

Las cuestiones previas. Visión jurisprudencial

Álvaro Badell Madrid

SUMARIO

Introducción

Generalidades

I. LAS CUESTIONES PREVIAS DEL ORDINAL 1º

1. Falta de jurisdicción

1.1. Falta de jurisdicción frente a la administración pública

1.2. Falta de jurisdicción frente al juez extranjero

1.3. Falta de jurisdicción frente al arbitraje

1.4. Trámite

2. Falta de competencia

2.1. Oportunidad

3. Litispendencia

3.1. Oportunidad

4. Acumulación a otro proceso por razones de accesoriadad

4.1. Accesoriadad

4.2. Acumulación a otro proceso por razones de conexión

4.3. Acumulación a otro proceso por razones de continencia

5. Efectos

II. LAS CUESTIONES PREVIAS SUBSANABLES –ORDINALES

2º a 6º–

1. Ilegitimidad del actor –Ord. 2º–

2. Ilegitimidad del apoderado –Ord. 3º–

3. Ilegitimidad del citado en nombre del demandado –Ord. 4º–

4. Falta de caución o fianza –Ord. 5º–

5. El defecto de forma propiamente dicho –Ord. 6º–

5.1. Inepta acumulación –Ord. 6º–

6. Trámite

6.1. subsanación voluntaria

6.2. Contradice o no hace nada

7. Oportunidad para contestar

7.1. Subsanación Voluntaria, que a su vez tiene dos supuestos

7.2. Subsanación ordenada por el tribunal

8. Recursos

9. Costas

III. LAS CUESTIONES PREVIAS NO SUBSANABLES

–ORDINALES 7º a 11º–

1. Condición o plazo pendiente –Ord. 7º–

2. Prejudicialidad –Ord. 8º–

3. Cosa juzgada –Ord. 9º–

4. Caducidad de la acción prevista por la ley –Ord. 10º–

5. Prohibición legal de admitir la acción propuesta –Ord. 11º–

6. Trámite

7. Decisión / Efectos

8. Recursos

9. Costas Procesales

10. Oportunidad para el acto de contestación de la demanda

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se centra en el estudio de la institución procesal de las cuestiones previas bajo una óptica jurisprudencial al considerar que sobre este tema se han escrito con una visión más bien doctrinaria e incluso apoyados en la experiencia y tradición legislativa de las cuestiones previas en otros sistemas de derecho.

Hemos considerado importante aportar estas notas, al trabajo jurídico que en homenaje al **Maestro Arístides Rengel-Römberg** se publica bajo la excelente coordinación de la Revista **DERECHO Y SOCIEDAD** que edita la Universidad Monteávila. Ello, en reconocimiento a su dilatada y proficua labor académica dedicada, fundamentalmente, al estudio enjundioso de la ciencia del Derecho Procesal. Llegue al homenajeado mi respeto y agradecimiento por las enseñanzas generosamente impartidas a través de su obra, a quienes como yo, hemos encontrado en el mundo del litigio y en la divulgación del Derecho Procesal la realización de nuestra vida profesional.

Se aborda en definitiva, el tema de las cuestiones previas bajo la experiencia pragmática de esta institución a 18 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil y lo hemos nutrido del criterio jurisprudencial que ha ido resolviendo las dudas derivadas de la incorporación de cambios profundos como los que quedaron plasmados en diversas instituciones reguladas a partir del Código de Procedimiento Civil de 1986, entre éstas, quizás las cuestiones previas son las que más han sido objeto de tratamiento jurisprudencial en estos años.

Dividimos el estudio y revisión de la jurisprudencia de esta materia, sistematizándolo de la siguiente manera: I.- LAS CUESTIONES PREVIAS DEL ORDINAL I, II.- LAS CUESTIONES PREVIAS SUBSANABLES –ORDINALES 2 AL 6–, y III.- LAS CUESTIONES PREVIAS NO SUBSANABLES –ORDINALES 7 AL 11–.

GENERALIDADES

Podemos definir las cuestiones previas como el acto procesal del demandado, de naturaleza eminentemente potestativo, destinado a la depu-

ración del proceso, en razón de los vicios o deficiencias que impiden su normal desarrollo. La promoción de las cuestiones previas, dan lugar, de pleno derecho, a la apertura y sustanciación de una incidencia autónoma, con sus propias reglas de alegación, sustanciación y decisión, de allí el carácter autónomo que le reconoce a las cuestiones previas en relación con el acto de la contestación de la demanda.

Cuando señalamos que es un acto procesal del demandado, ello está referido a que, precisamente, a la única parte a quien el legislador reconoce la potestad de promover cuestiones previas, es al sujeto pasivo de la pretensión. Así se desprende del artículo 368 del CPC en el caso de la reconvencción, al negar dicha norma al actor reconvenido la posibilidad de promover cuestiones previas contra la pretensión ejercida en su contra por vía reconvenccional.

El Código de Procedimiento Civil establece que las cuestiones previas deben promoverse –todas– acumulativamente en el mismo acto¹, a diferencia de la fórmula que acogía el Código derogado², el cual disponía la necesidad de promover, con criterio de prelación, las excepciones dilatorias a que hubiese lugar, para tramitar y resolver luego las excepciones de inadmisibilidad.

Era posible además que se generara en la incidencia, un procedimiento de segundo grado con motivo de la apelación –que por regla general se oía libremente, es decir, con el doble efecto; suspensivo y devolutivo– cuyo conocimiento correspondía al tribunal de segunda instancia.

A la luz de tal premisa, el juicio estaba enmarcado en esta etapa preliminar por una serie de incidencias que dilataban la culminación de la fase de alegación, la cual se agota con la contestación de la demanda. Más aún, en algunos supuestos, era posible acudir a casación como en el caso del ordinal 1º del artículo 248 del CPCD, con la llamada excepción de declinatoria de jurisdicción.

¹ Código de Procedimiento Civil, Venezuela, G.O. ext. N° 3970, 13 de marzo de 1987, en adelante aludido indistintamente por su nombre o por sus siglas **CPC**.

² Código de Procedimiento Civil derogado, Venezuela, G.O. ext., 26 de septiembre de 1916, en adelante **CPCD**, tomado de Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela, Edición Oficial, Tomo 39, p. 387, Litografía del Comercio, Caracas, 1916, 4 de julio de 1916, art. 247.

Se ha planteado la duda en relación con la forma de proceder en caso de litisconsorcio pasivo, sobre todo cuando es facultativo, y uno de los co-demandados promueve cuestiones previas mientras que el resto no lo hace. La duda deriva de la parte in fine del artículo 346 del CPC que prevé que si son varios los demandados y uno cualquier promueve cuestiones previas, no se admitirá la contestación de la demanda al resto de los demandados. En sentencia reciente, la Sala de Casación Civil tuvo ocasión de ratificar el criterio que se sigue al respecto que no es otro, que independientemente de que sólo uno de los litisconsortes haga valer alguna cuestión previa, ese solo hecho genera la apertura y trámite de la incidencia, la cual, no dará paso al lapso de contestación de la demanda hasta que no culmine con la sentencia interlocutoria correspondiente.

En efecto la Sala³, señaló que:

«...el último aparte del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, señala que, “...*Si fueren varios los demandados y uno cualquiera de ellos alegare cuestiones previas, no podrá admitirse la contestación a los demás...*”, de tal manera que la interposición de las cuestiones previas por uno cualquier de los codemandados, beneficia al resto del litisconsorcio pasivo, ya que no se admitirá la contestación que se haga hasta que no sean resueltas las cuestiones previas, por lo que visto el propio reconocimiento que hacen los formalizantes de que hubo una contestación a la demanda realizada de manera conjunta por las codemandadas, la misma imposibilita cualquier aplicación de la presunción de confesión ficta”».

Si bien es cierto que el espíritu de la reforma del Código de 1986 se fundamentó en la necesidad de desembarazar el juicio ordinario de incidencias previas que atentaran contra la idónea administración de justicia, haciendo el procedimiento más expedito, no es menos verdad, que el legislador tuvo en consideración el imperioso cometido de conferir mayor supremacía a algunas cuestiones previas que, necesariamente, deben ser resueltas de modo preferente, pues su repercusión en el conocimiento de la causa por parte del juez puede afectar de tal manera el proceso, que puede ponerle fin al mismo en esta etapa preliminar, como sería en el caso en que se

³ Sentencia de fecha 23 de marzo de 2004, de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Oberto Vèlez, expediente 00135.

determine que el asunto no corresponde a la jurisdicción venezolana sino al juez extranjero o sea la Administración Pública quien deba resolver, u operó la caducidad legal, la cosa juzgada, etc. por citar solo algunos casos, como se verá en este trabajo.

Es claro, para quien estas líneas escribe, que la resolución de las cuestiones previas debe estar orientada por la celeridad y economía procesal, pero además, deben tener en cuenta los jueces en su sagrada misión interpretativa de la norma jurídica frente al supuesto de hecho, el principio de la finalidad del requisito para no menoscabar la justicia al amparo de formalismos exagerados e inútiles. En definitiva, estimamos que la sintonía que debe ser observada al estudiar esta institución, viene dada por la integración de sus normas y principios con los postulados rectores de todo nuestro sistema de justicia, es decir, la prelación del fondo ante la forma, de la verdad material como norte de los actos de los jueces –Art. 12 CPC– ante la verdad procesal, ya que sin ello, mal podrá establecerse una justicia idónea mediante la tutela judicial efectiva como la manda el artículo 26 de la Constitución.

En sentencia de la Sala Constitucional, al interpretar el alcance y contenido del concepto de tutela judicial efectiva y justicia idónea, se estableció que:

“...el derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 *eiusdem*), la interpretación de las instituciones procesales

debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instauro.

La conjugación de artículos como el 2, 26 ó 257 de la Constitución de 1999, obliga al juez a interpretar las instituciones procesales al servicio de un proceso cuya meta es la resolución del conflicto de fondo, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos o reposiciones inútiles...” (Sentencia del 10 de mayo de 2001, con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, expediente 00-1683).

En nuestro parecer, de lo anterior se deriva que las cuestiones previas vinculadas con denuncias de meras formalidades, deben ser matizadas en cuanto a sus efectos, y el Juez deberá inclinarse –en caso de dudas– por la supervivencia del proceso, antes que dejarlo sucumbir por asuntos de mera forma como puede ser la omisión de una mera formalidad no esencial en el libelo como la indicación del domicilio procesal u otras similares.

Otro aspecto general del tema, es el previsto en el artículo 349 del CPC que obliga al Juez a decidir sobre las cuestiones previas propuestas, dando prelación a las del ordinal 1º, del artículo 346 eiusdem, para lo cual se atenderá únicamente a los elementos de autos y a los documentos presentados por las partes.

Es necesario tener presente que corresponde a los Tribunales de la República –ordinarios o especiales– la potestad de administrar justicia; dado el principio de unidad de la jurisdicción civil⁴, pero, no obstante ello, pueden existir ciertas cuestiones cuyo conocimiento escapa de los tribunales de derecho, no porque no le esté atribuida la potestad de conocer el asunto⁵, sino más bien, debido a que carecen de jurisdicción por tratarse de asuntos que competen a la administración pública, por referirse a asuntos de orden

⁴ DUQUE CORREDOR, Román J.; *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*, Editorial Jurídica Alva, Caracas, p. 36, 1990.

⁵ SÁNCHEZ N., Abdón; *De la Introducción de la Causa. Comentarios y Anotaciones al Código de Procedimiento Civil*, Paredes Editores, Caracas, Tomo I, p. 70, 1987.

internacional regulados por un derecho extranjero, o bien, porque las partes voluntariamente así lo han acordado mediante un acuerdo arbitral de naturaleza consensual en los casos que pueden ser dirimidas las controversias mediante arbitraje.

En los casos de falta de jurisdicción, y de manera excepcional, la legislación especial consagra⁶ la posibilidad de que, aún careciendo el juez venezolano de jurisdicción para conocer el fondo del asunto, pueda dictar medidas provisionales de protección de las personas que se encuentren en el territorio de la República. Lo que se plantea con la falta de jurisdicción, es pues, una incidencia, porque sin tocar el fondo de la causa, quien la invoca está "...exigiendo ser juzgado por el órgano que de acuerdo con la ley está llamado a conocer de la controversia..."⁷.

I. LAS CUESTIONES PREVIAS DEL ORDINAL 1º

1. Falta de jurisdicción

El objeto de esta cuestión previa es la discusión y determinación necesaria sobre si el tribunal tiene o no jurisdicción para conocer y dirimir la controversia intersubjetiva que ante él se propone. La jurisprudencia ha afirmado que "...la jurisdicción es la función pública, realizada por los órganos competentes del Estado con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada. La jurisdicción es el todo; la competencia es la parte: un fragmento de la jurisdicción. La competencia es la potestad de jurisdicción para una parte del sector jurídico: aquel específicamente asignado al conocimiento de determinado órgano jurisdiccional..."⁸.

⁶ CPC., art. 58 derogado por la Ley de Derecho Internacional Privado, República de Venezuela, Gaceta Oficial ordinaria N° 36.511, 6 de agosto de 1998, y recogido en estos términos: Artículo 43.- «Son competentes los tribunales venezolanos para dictar medidas provisionales de protección de las personas que se encuentren en el territorio de la República, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del litigio».

⁷ VILLASMIL, Fernando; *Los Principios Fundamentales y las Cuestiones Previas en el nuevo Código de Procedimiento Civil*, Editorial Lithobinder C. A., Maracaibo, p. 66, 1986.

⁸ Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 18 de julio de 2000, con ponencia del Magistrado José Rafael Tinoco, expediente n° 17.772.

En la doctrina nacional, **RENGEL-RÖMBERG**⁹ al analizar la institución de la jurisdicción la define como:

“...la función estatal destinada a la creación por el juez de una norma jurídica individual y concreta necesaria para determinar la significación jurídica de la conducta de los particulares, cada vez que entre ellos surjan conflictos de intereses y de asegurar por la fuerza, si fuere necesario, la práctica ejecución de la norma creada...”.

El profesor **ORTIZ-ORTIZ**¹⁰, en su reciente obra acerca de la Teoría General del Proceso, al estudiar el tema, señala que por jurisdicción se entiende:

“...función-potestad reservada por el Estado (fundamento constitucional), en uso de su soberanía (elemento político) para ejercerla en forma de servicio público (elemento administrativo) por órganos predeterminados e independientes, para la realización concreta de los intereses peticionados de los ciudadanos con carácter definitivo y con posibilidad de coacción en un proceso judicial (naturaleza procesal)...”.

La noción de jurisdicción esta vinculada con una de las funciones públicas del Estado que atiende a velar por que se concrete la garantía de la tutela judicial efectiva a través de los órganos jurisdiccionales, quienes bajo un sistema normativo organizado en lo sustancial y en lo procesal, suplen la voluntad de las partes en los casos en que éstas deciden someter el conflicto intersubjetivo a la resolución de un juez por no existir consenso entre ellas que permita una solución que satisfaga sus intereses. Es una institución de eminente orden público, como lo ha reconocido la jurisprudencia.

En efecto, su innegable carácter de orden público ha sido ratificado por el Tribunal Supremo de Justicia¹¹, en decisión que acogió el principio

⁹ RENGEL-RÖMBERG, Arístides; *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano Según el nuevo Código de 1987*, Tomo I, Teoría General del Proceso, Editorial Ex Libris, Caracas, p. 61, 1991.

¹⁰ ORTIZ-ORTIZ, Rafael; *Teoría General del Proceso*, Editorial Frónesis, S.A., Caracas, p. 110, 2003.

¹¹ Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, del 6 de febrero de 2002 con ponencia del Magistrado Dr. Hadel Mostafá Paolini, en el expediente n° 11840.

de interpretación a favor de la jurisdicción nacional frente al juez extranjero en el entendido que la derogatoria de la jurisdicción nacional es de carácter excepcional y, por ello, debe interpretarse restrictivamente. En este caso, se suscribieron letras de cambio en Venezuela y se estableció como lugar de pago Puerto Rico, por lo que al plantearse como defensa previa que los tribunales venezolanos carecían de jurisdicción, la Sala determino que:

“...la derogatoria de la jurisdicción del juez venezolano frente al extranjero es una situación de carácter excepcional; por lo que el análisis que debe operar es restrictivo, y la conclusión debe estar fundamentada en indubitables elementos de juicio, lo cual implica que de las normas que regulan la materia, de manera clara quede de manifiesto la exclusión de la jurisdicción de los jueces patrios para conocer de determinada controversia o asunto, correspondiéndole la misma al juez extranjero...”

(...)

“...aun cuando tal como lo previno el *a quo* y, precedentemente, esta Sala lo reafirmó en esta decisión, aplicando lo establecido en el artículo 411 del Código de Comercio, tendría que concluirse que las letras de cambio han de ser pagadas en la ciudad de Hato Rey, Puerto Rico, sin embargo, a juicio de esta Sala, ello no establece *per se* que los jueces venezolanos no tengan jurisdicción para conocer de la presente controversia, ya que la referida norma se circunscribe o reduce exclusivamente a materia del lugar de pago de una letra y no a materia de jurisdicción o competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer de controversias cuyo objeto sea una letra de cambio...”.

A consecuencia de este parecer, la Sala Político-Administrativa aplicó los principios especiales del Derecho Internacional Privado que regulan la materia de jurisdicción internacional, en aras de lo cual, se atuvo en la resolución del caso a las fuentes del Derecho Internacional Privado, particularmente a las previstas en los artículos 1, 39 y 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

Es importante tener presente que a consecuencia del aludido carácter de orden público que se le reconoce al tema de la jurisdicción, una

vez propuesta la cuestión previa de falta de jurisdicción o intentado el recurso de regulación, no puede ser desistido por la parte promovente. Se requerirá a la luz de estas hipótesis, el necesario pronunciamiento del tribunal para que, una vez ratificada la jurisdicción del tribunal, se proceda a la auto composición procesal. Así lo dejó sentado la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 2 de febrero de 2000, con ponencia del Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, expediente Nro. 13.549, explanando la siguiente tesis:

“...al respecto debe señalarse que, la figura de la falta de jurisdicción, tal como lo ha expresado esta Sala en múltiples decisiones, reviste carácter de orden público, por lo que al ser alegada, no puede ser relajada por el particular, una vez que, como en el caso presente, ha sido alegada como impugnación, esto es, mediante el recurso de regulación de jurisdicción. De allí que, una vez recibido por esta Sala el expediente contentivo de la regulación de jurisdicción, a la misma le corresponde decidir qué órgano tiene jurisdicción para conocer del caso de autos, esto es, si el asunto corresponde conocerlo a un órgano jurisdiccional o administrativo. Por lo tanto, la presentación de un escrito mediante el cual se “desiste” de la regulación y al mismo tiempo se solicita que sea homologada una transacción celebrada por las partes, no enerva los efectos que acarrea la falta de jurisdicción, en razón de que se trata de una cuestión de orden público que debe ser dilucidada a los efectos subsiguientes, como lo es, precisamente, el relativo a la homologación de la transacción...”.

Por su parte, la Sala Político-Administrativa ha hecho énfasis en muchas de sus decisiones a la necesidad de diferenciar entre **jurisdicción** y **competencia** –regulados ambos conceptos en el ordinal 1º del art. 346 del CPC– ya que tienden a ser confundidos en su naturaleza y alcance por los litigantes, y más grave aún, por los jueces al tramitar y decidir la incidencia. Se ha ratificado, en suma, que la jurisdicción y la competencia son conceptos procesales que difieren entre sí «...pero que se vinculan estrechamente, la jurisdicción consiste en la función de administrar justicia, en tanto que, la competencia, como medida de la jurisdicción, consiste en la limitación del poder de juzgar en razón de la materia, del territorio y de la cuantía. De esta forma, la jurisdicción es presupuesto lógico necesario para

la distribución de la competencia. Sin jurisdicción, resulta innecesario hablar de competencia...» (Véase al respecto sentencia del 5 de abril de 2001, con ponencia de la Magistrada Dra. ne:Yolanda Jaimes Guerrero, expediente Nro. 11.832).

1.1. Falta de jurisdicción frente a la administración pública

Esta cuestión previa está predeterminada a resolver la discusión que se genera ante la contradicción que surge de que no corresponde al poder judicial la resolución del caso concreto sino a la Administración Pública. Téngase en cuenta que esta defensa –al igual que el caso antes aludido– puede ser promovida como cuestión previa o como defensa de fondo junto con la contestación de la demanda. Además puede ser declarada de oficio por el tribunal en cualquier estado e instancia del proceso, quedando en claro el carácter de orden público del asunto¹².

Algunos ejemplos de procedencia de esta cuestión previa serían: a) Ventilar en Tribunales una pretensión destinada a formular oposición al registro de una marca comercial lo que corresponde al Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI) –véase caso Giorgio Armani¹³–, b) La interposición de una demanda fundada en presunta competencia desleal, abuso de posición de dominio o cartelización, etc., cuando ello forma parte del ámbito de las competencias de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), como lo ha señalado la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Otro aspecto importante sobre esta cuestión previa lo constituye la potestad que se le reconoce a la Administración Pública de invocar y hacer valer la falta de jurisdicción del juez frente a la administración, aún sin ser parte en el juicio, lo que equivale a reconocer la existencia de una forma autónoma y adicional de tercería bajo el especial supuesto de que tal petición se produzca antes de que se hubiere dictado sentencia definitiva que afirme la jurisdicción del tribunal. Así lo prevé el artículo 65 del CPC, conforme al cual “...a administración pública que no es parte en la causa, puede solicitar ante el Juez que conoce de ella, mientras la jurisdicción no

¹² NARANJO, Yuri; *El nuevo Procedimiento Ordinario*, Ediciones Librería Destino, Caracas, p. 62, 1986.

¹³ Caso: Giorgio Armani, en recurso de nulidad, Sentencia de la Sala Político-Administrativa, C.S.J., 1 de febrero de 1990.

haya sido afirmada mediante sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada, que se declare el defecto de jurisdicción del Juez...”.

1.2. Falta de jurisdicción frente al juez extranjero

Procede esta cuestión previa cuando, se pretenden ventilar en los tribunales venezolanos asuntos cuyo conocimiento corresponde a un tribunal extranjero, bien por haberlo determinado así las partes convencionalmente, o por tratarse de un asunto que por ley deba ser resuelto ante el juez extranjero. En éste último caso, la falta de jurisdicción puede ser declarada de oficio en las causas que tienen por objeto bienes inmuebles situados fuera del territorio nacional. La jurisdicción venezolana es establecida por el derecho interno, salvo los casos que pueden plantearse una vez agotada la vía interna. Sin embargo, no será un tribunal o árbitro extranjero a quien corresponderá decidir sobre la jurisdicción venezolana, ni un juez venezolano sobre la de uno extranjero¹⁴.

Nuestra jurisprudencia ha sido proclive en sentenciar bajo el criterio de indubio pro jurisdicción, para lo cual, ha utilizado criterios como el domicilio del demandado y no el del actor, otorgando a aquél el derecho de que se le demande en los tribunales de su domicilio, lo cual, esta respaldado por el artículo 35 del Código Civil, bajo el amparo del principio de inderogabilidad de la jurisdicción, así como en la Ley de Derecho Internacional Privado –en adelante LDIP–.

Sobre este particular, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia¹⁵ ratificando criterio de vieja data, expresó:

«...para mayor abundamiento, es necesario agregar que la tutela jurisdiccional del Estado Venezolano ha sido establecida fundamentalmente para la protección y respeto de los derechos del individuo, razón por la cual, en general, pueden ser sometidos a las reglas de la teoría contractual, toda materia,

¹⁴ BORJAS, Arminio; Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano, Tomo III n° 260. V, citado en BELLO LOZANO, Humberto; *Jurisdicción y Competencia – Esquemas de Procedimientos Ordinarios y de los Procedimientos Especiales*, Mobil libros, Caracas, p. 171, 1989.

¹⁵ Al efecto, puede consultarse sentencia del 6 de junio de 2000, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Escarrá Malavé, expediente 12.940.

controversia o asunto en el cual, salvo excepciones previstas en la Ley, rige el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

La Ley, en determinados supuestos, prohíbe expresamente que algunos asuntos sean dirimidos por una jurisdicción distinta a la venezolana, tal como lo consagra el artículo 2 del Código de Procedimiento Civil, cuando determina la jurisdicción del Estado Venezolano y la inderogabilidad de la misma frente a los demás estados extranjeros, expresamente, cuando se trate de controversias relativas a bienes inmuebles o a materias que interesan al Orden Público, lo cual no ocurre en el presente caso. Así se declara.

En vista de lo expuesto, a los fines de determinar la jurisdicción, no es relevante que la parte actora tenga su domicilio en nuestro país y que el pago se haya establecido en dólares norteamericanos, como sí lo es el hecho de que la demandada tuviese su domicilio en el Canadá y el actor hubiese demandado, previamente a la interposición del presente procedimiento, en la jurisdicción del domicilio de la demandada, es decir, en Canadá, estableciendo así lo que se llama "la sumisión tácita", según lo establece nuestra especialísima y vigente Ley de Derecho Internacional Privado, en su artículo 45...».

Se reconoce, sin embargo, la potestad de las partes de adherirse a una jurisdicción extranjera siempre que no se trate de bienes inmuebles situados en el país¹⁶, o que no sean asuntos en los que esté interesado el orden público o las buenas costumbres, (como sería en los casos de interdicción, inhabilitación, tutela, emancipación, entre otros). Por su lado, la LDIP en su artículo 39, en concordancia con el artículo 53 del Código de Procedimiento Civil, hace un desarrollo más exhaustivo del tema, extendiendo la jurisdicción de los tribunales venezolanos a los juicios intentados contra personas domiciliadas en el exterior en los casos previstos en los artículos 40, 41 y 42 eiusdem.

Igualmente, la doctrina en materia de Derecho Internacional Privado señala que debe considerarse el alcance de las obligaciones que vincu-

¹⁶ Código Civil, art. 10; Código de Procedimiento Civil, art. 2; LDIP, art. 46; Código Bustamante, art. 318.

lan a las partes cuyo cumplimiento pretende el actor sea declarado¹⁷ así, los contratos mercantiles celebrados en el extranjero, cuya ejecución sea en Venezuela, se regirán por la ley venezolana, salvo convenio entre las partes¹⁸.

1.3. Falta de jurisdicción frente al arbitraje

Al revisar la cuestión previa de falta de jurisdicción, surge la necesidad de plantearse la siguiente interrogante: ¿Es la jurisdicción de arbitraje excluyente respecto de la de los tribunales ordinarios? Tradicionalmente la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, se inclinó por la premisa según la cual el juez venezolano carece de jurisdicción sobre las cuestiones que las partes decidan someter a arbitraje bajo el siguiente criterio: "...la tutela jurisdiccional no es un derecho absoluto del Estado; la misma ha sido establecida fundamentalmente para la protección y respeto de los derechos de los individuos. En general, puede ser sometido a las reglas de la teoría contractual, toda materia, controversia o asunto..."¹⁹.

Sin embargo, al interpretarse el alcance del artículo 26 de la vigente Constitución que propugna el derecho de la tutela judicial efectiva mediante el acceso a los órganos de administración, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa ha tenido oportunidad de dejar en claro el criterio según el cual, para que el compromiso arbitral tenga preferencia ante la jurisdicción venezolana la renuncia debe ser expresa, plena, sin que haya lugar a dudas ni interpretaciones diversas. Véase al respecto sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia Sentencia del 20 de marzo de 2003 con ponencia del Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa Exp. n° 2003-0044, en la que se ratificó lo siguiente:

"... ha señalado la Sala que para la validez de la cláusula compromisoria debe existir una manifestación de voluntad inequívoca y expresa de las partes involucradas de sus-

¹⁷ BOGGIANO, Antonio; *Contratos Internacionales*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, p. 141, 1990.

¹⁸ Código de Comercio, art. 116, 1955.

¹⁹ Zuki Teria Navigation, Inc. contra Naviera Naviprobo, 15 de julio de 1992, exp. 8439; citadas en "Comentarios a Ley de Arbitraje Comercial", Cuadernos Jurídicos Badell & Grau, n°1, pp. 6 y 7.

traer el conocimiento de la causa de los tribunales ordinarios, ya que el arbitraje es una excepción a la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios del país de resolver por imperio de la ley, todas las demandas que les sean sometidas por los ciudadanos para su conocimiento, en uso del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, previsto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...”.

En resumen, comprometida la solución de una cuestión cualquiera por la vía arbitral, si una de las partes acude a los tribunales solicitando sea éste quien decida, será procedente la cuestión previa de falta de jurisdicción en los términos del ordinal 1º, del artículo 346 del CPC²⁰. En ese caso, la causa pendiente en el tribunal de derecho no entrará a discutir sobre el fondo del litigio, sino sobre la existencia, alcance, vinculación e inteligencia del compromiso arbitral.

1.4. Trámite

Es importante destacar el criterio establecido por la jurisprudencia del Máximo Tribunal en relación con la falta de jurisdicción y la falta de competencia, bajo la óptica de las cuestiones previas. En tal sentido, debe afirmarse que no es posible promover la falta de jurisdicción y la falta de competencia simultáneamente, al ser del todo excluyentes. No obstante, somos del criterio que en una adecuada técnica procesal, es posible plantear ambas cuestiones previas de manera coetánea, pero solicitando expresamente al tribunal que la cuestión previa de competencia se resuelva como subsidiaria de la de jurisdicción. De ese modo, afirmada la jurisdicción del tribunal en última instancia, no habría ningún impedimento para que pase a dilucidar lo relativo a su competencia cuanto esta también ha sido discutida.

²⁰ Nos apartamos de la tesis de quienes siendo proclives al arbitraje, sostienen que la cuestión previa que debe ser propuesta en caso de existencia de un compromiso arbitral es la del ordinal 11º del art. 346 del CPC, referida a la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta, y no la del ordinal 1º de dicho artículo, que regula la falta de jurisdicción. Para ello, me fundamento en la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa –de vieja data– que ha interpretado que la prohibición legal de admitir la acción propuesta se refiere a aquellos casos como por ejemplo el artículo 1.801 del Código Civil en el que se niega de manera expresa el derecho de accionar sin que se haya admitido la interpretación extensiva de este criterio.

Debe tenerse presente, que la falta de jurisdicción también puede ser opuesta fuera del lapso de emplazamiento –ya no como cuestión previa sino como defensa perentoria y de previo pronunciamiento en la sentencia definitiva–, como lo establecen los artículos 59, 60, 61, 68, 71, 81 ordinal 4º y 347 del CPC, y no acumulativamente como lo previene el 348 eiusdem²¹.

De lo anterior deriva una diferencia fundamental en cuanto al trámite y los efectos de la decisión según se trate de cuestión previa o solicitud de regulación de jurisdicción en otra etapa del proceso, ya que en éste último caso el trámite a seguir es el previsto autónomamente en los artículos 62 y siguientes del CPC, la decisión del juez sobre su jurisdicción (afirmativa o negativa) tiene consulta obligatoria a la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa²². Cuando se trata del pronunciamiento del juez sobre su jurisdicción como decisión incidental proveniente de la cuestión previa del ordinal 1º, del artículo 346, la consulta a la Sala Político Administrativa –como ya se expresó– será procedente, sólo si la parte impugna la decisión interlocutoria a través de la solicitud de regulación como único medio técnico procesal idóneo para ello, vale decir, que en este supuesto la solicitud de regulación de jurisdicción²³ no tendrá consulta obligatoria o de pleno derecho.

Al respecto, el artículo 358 del CPC parte del supuesto de que la consulta a la Sala Político-Administrativa puede o no realizarse, sólo a petición de parte. Si se solicita la regulación de jurisdicción, la contestación deberá realizarse dentro del mismo lapso, pero contado a partir del recibo del expediente por el tribunal a quo, y previa la sustanciación del procedimiento sumario previsto por el artículo 62 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En nuestro parecer, no tendría sentido el criterio de la consulta obligatoria (bajo la tesis que se afirme la jurisdicción venezolana frente a la extranjera) ante la dualidad de recursos contra la decisión que la pronuncie, esto es, consulta y regulación de jurisdicción, pues decidida la cuestión previa del ordinal 1º, la parte interesada puede –en todo caso– solicitar la

²¹ ZOPPI, Pedro A.; *Cuestiones Previas y otros temas de Derecho Procesal*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, p. 27, 1989.

²² CPC., arts. 59 y 6.

²³ *Ibíd.*, art. 349.

regulación de jurisdicción, derecho de impugnación de la sentencia interlocutoria que con una consulta obligatoria no tendría sentido²⁴.

En los casos de falta de jurisdicción del juez respecto a la Administración, el artículo 59 del CPC prevé que la declaratoria puede ser tanto de oficio como a instancia de parte, en cualquier grado e instancia del proceso y cualquiera que sea el objeto de la controversia, pero cuando se trata de falta de jurisdicción del juez nacional frente a un derecho extranjero, sólo podrá declararse de oficio en cualquier grado e instancia del proceso, siempre que se trate de causas que tienen por objeto bienes inmuebles situados fuera del país, en cualquier otro supuesto, deberá mediar siempre solicitud de parte.

A la luz de lo expresado, ratificada la jurisdicción nacional frente al juez extranjero o ante la Administración Pública, deberá interponerse la solicitud de regulación de jurisdicción dentro del lapso de los cinco (5) días siguientes a la resolución del tribunal, pues de otro modo, se considerará como no opuesto el recurso²⁵, quedando definitivamente firme la incidencia. De corresponder el conocimiento del asunto a la Administración, ésta, sin ser parte en la causa, y mientras no se hubiere afirmado la jurisdicción mediante decisión firme, puede intervenir en el tribunal de la causa, e incluso ocurrir ante la Sala Político-Administrativa y solicitar, dentro de los diez (10) días que tiene la Sala para decidir, que declare el defecto de jurisdicción del juez, y afirme que el asunto –en su conocimiento y resolución– es competencia del ente público interviniente.

De acuerdo con el artículo 66 del Código de Procedimiento Civil y, en razón de lo importante que es determinar la jurisdicción del tribunal para el conocimiento del caso, la promoción de la cuestión previa de falta de jurisdicción suspende el curso del proceso principal hasta tanto quede resuelta la incidencia que ante tal supuesto se genera. En efecto, el juez no puede seguir conociendo de la causa hasta tanto no quede aclarada, por sentencia definitivamente firme, la cuestión previa de jurisdicción. Si el juez declara improcedente la cuestión previa de falta de jurisdicción y la solicitud de regulación no es ejercida oportunamente, el proceso seguirá su cur-

²⁴ A. Echeverría contra R. Morales, sentencia de la Sala Político-Administrativa, C.S.J., 6 de abril de 1995, exp. n° 11.194.

²⁵ DUQUE CORREDOR, Román J.; Supra n. 3, p. 158.

so normal, sin más incidencia, dejando a salvo, por supuesto, los casos en que sea procedente la consulta obligatoria. En éstos casos, la suspensión será efectiva desde la fecha de la decisión del juez como lo dispone el artículo 62 CPC, sin importar el contenido de la decisión.

El juez deberá sentenciar al quinto día siguiente del vencimiento del lapso de emplazamiento "...ateniéndose únicamente a lo que resulte de autos y a los documentos presentados por las partes..."(vid. artículo 349, CPC.), esto es, sin articulación probatoria. Si el juez declara procedente o no la cuestión previa, se seguirá el trámite correspondiente según lo expuesto en el título anterior, es decir, de afirmarse una jurisdicción extranjera frente a la venezolana o la de la Administración Pública frente a la del tribunal, la consulta será obligatoria. En caso contrario, nacerá en la parte la carga de interponer el recurso de regulación de jurisdicción u optar por dejar que la decisión interlocutoria quede definitivamente firme.

A tenor de lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, la contestación de la demanda procede dentro de los cinco (5) días siguientes contados a partir de la resolución del tribunal o del recibido del oficio con la decisión a la que se refiere el artículo 64 eiusdem, si hubiese sido solicitada la regulación de jurisdicción. Así, pueden ocurrir los siguientes supuestos:

- i) Declarada procedente la cuestión previa, como siempre tiene consulta obligatoria, la contestación tendrá lugar dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al recibo del oficio del tribunal en el que se afirma la jurisdicción del mismo.
- ii) Declarado procedente el arbitraje por sentencia firme, el procedimiento continuará por ante el organismo que corresponda según lo que las partes hayan dispuesto y terminará el juicio.
- iii) Declarada improcedente esta cuestión previa, se dará inicio a un lapso preclusivo de cinco (5) días de despacho dentro de los cuales corresponderá a la parte interesada promover la regulación de jurisdicción o contestar la demanda, ya que en caso contrario, no sólo queda firme dicha decisión sino que operaría la presunción de confesión ficta en los términos que lo prevé el artículo 362 del CPC. Evidentemente, de acudirse

a la solicitud de regulación, la contestación tendrá lugar dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo del oficio del Tribunal Supremo de Justicia a que se refiere el artículo 75 del CPC.

2. Falta de competencia

La competencia puede entenderse como el límite, dentro de la esfera jurisdiccional, de la potestad general del Estado para conocer y decidir un asunto jurídico intersubjetivo. La jurisprudencia ha dejado en claro que la competencia constituye una determinación de los poderes jurisdiccionales de cada uno de los jueces. CALAMANDREI en su preclara concepción del tema, ha expuesto que “...**por competencia se entiende el conjunto de causas sobre las cuales él juez ejerce según la ley su fracción de jurisdicción...**” (resaltado nuestro).

RENGEL-RÖMBERG²⁶, acoge la tesis que considera la competencia “...como una medida de la jurisdicción y no como capacidad del juez para ejercer dicha función...”. Aclara en su obra que el vigente Código de Procedimiento Civil, se centró en los criterios de territorio, materia y valor como factores a ser considerados para la atribución de competencia quedando excluidos los criterios de conexión o continencia de la causa dentro del espectro de criterios que, en definitiva, deberá atender el tribunal para ratificar su competencia.

Siendo la competencia la medida de la función pública jurisdiccional y estando las funciones de los jueces determinadas por la ley como para todo órgano del poder público; estos sólo pueden conocer los asuntos que les están legalmente atribuidos²⁷ y, por lo tanto, esta atribución es indelegable salvo en los casos en que se permite a los particulares, por no estar prohibidos por la ley, estipular algo diferente, a tenor de lo previsto en el artículo 5 del CPC.

Según la doctrina tradicional, la competencia es presupuesto de la sentencia de mérito, pues un juez que conoce de un asunto para el cual no está facultado por la ley, no puede decidirlo. La competencia es un requisito de existencia y de validez formal del proceso, por lo que, la cuestión previa

²⁶ *Ob. cit.*, p. 251.

²⁷ DUQUE CORREDOR, Román J.; *Ob. cit.*, p. 40.

de incompetencia atiende a que se siga el procedimiento legal que da la formalidad necesaria para la validez del juicio.

En cuanto a la competencia por la materia y la cuantía, tienen carácter absoluto, por lo que no pueden las partes acordar la derogatoria de las mismas. No así en el caso del territorio, en donde las partes si tienen libertad de derogar por convenio expreso la competencia territorial, en los términos que lo prevé el artículo 47 del CPC. Es decir, en aquellas causas en las que debe intervenir el Ministerio Público o en los casos en que la Ley expresamente determine la competencia territorial, como es el supuesto de la demanda de rendición de cuentas –art. 45 CPC–, las demandas entre socios –Art. 44– y las relativas a derechos reales sobre inmuebles, hipotecas, –Art. 42– por citar algunos ejemplos.

2.1. Oportunidad

La competencia por la materia y por el territorio, cuando se ha violado lo dispuesto en el artículo 47 del CPC, puede proponerse en cualquier grado e instancia del proceso, aún de oficio según el artículo 60 del CPC. La incompetencia por el territorio que no se fundamenta en las excepciones previstas en el artículo 47 eiusdem, sólo pueden promoverse como cuestión previa. La incompetencia por el valor, puede declararse aún de oficio, en cualquier momento del juicio en primera instancia. La incompetencia por el territorio se considerará como no opuesta sino se indica el tribunal que se considera competente.

3. Litispendencia

El artículo 61 del CPC al regular la figura de la litispendencia, prevé que cuando se promueve una misma pretensión ante dos jueces competentes o ante el mismo, para evitar posibles decisiones contradictorias y contribuir con el descongestionamiento del sistema judicial, debe extinguirse una a favor de la otra.

Esta institución, no sólo regula la posibilidad de prevenir y evitar la sustanciación de dos causas idénticas ante tribunales nacionales sino que, incluso, ha sido aplicada en supuestos que deben resolver litispendencia entre una causa se cursa en el extranjero y una idéntica en Venezuela.

Ciertamente, la Sala Político-Administrativa²⁸ ha dejado en claro los extremos que deben concurrir para declarar litispendencia a la luz de este supuesto, señalando para ello lo siguiente:

“Dicha institución está contemplada en nuestra Ley de Derecho Internacional Privado, específicamente si analizamos el contenido de su artículo 58, en el cual se señala que la jurisdicción venezolana exclusiva no queda excluida por la pendencia ante un Juez extranjero de la misma causa o de otra conexa con ella, resulta que por argumento a contrario es evidente que en los casos en que la jurisdicción venezolana no sea exclusiva, podría permitirse que la misma quedase excluida por la jurisdicción extranjera, claro que para ello, depende en el caso concreto de la verificación de los siguientes requisitos:

1. Que la causa pendiente ante tribunales extranjeros sea la misma pendiente ante tribunales venezolanos.
2. Que la causa cuya pendencia se alegue esté en efecto, pendiente de decisión.
3. Que los tribunales venezolanos tengan jurisdicción para conocer del caso, según las normas venezolanas sobre la jurisdicción contenidas en la Ley de Derecho Internacional Privado.
4. Que la jurisdicción de los tribunales venezolanos no sea exclusiva.
5. Que los tribunales extranjeros ante los cuales se ha propuesto el litigio tengan jurisdicción, de acuerdo con los principios generales de jurisdicción consagrados en la Ley de Derecho Internacional Privado.

²⁸ Sentencia de fecha 18 de septiembre de 2002, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, expediente 2002-0017.

6. Que el juez extranjero haya prevenido al juez venezolano, es decir, que haya practicado la citación del demandado primero.

7. Que esa citación se haya realizado según las normas aplicables, vigentes en el lugar donde se lleva a cabo el juicio y en el lugar donde efectivamente se practicó.”

El criterio que se utiliza para tal determinación es el del tribunal de la prevención, que no es más que establecer en cuál de los dos juicios se concretó primero la citación del demandado, luego de lo cual, deberá declararse la extinción del juicio en el que no se ha citado o se hizo con posterioridad al que previno. Para esta declaratoria no solo es procedente la vía de la cuestión previa, ya que el artículo 61 del CPC establece que puede ser «en cualquier estado y grado de la causa».

Se evidencia que nuestra legislación acogió el sistema Italiano al determinar la extinción de una de las causas –la que no previno– y mantener la supervivencia de una sola, abandonándose definitivamente el esquema tradicional del CDPD que suponía la acumulación de ambos juicios y la paralización del más adelantado, con la consiguiente dilación implícita en esta solución.

De manera clara, y sin mayor entramamiento del proceso, ha señalado la jurisprudencia que lo que se exige para la declaratoria de la litispendencia es “...la identidad de las causas, identidad que debe versar sobre las personas, cosas y acciones de manera que las causas resulten una misma...”²⁹. Además de esta identidad, creemos conveniente acotar en cuanto a las personas, que no solo debe haber identidad sino que deben ocupar la misma posición jurídica en ambos juicios, ya que de lo contrario no habría litispendencia.

De otro lado, en cuanto a la acumulación, la Sala Constitucional ha expresado³⁰ que “...la figura de la acumulación de causas consagrada en

²⁹ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. Antonio Ramírez Jiménez, de fecha 19 de julio de 2000, expediente n° 00-047.

³⁰ Sentencia de fecha 23 de marzo de 2001, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera, expediente n° 00-1669.

el artículo 80 del Código de Procedimiento Civil, consiste en la unificación dentro de un mismo expediente, de causas que revisten algún tipo de conexión, para que sean decididas en una sola sentencia. Se encuentra dirigida a evitar el pronunciamiento de sentencias contradictorias sobre un mismo asunto y también a garantizar los principios de celeridad y economía procesal...”.

En definitiva, suscribimos plenamente el pensamiento del Dr. Rengel-Römberg sobre el tema de jurisdicción y competencia, cuando se afirma que atiende a la garantía constitucional de que toda persona tiene derecho a ser juzgado por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en la Constitución y en la ley.

3.1. Oportunidad

Dispone el artículo 61 del CPC que la litispendencia puede ser declarada aún de oficio, en cualquier grado y estado de la causa, ello a los fines de evitar posibles sentencia contradictorias.

4. Acumulación a otro proceso por razones de accesoriadad

4.1. Accesoriadad

Se refiere a la preexistencia de dos causas en la que existe una relación de dependencia entre una y otra, es decir, una causa está fundada en un objeto principal y la otra se basa en la pretensión que está íntimamente vinculada con la primera, siendo de carácter accesoria. En este caso la causa atrayente será la del Tribunal de la causa principal en la que se acumulará la causa accesoria. Art. 48 CPC. (El Contrato de préstamo es principal frente a la fianza por ejemplo).

4.2. Acumulación a otro proceso por razones de conexión

Están previstas las causales en el artículo 52 del CPC, siendo la justificación de esta cuestión previa la necesidad de que todas las causas conexas sean abrazadas por una misma sentencia, como lo establece el artículo 89 del Código.

4.3. Acumulación a otro proceso por razones de continencia

Se materializa cuando han sido promovidas dos causas, y las pretensiones de una que ha sido desarrollada y plasmada con amplitud –continente– comprenden íntegramente la pretensión de la otra –contenida–.

5. Efectos

Si el juez que conoció de la demanda es declarado incompetente, se pasan los autos al tribunal competente, siendo validos los actos realizados hasta el momento si la incompetencia se debió a la cuantía, o al territorio. Caso distinto es el de la incompetencia por la materia o el territorio –en los casos que no puede derogarse por estar interesado el orden público–, ya que será nulo todo acto realizado ante el tribunal incompetente. Si es reafirmada la competencia del tribunal que venía conociendo, este continúa haciéndolo.

Establece el artículo 61 del CPC, que cuando la litis pendencia se da entre dos tribunales igualmente competentes, el que citó de último debe declararla a favor del que previno, archivando el expediente y dando por terminada la causa; y cuando se da en el mismo tribunal, el juez dará por extinta aquella en la que no ha citado aún o que citó de último. El artículo 353 del eiusdem establece, igualmente, la extinción del proceso, cuando la cuestión previa es admitida.

Cuando se declara la acumulación por conexión o continencia, o accesoriamente, se pasan los autos al tribunal competente para que decida, en una misma sentencia, todos los juicios e incidencias.

Durante la incidencia por la falta de competencia, sea ante el tribunal de alzada, el superior de la jurisdicción o el Tribunal Supremo de Justicia, el proceso no se suspende, y el juez de la causa continuará sustanciando el expediente, y resolviendo las otras cuestiones previas de los ordinales 2° al 6°; pues las restantes –ordinales 7° al 11°– implicarían una decisión que podría tener fuerza de definitiva, lo cual está prohibido por el artículo 71. Debe entenderse sin embargo, que aún absteniéndose de decidir las cuestiones de los ordinales 7° al 11°, se entiende abierto el lapso probatorio luego de transcurridos los cinco (5) días para contradecir la de los ordinales 2° al

6º, si en efecto éstas fueren contradichas expresa o tácitamente, como se verá.

En este último supuesto, debe hacerse la siguiente salvedad. Si bien es cierto que el trámite de la incidencia de las cuestiones previas contempladas en los ordinales 2º al 6º continúa cuando se ha promovido conjuntamente la falta de competencia, sin embargo, a los efectos de la contestación de la demanda, el curso de la causa principal se suspende hasta tanto no se dicte la decisión definitiva que reafirme la competencia del tribunal que finalmente conocerá del caso, pudiendo el juez sin embargo, decretar medidas preventivas³¹.

Dispone el artículo 349 del CPC, que en ningún caso la decisión sobre las cuestiones del ordinal 1º está sujeta a apelación, sino que sólo es impugnable mediante el recurso de solicitud de regulación de la competencia de acuerdo con los artículos 67, 71 y siguientes *eiusdem*³².

Al no estar previsto un contradictorio para la resolución de esta cuestión previa, y siendo que el juez debe decidir con los elementos de autos y los que las partes pudieren proveer –facultad discrecional– no está prevista la condenatoria en costas independientemente del contenido de la decisión que al efecto se dicte.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 358, ordinal 1º del CPC., dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la decisión del tribunal de rechazar la cuestión previa sobre su competencia, el demandado podrá dar contestación a la demanda, o solicitar la regulación de la competencia. Estos cinco días serán de despacho y se contarán a partir del día siguiente al recibo del oficio al que se refiere el artículo 75, en caso de ser solicitada la regulación.

Se plantea la duda en doctrina sobre lo que ocurre luego de decidida por el tribunal la cuestión previa de falta de competencia, particularmente cuando es declarada sin lugar. En ese caso el demandado tendrá cinco (5) días para i) dar contestación a la demanda; o, ii) para solicitar la regu-

³¹ CPC., art. 71, único aparte.

³² *Ibíd.*, art. 349.

lación de competencia. Siendo así, entonces, ¿a partir de qué momento inician estos lapsos procesales?

Algunos criterios doctrinales³³ se inclinan por admitir que debe respetarse el plazo establecido en el artículo 69 a los fines de solicitar la regulación como medio de impugnación, y que, luego de pasado ese lapso de cinco días, comenzaría a correr el lapso para dar contestación a la demanda. Sin embargo, estimamos que la correcta interpretación del cómputo de estos lapsos procesales conduce a afirmar que éstos transcurren simultáneamente.

Si fuere declarada con lugar la cuestión previa, la contestación se realizará dentro del plazo de tres (3) días contados a partir del recibo del oficio por aquel tribunal declarado competente³⁴. Del mismo modo se procede en caso de que este último tribunal se considere a su vez incompetente y pida la regulación de oficio, según el artículo 70, caso en el cual los tres (3) días se empezarán a contar a partir del envío del oficio con la decisión del superior de la circunscripción. Si fuere confirmada la competencia del tribunal de la causa, se contestará la demanda según lo establecido en el artículo 358, contando el plazo de cinco (5) días para contestar o para solicitar la regulación.

En conclusión, varios son los supuestos en los que el plazo para dar contestación a la demanda puede variar, e incluso, en el caso de la declaratoria de litis pendencia o de continencia, no procederá la contestación, pues el sólo efecto de la contestación hecha en el proceso en el cual se previno, hace innecesaria una nueva contestación sobre los mismos argumentos y objeto. Esto dependerá de la situación en la que se encuentre el proceso que previno, y de si la continencia de una causa sobre la otra no implica la necesidad del demandado de oponer una defensa que no estaba incluida en su primera contestación.

³³ BRICEÑO PINTO, Nelson; *Cuestiones Previas*, Monografías Jurídicas, Paredes Editores, Caracas, p. 23-24, 1998.

³⁴ *Ibid.*, art. 358.

II. LAS CUESTIONES PREVIAS SUBSANABLES –ORDINALES 2º A 6º–

Las cuestiones previas de los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º son por esencia subsanables según lo prevé el artículo 350 del CPC., pues, en general, no afectan de manera esencial la validez del juicio, atendiendo más bien a aspectos formales del mismo, y se tramitan, sustancian y deciden todas bajo un mismo procedimiento.

Estas cuestiones previas han sido estructuradas acogiendo los criterios de celeridad y economía procesal que enmarcaron la reforma del Código de Procedimiento Civil –sobre todo en materia de incidencias– de allí que se incorporaron innovaciones como la figura de la subsanación voluntaria y la consiguiente exención de costas procesales; la brevedad y concentración de los lapsos procesales que caracteriza la incidencia probatoria y el principio de no apelabilidad de las decisiones que recaigan en la incidencia, como regla general.

Queda una vez más de relieve la naturaleza depuradora del proceso a que atienden las cuestiones previas, pero en el entendido de que esa función subsanadora tiene que armonizarse con el principio de economía y celeridad procesal.

1. Ilegitimidad del actor –Ord. 2º–

El ordinal 2º del artículo 346 del CPC, establece como cuestión previa la ilegitimidad de la persona del actor si se alega que carece de la capacidad necesaria para comparecer en juicio. La expresión ilegitimidad ha sido utilizada quizás no de la manera más acertada ya que en una primera acepción, el término podría vincularse con la legitimación de las partes frente al problema jurídico que en concreto se estaría planteando, lo que a su vez está íntimamente relacionado con el concepto de “interés jurídico actual” (*legitimatío ad causam*). Sin embargo, la noción de ilegitimidad ³⁵

³⁵ La ilegitimidad, según la Nueva Enciclopedia Jurídica, «Viene esta idea a oponerse a la de legitimidad, o sea, a la de protección plena por el Derecho. Así suelen calificarse de ilegítimas situaciones carentes de la concurrencia de todos los requisitos o condiciones necesarias para alcanzar un cierto nivel de plenitud de contenido o de eficacia jurídica... » (Nueva Enciclopedia Jurídica. F. Seix Editor, Tomo XI, p. 301).

a que alude dicha norma está referida a la falta de capacidad procesal, es decir, la legitimatio ad procesum.

El artículo 136 del CPC reconoce que “Son capaces para obrar en juicio, las personas que tengan el libre ejercicio de sus derechos, las cuales pueden gestionar por sí mismas o por medio de apoderados, salvo las limitaciones establecidas en la Ley”, en consecuencia de lo cual, quienes no tienen el libre ejercicio de sus derechos, requieren estar representados o asistidos en juicio de la manera que lo dispongan las leyes que regulen el estado o capacidad, a tenor de lo previsto por el artículo 137 eiusdem.

El Código Civil establece en materia de capacidad ³⁶ el principio según el cual, el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo disposición especial en contrario. Corresponderá a los padres que ejerzan la patria potestad ³⁷ representar civilmente a los hijos menores, siendo éstos, precisamente, los llamados a conferir poder para constituir mandatarios en el caso que sus representados requieran acudir a la vía judicial para instaurar un juicio.

En materia procesal, la protección del menor obliga incluso a que sus progenitores no puedan realizar actos que excedan de la simple administración, tales como; transigir; desistir de la acción, del procedimiento o de los recursos interpuestos; comprometer en árbitros sin la autorización de los Tribunales de Menores y Adolescentes.

La falta de cualidad o interés del actor, a diferencia de la excepción de inadmisibilidad de falta de interés del actor prevista en el Código Procesal Civil de 1916, es sólo oponible ahora como defensa de fondo en la contestación de la demanda, de acuerdo con el artículo 361 del CPC. Es también uno de los alegatos que el contumaz puede hacer valer para desvirtuar la presunción de confesión ficta, al igual que la prohibición de la ley de admitir la acción, la caducidad legal y la cosa juzgada, y que, por tal importancia reflejada en esa posibilidad, el juez puede declararlas aún de oficio.

³⁶ Artículo 18 Código Civil.

³⁷ Art. 267 eiusdem, en concordancia con el artículo 347 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Los entredichos e inhabilitados quedan sometidos a regímenes de protección especiales, tutela y curatela respectivamente, que suponen la intervención necesaria del tutor o curador, según el caso, cuando éstos requieren obrar en legítimamente en juicio, como lo disponen los artículos 397 y 409 del Código Civil.

La falta de cualidad o interés del actor, a diferencia de la excepción de inadmisibilidad de falta de interés del actor prevista en el Código Procesal Civil de 1916, es sólo oponible ahora como defensa de fondo en la contestación de la demanda, de acuerdo con el artículo 361 del CPC. Es también uno de los alegatos que el contumaz puede hacer valer para desvirtuar la presunción de confesión ficta, al igual que la prohibición de la ley de admitir la acción, la caducidad legal y la cosa juzgada, y que, por tal importancia reflejada en esa posibilidad, el juez puede declararlas aún de oficio.

En resumen, será procedente esta cuestión en aquellos casos en que los menores, entredichos o inhabilitados no estén adecuadamente representados para ejercer la acción de que se trate, a través de los correspondientes progenitores titulares de la patria potestad; tutores o curadores, según sea el caso.

2. Ilegitimidad del apoderado –Ord. 3º–

El ordinal 3º regula cuatro supuestos distintos de incapacidad de postulación en la que puede incurrir la persona del actor o su representante, asimilando una vez más de manera errónea las palabras ilegitimidad con capacidad. Los supuestos son los siguientes:

2.1. No tener la capacidad necesaria para ejercer poderes en juicio. De acuerdo con el artículo 166 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 4 de la Ley de Abogados, sólo pueden ejercer poderes en juicio los abogados en ejercicio. De modo que como regla general se requiere siempre –salvo disposición en contrario– que las partes estén representadas o asistidas de abogado para la eficacia de los actos que realice en juicio.

La misma Ley de Abogados, en su artículo 7 establece para quien obtenga el título de Abogado, la obligación de inscribirse en el Colegio de

Abogados y en el Instituto de Previsión Social del Abogado para dedicarse a la actividad profesional, y el artículo 12 dispone que no pueden ejercer la profesión los ministros de culto, los militares en servicio activo, ni los funcionarios públicos, con excepción de quienes desempeñan cargos ad-honorem y funciones judiciales accidentales, electorales, docentes o edilicias. En esta inhabilitación se encuentran también los abogados Diputados incorporados a la Asamblea Nacional o a las Asambleas Legislativas.

No pueden ejercer en Venezuela, los abogados extranjeros, originarios de países en los cuales no se permita el ejercicio de dicha profesión a los venezolanos. Finalmente, debemos incluir en esta incapacidad a los abogados sobre quienes recaiga alguna sanción de suspensión en el ejercicio de la profesión por parte del Tribunal Disciplinario del Colegio de Abogados de adscripción, por el tiempo que dure la sanción, como en el caso previsto en el artículo 70 de la Ley de Abogados.

Estimamos que por virtud de lo establecido en el artículo 18 de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia³⁸, podemos citar como un nuevo caso de ilegitimidad del abogado, el hecho de que quien interponga la demanda por ante el Tribunal Supremo de Justicia, no tenga más de cinco (5) años de graduado, según lo requerido por dicha norma.

2.2. No tener el apoderado o representante la representación que se atribuya. Se plantea cuando quien pretende representar a alguien carece de la representación invocada por no estar instituido como apoderado.

2.3. Porque el poder no esté otorgado en forma legal, lo cual se configura cuando el mandato no ha sido otorgado frente a un notario público, un registrador, juez, u otro funcionario capaz de otorgar fe pública, ya que es necesario que el poder para obrar en juicio sea otorgado en forma pública o auténtica a tenor de lo previsto por el artículo 151 del CPC.

Incluso, se recurre a la promoción de esta cuestión previa en aquellos casos en que habiéndose efectuado el otorgamiento ante el funcionario público competente, sin embargo no se hubieren observado las formalidades de ley para en orden a la autenticación del instrumento, en los precisos términos que lo regulan los artículos 155 y 927 del CPC.

³⁸ Publicada en Gaceta Oficial n° 37.942 del 20 de mayo de 2004.

En esencia, las formalidades a cumplirse en orden a la autenticación de poderes cuando se otorgan en nombre de otra persona natural o jurídica, e incluso en caso de sustitución pueden resumirse de la siguiente manera: i) en relación con el otorgante; y ii) atinentes al funcionario público.

i. En relación al otorgante:

Las obligaciones que debe cumplir el otorgante para la validez del acto son las siguientes: **Enunciación**: Enunciar en el texto del poder los documentos auténticos, gacetas, libros registros que acrediten la representación que ejerce. Además, está comprendida en esta fase la obligación formal del otorgante de leer el poder en presencia del Juez o Notario³⁹. **Exhibición**: Constituye la obligación formal de presentar ad exhibendum (para su verificación y devolución) los recaudos antes aludidos, lo cual se justifica por la labor de verificación que recae en cabeza del funcionario que autoriza el acto en cuanto a la correspondencia de identidad que debe existir entre el otorgante y la persona estatutariamente facultada para ello.

Constituye práctica forense hoy superada, la transcripción de las disposiciones estatutarias que establecen lo relativo a la administración y representación legal de la empresa, las cláusulas contentivas de las facultades de los administradores que incluyen la de constituir mandatarios y la designación en el cargo. Ello obedecía a lo que sobre esta materia establecía el artículo 42 del CPCD, pero bajo el esquema vigente, tal formalidad no se requiere.

ii. En relación con el funcionario que autoriza el otorgamiento: **Certificación**: En tal sentido, la actividad de certificación tiene un doble propósito, ya que por una parte el funcionario está en la obligación de verificar y hacer constar en la nota que al efecto deberá estampar al instrumento; los documentos auténticos, gacetas, libros o registros que le fueron exhibidos, con expresión de las fechas, origen o procedencia y demás datos que concurran a identificarlos (art. 155 CPC.); y adicio-

³⁹ Artículo 927 CPC.

nalmente debe certificar la identidad del otorgante con su cédula de identidad (art. 927 eiusdem). **Suscripción:** Leído el instrumento, enunciados y exhibidos los documentos, libros, gacetas, etc., por el otorgante; y certificada la identidad de éste último por el funcionario quien además hará constar los documentos, gacetas, libros, documentos, que le fueron exhibidos, y las fechas, origen o procedencia y demás datos que concurren a identificarlos, se procederá a la suscripción de la nota de autenticación por parte del juez, registrador o notario; el otorgante; dos testigos mayores de edad; y el secretario del tribunal, de ser el caso.

2.4. Que el poder sea insuficiente. Se verifica cuando el instrumento no faculta para actuar en el juicio en el que se pretende hacer valer, ya que ha sido conferido en términos especiales, como por ejemplo para atender la materia laboral pero se pretende hacer uso de dicho poder para un juicio mercantil.

Sobre la figura de la representación, es oportuno traer a colación la duda que se presenta en cuanto a la posibilidad que tiene la parte demandada de acudir a los mecanismos de subsanación de las deficiencias que pudiera presentar su poder y que hubiesen sido delatadas por el actor en la primera oportunidad –ya que en caso contrario operaría la convalidación del vicio–. La jurisprudencia sobre este particular ha sostenido que la posibilidad de subsanar los defectos de forma del poder debe estar reconocida también al demandado, porque de lo contrario se violentaría el principio de igualdad de las partes –art. 15 CPC– y el artículo 49 de la Constitución correspondiente al debido proceso.

Con base en ese criterio la jurisprudencia ha sido pacífica en aplicar analógicamente el artículo 354 del CPC para el caso que se impugne el poder de la parte actora, como lo reiteró la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 15 de noviembre de 2002, con ponencia del Magistrado Dr. Franklin Arrieche G., expediente Nro. 00-428.

“Al respecto, la Sala ha indicado que la parte a quien se le impugna el poder consignado en el juicio puede, por aplicación analógica del artículo 354 del Código de Procedimiento Civil,

subsanan el defecto u omisión hecho valer por su contraparte, mediante su comparecencia en el juicio o con la presentación de un nuevo instrumento y posterior ratificación de los actos efectuados con el mandato judicial cuestionado, dentro de los cinco días siguientes a la impugnación, sin necesidad de pronunciamiento judicial.”

Otro importante aspecto que la Sala de Casación Civil ha interpretado, es la necesidad de que la impugnación tenga un fin útil, vale decir, se funde en causales verdaderamente materiales y no en aspectos meramente formales, ya que la Constitución acoge el principio del fin frente a la forma como garantía del estado de justicia y de derecho. En sentencia del con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Oberto Velez, reiterada pacíficamente, se dispuso lo siguiente:

“La impugnación del mandato judicial **debe estar orientada mas que a resaltar la carencia o deficiencia de los aspectos formales del documento, hacia aquéllos de fondo** necesarios para que el mismo pueda considerarse eficaz, es decir los requisitos intrínsecos que de no estar presentes en él, puedan hacerlo inválido para los efectos de la representación conferida, entre otros la identificación del poderdante, o el no haber sido otorgado ante la autoridad competente capaz de darle fe pública y carácter de documento auténtico. **Vale decir que la intención del legislador no puede considerarse dirigida al ataque de meros defectos formales de los cuales pudiera adolecer el mandato.** (sentencia de la Sala de Casación Civil, Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 22 de junio de 2001, expediente n° 00-317).

En cuanto al otorgamiento de un poder en el extranjero, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 157 del Código de Procedimiento Civil rige el principio *locus regit actum* previsto también en el artículo 11 del Código Civil, quedando sometido a las leyes del país de su otorgamiento. Sin embargo, Venezuela, junto con otros países se ha inclinado por la facilitación de este proceso en los casos en los que se otorga un poder en el extranjero al cual se pretende darle validez en el país.

De tal modo, que cuando el poder se haya otorgado en un país que haya suscrito el Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes y la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero⁴⁰; tiene validez en nuestro país si cumple con los requisitos establecidos en dicho acuerdo, y sin perjuicio de lo establecido en la recientemente entrada en vigencia, Convención de la Haya para Suprimir la exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros⁴¹ de acuerdo con la cual, la ratificación que debían hacer los consulados venezolanos en los países en los que se otorgaba el poder, y que hoy son también miembros de esta convención, no es ahora necesaria, pues la sola ratificación por el Convention apostille le da autenticación en los demás países miembros del tratado.

3. Ilegitimidad del citado en nombre del demandado –Ord. 4º–

Sucede cuando hay un defecto en la citación por haberse practicado en persona distinta a la demandada o se cita a quien no es el representante legal en el supuesto de que se trate de una persona jurídica. Este último supuesto es el que suele ocurrir con mayor frecuencia ya que estatutariamente se prevé quien es el representante legal de la sociedad, y la citación se practica en otra persona. También podría ocurrir esta modalidad de ilegitimidad cuando se cita a una persona a quien se le atribuye, sin serlo, el carácter de representante de un menor, del entredicho o de inhabilitado.

4. Falta de caución o fianza –Ord. 5º–

Es la llamada cautio judicatum solvi, basada en el artículo 36 del Código Civil, cuyo cometido es obligar al demandante no domiciliado en el país a constituir caución real o fianza para asegurar el resarcimiento de las resultas del juicio en caso que sea desestimada su pretensión y, por vía de consecuencia, se le condene en costas.

El Dr. Henríquez La Roche considera que “...es la prestación de la fianza o caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que el

⁴⁰ Ley aprobatoria, 30 de enero de 1985, G.O. extraordinaria n° 3.511, en Gaceta Legal N° 670, p. 2.

⁴¹ Ley aprobatoria, 5 de mayo de 1998, G.O. ordinaria N° 36.446, en Gaceta Legal n° 946, p. 626.

juicio cause al demandado. Su estimación queda a juicio del juez, quien lo tasará de acuerdo con los honorarios profesionales de la defensa en el juicio y las litis expensas...”⁴².

En cuanto a los extremos que deben cumplirse para que sea procedente la obligación de caucionamiento en materia civil tenemos los siguientes:

- i. Que se trate de un demandante no domiciliado en Venezuela (independientemente de su nacionalidad ya que lo que el legislador tomó en cuenta es el domicilio y no la nacionalidad del demandante).
- ii. Que la parte actora no posea en el país bienes suficientes para responder por las resultas del juicio.
- iii. Que no esté previsto algo distinto en leyes especiales.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado en relación a la correcta interpretación de estos requisitos, es decir, si son o no concurrentes, y al efecto ha indicado:

“...con respecto al ordinal 5° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, sobre la exigencia de la *cautio judicatum solvi*, advierte la Sala que el artículo 36 del Código Civil dispone: **“Artículo 36.- El demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado, a no ser que posea en el país bienes en cantidad suficiente, y salvo lo que dispongan leyes especiales”**

De la norma transcrita se infiere que el demandante que no tenga domicilio en Venezuela deberá afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado. Sin embargo, esta disposición admite dos excepciones, a saber: que el demandante posea en el país bienes en cantidad suficiente para responder por las resultas del juicio en caso de resultar perdidoso; y lo que se disponga en leyes especiales.

⁴² HENRÍQUEZ LA ROCHE; *Código de Procedimiento Civil*, Tomo III, p. 84.

Al efecto, estima la Sala que las excepciones antes mencionadas **no tienen carácter concurrente**, es decir, que la existencia de una sola de las indicadas circunstancias hace innecesaria la exigencia de la otra.” (Decisión de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 26 de marzo de 2003, con ponencia del Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, expediente Nro. 2001-0784)...”. (destacado nuestro).

Sobre el último de los aspectos mencionados, constituye excepción a la regla de *cautio judicatum solvi*, lo dispuesto por el artículo 1.102 del Código de Comercio en cuanto a las obligaciones en el ámbito mercantil, ya que en este supuesto existe una dispensa legal que permite al comerciante no domiciliado en Venezuela demandar sin necesidad de constituir caución o fianza.

Sin embargo, al interpretar esta excepción, la Sala Político-Administrativa señaló que el correcto criterio que debe observarse no es únicamente la naturaleza mercantil del demandante, sino que además debe tenerse en cuenta, la naturaleza jurídica de la relación material que se discute, ya que si se tratare de un contrato administrativo, debe, en todo caso afianzar el demandante no domiciliado en el país sea o no comerciante.

En el caso que se sometió a la decisión de la referida Sala, se estudió en una primera parte del fallo la condición de comerciante de la parte actora. Una vez determinado tal hecho afirmativamente, pasó a establecer la naturaleza de la relación material que vinculó a las partes contratantes, para concluir así:

“...conforme a lo expuesto, esta Sala puede observar que la empresa extranjera demandante ..., **es una empresa mercantil**. Sin embargo, de las actas que conforman el presente expediente, de los alegatos y demás pruebas aportadas por las partes, **esta Sala pudo constatar que la causa incoada versa en la reclamación proveniente del incumplimiento de las obligaciones contraídas con la República por órgano del Ministerio de la Defensa**, en virtud de un contrato que tenía por objeto la ejecución de la obra “Conclusión de la Clínica...”
(...)

“...de acuerdo con lo explicado, la Sala pasa a analizar si en efecto estamos en presencia de un contrato administrativo o por el contrario nos encontramos en presencia de una relación meramente mercantil...”.

(...)

“...por lo tanto, aun cuando en este caso la parte actora es una sociedad mercantil, como se estableció *supra*, no es menos cierto que el objeto de la presente demanda está vinculado con un contrato de naturaleza administrativa, razón por la cual la excepción contenida en el artículo 1.102 del Código de Comercio, referida a la materia comercial, en la cual solo se tienen en cuenta intereses privados, no resulta aplicable al presente caso...”. (Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, 21 de febrero 2002, con ponencia del Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, expediente Nro. 14.867) (Resaltado nuestro).

5. El defecto de forma propiamente dicho –Ord. 6º–

El defecto de forma a que se refiere la cuestión previa del ordinal 6, es procedente cuando el libelo no cumple con los requisitos del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil. En este sentido, será considerado defecto de forma la omisión de los requisitos formales de identificación de las partes, o los datos de registro y denominación social en caso de personas jurídicas; el no delimitar y distinguir el objeto de la pretensión, o no tener objeto; o no hacer la debida relación de los hechos con los fundamentos de derecho en los que se basa la pretensión así como las pertinentes conclusiones; o que no tenga título, o que de este no derive el derecho deducido objeto de la pretensión; que se demanden daños y perjuicios y no estén justificados y estimados; finalmente, se considera defecto de forma la omisión de los datos de identificación del mandatario.

Sobre la correcta interpretación de la finalidad del artículo 340, y su vinculación con el tema de las cuestiones previas, es importante comentar lo que ha sido el criterio reiterado de la jurisprudencia según el cual esta norma persigue que tanto el demandado como el Juez conozcan con precisión y exactitud lo pedido por parte de la actora, de tal manera que el

primero pueda defenderse apropiadamente y el segundo dicte un pronunciamiento acorde y congruente.

Se sigue de lo anterior la estrecha vinculación que tienen los artículos 340 y 243 del CPC, que regulan desde un punto de vista formal la demanda y la sentencia respectivamente. La interpretación jurisprudencial que sobre estas disposiciones se ha formulado atiende a, i) la conformación del libelo con una adecuada, clara y precisa relación de los hechos constitutivos de la pretensión, los fundamentos de derecho y las pertinentes conclusiones en función del ejercicio pleno del derecho a la defensa por parte del demandado, quien al conocer idóneamente la naturaleza y alcance de la pretensión en esa misma medida podrá defenderse adecuadamente; y, ii) la elaboración por parte del juez de una sentencia en un todo acorde con el principio de congruencia⁴³ como presupuesto de validez y eficacia.⁴⁴

Al interpretar el más alto tribunal la naturaleza jurídica del referido artículo 340 del CPC, ha sido del criterio de que no se trata de una norma de orden público procesal, y que en consecuencia de ello, corresponde al demandado denunciar los vicios y omisiones formales que afectan el libelo siendo las cuestiones previas la vía idónea para ello; amén de la posibilidad que tiene el actor de reformar voluntariamente o la subsanación de vicios por la incidencia de cuestiones previas, todo lo cual constituyen situaciones procesales que interesan únicamente a las partes más no a la colectividad. Este criterio se ha visto acrecentado por el principio finalista o no formalista que acogió la vigente Constitución en su artículo 257 que señala que no se puede sacrificar la justicia por omisión de formalidades no esenciales. Este ha de ser el norte de los jueces al sentenciar sobre todas las cuestiones previas vinculadas con mera forma.

⁴³ El principio de congruencia de la sentencia se desarrolla a partir del análisis concordado de los artículos 12 y el Ord. 5º del art. 243, que obligan al juez a dictar una sentencia acorde con la pretensión deducida y las defensas o excepciones opuestas. La violación de este postulado en la sentencia acarrea el vicio de incongruencia, el cual, a tenor de lo previsto en el artículo 244 eiusdem genera su nulidad.

Téngase en cuenta que la congruencia de la sentencia no sólo está referida al pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, sino que además en toda decisión que dirima las incidencias que se planteen a lo largo del juicio, como sería el caso de las cuestiones previas.

⁴⁴ Ord. 5, Art. 243 del CPC., en concordancia con el art. 244.

5.1. Inepta acumulación –Ord. 6º–

Es posible la promoción de esta cuestión previa cuando se incurre en inepta acumulación de pretensiones. En efecto, el artículo 77 del CPC dispone que «El demandante podrá acumular en el libelo cuantas pretensiones le competan contra el demandado, aunque deriven de diferentes títulos»; adicionalmente, el artículo 78 aclara que «...Sin embargo, podrán acumularse en un mismo libelo dos o más pretensiones incompatibles para que sean resueltas una como subsidiaria de otra siempre que sus respectivos procedimientos no sean incompatibles entre sí.»

En este segundo punto se consagra el “principio de eventualidad”, conforme al cual el actor puede hacer valer todas cuantas pretensiones considere procedentes en un mismo libelo, para que sean resueltas de manera subsidiaria aún cuando pudieran ser contradictorias. Estas pretensiones conservan todas su individualidad y deben resolverse de manera subsidiaria o alternativa, según el caso.

La inepta acumulación se materializa cuando son inconciliables dos pretensiones por excluirse mutuamente (i.e. acción de cumplimiento de contrato en la que se exige la devolución del inmueble arrendado, acumulada a una de resolución del mismo contrato por falta de pago) o cuando los procedimientos que deben seguirse para su resolución sean incompatibles entre sí (i.e. juicio ordinario y procedimiento breve), o que, por razón de la materia no correspondan al conocimiento del mismo tribunal. (i.e. reclamo laboral contra el patrono y al mismo tiempo acumular una acción civil ordinaria).

En sentencia del 22 de marzo de 2004, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, ratificó al referirse a la inepta acumulación, lo siguiente:

“...el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil prohíbe la concentración de pretensiones en una misma demanda, en los casos en que las pretensiones se excluyan mutuamente o que sean contrarias entre sí; cuando, por razón de la materia, no correspondan al conocimiento del mismo tribunal; y en los casos en que procedimientos sean incompatibles. Así pues, toda acumulación de pretensiones realizada en contravención a lo

dispuesto por la mencionada ley adjetiva, es lo que la doctrina denomina inepta acumulación...”. (Véase expediente 03-3029).

6. Trámite

Para el trámite y resolución de las cuestiones previas en estudio se estableció un procedimiento breve y expedito. Con una fase probatoria que transcurrirá en todo caso, salvo que opera la figura de la subsanación voluntaria. Resumimos de seguida las posturas que puede adoptar la parte actora.

6.1. Subsanación voluntaria

Si subsana voluntariamente dentro de los 5 días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento, comenzará el lapso de cinco (5) días de despacho para la contestación de la demanda a partir del momento en que la parte haya subsanado voluntariamente y –en principio– no se abrirá ninguna articulación probatoria ni está prevista –expresamente– ninguna decisión por parte del tribunal.

En ese caso, si por ejemplo el actor subsana al segundo día de los cinco del lapso de subsanación, de inmediato y sin necesidad de resolución judicial se estaría en la fase de contestación de la demanda. A esta conclusión se llegaría a partir de la interpretación literal del artículo 358 ordinal 2° del CPC, que establece que la contestación de la demanda deberá producirse “...en los casos de los Ordinales 2°, 3°, 4°, 5° y 6° del Artículo 346, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que la parte subsane voluntariamente el defecto u omisión conforme al Artículo 350...”.

Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en esclarecedora sentencia (aso **AERONASA**⁴⁵) con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera, despejó toda duda –con criterio vinculante para todos los jueces– sobre la correcta interpretación de esta norma. Interpretación que asimismo resulta aplicable en la labor interpretativa a todas las demás normas procesales en las que puedan haber dudas en relación con la oportunidad para el acto del acto de contestación de la

⁴⁵ Véase sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 21 de noviembre de 2000, expediente n° 00-0312.

demanda o para el ejercicio pleno de cualquier otro acto procesal, en garantía del derecho a la defensa.

La sentencia, en definitiva alude al principio de indubio pro defensa, es decir, en caso de duda ante la interpretación de los lapsos procesales, debe optarse por la que favorece el ejercicio del derecho a la defensa y ello a su vez se concreta con el que permite de manera idónea la realización del mismo. El fallo se fundamenta en el axioma de la inagotabilidad de los lapsos procesales, que se traduce en que el ejercicio del acto procesal dentro del lapso de ley, no agota el lapso mismo, el cual, debe dejarse transcurrir íntegramente para permitir incluso, en plenitud de condiciones la posibilidad de ampliar el acto cumplido (sea la contestación de la demanda, promoción de pruebas, el ejercicio de recursos, etc).

En el caso en comento se estableció el criterio vinculante aplicable, como hemos afirmado, en relación con la oportunidad para contestar después de subsanadas las cuestiones previas que así lo permiten, de la manera siguiente:

“...para decidir esta Sala tiene previamente que determinar el alcance que debe tener el derecho de defensa con relación al demandado, **el cual lo establece como interpretación vinculante:**

1. Siendo la defensa un derecho inviolable en todo estado del proceso, tal como lo reconoce el artículo 49 de la vigente Constitución, dentro de los elementos del debido proceso, derecho que además estaba consagrado en el artículo 68 de la derogada Constitución de la República de Venezuela de 1961, considera esta Sala que la manifestación inequívoca **por parte del demandado de hacer uso de su derecho a contestar la demanda, debe siempre ser interpretado a su favor, ante cualquier ambigüedad y oscuridad de la ley.**

Resulta un absurdo jurídico que la ficción impere sobre la realidad, y que en situaciones ambiguas u oscuras, se prefiera considerar que el demandado no contestó la demanda, dejándolo sin la defensa de la recepción de sus alegatos, antes que reconocerle la utilización efectiva de su derecho.

En fin, la Sala interpreta que en casos de duda, **las normas deben interpretarse a favor de la parte que de manera expresa e inequívoca hace uso de sus medios de defensa.** Es esta clase de interpretación la que garantiza la realización de la justicia, que como fin del proceso establece el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De allí que, cuando surja alguna duda sobre la preclusión de la oportunidad para contestar la demanda, y aparezca en autos la voluntad de contestar, esta voluntad debe imperar sobre la duda, y el término preclusivo debe interpretarse en el sentido que permite la recepción de la contestación de la demanda que efectivamente conste en autos y que por motivos interpretativos se duda que se haya realizado dentro del término destinado por la ley para ello.

No solo en aras de salvaguardar el derecho de defensa de las partes, en este caso del demandado, sino del mantenimiento de la transparencia y la responsabilidad en la administración de justicia (artículo 26 de la vigente Constitución), la interpretación de las normas debe contener la regla *in dubio pro defensa...*”.

(...)

“...2. dentro de este orden de ideas, observa además la Sala, que los términos procesales prevenidos por el legislador para que se actúe dentro de ellos, **deben dejarse correr íntegros, a menos que la ley señale expresamente que la actuación agota el término al momento en que ella ocurra.**

La seguridad para las actuaciones y la preclusión de los lapsos, es clave en el mantenimiento del derecho de defensa y la interpretación de cómo se computan los términos no puede ser otra que la comentada, con la finalidad de garantizar a las partes que puedan utilizar, sin ambigüedades, su derecho a defenderse.

Es mas, si la ley no señala que en estos términos señalados por el legislador para que las partes actúen dentro de ellos, el mismo se agota desde el momento que se obra, **necesariamente hay que dejarlo consumir totalmente**, ya que ha de pensar que la parte que actúa puede hacerlo varias veces dentro del lapso, complementando su primera actuación. Se trata de lapsos en beneficio de las partes...”.

(...)

“...el artículo 358 *eiusdem* expresa que la contestación de la demanda si se hubieren opuesto las cuestiones previas de los ordinales 2º al 6º, tendrá lugar dentro de los cinco días siguientes a aquél en que la parte actora subsane voluntariamente el defecto de omisión. Para realizar tal subsanación, el artículo 350 del citado código, expresa un plazo de cinco días siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento porque se actúa dentro de él.

Fuera de la necesidad de mantener una interpretación consona con la protección del derecho de defensa del demandado, **si el actor tiene cinco días para subsanar dentro de ellos, podría subsanar el primer día de ellos, pero si considerare que no lo hizo bien, o que algo le faltó, aún le quedan cuatro días más, ya que expresamente no indica la norma que se agote el lapso con su actuación, y más bien se le disminuiría su derecho a la defensa, si no pudiese reformar lo que creyere conveniente, sin que esté causando ningún daño a su contraparte.**

En una interpretación estricta del ordinal 2º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, el término para contestar la demanda si se subsanó el defecto que originó la cuestión previa, comienza a correr desde el día en que se subsanó, porque dentro de los cinco días siguientes se contesta al fondo.

Esa interpretación literal obliga al demandado a arrojarse al tribunal donde cursa el juicio, día a día, durante los cinco siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento; sujeto a cualquier sorpresa o hasta lo fortuito.

A juicio de esta Sala, lo que garantiza la igualdad y el cabal ejercicio del derecho a la defensa, es **que vencidos los cinco días para subsanar, consume el lapso para contestar, que también es de cinco días, y que agotados éstos, ingresa el proceso en la etapa de pruebas, que es lo que se deduce del texto del artículo 388 del Código de Procedimiento Civil, cuando reza que al día siguiente del vencimiento del lapso de emplazamiento; es decir, del final de un término independientemente de en cuál fecha dentro de él se contestó la demanda, quedará el juicio abierto a pruebas, sin necesidad de decreto o providencia alguna del juez...”**. (destacado nuestro).

6.2. Contradice o no hace nada

Si la parte actora contradice las cuestiones previas o no subsana dentro del lapso de cinco (5) días de despacho posteriores al vencimiento del lapso de emplazamiento, –en ambos casos– se entenderá abierta de pleno derecho una articulación probatoria de 8 días para promover y evacuar pruebas, y el juez deberá sentenciar al décimo día de despacho siguiente al vencimiento del lapso probatorio.

Para el caso en el que la parte demandada impugne la subsanación voluntaria efectuada por el demandado, será necesaria la resolución del tribunal que se pronuncie sobre la subsanación en orden a la eficacia de la misma.

En el supuesto de que el actor subsane voluntariamente e independientemente de la procedencia o no de la resolución del tribunal homologando tal subsanación, si el demandado procede a dar su contestación, debe interpretarse que ha considerado satisfactoria la subsanación.

Sin embargo, la dinámica del procedimiento ordinario impone a las partes, sobre todo en esta etapa del juicio, el deber de atender con sumo cuidado los lapsos, pues el demandante puede subsanar voluntariamente; o negar expresa o tácitamente la procedencia de la cuestión previa, lo cual provocará distintos escenarios desde un punto de vista meramente procesal. También puede el demandado pedir al tribunal se pronuncie sobre la idoneidad de la subsanación, o impugnarla. Además, se deben tomar en

cuenta máximas como las de celeridad y economía procesal. Si el demandado guarda silencio o contesta, debe interpretarse que el demandando consideró que la subsanación fue idónea y el tribunal no tiene por qué presumir lo contrario.

A esta posición se opone el Dr. Nelson Briceño Pinto⁴⁶, quien señala que el juez debe examinar las pruebas, determinar si efectivamente se ha subsanado el vicio, y luego, comenzar a contar el lapso de emplazamiento.

Con respecto al trámite de la incidencia probatoria, esta se inicia como consecuencia de la contradicción del actor la cual puede ser *expresa* al negar de manera clara y determinante la cuestión previa promovida, o *tácita*; cuando no rechaza la cuestión previa ni conviene en la subsanación voluntaria. De allí que, salvo en el caso de la subsanación voluntaria, en estas cuestiones previas la apertura del lapso probatorio se dará de pleno derecho, como se sigue de los artículos 352 y 350 del CPC.

La sustanciación de la incidencia supone una fase conjunta de ocho (8) días de despacho para promover y evacuar las pruebas que las partes estimen procedentes, debiendo tener en cuenta que la carga de la prueba se repartirá conforme al principio general de la materia establecido por el artículo 506 del CPC, "...las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho...". Luego, el tribunal deberá decidir al décimo día siguiente al último de la articulación, con vista a las conclusiones escritas que las partes hayan presentado dentro del referido término.

Si las cuestiones previas son declaradas con lugar, el actor deberá subsanar las deficiencias en los precisos términos ordenados por el fallo. Para ello, el proceso se suspende hasta que el demandante subsane dichos defectos u omisiones dentro del plazo de cinco días de despacho a contar del pronunciamiento del juez; de no hacerlo, se produce la extinción del proceso y, en concordancia con el artículo 271 *eiusdem*, no se podrá ejercer la misma pretensión sino hasta después de transcurridos noventa días continuos contados a partir de la decisión del tribunal.

En nuestro parecer, resulta inadecuada la expresión utilizada por el artículo 354 del CPC al señalar que «...el proceso se suspende hasta que el

⁴⁶ Nelson Briceño, *Ob. cit.*, pp. 50-52.

demandante subsane dichos defectos u omisiones...» ya que no es fácil concordar los efectos propios de la paralización del curso de la causa –la consecuencia lógica de toda suspensión del curso de la causa es la paralización de los lapsos y actos procesales, lo que a su vez implica, que no puedan las partes instar válidamente en el juicio– con la carga procesal que al mismo tiempo se le impone al actor en cuanto al deber de impulsar idónea y oportunamente la causa paralizada a través de la subsanación ordenada.

Ahora bien, es necesario citar el criterio de la Sala de Casación Civil, en relación con la oportunidad de contestar en caso de subsanación o cuando no la hay. Llama la atención que en el caso **CEDEL VS MICRISOFT**⁴⁷, a pesar de estar en plena vigencia el criterio vinculante de la Sala Constitucional –Caso **AERONASA**– se adoptó un parecer contrario en esta sentencia que es de fecha posterior –16 de noviembre de 2001–, la cual se transcribe parcialmente:

“...a la letra del artículo 358 ordinal 2º del Código de Procedimiento Civil, en caso de que la parte actora subsane voluntariamente el defecto u omisión imputado al libelo, si no hay impugnación, el lapso de cinco días para contestar la demanda comienza a correr al día siguiente de que la actora subsane voluntariamente sin necesidad de que el Juez, de oficio, deba pronunciarse acerca de si la actora subsanó correcta o incorrectamente desde luego que ello, significaría tanto como quebrantar el principio de no poder actuar de oficio salvo expresa autorización de la ley.

Ahora bien, como la demandada también tiene el derecho de objetar el modo como la actora subsanó el defecto u omisión imputados al libelo, puede la accionada, dentro de ese lapso que le nació como consecuencia de la conducta de la actora, impugnar u oponerse a la subsanación, razonando debidamente sus objeciones, como efectivamente lo hizo la demandada de autos en los escritos de fechas 29 de septiembre de 1997 y 7 de octubre de 1997.

⁴⁷ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. Franklin Arreche, de fecha 16 de noviembre de 2001, expediente n° 00-132.

De esta manera y como consecuencia de tal oposición nace para el Juez el deber de emitir un pronunciamiento donde determine si la parte subsanó correctamente o no el defecto u omisión imputado al libelo, pronunciamiento éste que por no tener un lapso previsto expresamente en la ley, debe ser emitido dentro del plazo consagrado en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, y al cual le serán aplicables los mandatos de los artículos 252 y 276 *eiusdem*.

Es de advertir que los Jueces deben ser celosos y dar vigencia al contenido del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, en los casos de impugnación a la subsanación voluntaria de la parte actora para impedir que la demandada se oponga o impugne únicamente con la intención de demorar el proceso, lo que constituiría una presunción de temeridad o mala fe de acuerdo a lo previsto en el ordinal 1º del Parágrafo Único del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

De esta manera se modifica el criterio establecido en la sentencia de fecha 24 de abril de 1998, anteriormente citada, modificación ésta que deberá aplicarse a las situaciones fácticas producidas a partir del día siguiente a la publicación de esta decisión...”.

Una vez que el Tribunal se pronuncia sobre la idónea y oportuna subsanación –en caso de haber habido oposición– el juicio seguirá adelante ó se extingue –según el contenido del fallo que se profiera– produciendo los efectos del artículo 271 dependiendo de si se hubieren subsanado correctamente o no los defectos u omisiones señalados por el juez.

Cabe la interrogante si, siendo posible la reforma del libelo de la demanda por una sola vez antes de la contestación según el artículo 343 del CPC., y de si opuestas las cuestiones previas, y no contestada la demanda, sigue siendo posible reformar.

La doctrina **ESCOVAR LEÓN**⁴⁸ ha negado tal posibilidad en una lógica posición que atiende al equilibrio e igualdad procesal –artículo 15

⁴⁸ ESCOVAR LEÓN, Ramón; *La Demanda*. Editorial Jurídica Alva, Caracas, p. 63, 1987.

CPC—, criterio que hacemos nuestro en todas sus partes⁴⁹, conforme al cual « “...La reforma de la demanda debe hacerse por ‘una sola vez’, (...). Dicho lapso se cuenta, a mi parecer, desde la citación del demandado y hasta la oportunidad de la contestación. Lógicamente, si el demandado en lugar de contestar, **decide oponer cuestiones previas, en dicho momento precluye para el actor su oportunidad de reformar la demanda...**” (Destacado nuestro).

Otro aspecto que es importante tener presente es que cuando se promueve la cuestión previa de falta de jurisdicción del ordinal 1º del artículo 346 del CPC, conjuntamente con una cuestión previa subsanable, el período de cinco (5) días siguientes al lapso de emplazamiento para subsanar, transcurre coetáneamente con el lapso que tiene el juez para decidir sobre la falta de jurisdicción para luego, dependiendo del caso o de si se solicita o no la regulación de jurisdicción, abrir el lapso probatorio al que se refiere el artículo 352 eiusdem.

7. Oportunidad para contestar

A manera de conclusión, deben distinguirse dos momentos en los que es posible la subsanación de los vicios o cuestiones previas de los ordinales 2 al 6, y según sea el caso podrán generar decisiones cuyos efectos pueden variar.

En efecto, pueden ocurrir las siguientes situaciones:

7.1. Subsanción Voluntaria, que a su vez tiene dos supuestos

El artículo 350 del CPC establece la manera de subsanar voluntariamente las cuestiones previas de los ordinal 2 al 6. Estimamos que es clara y concreta dicha disposición, permitiendo a la parte actora acogerse a cualesquiera de las formulas allí previstas para lograr el efecto depurador del proceso que constituye el cometido de la norma.

⁴⁹ Esta fue igualmente la posición que adoptó la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 15 de junio de 2000, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Escarrá Malavé, expediente n° 11.317.

- a.1. Si no es objetada por el demandado la subsanación, o no presenta ningún inconveniente, la contestación tendrá lugar dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del lapso de subsanación, acogiendo quien estas líneas escribe, el criterio vinculante de la Sala Constitucional caso **AERONASA**.
- a.2. Que el demandado impugne la subsanación y en consecuencia requiera al tribunal se pronuncie sobre la idoneidad de la misma. En este caso estimamos que la vía procesal idónea para la resolución de esta incidencia será la del artículo 607 del CPC ya que es una situación no expresamente regulada por el Capítulo de las cuestiones previas. Si la sentencia declara inidónea o extemporánea la subsanación, el proceso se extingue a tenor de lo previsto en el artículo 354, en concordancia con el 271 del CPC, en el entendido de que esta decisión admite recurso de apelación –la cual se oírá libremente–.

Si la decisión establece la conformidad de la subsanación, el juicio continúa, teniendo lugar la contestación dentro de los (5) cinco días siguientes a la sentencia –ordinal 2, del artículo 358 del CPC–.

7.2. Subsanación ordenada por el tribunal

En caso que la subsanación sea ordenada por la sentencia ex artículo 354 del CPC, pueden ocurrir los siguientes supuestos:

- b.1 El proceso se suspende por cinco (5) días dentro de los cuales el actor debe subsanar el vicio según lo señalado por el juez en la sentencia que declaró con lugar la cuestión previa. Si subsana “debidamente” –actividad que deberá determinar el tribunal en la sentencia-, el juicio se reanuda y la contestación de la demanda tiene lugar dentro de los cinco (5) días siguientes a esta homologación. Si no se subsana “debidamente”, el proceso se extingue y operará la imposibilidad pro tempore que impedirá al actor incoar la misma pretensión mientras no transcurran 90 días continuos a partir de la decisión.

- b.2. Si el demandante no subsana dentro del plazo de cinco (5) días, el proceso se extingue produciéndose el mismo efecto del supuesto anterior.

8. Recursos

El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil no prevé recurso alguno para el caso de las cuestiones previas subsanables –ordinales 2 al 6– ; sin embargo, la doctrina y jurisprudencia reiterada desde la sentencia del 10 de agosto de 1989, de la Sala de Casación Civil, y retomada en varias oportunidades por la misma sala, ha considerado que la decisión que rechaza la subsanación si tiene apelación ya que se trata de una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva que causa gravamen irreparable, y por lo tanto amerita la revisión de la alzada. Esta revisión se produce a través del recurso de apelación, el cual deberá admitirse en ambos efectos, y la decisión del tribunal de alzada goza del recurso de Casación si se dan los supuestos de ley para su admisión.

Lo que no tiene apelación y en eso ha sido conteste la doctrina y jurisprudencia, es la decisión del juez que considera subsanado el defecto ya que lo niega expresamente el legislador –y agregamos nosotros, no se produce ningún gravamen irreparable–. En este supuesto el proceso continúa.

9. Costas

En virtud de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 350 del CPC, en los casos de los ordinales 2º al 6º del artículo 346, no hay condena en costas a la parte que subsana voluntariamente el defecto u omisión, lo cual es fácil de entender –explica la Exposición de Motivos– ya que así se estimula al demandante a subsanar rápidamente el defecto, ya que es él a quien le interesa terminar con la incidencia para continuar con el juicio lo antes posible; y, a su vez, desanima al demandado a proponer cuestiones previas sin fundamento para prorrogar la discusión del asunto.

No obstante, de la interpretación literal y restrictiva del artículo 350 puede concluirse que la única manera de que no se produzcan costas es que el demandante subsane el defecto u omisión alegados, y que lo haga

idóneamente, por tanto, la subsanación deficiente sí producirá la imposición de las costas por parte del juez.

III. LAS CUESTIONES PREVIAS NO SUBSANABLES –ORDINALES 7º A 11º–

Las cuestiones previas reguladas en los ordinales 7º al 11º del artículo 346 CPC, están estructuradas de manera distinta en cuanto a su trámite, efectos y régimen de los recursos. En una primera y evidente diferencia respecto de las analizadas en el capítulo anterior, se observa que estas cuestiones previas no son subsanables y requieren ser contradichas de manera expresa ya que ante el silencio del actor opera una presunción legal de aceptación o admisión de las que no hubiere rebatido expresamente, tal como lo prevé el artículo 351 *eiusdem*. En cuanto a los supuestos desarrollados en los ordinales 9, 10 y 11, –cosa juzgada, caducidad legal y la prohibición de admitir la acción propuesta–, habida cuenta de los efectos extintivos de la declaratoria con lugar de las mismas, la decisión que recae sobre éstas admite recurso de apelación como se verá.

1. Condición o plazo pendiente –Ord. 7º–

Como quiera que toda acción está supeditada a un derecho y, todo derecho vinculado a su vez a una obligación correlativa, entonces se entiende que la cuestión previa de condición o plazo pendiente es procedente en el caso de que sea propuesta una acción para reconocer un derecho cuando aún éste no sea exigible, bien porque no se ha materializado la condición o bien por estar pendiente un término para que sea exigible, en cuyo caso, ni siquiera habría nacido la obligación.

Esta cuestión previa está íntimamente vinculada con el concepto de obligación condicional, y en tal sentido, el artículo 1.197 del Código Civil dispone que “...la obligación es condicional cuando su existencia o resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto...”. La condición será suspensiva⁵⁰ cuando la obligación se hace depender de un acontecimiento futuro e incierto, mientras que será resolutoria aquélla de cuya realización depende la extinción de la obligación.

⁵⁰ Art. 1198 Código Civil.

Las obligaciones pueden ser pactadas a término, definido como el acontecimiento futuro y cierto del cual se hace depender el cumplimiento o la extinción de una obligación. El término puede ser suspensivo o extintivo según se haga depender del mismo, la exigibilidad o extinción de la obligación, respectivamente. Otras clasificaciones se refieren al término en función a la certeza del mismo –término cierto e incierto–; a su origen –contractual, legal o judicial–; a su naturaleza –expreso o tácito–.

Al juez le está vedado entrar a analizar, en esta fase del juicio, si el demandado está obligado o no al cumplimiento de la obligación, pues se alega, precisamente, que la condición no se ha cumplido o que el plazo fijado para su cumplimiento, no se ha verificado aún, por lo que resulta su labor de interpretación del contrato debiendo en la decisión limitarse a la constatación de la existencia del término o de la condición alegada.

Se sostiene en el foro –con argumentos válidos– que el juez no debería admitir la demanda cuyo plazo o condición –a los fines de la exigibilidad– aún no se ha cumplido, lo cual luce lógico, ya que el derecho de accionar depende justamente del cumplimiento de la condición o del término, pues fue ese el objetivo por el cual las partes pactaron bajo esa modalidad. En el procedimiento por intimación previsto a partir del artículo 640 del CPC., por ejemplo, es requisito indispensable para la admisión de la demanda, que la obligación sea líquida y exigible al momento de introducción del libelo, y en caso contrario, el juez está facultado para negar la admisión de la demanda –Art. 643 CPC–.

Sin embargo, en materia de juicio ordinario el juez no puede suplir defensas, por lo que corresponde a la demandada hacer valer sus argumentos en relación con la condición o plazo pendiente por la vía de la cuestión previa, siendo esta una carga procesal.

2. Prejudicialidad –Ord. 8º–

Esta cuestión previa tiene como cometido la suspensión del curso del juicio mientras se decide otro proceso distinto, pero con el cual mantiene pendencia el nuevo proceso, al punto que la sentencia de uno incidirá definitivamente en la continuación o suerte del otro.

La prejudicialidad requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1. Que se trate de dos *procesos judiciales* distintos y que no se puedan acumular, sin importar en que tribunales, estado o grado se encuentren, esto es, la existencia efectiva de una cuestión vinculada con la materia del asunto a ser debatido ante la jurisdicción ordinaria;
2. Que en el juicio cuya prejudicialidad incide –según la afirmación del promovente de la cuestión previa- y que se pretende suspender, no se haya dictado sentencia definitivamente firme;
3. Que exista vinculación directa entre la resolución judicial que habrá de recaer en el otro proceso, frente a la pretensión esgrimida en el que ha sido promovida la cuestión previa.

Sobre este particular es preciso aludir la decisión de fecha 21 de Noviembre de 1996, caso Banco Provincial contra el Banco Central de Venezuela en la que la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia se refirió a la prejudicialidad en los siguiente términos:

“...se entiende por prejudicialidad, toda cuestión que requiere o exige resolución anterior y previa a la sentencia de lo principal por estar o hallarse ésta subordinada a aquélla. La mayoría de las cuestiones prejudiciales son penales, porque de éstas nacen acciones civiles que pueden ser intentadas conjunta o separadamente de aquéllas y sería ilógico y antijurídico que pudiera darse curso a la acción civil sin estar reconocida por sentencia firme la perpetración del hecho delictuoso. Así, la suspensión del procedimiento civil cuando existe una cuestión prejudicial penal constituye la consecuencia lógica de lo debatido (artículo 6 del Código de Enjuiciamiento Criminal)...”⁵¹.

⁵¹ *Banco Provincial, S.A. contra Banco Central de Venezuela*, Sala Político-Administrativa, en fecha de 21 de noviembre de 1996, exp. N° 12.084.

En cuanto que la relación que debe existir entre un juicio y otro, debe ser circunstancial o simple, sino que por el contrario, debe existir una relación de vinculación de tal modo directa que haga depender el curso de la causa en la que se invoca la cuestión previa. En la jurisprudencia en referencia; la Corte estimó que no existía relación directa ni indirecta entre el juicio penal y la acción de cobro de bolívares que ante la Sala Político-Administrativa intentó un banco comercial contra el Instituto Emisor.

3. Cosa juzgada –Ord. 9º–

Es un efecto de la sentencia que persigue impedir que se sustancie un nuevo proceso que contenga idénticos elementos constitutivos de la pretensión (sujetos, objeto y título o causa petendi) respecto de una que ya ha sido decidida. Los artículos 272 y 273 del Código de Procedimiento Civil establecen a la letra lo siguiente: «artículo 272: ningún juez podrá volver a decidir la controversia ya decidida por una sentencia, a menos que haya recurso contra ella o que la ley expresamente lo permita».

Se concreta en esta norma la llamada cosa juzgada formal; mientras que el artículo 273 en concordancia con el artículo 1.395, ordinal 3 del Código Civil regulan la cosa juzgada en sentido material –como típico efecto jurídico derivado del proceso– en los siguientes términos: «La sentencia definitivamente firme es ley de las partes en los límites de la controversia decidida y es vinculante en todo proceso.»

La cosa juzgada material tiene como finalidad evitar un nuevo fallo sobre lo que ha sido objeto de una sentencia previa, lo cual, además de crear situación de eventual contradicción entre ambas sentencias es consona con el principio del *nom bis in idem* que, consigue asidero tanto en el Código de Procedimiento Civil, en el Código Civil e incluso, de alguna manera, en el ordinal 7 del artículo 49 de la Constitución que prevé que: «Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.»

La llamada cosa juzgada sustancial es la que se refiere a su extensión, por un lado, y a la presunción de verdad que le otorga la ley, por otro. Esta presunción de verdad tiene la siguiente justificación y es que “...los derechos adquiridos por decisión de la justicia no tendrían estabilidad algu-

na si ellos pudieran ser objeto de litigios constantes entre las mismas partes intervinientes...”.

Pero esta presunción de verdad no es absoluta, pues como lo ha señalado la Sala de Casación Civil desde sentencia del 5 de marzo de 1997, «cuando la cosa juzgada es producida con graves anomalías del procedimiento u obtenida con dolo, o sin el respeto al ejercicio del recurso que corresponda, no puede considerarse como tal cosa juzgada material, sino como una ‘cosa juzgada aparente’», pues tales vicios en el procedimiento, hacen inexistente el fallo, y no sólo anulable. Hoy con el recurso de revisión constitucional y la teoría del fraude procesal que ha cimentado la Sala Constitucional, quedan reforzadas tales premisas.

La cosa juzgada sólo será procedente en la medida que las pretensiones del actor en su libelo hayan sido resueltas por decisión definitivamente firme y de fecha anterior a la nueva demanda. Pero no toda decisión sobre alguna de esas pretensiones, necesariamente, tuvo que haberse planteado en virtud de una discusión de la misma extensión.

En los trámites de ejecución de un fallo, no pueden variarse las disposiciones contenidas en él ni resolverse cuestiones sustanciales no planteadas en el curso del proceso, porque ello conduciría a establecer nuevas declaraciones que darían lugar a la interposición del recurso de casación al amparo del ordinal 3 del artículo 312 del CPC.

Téngase presente que el artículo 1.395, numeral 3 del Código Civil, al referirse a lo que se entiende por presunción legal, alude a la autoridad que da la ley a la cosa juzgada siempre que concurren los siguientes requisitos: i) que se trate del mismo objeto de la sentencia anterior; ii) que la cosa demandada sea la misma, que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa; iii) que sea entre las mismas partes, y que estas vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior. En este sentido podemos agregar que si se trata de varias pretensiones y el actor persigue con una o algunas de ellas algo que cumple con los requisitos anteriores, los efectos extintivos derivados del silencio establecido en el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil, se extenderán sólo a aquellas pretensiones sobre las cuales verse la cosa juzgada, más no sobre las que pudieran haberse planteado por vez primera en el nuevo juicio.

Surge sobre esta cuestión previa un aspecto interesante, y es el referido a los efectos de la cosa juzgada que emana de procesos concluidos por vía de auto composición procesal, particularmente la transacción, convenio o desistimiento de la acción. En estos casos, si bien es cierto que se trata de manifestaciones de voluntad esencialmente irrevocables, no es menos verdad que, a los fines de la certeza que emana de la cosa juzgada requieren del acto de homologación que debe impartir el tribunal. Sin embargo, cabría la pregunta si ¿será posible oponer la cosa juzgada invocando un proceso concluido a través de alguno de estos medios de auto composición sin que aún se hubiere homologado por el tribunal?. Deberá el actor contradecir la cuestión previa en referencia sobre la base de la falta de homologación?

En nuestro parecer, constituye requisito necesario el auto del tribunal homologatorio de la transacción, desistimiento o convenio a objeto de que pueda reconocérsele los efectos de la cosa juzgada, ya que dicho auto es cónsono con la facultad inherente al juez de analizar el cumplimiento de los extremos legales de capacidad, oportunidad, materia y demás formas sustanciales que se requieren para acudir a estas vías o medios de auto composición procesal.

Hemos aludido ya por ejemplo al caso de la negativa de la Sala Político Administrativa de homologar transacciones cuando está pendiente de resolución la cuestión previa de falta de jurisdicción, al considerar que el orden público que implica esta denuncia, no permite disponer del proceso. Además, están los casos en los que expresamente se prohíben las transacciones (derechos extrapatrimoniales, derechos patrimoniales sobre bienes inalienables, del dominio público), es por ello que, a manera de conclusión, estimamos que solo surtirá los efectos plenos de la cosa juzgada el acto transaccional o los otros equivalentes, previa la homologación por parte del juez.

Para que la cosa juzgada pueda ser opuesta como cuestión previa debe ser entendida como cosa juzgada material en los términos que lo prevé el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, ya que es esta, precisamente, la que otorga verdadera certeza sobre la inmutabilidad de la sentencia, y no la cosa juzgada formal que, como se sabe, es susceptible de ser impugnada –por vía de apelación y casación– y modificada por la definitiva.

En caso que no sea propuesta como cuestión previa, la cosa juzgada puede alegarse conjuntamente con las demás defensas de fondo según lo regulado por el artículo 361 del CPC. Además, la Sala de Casación Civil, reconoció la posibilidad de alegarla en informes, bajo el siguiente parecer:

“resulta oportuno precisar que la regla contenida en el artículo 364 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con la cual, terminada la contestación o precluido el plazo para realizarla, no podrá ya admitirse la alegación de nuevos hechos, ni la contestación a la demanda, ni la reconvenición, ni la cita de terceros a la causa, se refiere a los hechos relativos al fondo de la controversia, pues en relación con los hechos del proceso, los cuales pueden incluso sobrevenir a la contestación, al ser alegados deben ser resueltos, pues de lo contrario la sentencia producida no puede tenerse como una decisión expresa, positiva y precisa dictada con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones y defensas opuestas, mas aún en el caso de autos, donde la representación del demandado, hoy formalizante, alegó en la oportunidad de informes ante la alzada la existencia **de cosa juzgada**, cuestión perentoria y determinante en la suerte del proceso” (negrillas nuestras). (sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia del 16 de febrero de 2001, Expediente 00-145, con ponencia del Magistrado Dr. Antonio Ramírez Jiménez también en expediente 00-028 sentencia del Magistrado Franklin Arrieché G., de la misma Sala).

4. Caducidad de la acción prevista por la ley –Ord. 10º–

La caducidad de la acción está vinculada con la posibilidad que tiene el actor de proponer la demanda en el entendido que este derecho de accionar está referido a un lapso establecido de manera expresa por la ley. Es importante destacar que el legislador se refiere en la cuestión previa bajo análisis a la caducidad legal más no a la contractual, la cual ha quedado relegada, a la luz de este planteamiento, como defensa de fondo más no como cuestión previa, habida cuenta del carácter taxativo que las distingue.

Otro aspecto que no debe confundirse es la diferencia que existe entre caducidad y perención, ya que la primera, como señalamos está

referida al derecho de accionar dentro de un lapso establecido en la ley, el cual corre a todo evento; mientras que la perención constituye un instituto procesal de carácter netamente sancionador, que supone el ejercicio concreto de la acción, la cual se extingue a causa de la perención que se concreta por inactividad imputable a los litigantes en cuanto al deber de instar el proceso bajo determinadas condiciones⁵².

Tampoco debe confundirse con la prescripción de la acción, pues esta se verifica por la negligencia del titular en el ejercicio del derecho, mientras que la caducidad tiene efecto haya o no descuido en el oportuno ejercicio, basta el transcurso del tiempo para que opere el efecto derivado de la caducidad.

La casación ha sostenido que la caducidad es una sanción jurídica procesal en virtud de la cual el transcurso del tiempo fijado por la ley para el valimiento de un derecho acarrea la inexistencia del derecho mismo que se pretende hacer valer con posterioridad, y que la caducidad no se interrumpe sino que ésta se consume⁵³. Más aún, nuestro más alto tribunal también ha hecho la distinción entre la caducidad legal y la convencional. La primera ha sido creada como protección de intereses sociales, por estar siempre envuelto el orden público, y por tanto, es irrenunciable. La caducidad contractual, en cambio, por estar sustentada en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, puede ser renunciada.

Pero la caducidad convencional no puede bajo ninguna circunstancia desnaturalizar la institución, por ejemplo cuando a los fines de la caducidad contractual se exigen no sólo la interposición de la demanda dentro de un plazo más o menos breve convencionalmente aceptado, sino que se agrega el evento de la citación del demandado a los fines de que se entienda oportunamente ejercitada la acción. Esto, ha establecido la jurisprudencia, por tratarse de una cuestión que no depende directamente de las partes sino del Tribunal y más particularmente de otras circunstancias ajenas al actor, tales como el Alguacil, el medio de comunicación social escogido por

⁵² Véase art. 267 CPC.

⁵³ Véanse sentencias de la Sala de Casación Civil, del 25 de octubre de 1972 y del 10 de noviembre de 1964, referidas en: Creaciones San Marino, S.R.L. contra Seguros La Seguridad, C.A., sentencia del Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, 24 de mayo de 1993, exp. N° 2663.

el Juez para la publicación, etc, no puede imponérsele al actor como sanción o pérdida alguna de sus derechos por la inejecución o ejecución tardía de la función de aquel ⁵⁴.

Como se afirmó, la cuestión previa del ordinal 10 es procedente sólo en caso de la caducidad legal, pues señala de manera clara e inequívoca el Código en el ordinal comentado: “La caducidad de la acción establecida en la Ley”, por lo que la caducidad convencional sólo podrá ser opuesta como defensa de fondo.

Variados son los supuestos en los que la ley establece la caducidad de la acción cuando esta no es propuesta de manera oportuna, siendo alguno de ellos los siguientes:

- La llamada acción de nulidad de asambleas en materia mercantil. En ese caso está previsto un plazo perentorio de quince (15) días para el ejercicio de la acción de impugnación de la asamblea según lo dispone el artículo 290 del Código de Comercio. Este lapso se amplió a un año en el artículo 53 de la vigente Ley del Registro Público y del Notariado.
- El lapso de caducidad de seis (6) meses establecido en el artículo de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, para la interposición de la demanda de nulidad de actos de efectos particulares.
- En caso de venta por parte del comunero de su cuota parte de un bien pro indiviso, debe ofrecérsela primero a los demás comuneros, so pena de tener estos el derecho de ejercer el retracto legal, según lo dispuesto en los artículos 1.546 y 1.547 del Código Civil, estableciéndose en este caso una caducidad de cuarenta días (40) siguientes a la protocolización del documento de venta del inmueble ante el Registro Público para el ejercicio del retracto.
- De acuerdo con el artículo 43 del Código Civil, el reembolso que se hace por causa del matrimonio prometido y no llevado

⁵⁴ Creaciones San Marino, S.R.L. contra Seguros La Seguridad, C.A., Supra n. Anterior.

a efecto puede ser exigido sólo dentro del plazo de dos (2) años desde el día que pudo exigirse el cumplimiento de la promesa.

- El lapso para pedir la nulidad del matrimonio con base en los artículos 46, 51, 52, 55, y 56 del Código Civil, según disposición de los artículos 117 y 118, y el señalado para impugnar el matrimonio contraído por personas de las cuales una no hubiese llegado a la edad requerida, según el artículo 120 *eiusdem*. El lapso establecido en el último aparte del artículo 117, sobre la competencia del funcionario, y de la inasistencia de testigos al matrimonio.
- También caduca la acción de impugnación del matrimonio celebrado por personas que no hubiesen llegado a la edad requerida para hacerlo, si los contrayentes alcanzan dicha edad y no se ha propuesto ninguna acción, o cuando la mujer que no tenga la edad exigida haya concebido, antes de presentada la acción, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 120 Código Civil.
- De acuerdo con el artículo 296 *eiusdem*, la acción de desconocimiento del hijo no se puede intentar después de transcurridos seis (6) meses de su nacimiento o de conocido el fraude cuando este se ha ocultado. O por los herederos de quien debía ejercer la acción, dentro del mismo lapso anterior, pero no después de dos (2) meses contados según el artículo 207 del referido Código.
- La acción para reclamar el estado de hijo legítimo, puede ser intentada por los herederos o descendientes del hijo que murió sin haber efectuado el reclamo, únicamente en el caso de que haya muerto siendo menor, o en los dos (2) años siguientes a su mayoría de edad, según el artículo 229 del Código Civil.
- En los juicios en los que se dicten sentencias declarativas de reconocimiento o negación de filiación o reclamación o negación de estado, los interesados pueden demandar a quienes fueron partes en el juicio, para que se declare la falsedad del

estado o de la filiación, siempre que se haga dentro del año siguiente a la publicación de la sentencia, según lo prevé el artículo 507, ordinal 2º C.C.

- Los acreedores de la herencia contra los legatarios para pedir la separación del patrimonio del *de cuius* y el de heredero, sólo puede proponerse dentro de cuatro (4) meses a contar de la apertura de la sucesión.
- El plazo para intentar la demanda de revocación de una donación por causa de ingratitud es de un (1) año, según establece el artículo 1461 Código Civil.
- El lapso que tienen el comprador o el vendedor para promover la acción destinada a la revisión del precio pagado o recibido por la cosa, según el caso, prevista en el artículo 1.500 *eiusdem*, es de un (1) año.
- La responsabilidad del arquitecto y del empresario del edificio es de diez (10) años después de terminada la construcción, y la acción de indemnización caduca a los dos (2) años. (artículo 1637 C.C.)
- El lapso de los socios para impugnar la decisión a quien se ha confiado la designación de la parte de cada una de las ganancias o pérdidas en el ejercicio social es de tres (3) meses, a tenor del artículo 1663 C.C.

5. Prohibición legal de admitir la acción propuesta –Ord. 11º–

Este cuestión previa será procedente en los casos en que la ley –de manera expresa– prohíbe el derecho de accionar en razón a la naturaleza del hecho material invocado, es decir, niega la posibilidad de accionar ante el tribunal en procura de la protección del derecho que se pretende vulnerado.

También queda contemplado dentro de esta cuestión previa, el caso de que la ley sólo otorgue derecho de accionar por determinadas causales o circunstancias, que no son las alegadas en el caso particular, por

ejemplo de cuando se pretender demandar en divorcio por alguna causal distinta a las que está expresa y taxativamente tipificadas en los artículos 185 y 185A del Código Civil, o en el caso previsto en el artículo 189 *eiusdem*, sobre las causas únicas para la separación de cuerpos.

Otro ejemplo de este tipo son las disposiciones testamentarias a favor de personas afectadas de incapacidad, que son nulas aunque se las haya simulado en la forma de un contrato oneroso u otorgado bajo el nombre de personas interpuestas, según el artículo 848 del Código Civil. También, en materia de partición, la acción de rescisión no es procedente en contra de la transacción celebrada después de dicho acto, la cual no se admite contra la venta del derecho hereditario hecha sin fraude a uno de los herederos, ex artículo 1.122 *eiusdem*.

La ausencia del derecho de acción que tienen las obligaciones naturales es principio jurídico de pacífica aceptación, al igual que la improcedencia del alegato del pago de lo indebido en el caso de que fuera pagada voluntariamente la deuda proveniente de una obligación natural, es decir, que no está sujeta a repetición. En ese sentido las deudas provenientes de juego carecen de acción, aún cuando conservan su carácter de obligaciones naturales. (artículos 1178 y 1801-1803 C.C., respectivamente).

El artículo 1.482 del Código Civil, establece una serie de supuestos que prohíben la compra-venta entre determinada categorías de personas, como sería el caso de la compra por parte de los padres respecto de los bienes de sus hijos sometidos a su potestad; los tutores, protutores, o curadores, respecto de los bienes propiedad del sometido a tutela, protutela o curatela respectivamente, o el llamado pacto de cuota litis, aludido en el último aparte de dicho artículo, según el cual, los abogados no pueden, directamente o a través de personas interpuestas, celebrar con sus clientes ningún pacto ni contrato de venta, donación, permuta u otros semejantes sobre las cosas comprendidas en las causas a que prestan su ministerio.

Basados en estos supuestos, podría pensarse en la procedencia de la cuestión previa del ordinal 11° ya que si el legislador quiso prohibir la celebración de estos actos jurídicos, es lógico concluir que la acción para hacer valer tales prohibiciones está proscrita. Sin embargo, no fue esa la opinión sostenida por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia ni la que la actual Sala Político-Administrativa del Tribunal Su-

premo de Justicia ha fijado, ya que en ponencia de la Magistrado Dra. Yolanda Jaimez Guerrero, en el expediente 15.121, ratificó el carácter restrictivo que debe darse a lo que debe tenerse por prohibición de admitir la acción propuesta, concluyendo que sólo se puede aplicar tal prohibición al derecho de accionar, cuando la ley, de manera categórica excluya tal posibilidad. La Sala, en definitiva es del siguiente parecer:

“...debe proceder en criterio de la Sala, cuando el legislador establezca –expresamente– **la prohibición de tutelar la situación jurídica invocada por la persona que en abstracto coloca la norma como actor, o bien, como lo ha indicado reiteradamente la Sala de Casación Civil, cuando aparezca claramente de la norma, la voluntad del legislador de no permitir el ejercicio de la acción.**

Siendo ello así debe entonces, precisarse en esta oportunidad que –en sentido lato– la cuestión previa contenida en el ordinal 11° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, comprende tanto a las situaciones en las que una disposición legal no otorgue acción (la excluya expresamente) como cuando la ley la somete al cumplimiento de determinados requisitos de admisibilidad.

En efecto, aunque en sentido estricto cabe diferenciar entre las demandas que estén prohibidas expresamente por la Ley o que bien aparezca clara la intención del legislador de prohibirlas, de aquellas demandas cuya admisibilidad está sujeta al cumplimiento de cierta clase de requisitos, lo cierto es que tanto en uno como en otro caso estamos en presencia de supuestos de inadmisibilidad de la demanda por así disponerlo la Ley. En el primer grupo, esto es, en las demandas expresamente prohibidas por el legislador, puede enunciarse, entre otros casos y a título de ejemplo, aquellas cuya pretensión sea lo adeudado por juego de suerte, azar, envite o apuesta, conforme a los términos del artículo 1.801 del Código Civil. En tales situaciones, existe una prohibición absoluta del legislador que no está sometida al cumplimiento o acaecimiento de algún requisito.

En los casos que la doctrina nacional cita, se ve que el elemento común para considerar prohibida la acción es precisamente la existencia de una disposición legal que imposibilite su ejercicio. Cuando ello sucede así la acción y consecuentemente la demanda, no podrá ser admitida por el órgano jurisdiccional.

No obstante, en criterio de la Sala no debe confundirse la existencia de una disposición expresa de la Ley que impide el ejercicio de la acción, con otras disposiciones del ordenamiento jurídico que exijan el cumplimiento de requisitos previos para poder admitirse las demandas.

Efectivamente, existe una serie de normas procesales que exigen al actor el cumplimiento de requisitos previos o la presentación de documentos específicos para que el juez admita la demanda. Es lo que en doctrina se denomina como documentos-requisitos indispensables para la admisión de la demanda. En tales supuestos la ley asigna a esos instrumentos, no solo la función de medios de pruebas sino que los requiere para realizar un determinado acto procesal, como lo sería la admisión de la demanda.

Sin embargo, para el caso específico del poder que acredite la representación del actor, si bien la ley exige la presentación del mismo junto con el libelo, no es menos cierto que conforme a los principios que imperan en nuestro ordenamiento jurídico, su no consignación o la presentación de un poder defectuoso no puede bajo ningún motivo acarrear la inadmisibilidad de la demanda, toda vez que en primer lugar, no se trata de uno de los supuestos que contempla la norma procesal, aunado a que conforme a los artículos 164 y 350 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 1.698 del Código Civil, los actos realizados sin poder o con uno que adolezca de vicios pueden, como regla general, ser ratificados. Y es el caso que en la oportunidad de subsanar las cuestiones previas opuestas, la actora consignó los recaudos de los cuales deriva su representación y ratificó las actuaciones realizadas por sus

apoderados judiciales, con lo cual se ha convalidado el eventual vicio que dicho instrumento pudiera contener”.

Habida cuenta de esta interpretación jurisprudencial en relación con lo que debe entenderse por prohibición de admitir la acción propuesta, señalamos al analizar la cuestión previa del ordinal 1° frente al arbitraje, que nos parece desacertada la tesis de un sector de la doctrina que estima que la cuestión previa que debe promoverse en los casos de existencia del compromiso arbitral es la del ordinal 11° y no la del 1° como lo expresamos nosotros.

6. Trámite

En el caso de las cuestiones previas no subsanables, se requiere que el actor las rechace y contradiga expresamente dentro del lapso de ley, pues de lo contrario, su silencio será tenido como admisión de las cuestiones previas invocadas, con el agravante, de que en los casos previstos en los ordinales 9°, 10° y 11°, la demanda será desechada, según lo dispone el artículo 356 del CPC.

Surge la inquietud sobre el alcance de la presunción que deriva del silencio del actor ante las cuestiones previas no subsanables. ¿Será el silencio del actor una presunción *iuris tantum* o más bien será *iuris et de jure*? En sentencia del 5 de abril de 1995,⁵⁵ la Sala de Casación Civil estableció que a diferencia de los efectos de la presunción de contumacia del demandado que nace al no contestar la demanda dentro del plazo de ley cuya naturaleza es *iuris tantum* –artículo 362 del CPC– reconociéndosele al contumaz enervar dicha presunción –con limitada posibilidad probatoria–, para el caso de la presunción que deriva de las cuestiones previas de los ordinales 7° al 11°, el tratamiento difiere ya que se trata de una presunción absoluta –*iuris et de iure*– ya que si el actor no contradice la cuestión previa, se presume la admisión tácita del alegato correspondiente, conforme a la ley. Sin embargo, esta tesis ha tenido variaciones en el tiempo, siendo en nuestro parecer, una presunción que no admite prueba en contrario al no disponerlo expresamente el legislador.

⁵⁵ J. García contra Banco de Fomento Comercial de Venezuela, C.A., exp. N° 93-252.

Sobre la apertura del lapso probatorio, si la parte actora contradice las cuestiones previas de los ordinales 7° al 11° dentro de los cinco (5) días de despacho posteriores al emplazamiento, se entenderá abierta –de pleno derecho– una articulación probatoria de ocho (8) días para promover y evacuar pruebas, para que el juez decida al décimo día de despacho siguiente al vencimiento de ese lapso con vista a las conclusiones escritas que pudieren las partes presentar.

7. Decisión / Efectos

La decisión que recae sobre las cuestiones previas de los ordinales 7° y 8° declarándolas con lugar tendrá un efecto suspensivo mediato, es decir, el curso de la causa continúa hasta que entra en estado de sentencia, etapa en la que se suspende hasta tanto no se cumpla la condición o el plazo pendiente o se decida por sentencia definitivamente firma el asunto prejudicial. Por supuesto que de ser declaradas sin lugar estas cuestiones previas, el juicio sigue su marcha normal hacia sentencia sin paralización alguna.

Por lo que se refiere a la decisión de las cuestiones previas de los ordinales 9°, 10° y 11°, si son declaradas con lugar se produce el efecto extintivo en fuerza de lo cual, se desecha la demanda como lo señala el artículo 356.

8. Recursos

En cuanto a la posibilidad de recurrir la sentencia interlocutoria que declara con o sin lugar las cuestiones previas de los ordinales 7° y 8°, como no produce ninguna incidencia, y según la disposición expresa del artículo 357 del CPC., no son apelables, sino junto con la sentencia definitiva.

Como señalamos, las sentencias interlocutorias que ponen fin al proceso e impiden su continuación, se asimilan a las definitivas y por tanto son apelables y recurribles en casación. Sin embargo, el artículo 357 del CPC hace dos salvedades: i) Cuando son declaradas con lugar las cuestiones previas de los ordinales 9°, 10° y 11°, la apelación se oye libremente, esto es con efecto suspensivo y devolutivo; ii) Cuando son declaradas sin lugar, la apelación se oye en un solo efecto –devolutivo–, y la causa principal no se suspende. La casación ha sostenido que la decisión que declara sin lugar la cuestión previa no tiene recurso de casación de inmediato, sino

que debe esperarse la sentencia definitiva para que el recurso extraordinario abrace ambas sentencias de conformidad con el penúltimo aparte del artículo 312 eiusdem.

9. Costas Procesales

El régimen de las costas será resuelto aplicando los principios establecidos en los artículos 274 y 276 del CPC en concordancia con el 357 eiusdem, por lo que de ser desestimadas dichas cuestiones previas, se deberá imponer las costas al promovente de las mismas por resultar totalmente vencido. Caso contrario, será la actora quien resultará condenado.

10. Oportunidad para el acto de contestación de la demanda

La oportunidad para contestar la demanda en el caso de que sean propuestas las cuestiones previas de los ordinales 7° y 8° del artículo 346, es dentro de los cinco (5) días siguientes a la resolución del tribunal declarándolas con o sin lugar, como lo señala el artículo 358, ordinal 3° CPC.

Para el caso de las cuestiones previas de los ordinales 9°, 10° y 11°, la contestación de la demanda tendrá lugar dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término de apelación, el cual según el artículo 298 CPC es de cinco (5) días de despacho, siempre y cuando ésta no sea propuesta.

En caso de apelación hay que distinguir dos hipótesis: i) si el recurso es admitido en un solo efecto, la contestación deberá hacerse dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la fecha del auto que así lo determine; ii) si la apelación se oye en ambos efectos, se producen los efectos suspensivos de la apelación y los cinco (5) días para contestar la demanda se cuentan a partir del día siguiente de recibido el oficio en el tribunal de la causa y sin previo auto del tribunal. Este último supuesto se fundamenta en el necesario éxito obtenido a través de la apelación o el recurso de casación que dictaminó en contra del criterio del tribunal a quo.

Bibliografía

- BADELL MADRID, Rafael; y otros; *Comentarios a Ley de Arbitraje Comercial*. Cuadernos Jurídicos Badell & Grau, n° 1.
- BOGGIANO, Antonio; *Contratos Internacionales*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.
- BORJAS, Arminio; *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Tomo III N° 260. V, citado en Bello Lozano, Humberto, “Jurisdicción y Competencia - Esquemas de Procedimientos Ordinarios y de los Procedimientos Especiales”, Mobil libros, Caracas, 1989.
- BRICEÑO PINTO, Nelson; *Cuestiones Previas*. Monografías Jurídicas, Paredes Editores, Caracas, 1988.
- ESCOVAR LEÓN, Ramón; *La Demanda*. Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1987.
- DUQUE CORREDOR, Román J.; *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*. Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1990.
- HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo; *Código de Procedimiento Civil*, Tomo III.
- NARANJO, Yuri; *El nuevo Procedimiento Ordinario*. Ediciones Librería Destino, Caracas 1986.
- ORTIZ-ORTIZ, Rafael; *Teoría General del Proceso*. Editorial Frónesis, S.A., Caracas, 2003.
- RENGEL-RÖMBERG, Arístides; *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano Según el nuevo Código de 1987*. Tomo I. Teoría General del Proceso, Editorial Ex Libris, Caracas, 1991.
- SÁNCHEZ N., Abdón; *De la Introducción de la Causa. Comentarios y Anotaciones al Código de Procedimiento Civil*. Paredes Editores, Caracas, 1987, Tomo I.

VILLASMIL, Fernando; *Los Principios Fundamentales y las Cuestiones Previa*s en el nuevo Código de Procedimiento Civil. Editorial Lithobinder, C.A., Maracaibo, 1986.