar a las

partes sobre la procedencia o estimación de ciertas pretensiones o los efectos de hechos o cosas que son materia de negocios o de operaciones privadas.

Al margen del proceso siempre han existido, de hecho, pericias extrajudiciales, cuyo resultado se incorporaba al proceso en forma de prueba testifical o documental. Esos dictámenes son aportados con la demanda o la contestación y forman parte de las alegaciones, y no de las pruebas. Nada obsta que a éstas se las denomine informes, certificaciones, pericias privadas, opiniones, encuestas o sondeos de opinión, inclusive dictámenes, pero no pericias en sentido jurídico-procesal.

Las pericias privadas, estudios pagados a instituciones, entidades expertas o informes particulares, en cuya elaboración no participó la parte contraria, no se respetó el derecho de contradicción, no se conoció la metodología, ni la parte a la que se opone tuvo la posibilidad de contradecir o de cuestionar los medios, fuentes y metodología empleada, además de que es sospechoso porque fue pagado por la parte interesada y donde hay paga no hay garantía de objetividad, no se respeta en estos casos el referido derecho a la prueba, es que en casos de oposición y a solicitud de la propia parte que está aportando la pericia privada, es que se permite luego nombrar un perito oficial de la Corte. Es requisito que la prueba pericial la dirija el órgano jurisdiccional en su calidad de destinatario.

La pericia extrajudicial solicitada por las partes tiene como destinatario inmediato a quien lo solicita y no el juez.

Para que la prueba pericial sea válida se requiere, que se produzca dentro del proceso o como diligencia anticipada a este, pero siempre ante un juez y dentro de un proceso determinado, aunque nada obsta para que se produzca en otro y se incorpore y traslade a uno diverso. Con razón se afirma que los llamados peritos de parte constituyen una deformación de la prueba, ya que no se concilia el carácter de auxiliar del órgano judicial que tiene el perito, con su vinculación con una de las partes, como auxiliar del juez debe ser absolutamente imparcial y gozar de la independencia propia de todos los sujetos que cumplen funciones dentro del Poder Judicial, por eso ha sido calificado como "una monstruosidad jurídica" o como un sacrilegio que no debe tener mérito en la valoración probatoria. Como en la mitología griega, sería pretender introducir un caballo en Troya, en el proceso.

Al margen de sus consideraciones sobre el valor de estas pericias privadas, pagadas y aportadas por las partes, lo cierto es que a las partes le queda la posibilidad de ofrecer y que se evacúe prueba pericial, con un perito imparcial, nombrado por el tribunal, de una terna oficial.

¿Qué valor tendrá esa pericia privada? Dependerá de cada caso, de otras pruebas e incluso si se nombra o no perito oficial de la Corte y si hay o no contradicción grosera de ambas pericias.

Es recomendable que esas pericias privadas, para ser tomadas en cuenta y como sería, las haga una persona o institución independiente a la parte que la presentada,

además que estructural e internamente cumpla con todos los requisitos de una pericial oficial.

5.- Consulta a institutos o colegios profesionales

Señala 44.1 NCPC "las partes podrán aportar, con la demanda o contestación, los dictámenes de peritos o informes técnicos elaborados por…, instituciones públicas o por medio de un colegio profesional". Distinta a la pericia privada es la figura de las consultas científicas o técnicas que se pueden pedir a Universidades, Colegios Profesionales, Instituciones Públicas, Centros o Laboratorios Especializados o Academias, en las que se solicita su opinión cuando se tratan de operaciones o conocimientos de alta especialidad o complejidad.

No se trata de prueba de informe de oficinas públicas, ya que no se solicita informe sobre hechos que resulten "relativos a actos o documentos de dichas oficinas" sino que se efectúa una consulta u opinión, o si se prefiere, se requiere información que se reputa calificada por la reputación o especialización de la entidad consultada. No rigen en cuanto a éstas las disposiciones relativas a la aceptación del cargo, remoción, reemplazo y recusación y las atinentes a la forma de producción y presentación del dictamen, pero en todo caso el informe deberá ser fundado.

Esta modalidad de peritaje puede ser suplementaria del dictamen pericial clásico, hoy la norma lo considera para ser valorado en sentencia, a pesar de no ser un informe pericial judicial, porque no hay designación propia, ni

posesión, ni juramento, sino que se utiliza al funcionario permanente que desempeña actividades en la academia, colegio o institución respectiva, para interés de la parte que lo ofrece.

6.- Designación del perito

El perito privado lo designa la propia parte que lo va a aportar. El oficial, lo nombra el juez de la audiencia preliminar –o inmediatamente después de esta- o el juez que instruye el proceso de audiencia única.

a.- El trámite de designación del perito

El perito oficial debe ser designado necesariamente por el juez, en principio, no puede ser designado ni nombrado por la parte, con la excepción que más adelante se verá. Si además un experto o un perito, sea o no de lista oficial, concurre, por propia iniciativa, ante el juez que conoce de un proceso y emite declaraciones técnicas o científicas, sobre los hechos del proceso o que interesan en una pericia, existirá un testimonio técnico y no un peritaje.

b.- La designación de la lista oficial

Los peritos judiciales serán designados de la lista elaborada por el Poder Judicial, tomando en cuenta la naturaleza y el objeto de la peritación. Si no existe experto en la lista o los existentes no pueden rendir informe, se puede pedir a los colegios profesionales que remitan una lista de profesionales idóneos o terna, para hacer el nombramiento.

Al hacer el nombramiento, el tribunal indicará con precisión los aspectos sobre los cuales debe informar. Con base en el 161 LOPJ y facultad "reglamentaria" de normas prácticas para la aplicación del Código, han sido las circulares de la Corte, el Consejo Superior y de la Dirección Ejecutiva las que establecen los detalles del nombramiento, incluyendo las tarifas de honorarios.

c.- A quién se nombra

Al hacer el nombramiento el tribunal debe dar prioridad a profesionales reconocidos e incorporados a la lista oficial y a sus colegios profesionales respectivos. Solo si no hubiere profesionales –con título- o si habiéndolos no aceptaren, el juez nombrará a técnicos, finalmente a prácticos, es lo que se llama perito por inopia. Los nombramientos por inopia son de carácter excepcional, esta modalidad es utilizada cuando el juez no logra ubicar dentro de la lista oficial de peritos un profesional o especialista en un área requerida, o si existiendo personas inscritas en aquella ninguno acepta el nombramiento.

No habiendo título habilitante en cierta materia o siendo una especialidad derivada de una rama principal no obsta a la validez de la pericia.

d.- Aceptación del cargo

Comunicado el nombramiento al perito manifestará inmediatamente o dentro del tercer día, por cualquier medio idóneo, si acepta el cargo, de lo cual se dejará constancia. Si no acepta el cargo se hará nuevo

nombramiento. Ya no es necesario la aceptación del cargo por medio de nota escrita, dirigida al Tribunal que lo nombró. En la misma idea de celeridad y concentración, la aceptación se puede hacer hoy hasta por medios electrónicos.

9.- Deberes del perito

Los deberes del perito pueden resumirse así:

a) Aceptar el cargo –art. 44.2 NCPC-. La condición procesal de perito se adquiere no solo a raíz del nombramiento judicial sino, además, mediante la ulterior aceptación del cargo, acto facultativo.

b) Prestar juramento en el informe pericial: El "perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con objetividad e imparcialidad, y que conoce las sanciones penales y civiles en las que podría incurrir si incumpliera su deber" –art. 44.3, sin juramento no hay peritaje ni consecuencias legales, aunque puede ser subsanado después de rendido el informe.

c) Como ya no es necesario la aceptación del cargo ante el tribunal, quien era el que juramentaba al perito, ahora esa declaración o juramentación de decir verdad debe hacerla el perito al rendir su informe. Nada se opone que esa declaración la haga antes de rendir el informe, al aceptar el cargo, por cualquier medio.

d) Elaborar personalmente el informe pericial: el cargo de perito es personalísimo y por ello indelegable, el dictamen debe consignar conceptos personales del perito.

Nada impide que se auxilie, para su preparación, con asistentes.

e) Actuar con imparcialidad, incorporando todos los elementos para validar su informe y no parcializándose con una parte o sirviéndose solo del aporte de una de ella –arts. 18 y 44.3-.

f) Excusarse de oficio, en caso de que le concurra cualquier causal de recusación y allanarse a la formulada, si fuere cierta la causal atribuida –arts. 18 y 44.3-

g) Fundamentar su dictamen y rendirlo en forma clara y precisa, este aspecto lo desarrollamos luego –art 44.3-.

h) Guardar el secreto sobre las operaciones y el resultado del informe hasta tanto no lo presenta, lo que conlleva la no injerencia de las partes en la elaboración, aunque si puede participar y aportar lo requerido en la fase de preparación, no del resultado.

i) Presentar de manera escrita, firmada y en idioma español el informe.

j) Exponer y evacuar dudas del examen oral de su informe –art. 44.4 NCPC-

k) A solicitud de parte hacer aclaraciones, ampliaciones, explicaciones de operaciones, métodos, premisas, fuentes del informe escrito –art. 44.4-.

10.- Elaboración, técnica y presentación del dictamen

Hoy sí hay norma expresa, de cómo debe presentar el perito el informe pericial. Dice el 44.3 "el informe será fundado y contendrá, de manera clara y precisa, una relación detallada de las operaciones practicadas, sus

resultados, los elementos técnicos y probatorios utilizados y las conclusiones. Se adjuntarán los documentos y anexos respectivos, o se indicará la fuente correspondiente, cuando no sea posible anexarlos. Deberá presentarse al menos cinco días antes de la audiencia de práctica de pruebas".

a.- El sistema mixto del informe: escrito e *in voce*

Como novedad, el Código –siguiendo el CPP y CPCA- ha optado por el sistema mixto de rendición del informe pericial:

a) Primero debe presentarse escrito y firmado por el perito, redactado en idioma español –porque todos los actos del proceso deben hacerse en nuestro idioma, principio de soberanía del idioma-, con números en caso de fórmulas matemáticas o datos numéricos. No se permite el informe inicial *in voce*, salvo las aclaraciones y ampliaciones que se rinden en audiencia. La forma escrita es necesaria para resguardar su autenticidad y estudiar su fundamentación, así como no se concibe una sentencia oral, no parece conveniente un peritaje oral;

b) Una vez rendido por escrito y habiéndose dado audiencia a las partes –antes de la audiencia de pruebas o única en no ordinarios-, pedidas por estas adiciones y aclaraciones por escrito, el peritaje será examinado en audiencia oral, en la que, con la presencia del perito que lo rindió, deberá aclarar y adicionar el informe, e incluso en algunos casos corregir, algún dato o resultado. Esto es

consecuencia de la congruencia de un sistema con inmediación oral.

b.- Explicación de las investigaciones y operaciones

En primer lugar, es conveniente que el dictamen contenga los puntos objeto de pericia, a los efectos de ser congruentes con los artículos 44.1 y 35.1.6. El perito debe suministrar los antecedentes y explicaciones que justifiquen su convicción sobre los puntos que vierte en su informe. De inmediato, como forma de salvaguardar el debido derecho de las partes, se dejará constancia de los eventuales procedimientos llevados a cabo por el perito y las operaciones realizadas para practicar el peritaje.

c.- Fundamentado y concluyente

El peritaje debe ser sobrio y fundamentado, esto es: justificado, razonado, apoyado, serio, formal, indicando los criterios expuestos, las reglas de la ciencia o los conocimientos utilizados, las fuentes, la valoración y los elementos comparativos utilizados. Se refiere a las razones o motivos que sirven de base a las conclusiones o dictamen propiamente dicho. El perito no es un oráculo, ni hay ciencias, técnicas o artes ocultas, por eso debe dar explicaciones que fundamenten su resultado.

Es esencial, pues, que el dictamen emitido esté fundamentado. La fundamentación, igual que ocurre en las resoluciones jurisdiccionales, permite que las partes y órgano jurisdiccional pueda conocer las máximas de experiencia técnicas y, además, valorar el dictamen en

función del caso. Se hace preciso, por lo tanto, que la fundamentación contenga las operaciones seguidas y la exposición de las máximas que llevan al resultado. Es decir, el sometimiento del perito a la *lex artis* de la técnica a emplear. La esencialidad de dicha motivación en relación con el conocimiento del órgano jurisdiccional permite afirmar que, sin ésta, el informe es nulo.

El informe debe contener las conclusiones en concreto del perito. Esas conclusiones tienen que ser motivadas, en caso contrario, el peritaje no tendrá valor como pieza de convicción, transformándose en un mero acto de autoridad, ajeno a la función pericial.

Lo de que el informe debe ser concluyente, se refiere además que no sea especulativo, ambivalente, contradictorio, omisivo. Las conclusiones del peritaje deben ser claras, precisas, coherentes, concretas a cada aspecto o cuestión examinada. Clara significa compresible, entendible, inteligible, cierto, manifiesto transparente, que permite ver la luz de la ciencia que expone. Precisa es puntual, fijo, exacto, cierto y determinado, esto es que dé en el punto concreto independientemente del resultado, la idea del perito mítico, endiosado, ya no existe.

13.- Examen del dictamen en audiencia oral y el consultor de parte

Conforme al artículo 44.4 CPC "el dictamen pericial será examinado en la audiencia de prueba, primero por el proponente, luego por la parte contraria y finalmente por el

tribunal…El perito deberá comparecer a la audiencia, salvo que las partes y el tribunal lo estimen innecesario. Quienes participen en la audiencia podrán hacer observaciones, pedir aclaraciones, ampliaciones, explicaciones de operaciones, métodos, premisas, fuentes o incluso impugnar y cuestionar el informe con otros medios probatorios".

Un aporte importante aporte del NCPC –siguiendo así a la ley Rac, el CPP y el CPCA- es que permite el interrogatorio oral del perito, a solicitud de una de las partes, donde las partes podrán estar presentes para que el perito aclare, amplíe o adicione su informe, según se le haya requerido o se le requiera en ese acto.

Esa exposición oral, sustituye la ampliación y contra ampliaciones que se dan en el sistema escrito, de manera que presentado el informe inicial escrito y solicitado por las partes o el tribunal adición o aclaración de dicho informe, tanto el examen del informe principal, como la ampliación, se podrán hacer oralmente, mediante una audiencia a las partes, por lo que no se requiere que el perito rinda un nuevo informes(s) de la(s) ampliación(es).

Indica el art. 44.4 "para tal efecto –sic. examen oral del informe pericial-, las partes podrán contar con el auxilio de expertos técnicos o consultores". La norma, al igual que otras normas nacionales, prevé la figura del consultor técnico o asesor técnico de parte, para que la asesore en el estudio o examen oral de los dictámenes de peritos e informes técnicos que se produzcan en el proceso.

El consultor técnico es un auxiliar de la parte que lo propone, y por ello, no está obligado a emitir su opinión cuando resulte desfavorable a ella y por ningún aspecto puede equipararse al perito. Obviamente, las partes pueden recurrir con entera libertad, sin necesidad de norma legal que las autorice, al consejo de expertos para el estudio de las cuestiones técnicas o científicas. El consultor técnico es un órgano procesal de la defensa de la parte que lo designa, no es un auxiliar del tribunal. Los consultores de parte ayudan y participan al lado de la parte que los ofreció, generalmente para el examen y debate de un informe pericial oficial, por lo que generalmente es un profesional en el área del perito oficial, que expone el informe. Se trata de un consultor designado por la parte, a la cual asesora en el estudio e interrogatorio de los dictámenes técnicos.

El consultor de parte tiene una similitud con el abogado, pues defiende la posición de su cliente, es remunerado y puede ser reemplazado. El tribunal no está obligado a seguir puntualmente las conclusiones del consultor técnico, como si se tratara de un perito, pues la labor de aquel es complementar o aclarar la pericia, pero no para sustituirla. La ampliación del peritaje lo mismo que las peticiones y observaciones de los consultores técnicos se pueden grabar en los mismos términos que las demás audiencias.

Hay una clara diferencia entre el consultor-perito y el perito oficial. Al requisito de que los peritajes deben nacer en el proceso para que tengan vida jurídica relevante, debe agregársele otro, y es que se trata de actividad de personas

especialmente calificadas y de una lista oficial, no el que una parte proponga y menos si ya lo aporta. Los peritos de parte no están sujetos a las condiciones legales de habilitación de los peritos corrientes para el nombramiento, no deben prestar juramento, ni están obligados a aceptar el cargo, ni están sujetos a las causales de excusa o de recusación que valen para el perito, no siendo del proceso no da un informe, el juez debe creerle al perito de parte, en la medida en que cree al abogado parte. Es dudosa además su imparcialidad, objetividad y bondad cuando hay paga, por eso es por lo que esta figura es análoga a la del abogado y se justifica su reconocimiento como una especie de defensor o patrocinio técnico, un verdadero defensor de los intereses de la parte que lo propuso.

CAPITULO IV
MEDIOS DE PRUEBA
-continuación-
LA PRUEBA DOCUMENTAL

1.- La documental como medio de acreditación

El vocablo *acreditación* es un neologismo que implica la sustantivación del verbo acreditar -hacer digno de crédito, probar la certeza de alguna proposición y, referido a algo con determinada apariencia, asegurar que es lo que parece-. Esta vinculación significativa de la *acreditación* con la creencia no es aceptada por algunos importantes autores, quienes encuentran en ella una fuente de confusión en cuanto también hay creencia en la convicción.

Sin embargo, en aras de explicar el tema con el mejor sentido docente, preferimos mostrar el medio de prueba de *acreditación* teniendo en vista una actitud judicial de absoluta *creencia* en la legitimidad o certeza impuesta por la ley respecto de ciertas cosas –a menos que se confirme por el interesado su inexistencia, invalidez o ineptitud probatoria– y en la aceptación generalizada que en toda sociedad tienen ciertos lenguajes simbólicos.

La *acreditación*, entonces, es una función que se hace en el presente para poder confirmar en el futuro la existencia de ciertos hechos y relaciones jurídicas. De tal modo, *acreditar* es dejar constancia de lo sucedido, no importa si

con ello se refiere a un fenómeno de la naturaleza o a una expresión humana. Y esa constancia es, así de simple, la transmisión de un pensamiento o de una conducta a través de un objeto que confirma su realización.

Toda esta función de acreditación se haya legislado habitualmente bajo el rótulo de *documentos* o de *prueba documental.* En esta denominación quedan comprendidos, así, los *instrumentos públicos* y los *documentos privados*, auténticos e inauténticos, registrados en documentos clásicos o medios tecnológicos, pertenecientes a las partes procesales o a terceros.

Si bien se mira, todos los *documentos* mencionados muestran el común denominador *de ser escritos*, pero no todos sino solo algunos de ellos ostentan el importante valor que otorga el legislador a su continente o a su contenido al establecer que el juez debe aceptarlos –en principio– como ciertos y confiables, lo que presenta obvio problema de interpretación sistemática al juzgador.

En la actualidad –cuando los adelantos tecnológicos han superado largamente las previsiones del legislador– se engloban ahora dentro de la denominación de *documentos* a un sinnúmero de cosas, escritas y no escritas tales como: fotografías, fotocopias, discos, llaves USB, registros de electrocardiogramas, logotipos, marcas de fábricas, etc.

De ahí que sea menester efectuar una adecuada sistematización de *todo* lo que la doctrina comprende dentro de la voz *prueba documental,* no solo para hacer asequible el

tema sino, fundamentalmente, para facilitar la tarea judicial de evaluar medios de confirmación al momento de sentenciar.

En este orden de ideas, los medios de acreditación son siempre materiales y consisten en: instrumentos, documentos, monumentos y registros. Veamos cada ellos.

2.- Formas de prueba documental

a.- El instrumento

Es una especie del medio de prueba documental mediante el cual se plasman por escrito y en forma original e indubitable las conductas constitutivas de relaciones jurídicas o de las que se vinculan con ellas. La idea de instrumento está estrechamente ligada a la de fe pública y, por ende, a lo que es fehaciente, que comprende la dación de fe, la certificación y la autenticación.

Por ello, ejemplos de instrumentos son las escrituras públicas, los protocolos notariales, los expedientes y actas judiciales y administrativos, la correspondencia oficial, los asientos en libros de los corredores, los libros de registración de movimientos administrativos o judiciales, los títulos de las entidades financieras autorizadas para su emisión, los billetes, libretas y todo título emitido por los bancos, etc.

Como se ve, el instrumento –por definición– es siempre auténtico, cualidad que, en la terminología tradicional, la tiene solo el documento público -NCPC, 45.2- y algunas

veces, cumpliendo ciertos requisitos, también el documento privado -NCPC, 45.3-. Volvemos sobre el tema más adelante.

b.- El documento -propiamente dicho-

Es otra especie del género prueba documental mediante el cual se representa por escrito la materialización de un pensamiento o la descripción de circunstancias de las que alguien cree conveniente dejar memoria. En ambos casos, la escritura puede ser hecha con signos corrientes o convencionales. Ejemplos de documentos son todas las representaciones escritas que contienen declaración de voluntad y que no constan en instrumentos -testamento ológrafo o cerrado, contratos privados, facturas, recibos, presupuestos, promesas de pago, reconocimientos de derechos, etc.- y las cartas privadas, los libros de comercio que no son llevados conforme con la ley, etc.

Así concebido, el documento es siempre privado e inauténtico y, por ende, no creíble *ad initio*, pero si eficaz procesalmente, por presunción –art. 45.3 NCPC-, puesto que la credibilidad se logra con su reconocimiento o no objeción, por la persona contra quien se opone.

c.- El documento público

El NCPC, 45.2 lo define como "todos aquellos redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones y los calificados con ese carácter por la ley. También, tendrán esa naturaleza los otorgados en el extranjero con

ese carácter en virtud de tratados, convenios internacionales o el derecho internacional. A falta de norma escrita, tales documentos deben cumplir los requisitos del ordenamiento jurídico donde se hayan otorgado". Nótese que, en dicha definición, el 45.2 NCPC, no hace distinciones, abandona el término instrumento público y unifica el tratamiento sin distinguir a los instrumentos, documentos y registros.

Esta clase de documentos se presumen auténticos, mientras no se demuestre su falsedad y hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos hace el funcionario que los autoriza, según lo preceptuado por el artículo 45.1 NCPC y 124 CNot. Esto significa que, con respecto al hecho de su elaboración, la fecha en que se expide, las declaraciones contenidas, tanto desde el punto de vista de su materialidad como del acto que contienen, los hechos, las situaciones, las demás circunstancias de que el funcionario haya dado fe y la firma de las partes y del funcionario de quien proviene, tiene la calidad de plena prueba frente a todos, es decir, *erga omnes*.

3.- Documentos privados

a.- Concepto

El NCPC 45.3 no define el documento privado, solo indica que es todo aquel que no tenga condición de público. Tradicionalmente se define como documento privado, por exclusión, como aquél que no es público o no reúne las condiciones para serlo. Es aquel documento, emanado de

particulares en ejercicio de su libertad de contratación y autonomía de la voluntad y que no sea otorgado ante un notario público o expedido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo y dentro de su competencia.

b.- Tipos

Hay documentos privados escritos y/o firmados, bien autenticados, sin alcanzar por ello la condición de públicos –por ejemplo, razón de fecha cierta o autenticado por funcionario público o notario, Arts. 107 y 111 CNot-. Dentro de la acepción amplia de documento privado, el NCPC, 45.3 y el 48 tienen un error conceptual entre documentos privados y prueba científica, pues el NCPC 48 incluye dentro de ella a los llamados registros y también formas de documentos privados, como los calcos, fotografías o registros tecnológicos, como llaves USB, discos externos e imágenes radiográficas.

En principio, salvo norma legal en contrario, los actos y contratos no están sujetos a forma ni formalidades determinadas –Arts. 627, 1007 y 1022 CCi, 411 CCo-.

Tendrán la condición de documentos privados: Contratos privados, Libros de comercio o libros contables, asientos, registros y papeles domésticos, Declaraciones de renta e impuestos en general, Cartas y correspondencia, Telegrama, Fotocopias simples, Fecha cierta del documento privado -art. 45.8 NCPC- que veremos seguidamente; Documento con tachaduras, roto e incompleto -75 y 96 del

CNot, y 75 –en cuanto a las enmiendas o entrelineados-, Actas notariales -artículos 102, 104 y 107 CNot-, Fotografías.

c.- Fecha cierta del documento privado

La fecha cierta es una presunción de existencia o certeza de un documento a partir de un momento histórico. El documento privado con razón de fecha cierta antecede en la data a su certeza existencial, por esa razón no tiene, para terceros, el mismo valor de una escritura pública.

La razón de fecha cierta no convierte, por arte de magia, en un documento privado en público, ni lo eleva a una categoría especial de valor superior al carácter privado que tiene tal documento, ni el juez puede atribuirle un valor de plena prueba, bajo pena de incurrir en un error de derecho en tal valoración. Es por esa razón que de acuerdo con los artículos 107 y 111 del CNot "la protocolización de documentos privados no les confiere la condición de instrumentos públicos" y "los documentos privados en que se practiquen autenticaciones, conservarán ese mismo carácter".

La ley reconoce tres formas para darle presunción de existencia y fecha cierta a un documento privado, se entiende que ese momento de inicio lo es para terceros, pues para las partes el documento será válido y tendrá certeza a partir de su existencia o la fecha que en él se indique. Los supuestos legales –NCPC, 45.8- que atribuyen tal de fecha cierta son: "1) La muerte de alguno de los firmantes. 2) La presentación del documento ante cualquier oficina pública

para que forme parte de un expediente con cualquier fin. 3) La presentación del documento ante un notario, a fin de que autentique la fecha en que se presente. Si el tercero al tiempo de contratar tuviera conocimiento de la existencia del documento, no podrá rechazarlo con el pretexto de que no se halla en uno de los tres casos anteriores."

La razón de fecha cierta notarial debe cumplir con los requisitos que señala el art. 102 CNot, en lo pertinente.

4.- El registro ¿Es prueba "científica"?

El "registro" es otra especie del género en estudio por el cual se captan técnicamente expresiones del hombre o de la naturaleza en general y las apariencias de las cosas, cuya materialización se hace de forma tal que puede ser perdurable y utilizable o reproducible a voluntad.

En sentido lato, se entiende por "registros", aquella especie del género prueba documental, consistente en todo objeto que sirve para ilustrar o comprobar algo. Toda representación objetiva destinada e idónea para reproducir una determinada manifestación de pensamiento, de voluntad o un hecho o un suceso o incluso un acto de la naturaleza. De esta suerte, pueden ser documentos las representaciones más variadas -visuales, auditivas, táctiles-, como lo son las tarjetas, marcas, signos, contraseñas, placas, estampas, grabados, fotografías, films, discos, grabaciones, pinturas y cualquier otro medio que haya captado luces, imágenes o sonidos, que representan mediante escritos o signos distintos de la escritura. Coincide

con esta concepción, la etimología: la palabra procede del latín "*docere*" que significa mostrar, enseñar. Sentido lato, moderno, que consagra el nuevo Código, con un problema: muchos de estos registros –entendido como formas de prueba documental- los trata como "prueba científica" -NCPC, 48-, según veremos más adelante.

La vida actual nos muestra un sinfín de ejemplos del tema en cuestión: copias en general; grabaciones, discos en general; electrocardiogramas; huellas de personas, animales y cosas; negativos fotográficos y fílmicos, fotografías, radiografías; registros de voces, de sonidos, de luminosidad, de electromagnetismo, de fotoquímica, de dactiloscopia, etc.

Nada de ello es escrito. Por tanto, un registro no puede ostentar la categoría de instrumento ni la de documento. Como se ve, configura una categoría diferente y propia dentro de los medios de acreditación -nadie duda de que una fotografía algo acredita- que hasta hoy no ha sido convenientemente legislada. Por ejemplo, el NCPC 48 los confunde y regula separadamente de la prueba documental -45 NCPC- a través de la figura de medios "científicos", confundiendo el medio de prueba con la práctica de la prueba. Establece la norma que se podrá ordenar "la práctica de reproducciones de cualquier naturaleza, calcos, relieves, filmes o fotografías de objetos, personas, documentos y lugares, radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos y, en general, cualquier prueba científica."

La prueba científica no comprende calcos, filmes o fotografías. Es un grave error conceptual del legislador. El problema es mayor si analizamos que la norma en cuestión indica que "en la audiencia se le dará a esta prueba el mismo tratamiento dispuesto para la prueba pericial". Es decir, el 48 NCPC confunde la prueba documental con la prueba científica y le da tratamiento de prueba pericial. Si se estudia con detenimiento, se advertirá que ninguna de las dos normas se ocupa adecuadamente de este tema.

5.- La regulación sustantiva y adjetiva de la prueba documental

Ya explicamos antes, al estudiar los diferentes medios confirmatorios, que existe una marcada anarquía conceptual en la casi totalidad de los códigos que se ocupan del tema. En Costa Rica, casi todo lo relativo a los documentos en general y aun a su valor probatorio está contenido en el Código Civil. De tal forma, al ocuparse del tema los códigos procesales, se limitan a regular aspectos puramente procedimentales respecto de toda suerte de documentos -propios de las partes o de terceros, públicos o privados, ya sean instrumentos, documentos propiamente dichos o registros-.

Por ello, la explicación que sigue deberá conjugar tanto la regulación sustantiva como procesal, los cuales, necesariamente, deben complementarse recíprocamente.

6.- Los requisitos de la prueba documental

Los requisitos abarcan lo referente a la existencia, a la validez y a la eficacia probatoria de este medio de prueba.

a.- Los requisitos de existencia del documento

La doctrina señala, que jurídicamente existe documento cuando:

a) Que tenga aptitud representativa de un hecho, de un concepto o de una idea cualquiera,

b) Que esté realizado por un acto humano

c) Y tenga significación propia y entidad confirmatoria.

Nótese que, contrariamente a la fuente que inspira la elaboración de este tema, no mencionamos a la firma del emisor como requisito de existencia -art. 45.3 para documentos privados-.

Sucede que las leyes en general, como ocurre con el NCPC 45, mencionan promiscuamente con el nombre de documentos a los que supra presentamos como instrumentos, documentos y registros. Y resulta obvio que no todos ellos requieren de firma para su existencia -por ejemplo, una fotografía, una llave USB o disco externo, un mojón, etc.-. Por lo demás, el tema de la discusión doctrinal está circunscrito desde hace mucho tiempo a los documentos privados -un billete de papel moneda, por ejemplo, no contiene firma original alguna-. Y la realidad actual demuestra que cabe repensar con seriedad la normativa que exige imprescindiblemente la firma del emisor. Si así no se hace, quedarán para siempre fuera de

toda protección jurídica los millones de contratos que, por ejemplo, se realizan diariamente por la vía digital -e-mail- o "en línea" o medios que hoy ya son tradicionales: del télex, del fax. El 45.1 NCPC afortunadamente sí contempla estas posibilidades, remitiendo a leyes especiales su cotejo de autenticidad.

Finalmente: cuando se trata de instrumento escrito que naturalmente exige la firma, es obvio que –aquí sí– se trata de un requisito que hace a su existencia como tal -NCPC, 45.2 y 45.3-.

b.- Los requisitos de validez del documento

a) Que se haya elaborado voluntariamente,

b) Con las formalidades legales y llevado al proceso en forma legítima, con las formalidades de modo, tiempo y lugar exigidos por la ley -NCPC, 41.3, 35.2-;

Los documentos que estén en su poder en ese momento deben ser presentados por las partes con la demanda, reconvención y contestación de ambas en toda clase de juicios -NCPC, 35.1, 37 y 38-. Además, cuando la prueba documental no esté a su disposición, la parte interesada debe individualizarla, indicando su contenido, el lugar, archivo, oficina pública o persona en cuyo poder se encuentra -art. 35.2 NCPC-.

El juez puede mandar que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos del NCPC 45.4, obligando a los terceros a exhibirlos. También se ha resuelto que las normas sobre

oportunidad de presentación de documentos no son de orden público, por lo que su agregación tardía debe admitirse si es aceptada por la contraparte -NCPC, 41.3 in fine-.

Si los documentos se presentan en idioma extranjero, debe acompañarse su traducción realizada por traductor oficial -NCPC, 24.2-, y, tratándose de copias, que se hayan cumplido los requisitos exigidos para su legítima expedición -para los documentos privados excepcionalmente se requiere el cotejo con el original: NCPC, 45.1 y 45.3, se parte de la presunción de su reconocimiento, salvo impugnación fundada de la contraria-.

c.- Los requisitos de eficacia del documento

Desde el punto de vista probatorio, son requisitos de eficacia:

a) Que su contenido sea convincente; **b)** No haya otro medio confirmatorio válido en su contra; **c)** Que llegue al proceso sin violación de la reserva o del secreto que la ley le haya impuesto a su emisor o a su tenedor; **d)** Y completo, sin alteraciones, mutilaciones, tachaduras o enmiendas sin salvar adecuadamente de puño y letra del emisor o con la misma máquina con la cual se emitió, **e)** Que, en su caso, se haya hecho el registro -público- que exija la ley; **f)** Finalmente: cuando se encuentra emitido en el extranjero, que se cumplan todos los requisitos exigidos para su elaboración y autenticidad.

7.- El valor probatorio de la prueba documental

Históricamente, el documento escrito es un medio de *prueba* muy posterior e inferior a la declaración de parte -recuérdese su calidad de *probatio probatissima*- y al testimonio de terceros. De ahí que, hasta la actualidad, a contrapelo de la historia y no obstante estar ello reñido con la lógica, mantiene una entidad probatoria menor en numerosos códigos vigentes. Sin embargo, en el mundo que no ató su destino judicial al sistema inquisitivo –en rigor, mucho antes de que este apareciera con el rigor perverso impuesto a fines del siglo XV– se adoptó la escritura para redactar notas a fin de rescatar la memoria de lo anotado en un futuro eventual.

En la actualidad, cuando la doctrina se maneja diferenciando adecuadamente a los instrumentos, los documentos, los monumentos y los registros, no cabe hablar con propiedad del valor probatorio de todo ello. Por tal razón, algunos códigos más modernos, como bien lo hace el NCPC 41.5, han dejado de preestablecer el valor probatorio de los diferentes medios, dejando que el libre y prudente arbitrio del juez opte por alguno de ellos en cada caso. En otras palabras: la ley no asigna un determinado valor que el juez debe respetar a todo trance. De tal modo, todos los medios de confirmación se convierten en simples medios de convicción que deben ser analizados en conjunto con el resto de las pruebas.

Con ello, se ha dejado de lado la asignación de un cierto valor a cada medio en particular, es decir, lo que se llama

tasación de la prueba ya no rige en materia civil. De tal forma, el instrumento -documento público- tiene definitivo valor probatorio acerca de los hechos que el funcionario dador de fe afirma como cumplidos por él o por los propios interesados realizados en su presencia. Y ello hasta tanto el respectivo instrumento sea declarado falso -NCPC, 45.2-.

Diferente valor tiene las aseveraciones que los interesados expresan ante el dador de fe, ante notario, por ejemplo: ellas valen hasta la simple prueba en contrario por cualquiera de los legitimados para hacerlo. Por lo contrario, los documentos -documentos privados o simples documentos- que requieren ser reconocidos por sus firmantes tienen distinto valor "probatorio" según sea quien los firme: si la parte procesal, importa un reconocimiento equiparado a la declaración de parte -NCPC 45.6-. Sin embargo, unos y otros, tienen el valor que les asigne el juez conforme a las reglas de la sana crítica -NCPC, 41.5-.

8.- Reconocimiento de documentos privados

a.- Objeto

Solo los documentos privados requieren ser reconocidos, cuando no se aceptan tácita o expresamente. El NCPC 45.3 cambia con respecto al Código anterior, ya que el CPCD solo consagraba el reconocimiento en relación con los documentos suscritos o manuscritos por la parte contra quien se oponen o el causante, exceptuando los que contienen reproducción de la voz y la imagen, como es el

caso de las grabaciones, sea en cinta magnetofónica, videos o en general los sistemas que resguardan audio y/o video y las fotografías, las que no se reconocen sino se constate su autenticidad por peritos –según se vio-, sin perjuicio de ser incorporados por otros medios.

El NCPC 45.3, elimina todas estas salvedades, indicando únicamente "documentos privados" y definiéndolos como aquellos que no son públicos, por lo que debe entenderse que sea que emane o no de las partes, todo documento no público puede ser objeto de reconocimiento.

Aunque la norma tampoco lo distingue ni regula, el reconocimiento del documento puede ser total o parcial; del contenido o solo de la firma contra quien se requiere. Un ejemplo de reconocimiento total se da cuando se pretende que el testigo o la contraparte reconozcan o acepte su firma. Al hacerlo, de acuerdo con el 45.3 NCPC in fine, implica –salvo objeción, dice la norma-, hacer un muy buen contrainterrogatorio para romper esta presunción o implicación legal, que el testigo o parte reconoce el contenido y la causa que le dio origen.

El reconocimiento puede ser parcial, como se alegue alteración de parte del contenido o se han insertado cuestiones ajenas a las firmadas. En este supuesto, y dentro del contexto del caso, el juez se puede limitar a excluir el aspecto alterado o no reconocido.

Lo importante de la reforma es que da amplitud a la figura bajo el sistema de libertad probatoria y alejándose del sistema de prueba tasada, que son –a diferencia de la prueba oficiosa- los verdaderos caminos para llegar a la verdad procesal

b.- Sujetos llamados a reconocer: las partes y testigos

Otra amplitud, necesaria, es la que presenta el NCPC 45.3 al no distinguir entre partes y testigos a los sujetos que pueden ser llamados a reconocer determinado documento privado, aspecto que forma el área común entre la prueba documental con la de declaración de parte y la testimonial, en su práctica. Ello rompe con la circunscripción que hacía el derogado CPCD 388 a las partes. Esto resulta de vital importancia práctica pues si el firmante ya no es el representante actual, de quien lo rubricó, puede aquel o cualquiera que ahora funja con el apoderado, reconocer el documento, por su conocimiento, contenido o ejecución que haya hecho de él, evitando así desviar la atención en discusiones que se daban en la práctica de no reconocer un documento porque la parte a quien se le pide reconocer no lo había rubricado personalmente.

c.- Práctica del reconocimiento

En realidad, tratándose de si la persona a reconocer es parte o testigo, la práctica se centra en la forma de interrogatorios -NCPC, 41.4.5 –regla general-, 43.3 –testimonial-. No obstante, la manera de efectuar el reconocimiento varía de acuerdo con la clase de documento:

a) Si el documento está firmado, basta reconocer la firma para que se presuma cierto el contenido.

b) Si se reconoce la firma, pero no el texto o contenido, como se trata de una falsedad ideológica, que no es objeto de impugnación especial, sino de medio de defensa, le corresponde hacerla valer en el curso del proceso, en la forma ya señalada.

c) En el documento manuscrito basta el reconocimiento del texto, lo cual implica el del acto jurídico que allí se hace constar.

d) Cuando el documento está firmado a ruego, quien hace el reconocimiento debe manifestar si se extendió por orden suya, si el signatario obró en su nombre y si es cierto su contenido.

e) En caso de que, la persona llamada a reconocer el documento no sepa leer ni escribir, el juez debe leerle la totalidad del texto.

f) El reconocimiento se suple, ante la negativa de la parte, si el firmante o quien "prestó" su firma a ruego de otro y los dos testigos firmantes reconocen su firma y testifican el hecho de haber presenciado el otorgamiento -413 CCo-

g) Si quien no pudiere o no supiere firmar lo hizo mediante huella dactilar –arts. 76 y 92.f) CNot-, lo que se reconoce es la huella y en caso de negativa un examen técnico grafoscópico determinará su pertenencia a la persona.

h) El desconocimiento de cualquiera de esos aspectos implica que no se produzca el reconocimiento y, por ende,

la carga de la prueba para establecer su autenticidad recae sobre la parte que allega el documento y pide la diligencia, aclarando que si la parte citada no está conforme con el documento.

9.- Exhibición de documentos

El NCPC 45.4 regula el instituto probatorio de la exhibición de documentos que posea la contraria. Si una parte posee un documento de influencia decisiva, puede ordenarse su exhibición.

La principal reforma es que la norma sí establece las consecuencias de la negativa, por lo tanto, hay que partir del tratamiento de la exhibición como obligación procesal -y no como carga procesal como antes- ya que los efectos de su negativa radican en tener como hecho probado las afirmaciones de la parte contraria respecto del contenido del documento que no se cumplió con su exhibición; lo cual hace que la norma incorpore, con buen tino, inferencias de carácter presuntivo y con estructura bastante análoga a la *ficta confessio*, pero, repetimos, sin darle valor de plena prueba -NCPC, 41.5-.

10.- Impugnación de documentos

Como hemos dicho, los documentos públicos, mientras no sean argüidos –sic. declarados- de falsos, se presumen auténticos -no de plena prueba como decía el CPCD- dice el NCPC 45.1, luego el NCPC 45.5 señala el camino para tal falsedad.

Los documentos que se incorporen a un proceso pudieron ser alterados o ser falsos en su contenido o su rúbrica, para eso el Código ha diseñado todo un mecanismo de impugnación de la falsedad, pero, a diferencia del CPCD- no distingue si se trata de documento público o privado. Aquí viene el primer cambio radical.

La falsedad del documento puede ser material que es la alteración total o parcial del texto, contenido o sustancia del documento o de la firma. En consecuencia, hay falsedad material cuando se borra, cambia o agrega cualquier parte del texto. Asimismo, si se suprime una firma o la que aparece no proviene de la persona a quien se atribuye.

La ley regula de diferente manera cada una de las falsedades. En efecto, en la material, la falsedad es un cuestión accesoria con efectos sobre el principal, que si se trata de documentos públicos podrá también declararse en sede penal –cuya sentencia tendrá cosa juzgada material -45.5 NCPC-. Si se trata de documentos privados su falsedad puede ser declarada tanto en sede civil – pero dicha declaratoria solo tendrá efectos en el mismo proceso-, como en sede penal. La falsedad intelectual, por el contrario, constituye el objeto principal de un proceso tendente a obtener la declaración de un vicio de la voluntad de un acto o contrato, donde la pretensión principal es precisamente esa falsedad –simulación, vicios del consentimiento, etc.-.

a.- Falsedad de documentos públicos

Como se señaló, el 45.5 no se refiere a la falsedad de los documentos públicos. Los artículos 359 y 360 del Código Penal regulan como un delito de acción pública, el delito de falsedad documental. Pero el juez civil, ahora, también tiene competencia para conocerla en el mismo proceso con efectos únicamente para el mismo caso civil, es decir sin consecuencia desde el punto de vista penal.

Volviendo a la competencia, para efectos punitivos, la competencia es penal, pero no necesariamente suspende por prejudicialidad el proceso civil. Pero, perfectamente, como el NCPC 45.5, ni el 34.2 diferencian entre documento público y privado, el juez civil podría conocer en el mismo proceso de tal falsedad, con efectos únicamente para el mismo proceso. Por virtud del referido principio de independencia judicial y de plenitud hermenéutica del derecho, tampoco un juez penal podría suspender, como medida cautelar, un proceso civil, por la alegación de falsedad en esa sede, de un documento.

Queda a salvo lo señalado en el artículo 34.2 NCPC, sobre la falsedad del documento base de un proceso hipotecario y prendario, que constituye una verdadera excepción a la regla que ahora comentamos.

b.- Falsedad de documentos privados

En cuanto a los documentos privado, el art. 45.5 NCPC faculta que su declaratoria de falsedad se pueda hacer libremente en vía civil y el NCPC 45.6 de verificación de

documentos permite el cotejo de letras, prueba técnica y otros medios de prueba, en el mismo proceso donde se pretende hacer valer tal documento, nada obsta que también este tipo de documentos pueda ser impugnado en la vía penal, mediante denuncia por el delito de falsificación de documentos privados, previsto en el artículo 361 CPe, pero el juez civil tiene competencia concurrente con el penal para declarar su falsedad, como ocurre ahora también con el documento público.

Como vimos supra, un documento privado puede ser aceptado tácita o expresamente, si no se le impugna hacen fe entre las partes –NCPC 45.1. Si se trata de documentos públicos la ley presume su autenticidad –aunque ya no tendrá el valor de plena prueba 41.5 NCPC y 124 CNot-. En los casos de falsedad en sede civil permitidos por el Código, si el documento se hubiere presentado en la demanda o reconvención, los argumentos y la prueba de la falsedad se alegará y ofrecerá en la contestación o en la réplica.

En los demás casos, se debe impugnar en la audiencia –la norma no lo indica, pero por lógica es en la audiencia preliminar, si se trata de un proceso ordinario pues en ella se admite o rechaza la prueba -NCPC, 102.4-. Con ello, se elimina el incidente de falsedad de documento.

Aunque el NCPC no lo indica, por lógica, dado que se trata del análisis de la prueba ofrecida en la demanda y reconvención, en uno y otro caso, la falsedad debe decidirse en la sentencia definitiva, si no se presentan en tiempo y esa forma, mantendrán la presunción de validez señalada

Sin embargo, si ya se hubiere dictado sentencia firme y no se formuló la falsedad en debida forma, ya precluye la posibilidad, puesto que la sentencia ampara la presunción de verdad y porque además ya no habría nada que suspender si ya hubo sentencia, la única vía sería la demanda de revisión por la causal de falsedad de un documento del NCPC, 72.1.3.

LA PRUEBA DE INFORMES

1.- Concepto

En cuanto al concepto para nosotros la prueba de informes es el medio de prueba autónomo, mediante el cual se incorpora al proceso un reporte o informe escrito, de entidades públicas o privadas, partes o no en el proceso, quienes transcriben y reportan al proceso actos, datos, resúmenes o conclusiones sobre actos, documentos, hechos, estadísticas o registros que resulten de antecedentes documentales preconstituidos conservados por dichas entidades.

2.- Objeto

Desde esta perspectiva, la doctrina aporta una serie de hipótesis, basadas en la práctica jurisprudencial, en las cuales se considera justificada la prueba de informes:

a) Los que versen sobre precios vigentes en artículos, valores, servicios, cotizaciones, etc., emanados de entidades

empresariales, bolsas de comercio, de valores, de trabajo, sindicatos,

b) El informe sobre la evolución de los precios oficiales de la onza de oro entre determinadas fechas;

c) Los que se requieren a un hospital respecto de la fecha de internación o curación de un paciente, estadía, tratamiento, historia clínica, incapacidad, etc.

d) Los que se solicitan a empresas concesionarias de servicios públicos, respecto del suministro de dichos servicios a determinada persona o entidad, lugar, época, precio.

e) Los que se piden a entidades profesionales o científicas respecto de usos y prácticas de un ramo o profesión; de conocimientos técnicos; por ejemplo, los informes de Facultades, Institutos, Academias, etc.

f) A bancos y otras instituciones de crédito de referencia a depósitos, movimientos de cuenta o saldos; acreditación o débito de cheques u otros valores, etc.

g) Informes requeridos a empresas comerciales o industriales referentes al sueldo o retribuciones que percibe un empleado u obrero; en juicios sobre prestación de alimentos o cuando se trata de acreditar por cualquier razón la ocupación, medios de vida o especialidad de una persona que allí se desempeña,

h) Relación de índices de precios de canasta básica o consumidor,

i) Historial y estadística de la devaluación de la moneda.

j) Estadística e histórico de tasas internacionales de referencia de operaciones bancarias estadística.

k) Resultado de estudios de mercado y de comportamiento de ciertos productos, servicios, precios o resultado de comparativos.

l) Los que se refieran a registros que lleve cualquier institución –temblores, precipitación pluvial, costos, marejadas,

m) En materias de incendios, cuestiones médico-legales, policía, accidentes de tránsito, de aviación, certificados, copias, atestados, dictámenes, investigaciones o informativos, motivados, técnicos o científicos, etc.

3.- Requisitos

El informe en sentido estricto es una reproducción o síntesis de datos, actos o documentos de un registro, una trascripción de datos de un registro a otro, un procesamiento de datos, actos o documentos, para dar como resultado un informe, lo cual a diferencia de la copia o reproducción de un documento que se puede pedir a una oficina pública –NCPC, 5.2- requiere el análisis de datos, operaciones aritméticas, selección de información, verificación de datos y las fuentes, procesamiento y resultado de esas operaciones.

El verdadero informe tiene que partir de la existencia de un archivo o de unos documentos obrantes en él, respecto de los que se pide, no una certificación en sentido estricto, sino una labor de selección y coordinación, de unos antecedentes o tales documentos.

Para el informante el requerimiento judicial de petición de informes constituye una carga pública, pues supone que las entidades, salvo por determinadas causas, no pueden excusarse, a fin de evitar su contestación. Solo puede ser negada la contestación del informe si por sí mismo fuese inadmisible, por ejemplo, porque los hechos no son los controvertidos en el proceso, o porque no resultan de la documentación, archivos o registros del requerido, o por causa justificada de secreto, aunque no de reserva.

¿Quiénes deben informar? En primer lugar, respecto a la persona del informante, algunos autores solo conceptúan como prueba de informes a aquella que proviene de terceros al proceso, pues si el informante fuera parte en el mismo proceso, se estaría ante otro tipo de prueba.

4.- Trámite de la prueba

Después de ofrecida la prueba, a petición de parte, o admitida de oficio, la prueba por informes consta de varios pasos en su producción, a saber:

a) La existencia de unos antecedentes documentales privados o públicos que deben ser transcritos fielmente,

b) Que la operación esté registrada en los libros o que de ella haya constancia escrita en los archivos,

c) Selección de estos documentos de acuerdo con la petición judicial lo que implica una verdadera valoración;

d) Coordinación de los documentos, lo que presupone otro juicio del informante,

e) Declaración de ciencia, pues la selección y coordinación de los documentos genera una declaración implícita de conocimiento,

f) Que se expidan bajo juramento de exactitud -45.7 NCPC), el cual se considera prestado por el solo hecho de la firma,

g) Que los firme el funcionario autorizado para ello –lo que debe presumirse-.

DOCUMENTO ELECTRÓNICO

O POR MEDIO TECNOLÓGICO

1.- Omisión de regulación de la figura

Resulta imprescindible hacer un análisis final de una especie de prueba documental que el NCPC menciona en varias partes de su articulado: el documento electrónico. Es referido como medio de prueba -NCPC. 41.2.6-; se menciona en los actos escritos con soporte tecnológico -NCPC, 2.6, 24.4, 25.1, 27.1, entre muchas otras normas-. Sin embargo, no se regula en ninguna parte, siendo excluida de la norma en comentario, donde, en teoría, debería estar normada.

2.- Concepto de documento electrónico

El documento electrónico es aquel que consta en un dispositivo magnético y para su conocimiento es necesaria la utilización de un instrumento electrónico que lo lea o lo genere. Su contenido es invisible al ojo humano, excepto su

reproducción, de manera que no pueden ser aprehendidos por el hombre sin la intervención de un instrumento electrónico, tampoco posee caracteres de grafía personal directa, como los documentos clásicos, de allí que sea casi imposible su reconocimiento por su contenido.

Estos mecanismos ofrecen seguridad, aunque no al máximo, y están expuestos a los piratas informáticos o "hackers", quienes hurtan las claves, se infiltran en las cuentas de clientes, suplantan registros de operaciones, sin embargo, hay una lucha constante de las empresas y bancos, para dotar con sistemas muy seguros, de confianza al cliente.

Como determinar si un "documento electrónico" es o no legítimo. En primer lugar, las claves de acceso, "password" o pin de seguridad, la autorización previa que se requiere para acceder un sistema de esta naturaleza, el registro electrónico de cada operación, algunas veces con un registro fotográfico o dispositivos ópticos de reconocimiento de caracteres, sonido o imagen y la firma electrónica, facilitan esa labor de control.

¿Qué valor tiene un "documento" o registro electrónico?, no tienen valor de plena prueba –porque la ley no se lo otorga- pero en el conjunto con el resto de la prueba, su reconocimiento, aceptación o efectos reales que surtió, –principio de unidad de la prueba- puede ser trascendente y demostrable lo que se quiere comprobar.

Sobre el valor probatorio de los documentos electrónicos, es necesario señalar que, se produjo un cambio radical, respecto al Código Procesal Civil, con la promulgación de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, de 30 de agosto de 2005. Algunas normas de este texto legal validan el valor que tiene dichos documentos electrónicos.

3.- El valor de los convenios y comunicaciones electrónicas

Como hemos señalado, se entiende por convenio celebrado por vía electrónica aquel en el que se hace constar la voluntad de las partes expresada por dispositivos electrónicos, informáticos o telemáticos. La peculiaridad del convenio electrónico estriba en los mecanismos empleados para que quede constancia del acuerdo de las partes o la manifestación del consentimiento o sumisión. Efectivamente, son válidos los convenios que se celebren por medios electrónicos, como un correo o *e-mail*, siempre que dicha información -manifestaciones, ofertas, aceptaciones, etc.- sea accesible para su ulterior consulta. En consecuencia, los convenios que se pacten por medios electrónicos tendrán el mismo valor que un convenio escrito.

También debe tenerse presente, los aspectos procesales que deriven de un documento electrónico, como su incorporación, validez, valor e impugnación. En consideración a lo anterior hemos señalado que el NCPC regula este tipo de documentos como prueba científica, en el artículo 48. Como indicamos anteriormente, hay una

evidente confusión de medios y fuentes en torno a las reproducciones de imagen y sonido, que puede ordenar el juez, como calcos, relieves, filmes o fotografías de objetos, documentos y lugares.

Dentro del concepto general de documento, como "todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo" y en específico en la tipología de reproducciones mecánicas o de comunicaciones que dejen un respaldo físico –telex, fax, telegrama, correo electrónico y comunicación telemática en general-, es evidente que las comunicaciones telegráficas, radiográficas, telefónicas y cablegráficas tienen el carácter de documento, por eso el NCPC 48 debería estar ubicado en la sección de documentos -NCPC, 45- y no como "medios científicos". En realidad, se trata de reproducciones físicas obtenidas a través de medios electromagnéticos, telemáticos y similares. Documento es todo objeto mueble-corporal que tiene la función de transmitir la representación escrita, emblemática o fonética de un dato jurídicamente relevante, se trata, como se dijo de la tesis de la representación apreciable no solo por la vista, sino también por otros sentidos -oídos, tacto -v.gr. escritura Braille-.

RECONOCIMIENTO JUDICIAL

1.- Concepto

Aunque históricamente nuestros ordenamientos denominaron a esta prueba de "inspección ocular", el término adecuado es "reconocimiento judicial", pues en la

inspección el juez puede utilizar todos los sentidos, ya no solo la vista. El *reconocimiento judicial* es la verificación o el esclarecimiento de hechos materia del proceso, que hace el juez de personas, lugares, cosas o documentos.

2.- Ofrecimiento y objeto

El ofrecimiento del reconocimiento judicial debe hacerse en la demanda, contestación, reconvención y sus réplicas. El proponente de la prueba "indicará los aspectos a constatar y manifestará si pretende concurrir al acto con algún técnico. La contraria podrá proponer, antes de la práctica del reconocimiento, otros aspectos de su interés" –art. 46.2.1 NCPC. Si no es del caso su rechazo –por impertinente- y la prueba es relevante e importante, el juez sí debe admitirla, su inadmisión configura un rechazo de prueba, controlable incluso en casación o apelación de la sentencia.

Es conveniente, en el ofrecimiento, indicar los aspectos que se quiere examinar, cual estado o situación se desea confirmar y hacer constar, precisamente el objeto de la prueba, lo que se pretende demostrar, especificando si ha de examinarse la totalidad del objeto, una parte de él o aspectos concretos, también si el objeto ha de encontrarse en una situación determinada -en funcionamiento o actividad-

El reconocimiento tiene por objeto "el esclarecimiento y apreciación de hechos, cuando sea necesario o conveniente que el tribunal examine, por sí mismo, algún lugar, objeto o persona". En cualquier proceso, el

reconocimiento puede ser una de las pruebas más importantes y necesarias, especialmente cuando por el principio de inmediación de la prueba, el objeto a examinar y la naturaleza de la controversia, el juez se forma una noción más exacta del punto en discusión, del estado de tal objeto y con examinarlo se da una mejor idea del tema a decidir.

3.- Práctica

a.- Citación y participación de las partes, peritos y testigos

A la audiencia y con fines probatorios o aclaratorios, pueden participar diversos sujetos. De acuerdo con el artículo 46.2.2 "Las partes y sus abogados podrán concurrir al reconocimiento, formular las observaciones que consideren pertinentes y ofrecer fotografías, calcos, grabaciones de imagen o sonido u otros semejantes para dejar constancia".

Se consagra en la norma el derecho de las partes, sus apoderados o abogados de participar en el desarrollo de la prueba, lo que comprende el derecho de ingresar al lugar o aposentos en los que se desea practicar el reconocimiento, aun cuando la parte contraria se oponga, y si hay oposición el juez, por las potestad de autoridad, el principio de igualdad y el derecho de contradicción de la prueba, deberá autorizar el ingreso y participación, incluso permitirle hacer observaciones, manifestación, como se dijo de los principios de contradicción y publicidad, y en aplicación de la prohibición de que el juez apele a su saber privado como

medio de prueba o pretenda monopolizar la fuente, el conocimiento o lo que existe, para poner así una venda a los litigantes.

Como todo medio de prueba el reconocimiento se tiene que efectuar respetando los principios de contradicción probatoria y publicidad procesal, a menos de que se trate del examen de personas, que se exige privacidad y discreción. En efecto, es necesaria la grabación de las circunstancias percibidas por el juez y en su caso las observaciones de los peritos, los testigos, partes o sus abogados presentes en el acto.

A pesar de la publicidad y oralidad relativa del reconocimiento, la no asistencia de una de las partes no impide la celebración del reconocimiento, ni es obstáculo para levantar el acta, para la parte es una carga, aunque para sus testigos y el perito es un deber.

b.- Concurrencia de peritos y testigos

El numeral 46.2.3 NCPC establece la posibilidad de que el reconocimiento se haga simultáneamente o acumulado con la prueba pericial "a solicitud de parte o de oficio se puede disponer la concurrencia de peritos o testigos a dicho acto, donde podrán ser examinados". Es factible acudir específicamente a esos medios de prueba complementarios, pero condicionados a que lo que se pretende demostrar, guarde estrecha relación con el objeto del reconocimiento. Su objetivo es que el perito ilustre al juez, en virtud de que los hechos por examinar revisten carácter técnico, artístico

o científico y exigen conocimientos que exceden de la cultura normal del juez, o a que es menester determinar los efectos técnicos o las causas de los hechos comunes que en la diligencia se verifiquen. La labor del perito consistirá en hacer percibir al juez las características técnicas del objeto reconocido por el juez. No es que el perito suplantará al juez, sino que aquél le auxilia en el análisis y consignación del resultado, desde un punto de vista técnico y descriptivo complementario.

c.- Colaboración de partes y terceros

Conforme al principio general contenido en el art. 4.2 del NCPC "las partes y los intervinientes deberán ajustar su conducta a la buena fe, a la lealtad, a la probidad, al respeto debido de los sujetos procesales y al deber de cooperación con la administración de justicia, evitando todo comportamiento malicioso, temerario o dilatorio. Cualquier acto contrario a estos deberes será considerado como abuso procesal". Las partes y los terceros tienen el deber de prestar la máxima colaboración o cooperación, para la efectiva práctica del reconocimiento. La negativa injustificada de los terceros faculta a los tribunales para tomar las medidas conminatorias que correspondan, sin perjuicio de la posibilidad de testimoniar piezas para el Ministerio Público, si estima que se está ante la comisión de un ilícito.

Si la negativa injustificada procede de una de las partes, se le intimará a prestar colaboración; si mantiene su actitud, se podrá interpretar como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho

a probar. Se trata de una conducta de mala fe, desleal y a la probidad, tal conducta es sin duda un abuso procesal del cual se infiere, que quien esconde algo, acepta su culpa. La norma es una manifestación concreta de la regla general "la conducta de las partes durante el procedimiento podrá constituir un elemento de convicción ratificante de las pruebas", contenida en el art. 41.5 NCPC.

d.- Documentación del reconocimiento por medio tecnológicos

Contrario al sistema anterior, de la cultura del papel y siendo congruentes que la utilización de la tecnología ya no es necesario el acta del reconocimiento en papel o su elaboración a mano o diferido en el juez. Hoy el reconocimiento se documentará utilizando medios de grabación de imagen y sonido –arts. 24.4, 2.7, 41.4.5, 43.1 NCPC-. Cuando ello no sea posible, se consignará en un acta. Se asentarán, en el medio electrónico utilizado o en el acta, los aspectos relevantes. Solo en casos excepcionales se diferirá la documentación del reconocimiento judicial.

5.- Examen de personas

El artículo 46.2.5 NCPC permite de manera expresa el reconocimiento judicial de personas o *inspectio corporis*, cuando establece "en la práctica de reconocimiento de personas se tomarán las medidas necesarias, a fin de respetarles al máximo los derechos de la personalidad. Con esa finalidad, se les permitirá la compañía de algún familiar o persona de su confianza e incluso se podrá ordenar sin

asistencia de partes o abogados, o en la propia casa o lugar donde se encuentre quien deba ser reconocido".

Se trata del reconocimiento de la persona humana en su entidad física, para hacer constar algún elemento relevante como similitud física, daños, lesiones o desfiguración, cicatriz, marca indeleble, comportamiento, estado físico o estado mental, cuando se trate de verificar su estado físico, exterioridades del cuerpo, las heridas, accidentes de trabajo o marcas que tenga la persona, pudiendo recaer tanto sobre sus condiciones físicas, como sobre sus aptitudes mentales, anímicas, psicológicas, mentales, siquiátricas y cualidades.

Este medio no debe admitirse cuando se afecte el pudor del sujeto pasivo.

6.- Valor y apreciación probatoria

No obstante que el NCPC guarda silencio acerca de la apreciación otorgada por el juez al reconocimiento, aplicándose la norma general 41.5, el reconocimiento se valora "conforme a criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano", criterio que comparte la doctrina mayoritaria. Se entiende entonces que el reconocimiento judicial es de libre apreciación por el juez, bajo las reglas de la lógica y la experiencia, aunque algún autor le da el carácter de plena prueba por ubicarlo en la categoría de instrumento público.

PRUEBA DE RECONSTRUCCIÓN DE HECHOS

1.- Concepto y procedimiento

La reconstrucción de hechos no es propiamente un medio de prueba, por eso no se enumera como tal en la lista no taxativa. El reconocimiento judicial se practica para hacer constar el estado actual de las cosas o personas, en el momento presente en que se realiza. Pero a veces sucede que se desea reconstruir, para poder acercarse a la idea de cómo pudieron suceder unos hechos, relevantes para el proceso. Entonces el reconocimiento escapa, de su objeto, los hechos pasados transitorios –aunque pueden inspeccionarse sus huellas o rastros- y los futuros -pero pueden examinarse los hechos presentes que pueden servir de causa a aquéllos –ejp deterioro de los pilares de un edificio que provocará el derrumbe de una construcción-.

Las conductas humanas, en cuanto se exteriorizan en una actividad realizada de determinada manera y en un lugar especial, pueden ser objeto de reconocimiento especial que se conoce como "reconstrucción de hechos" y es considerado también como un experimento judicial. Reconstruir un hecho pretérito es pues, rehacer, repasar, tratar de restablecer o revivir al presente lo que sucedió en el pasado, recuperando, recobrando resucitando al presente, de manera más aproximada de un evento pasado.

La forma de realizarlo, al igual que el reconocimiento judicial –como dice la norma-, es reconstruyendo o

recorriendo el camino del evento que se pretende recrear o revivir, haciendo un recorrido del trayecto de ese evento.

PRUEBA DE MEDIOS CIENTÍFICOS

La norma reproduce el art. 412 CPCD y legislaciones modernas como el Código Modelo para Iberoamérica, el de Uruguay 1988, el de Colombia 2012, entre muchos. Sin embargo, para la doctrina procesal científica, no son medios de prueba.

1.- Concepto y procedimiento

Para Verbic prueba científica podría considerarse como el "resultado probatorio que, a través de la utilización de métodos científicos, se obtiene respecto de enunciados de hecho cuyo análisis y valoración escapa al conocimiento de la cultura media del juez", el destacado profesor argentino concluye y critica la inclusión como medio de prueba autónomo en diversos ordenamientos. Taruffo, por su parte, sostiene que, si bien se trata de una noción que no se encuentra determinada con exactitud, el significado de prueba científica resulta claro en la medida que involucra todas las hipótesis en que se emplean metodologías científicas para juzgar la veracidad de un hecho relevante para la decisión del caso.

2.- Su incorporación al proceso

La prueba científica, en cuanto argumento de prueba calificado, por lo general ingresa al proceso con la

colaboración de expertos en la materia a la cual se refiere. Verbic señala que históricamente se ha recurrido a diversos instrumentos para consentir al juez la utilización de conocimientos científicos y técnicos especiales, cada uno de los cuales presenta en su estado puro ventajas y desventajas, que en general se reducen en los ordenamientos procesales concretos con motivo de su utilización conjunta. Ellos se encuentran representados por: **a)** la nómina de expertos realizada por el juez en relación con la exigencia del caso concreto; **b)** la integración de colegios especiales integrados por expertos, designados en función de la particular naturaleza de las controversias que deben resolver; y **c)** la presentación de expertos en el proceso por iniciativa de las partes.

Nuestro país, ha seguido el primer sistema, puesto que el art. 48 señale "en la audiencia se le dará a esta prueba el mismo tratamiento dispuesto para la prueba pericial", por ello nos parecía más preciso el art. 413 del CPCD, puesto que más que el procedimiento del peritaje, la que interesa, para apreciar –como decía el 413 CPDD- este medio, es el nombramiento de un perito para tales fines, puesto que la labor más importantes es precisamente esa, que por medio de un experto, el juez tenga mejores elementos de apreciación, valoración y estimación de la prueba. Y es que, el problema se presenta en términos paradojales ya que se exige al juez valorar racionalmente elementos de prueba que por definición van más allá de los límites de la cultura media que el sistema presupone reunidos en su persona y muchas veces encontrará que en las ciencias exactas –no las

blandas- su carácter es vinculante por el resultado científico exacto, o ¿Será que acaso podrá acudir al argumento de la libre apreciación del informe pericial? Es el dilema al que se enfrenta la denominada prueba científica y que ha llevado a debates "científicos" y una regulación normativa especial en Norteamérica, precisamente por el riesgo de que juez vaya contra la ciencia dura o desatienda sus resultados científicos, probados a través de un método no empírico o de simple opinión como nuestra ciencia.

CAPÍTULO V

PRUEBA ANTICIPADA

1.- Concepto y fundamento

Por prueba anticipada, entendemos, el conjunto de actuaciones desenvueltas con anterioridad a la presentación de la demanda -o antes de la fase probatoria-, relacionado con el proceso principal, en virtud de factores que se puedan alterar o desaparecer, según la finalidad perseguida por aquel. Incluye todos los medios de prueba que el Código prevé como susceptibles de ser solicitados como prueba anticipada: declaración de parte, testimonio, reconocimiento judicial, reconocimiento de documento, pericial, prueba científica, prueba de informes a oficinas públicas.

2.- Finalidad

Tienen como finalidad conservar el estado de hecho de un medio de prueba, según su condición antes del proceso, o bien, dentro del proceso; pero antes de la fase probatoria, a fin de evitar el riesgo de que dicha prueba se pierda, se altere por el transcurso del tiempo que dura el proceso, por un acto de la parte o un tercero.

Con las pruebas anticipadas se evita la alteración de las circunstancias de hecho, por una acción de la contraparte; quien enterada de la existencia de la demanda o de la

intención de demandar, altera, modifica o suprime los documentos, estado, calidad o condición de las cosas o lugares que constituyen el objeto del juicio y sobre las que va a recaer la prueba.

3.- Momento para pedirla

El orden regular de las estructuras procesales en los procesos de conocimiento amplio o restringido –ordinarios, sumarios, monitorios, no contencioso- resultan normalmente integrados por tres etapas: la introductoria –demanda y contestación-, la probatoria –audiencia y evacuación- y la conclusiva –conclusiones y sentencia-. No obstante, esa estructura lógica del proceso, a veces se requiere su inversión, empezando con el anticipo de una prueba, útil para un proceso posterior que sí cumplirá aquella estructura lógica. Por esa razón la prueba anticipada puede ser previa al proceso. Pero puede ser anticipada con la presentación de la demanda, esto es, antes de la fase probatoria -en cuyo caso tiene el carácter de prueba conservatoria-, y, finalmente, puede ser pedida una vez iniciado el proceso, incluso trabada la litis; pero siempre antes de la fase probatoria, en este caso, la solicitud se hará en el mismo proceso, ante el juez que está conociendo de él, sin necesidad de incidente.

4.- Requisitos de tramitación

Cuando la prueba anticipada se pida antes del inicio del proceso, se tratará de simples diligencias, sin contención en principio. En la solicitud deberán indicarse el nombre y

las calidades de las partes, el objeto y estimación del futuro proceso, cuando este no se haya establecido, la justificación, la prueba que se pide, la estimación y la autenticación por abogado y el señalamiento para atender notificaciones.

De acuerdo con el artículo 8.4 NCPC, el juez competente al que corresponde conocer del proceso principal. En caso de urgencia, podrán plantearse ante cualquier tribunal. Las actuaciones practicadas pasarán a formar parte del proceso principal.

5.- La urgencia y el peligro de pérdida de la prueba y la legitimación

La urgencia o la necesidad de evitar la pérdida del objeto de prueba son dos razones que en la mayoría de los Códigos se exigen para ordenar una prueba anticipada. Así el nuestro establece "cuando exista peligro de imposibilidad de practicarla posteriormente o que aun pudiendo practicarla pueda perder su eficacia". En efecto, el cumplimiento de tal objeto se encuentra supeditado a una situación extraordinaria como es la posible pérdida, alteración o modificación de dicha prueba antes de la instrucción probatoria en el marco del proceso. De allí el carácter de anticipada y excepcional. Pero, no es necesario acreditar plenamente el peligro, bastará con su justificación para estimar que la solicitud se justifica, y así llevar al juez a la convicción de su necesidad.

No obstante, lo anterior esta regla no se aplica para verificación de estados económicos, financieros y rendición

de cuentas, la declaración de parte sobre hechos personales y la exhibición de documentos o bienes muebles, pues en éstas, la finalidad es otra al peligro de demora, o de pérdida de la prueba, por lo que basta la simple solicitud, para que deba ser ordenada.

Cuando se trata de testigos, la solicitud podría estar justificada en el peligro de muerte, -ancianidad o enfermedad grave-, ausencia prolongada o indefinida del país o cuando haya otro motivo por el cual pueda temerse la imposibilidad de su examen en la fase probatoria-, como sería, por ejemplo, las amenazas, el peligro de demencia, la enfermedad grave o la alteración de las cosas o lugares a los que se referirá el testigo. Cuando se refiere a prueba pericial anticipada, debe justificarse en las mismas razones de urgencia dicha para el reconocimiento. Igual regla se aplica para los restantes medios de prueba.

6.- La legitimación

El artículo de manera impersonal señala "podrá solicitarse" -antes el 245 CPCD disponía que "las partes podrán pedirse"-, admite, por lo tanto, que la anticipación de prueba la puede pedir el futuro actor, para demostrar un hecho respecto al cual le corresponde la carga de su prueba, o bien para hacer constar el *status* quo de una cosa o derecho. Pero, también el futuro demandado podría servirse de una prueba anticipada, sea para fundamentar una excepción, o sea, para que se le declare un derecho con base en lo que intente probar.

7.- Intervención en la evacuación de la prueba

Aunque se trate de meras diligencias anticipatorias de un futuro proceso, no por eso se le puede negar, a la parte contraria, la posibilidad de participar en la evacuación de la prueba solicitada por el promovente. El "juicio previo" del que hemos hablado en la teoría de proceso, se produce incluso a partir de este momento. De no preverse la audiencia, o no dársela a la parte, se estaría violando los principios de contradicción o bilateralidad; una prueba evacuada a escondidas es una prueba nula, sin ningún valor. Pero, debe aclararse, que no es que se emplaza a la parte contraria antes de hacer el señalamiento, sino que simplemente, se le notifica el señalamiento hecho, sin posibilidad de oposición a su admisión por esta parte, sino para que intervengan en la producción de la prueba de que se trate. Por eso, si la parte contraria no ha sido notificada al momento de la evacuación, la prueba no se puede evacuar, salvo los casos de urgencia, como se verá. Por no tratarse de procesos de contención, no se admite la contraprueba, ni las excepciones de fondo, quizás solo defensas procesales.

La regla general, de la audiencia previa, al futuro demandado tiene una excepción en el propio art. 49 NCPC "cuando la comunicación a la parte contraria pudiera frustrar la finalidad o eficacia de la actividad y, en casos de urgencia, esta se practicará sin notificación previa. Si la parte contraria concurriera a pesar de no haber sido citada, podrá intervenir en la práctica de la prueba; en caso contrario, el resultado deberá notificársele dentro del plazo de cinco días posteriores a su celebración. En los demás

casos se garantizará la participación de la parte contraria. El tribunal dispondrá lo necesario para el efectivo cumplimiento de lo que ordene, en cualquier día y hora, aun con auxilio de la Fuerza Pública".

CAPÍTULO VI
LAS AUDIENCIAS ORALES
EN EL PROCESO ORDINARIO

ACTIVIDADES DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

En la audiencia preliminar, el legislador señala los actos procesales o actividades que se van realizando.

Como era lo correcto, el art. 102.3 NCPC enumera las actividades o actos que se realizan en la audiencia preliminar, va indicando los actos procesales del juez o las partes, que se realizan en dicha audiencia. Al ser de carácter taxativo y formar parte de un proceso diseñado para realizarse por audiencia-s) resulta una etapa imprescindible, cuando se den los supuestos para su señalamiento.

Todas las actividades que en el artículo se enumeran, deben ser cumplidas obligatoriamente, bajo pena de nulidad de la audiencia. En efecto, si estamos cambiando un proceso preclusivo escrito, de resoluciones y recursos casi interminables y escalonadas, a un proceso con audiencia oral, concentrada, donde se resuelve todas las cuestiones procesales y de fondo, en la audiencia preliminar deben necesariamente cumplirse todas las etapas de dicha audiencia, en un solo acto continuado, las cuales están consagradas en beneficio de las partes y de la legalidad procesal, su violación acarrea una vulneración al debido

proceso legal y eventualmente la nulidad de la audiencia y la sentencia, cuando causa perjuicio a las partes.

Las actividades que se realizan en la audiencia preliminar oral son las siguientes:

1.- Momento y casos en que procede la celebración

Presentada y corregida –si fuera necesario- la demanda, se emplaza al demandado, una vez contestada la demanda, el juez señala para una primera audiencia, denominada preliminar, también denominada en el derecho comparado y la doctrina como "audiencia previa, preparatoria, inicial o de saneamiento", que tiene por finalidad, discutir y resolver en un solo acto los excepciones procesales, actividad defectuosa, nulidades, conciliación, réplica de las excepciones opuesta por el demandado o reconvenido, admisión y rechazo de prueba y cualquier otro aspectos procesal o de saneamiento del proceso, a fin de depurarlo y prepararlo para el posterior juicio oral.

Señala el numeral 102.3 NCPC "contestada la demanda o reconvención, si no existe aspecto procesal que amerite resolución interlocutoria, si es necesario, se señalará hora y fecha para la audiencia preliminar que deberá realizarse a la mayor brevedad posible. Esta audiencia la realizará uno de los jueces del tribunal del lugar donde esté radicado el proceso".

Se puede prescindir de la audiencia preliminar, por lo que estimamos es de carácter excepcional, en los siguientes casos: **a)** Si no se trata de uno de los supuestos en que el

102.2 y 39 NCPC permitan prescindir de las audiencias orales, **b)** Cuando existan aspectos procesales que ameriten resolución interlocutoria, por ejemplo la existencia de un incompleto litisconsorcio necesario, **c)** La existencia de una actividad defectuosa que no se haya podido subsanar o no se haya convalidado o cumplido su finalidad el acto –por ejp una nulidad de notificación del emplazamiento, **d)** Una solicitud fundada de caducidad del proceso, **e)** La existencia de una apelación, que si bien por regla no es suspensiva, si produciría tal efecto si impide, momentáneamente la continuación del proceso, tales como, basadas en el artículo 67 NCPC.

2.- Fines de la audiencia

La primera actividad de la audiencia preliminar no es la del art. 102.3.1, sino la del 50.4 NCPC, en la que el juez unipersonal, luego de saludos y presentarse, se constituye en la sala de audiencias, se presenta, toma registro de los asistentes, la condición en que comparecen y "explicará a las partes sobre los fines y las actividades de la audiencia. Hará las advertencias legales que correspondan."

3.- Informe a las partes sobre el objeto del proceso y el orden en que se conocerán las cuestiones por resolver

La segunda actividad de la audiencia preliminar es "El informe a las partes sobre el objeto del proceso y el orden en que se conocerán las cuestiones a resolver", por parte del juez.

El juez director del debate –identidad física del juzgador-, señala a las partes de manera breve cual es el objeto, finalidad y contenido del proceso –no de la audiencia- que se está celebrando. Esto obliga al juzgador a leer previamente el proceso, estudiarlo para que no llegue sin saber nada de él o pase un fiasco de no saber de qué están hablando.

De manera oral, el juez informará a las partes –en resumen, sin necesidad de leer los alegatos de las partes-, lo siguiente: **a)** el objeto del proceso, por tal entendemos, lo que se pretende con el proceso concreto, identificando las partes; **b)** el objetivo o pretensión –concreta-, la causa de la pretensión y el fundamento de la oposición. Aunque el objeto del proceso al que refiere la norma es más amplio a lo que la doctrina conoce como objeto y causa del proceso, la norma alude a "que objeto tiene el proceso concreto".

Para tales, fines, contrario a lo que señala en materia penal, el juez debe haberse preparado para la audiencia, haber leído demanda y contestación, para saber cuál es el objeto de controversia, no llegar a improvisar y exponer a las partes su percepción de lo que va a ser objeto de debate.

Este acto del juez debe ser breve, conciso, no es necesario que se explaye en una amplia explicación de los hechos, el fundamento y las pretensiones de ambas partes. Bastará con indicar de qué se trata –la causa u origen- y que es lo que se pretende. En cuanto a la defensa del demandado, bastará con enunciar los aspectos fundamentales de defensa. Por ello, no se trata de leer la

demanda, su contestación o reconvención, sino es una explicación oral del juez, para saber que leyó y comprendió lo que se está discutiendo y así pueda tomar mejores decisiones respecto de lo que tiene que resolver en esta audiencia.

4.- La tentativa de conciliación, como etapa intraprocesal

El siguiente acto que debe practicarse en la audiencia, es la tentativa de conciliación por el propio juez o incluso por un juez conciliador.

5.- Ratificación, aclaración, ajuste y subsanación de las proposiciones de las partes

a.- Crítica a la regulación. Vulneración al principio de contradicción

En nuestra concepción ideológica y por las razones que de seguido se señalan, luego de amplias discusiones, no considerábamos conveniente modificar el sistema con raigambre constitucional, del derecho de defensa, buena fe procesal y lealtad en el proceso, permitiendo a las partes modificar sus pretensiones, actos de proposición y defensa –demanda, contestación, reconvención y réplicas-, si ya ambas partes se había referido y debatido inicialmente sobre el objeto de controversia, al plantear la demanda y oponerse a esta.

En nuestra opinión la lealtad en el proceso, la estrategia procesal de la defensa, el haber "enseñado todas las armas" y haber discutido sobre los aspectos fácticos,

probatorios, *causa petendi* y pretensión concreta, ya determinada en los escritos iniciales de demanda, contestación, reconvención y réplica, no parecía conveniente que se pudiera modificar sus términos, en una audiencia preliminar, donde ni el demandado tenía medio de prepararse, ni el actor –en caso de que fuera el demandado- embestido por un ataque embustero, podía defenderse de algo que no necesariamente había sido alegado o introducido a la dialéctica del proceso.

b.- Límites a la potestad de modificación de las pretensiones

No vemos inconveniente en que la pretensión se pueda "aclarar", siempre que esa "aclaración" no altere en nada, ninguno de los elementos esenciales del proceso –sujetos, hechos, objeto, causa, causa petendi y pretensión-. Tampoco cuando se trate de "ratificar", aunque resulta innecesario e inconveniente. Pero cuando se trata de "…el ajuste y la subsanación de las proposiciones de las partes" en los términos que facultan el artículo 102.3.3. NCPC –y los artículos citados-, sí resulta violatorio del derecho de defensa y el debido proceso legal, y por ello el juez de la audiencia oral debe rechazar la pretensión del actor o demandado, de cambiar los términos de los actos de alegación –demanda o contestación-, en cualquier de sus elementos –sujeto, hechos, objeto, causa, causa petendi y pretensión- por contrariar el derecho de defensa, la preclusión y el debido proceso legal, además de ser un

indicio claro de deslealtad, fraude procesal y violatorio de la estrategia de la defensa de la contraria.

En nuestra opinión la derivación verbal "…ajuste y la subsanación de las proposiciones de las partes", se trata sin más de una modificación o ampliación de la demanda, luego de contestada la propia demanda y fijado –por los escritos respectivos- el objeto de controversia. La prohibición de modificar la demanda, una vez trabada la litis –con su contestación- está basada en los señalados límites constitucionales y legales. Las primeras atienden al derecho de defensa y debido proceso legal, que contiene el art. 39 CPo, pues parece claro que si el actor pudiera cambiar el objeto del proceso, los hechos constitutivos determinantes de su pretensión, la causa petendi, la pretensión o las personas demandadas, se estaría colocando a los restantes sujetos en una situación de indefensión, al cambiarle las "reglas del juego" por las cuales se les demandó inicialmente o por lo menos vulnerándoles el principio de igualdad de armas. Las segundas se refieren a un desarrollo ordenado del proceso, que se vería alterado si los cambios dichos fueran posibles hacerlos sin más, en esta fase tardía del proceso y en una audiencia preliminar que está pensada para otros fines.

Es aquí donde mantener la escritura vale la pena, pues aún no se ha ideado un sistema mejor que aquel que permite –como el nuestro- que las pretensiones de ambas partes queden fijadas, inexorablemente, en los actos introductorios escritos de: demanda, reconvención y sus respectivas contestaciones –réplicas-, o que pueda ampliarse la

demanda, en los términos del art. 35.6 NCPC "La demanda podrá ser modificada o ampliada en cuanto a las partes, hechos, pretensiones y pruebas, antes de la contestación o de que haya vencido el plazo para contestar". Así como la escritura no debe tener cabida en los actos consustanciales de la oralidad –la audiencia y el juicio oral-, la oralidad no debería tener cabida en aquellos actos que por razones de seguridad jurídica y respeto de debido proceso, deben permanecer escritos.

6.- Contestación, por el actor o el reconventor, de las excepciones opuestas. ofrecimiento y presentación de contraprueba

La siguiente actividad que debe realizarse en la audiencia preliminar es lo referente a la dialéctica de las excepciones opuestas, se encuentra regulada en el art. 102.3.4 NCPC.

a.- Réplica de las excepciones

"Aclaradas" las alegaciones de ambas partes, en los términos indicados en la actividad antes indicada, el juez da audiencia oral al actor, para que de la misma forma –oral- replique las excepciones opuestas por el demandado. En cuanto a las "procesales" hay que recordar que la regla es que se da audiencia y resuelven previas al señalamiento de la preliminar -art. 37.3. En buena técnica lo correcto es dar primero audiencia de las excepciones procesales -si estás no se hubiesen resuelto previo a la audiencia-, pues son las que

primero se prueba y resuelven y de acogerse alguna, no tiene sentido seguir con la audiencia, según se verá luego.

La frase "La contestación por el actor o el reconventor de las excepciones opuestas" está referida en la norma, a la réplica por el actor a la oposición del demandado y las excepciones opuestas por el reconvenido a la contrademanda. Primero el actor se referirá –replicará- a las excepciones procesales opuestas por el demandado, luego el turno corresponde al reconventor, respecto de las excepciones procesales del actor-reconvenido.

La réplica de las excepciones se hace con argumentos fácticos, jurídicos y sus pruebas, por parte del actor, para atacar y pretender el rechazo de las excepciones opuestas. Por argumentos fácticos entendemos, la adecuación o no de la excepción invocada en los hechos concretos del caso. Y por fundamentación jurídica nos referimos a la subsunción o no de los presupuestos fácticos de la norma con el caso concreto y la aplicación e interpretación de la norma, los principios normativos a la hipótesis planteada del caso. Y probatorios porque el Código obliga a quien se oponga y replique una excepción a demostrar su dicho.

b.- Contraprueba de las excepciones

Replicadas las excepciones, con argumentos fácticos y jurídicos, el propio actor ofrecerá prueba para atacar las excepciones opuestas por el demandado –tanto las procesales no resueltas como las materiales-

La frase "el ofrecimiento y la presentación de contraprueba" de la norma, está referido al hecho de que el actor, al fundamentar su oposición a las excepciones opuestas por el demandado, debe presentar al juez -debió llevar consigo y ofrecer, cuando es de declaración o aportar, cuando es documental-, en el mismo acto, la pruebas que servirán de fundamento para atacar tales excepciones –procesales y materiales-. Si no se ofrecen dichas probanzas que fundamentan las excepciones o no se llevan consigo a la audiencia, el juez las rechazará por extemporáneas.

7.- Sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa

Replicadas oralmente las excepciones por el actor, el juez resolverá en la audiencia preliminar sobre la admisión de prueba para la réplica y decisión primero de las excepciones procesales, actividad defectuosa o vicios de procedimiento, no resueltos anteriormente.

Haciendo pronunciamiento oral admitirá y rechazará la prueba, a fin de resolver esas cuestiones procesales previas, no resueltos hasta ese momento. Admitirá solo la prueba pertinente, útil, admisible, necesaria y conducente, en los términos ya analizados –conforme al art. 41.1 exigidos en la norma-, como presupuesto de admisibilidad, en general de la prueba permitida y dispondrá todas las medidas necesarias para diligenciamiento y dictará cualquier otra decisión necesaria sobre dichas pruebas. Rechazará la prueba que no cumpla con esas condiciones. La prueba para tales actos procesales previos se evacuará en el mismo momento.

Los términos "recepción" y "práctica de prueba pertinente" que contiene la norma, son en realidad un mismo fenómeno. Los dos actos que si son separables son la admisión y práctica de las pruebas, que el juez considere pertinentes, para la resolución de las excepciones opuestas, todo lo cual deberá hacerse en la misma audiencia. La prueba por evacuar en esta etapa tiene como objeto la resolución de las cuestiones procesales, a saber, actividad procesal defectuosa –nulidad-, excepciones procesales o en general el saneamiento del proceso por vicios en su tramitación. Solo será admisible la prueba que sea pertinente para ese objeto. Puede suceder consecuencia de lo anterior, que una declaración –testimonial, declaración de parte o reconocimiento, etc.- deba repetirse cuando resueltas estas cuestiones previas, se requiera luego de dicho media, para la prueba de fondo.

8.- Resolución sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y saneamiento

En un sistema por audiencias orales, una vez evacuadas las pruebas, para el saneamiento del proceso, en la misma audiencia en que se ofrecieron, admitieron y evacuaron, el juez resuelve primero, como dice la norma "sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y saneamiento", incluye incidentes pendientes de resolver al señalarse la audiencia –art. 113.2- o incidentes que se formulen en audiencia –art. 114.1 NCPC-. El Tribunal las irá resolviendo, una a una, pero todas, de manera oral, dando las razones jurídicas y fácticas por las que la admite o rechace.

Solo si se acoge una excepción procesal -no resuelta antes de la preliminar-, que haga imposible la continuación del proceso o porque afecte la válida constitución de la relación procesal, no resolverá las subsiguientes, pues si la alegación de actividad defectuosa o la excepción procesal, no es subsanable en el acto o en plazo concreto que se otorgue y con ello la relación procesal se ve afectada, hasta ahí habrá llegado la audiencia, tales como una incompetencia no resuelta antes o la existencia de un litisconsorcio necesario.

Por el contrario, si las "alegaciones de actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y de saneamiento", se van rechazando, el juez debe ir conociendo y pronunciándose una a una y si todas esas alegaciones fueron rechazadas, en resolución oral, se hayan o no interpuesto recursos orales, contra lo así resuelto, el juez continuará con las siguientes etapas o actividades de la audiencia oral y el demandado perdidoso de las excepciones procesales o actividad procesal defectuosa, si impugnó lo resuelto, deberá alegarlo y expresar agravios al impugnar la sentencia definitiva, mediante la apelación diferida, según se verá.

Las decisiones que va dictando oralmente el tribunal, resolviendo cuestiones previas o procesales –vicios de procedimiento, saneamiento, excepciones procesales-, deber impugnarse oralmente, bien con revocatoria y apelación diferida, cuando procede –art. 67.3-. No

impugnada en tiempo una resolución oral, se tiene por consentida y renunciada tácitamente la impugnación.

9.- Definición de la cuantía del proceso

Como se eliminó del NCPC el incidente previo de objeción a la cuantía, que también producía la paralización por meses del principal, pues hasta que no se definiera en firme no podía iniciarse la fase probatoria, ahora la cuantía se objeta en la contestación de la demanda -art, 37.1- y se resuelve como un acto más en la audiencia preliminar del ordinario. El actor a quien se le ha objetado la estimación que ha hecho de su demanda, replicará la objeción dada por el demandado en su contestación y de inmediato el juez resolverá –hoy sin recurso de apelación- fijando la cuantía del proceso. Dice el art. 37.1 NCPC "El demandado deberá contestar la demanda por escrito…también, manifestará con claridad su posición en cuanto a la pretensión y su estimación…". De manera que es este el momento en que se replica esa objeción a la cuantía y se resuelve en firme por el juez.

Cuando hay demanda y contrademanda, el juez de la preliminar fijará una sola cuantía para el proceso, no de manera separada, probablemente la más de alta de ambas, salvo que considere que esta resulta exagerada, en cuyo caso la fijará prudencialmente.

10.- Fijación de lo que será objeto del debate –el *thema decidendi-*

Esta constituye una etapa necesaria para delimitar el tema de discusión –*thema decidendi-* y los extremos fácticos han de ser objeto de prueba –*thema probandi-*.

En el momento inicial de interposición de una demanda y su contestación, las partes definen el *thema decidendum* en virtud de su *animus petendi*, y durante el desarrollo del proceso se libra una "batalla" para que cada parte logre convencer al juez de su "tesis", estos demuestran los elementos fácticos favorables a sus pretensiones y con ello delimitar *su* tema *decidendi*, postulado que coincide con el tema *probandum* necesario, que en el fondo es el conjunto de hechos o actos materiales o psíquicos que sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en el caso concreto, teniendo en cuenta la pretensión que se ejerce o las defensas que se oponen.

De manera que la "fijación de lo que será objeto del debate" al que se refiere la norma, se trata sin más de un examen y fijación "preliminar" en los que juez ha delimitado o "marcado" la "cancha" del debate o partido del proceso. Es lo que finalmente se va a debatir, probar y juzgar, con la finalidad inmediata de hacer el difícil ejercicio de indicar las pruebas de declaración que admitirá y las que rechazará, en función del objeto del debate que recién ha delimitado.

El juez indicará oralmente el punto central del debate, los límites sobre el cual girará el contradictorio o los medulares en torno al cual girarán, únicamente, los actos subsiguientes de las partes, esto permitirá, al haberlo delimitado, que tanto las alegaciones, las pruebas que llegue a admitir, las preguntas en los interrogatorios, los recursos, el debate y conclusiones, no se salgan de ese camino trazado, de esa manera, las partes no pueden realizar alegaciones extrañas al debate fijado. Lo correcto, luego de la exposición del juez, se le concederá la palabra a las partes para que se refieran brevemente al objeto, por si el juez omitió un punto esencial de debate, para que se sirva incluirlo. No habría obstáculo para el juzgador, luego de escuchar a los litigantes, reconsidere algún extremo y se modifique el punto debatido, especialmente si en los actos de introducción -demanda y contestación- fue objeto de discusión.

Especialmente trazará el camino de las pruebas que de inmediato admitirá y marcará la línea del interrogatorio y pruebas permitidas, en la parte del debate oral de las pruebas. Esta fase es el efecto más importante de fijar el objeto de la demanda, pues la prueba se guiará por las reglas de la pertinencia, utilidad, admisibilidad y el objeto del proceso, según se analizó al estudiar este elemento.

11.- La admisión de pruebas

Delimitado el objeto del debate, que deriva entre otros del objeto del proceso y de los fundamentos y causa *petendi*

de la demanda y de la contestación, el acto siguiente es la admisión de la prueba o *thema probadum*.

El proceso, como medio instrumental para la aplicación del derecho objetivo, se va a encargar de dar al Juzgador el método de verificación o comprobación de esos hechos, a través de la actividad probatoria de este y de las partes. Si afirmamos que el fin de la actividad probatoria es el esclarecimiento de los hechos jurídicos debatidos, podemos decir que eso es entonces el objeto de la prueba. Se le identifica como *thema probandum, que* "comprende en general los hechos que deben ser materia de prueba, sin tomar en cuenta a quién corresponde suministrarla, y segundo, porque se refiere a ciertos y determinados hechos -los que en cada proceso debe probarse".

Debe tomarse en cuenta que no son todos los hechos relatados en el cuadro fáctico expuesto los que deben ser probados, sino, únicamente los que son controvertidos entre las partes. Esta limitación abarca, a su vez, los poderes-deberes del Juez en cuanto a su iniciativa probatoria, para determinar a priori cual prueba es útil y pertinente para el objeto del debate cuyos parámetros ha delimitado.

En el momento inicial de interposición de una demanda y su contestación, las partes definen el *thema decidendum* en virtud de su *animus petendi*, y durante el desarrollo del proceso se libra una "batalla" para que cada parte logre convencer al juez de su "tesis", demostrar los elementos fácticos favorables a sus pretensiones y con ello

delimitar *su* tema *decidendi*; este postulado coincide con el tema *probandum* necesario, que en el fondo es el conjunto de hechos o actos materiales o psíquicos que sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en el caso concreto, teniendo en cuenta la pretensión que se ejerce o las defensas que se oponen.

De manera que la "fijación de lo que será objeto del debate" al que se refiere ambas normas -102.38 y 103.3.8-, se trata sin más de un examen y fijación "preliminar" en los que juez ha delimitado o "marcado" la "cancha" del debate o partido del proceso. Es lo que finalmente se va a debatir, probar y juzgar y que servirá de guía para determinar que prueba se va a admitir y cual se rechazará, por no ser útil a ese objeto.

Al referirse la norma a la fijación del "objeto de debate", invade un campo de arenas movedizas. ¿Qué es objeto? Y ¿Qué es debate? El "objeto" puede referirse al objeto del proceso, de la pretensión, objeto de prueba u objeto de controversia. La poca precisión de la norma, al igual que en CPCA y la RPL, plantea algunas dudas sobre la forma y técnica de cómo se debe desarrollar esa fase. Podemos determinar 4 sistemas en torno a la forma de forma el objeto de controversia:

a) En que la fijación del objeto de debate lo hace el juez oficiosamente, considerando los actos de alegación de las partes,

b) El que el juez da la palabra a ambas partes para que expongan lo que ellos creen y delimiten lo que debe ser el objeto de debate,

c) El que las partes de manera contradictoria van debatiendo,

d) El que el juez, con base en los actos de alegación de ambas partes expone lo que él considera el objeto y las partes van aportando, bien sea para aceptar algún hecho como no controvertido o aclarar que sí es controvertido. Este parece el sistema que imperó en el NCPC.

A diferencia de la materia penal, donde el juez debe llegar "casto" a la audiencia de admisión de pruebas, por razones de garantías, creemos que en materia civil y contenciosa no se aplica esta regla. El juez encargado de la audiencia preliminar o del juicio único -de sumarios y monitorios- debe prepararse adecuadamente y hacer una minuta antes de la audiencia.

a) Primero: debe leer y estudiar los actos de alegación de parte; **b)** Segundo: luego debe hacer el análisis de la prueba conducente e inconducente del caso concreto; **c)** Tercero: debe pasar por un filtro toda la prueba en función del objeto de controversia o *thema decidendi*; **d)** Cuarto: Definido el objeto pasará por un filtro, una a una, para decidir cuál prueba admite: la idónea y útil, y cual rechaza: la inconducente e impertinente.

En virtud del principio de preclusión procesal -art. 2.9 NCPC- cada momento es único, de manera que la prueba no ofrecida en tiempo precluye y no es permitido retrotraer

estadios procesales que la parte no cumplió o que por desconocimiento no usó. Igual regla rige para el tribunal: no puede el juez ni anticipar, ni reiterar, ni diferir etapas probatorias. Para el proceso ordinario esa fase se realiza en la audiencia preliminar -art. 102.3.9 NCPC- y para los procesos sumarios, monitorios y de ejecución pura, en la audiencia única -art. 103.3.9, 110.4 y 168 NCPC-

Es inaceptable una práctica judicial que exige a las partes: "reiterar" "motivar", "fundamentar" o "justificar" el ofrecimiento de prueba. No hay ninguna norma que exija "reiterar" la prueba que debió ser ofrecida.

En caso de que se admita prueba pericial, se nombrará de una vez el experto, se fijarán sus honorarios y se advertirá al perito que el peritaje "deberá presentarse al menos cinco días antes de la audiencia de práctica de pruebas" –art. 44.3 párrafo 2º-.

12.- Señalamiento para la audiencia complementaria cuando sea necesaria

El señalamiento para audiencia complementaria es la excepción y no la regla, esto, aunque se trate de un ideal del sistema que el proceso se rige por las audiencias orales, esto por varias razones. Primero, ya vimos que la audiencia complementaria solo existe para procesos ordinarios de mayor cuantía.

Segundo, antes de hacer el señalamiento, el juez debe examinar si no está en alguno de los supuestos del art. 102.3 o 39 NCPC, antes vistos, que permiten prescindir de la

audiencia preliminar, a saber: **a)** En los que no exista prueba que evacuar –indebidamente ordinarios de puro derecho; **b)** En los que no existan cuestiones previas que resolver; **c)** En los casos de demanda conjunta; **d)** Por la naturaleza o circunstancias del proceso; **e)** Cuando el Tribunal lo considere procedente; **f)** En caso de allanamiento total; **g)** En caso de contestación extemporánea o no contestación en tiempo de la demanda, según fue examinado y las normas que fundamentan cada supuesto –antes citadas-.

Tercero, porque la norma ahora en comentario –art. 102.4 NCPC- habla, aunque de manera confusa "si por la naturaleza o circunstancias del proceso, porque no existe prueba que practicar o por cualquier otra razón, a criterio del juez, no se justifica el señalamiento para la audiencia complementaria, se omitirá la realización de esa actividad. En ese caso, al finalizar la audiencia preliminar se les dará a las partes la oportunidad de formular sus conclusiones y se dictará la sentencia". Con base en esas tres razones, podemos afirmar que la audiencia complementaria es la excepción y no la regla y el juez debe procurar evitarla a toda costa, cuando no hay de otra, hará el señalamiento para ella.

Aunque la norma señale, de manera ideal, que en la misma audiencia preliminar se señalará hora y fecha para la audiencia complementaria, en la práctica, especialmente con el CPCA, se ha demostrado que ello no es posible, esto por cuanto si se admite prueba pericial o hay que pedir prueba a alguna institución, a veces es preferible esperar

que se avance en esos temas, antes de hacer el señalamiento, para no malograr el señalamiento. Si no existen cuestiones previas, si es recomendable, por imperativo legal, hacer el señalamiento. Tratándose de ordinarios de mayor cuantía, únicos que permiten las dos audiencias, con algunas excepciones, el señalamiento deberá hacerse a la brevedad posible, aunque la norma hable de que "la audiencia complementaria deberá realizarse dentro de los veinte días siguientes a la celebración de la audiencia preliminar, salvo que se justifique un plazo mayor" –art. 102.5 NCPC-.

13.- La resolución sobre suspensión, la cancelación o la modificación de medidas cautelares, cuando exista solicitud pendiente

Como regla general, antes de la adopción de una medida cautelar se dará intervención a la parte contraria. Para tal efecto, recibida la solicitud, se convocará a las partes a una audiencia oral que se celebrará a la mayor brevedad posible, de manera preferencial. En la audiencia se oirá a las partes y se admitirá y practicará la prueba que sea necesaria.

Conforme al art. 96 NCPC también, podrán decretarse, provisionalmente, sin previa audiencia otras medidas cautelares, cuando el solicitante lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la realización de audiencia puede comprometer su finalidad. La resolución que ordene provisionalmente la medida cautelar sin audiencia no tendrá recurso alguno. Notificado el afectado, respecto de la adopción de la medida, podrá oponerse en el plazo de tres días; solicitar, de forma justificada, su

levantamiento o modificación y ofrecer la prueba pertinente. La falta de oposición implicará conformidad con la medida.

Si se formula oposición a la cautelar, se convocará a las partes a una audiencia oral que se celebrará a la mayor brevedad posible, en esta se decidirá si las medidas provisionales se mantienen, se modifican o se levantan. Es aquí donde opera la subsunción de esta audiencia de oposición de cautelares en la audiencia preliminar. Pues si dicha audiencia no se celebró o la medida cautelar fue tomada en el curso de proceso –no previa-, en virtud del principio de concentración de las audiencias –arts. 2.8 y 50.3 NCPC-, es en la audiencia preliminar que se debatirá y aportará prueba para resolver sobre la "suspensión, la cancelación o la modificación de medidas cautelares, cuando exista solicitud pendiente".

14.- Supuestos en los que, durante la audiencia preliminar, se puede prescindir de la complementaria

En los términos recién explicados, el numeral 102.4 NCPC, permite, en media audiencia preliminar, en ordinarios de mayor cuantía, prescindir de la audiencia complementaria cuando:

a) Por la naturaleza o circunstancias del proceso,

b) porque no existe prueba que practicar, o,

c) por cualquier otra razón, a criterio del juez, no se justifica el señalamiento para la audiencia complementaria, se omitirá la realización de esa actividad.

Como se ve, este inciso 4 es una reproducción del inciso 2 del mismo numeral 102 NCPC, solo que el 102.2 NCPC está previsto antes de señalar o iniciar la audiencia preliminar, mientras que el 102.4 NCPC se produce durante la celebración de la audiencia preliminar, que el juez considera que es innecesario señalar para la audiencia complementaria, por alguna de las circunstancias que menciona el numeral 102.4 NCPC, a las que habría que agregar la del art. 39.1 –rebeldía, contestación extemporánea, no contestación, allanamiento- y la del art. 40 –demanda conjunta-, cuando por error, antes de la audiencia preliminar no se detectó que se podía prescindir de preliminar y aun así se celebró o porque el juez consideró necesario celebrar audiencia única, como lo permiten dichos artículos.

En estos casos, al finalizar la audiencia preliminar el juez dará a las partes la oportunidad de formular sus conclusiones y se dictará la sentencia. Por ello, en ausencia de prueba que evacuar -testigos, testigos peritos, peritos, declaración de parte, reconocimiento de documentos- por las circunstancias del caso o por así considerarlo el tribunal, en aras de la celeridad procesal, el proceso pasa directamente al análisis del tribunal colegiado que deba conocer el fondo del proceso, sin necesidad de realizar audiencia de juicio oral de pruebas. Basta con el traslado material del expediente físico -donde habrán de encontrarse las probanzas impresas o digitales que fueron admitidas-, para que el Tribunal, previa deliberación, dicte su sentencia dentro de los plazos legales.

Como puede apreciarse, una vez superadas todas las etapas de la fase de la audiencia preliminar, si no hay prueba que evacuar -porque la naturaleza de las probanzas no lo exige- en vez de programarse del juicio oral y público, se continua con la "agenda" establecida en este inciso, sea en la propia audiencia preliminar oral, se pasa a la exposición de conclusiones. Es en ese momento procesal, donde cada una de las partes, expondrá sus argumentos –ante el tribunal en pleno, como veremos-. Es dentro de esta intervención de las partes en la que pueden realizarse los alegatos de defensa y oposición a modo de conclusiones. Aquí las partes expondrán todos sus argumentos fácticos, probatorios escritos y jurídicos en defensa de su tesis. El demandante de sus pretensiones y pruebas. El demandado de las excepciones, que por su naturaleza deberá reiterarlas de manera expresa con los motivos –fácticos, jurídicos y probatorios- en que se fundamentó para alegarlas.

Como la audiencia preliminar la celebra uno solo de los jueces al inicio, debe tomarse la previsión, si sucediera que se prescinda de la audiencia complementaria en la preliminar, para que el tribunal lo integren los tres jueces -102.3 NCPC-, a fin de cumplir el principio de inmediación y de identidad física del tribunal –art. 2.7-, colegiatura que en este caso exige por lo demás el art. 60.1 NCPC "En los asuntos que se deban resolver después de una audiencia, la deliberación, votación, redacción y validación de la resolución corresponderá a los integrantes que hayan asistido a esta".

Como en estos supuestos es de prever que, en la mayoría de los casos, se sabe de antemano la posibilidad de prescindir de la audiencia complementaria, es necesario que el señalamiento de la audiencia preliminar indique, de manera clara la posibilidad de aplicación de esta excepción a la audiencia complementaria. Un litigante acucioso puede advertir al tribunal de la posibilidad, para que también se haga la observación de esa posibilidad. Igual, si no se advirtió la situación y el juez no hizo la reserva de esa posibilidad, si dadas las circunstancias, no existen cuestiones previas o procesales que resolver y las partes no ofrecieron en su momento oportuno –demanda, su contestación, reconvención y su réplica- prueba de declaración, en su orden, conforme a los artículos 35.1.6, 37.1, 38.1 y 38.2 NCPC, igual el juez en la audiencia preliminar o la señalada puede prescindir de estas y de inmediato dar plazo para conclusiones orales, deliberación y el dictado de sentencia –integrada por tres jueces estos tres últimos actos-

AUDIENCIA COMPLEMENTARIA

La audiencia complementaria, conocida también como audiencia de juicio oral o segunda audiencia

1.- De carácter excepcional y cuando se puede prescindir de ella

Como dijimos, el señalamiento para la audiencia complementaria es de carácter excepcional, pues si el

tribunal puede prescindir de ella, en los supuestos de los artículos 102.2, 102.4, 39 y 40 NCPC deberá suprimirla o desecharla y con ello abstenerse o excluir su celebración, para entrar directamente al dictado del fallo, antes de la audiencia preliminar o como acto final en esta.

En efecto, no se justifica el señalamiento y celebración de la audiencia oral, para no propiciar lo que hemos llamado la enfermedad de la "audiencitis judicial", en los siguientes casos: **a)** En los que no exista prueba que evacuar –indebidamente denominados ordinarios de puro derecho; **b)** En los que no existan cuestiones previas que resolver; **c)** En los casos de demanda conjunta; **d)** Por la naturaleza o circunstancias del proceso; **e)** Cuando el Tribunal lo considere procedente; **f)** En caso de allanamiento total; **g)** En caso de contestación extemporánea o no contestación en tiempo de la demanda, según fue examinado y las normas que fundamentan cada supuesto –antes citadas-.

Usualmente la audiencia complementaria o de juicio oral, comprende cuatro grandes actividades, así se configuró en el NCPC: **a)** Evacuación de las pruebas orales, **b)** Conclusiones de las partes, **c)** Deliberación secreta del tribunal, y, **d)** Dictado de la sentencia de fondo.

2.- Evacuación oral y pública de las pruebas. Técnica

Las pruebas admitidas en la audiencia preliminar se evacuarán en el juicio oral o audiencia complementaria. Para tales fines, deberán seguirse las reglas ya analizadas de

las audiencias orales, según los arts. 50 y 41.4.2 sobre la forma y reglas de evacuación de las pruebas orales, en la forma ya analizada. Deberán tenerse al menos las presentes reglas:

a) El tribunal dirigirá las audiencias según los poderes y deberes que le confiere la ley;

b) Verificará y consignará al inicio de cada audiencia la hora, la fecha, la naturaleza de la audiencia, la identificación de las partes, los testigos y demás auxiliares que comparezcan a ella;

c) Explicará a las partes sobre los fines y las actividades de la audiencia,

d) Hará las advertencias legales que correspondan;

e) Juramentará a testigos, declarantes o peritos,

f) Evitará la formulación de preguntas impertinentes,

g) Evitará la lectura innecesaria de textos y documentos –art. 50.4, salvo el caso de prueba trasladada que facultativamente se puede ordenar la lectura en casos especiales –art. 41.4.9,

h) Respetará el orden en la práctica de las pruebas: reconocimiento judicial, declaración de partes, declaración de peritos e interrogatorio de testigos, salvo que, por causa justificada, se podrá alterar el orden indicado;

i) Los interrogatorios será orales y directos,

j) La parte formulará las preguntas al declarante sin intermediación del tribunal;

k) Las preguntas serán claras y precisas;

l) No se referirán a más de un hecho,

m) No incluirán valoraciones, ni calificaciones, excepto la de peritos y testigos técnicos,

n) El tribunal rechazará las preguntas y declaraciones que no guarden relación directa con los hechos controvertidos,

o) Primero preguntará el proponente de la prueba, luego la contraria, finalmente el tribunal,

p) La prueba no practicada por culpa de la parte proponente se tendrá por inevacuable, sin necesidad de resolución expresa,

q) Si a la audiencia de prueba no comparece una de las partes, se practicará la prueba de la que asista –art. 50.2.3 NCPC-,

r) No se practicará la prueba ofrecida por la parte que no se presente, salvo que la parte contraria manifieste interés en ella o el tribunal la considere indispensable;

s) Si no comparece ninguna de las partes, se dictará sentencia inmediatamente, si fuera posible, de acuerdo con lo que consta en el expediente –art. 50.2.3 NCPC-,

t) Evitará la comunicación entre testigos y declarantes de una misma línea,

u) Cuando a una parte la asista más de un abogado, solo podrá intervenir uno por declarante –art. 50.4 y 20.2, aunque pueden alternarse las etapas o que cada uno realice labores separadas.

w) En las demás actividades que no tenga que ver con declaraciones, entre los abogados decidirán a cuál corresponderá actuar –arts. 50.4 y 20.2 NCPC-.

x) Resolverá oralmente cualquier cuestión que se vaya presentando

y) Fijará los tiempos y plazos prudenciales para que las partes realicen los actos

z) Resolverá de manera fundada, congruente y coherente cualquier vicisitud que se presente en la audiencia.

3.- Conclusiones de las partes

Evacuada toda la prueba, el proceso entra en fase final, en primera instancia.

a.- Momento para realizarla

Vencido el plazo para evacuar la prueba ofrecida por las partes; o bien, la admitida de oficio, se debe otorgar a las partes, obligadamente un plazo para que formulen conclusiones, el que se da antes del período inmediato anterior a la fase decisoria. Esa audiencia de conclusiones es similar al alegato de conclusiones previsto en el CPCD. Por supuesto si conferida o señalada la audiencia de conclusiones, la parte no las formula, alegando incluso nulidades pendientes, se entiende que renuncia a esa etapa del proceso.

b- Definición, forma y límites

En nuestro criterio, las "conclusiones" es la etapa procesal, una vez evacuada toda la prueba, sobre como la parte ve el caso y pretende su resultado y mediante el cual las partes examinan, sintetizan, recapitulan para el

Tribunal, que debe decidir, cuáles hechos relevantes fueron probados, cuáles no, la procedencia, la fundamentación fáctica y adecuación normativa de sus pretensiones o defensas, así como una crítica a los argumentos –fácticos, probatorios y de fundamentación- de la parte contraria, con la finalidad de obtener, por un lado, una respuesta positiva a sus argumentos, en la futura sentencia; y por otro lado, el por qué deben rechazarse las pretensiones u oposición de la parte contraria.

No dice ninguna norma, cómo se realizan las conclusiones orales, en un sistema por audiencias. Las únicas reglas, generales, aplicables, serían las del artículo 50.4 sobre la dirección de las audiencias orales "lectura innecesaria de textos y documentos; moderará el debate evitando divagaciones impertinentes sin coartar el derecho de defensa; retirará el uso de la palabra o le ordenará el abandono del recinto a quien no siga sus instrucciones; mantendrá el orden y velará por que se guarde el respeto y la consideración debidos, usando para ello las potestades de corrección y disciplina que le confiere la ley". Ante la ausencia de norma, el tribunal conferirá un plazo prudencial a las partes, que, atendiendo la complejidad o extensión del proceso deberá ser entre 20 y 45 minutos. Deberá advertir que debe referirse al caso concreto, que no puede leerlas, que no podrá hacer ataques personales a la contraparte o al tribunal, deberá guardar el respeto y el decoro con ambos y los asistentes.

En cumplimiento del principio de inmediación y de identidad física del tribunal, se debe hacer ante el tribunal en pleno.

La forma de hacer las conclusiones es sin duda la oral, porque estamos en un proceso regido por la oralidad y la inmediación, donde la palabra hablada es la forma de comunicación, la regla –art. 2.7 NCPC-. De ahí que resulte inadmisible la técnica utilizada por algunos litigantes, de leer sus conclusiones, volviendo a un sistema escrito o verbalizando la oralidad. En efecto, en los sistemas regidos por la oralidad, las conclusiones se formulan de esa manera, por eso se le llama alegatos finales –como el 356 CPP- o simplemente conclusiones –según lo llaman la NCPC y CPCA-, eso impregna inmediación, concentración y celeridad al proceso, sobre todo, como en esta materia, si es presentada en forma inmediata a la terminación de la evacuación de la última prueba.

En esta audiencia de conclusiones no se pueden formular nuevas pretensiones ni ampliar las existentes, tampoco es admisible prueba nueva, porque sería crear un mecanismo de ampliación de las pretensiones en contra del principio general, según el cual, una vez trabada la litis no se pueden ampliar las pretensiones de la demanda.

La práctica ha enseñado que a través de ella se hace una conclusión sobre las razones fácticas objeto de discusión, los hechos relevantes que a criterio de la parte se demostraron o no se demostraron. Seguido de un análisis de las conclusiones jurídicas -con doctrina y jurisprudencia

concreta- que justifica que se acoja la pretensión formulada o su rechazo, esto es la adecuación fáctica a la pretensión y la adecuación de esta a la normativa aplicable.

Es recomendable que vaya acompañado de una indicación de los elementos de prueba evacuados que fundamenten y demuestren la conclusión lograda por las partes -con indicación de los folios donde consta la prueba que sirve de respaldo o el nombre del testigo, declarante o perito-.

c.- La técnica de las conclusiones orales

La lealtad exige que las pretensiones y defensas se formulen en el momento procesal oportuno –arts. 35 y 37 NCPC- y que las conclusiones sean en consecuencia, un examen de la prueba, la relación fáctica y los jurídicos de la pretensión de las partes, para orientar al tribunal, quien podrá sacar de ellos sus propias conclusiones. La utilidad de las conclusiones se observa con solo considerar que, en ellos, el tribunal encuentra recapitulados en forma sintética y metódica, los hechos en que las partes fundan sus pretensiones, la prueba que a cada uno de ellos se refiere, la jurisprudencia, la doctrina y el análisis normativo para fundamentar la admisión de nuestra tesis.

d.- Estructura de las conclusiones

En nuestro criterio, las conclusiones deben estructurarse sobre el siguiente esquema:

a) Una síntesis de los aspectos fácticos relevantes objeto de discusión. Este aspecto comprende solo los hechos relevantes que a criterio de la parte se demostraron o no se demostraron, como se dijo, una especie de un proyecto de sentencia, por lo que a ellos debe limitarse el análisis de los hechos en las conclusiones, sino una crítica a la posición de la contraria sobre el elemento fáctico

b) Seguido de un análisis de las conclusiones jurídicas -con doctrina y jurisprudencia muy concretas- que justifica que se acoja la pretensión formulada o su rechazo, esto es la adecuación fáctica a la pretensión y la adecuación de esta a la normativa aplicable.

c) Es recomendable que vaya acompañado de una indicación de los elementos de prueba evacuados que fundamenten y demuestren la conclusión lograda por las partes -con indicación del tipo de prueba y los folios donde consta la prueba que sirve de respaldo o el nombre del declarante si fue en audiencia.

d) Las razones para rechazar los argumentos de la parte contraria, la improcedencia de la demanda o las defensas,

e) Una síntesis, que supone una revisión de los hechos y pruebas relevantes evacuadas y aportadas, ordenándolos críticamente, de manera que se debe eliminar los elementos superfluos, las contradicciones y tratando especialmente de que dicho material termine ocupando el "menor espacio" posible.

f) En general el alegato de conclusiones debe ser breve, preciso y veraz, no ocultar la verdad o tratar de engañar al tribunal al aducirlas con temeridad.

g) En cuanto al tiempo, debe ser prudencial, tomando en cuenta la complejidad del caso. Ni tan poco que solo permite el suspiro del arranque, ni tanto que se vuelva tedioso y reiterativo de lo que se comprueba y alega por otros medios –las pruebas-.

4.- Deliberación del tribunal

Finalizada las conclusiones, el siguiente acto de la audiencia es la deliberación secreta del tribunal –arts. 50.6 y 60.2 NCPC-, en los términos que contempla el artículo 60.1 NCPC "en los asuntos que se deban resolver después de una audiencia, la deliberación, votación, redacción y validación de la resolución corresponderá a los integrantes que hayan asistido a esta, aunque después hubieran dejado de ejercer sus funciones en el tribunal" y conforme al art. 60.2 NCPC "en los tribunales colegiados la discusión y votación de las resoluciones serán secretas y dirigidas por quien preside. El informante someterá a la deliberación del tribunal las cuestiones de hecho y de derecho. Previa discusión, se procederá a la votación, la que no podrá interrumpirse sino por algún impedimento insuperable".

5.- Dictado de la sentencia. Plazo y forma

Basados en los principios de concentración y de inmediación, de un proceso oral por audiencias, las sentencias deben ser dictadas en un plazo muy corto,

contado a partir de que se formularon conclusiones. Ya vimos que, en procesos ordinarios de mayor cuantía, conforme al art. 61.1 NCPC, "concluida la audiencia de prueba, en cualquier tipo de proceso, se procederá al dictado de la sentencia. De ser posible se emitirá oralmente en ese acto. Para tal efecto, el tribunal podrá ordenar un receso. La sentencia dictada oralmente se deberá digitar y se entregará a las partes una reproducción en el acto de la notificación. Cuando no sea posible emitirla en el acto oralmente, se dictará por escrito dentro de los cinco días siguientes. En procesos muy complejos lo que se informará a las partes se dictará por escrito, dentro del plazo de quince días" –ibidem-. Cuando se trate de la lectura de la sentencia deberá constituirse en la audiencia al menos un juez del tribunal –art. 50.6 NCPC-.

En nuestra opinión ese plazo es perentorio, pues si bien no quedó como causal expresa de nulidad de la sentencia, en casación, una sentencia dictada fuera de estos plazos violenta no solo el principio de inmediación y el de concentración, contemplados en artículo 2.7 NCPC. Parte importante del proceso oral es que el lapso desde que concluye la audiencia –con las conclusiones- y el dictado de la sentencia, debe ser breve, puesto que, si la prueba y las conclusiones se hacen de manera oral, son esos detalles, las partículas que se guardan en la memoria inmediata lo que el tribunal en plena deliberación es lo que debe considerar. Más allá de ese plazo perentorio se ha borrado muchos de los rastros y estela de esos detalles que percibió en la audiencia de pruebas.

CAPÍTULO VII

FORMAS EXTRAORDINARIAS DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO

Como corresponde, además de la sentencia de fondo –estimatorias, desestimatorias, inhibitorias, anticipadas o preliminar-, el Código se ocupa de otras formas extraordinarias de conclusión del proceso, que no sean sentencias.

1.- Conciliación extrajudicial

Se encuentra regulado tanto en el CPC como en la Ley Rac y algunas normas especiales.

a.- Concepto y naturaleza jurídica

Ni el NCPC ni la Ley Rac definen la conciliación, esta establece "toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible -artículo 2 Ley Rac-. De ello, se extrae que es un acto realizado por un ser humano, además que está dirigido a ponerle fin a sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible.

La naturaleza de la conciliación es un negocio jurídico. El negocio jurídico es una manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico tutelado por el ordenamiento

jurídico. Se ha dicho que el negocio jurídico es un acto jurídico, - por ende, humano-, integrado por una o varias declaraciones de voluntad que el derecho reconoce como relevante, productor de efectos jurídicos, siempre que concurran determinados requisitos o elementos. Fundamentalmente, es la manifestación de la autonomía de la voluntad del ser humano, integrado por tres elementos: los esenciales, los naturales y los accidentales.

b.- Requisitos de la conciliación extrajudicial

Es el artículo 12 de la Ley Rac la que establece los requisitos de la conciliación extrajudicial. Véase que el 51 NCPC refiere únicamente como requisito "según lo que al efecto dispone este Código y las leyes especiales. La norma de la Ley Rac, a diferencia de las normas procesales, introduce como innovación la formalidad extrema del acuerdo conciliatorio, sea judicial o extrajudicial. A pesar del principio de libertad de forma de los métodos de solución de conflicto –art. 5 Ley RAC-, el legislador ha creído conveniente dotar de ciertas exigencias al acuerdo conciliatorio, lo cual se explica por diversas razones:

a) Por el carácter de cosa juzgada que tal acuerdo tiene,
b) Por el carácter de título de ejecución con que se dota a tal acuerdo,
c) Para evitar incertidumbre sobre el contenido y con ello alargar el conflicto con interpretaciones o sus decisiones sobre su alcance,
d) Eliminar la ejecución coactiva por la incerteza del contenido.

No dice la norma sobre la nulidad o anulabilidad del acuerdo por ausencia de alguno de los requisitos. No parece conveniente que sancione con nulidad ninguno de tales supuestos patológicos de los contratos, se trataría sin más de la inobservancia de requisitos formales, sin ninguna consecuencia para el acto o negocio, incluso si lo permite el principio de separabilidad o autonomía de cláusulas es conveniente que las restantes se mantengan.

En cuanto a los incisos **a)** y **b)** de esta norma, se refiere a elementos formales de identificación y si no hay duda sobre su contenido, porque las partes están identificadas y se sabe o se indica someramente en que consiste el conflicto, no parece que se justifique la nulidad. En cuanto al punto **d)** bastará con indicar en el acuerdo la relación de lo convenido, es el alma del acuerdo conciliatorio. El inciso **e)** se refiere a un presupuesto no esencial de ubicación del acuerdo para el proceso, bastando la indicación del expediente, o una nota separada con mención del proceso en que se tomó. En cuanto al inciso **f-** como se trata de cuestiones patrimoniales, los principios de autonomía de la voluntad y del dispositivo superan la validez de un requisito formal que no tiene sanción alguna cuando de personas capaces se trata de hacer valer un acuerdo.

El requisito del inc. **g**- parece obvio y si no está firmado no hay conciliación, este sí es un requisito de validez. El último requisito nunca ha tenido sanción de nulidad o inadmisibilidad, se trata de una facultad de las partes y si ellas no consignan lugar para recibir notificaciones, no se ve cómo puede sancionarse como nulidad la omisión de una

facultad de partes. Como en todo acto, la nulidad no puede prosperar si no se trata del incumplimiento de requisitos esenciales –principio de trascendencia- y que desde la óptica del proceso haya violado normas esenciales y por ello haya provocado violación al debido proceso.

c.- Ejecución judicial de la conciliación extrajudicial

Señala con claridad la norma en comentario "La ejecución del acuerdo homologado se hará por el procedimiento establecido para ejecutar sentencias". En efecto, el acuerdo conciliatorio extrajudicial, tiene el carácter de título de ejecución -no ejecutivo-, pues al producir los efectos de cosa juzgada –art. 9 Ley Rac- se agota la fase de conocimiento y, se puede exigir el cumplimiento, ante el juez que le hubiese correspondido conocer del proceso, por la vía de apremio o ejecución -así lo prevén expresamente los artículos 136 NCPC y 9 Ley Rac. Este efecto también es importante, ya que la parte puede servirse de la conciliación extrajudicial, para proceder con la ejecución y oponer la excepción de cosa juzgada, si fuera demandado en un proceso.

2.- Conciliación judicial

a.- Concepto

Es un acto jurídico y, más exactamente, un acto o instrumento por medio del cual las partes en conflicto y en el transcurso del proceso, o antes de él, se someten a un trámite conciliatorio para lograr un convenio, teniendo como intermediador a un conciliador judicial, quién

procura allegar a las partes a fin de ponerle término en forma anticipada al proceso y cuyos efectos son producir cosa juzgada.

b.- Quien y cuando la celebra

La norma amplió el ámbito de la conciliación judicial, permitiendo se celebre ante "un conciliador judicial del tribunal, un centro de conciliación judicial con especialidad en la materia…y en caso de que ello no sea posible, ante un juez del tribunal que conoce del proceso".

La conciliación puede celebrarse, como vimos, de forma extrajudicial, antes o durante el proceso. Si es durante el proceso, es una etapa más de la audiencia preliminar o la única en procesos sumarios o monitorios –art. 103.2.2 para ordinarios y 103.2.2 para sumarios NCPC-.

c.- Suspensión del proceso

Como parte de las funciones del juzgador y con el objeto de promover los métodos alternos, tanto el art. 3.5, 4.1.3, 34.1, como este art. 51.2 permiten la suspensión del proceso por acuerdo de partes, con la finalidad de buscar la satisfacción por algún método autocompositivo.

Hay una contradicción de normas, pues mientras el 34.1 NCPC señala que la suspensión es hasta por 4 meses, en esta norma -51.2- se señala que puede ser hasta por 6 meses. Si en nada afecta, no vemos inconveniente que se aplique esta última, lógicamente si se hubiese iniciado una

audiencia y por ello se suspende, de malograrse la conciliación, deberá reiniciarse de cero.

d.- Homologación

Si hay acuerdo conciliatorio el conciliador o el juez, en el mismo acto, confecciona un acta, que él mismo homologa. La homologación es para "determinar si está a derecho y no quebranta normas de orden público o alcanza derechos indisponibles o irrenunciables". "El acuerdo conciliatorio deberá ser revisado y en su caso homologado por el juez que conoció de la conciliación o uno del tribunal que debiera conocer del proceso una vez terminada dicha actividad", dice la norma. Siempre se requiere un acto decisorio del órgano jurisdiccional que homologue el acuerdo. Tratándose de tribunales unipersonales la realizará el juez correspondiente y en los colegiados uno solo de los integrantes. Cuando se realice ante un conciliador judicial, este asumirá su función en la misma audiencia sustituyendo a quien la dirige, para esa única actividad.

El acta la firman las partes, sus abogados y el juez, y la conciliación es conveniente que comprenda el acuerdo sobre las costas del proceso.

Lo que allí se acuerde carece de cualquier recurso, inclusive no se podría revocar en forma unilateral, pues los actos bilaterales, solo pueden invalidarse con la concurrencia de todos los sujetos que los tomaron, más si se trata de actos públicos otorgados en un proceso que por naturaleza tiene tal cualidad. Aunque, creo que, si la

conciliación la otorgó persona incapaz o por error, miedo y violencia, sería susceptible de anularse de oficio, o negársele la homologación, o, bien, impugnar el acuerdo conciliatorio, mediante recurso de revocatoria o un incidente de nulidad en el mismo proceso y en cualquier momento. La conciliación como acuerdo de voluntades está sujeta a las condiciones de existencia, de validez, de eficacia y de oponibilidad, como cualquier acto jurídico privado.

El acuerdo conciliatorio está exento de pago de timbres e impuestos, pues sería un contrasentido que por un lado se promoviera la conciliación y, por otro, se gravara con impuestos o timbres ese acuerdo.

e.- Efectos y conciliación parcial

El acuerdo conciliatorio produce todos los efectos de cosa juzgada -obligatoria, inmutable e irrevocable-, tal y como si se hubiere dictado sentencia de fondo, con la diferencia de que el acuerdo homologado por el juez sustituye la sentencia, a pesar de que no hay fase de conocimiento. Dicho acuerdo producirá efectos de cosa juzgada material, excepto cuando la ley disponga lo contrario por la naturaleza de la controversia la sentencia de fondo solo produce cosa juzgada formal –art. 51.3 NCPD-

La parte puede alegar la excepción previa de cosa juzgada material originada en la conciliación, si es demandada en otro proceso, con identidad de elementos. Si es totalmente satisfactorio y no queda nada que ejecutar, el

acuerdo conciliatorio debidamente homologado dará por terminado el proceso si comprendiera todas las pretensiones.

La conciliación puede ser parcial o total. Cuando no comprenda todos los aspectos de la pretensión, producirá parcialmente los efectos de la cosa juzgada. Si fuera parcial, el procedimiento continuará respecto de lo que no haya sido solucionado, salvo convenio expreso de las partes.

f.- Ejecución del acuerdo conciliatorio

Al producir el acuerdo conciliatorio judicial los efectos de cosa juzgada, permite su ejecución coactiva, por los trámites de ejecución de sentencia, conforme al procedimiento que establecen los numerales 126 y siguientes NCPC. El acuerdo conciliatorio agota la fase de conocimiento y evita el cumplimiento de las audiencias, pudiendo acudir el interesado a la ejecución directamente –art. 51.3 NCPC-.

Para su ejecución, será competente el tribunal que hubiera homologado el acuerdo o los tribunales especializados establecidos para ese efecto. Solo que legalmente no pudiera hacerse por este, se hará por el tribunal que corresponda, según las reglas generales de competencia –art. 126 NCPC. Para la ejecución servirá como base el documento auténtico –o acta- en el que conste el acto o el acuerdo respectivo –art. 126 in fine NCPC-.

3.- La transacción

Regulada con amplitud en el Código Civil, la norma del Código solo se refiere a los efectos procesales de ella.

a.- Concepto, naturaleza y forma

La transacción es un contrato, formal y escrito, en virtud del cual, las partes que mantienen una controversia ponen fin a la misma de común acuerdo –sea que se haya presentado o no la demanda respectiva- haciéndose concesiones recíprocas -*aliquid dare e aliquid retinere*-.

La discusión sobre la naturaleza jurídica de la transacción ha sido superada. Hoy no se discute sobre el carácter de contrato que tal figura tiene. Al ser un contrato, la regulación sobre los elementos, contenido y efectos debe quedar reservada al Código Civil. En ese sentido, la norma procesal lo único que podía hacer y efectivamente hizo, fue dar entrada a la figura en el campo procesal, pero remitir al juez al derecho de fondo, aunque siempre le facultó para hacer la homologación y su ejecución, estando pendiente el proceso –Arts. 52 NCPC-.

Nuestro ordenamiento civil dispone que la transacción se rige por las normas generales de los contratos, en cuanto no esté expresamente dispuesto. Dentro de las normas específicas que caben resaltar, se encuentran las de los artículos 1369, 1370 y 1373 del Código Civil. El primero de ellos establece el contenido mínimo del contrato. El segundo, la necesidad de hacerlo constar por escrito si es previa a la instauración de un litigio. De acuerdo con el

artículo 1369 del Código Civil, es necesario que la transacción conste por escrito, contenga el nombre de los contratantes, la relación puntual de sus pretensiones, si hay proceso pendiente, su estado y el juez ante quién penda, la forma y las circunstancias del convenio y la renuncia que los contratantes hagan de cualquier derecho o reclamo que tenga el uno contra al otro, lo que denomina las "concesiones recíprocas". No es necesario que conste en escritura pública. Si ya el proceso que inicia la controversia se encuentra presentado, podrá hacerse mediante simple escrito dirigido al juez o la suscripción de un acta ante él.

Si el proceso se encuentra iniciado, es conveniente tomar el acuerdo sobre costas y, finalmente, por disposición del Código Fiscal, debe estimarse a fin de cancelar los timbres de ley –arts. 1369 a 1372 CCi-. Dicha formalidad es requerida por la trascendencia y valor jurídico de ese contrato, el cual tendría los efectos propios de una cosa juzgada -artículo 1385 ibidem-Por último, el artículo 1373 citado, dispone que solo pueden transigir los que tienen la libre facultad de enajenar sus bienes y derechos, de manera que la transacción fue firmada por quien carezca de capacidad o representación, no puede ser homologada, es como si no existiera en este mundo.

b.- Presupuestos

De una combinación de las normas civiles y procesales, se extraen sus presupuestos:

Debe existir entre las partes una controversia jurídica originada de un conflicto de intereses, que es la causa de la transacción; sea, que se haya iniciado o no el proceso jurisdiccional. Es necesario que exista una "cuestión" como dice el Código Civil. Por tal entendemos unas pretensiones dudosas, discutibles, inciertas, que enfrentan las posturas de las partes, y cuya solución asumen las propias partes, evitando un proceso jurisdiccional o acabando el que los ligaba.

No bastan los elementos esenciales, ni la existencia de la controversia que origina el conflicto, ni el acuerdo que asumen las partes, es necesario -y, más que necesario, es esencial- que el acuerdo se realice, haciéndose las partes recíprocas concesiones. Sin ese requisito no hay transacción. Entonces, se afirma que la reciprocidad se manifiesta en el sacrificio y la ventaja que ambas partes obtienen. Así, por lo tanto, si solo una parte se beneficia y la otra es sacrificada, no estamos en presencia de una transacción, no existe la balanza jurídica, presupuesto de la transacción. El elemento que ahora analizamos se extrae del artículo 1369 del Código Civil, cuando expresa que la transacción debe contener, entre otros, "la renuncia que los otros contratantes hagan de cualquier acción que tenga el uno contra el otro".

Admitido pues, que deben existir concesiones o sacrificios recíprocos para que exista transacción, conviene, ahora, agregar que tales sacrificios o concesiones deben ser ciertos, tangibles, reales y no meramente formales. Porque, conceder lo que la parte contraria ya tiene, u ofrecer a

cambio un sacrificio incierto, un beneficio inexistente implica, por vía indirecta, convertir la transacción en un reconocimiento o en allanamiento, según sea el caso. Haciendo, por aquí, nugatorios los propósitos que las partes tuvieron en mira al transar. No debe olvidarse que, en la transacción, lo que una parte obtiene lo consigue otorgando a la otra alguna ventaja, o sea, pagando un precio. Por eso se afirma que la transacción, además de bilateral, es onerosa.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han insistido en que las concesiones recíprocas no significan que deba haber igualdad entre lo que se da y lo que se recibe, ya que el acuerdo de poner fin a la controversia mueve a los contratantes a la aceptación de acuerdos sin iguales alcances y paridad de concesiones. Se llega al convenio incluso con sacrificios, bien de orden moral, o de tipo económico; todo con el exclusivo objeto de evitar los inconvenientes que los pleitos llevan siempre consigo.

c.- Asuntos que no admiten transacción

Tanto la norma de fondo como la naturaleza del objeto base del proceso, limitan, en algunas hipótesis, la posibilidad de transar que tienen las partes o a sus representantes, estos asuntos que no admiten transacción son: i) Sobre delitos y acción civil resarcitoria -Art. 16 CPP y Art. 1375 Código Civil-, ii.- Sobre el estado civil de las personas y validez del matrimonio -derechos de la personalidad en general 44 y 1376 Código Civil, iii- Sobre la filiación paterna y materna y el derecho a recibir pensión -

Arts. 78 y 154 Código de Familia, 155, 154, 141 Código de la Niñez y de la Adolescencia, 1377 Código Civil 3 y 44 Ley de Pensiones Alimentarias-, v) Sobre delitos o actos futuros de herencia -–Arts. 1377 y 538 Código Civil-.

d.- La transacción judicial

La transacción puede darse antes de iniciado el proceso jurisdiccional, transacción extrajudicial o pre-procesal, o una vez iniciado el proceso, que se denomina judicial o procesal. Esta segunda se presenta cuando ya ha surgido el proceso jurisdiccional, y ya las partes se encuentran en una posición de contendores; uno que pretende y otro que se defiende. Está prevista en el art. 52.1 NCPC "Las partes, en cualquier estado del procedimiento, podrán hacer valer la transacción sobre el derecho en litigio, aportando el documento privado o público en el que conste lo convenido. También, se podrá suscribir mediante acta ante el tribunal, que hará las objeciones pertinentes de ser necesario". Cuando se dé esta transacción procesal, el juez revisará que cumpla todos los requisitos indicados, incluyendo las recíprocas concesiones; y, de ser admisible la transacción, el juez dictará sentencia homologando tal acuerdo de transacción.

e.- Capacidad para transar

Ya dijimos que no existe la mayor discusión de que la transacción por su origen, fuente y contenido es un contrato, y, como tal, se rige por los elementos esenciales para contratar. Esa regla la confirma el artículo 1373 del

Código Civil que refiere que, "Solo pueden transigir los que tienen la libre facultad de enajenar sus bienes y derechos" y el 627 -1) y 628 CCi. Entonces, ante una transacción pre-procesal o judicial, el requisito esencial de validez es la capacidad de actuar del suscribiente, en ausencia del cual, el juez debe negarle valor.

En este orden de cosas, es inválida -con nulidad absoluta- la transacción celebrada por un menor de edad –Art. 38 Código Civil-, un incapaz declarado judicialmente –Arts. 41 y 835 Inc. 3) Código Civil-. El tutor o curador requiere autorización previa del juez –Arts. 228, 134 y 203 Código de Familia-

Es nula la transacción realizada por el apoderado general que no tiene libre disposición de los bienes, salvo que la transacción sea parte de las actividades propias de su cargo -1255 Código Civil-. El apoderado generalísimo, salvo limitación en contrario, sí puede transigir. El apoderado especial judicial, por disposición expresa del artículo 1289 del Código Civil, está facultado para transar sin necesidad de indicación expresa. Igual facultad tiene el apoderado general judicial, cuando su poder no se encuentre limitado a un negocio determinado.

f.- Transacción y pluralidad de sujetos y partes

En los casos de litisconsorcio facultativo, como tal relación plural proviene de la voluntad de los sujetos, no es impuesta por la ley, la transacción puede celebrarse en forma independiente y separada con cada uno de los

litisconsortes. Esta separabilidad de sujetos o pretensiones determina que la demanda puede haber sido presentada por cada o contra cada sujeto en forma individual; y, por otro lado, que la sentencia puede ser distinta para cada uno de ellos por lo que el proceso puede concluir anticipadamente para alguno o algunos de los litisconsortes con independencia de los demás.

En el litisconsorcio necesario la relación procesal no es voluntaria, no es debida al interés de la parte. Su indivisibilidad e inescindibilidad deviene de la ley. Por eso se dice que la controversia es única, y única es también la pretensión sometida a litigio y la sentencia que se llegue a dictar. Por consiguiente, un acto de disposición del objeto procesal, tal como la transacción, solo producirá sus efectos propios en la medida en que todos los litisconsortes adopten la misma actitud. Todos deben concurrir, en una expresa manifestación de voluntad, a la integración del acto.

En la intervención excluyente, no se puede homologar la transacción que celebren el actor y el demandado original o en perjuicio del interviniente. Si se presentare, el juez simplemente la agregará y resolverá en sentencia, junto con la intervención.

g.- Efectos de la transacción

La transacción de una controversia produce cosa juzgada material, así lo señala primero el artículo 52 NCPC "Salvo disposición legal en contrario, la transacción

homologada produce cosa juzgada material. Si comprende todas las pretensiones debatidas tendrá como consecuencia la terminación del proceso", regla que reitera el artículo 1385 del CCi. "La transacción tiene respecto de las partes la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada", lo que significa que se convierte en una especie de sentencia convencional que clausura una controversia, en cuanto a los temas transados. Por esa razón la resolución que la aprueba judicialmente también produce los efectos de cosa juzgada, sea material o formal, según el proceso en que se dé -esto quiere decir que la transacción, salvo las excepciones dichas, puede ser otorgada en cualquier tipo de proceso-, poniéndole fin al proceso, o, cuando menos, a la fase de conocimiento. Si alguna de las partes incumple el acuerdo transaccional en el mismo proceso y por vía de ejecución de sentencia, la parte no incumplidora puede exigir su cumplimiento –art. 136 NCPC-

4.- Renuncia del derecho

Modo extraordinario de terminación introducido por el CPCD.

a.- Concepto

La renuncia del derecho es el acto mediante el cual el actor o reconventor renuncia o abandona definitiva y expresamente su derecho reclamado, es decir, al fundamento sustantivo de la pretensión. Esa renuncia provoca la extinción del proceso, y de la pretensión del

actor, pues aquel no puede subsistir sin este, que es su sustrato material.

La renuncia es un acto voluntario, unilateral, total o parcial, de contenido material que expresa la determinación del actor de concluir - retirar- el ejercicio del derecho material que sirve de fundamento a su pretensión. Ese acto de carácter material o sustantivo tiene consecuencias en el proceso, que es la instancia donde necesariamente se produce y va a tener efectos, pues termina con el existente -lo aniquila- y permite al demandado beneficiarse con la defensa de la cosa juzgada, si el actor pretendiere posteriormente, interponer una nueva demanda por el mismo objeto y causa. La renuncia del derecho solo puede provenir del actor o reconviniente, la renuncia del demandado o reconvenido se llama allanamiento; y, a diferencia de aquel, este no produce la conclusión de pleno derecho del proceso y obliga siempre al dictado de la sentencia, que incluso puede ser declarada sin lugar.

b.- Requisitos

Como acto procesal y por los efectos que tal acto produce, la renuncia del derecho está rodeada de una serie de requisitos formales, para que sea válida.

i.- Capacidad

Para el desistimiento del proceso, dijimos, que no se requiere autorización expresa o poder suficiente, pues como la demanda se puede volver a formular, no significaba la renuncia al derecho. Para la renuncia del derecho no

podemos decir lo mismo, debido al efecto inmediato que esta produce es el de cosa juzgada, que impide al actor volver a presentar una nueva demanda con el mismo objeto y causa; y si la presenta, faculta al demandado para oponer la excepción de cosa juzgada. Esto significa, entonces, que el derecho se extingue por la renuncia del actor, y al ser tan grave la consecuencia de esa renuncia, la ley faculta al juez a examinar la "naturaleza del derecho discutido", pudiendo rechazar la renuncia, si el sujeto no tiene capacidad para otorgarla, o si se trata de derechos indisponibles e irrenunciables, referentes a la personalidad, a los derechos de menores o de los incapaces.

ii.- La renuncia del derecho es unilateral

No existe la mayor discusión de que la renuncia es un acto unilateral del actor o reconventor, pues no requiere la aprobación, ni siquiera la audiencia a la parte contraria; ello debido a que tal acto extingue el proceso y la pretensión y, además, la resolución produce los efectos de cosa juzgada en favor del demandado, e impide al sujeto volver a formular o reproducir la pretensión renunciada, mediante un nuevo proceso; lo que da seguridad y garantía al demandado de no verse expuesto a un nuevo proceso con idéntica causa y objeto. La demanda en caso de renuncia se considera, en todo caso, infundada.

Siendo la renuncia un acto unilateral, que no requiere la aprobación del demandado para que surta efectos, la oposición que este formule resulta intrascendente, y el juez no puede negar la solicitud, pues no puede pretenderse la

continuidad de la función jurisdiccional, cuando quien la requiere carece de interés en el derecho que esgrimiera para darle impulso.

iii.- Oportunidad para renunciar

El Código no establece límite para la renuncia a la pretensión "En cualquier estado del proceso se podrá renunciar al derecho pretendido, sin que sea necesaria la conformidad de la parte contraria", dice la norma; esto quiere decir, que no importa la etapa o instancia en que se encuentre el proceso, tal facultad es ejercitable. El actor puede renunciar a su derecho luego de la sentencia de primera o segunda instancia, mientras resulte ganancioso hasta ese momento; por haber sido acogida su pretensión, la renuncia es para beneficiar al demandado, pues la sentencia se tiene como desestimatoria. Si así no fuere, únicamente podrá renunciar al recurso, y ello producirá la firmeza de la sentencia de inferior instancia.

c.- La renuncia y pluralidad de sujetos y partes

Las reglas y limitaciones del desistimiento del proceso son aplicables en un todo a la renuncia del derecho en los supuestos de litis consorcio necesario, facultativo e intervención excluyente. Consecuentemente, remito al lector, a la sección anterior.

d.- Efectos de la renuncia del derecho

La renuncia del derecho produce consecuencias procesales y de derecho de fondo. Algunas de esas consecuencias son:

i.- En cuanto a la pretensión

La principal consecuencia de la renuncia del derecho es la terminación del proceso, con los efectos de cosa juzgada, sea material o formal, según el proceso de que se trate, y la imposibilidad de volver a ejercerse la pretensión en otro proceso con el mismo objeto y causa. El derecho deja de ser controvertido y está dotado de los caracteres de inmodificabilidad e irrevocabilidad.

ii.- En cuanto a los daños y perjuicios y las costas

Por las mismas razones dichas para el desistimiento del proceso, aquí también se impone, con carácter vinculante, la condena en daños y perjuicios; el fundamento es el mismo que para aquel -la difamación civil y los costos del proceso-

En las mismas condiciones que el desistimiento y en forma vinculante se impone la condena en costas. Al igual que en el desistimiento del proceso, que se aplica en un todo en este aspecto, la condena en costas se impone de oficio y dependerá de la estimación de la demanda o fijación de la cuantía -estado del proceso-, para hacer la fijación de las costas.

iii.- En cuanto a la caducidad y prescripción

Como la renuncia del derecho es, en el fondo, un reconocimiento de la veracidad de la pretensión de la parte contraria, en cuanto a la caducidad y prescripción, si esta favorece a esa parte, se tendrá como operada en su favor y, con ello, consolidado su derecho si es prescripción adquisitiva, y extinguido el derecho del actor, si es prescripción extintiva. En contra del actor se tiene como no interrumpida, porque el acto con el que pretendió darle relevancia jurídica a su estatus quo, está siendo concluido sin transcendencia material para él, excepto la investidura de la cosa juzgada en su contra.

e.- La renuncia del derecho y la reconvención

Cambiando el sistema del derogado Código, hoy el art. 53 NCPC claramente señala "La renuncia a los derechos de la demanda no afecta la contrademanda o la intervención excluyente". Por las mismas razones expresadas, y con la crítica allí formulada, la reconvención debe subsistir y llegar hasta su fin, a pesar de la renuncia del actor. La renuncia en nada debe afectar a la supervivencia y la tramitación de la reconvención. Ante la ausencia de una norma y la trascendencia autónoma de la reconvención, incluso para la reclamación de una situación jurídica o los daños por un proceso abusivo, la reconvención debe subsistir y mantenerse.

5.- Satisfacción extraprocesal

El Código innova al introducir esta forma de terminación del proceso, aunque estaba escondida dentro de la figura de la "deserción".

a.- Concepto

Consiste en conferir inmediatos efectos procesales -terminación del proceso) a una realidad extraprocesal determinante de pérdida de interés legítimo o bien, supone la terminación del proceso por la desaparición del interés legítimo en obtener tutela judicial pretendida, por haberse satisfecho fuera del proceso las pretensiones.

b.- Presupuestos

Una vez planteada una demanda, háyase notificado o no al demandado, la pretensión del actor hubiera recibido satisfacción, bien por cumplimiento voluntario del deudor -ejp. pago del deudor, desalojo, abandono del bien, restitución del terreno invadido, cualquier causa extinción de la obligación, una pretensión constitutiva de servidumbre forzosa de paso si la finca del demandante llega a tener acceso a calle pública, etc.-En tales supuestos, habrá desaparecido el objeto procesal y, por tanto, se hace innecesario continuar el proceso instaurado. Si el actor silenciara su satisfacción extraprocesal y no tuviere otra pretensión derivada del proceso, que no sea la principal, se arriesga a que el demandado alegue y pruebe la oportuna defensa material -así, el pago o terminación de la relación)

que, además, acreditará su mala fe a los efectos de la condena en costas.

El art. 54 NCPC se refiere expresamente a la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal de la pretensión, de cuyo régimen cabe inferir, para su procedencia, la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) En primer lugar, es necesario que la satisfacción ocurra con posterioridad a la demanda –porque la norma habla de demandado o contrademandado-, si se produjera con anterioridad, en realidad nos encontraríamos ante una pretensión temeraria y acreedora de la condena en costas;

b) En segundo, la satisfacción lo ha de ser a la pretensión principal del actor o a la reconvención del demandado, pero no a la defensa del demandado, ya que, si esto sucediera, habría de finalizar el proceso por alguno de los otros medios previstos en los preceptos anteriores -transacción, renuncia, allanamiento o desistimiento);

c) Dicha satisfacción de la pretensión ha de ser total para lo cual habrá de existir una plena identidad entre la pretensión y el hecho, acto o negocio jurídico motivador de la satisfacción extraprocesal; lo que ocasionará una falta de legitimación activa o "de interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida", “si fuera parcial, este continuará por lo no satisfecho”;

e) Es necesario que dicha satisfacción procesal se ponga en conocimiento del juez, así lo señala la norma “Cualquiera de las partes podrá ponerlo a conocimiento del tribunal”,

f) Finalmente es necesario comprobar la satisfacción y declaratoria expresa del tribunal, de lo contrario el proceso continuará, la norma dice "Cuando se compruebe que la pretensión ha sido satisfecha, total o parcialmente, el tribunal así lo declarará".

c.- Declaratoria y efectos

Si la satisfacción comprende una reparación o "resarcimiento" total, el proceso se dará por terminado, salvo que el demandante, tuviere alguna pretensión accesoria, como intereses, costas, rentas pendientes, que le interese satisfacer.

Si la satisfacción extraprocesal es consecuencia de la voluntad unilateral del demandado, se le podrá condenar al pago de costas, intereses, daños o perjuicios, tomando en cuenta la naturaleza y el estado del proceso, los derechos satisfechos y la estimación de la demanda. Se podrá eximir del pago de costas, daños y perjuicios, de acuerdo con las circunstancias

6.- Imposibilidad sobrevenida del proceso

Tomado de la legislación española, también es una innovación del NCPC.

a.- Naturaleza jurídica y denominación

Esta es una nueva forma extraordinaria de terminación del proceso, la cual consideramos, se encuentra mal acuñada su denominación. En realidad, el proceso no se torna imposible, sino el objeto de la pretensión sea por

imposibilidad de cumplimiento de la obligación si se trata de una pretensión personal o por extinción del derecho real por pérdida del bien. En uno u otro caso, hay extinción del objeto de la pretensión; lo cual produce una falta de interés actual por dichas causas extintoras sobrevinientes,

Es decir, la novedad del instituto es que permite su declaratoria -que insistimos, es una cuestión de falta de interés actual- pueda ser dictada interlocutoriamente y no hasta el final del litigio en la sentencia de fondo.

b.- Causales

Esta forma de terminación anormal del proceso también contempla motivos tasados o causales.

Esta causal consideramos es imposible que se dé en la realidad, ya que la norma desconoce dos institutos sustantivos regulados en el Código Civil: la declaratoria de ausencia y la presunción de muerte.

Ello por cuanto si una persona literalmente desaparece sin saberse su paradero, la normativa sustantiva regula tal situación mediante el procedimiento de declaración de ausencia, la cual, deviene en el nombramiento de un curador procesal -*ad litem*- y así, el proceso puede continuar. Dicha posibilidad incluso está contemplada en el mismo NCPC 21.4.2. y se encuentra conforme al numeral 71 del Código Civil. Recordemos que la declaratoria de ausencia -NCPC 196) es emanada de autoridad judicial competente y a pedido de cualquier persona que detente un interés legítimo respecto de los bienes de quien se encontrare

ausente durante cierto plazo, muchas veces fijado en su mínimo por las leyes y de quien no se tienen noticias ni se conoce su paradero. Si la declaración de ausencia es con fines de resguardar el patrimonio en interés del solicitante, se les nombrará un curador a los bienes, y si por el tiempo que ha transcurrido desde su ausencia o por las circunstancias riesgosas en que se verificó su desaparición puede presumirse su fallecimiento, se abre la sucesión y puede influir en la determinación del estado civil del cónyuge del declarado ausente con tal presunción. En síntesis, es la resuelta por el juez competente cuando una persona hubiese desaparecido sin que de ella se tenga noticia, no habiendo designado apoderado.

En caso de que lo que ocurra es una desaparición de mayor prolongamiento temporal, lo procedente es una declaratoria de presunción de muerte y se allana el camino para una sucesión procesal, pudiendo continuarse con el proceso -NCPC 21.4.1-Recordemos que la presunción de muerte, es de carácter iuris tantum que se origina cuando se produce la ausencia de una persona del lugar de su domicilio o residencia en la República, haya o no representantes, sin que se tenga noticia de ella por el plazo que establezca la ley -CC, 78-

Esta causal, contemplada en el NCPC 55, aplica para aquellas pretensiones personales, es decir, cuando el actor pretende la constitución y/o el cumplimiento de una obligación. Es una de las causales eximentes de las obligaciones y regulada en el artículo 830 del Código Civil.

La forma de extinción de algunas obligaciones que se produce cuando el deudor, bien por razones subjetivas bien por causas objetivas, no puede cumplir la prestación debida ante un obstáculo definitivo para llevarla a cabo que no le sea imputable, lo cual produce la desaparición del vínculo sin responsabilidad patrimonial para el obligado, extinguiéndose igualmente todos los accesorios del crédito.

Pero esta imposibilidad es sobreviviente al momento de constituirse la obligación y con mayor razón, si se da luego del incumplimiento -y, por ende, posterior a la interposición de la demanda-

Hacemos esta distinción para no confundirla con otra causal extintiva de las obligaciones, como lo es la imposibilidad del objeto. Esta**,** denominada también como imposibilidad originaria, es la situación que se plantea cuando la prestación no puede cumplirse desde el momento mismo de contraerse la obligación. Esta imposibilidad originaria o imposibilidad inicial impide la válida constitución del vínculo obligacional y, si afecta al objeto mismo de la prestación, se denomina imposibilidad inicial objetiva. Si la obligación era de imposible cumplimiento ya al establecerse la relación obligatoria, lo ignoraba el acreedor y la imposibilidad afectaba solo al deudor personalmente, tendremos la llamada imposibilidad inicial subjetiva, que no impide la válida constitución del correspondiente derecho de crédito. Cualquiera de estos supuestos de imposibilidad originaria se contrapone a la imposibilidad subsiguiente o sobrevenida, que es la causal que contempla el NCPC 55.

El NCPC 55 contempla también esta causal de extinción de las obligaciones, la cual es conocida asimismo con la más exacta denominación de pérdida de la prestación. Opera también para demandas con pretensiones personales.

Es una de las formas de extinguirse las obligaciones por hacerse imposible el cumplimiento de la prestación. De ahí que se la llame también imposibilidad de la prestación. Esta imposibilidad comprende no solo el extravío de lo que debía entregarse, sino también su destrucción, menoscabo, sustracción, etc., así como la imposibilidad legal, siempre que estas situaciones se presenten después de constituida la obligación -imposibilidad sobrevenida-.

Cuando la prestación no puede cumplirse por desaparecer la posibilidad de su realización, la obligación se extingue y el deudor queda exonerado de responsabilidad siempre que dicha imposibilidad sobrevenga sin culpa del obligado. Si en lugar de imposibilidad hay agravación sobrevenida de la prestación, el deudor seguirá obligado a realizarla, salvo que el desequilibrio sea tan pronunciado que la dificultad de cumplirse con la imposibilidad.

Los derechos reales pueden extinguirse por varios modos. Puede ser por pérdida total de la cosa, la cual veremos más adelante. Un ejemplo claro de una causal sobreviviente de este tipo es la expropiación, entendida en estricto sentido una causal de extinción de los derechos reales, consistente en privar a un sujeto de derecho privado de su propiedad, en la cual se da a través de un acto

administrativo que por su potestad de imperio el Estado priva a un particular de su derecho real y al hacerlo el bien es expropiado y todos los derechos sobre el bien, el cual puede ser mueble o inmueble tienen que sustraerse por utilidad pública o bien general.

Esta causal también ha sido contemplada en el NCPC 55 y se denomina en doctrina como "pérdida total de la cosa". Opera como causal sobreviviente de continuar un proceso con pretensiones reales.

Consiste en la destrucción del bien objeto del derecho real, no debe confundirse con la pérdida del derecho real, analizada anteriormente. Constituye en uno de los modos de extinción del derecho real. Evidentemente al ser el derecho real un poder jurídico que se ejerce sobre el bien, cuando este bien se pierde o perece, falta el objeto indirecto sobre el cual pueda recaer el derecho, y consecuentemente este se extingue. Pueden ser hechos de la naturaleza o hechos humanos. Si son humanos podrían ser objeto de responsabilidad civil extracontractual. No es lo mismo destrucción por derrumbe a que haya sido por una persona. Si la destrucción es total se extingue el derecho real, pero si es parcial entonces el derecho real subsiste sobre la parte que sobrevivió.

c.- ¿Procedimiento?

Al igual que ocurre con la satisfacción extraprocesal, el NCPC 55 no indica si su declaratoria de imposibilidad del proceso tiene efectos de cosa juzgada material o no, lo cual

consideramos es una grave omisión del legislador. Tampoco indica si se le debe dar audiencia o no a la contraparte en casos de que se inste a gestión de parte regula qué ocurre si el actor o reconventor se opone a la declaratoria. Estimamos que por no indicar una audiencia previa y ser un auto que le pone fin al proceso -NCPC 67.3.2- el contradictorio se dará a través del recurso de revocatoria con apelación conjuntas -NCPC 66.3).

7.- Desistimiento de la demanda

Es una de las formas extraordinarias de terminación más usuales.

a.- Concepto

El desistimiento de la demanda es el acto incondicional del actor o reconviniente, manifestado por escrito, expresando su voluntad de poner fin al proceso por él establecido, y por ello también la situación procesal creada por la presentación de la demanda, quedando la pretensión interpuesta imprejuzgada, al no dictarse pronunciamiento con carácter de cosa juzgada y por ello sin extinguir su pretensión o derecho, pudiendo volver a formular un nuevo proceso, con el mismo objeto y causa. La declaración del actor de desistir no necesita ser fundada o justificada, basta que, de forma inequívoca, se exprese la intención de extinguir la relación procesal antes de dictarse la sentencia de fondo.

b.- Capacidad para desistir

Se requiere facultad suficiente, para desistir un proceso, por las consecuencias del acto. Por ello el apoderado general, el generalísimo, y aún el apoderado especial judicial del actor pueden válidamente desistir del proceso, sin necesidad de que en el poder se indique expresamente esa facultad; ello en virtud de que el desistimiento solo afecta al proceso mismo y no al derecho material invocado, el que puede ser reclamado en un nuevo proceso. El artículo 1289 del CCi expresamente faculta al apoderado judicial para renunciar a cualquier trámite, concepto que, a nuestro entender, comprende el desistimiento –ver 20.3 NCPC, salvo texto en contrario en el poder-.

En los procesos que involucren el interés de personas menores de edad, no es admisible el desistimiento –Arts. 119, 113 Inc. C) y 115 inciso c- del Código de la Niñez y la Adolescencia-.

c.- Desistimiento, pluralidad de partes y sujetos

En los casos de litisconsorcio activo necesario, no es necesario que todos los actores estén de acuerdo con el desistimiento, para declarar el desistimiento del proceso, con esto cambiamos la tesis expuesta en las primeras obras. Si hemos dicho que nadie puede ser obligado a demandar y que el derecho de acción es individual y por ello es "individualmente" disponible. Esto surge como consecuencia de que el litisconsorcio activo necesario no

viene impuesto por la relación jurídica material o por disposición de ley y la sentencia puede sobrevivir si solo uno de los litisconsortes persiste en continuar.

Tampoco es posible el desistimiento en los casos de litisconsorcio pasivo necesario con respecto de uno o algunos de los demandados. Si el actor decide desistir, debe hacerlo en cuanto a todos los demandados que figuran en el proceso –"el desistimiento parcial subjetivo es improcedente, si existe litisconsorcio necesario", dice la norma-, porque la sentencia no se puede dictar cuando falta uno de los sujetos que obligatoriamente deben conformar la pluralidad, aquí la relación no es voluntaria y el principio cede ante razones superiores como la vinculación de la relación y de la sentencia, a todos los sujetos involucrados.

Diversa es la solución en los casos de litisconsorcio facultativo -sea activo o pasivo-; ya que en estos las razones que justifican la unidad del proceso, solo están en función e interés de la parte que ha acumulado subjetivamente a varios demandados en una sola demanda; y al ser la integración voluntaria un acto de disposición espontáneo, la escisión, mediante el desistimiento parcial del proceso, resulta procedente, por esa autonomía que guarda la pretensión respecto de cada uno de ellos. En este supuesto, si el actor decide desistir respecto de uno de los litisconsortes facultativos, no se requiere aprobación de los restantes litisconsortes, pues a ellos no les afecta el desistimiento.

En los casos de intervención voluntaria o coadyuvante, la situación es diversa. No podrá realizar válidamente actos de disposición del proceso ni de su objeto. Tampoco el tercero podrá oponerse a los actos de disposición del proceso y de su objeto realizados por las partes originarias, salvo el supuesto específico en que esos actos se realicen por los litigantes con el único objetivo de perjudicar el interés del tercero. Si es posible en cambio, que el tercero realice actos de disposición del objeto o del proceso en dos casos concretos, primero, cuando haya presentado una pretensión propia y decida disponer de ella, y segundo, cuando quiera apartarse del proceso, dejando que continúe entre las partes originarias.

En lo que a la intervención excluyente se refiere, dijimos, en otro lado, que el efecto que produce es una modalidad de litisconsorcio necesario de carácter procesal, por lo que para que llegare a surtir efectos, el desistimiento debe ser aceptado, no solo por la parte contraria, sino por el interviniente; y si este es quién desiste, debe ser admitido por aquellos. El interviniente no puede desistir en cuanto a uno de sus demandados, pues la obligación de demandar a ambos proviene de la ley, algo así como sucede en el litisconsorcio necesario.

d.- Oportunidad para desistir

En los procesos ordinarios, si el demandado hubiere contestado la demanda, se requiere la autorización de este para desistir "en el proceso ordinario, si se pide después de la contestación, es indispensable la aceptación de la parte

contraria", aspecto sobre el que insistiremos más adelante, al analizar la bilateralidad del desistimiento.

e.- Efectos del desistimiento

El desistimiento declarado produce consecuencias en contra del actor y en cuanto al proceso y que especialmente afectan el patrimonio del actor que desiste, algunas de ellas son:

i.- En cuanto a la caducidad y la prescripción

Al implicar el desistimiento una eliminación -aniquilamiento- del proceso instaurado, el efecto inmediato que se produce es que el proceso se tiene como no presentado, como si nunca se hubiera iniciado, y, así, sí con la presentación se hubiere interrumpido algún término de caducidad o plazo de prescripción, el desistimiento conlleva a que la demanda se tenga como no presentada -arts. 977 Inc. 1) del Cco "se considerará como no interrumpida la prescripción, si el actor desistiere de ella" -de la demanda se entiende-; y el artículo 877 Inc. 2) del CCi, según el cual ni la demanda judicial interrumpe la prescripción, si el actor desistiere de la demanda y 56.2 NCPC "las cosas quedarán en el mismo estado en que estaban antes de establecerse la demanda", es decir, el desistimiento se retrotrae al estado en que se encontraba la situación jurídica "antes" de presentarse el proceso, como si este nunca hubiese existido.

ii.- En cuanto a las costas

Por disposición expresa del artículo 56.1 NCPC "quien desiste será condenado al pago de las costas… salvo que al demandado no se le haya notificado, se encuentre en rebeldía o exista desistimiento mutuo. Cuando el desistimiento sea parcial o referido a un acto del procedimiento, la condena será proporcional". La condena se impone sin necesidad de razonamiento por el juzgador. La condena en ambas costas se impone, irremediablemente, al actor que desiste del proceso.

El NCPC innova para ajustar la condena en costas, ya no en función del estado del proceso, que siempre será un parámetro, sino que, en tres supuestos concretos, para excluir la condena en costas, a pesar del desistimiento: **a)** Cuando al demandado no se le haya notificado, **b)** Cuando el demandado se encuentre en rebeldía, **c)** Cuando exista desistimiento mutuo. A estas tres agregamos, cuando el desistimiento se deba a la satisfacción de la presentación y se haga constar esa circunstancia con pruebas adicionales.

iii.- En cuanto a los daños y perjuicios

Otro de los efectos de pleno derecho, que produce el desistimiento, es la condena en daños y perjuicios al actor que desiste, dice la norma "quien desiste será condenado al pago…los daños y perjuicios ocasionados a la contraria, salvo que al demandado no se le haya notificado, se encuentre en rebeldía o exista desistimiento mutuo. Cuando

el desistimiento sea parcial o referido a un acto del procedimiento, la condena será proporcional".

La interposición de una demanda ocasiona una lesión en el nombre, el honor, en el prestigio, en la reputación, un efecto negativo con la clientela, en las relaciones comerciales y en el patrimonio, produce, por sí sola, una perturbación o molestia para el demandado que podría conceptuarse como una difamación civil.

Se excluyen de la condena oficiosa de daños y perjuicios los tres supuestos indicados: a) cuando al demandado no se le haya notificado, **b)** cuando el demandado se encuentre en rebeldía, **c)** cuando exista desistimiento mutuo.

iv.- En cuanto a los honorarios de abogado

En cuanto a los honorarios de abogados, en los supuestos de desistimiento, no se reprodujo el art 234 párrafo 2º CPCD y el Arancel de Honorarios del 2015, tampoco contempla el supuesto de honorarios por desistimiento. En los casos de desistimiento, el abogado tendrá derecho al cobro de honorarios en atención al estado en que se encuentre el proceso y la labor realizada por el profesional, resulta aplicable en consecuencia el art. 76.1 NCPC "salvo pacto en contrario, se fijarán en atención al trabajo, al estado y la trascendencia económica del proceso". Esta regla se ve atemperada en cuando el desistimiento sea parcial o referido a un acto del procedimiento, la condena será proporcional. Igualmente se

excluye de la condena de honorarios de abogado los tres supuestos indicados: **a)** cuando al demandado no se le haya notificado, **b)** cuando el demandado se encuentre en rebeldía, **c)** cuando exista desistimiento mutuo.

v.- En cuanto a las pruebas evacuadas

Resulta aplicable la regla del 41.4.9 NCPC, ya analizada, de traslado de prueba, si esas pruebas han sido evacuadas con audiencia a las partes y han tenido la oportunidad de participar en la evacuación, repreguntar o contradecir con otras pruebas, no existe ninguna razón para negarles el valor de verdaderas pruebas judiciales, y pueden ser utilizadas en un nuevo proceso, incorporándolas mediante certificación del interesado.

vi.- En cuanto a la pretensión reclamada

El desistimiento, como dijimos, produce la extinción o aniquilación del proceso, pero no de la pretensión. Es decir, afecta la relación procesal instaurada, pero de ninguna forma afecta el derecho reclamado o demandado -el que permanece intacto-. Esto permite que el actor o desistente pueda formular o reproducir, en un nuevo proceso, las mismas pretensiones, cuantas veces quiera, por lo que la resolución que aprueba el desistimiento no produce cosa juzgada.

vii.- En cuanto a la litispendencia y la cosa juzgada

El desistimiento enerva la pendencia del proceso, puesto que el proceso desistido ya no se tendrá como

pendiente, para efectos de la defensa de litispendencia o de acumulación de proceso.

Y en cuanto a la cosa juzgada, el proceso desistido no alcanzó nunca, al darse en primera instancia, el carácter de cosa juzgada, por lo que puede ser interpuesto nuevamente.

f.- Bilateralidad del desistimiento -oposición del demandado-

El artículo 56.2 NCPC señala "en el proceso ordinario, si se pide después de la contestación, es indispensable la aceptación de la parte contraria. Si fuera unilateral se conferirá audiencia a la otra parte por cinco días, para que manifieste si está de acuerdo con la solicitud, bajo apercibimiento de tenerlo por aceptado si guardara silencio. En los demás procesos no es indispensable la aceptación".

Se regula aquí lo que se ha dado en llamar bilateralidad del desistimiento que no es otra cosa que para que el desistimiento sea eficaz y pueda ser concedido por el juez, se necesita el consentimiento, sea expreso o tácito, del demandado, y el reconocimiento del derecho que tiene el actor de poder presentar nuevamente la misma demanda.

Tres limitaciones imponen la norma. Primero, que el consentimiento del demandado se da en los casos en que este haya contestado la demanda, por lo que, si el demandado no ha sido emplazado o si habiéndolo sido, aún no ha contestado la demanda, no se requiere la aceptación del desistimiento. La segunda limitación viene dada en que la aceptación y la notificación al demandado solo es

necesaria cuando el desistimiento sea unilateral, pero si el desistimiento es conjunto o bilateral, de común acuerdo entre actor y demandado, no se requiere dar audiencia al demandado y menos es necesario su consentimiento. La tercera limitación es que la bilateralidad solo se da en procesos ordinarios, no en otros procesos donde "no es indispensable la aceptación", ni siquiera la audiencia previa al demandado.

La oposición del demandado puede venir justificada en su interés en que se dicte sentencia de fondo que venga a poner fin al proceso.

g.- Revocación del desistimiento

El derogado Código de 1989 establecía en su artículo 135, la institución de la revocación del desistimiento, según la cual, "El desistimiento de la demanda solo producirá efecto después de que sea aprobado por resolución del juez". Hoy la solución es diversa, pues conforme al texto expreso del art. 27.3 NCPC "los actos procesales de las partes, una vez recibidos de manera efectiva por el despacho competente, producirán inmediatamente la constitución, modificación o extinción de derechos y deberes procesales, salvo disposición legal en contrario", de manera que presentada la solicitud del desistimiento será válida y eficaz, aunque no se haya probado.

h.- El desistimiento y la contrademanda

Si en un sistema en el que la reconvención es un proceso autónomo -teoría de la individualidad de la reconvención-,

que no sigue a la demanda, sino que se trata simplemente de una acumulación objetiva que conserva su individualidad, hay que decir que, en caso de desistimiento de la demanda, la reconvención subsiste y debe continuar su marcha a pesar del desistimiento de la demanda originaria. Pero, si el sistema que se sigue es en el que la contrademanda es indivisible y, por lo tanto, la instancia es única e indivisible, el desistimiento y conclusión de la demanda principal arrastra la reconvención. Costa Rica ha seguido la tesis de la divisibilidad o independencia de la reconvención, pues a diferencia del CPCD, que no contemplaba ninguna solución, hoy conforme al art. 56.2 NCPC "desistida la demanda subsistirá la contrademanda y viceversa, salvo manifestación expresa de la parte contraria desistiendo también de su acción. Cuando el demandado desista de su oposición, se darán los efectos del allanamiento".

8.- Caducidad del proceso

Bajo el término correcto de caducidad del proceso –y no deserción que incorrectamente usaba el CPCD- se regula el fenómeno que otros ordenamientos denominan caducidad de la instancia.

a.- Concepto

La caducidad del proceso es el modo extraordinario de terminación de aquel, que se produce, antes de dictarse sentencia de primera instancia, como consecuencia de la inactividad procesal, a la falta de actos idóneos de

activación del proceso por las partes o por el juez, durante un plazo ininterrumpido de seis meses

b.- Fundamento

El proceso se inicia a instancia de parte, pero una vez iniciado, tienen intereses en su conclusión, no solo el actor y el demandado, sino, además, el Estado. Si las partes y el Estado, a través del juez, tienen interés en que los procesos concluyan, el fundamento de la caducidad del proceso lo encontramos en la vinculación de ambos al proceso.

Hoy nadie discute el carácter público del proceso civil, pues la actividad que ejerce es parte de una de las funciones básicas del Estado. Ese carácter público del proceso civil ha sido consagrado en el artículo 3.1 NCPC "Las normas procesales son de orden público y de aplicación inmediata" y lo confirma el art. 3.5 NCPC "las partes no podrán, por acuerdo entre ellas y ni siquiera con la autorización del tribunal, disponer o renunciar de manera anticipada a las normas procesales". Si lo anterior es cierto, significa, entonces, que el proceso se inicia a instancia de parte, pero una vez iniciado, tienen intereses en su conclusión, no solo el actor y el demandado, sino, además, el Estado.

Si las partes y el Estado, a través del juez, tienen interés en que los procesos concluyan, el fundamento de la caducidad del proceso lo encontramos en la vinculación de ambos al proceso. Para explicar el fundamento de la caducidad, se han elaborado varias teorías:

Existen tres tesis que justifican la existencia de la figura:

Según esta tesis, el fundamento de la caducidad es el desinterés presunto de las partes de abandonar el proceso. Si la parte permanece inactiva, como simple espectador, sin instar la marcha de aquel, la ley supone que a las partes no les interesa el proceso. Como ha sido puesta de relieve, esta tesis corresponde a la época en que se concebía al proceso como un contrato o cuasi contrato y, por tal, de naturaleza privada. Esta tesis no responde cuál es la posición del juez.

Para esta posición, lo que fundamenta la caducidad es el transcurso del tiempo fijado por la ley, sin importar la voluntad presunta del actor. La inactividad como acto omisivo es lo que trasciende para el proceso, pues existe la necesidad de que este no permanezca sin solución en forma indeterminada. Por eso, se dice que es una sanción de carácter procesal; esta parece ser la posición seguida por nuestro Código. La sanción procesal se impone por el solo transcurso de los seis meses que prevé la norma, sin importar las razones subjetivas que tuvo el actor para dejar abandonado el proceso, aunque, por supuesto, la fuerza mayor como acto externo extingue el plazo de caducidad.

Bajo esta posición, se ha dicho que la prosecución del proceso debe constar en él; no se establece en las normas de la caducidad la posibilidad de que se demuestre, por medio de prueba testimonial, que se ha instado el curso del proceso.

Para esta última posición, el fundamento se debe buscar tanto en la inactividad procesal, y en el abandono presunto o falta de interés de las partes, -aunque irrelevante

el motivo interno del abandono-, como en el carácter público del instituto, con el objetivo de que los procesos no permanezcan indefinidamente pendientes. Guasp, defensor minoritario de esta tesis, lo resume diciendo que, por un lado, existe una presunta intención de las partes de abandonar el proceso para extinguirlo -elemento subjetivo-, y, por otro, que se fija, por el contrario, en la necesidad de evitar la pendencia indefinida de los procesos por el peligro que esto conlleva para la seguridad jurídica.

c.- Presupuestos

La caducidad del proceso exige la concurrencia necesaria de seis requisitos sin los cuales no se puede decir que haya operado. Si falta alguno de ellos, no se puede declarar; estos son: i. Paralización del proceso, ii. Transcurso de seis meses sin impulsar el proceso, iii. Que la paralización no sea debida a razones de fuerza mayor, iv. Falta de gestión de partes o del juez antes de que se declare, v. Que el proceso no esté listo para dictar sentencia o que esta no se haya dictado, y, vi. - Resolución judicial que lo declare.

i.- Paralización del proceso

Constituye el elemento más importante y que fundamenta al carácter objetivo del instituto. Si el proceso se paraliza -no avanza-. Es decir, se produce una inactividad procesal, sea por omisión o falta de interés total o de actuaciones irrelevantes de las partes o el juzgador, mediante gestiones idóneas que no tiendan a la

continuación o prosecución del proceso hacia su fin último, que es la sentencia. Como hemos hablado de paralización del proceso y en este están interesadas no solo las partes, sino también el juzgador, como sujeto de la relación procesal, entonces debemos concluir, con la doctrina mayoritaria, que los actos del juzgador son relevantes para el proceso. Y, en ese tanto, sus resoluciones y actuaciones tienen la virtud de mantener activo el proceso, interrumpiéndose el plazo de caducidad con resoluciones que tiendan a su continuación.

La paralización del proceso y, consecuentemente, su caducidad, no solo en los casos de inactividad de las partes o del juzgador, sino, además, en aquellos casos en que, no obstante que ha habido gestión de la parte o resoluciones del juez, estas no son idóneas para impulsar el proceso, porque no lo hacen avanzar a su etapa siguiente, o última que es la sentencia, o como dice el Código "última actividad dirigida a la efectiva prosecución" -efectiva prosecución –decía el art. 212 CPCD-. Siguiendo a la jurisprudencia patria, se debe decir que una gestión que no tienda a la efectiva prosecución es aquella que de ninguna manera podría haber producido un avance procesal del asunto. No se debe perder de vista que la efectiva prosecución es aquella que tiende a mantener el proceso en movimiento, en búsqueda de una sentencia que resuelva la controversia.

ii.- Transcurso de seis meses sin impulsar el proceso

Tenemos que se requiere por un lado un proceso paralizado, pero por lo menos durante seis meses –el art.

214 del CPCD lo fijaba en tres meses-. El plazo se cuenta desde la última gestión de alguna de las partes o actuación de oficio "última actividad dirigida a la efectiva prosecución" dice la norma. Ese plazo de seis meses no opera de pleno derecho, pues aún vencido, si la parte gestiona antes de declararse la caducidad, se interrumpe y empieza a correr de nuevo "Cuando cualquiera de las partes o intervinientes impulsen el procedimiento, antes de la declaratoria de oficio o de la solicitud" –art. 57.1.2 NCPC-. Por lo que, cualquier actuación que tienda a la efectiva prosecución tiene esa virtud interruptora del plazo, y, entonces, no se puede declarar la caducidad -aún vencido el plazo semestral- si las partes impulsan el procedimiento.

Por otro lado, es indiscutible que por la naturaleza pública del proceso y el de unidad de la instancia, el transcurso del plazo se cuenta a partir de que cualquiera de las partes, o el órgano jurisdiccional hayan realizado la última gestión; ello a pesar de la antinomia que existe entre el artículo 57.1.2 NCPC que habla de actos de las partes o intervinientes que impulsen el procedimiento" y el art. 57.1 hable a secas y de manera indeterminada de "última actividad dirigida a la efectiva prosecución ". Por las razones dichas, prevalece esta última norma. Esta tesis se justifica además en los dos principios consagrados en el art. 2.5 NCPC ya explicados: el de impulso procesal de oficio y el principio pro sentencia, el primero que ordena que los tribunales adoptarán de oficio, con amplias facultades, todas las disposiciones necesarias para su avance y finalización, por todos los medios se evitará la paralización

y se impulsará el procedimiento con la mayor celeridad posible; y segundo, en todo caso, se aplicará el principio pro sentencia.

iii.- Que la paralización no sea debido a fuerza mayor

El artículo 57.1.1 señala "No procede la caducidad: Si la paralización fuera imputable exclusivamente al tribunal, a fuerza mayor o cualquier otra causa independiente de la voluntad de las partes" –que reitera el 213 CPCD-. Ambos términos "fuerza mayor" y "voluntad independiente" resultan reiterativos, pues este comprende a aquel. En nuestro país solo existe la interrupción del plazo de la caducidad y no de suspensión, pues en los supuestos admitidos por ley, se trata de causales de interrupción -fuerza mayor y causas no imputables a los litigantes-, por lo que aún en los casos de suspensión estudiados supra, como dijimos en esa oportunidad, la suspensión debe conllevar, en todo caso, la concesión del plazo en toda su extensión de nuevo, como si nunca hubiera empezado a transcurrir. Si alguno de ellos tiene injerencia para el cómputo del plazo, se tendrá como motivos de interrupción y no de suspensión.

Los conceptos caso fortuito y fuerza mayor y su implicación en el proceso los hemos analizado al comentar el tema de suspensión de las audiencias por esos motivos.

iv.- Falta de gestión de parte antes que se declare

Para una primera teoría, la caducidad se produce de pleno derecho -*Ope legis*-, sin petición de parte ni resolución judicial, y una vez cumplido el plazo, surgen todos sus

efectos sin consideración de los actos posteriores que las partes puedan realizar. Frente a esta posición, surge la de "declaración judicial" -*Ope Iudicis*- según la cual, aun cuando haya transcurrido el plazo de caducidad previsto en la norma, el proceso no se extingue de pleno derecho, es necesaria una resolución que así lo declare. Por eso se dice que la resolución que declara la caducidad tiene efectos constitutivos y no declarativos.

Este último es el sistema seguido por nuestro código al igual que la mayoría de los códigos modernos, pues el artículo 57.1.2 NCPC –al igual que el 215 CPCD- establece que "No procede la caducidad…2) Cuando cualquiera de las partes o intervinientes impulsen el procedimiento, antes de la declaratoria de oficio o de la solicitud". Esto quiere decir que aun cuando el proceso se haya paralizado por seis meses o más, si la parte gestiona activando el proceso después de transcurrido ese plazo, se interrumpe la caducidad -principio de convalidación-; y ni el juez ni el demandado pueden declararla o pedirla, si el actor ya ha gestionado. Al ser la resolución que decreta la caducidad, de carácter constitutivo, sus efectos se dan hacia el futuro.

v.- Que el proceso no esté listo para sentencia o ésta no se haya dictado

La caducidad solo se puede declarar antes de que se haya dictado sentencia de primera instancia art. 57.1 "mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia caducará la demanda o la contrademanda", dice la norma. Esto quiere decir que no hay caducidad en segunda

instancia o casación, y, por otro lado, que la posibilidad de declaración de caducidad precluye con el dictado de la sentencia de primera instancia. Este es un presupuesto fundamental en nuestro ordenamiento.

Interesa resaltar el hecho, puesto de manifiesto por la jurisprudencia, de que una vez que el proceso se encuentra listo para el dictado de la sentencia, sea que se ha evacuado toda la prueba ofrecida por las partes o renunciado la faltante, no se puede declarar la caducidad de oficio y menos a solicitud de parte. La razón es muy sencilla, pues ya en ese momento se ha agotado la fase de alegación de las partes, no hay más que aportar, la actuación -por obligación legal- es del Juez y él no puede rehusar a cumplir la función que se le ha encomendado, pues nada pueden hacer las partes ante la negativa del juez de dictar sentencia -quizás tan solo recordarle-. Pero, así como el juez no les recuerda a las partes lo que tienen que hacer, ¿Por qué va a cargar la parte con una obligación que es del juzgador? Es parte del impulso oficial que consagra el artículo 2.5 "…Los tribunales adoptarán de oficio, con amplias facultades, todas las disposiciones necesarias para su avance y finalización. Por todos los medios se evitará la paralización…", y se reitera en el artículo 5 de la LOPJ,"...y una vez requerida su intervención los tribunales deberán actuar de oficio y con la mayor celeridad, sin que puedan retardar el procedimiento valiéndose de la inercia de las partes...".

vi.- Resolución judicial que la declare

Ya hemos referido antes que, en nuestro país, es necesaria la resolución para que opere la caducidad, lo encontramos en la frase del art 57.2.2 "antes de la declaratoria de oficio o de la solicitud". Esto quiere decir que no opera de pleno derecho. La resolución que acoge la caducidad, entonces, reviste el carácter constitutivo y solo produce efectos a partir de que se declare, por lo que, si transcurrido el plazo de caducidad, las partes activan el proceso, habrá cesado el tiempo transcurrido.

d.- Cómputo del plazo

El cómputo del plazo principia el día siguiente inmediato en que se practicó el último acto impulsador del procedimiento de las partes o del juzgador; sin importar, que ese día sea hábil o inhábil, pues por tratarse de un plazo por meses, se cuenta de día a día.

Como se trata de un plazo que se cuenta por meses, el cómputo se realiza conforme a la regla del artículo 30.5 NCPC, según el cual, los plazos por meses se contarán de acuerdo con el calendario gregoriano, o sea, de fecha a fecha. Igual regla contiene el artículo 15 del Código Civil. Cuando el ordinal del día de partida no exista en el mes de vencimiento, el plazo concluirá el último día de este; lo que significa que, si el último acto de la parte activando el proceso fue un 14 de marzo, el plazo de caducidad operará el 15 de junio, pero si se inicia el día 31 de un mes, y el mes de vencimiento tiene 30 días, se entiende reducido a ese día.

El período de vacaciones judiciales del despacho no interrumpe el plazo de caducidad, solo cuando el mes de finalización coincide con el período de vacaciones. Se entiende excluido ese mes para efecto del cómputo del plazo.

La caducidad solo puede ser declarada, y válidamente solicitada, el día inmediato siguiente al que se completó el plazo. Si se pide o se declara antes o el mismo día en que venció la gestión o resolución, resulta prematura y la caducidad es inoperante. Sentenciaba Couture diciendo, que para que se cumpla la preclusión es menester que se haya consumido íntegramente el plazo dado por la ley para la realización del acto pendiente.

e.- Actos interruptores del plazo

Consideramos actos interruptivos del proceso y por lo tanto no operaría la caducidad: **a)** La subsanación de errores en la demanda, **b)** La ampliación y el traslado de la demanda, **c)** La integración de la litis, **d)** La solicitud para que se dé traslado a la demanda, **e)** Las gestiones tendientes a notificar la demanda, **f)** La ampliación de la demanda o la inclusión de hechos nuevos, **g)** La contestación de la demanda, **h)** La notificación de la reconvención al actor inicial, **i)** La solicitud de señalar fecha para la celebración de la audiencia preliminar, complementaria o de única, **j)** La solicitud de señalamiento para audiencia, **k)** El desistimiento de prueba pendiente, **l)** La solicitud de señalamiento de nueva fecha para evacuar una prueba, **m)** La solicitud de inevacuabilidad de prueba, **n)** La audiencia

a las partes de prueba pericial, **o)** La aceptación del cargo del perito, **p)** La solicitud de prescindir de la prueba no evacuada, **q)** El escrito de desistimiento, la solicitud para que se dicte sentencia y el dictado de ésta, **r)** La interposición de un recurso de una resolución del a-quo, **s)** El apersonamiento del rebelde al proceso, **t)** La oposición de una recusación o la alegación de una recusación, **u)** El fallecimiento de una de las partes o sus representantes, **w)** La solicitud de acumulación de dos procesos, **x)** Los incidentes de previo y especial pronunciamiento -no los que se tramitan en legajo separado-, **x)** Los escritos y peticiones útiles y adecuadas al estado del proceso, **y)** Ya agregación de una notificación, **z)** Otras actuaciones extrajudiciales que tiendan a activar el proceso, como: las diligencias de notificación, la reposición del expediente cuando se haya tenido la diligencia de reponerlo, la remisión del expediente a otro tribunal, la agregación de copias prevenidas, los oficios recordatorios enviados a una oficina pública y el libramiento de exhortos.

Maurino menciona además de los dichos, los actos nulos, **a)** El pedido de búsqueda y reposición de expediente extraviado, **b)** El incidente de nulidad, **c)** El incidente de falsedad, **d)** El incidente de caducidad, **e)** El pedido de reiteración de notificación, **f)** La notificación de un traslado, **g)** La notificación por edicto de uno de los codemandados, **h)** El diligenciamiento frustrado de la notificación, **i)** La notificación dirigida a un domicilio equivocado, **j)** La notificación de rebeldía, **k)** La notificación de traslado de prueba documental, **l)** la notificación nula, **m)** el

diligenciamiento de oficios, la presentación y diligenciamiento de exhortos, **n)** La comparecencia del rebelde, **o)** Las peticiones vinculadas con la reconvención, **p)** La producción o diligenciamiento de medidas probatorias, **q)** La solicitud de señalamiento para prueba, **r)** Las actuaciones tendientes a obtener la integración de la litis, y, **s)** El escrito de ambas partes de suspensión de los plazos, **t)** La notificación de la demanda, siendo el acto siguiente oficioso, bien sea dar audiencia de la oposición o de las excepciones opuestas por el demandado.

f.- Actos no interruptores

No son idóneos para interrumpir el plazo de caducidad de acuerdo con la doctrina: **a)** el apersonamiento de un nuevo apoderado; **b)** El señalamiento de nuevo lugar de notificaciones; **c)** Los depósitos judiciales, **d)** La renuncia del poder, **e)** El diligenciamiento de medidas cautelares, **f)** La solicitud de regulación de honorarios profesionales o de un perito, **g)** Las gestiones inoperantes o extemporáneas, **h)** La actividad en incidentes de pieza separada, **i)** La apelación por inadmisión, **j)** Los actos procesales inoperantes, **k)** Los actos posteriores a la interposición de la solicitud de caducidad, **l)** La petición formulada por un tercero, **m)** El retiro de copias, **n)** Los actos realizados en otros juicios, **o)** La incorporación de oficios, **p)** La expedición de mandamientos, **q)** La no entrega de las actas de notificación por el notario, **r)** La solicitud y decreto de embargo de bienes, **s)** La solicitud de comisionar para notificar, cuando no se aportan las copias para practicar la

notificación a pesar de haber sido prevenido, **t)** Si no se pidió la devolución de las comisiones infructuosas para notificar, **u)** Si se pidió pero nunca ingresó la comisión para notificar, enviada a otra autoridad, **w)** La devolución sin diligencias de la comisión para notificar.

A estos agregaría, **a)** la solicitud de dar traslado a la demanda si ya se había ordenado, **b)** la presentación de un escrito ante un tribunal diverso del que conoce el proceso, **c)** la acumulación en proceso que no sea procedente, **d)** el ofrecimiento de prueba extemporánea, **e)** el inidóneo o que no tienda a la continuación del proceso o no sea consecuente con el acto procesal siguiente, **f)** gestiones reiteradas que ya han sido rechazadas, entre otros.

g.- La caducidad del proceso, pluralidad de partes y sujetos

El artículo 57.2 NCPC señala "no procede la caducidad…cuando cualquiera de las partes o intervinientes impulsen el procedimiento, antes de la declaratoria de oficio o de la solicitud". Con fundamento en esta norma, el impulso del proceso por uno de los litisconsortes –sea necesario o facultativo- beneficiará a los restantes. Esta norma se inspira en el hecho de que la existencia de partes múltiples no altera la unidad del proceso, ni de la instancia, insusceptible de fraccionarse sobre la base del número de sujetos que actúan en posición de parte.

Existen dos posiciones doctrinales y normativas sobre la naturaleza de la intervención principal. Para la escuela alemana seguida por Rosenberg, Schonke y Kisch, la intervención es un proceso autónomo, independiente de la demanda original. Para una segunda posición seguida por la doctrina italiana, y la mayoría de la doctrina iberoamericana, la intervención principal es una ampliación de las pretensiones del proceso original por lo que corre igual suerte que la demanda original; de manera que, declarada la caducidad del proceso, se produce indefectiblemente la de aquella. La norma, haciendo eco de la jurisprudencia, ha admitido la supervivencia de la intervención principal a pesar de la caducidad de la demanda original.

h.- Legitimación para solicitar la caducidad

El artículo 57.1 NCDP señala que la caducidad del proceso "será declarada de oficio, a solicitud de parte o a petición de cualquier interesado legitimado" –que reitera lo previsto en el art. 215 NCPC. Por interesado debe entenderse el demandado, el interviniente adhesivo, el coadyuvante, cualquier modalidad de tercerista, el co-demandado, el fiador, el contrademandante, el contrademandado cuando no sea el propio actor, el avalista, otro acreedor del deudor, otro embargante del deudor o del bien garante, etc.

Algunas posiciones han admitido que el actor también puede pedir la caducidad de la instancia. Nos inclinamos por pensar que tal situación no es admisible a la luz del

derecho procesal moderno. Primero, porque la caducidad es una sanción procesal en contra del actor y es ilógico que alguien promueva una sanción contra sí mismo. Por otro lado, el acto procesal que el ordenamiento ha previsto en favor del actor para concluir anticipadamente el proceso se llama desistimiento del proceso.

i.- La caducidad y la reconvención

Se han desarrollado dos posiciones respecto del camino que debe seguir la reconvención si se declara la caducidad de la demanda inicial:

a) Tesis de divisibilidad: para esta posición, la reconvención es un proceso autónomo que simplemente se ha beneficiado con el proceso a que se refiere, pero que conserva su individualidad en cuanto a su objeto y contenido. Sostiene que la caducidad es divisible porque nadie puede ser perjudicado o beneficiado por obra ajena. El NCPC sigue esta primera tesis al señalar "sin embargo, si la inercia es imputable exclusivamente a una de las partes, la contraria podrá solicitar que se continúe con su pretensión. En ese caso, los efectos de la caducidad se producirán únicamente respecto de la parte responsable de la inercia, a quien se condenará al pago de las costas causadas";

b) Tesis de la indivisibilidad: Para esta segunda posición, que es seguida por la mayoría de la doctrina, la instancia es una, cualquiera que sea el objeto del proceso,

pues al ser único el proceso, no puede haber pluralidad en una unidad. Esta era la tesis que seguía el CPCD.

Declaradas con lugar la caducidad de demanda principal y la reconvención, podría surgir la duda sobre quién asume el pago de las costas del proceso, si ambos son perdidosos. Me inclino por creer que las debe asumir el actor original, pues fue él quien activó inicialmente el órgano jurisdiccional; así parece haberlo entendido nuestra jurisprudencia.

j.- Procesos en que no se produce la caducidad

En algunos procesos la norma procesal niega la posibilidad de declarar la caducidad, en otras, la naturaleza del proceso impide que pueda declararse la caducidad. Tales como en procesos monitorios y de ejecución, cuando no haya embargo efectivo; procedimientos no contenciosos; los procesos universales; procesos prendarios e hipotecarios sin embargo de bienes; en los procesos de ejecución de sentencia pura y en los arbitrajes.

k.- Efectos de la caducidad de la instancia

La declaratoria de la caducidad del proceso produce consecuencias para el actor, al proceso y la prescripción, entre otras. Se encuentran reguladas en el art. 57.2. NCPC "declarada la caducidad de la demanda y la contrademanda se extingue el proceso y cualquier derecho adquirido con la interposición o notificación de la demanda y reconvención, pero no impide a las partes formular nuevamente las pretensiones. Sin embargo, si la inercia es imputable

exclusivamente a una de las partes, la contraria podrá solicitar que se continúe con su pretensión. En ese caso, los efectos de la caducidad se producirán únicamente respecto de la parte responsable de la inercia, a quien se condenará al pago de las costas causadas".

i.- En cuanto a las costas

Cuando se declara la caducidad de un proceso, la condena en costas es imperativa, por el solo hecho de la caducidad, sin importar la razón, buena fe o acto que paralizó el proceso y que condujo a su caducidad, aspecto que no es unánime en el derecho comparado.

El artículo 57.2 señala "la parte responsable de la inercia a quien se condenará al pago de las costas causadas". No señala la norma, como si lo hacía el art. 217, párrafo 3) CPCD, la forma en cómo se determinan las costas, como consecuencia de la caducidad, de manera que hoy debe acudirse al art. 18 del Decreto de Honorarios de Abogados y Notarios que establece la regla del estado del proceso para fijar esos honorarios -art. 19 Decreto- y según la estimación de la demanda y no a la fijación "prudencial" del juez.

Señala el art. 18 del Decreto de Honorarios "Artículo 17.- Terminación anticipada del proceso por conciliación, mediación, deserción o transacción. En caso de…deserción…los honorarios serán el cincuenta por ciento (50%) de la Tarifa General. Está disposición se aplicará a todo tipo de proceso. En caso de que el proceso termine por deserción imputable al Abogado(a), éste no tendrá derecho

al cobro de honorarios, excepto los casos contemplados en el presente Arancel. En el caso del abogado(a) de la parte demandada, al declararse la deserción, le corresponderán los honorarios de acuerdo con la etapa procesal en que se encuentre el caso". El pago por etapas los regula el art. 18 del Arancel "Forma de pago.

Debe tomarse que la caducidad del proceso para los monitorios de cobro no los enumera el numeral 21, por lo que se rige por el citado artículo 18 del Arancel.

ii.- En cuanto a las pruebas recibidas

Creemos, sin mayor discusión, en contra del criterio minoritario, que las pruebas recibidas y evacuadas con audiencia de partes en un proceso caduco, conservan su validez y pueden ser incorporadas al nuevo proceso que se instaure por vía de simple certificación notarial o del mismo despacho que lo declaró caduco. La razón es simple, la caducidad extingue o aniquila el proceso, no el valor de los actos, por lo que "las pruebas recogidas en el proceso extinguido entran como fuentes de prueba en el nuevo proceso; y, como tales, con todas sus intrínsecas características, así como se han formado irrevocablemente en aquel proceso". Hoy conforme al art. 45 la prueba del proceso caduco se trasladará al nuevo proceso, si se cumplen los presupuestos de la norma.

iii.- En cuanto a la pretensión o derecho reclamado

Al igual que el desistimiento del proceso, la caducidad del proceso extingue la instancia, el proceso como forma, así

como, los incidentes, las tercerías y las medidas cautelares, pero de ninguna forma se extingue o afecta el contenido de la pretensión, al no producir cosa juzgada. Es decir, la pretensión o el derecho reclamado se pueden volver a deducir o reclamar en un nuevo proceso, cuantas veces quiera el actor, pues la pretensión y el derecho permanecen latentes, incólumes, no mueren es por eso por lo que numeral 57.2 NCPC señala "declarada la caducidad de la demanda y la contrademanda se extingue el proceso…pero no impide a las partes formular nuevamente las pretensiones".

iv.- En cuanto a la prescripción y la caducidad

El 57.2 citado establece "declarada la caducidad de la demanda y la contrademanda se extingue el proceso y cualquier derecho adquirido con la interposición o notificación de la demanda y reconvención", por lo que el proceso se tiene por no seguidos y la demanda por no puesta para los efectos de interrumpir la prescripción -que se había interrumpido con la notificación de la demanda- o extinguir la caducidad interrumpida con la presentación de la demanda.

Este principio lo reiteran los artículos 877 inciso 3) del Código Civil "ni el emplazamiento judicial, ni el embargo, aunque llegue a contestarse la demanda, interrumpirán la prescripción positiva si se declara desierta", y el 977, inciso a) del Código de Comercio, "Se considerará como no interrumpida la prescripción, si el actor desistiere de ella o se declara desierta".

Ante la claridad y reiteración de tales normas, no existe la mayor discusión de que la prescripción interrumpida, o la mora cesada con el proceso caduco, vuelven a cobrar vigencia como si nunca se hubieren interrumpido o requerido, como si la demanda nunca se hubiere interpuesto, por lo que ninguna relevancia interruptiva o suspensiva produce el proceso caduco, se debe sumar el plazo corrido antes de la interposición de la demanda con el transcurrido durante la tramitación de ésta y el posterior, hasta la notificación de la nueva demanda.

Estas reglas sobre la prescripción se aplican a la caducidad y lo más importante es que si la interposición de la demanda hizo cesar un término de caducidad, tal cesación se extinguió y es como si nunca se hubiera presentado en torno a la continuación de esa caducidad.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL
MANUAL BREVE DEL PROCESO ORDINARIO CIVIL

Artavia Sergio-Picado Carlos. Comentarios al nuevo Código Procesal Civil, t. I, 2ª edición, 2017.

Artavia Sergio-Picado Carlos. Comentarios al nuevo Código Procesal Civil, t. II, 2ª edición, 2017.

Artavia Sergio-Picado Carlos. Comentarios al nuevo Código Procesal Civil, t. III, 2ª edición, 2017.

Artavia Sergio-Picado Carlos. Comentarios al nuevo Código Procesal Civil, t. IV, 2ª edición, 2017.

Artavia Sergio-Picado Carlos. Curso del Proceso Civil, t. II, 2ª edic. 2018.

Artavia Sergio-Picado Carlos. Curso del Proceso Civil, t. I, 2ª edic. 2018.

Artavia Sergio. Derecho Procesal Civil, t. III, 2ª edic. 2007.

Artavia Sergio. Manual del Proceso Civil, t. II, 2ª edic. 2015.