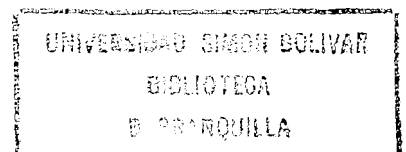


LA ACCION Y EXCEPCIONES EN EL DERECHO PROCESAL
CIVIL COLOMBIANO

HORACIO RODRÍGUEZ GOMEZ

Trabajo de grado presentado como
requisito para optar el título
de abogado

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
Facultad de Derecho
Barranquilla diciembre de 1984



T
347.01
R.696

RECTOR:	Dr. JOSE CONSUEGRA H.
DECANO:	Dr. ERNESTO ABIZA M.
SECRETARIO:	Dr. CARLOS LLANOS S.
DIRECTOR DE TESIS:	Dr. RAIMUNDO ALVARADO R.
JURADO:	Dr. JULIAN CABALLERO M.
JURADO:	Dr. BLAS CASTILLO.

La facultad de Derecho de la Universidad no se responsabiliza por los conceptos emitidos en esta tesis los cuales se toman como propios del autor.

C A P I T U L O I

Función Jurisdiccional

	Pág.
I.1 Jurisdicción.....	1
I.2 Características.....	2
I.3 Definición.....	2
I.4 Diferentes clases de jurisdicción.....	2
I.5 Jurisdicción Civil.....	7

C A P I T U L O II

El Proceso.

II.1 Definición.....	10
II.2 Diferencia entre procedimiento y litis.....	11
II.3 Proceso aparente y proceso simulado.....	11
II.4 Características del proceso.....	11
II.5 Procesos declarativos y dispositivos.....	11

C A P I T U L O III

La Acción.

III.1 La Acción judicial.....	13
III.2 Definición.....	21
III.3 La Pretensión.....	21
III.4 Diferencia entre acción y pretensión.....	21
III.5 Clasificación de las acciones.....	22

C A P I T U L O I V

Actos de Introducción Procesal

IV. 1 La Demanda.....	28
IV. 2 Concepto de demandante y demandado.....	29
IV. 3 Requisitos.....	30
IV. 4 Traslado.....	30
IV. 5 Admisión, inadmisión y rechazo.....	31
IV. 6 Efectos.....	32

C A P I T U L O V

Derecho de Contradicción

V. 1 Definición.....	35
V. 2 Objeto.....	36
V. 3 Fin.....	36
V. 4 Quienes lo ejercen.....	37
V. 5 Diferencias entre el derecho de contradicción opo sición y excepciones.....	38
V. 6 Diversas maneras de ejercitar el derecho de contra dicción.....	38

C A P I T U L O V I

Excepciones..

VI.1 Concepto.....	40
VI.2 Definición.....	43
VI.3 Clasificación.....	43
VI.4 Clasificación en el derecho colombiano.....	45
VI.5 Previa, perentoria y dilatoria.....	45
VI.6 Cuáles puede el juez declarar de oficio.....	46
VI.7 Procesos en que se declaran las excepciones.....	46

C A P I T U L O VII

Excepciones Previas.

VII.1 Falta de jurisdicción o de competencia del juez.....	50
VII.2 Compromiso.....	52
VII.3 Inexistencia, incapacidad o indebida representación del demandante • demandado.....	52
VII.4 No haberse presentado la calidad de heredero, conyuge curador de bienes de administrador o albacea en que le cita.....	54
VII.5 Ineptitud de la demanda por falta de requisitos for- sales o por indebida acumulación de pretensiones.	55
VII.6 Trámite inadecuado de la demanda por haberselle dado un curso distinto al que le corresponde.....	56
VII.7 No comprender la demanda todas las personas que consti- tuyen el litisconsorcio necesario.....	56
VII.8 Pleito pendiente entre las mismas parte y sobre el mismo asunto.....	57

C A P I T U L O VIII.

Excepciones de Fondo.

VIII. 1 Proposición y resolución.....	65
VIII. 2 Cómo se examinan las excepciones.....	65
VIII. 3 Algunos hechos que constituyen excepciones de fondo	66
VIII. 4 Excepciones en el proceso ejecutivo.....	68

INTRODUCCION .

En el presente trabajo pretendo desarrollar el tema de las excepciones como medio de defensa del demandado en la relación jurídico procesal; sobra manifestar que el demandado tiene diversos medios de defensa, pero en este trabajo trateré específicamente el de las excepciones.

Para tal efecto en el capítulo I expongo el poder exclusivo que tiene el Estado para intervenir entre los particulares cuando entre estos ha sobrevenido un desequilibrio en sus intereses, es decir, que nadie obtendrá justicia por sus propios medios sino que en forma obligatoria deberán acudir al Estado, tercero imparcial, que mediante la función jurisdiccional se encarga de administrar justicia.

Para la realización de sus propios intereses por parte del Estado ya sea mediante el poder coercitivo de éste o mediante la sola declaración jurisdiccional, las personas hacen uso de un derecho abstracto autónomo y subjetivo que en el derecho procesal civil colombiano recibe el nombre de acción.

En el capítulo II, el medio de que se vale el actor o demandante para obtener la actuación de la ley en el caso concreto este medio consiste en una serie de actos coordinados ejecutados ante los funcionarios del organo judicial, llamado proceso.

En el capítulo III expongo el concepto de lo que es la acción, sus diferencias con la pretensión, las diferentes clases de acciones que puede ejercitar el demandante según la finalidad que persiga.

El instrumento de que disponen las personas para hacer una petición concreta ante el organo jurisdiccional a fin de obtener las pretensiones que persiga es la demanda. Es el mas importante acto de introducción procesal, con él se inicia el proceso, se fija la posición del actor determina el alcance de la declaración

Capítulo I.

Función Jurisdiccional.

I.1 La jurisdicción. El Estado organización política de un determinado grupo social asentado establemente, en un territorio determinado (1) mediante el ejercicio de la soberanía realiza una actividad jurídica, para su propia conservación y la del orden social, esa actividad comprende tres funciones diferentes: la legislativa, la jurisdiccional y la ejecutiva.

Emana, pues, la jurisdicción de la soberanía del Estado y éste a través de ella ejerce la función de administrar justicia, - para lograr así que las normas jurídicas que conforman su organización misma, y regular las situaciones de los asociados, de las entidades públicas y del mismo Estado adquieran vida y realidad para cada uno y en los casos concretos, procurando así mantener la armonía y paz sociales.

La función soberana de la jurisdicción presenta dos aspectos: 1o. Constituye un derecho público del cual son sujetos pasivos no solamente los ciudadanos del país, sino todas las personas que transitoria o permanentemente se hallen en su territorio quienes tienen que someterse a la jurisdicción para ventilar sus litigios, responder por sus actos, darle certeza jurídica a ciertas situaciones. 2o. Representa simultáneamente un deber jurídico del propio Estado, de cumplir la función jurisdiccional cuantas veces ocurra un hecho o acto jurídico que reclame esa actividad, sea lícito o ilícito, voluntario o involuntario, de particular o de funcionario oficial e inclusive de una de las entidades públicas en que se subdivide su organización constitucional y administrativa. El Estado tiene el derecho de exigir el sometimiento a su jurisdicción y tiene el deber de cumplir el servicio público jurisdiccional a toda persona que lo solicite.

(1). Alessi Renato citado por Gustavo Humberto Rodríguez.

. Compendio de derecho Administrativo. Ediciones Librería del profesional 1981 Tomo I. Pag. 19.

Aun cuando la jurisdicción es solo una pero por razones prácticas, para una mejor prestación del servicio, se distinguen diversos aspectos, de los cuales haré referencia mas adelante, el aspecto de la jurisdicción que para el presente trabajo estoy enfocando es el de la administración de justicia en el ramo civil.

La función jurisdiccional en lo civil es ejercida permanentemente por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia las Salas de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los jueces de circuito, municipales, territoriales y de menores.

Los funcionarios encargados de administrar justicia están investidos de la facultad de ejercer por autoridad de la ley, en cada caso, la función jurisdiccional, esta facultad es la que se denomina competencia.

1.2 Característica. La jurisdicción es a) Autónoma puesto que cada Estado la ejerce soberanamente. b) Exclusiva tanto en el sentido de que los particulares no pueden ejercerla como porque cada Estado la aplica con preeminencia y exclusión de los otros. c) Independiente. Es independiente frente a los otros órganos del Estado y a los particulares.

1.3 Antes de exponer los diferentes aspectos de la jurisdicción transcribo la siguiente definición de ella "Es la soberanía del Estado aplicada por conducto del órgano especial a función de administrar justicia principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo de la libertad y la dignidad humana y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos mediante la aplicación de la ley a los casos concretos de acuerdo a determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias. (2).

1.4 Diferentes clases de jurisdicción. En sentido estricto solo existe una sola jurisdicción, pero pueden distinguirse dos aspectos

(2). Devis Echandía Hernando. Compendio de Derecho Procesal Civil
Tomo I. T. General del Proceso. Editorial A.B.C. 1979. Pág. 65.

tos según la naturaleza del acto o asunto que se jerza o según la naturaleza del servicio que se presta.

Por el primer aspecto o sea según la naturaleza del acto o del asunto sobre el cual versa la jurisdicción se clasifica de conformidad con las diferentes ramas del derecho sustancial o material.

Por el segundo aspecto, la doctrina y la legislación han coincidido en distinguir la jurisdicción según el servicio que presta o el fin que persigue con su actividad. En este sentido se habla de jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria.

La jurisdicción la solicitan quienes requieren la intervención del órgano jurisdiccional a fin de que desate una controversia o litigio existente entre ellos; sin embargo puede suceder que existan procesos contenciosos sin que exista en realidad litigio porque tanto el demandante como el demandado aspiran a que se haga la misma declaración jurisdiccional.

La jurisdicción voluntaria se ejerce a petición de una sola persona que necesita darle legalidad a una actuación o certeza a un derecho o por varias personas sin que exista desacuerdo entre ellas y sin que se pretenda obligar a nadie mediante la sentencia que se profiera.

La jurisdicción ordinaria o común se ejerce sobre una generalidad de materias en el ramo civil y no sobre una materia especial. La jurisdicción ordinaria absoluta, que antiguamente se llamaba fuero común, ha ido desapareciendo a medida que se hicieron mas complejas las funciones jurisdiccionales en atención al desarrollo de las relaciones entre los particulares. Jurisdicción ordinaria absoluta sería aquella en que un solo juez pudiera conocer de todos los negocios en todos los ramos del derecho privado.

Hoy día el concepto de jurisdicción ordinaria ha quedado para aplicarlo a los casos civiles, penales y laborales sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales ordinarias.

Jurisdicción especial. Es la que corresponde a jueces i tribunales diferentes, como la contenciosa administrativa, eclesiástica, fiscal,

fiscal, penal militar, la de aduanas, la disciplinaria y la constitucional.

Jurisdicción Penal. La función de administrar justicia en este ramo está adscrita a los jueces especiales y a Salas separadas de los Tribunales y de la Corte.

Las diferencias que anteriormente existían entre las funciones de los jueces en las jurisdicciones civil y penal lo mismo que los principios que la orientaban se han reducido en el derecho contemporáneo y actualmente son muy pocas.

Anteriormente se entendía que la jurisdicción civil era un asunto de interés particular y el proceso civil como una cuestión de interés privado; la jurisdicción penal se consideraba como un asunto de interés público lo mismo que el proceso penal.

Hoyes inadmisibles hacer esta distinción ya que la jurisdicción es considerada una función pública, exclusiva, de interés general cualquiera que sea la rama que contemple.

Se considera que la diferencia sustancial entre las dos jurisdicciones surge tanto del fin secundario como del medio. La civil persigue como fin secundario la realización de los múltiples derechos otorgados a particulares y a entidades públicas y privadas por el derecho objetivo; la penal realiza el derecho subjetivo que tiene el Estado de imponer penas y medidas de seguridad en la lucha contra el crimen. En cuanto hace a la diferencia nacida por razón del medio se tiene que en lo civil el medio usado para lograr restablecer el derecho subjetivo conculcado, es el resarcimiento económico adecuado o simplemente la declaración para lograr sus efectos jurídicos o la satisfacción del derecho; en tanto que en lo penal se utilizan generalmente medidas coercitivas que afectan la libertad.

Jurisdicción laboral. La justicia se ha organizado para resolver los conflictos surgidos de las relaciones laborales. Conoce esta jurisdicción de los procesos para el cobro de sueldos y prestaciones sociales de empleados y obreros particulares, de asuntos de fuero sindical, de indemnizaciones por incumplimiento de contrato de trabajo y

para cualquier otro efecto que se origine fundamentalmente en una relación laboral. También conoce del cobro ejecutivo de prestaciones y sueldos reconocidos a favor de empleados públicos.

Jurisdicción Contencioso Administrativa. Eliminado el concepto de poder absoluto por parte del Estado y establecida la limitación jurídica de éste, como medio de defensa de los derechos subjetivos de los particulares, surgieron normas objetivas que establecen la extensión de sus facultades y derechos públicos immanentes a su soberanía, y nació la necesidad de otorgar los instrumentos legales para que el particular lesionado por actos escritos o hechos de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, con desviación o abuso de poder, consiguiera el resarcimiento adecuado.

Es este el origen de la jurisdicción contenciosa administrativa cuyo objeto es la creación de un medio técnico-jurídico para el control de los órganos administrativos por el órgano jurisdiccional y lograr así la defensa del orden jurídico contra sus abusos o desviaciones y secundariamente para la solución de los conflictos entre los particulares y la administración, con motivo de la lesión sufrida por aquellos a consecuencia de tales abusos y desviaciones de poder.

Existe una diferencia sustancial entre la jurisdicción civil y la contencioso administrativa, en cuanto a su fin secundario. Podemos decir que la jurisdicción civil tutela el orden jurídico frente a los particulares y entidades públicas al paso que la jurisdicción contencioso administrativa tutela el orden jurídico frente a la administración cuando actúa en ejercicio de sus funciones.

Jurisdicción Eclesiástica. Esta jurisdicción posee fuerza de poderes igual a la civil, dado que sus sentencias son obligatorias inclusive para los jueces ordinarios. Es emanación también de la soberanía del Estado, porque jurídicamente existe solo en cuanto la ley le da valor y acepta su funcionamiento. En sus relaciones con la jurisdicción civil conoce la eclesiástica sobre las causas de nu

lidad de matrimonios católicos, sobre separación de cuerpos entre conyuges casados catolicamente.

Jurisdicción Penal Militar. Es una rama de la jurisdicción penal para el juzgamiento de los delitos e infracciones cometidos por personas que forman parte de la organización militar del país. En periodos de estado de sitio también conoce esta jurisdicción de delitos cometidos por particulares. Práctica esta a la cual se ha presentado resistencia por algunos sectores del país, pero la Corte una y otra vez ha ratificado la doctrina de que si puede el gobierno adscribir a la justicia penal militar el conocimiento de delitos comunes.

Jurisdicción coactiva o fiscal. Para el cobro de impuestos - multas y en general las deudas fiscales a favor de la nación los departamentos y los municipios, existe la jurisdicción coactiva o fiscal, con funcionarios propios que en primera instancia no pertenecen al órgano jurisdiccional.

Es una verdadera jurisdicción y sus funcionarios son jueces en estricto sentido, aun cuando en los municipios ejerzan parte de sus funciones los tesoreros.

Jurisdicción disciplinaria. Existe en Colombia una verdadera jurisdicción disciplinaria que difiere de otras ramas de la jurisdicción, pues la naturaleza de los asuntos que le corresponden como función especial es diferente: Las faltas disciplinarias en que incurran los magistrados, jueces y abogados en el desempeño de sus cargos aquellos y en el ejercicio de su profesión éstos.

Jurisdicción constitucional. Puesto que el control constitucional de leyes y decretos con fuerza de ley corresponde a la Corte Suprema en pleno, siendo siempre ponente la Sala Constitucional de la misma manera podemos decir que se trata de otra rama jurisdiccional. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declare inexecutable, es decir, inconstitucional una norma legal de cualquier origen deja a partir de su notificación suspendida totalmente la vigencia de dicha norma, como si hubiera sido revocada por el legislador.

1.5 Jurisdicción civil. La jurisdicción civil se ejerce en dos formas: La mas importante que es la declaración del derecho, consiste en la indagación de lo que en cada caso es justo, pues mientras la ley estatuye normas generales para la pluralidad de los casos, el juez debe examinar cada uno de estos para ver si se adapta al supuesto previsto por la ley, a fin de declara lo que es justo frente a dicho supuesto. Esto sucede en los procesos declarativos de conocimiento.

La otra, que reviste también gran importancia es la realización coercitiva de los derechos, la cual se efectúa por medio de la ejecución forzosa; aquí no se averigua lo que está de acuerdo con el derecho, pues ello debe aparecer previamente, sino que procura el estado real que corresponde a la situación de derecho que se ha comprobado existente. Esto sucede en los procesos de ejecución.

Hernando Morales Molina cita a Calamandrei "Para poner en practica la garantía jurisdiccional se requiere el ejercicio de una actividad continuada, en la cual se pueden distinguir dos momentos la cognición y la ejecución forzada. La cognición a la declaración de certeza de un mandato individualizado y se expresen una decisión; la ejecución forzada trata de hacer que un mandato individualizado declarado cierto mediante la decisión sea practicamente ejecutado".

A lo que solo se requiere agregar que el derecho cierto puede estar contenido no solo en una decisión, sino en documentos provenientes de particulares a los que la ley les asigna fuerza similar cuando reunen requisitos de ejecutabilidad.

Mas no puede negarse que en el intervalo entre el periodo de conocimiento y el de ejecución, o previamente a este cuando la obligación aparece en el título judicial, la satisfacción del interés insatisfecho puede verse comprometida por culpa del obligado, con la enajenación, gravamen o destrucción de la cosa debida, y en ese caso la intervención de la autoridad judicial tiene por objeto decretar medidas que prevengan dicha situación, por lo cual tal periodo se llama de aseguramiento o cautela.

El presente trabajo consiste en colocar frente a frente a los sujetos de la pretensión, es decir, al demandante y demandado, en materia civil, aquél en ejercicio de su derecho de acción y éste en ejercicio de su derecho de contradicción, ambos con todas las garantías que le otorga la ley procesal civil, pero limitando los medios defensivos del demandado a las llamadas excepciones.

Como consecuencia de lo anterior he considerado necesario iniciar el trabajo con el capítulo denominado función jurisdiccional, ya que es mediante ella que el Estado hace la declaración del derecho, o hace efectiva su realización mediante medidas coercitivas.

Expuesta como ha quedado la función jurisdiccional y sus diversos aspectos y colocado el actor o demandante en la posibilidad de exigir el sometimiento del demandado, a sus pretensiones mediante el ejercicio de un derecho subjetivo abstracto y autónomo denominado acción, inicio el estudio de este derecho en el capítulo que a continuación sigue.

Capítulo II

El Proceso

II.1 Definición. Una vez el demandante solicita ante el órgano jurisdiccional la realización y certeza de sus derechos, con la formalidades legales, se origina una actividad denominada proceso definida como; "En conjunto de actos coordinados que se ejecutan por ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado para obtener mediante la actuación de la ley y en un caso concreto la declaración de la defensa • la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas en vista de su incertidumbre, desconocimiento o insatisfacción.(3).

En el proceso intervienen diversas personas realizando actos también diversos y sucesivos son estas personas los funcionarios y los particulares que lo ventilan.

Pero como todos los actos están relacionados entre si a pesar de su diversidad, el proceso forma un todo uniforme dotado de sólida estructura. Esa unidad del proceso hace que no solo los actos que lo componen estén coordinados y concurren armoniosamente al fin que aquel persigue, sino también que el valor que la ley otorga a cada uno de tales actos, dependa de ser partes de ese todo y de la influencia que tienen sobre ese fin común. Existe por consiguiente una dependencia íntima entre ellos y por estos unos producen a los otros; los complementan y los limitan y la nulidad de unos vician también de nulidad a los otros que dependan de aquellos.

El fin del proceso es obtener la tutela jurídica aunque su objeto sea una relación privada de derecho. Es precisamente esa relación la que constituye la pretensión de tutela, la cual debe ser

(3).Hernando Morales Molina. Curso de Derecho Procesal Civil.

declarada existente por parte del juez. El proceso civil ha reemplazado la contienda material material que existía en un principio ya que actualmente a nadie le es permitido tomar justicia por su propia mano.

Por esta razón el Estado considera como función esencial del juez administrar justicia; solo él puede aplicar la ley al caso concreto en ejercicio de la jurisdicción, por lo cual a los órganos jurisdiccionales deben acudir los particulares y el propio Estado hacer valer, en un proceso, su derecho. Y aunque el derecho reconocido no corresponda a la realidad jurídica, el bien de la seguridad social, immanente en la justicia, exige un sacrificio y reclama que el reconocimiento del juez valga como derecho, por lo cual todas sus decisiones tienen presunción de legalidad. El proceso, es pues un instrumento que la ley pone en manos del juez para la actuación del derecho objetivo. La misión del juez, como se ha repetido, consiste en declarar si una voluntad de la ley ampara una situación concreta y en su caso hacer efectiva su realización, inclusive por medio de la fuerza pública.

El proceso viene a ser así un servicio que el Estado presta al individuo proporcionándole un medio para actuar su derecho subjetivo, pero al mismo tiempo es un servicio que el particular presta al Estado brindándole la oportunidad de actuar el derecho objetivo. El primer supuesto aislado inspiró la concepción privatista o del juez espectador; la segunda la publicista o del juez dictador. Al combinarlos nació el concepto más preciso del juez director que permite hacer valer al tiempo los principios de libertad del individuo y autoridad del juez.

II.2 Diferencia entre procedimiento y litis.

El proceso no se identifica con el procedimiento, pues al paso que el primero es el conjunto de actos necesarios para la declaración o ejecución del derecho, el segundo consiste en cada una de las etapas que el proceso comprende. También cabe anotar que el proceso no es el litigio aunque lo represente ante el juez y que el litigio no es el proceso pero está y debe estar en él a fin de que éste sirva

para componer a aquel. El litigio implica conflicto de intereses y se configura por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro. El proceso es el continente y la litis el contenido por lo cual una litis puede originar varios procesos y un proceso puede contener varias litis.

II.3 Proceso aparente y proceso simulado. Actualmente no queda mayor vestigio de proceso aparente o empleo de formas procesales con el objeto de constituir negocios jurídicos, como medio aceptado por el derecho mismo para suplir imperfecciones legales y no para decidir un conflicto de intereses, llamado también proceso sin litigio. Mas el proceso simulado que es el empleo de las formas procesales, con el fin de obtener un resultado correspondiente para hacer creer la existencia de un estado jurídico que las partes entre sí reconocen inexistente, se puede presentar con frecuencia con el fin de perjudicar a terceros, lo cual configura el proceso fraudulento, como es el caso del ejecutivo para perseguir deudas ficticias con el propósito de causar daño a los verdaderos acreedores.

Este tipo anormal de proceso lo combate el código al imponer al juez, el deber de prevenir, remediar y sancionar por los medios que aquel consagra los actos contrarios a la dignidad de la justicia, a la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.

II.4 Características del proceso. El proceso civil en cuanto tiende a investigar si se dan los requisitos de la existencia de una pretensión que corresponde al demandante presenta las siguientes actividades:

a) La reunión de hechos necesarios para articular la sentencia, esto es, la audiencia o el trámite escrito y la asunción de medios de prueba. b) La sentencia se descompone en tres distintos grados a saber. 1.) La fijación de los hechos precisos para provocarla sobre la base del debate y el resultado de la prueba.

2.) La subsunción de los hechos a las normas legales pertinentes y 3.) La acomodación de las consecuencias jurídicas que la ley atribuye a los hechos probados.

II.5 Procesos declarativos y dispositivos. Se dice que existe proceso dispositivo en el de equidad teniendo en cuenta que se llama equidad la justicia que reviste la forma de mandato concreto adoptado por el juez para un caso particular. Por eso se puede hablar de equidad como justicia del juez, en antítesis con la justicia del legislador. También se dice por algunos que es dispositivo el proceso cuando la ley autoriza al juez para dar la solución al caso y no regula la forma como éste debe dar dicha solución. Pero como aún en la primera hipótesis el juez no crea los derechos y situaciones jurídicas, sino que los declara, considerase inconveniente esta clasificación.

Pero desde aquel punto de vista el proceso declarativo es regla general y el dispositivo la excepción; este es el mejor vehículo para que la equidad penetre en el derecho.

El proceso declarativo se divide en a) Declarativo puro. b) de condena y c) de declaración constitutiva.

Capítulo III

La Acción.

III.1 La acción judicial. En el capítulo anterior quedó expuesto que el Estado no solo tiene el poder y el derecho de someter a su jurisdicción a quienes necesiten obtener la composición de un litigio o la declaración de un derecho, sino también la obligación de actuar mediante el órgano jurisdiccional para la verificación o realización de los derechos, cuando un particular o una entidad pública se lo solicite con las formalidades legales.

La manera de obtener la declaración jurisdiccional pretendida es mediante el ejercicio de un derecho, subjetivo, abstracto y autónomo denominado acción.

Como el objeto del presente trabajo es exponer el medio de que deben hacer uso los particulares y las entidades de derecho público para la satisfacción de sus intereses, y a la vez presentar de los diversos medios de defensa que pueden esgrimir los demandados solamente las llamadas excepciones, en el presente capítulo trataremos la acción su naturaleza, fundamentos y finalidades y en los capítulos subsiguientes la defensa del demandado.

Existen en la doctrina dos conceptos acerca de la naturaleza del fin y del fundamento de la acción:

1.) Teorías que consideran la acción como un elemento del derecho material mismo en ejercicio o movimiento.

2.) Teorías que sostienen que es autónoma y diferente del derecho material subjetivo.

La teoría de la acción como elemento del derecho material subjetivo es la teoría antigua o clásica, ésta considera que la acción es un momento del derecho sustantivo siendo por tanto ejercitada contra el adversario.

A la teoría clásica de la acción se le hacen los reparos de que en muchas ocasiones pueden existir acción y proceso a pesar de no existir violación de ningún derecho sustancial, esto sucede cuando el demandante no tiene el derecho sustancial que reclama, por lo cual la acción se satisface pero la sentencia le es adversa al demandante; considera esta teoría que la acción es un derecho del demandante, mientras que el derecho moderno concibe la acción como el derecho a obtener justicia dirigido al Estado a través del juez no del adversario.

Actualmente la doctrina es unánime al considerar la acción como autónoma y diferente al derecho sustancial o material subjetivo pero entre los procesalistas existen diferencias para resolver el problema del fin y del fundamento de la acción.

Hernando Davis Echandía, en su compendio de derecho procesal civil, teoría general del proceso cita la doctrina expuesta por Kohler quien sostiene que la acción es una facultad del derecho de la personalidad, viene a ser entonces, la acción facultad emanada del derecho a la integridad a la propia personalidad o derecho a la libertad que toda persona tiene de dar vida a la demanda judicial dirigida contra el adversario y que produce el efecto de colocar a éste en la situación jurídica que con ella se origina, de la que nacen a su vez relaciones procesales pero únicamente entre las partes.(3). bis.

El Estado no es sujeto de esas relaciones y el proceso viene a ser una contienda entre las partes únicamente. El Estado se limita a darle valor a los actos de las partes.

Esta teoría vuelve al concepto clásico de la acción al desconocer al Estado como sujeto de la acción y así desvirtúa el concepto de jurisdicción, tampoco explica los casos en que se ejercita la acción y no existe adversario como sucede en los procesos de juris-

(3)bis Davis Echandía Hernando. Obra citada Pág. 154.

dicción voluntaria. Desciende la acción como derecho subjetivo y autónomo y la considera una facultad.

Teoría de la acción como derecho subjetivo público para obtener la tutela del Estado por sentencia favorable.

Esta teoría considera ya a la acción como un derecho independiente y autónomo pero como debe conseguir un pronunciamiento favorable se concluye que no puede existir sino para quien tiene el derecho pretendido; al resultado de la acción es adverso no acepta esta teoría que haya habido acción lo que no es cierto porque se produjo el proceso y se llegó a una sentencia, aunque contraria a los intereses del actor.

Hernando Devís Echandía cita a Chiovenda como expositor de la teoría de la acción como derecho concreto autónomo y privado.

La ley concede en muchos casos a una persona el poder de influir con la manifestación de su voluntad en la condición jurídica de otro sin la voluntad de éste. (4).

Considera Chiovenda que como el interés perseguido por el actor es privado, la acción también lo es, y que por lo tanto puede ser cedida, confunde también el derecho con la facultad y considera como sujeto pasivo de la acción a la contraparte.

En el avance hacia la moderna concepción de lo que es la acción aparece la teoría enunciada por Carnelutti (5) quien expone los principios básicos para darle a la acción una estructura sólida y científica.

Estos principios son los siguientes: 1º. La acción constituye un derecho autónomo y anterior al proceso; no busca sentencia favorable, sino que haya un proceso en el cual se resuelvan las pretensiones. 2º. Distingue el interés de la acción que es un interés basado en el derecho público y subjetivo que persigue un fin público en interés público y el derecho que causa el interés en el litigio que es privado. 3º. La obligación de proveer que

(4) Devís Echandía Hernando. Obra citada. Pág. 156.

(5) Devís Echandía Hernando. Obra citada. Pág. 157.

tiene el juez es una obligación procesal diferente de la obligación sustancial del demandado y que se afirma en la demanda. La obligación del juez se cumple con el proceso sea cual fuere el resultado. 40. El sujeto pasivo de la acción es el juez o la oficina judicial ante quien se presenta la demanda. La acción no es un derecho subjetivo privado, sino un derecho subjetivo público y que forma parte de los derechos cívicos.

Esta teoría reconoce que son distintos el derecho de acción y el derecho sustancial pretendido; aquel busca un objeto preciso la sentencia sin condicionarla al resultado favorable para el actor y su naturaleza es de derecho público.

Al considerar como sujeto pasivo de la acción al juez u oficina judicial ante quien se presenta la demanda, sin contemplarlo como representante del Estado para la función jurisdiccional, desvirtúa la personalidad jurídica del Estado. Excepción hecha de esta crítica se considera que los anteriores principios expuestos representan un fundamental y definitivo avance en la técnica definición del concepto de acción desde un punto de vista rigurosamente procesal. (6).

De las anteriores teorías expuestas por los diversos procesalistas se avanzó, poco a poco, hasta llegar al moderno concepto de la acción. Para la exposición de este concepto seguiré la sistematización del Dr. Hernando Devís Echandía.

10. Es una actividad jurídica por naturaleza. origina relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, cargas y facultades. Es un derecho subjetivo y no un simple poder o una facultad inherente al derecho de libertad o de la personalidad. Pertenece a todas las personas, físicas o jurídicas, sin que sea dable distinguir entre ellas, como tampoco examinar la razón o derecho material que aleguen ni la legitimación para obrar. Esas cuestiones deben examinarse solo para determinar si la sentencia debe ser de fondo o mérito

(6). Devís Echandía Hernando. Obra citada Pág. 162.

y favorable o desfavorable. 20. Es un derecho autónomo, subjetivo - público individual y abstracto. Pertenece al grupo de los derechos cívicos, cuya raíz se encuentra en las garantías constitucionales del particular frente al Estado, cuyo origen puede ser el común de todos los derechos de petición a la autoridad, pero que se diferencian fundamentalmente de estos por su contenido, su objeto, sus fines, la calidad de los funcionarios ante quien debe formularse, las relaciones que de su ejercicio se deducen, la obligatoriedad y - por lo general la inmutabilidad de las decisiones que normalmente agotan su interés.

No es un derecho contra el Estado, ni frente al Estado, porque no existe contraposición de intereses entre el actor y el Estado, sino un derecho hacia el Estado, en cuanto tiene que ser dirigido a él y ejercitado ante el funcionario judicial que lo representa.

30. Su objeto es la sentencia mediante un proceso. En forma alguna la acción tiene por objeto o fin una sentencia favorable ni tiende necesariamente a una sentencia de fondo o mérito, pues para ello se requieren otras condiciones que conciernen a la existencia real del derecho subjetivo material, lo primero, y a la titularidad del interés en el litigio sobre el derecho o relación jurídico material pretendida y de un interés jurídico serio y actual en las peticiones formuladas, lo segundo. La obligación del Estado, mediante el juez, de proveer, es además una obligación ex lege, impuesta por la ley, y no por el actor o demandante.

40. El demandado no es sujeto de la acción sino de la relación jurídico procesal y de su derecho de contradicción. La acción jamás se dirige al demandado ni contra el demandado. El demandado cuando existe y existirá siempre que se trate de proceso contencioso, no es sujeto de la acción pero sí sujeto pasivo de la pretensión y sujeto activo de su derecho de contradicción, junto con el demandante, sujeto activo del derecho de acción, de la relación jurídico

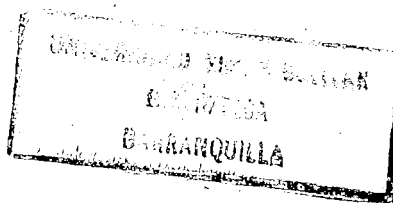
procesal que se inicia al admitir la demanda y ordenar llevar a cabo a aquel la notificación de la providencia admisoria. Lo que contra el demandado se dirige es la pretensión del demandante.-

La obligación que la relación de contradicción impone al Estado, es la misma de proveer y dictar sentencia, que será inhibitoria, si falta la legitimación del demandado, o de mérito o de fondo para resolver sobre su defensa o sus excepciones, en caso contrario. La vinculación y obligación del demandado respecto del proceso se deducen de la ley y no de la acción.

5o. Se distingue del derecho material subjetivo y de la pretensión, que con ella se busca satisfacer y que aparece en las peticiones de la demanda.

6o. Pertenece a toda persona natural o jurídica, por existir siempre un interés público que lo sirve de causa y de fin como derecho abstracto que es. El particular piensa en su interés individual y privado, sin el cual la mayoría de los casos no se ejercitaría la acción, aun cuando se encontrare en una situación contraria al derecho objetivo, que mediante el proceso pudiera remediar o enmendar pero utiliza el interés público, que siempre existe, en la pacífica solución del conflicto o en la aplicación de la norma objetiva como medio para lograr esos fines. La jurisdicción entra en actividad ante su demanda, en razón de ese interés público y no de su interés privado. Ese interés público es por consiguiente, el interés causa y el interés fin de la acción.

Por eso tiene interés suficiente en en el ejercicio de la acción toda persona por el solo hecho de ejercitarla, porque al hacerlo está afirmando que existe la necesidad de la actividad jurisdiccional por cualquiera de esos motivos. Cuando se habla de que sin interés no hay acción se debe entender, conforme al derecho procesal moderno, el interés en la pacífica solución del litigio, o en la declaración de un derecho o relación jurídico material, cuando hay litigio. Pero en realidad ese interés siempre existe. Esa norma ha deja



de ser cierta en el derecho moderno y debe referirse solo a la sentencia de fondo, es decir, al interés sustancial para obrar.

Para ejercitar validamente la acción, se necesita la capacidad para ser parte y cumplir los presupuestos procesales de la acción que miran al ejercicio válido del derecho subjetivo de acción, por parte del demandante son: a) La capacidad jurídica y y la capacidad procesal del demandante y su adecuada representación cuando se actúa por medio de otra persona, b) La investidura de juez en la persona ante quien se debe presentar la demanda, c) la calidad de abogado titulado en la persona que presenta la demanda, sea en su propio nombre o como apoderado de otra cuando la ley así lo exija, d) la no caducidad cuando las leyes han señalado un término para su ejercicio y de la relación de hechos de la demanda o de sus anexos resulta que ya está vencido.

Los presupuestos de la demanda son los requisitos necesarios para que se inicie el proceso o la relación jurídico-procesal y que debe examinar el juez antes de admitir la demanda y son: a) Que la demanda sea formulada ante juez de la jurisdicción a que corresponda el asunto. Pues si se llegare a formular ante juez de distinta jurisdicción se tendrá un acto jurídicamente ineficaz, por ser inapropiable la jurisdicción e insanable su falta. b) Que se formule ante juez competente, pues aunque éste tenga jurisdicción para el caso puede ocurrir que no tenga facultad para conocer del negocio en particular por corresponder a otro juez de la misma jurisdicción. c) La capacidad y la debida representación del demandado d) La debida demanda que incluya el cumplimiento de los requisitos de forma y la presentación de los documentos que la ley exige.

Se entiende por demandado aquel contra quienes se pide las declaraciones de la sentencia o simplemente ante quien se formula la pretensión contenida en la demanda que inicia un proceso contencioso; porque puede suceder que no exista oposición de intereses por perseguir ambas partes el mismo resultado como sucede en

los procesos de deslinde y como puede acontecer en el divorcio, nulidad de matrimonio, separación de bienes entre conyuges, filiación natural cuando se demanda a los herederos del padre.

Es decir, el demandado es la persona frente a quien se quiere hacer valer el derecho que pretende el demandante o la negación del derecho que reclama del demandado y, por consiguiente, la persona debe contradecir la pretensión y sufrir la sujeción que resulta en caso de que prospere la demanda.

Para ser demandado deben reunirse los mismos requisitos que para ser demandante a saber: capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso. El demandado generalmente es el sujeto pasivo del litigio pero esto no ocurre siempre, porque puede demandarse la declaración negativa de que no existe la obligación que otra persona quiere imponerle al demandado, y entonces el demandado viene a ser el sujeto activo del litigio, o cuando sea el sujeto pasivo de la demanda y de la pretensión. La condición de demandado surge exclusivamente de la demanda, es decir que corresponde al demandante señalar la persona a quien se quiere vincular con la sentencia.

Antes de exponer los requisitos exigidos en la Ley procesal transcribo un concepto de la Corte citado por Hernando Morales Molina "Por ser la demanda el acto de postulación mas importante de las partes toda vez que mediante ella ejercita el demandante el derecho de acción frente al Estado y la pretensión frente al demandado y por cuanto es con ella que se estimula la actividad del órgano encargado de la jurisdicción, se propicia la constitución de la relación procesal y se circunscribe junto con su respuesta, el poder decisorio del juez, el legislador ha señalado los requisitos formales que el acto debe reunir para su admisibilidad, encaminados unos al logro de los presupuestos procesales y otros a facilitarle al juzgador el cumplimiento de su deber de dictar sentencia justa en consonancia con las pretensiones deducidas en el libelo." (7).

(7) Hernando Morales Molina. Curso de Derecho Procesal Civil.

Sostiene así la Corte que para ser fallado el proceso en el fondo se requiere que la demanda reúna los requisitos formales de modo que el juez debe decidir su éxito si se acomoda ella a los mencionados requisitos.

III.2 Definición. Después de haber hecho referencia a las teorías de la acción desde la clásica, hasta exponer los principios modernos, presenta la definición que de acción da el Dr. Hernando Devis Echandía; "Acción es el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo que tiene toda persona natural o jurídica para obtener la aplicación de la jurisdicción al caso concreto, mediante una sentencia y a través de un proceso, con el fin de obtener la declaración, la realización, la satisfacción coactiva o la protección cautelar de los derechos o relaciones jurídicas materiales consagradas en el derecho objetivo que pretende quien la ejercita. (8).

III.3 La Pretensión. Es la subordinación de un interés ajeno a uno propio. La Corte define la pretensión como la declaración de voluntad mediante la cual se solicita del órgano jurisdiccional frente al demandado, una actuación de fondo, que declare, constituya o imponga una situación jurídica y obligue a observar determinada conducta jurídica.

La pretensión es distinto del derecho subjetivo establecido o reconocido por las normas jurídicas, no obstante que en él se funda o constituya su razón.

Como veremos más adelante, en los actos de introducción procesal, el medio para poner en movimiento la función jurisdiccional es una petición dirigida al funcionario competente, mediante la cual se efectúa el ejercicio de la acción y se le conoce como la demanda ésta contiene las pretensiones del actor y se diferencia de la acción como lo veremos inmediatamente.

III.4 Diferencia entre acción y pretensión. Para establecer las diferencias entre acción y pretensión es necesario analizar los elementos de cada una de ellas y también su finalidad.

(8) Devis Echandía Hernando. Estudios de Derecho Procesal.

Los sujetos del derecho de acción son el actor y el juez aquel como sujeto activo y este como sujeto pasivo. Sujeto de la acción puede ser cualquier persona natural o jurídica por el solo acto de voluntad de impetrar la iniciación del proceso.

Los sujetos de la pretensión son el demandante y el demandado contra quien se dirige; en los procesos de jurisdicción voluntaria solo lo es el demandante.

El objeto de la acción es obtener la sentencia mediante el proceso no la consecución de las pretensiones contenidas en la demanda. El objeto de la pretensión es obtener una sentencia favorable y la acción solo busca el pronunciamiento de ésta sea favorable o desfavorable.

Son diferentes también la causa del derecho de acción y la causa petendi o de la demanda; la causa petendi se refiere a la pretensión de la demanda y la forman los hechos constitutivos modificativos o impositivos de la relación jurídica sustancial pretendida discutida o negada y la causa de la acción se relaciona con el interés que justifica el ejercicio de la acción para promover el proceso y obtener la sentencia sea que exista o no la relación sustancial y que se tenga o no el derecho pretendido, interés público que existe siempre que se necesite recurrir al proceso para cualquier fin contencioso o voluntario.

III. 5. Clasificación de las acciones. Existen dos clasificaciones de las acciones consideradas en el sentido material y en sentido rigurosamente procesal.

Desde el punto de vista material o sustancial acción se identifica con el derecho material que se quiere proteger. Igualmente esta clasificación no se adecúa al término o noción procesal de lo que se entiende por acción. Esta clasificación distingue la clase de bien o derecho subjetivo sustancial y se habla entonces de derecho y acción real o personal, mueble o inmueble.

Esta clasificación de las acciones es criticada por el tratadista de derecho procesal civil Hernando Devís Echandía quien la considera antitécnica y sostiene que esa clasificación

no se adecúa al término procesal de lo que es acción, en el sentido de que es un derecho subjetivo público y cívico dirigido a la obtención de una sentencia mediante un proceso.

En el sentido material, que estoy exponiendo, se mira a la pretensión que tiene el demandante considerando el caso concreto y por lo tanto a su demanda, y a la tutela que el derecho objetivo le otorga al derecho material en abstracto; pero refiriéndose al derecho sustancial o relación jurídica material.

Las acciones clasificadas desde un punto de vista procesal se distinguen por lo que se pide al órgano judicial, esto es según la naturaleza de la providencia solicitada que corresponderá por tanto a la de la acción. Desde este punto de vista la acción puede encaminarse a obtener tan solo la declaración del derecho y se tendrá el caso de la acción declarativa; puede también la pretensión ir dirigida a la ejecución y se tiene entonces las acciones ejecutivas. Puede enderezarse a la declaración y posterior ejecución y se tienen entonces las acciones de condena. Puede también dirigirse a obtener una providencia relativa a la constitución, modificación o extinción de determinada relación o situación de derecho; es la acción constitutiva o de declaración constitutiva. También existen las llamadas acciones de aseguramiento, que tienen por finalidad obtener medidas propiamente cautelares ante la existencia de un derecho aparente y el peligro de que la demora del pago o del fallo sea en desmedro de la declaración o ejecución a que la cautela accede.

Seguidamente expondré las diferentes acciones clasificadas según el criterio rigurosamente procesal que antecede y los requisitos exigidos, según el caso, para el ejercicio de cada una de ellas.

A) Acciones declarativas. Se solicitan cuando se pretende la declaración sobre la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica. Y, pueden ser, de acuerdo con esa percepción, negativa o positiva. La acción declarativa no persigue la condena del

del advocario sino que por medio de una declaración jurisdiccional se obtenga la existencia de una determinada relación de derecho puesta en duda o discutida. No se pretende, por lo menos en principio, el cumplimiento coercitivo del derecho sino la puesta en claro del mismo. Mientras la acción de condena trata sea directamente o por medio de la ejecución forzada de que en el mundo exterior las cosas se coloquen como deben ser, por la declarativa solo se pide que se resuelva lo que es derecho.

De la acción declarativa solo puede hacer uso quien tiene necesidad especial de ella y los requisitos para su eficacia son:

La duda o controversia debe existir en torno a una relación jurídica para que la declaración sea concreta para el caso particular, ya que los jueces no pueden pronunciar sentencia por vía general y abstracta.

Debe existir una necesidad actual de tutela, porque el actor se halle en estado de inseguridad jurídica, es decir que la parte contraria se oponga al derecho.

Es necesario que el actor no disponga mas que de la acción declarativa, frente a las demás clases de acciones posibles para la consecución de sus fines.

Son susceptibles de cualquier relación jurídica, es decir, todo derecho subjetivo o una parte de ese derecho.

B) Acción constitutiva. Esta declaración tiene por objeto obtener la constitución, modificación, o extinción de una relación de derecho por sentencia, por haber ocurrido hechos que de acuerdo con la ley debe producir esos efectos jurídicos. (10).

En estos procesos el juez no crea el derecho ni constituye la relación jurídica, sino que declara la consecuencia que por ley se deduce de los hechos probados en él; es la ley la que crea, constituye, modifica o extingue la situación jurídica objeto de la demanda y el juez la declara.

(10). Hernando Morales Molina. Obra citada. Pag. 110.

Las sentencias de declaración constitutiva como las declarativas no son susceptibles de ejecución ni la necesitan, pues lo que el actor persigue se lo concede la sentencia por sí misma, aunque requieran a veces actividades posteriores como la cancelación de escrituras y su registro en las que no participa el vencido. Los requisitos necesarios para iniciar una acción constitutiva son los siguientes: que exista una relación jurídica de carácter privado, lo mismo que hechos adecuados para la modificación del estado jurídico existente y la necesidad de tutela jurídica, ya que la alteración que se pretende no puede lograrse sino mediante sentencia judicial.

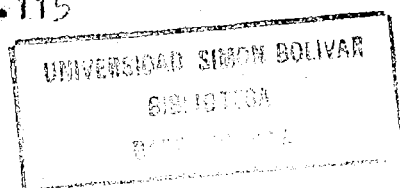
La sentencia que se obtiene de la declaración constitutiva puede obrar de dos maneras ex nunc, que es la regla general cuando el cambio jurídico solo comienza en el momento de la sentencia y ex tunc, desde la demanda o desde el día de la celebración de la relación de derecho privado materia de la modificación o constitución.

C) Acción de condena. En la acción de condena el actor pide al juez resuelva imponer o no al demandado una determinada prestación. Si se llegare a proferir decisión favorable al actor se declara la existencia del derecho y se decide que tal derecho debe ser satisfecho; y si no ocurre esto voluntariamente el actor puede, fundándose en tal sentencia, provocar la ejecución forzosa del derecho declarado contra el demandado. Las pretensiones en la acción de condena persiguen dos cosas la declaración del derecho y la posibilidad de ejecución. (11).

El derecho reclamado puede tener objetos diversos y determinar una obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa.

La acción de condena es generalmente ejecutable tan pronto como ha pasado a ser cosa juzgada. Por ello no se pronuncia sino cuando se ha comprobado que la obligación demandada es exigible;

(11) Hernando Morales Molina. Obra citada. Pág. 115



de lo contrario habrá petición antes de tiempo. Los requisitos para iniciar la acción de condena son: la existencia de un derecho privado susceptible de tutela jurídica y la necesidad de esa tutela por no existir otro medio de efectivizar dicho derecho - que se ha violado por el demandado.

D) Acción ejecutiva. La pretensión del acreedor a obtener de la justicia la realización coactiva de los intereses protegidos por el derecho o constituidos y que han sido legalmente decretados configura la acción ejecutiva.

Para proceder a la realización coactiva del derecho ha de tenerse certeza del mismo de manera que no hay discusión previa de tal derecho sino que, directamente se provee u ordena su satisfacción, por tanto, no existe un periodo previo para oír al demandado, aunque posteriormente tal periodo se presenta y el demandado puede proponer excepciones para demostrar la extinción de su obligación o la nulidad o inexistencia del título. (12).

E) Acción cautelar. Es el derecho a iniciar un procedimiento para que se adopten las medidas necesarias para el aseguramiento de la satisfacción de un derecho material o para su defensa; es decir para que se realice un proceso cautelar, cuyos alcances consisten en impedir que se modifique una situación existente. Esta acción puede ser autónoma, es decir independiente de otra o que posteriormente se ejerza para un nuevo proceso.

III.6 Accidentes de la Acción. Ejercitada la acción puede suceder que el juez no la atienda por faltarle uno de los presupuestos para su válido ejercicio o por no reunir la demanda que la contiene los presupuestos previos del proceso.

Pero si el juez atiende la acción, admite la demanda e inicia el proceso, la suerte normal de la acción consiste en producir sus efectos a lo largo del proceso hasta obtener la sentencia.

(12). Hernando Morales Molina Obra citada Pág. 117.

Sin embargo para que ese fin normal de la acción pueda obtenerse, se requiere además, que los presupuestos procesales se cumplan pues de lo contrario fracasaría la acción por cuanto no sobreviene la sentencia; fracaso que podría ser definitivo, si el juicio no puede continuar, o temporal en caso contrario, y entonces debe repetirse la actuación anulada.

También puede ser que la acción no llegue a su término con la sentencia porque un acto positivo del actor se lo impida, en efecto el actor puede desistirse de la acción para que el proceso no continúe y se prescinda de resolver sobre sus pretensiones.

Puede ocurrir asimismo una especie de desistimiento de la acción ante el funcionario judicial, para continuar el juicio ante un tribunal de árbitros formado por particulares, pero lo que en realidad se presenta es una transformación de la acción en cuanto al sujeto pasivo, pues deja de serlo el juez para serlo el tribunal de árbitros, ya que no se ejercita una nueva acción porque el arbitramento sustituye al proceso.

Cuando la ley otorga varios procedimientos para ventilar una misma pretensión se tiene en verdad las acciones correspondientes a cada uno desde que surge la necesidad de recurrir a la jurisdicción del Estado para su satisfacción coactiva o tutela cautelar. Entonces, al escoger una, lógicamente hay renuncia al ejercicio de las otras, renuncia que puede ser definitiva si utilizada una, ya no es posible adelantar el otro proceso, y temporal o transitoria cuando queda la posibilidad de otro proceso, como ocurre con algunas acciones contenciosas especiales que no conllevan sentencia con fuerza de cosa juzgada y en las acciones de jurisdicción voluntaria.

Capítulo IV

Actos de Introducción Procesal

IV.1 La Demanda para hacer efectivo el derecho de acción el actor se sirve de un instrumento adecuado que se denomina demanda y es una petición dirigida al juez para que se produzca un proceso. - Se considera, por este aspecto que la demanda es un acto introductorio, desde este punto de vista la demanda tiene por objeto elicitar la acción y con ello producir la relación jurídico procesal.

En lo civil la demanda es necesaria para que se inicie el proceso contiene la pretensión pero no se le debe confundir con esta ni con la acción, quien presenta una demanda no se limita a pedirle al juez que mediante un proceso dicte una sentencia si no además que en esta sentencia le resuelva favorablemente determinadas peticiones para satisfacer su interés, lo que no constituye objeto de la acción sino de la pretensión la cual no se puede formular sin la demanda.

Tampoco la pretensión es la demanda judicial sino que aquella está contenida en ésta. La acción es diferente de la pretensión, como ya lo hemos visto, pero la demanda las contiene a ambas sin que se identifique con ninguna de ellas.

La acción se dirige al juez y los sujetos de ella son éste y el actor; la pretensión va dirigida a la contraparte, y por eso la demanda, además de reunir los presupuestos necesarios para que pueda originarse el proceso debe contenerlo que se pide con sus fundamentos de hecho y de derecho, es decir la pretensión y la razón.

Para que el objeto de la acción se cumpla y haya proceso es necesario es necesario que se reúnan los presupuestos procesales pero para que prospere la pretensión y la sentencia sea favorable se requiere además que el actor pruebe el derecho en que la funda.

De acuerdo con los conceptos expuestos transcribo la siguiente definición: Demanda es un acto de declaración de voluntad introductivo y de postulación que sirve de instrumento para el ejercicio de la acción y la afirmación de la pretensión, con el fin de obtener la aplicación de la voluntad concreta de la ley por una sentencia favorable y mediante un proceso en un caso determinado.

Se habla de sentencia favorable debido a que en la demanda se incluye la pretensión a diferencia de lo que ocurre con la acción puede decirse que así como el proveimiento es el acto peculiar del juez, el acto peculiar de las partes es la demanda. No se concibe al juez demandando ni a las partes en funciones de proveer. Suele decirse que la demanda es el objeto del proceso; pero se hace referencia entonces a las pretensiones contenidas en ella. Es correcto decir que el objeto del proceso lo constituyen las pretensiones del demandante y las excepciones del demandado.

Según el artículo 84 del código de procedimiento civil la demanda debe ser presentada personalmente por quien la suscribe lo cual tiene por objeto autenticar las respectivas firmas, la presentación puede hacerse ante el secretario del Despacho judicial a quien se dirige, sin embargo cuando el signatario se halle en lugar distinto la presentación o autenticación puede hacerse ante cualquier juez o notario de dicho lugar; sea su domicilio o su residencia, caso en el cual se considerará que la demanda ha sido presentada para todos los efectos legales el día que sea recibida por el Despacho Judicial al que está dirigida.

IV.2 Concepto de demandante y demandado. Es demandante tanto en los procesos contenciosos como en los voluntarios, la persona que ejercita la acción y formula la pretensión, para obtener una sentencia mediante un proceso lo cual significa que no es indispensable la presencia de un demandado porque tal cosa sucede únicamente cuando existe un litigio y el proceso es contencioso, y cuando se demanda a alguien en proceso contencioso sin que exista litigio.

Para demandar es necesario ejercitar válidamente la acción. Esto significa que el demandante debe pretender que necesita la intervención del órgano jurisdiccional del Estado para desatar el litigio que plantea o para resolver la declaración que pide.

IV.3 Requisitos. Dos clases de requisitos deben reunir las demandas para su admisión de fondo y de forma:

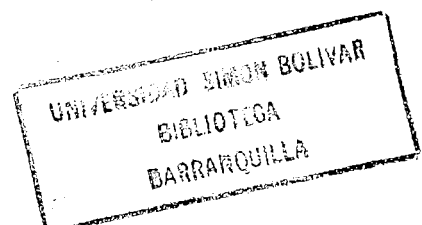
1o. Requisitos de fondo.

a) Capacidad del demandante. b) Capacidad del demandado. c) Competencia del juez. d) Haberse escogido el procedimiento adecuado especial u ordinario. e) Habilidad para demandar personalmente o poder de postulación, cuando no se hace por intermedio de abogado inscrito cuando la ley así lo exige. f) Prueba del derecho a representar al demandante si se demanda a nombre de otro. g) Prueba de la representación del demandado. h) Cuando la ley exija que se demande a varias personas o se trate de un litisconsorcio necesario debe dirigirse la demanda contra todas ellas. i) En casos en que la ley exija la prueba inicial del interés sustancial del demandante para formular sus pretensiones y del demandado para contradecirlas y de la legitimación en la causa de las partes, estos serán otros tres requisitos de fondo de la demanda; así ocurre cuando se demanda a una persona en proceso de ejecución en razón a que debe resolverse de plano acerca de si aparece clara la titularidad del derecho en el demandante y la obligación correlativa en el demandado. j) Que no exista una indebida acumulación de pretensiones objetiva de las partes.

Son requisitos de forma;

a) Redacción de la demanda con los detalles exigidos por la ley procesal, que en lo civil están consagrados en el artículo 75 del C. de P.C. b) Presentación de la demanda en debida forma. c) Anexos exigidos por la ley que en lo civil lo consagra el artículo 77 del C. de P.C.

IV.4 Traslado. Es el acto por el cual la parte demandada en-



en conocimiento de un proceso en su contra y tiene la posibilidad de hacer uso de las defensas procesales que le otorga la ley. Una vez admitida la demanda se ordena dar traslado a la persona o personas contra quien se dirige con el objeto de que la conozcan y puedan comparecer al proceso, con lo cual se cumple la garantía constitucional de que nadie puede ser juzgado sin haber sido oído y vencido en juicio. Traslado propiamente significa copia de un instrumento y por eso no se entrega el expediente sino sus copias. Por regla general el traslado se efectúa por notificación a cada demandado o a su representante, del auto admisorio de la demanda y si ello no fuere posible se debe proceder a su emplazamiento para designarle curador ad litem a quien se le hace la notificación. Siendo varios los demandados el traslado es individual y no común, a menos que estén representados por una misma persona, para cada demandado correrá al día siguiente de su respectiva notificación y por tanto la preclusión para contestar la demanda, proponer excepciones previas y cualesquiera otros derechos procesales que deben ser ejercitados dentro de ese traslado opera por separado respecto de cada uno. En los procesos ejecutivos no hay traslado y por lo tanto no se expiden copias para el ejecutado, salvo cuando se persiguen solamente bienes hipotecados o dados en prenda.

IV.5 Admisión inadmisión y rechazo. Si la demanda reúne en concepto del juez todos los requisitos exigidos por la ley, éste procede a dictar un auto admitiéndola y ordenando su traslado a la parte demandada. Dicho auto es inapelable, salvo en el caso del mandamiento ejecutivo, pero es pasible del recurso de reposición.

El artículo 85 del C. de P.C. contempla la inadmisión de la demanda que es una medida de carácter transitorio con el objeto de que se corrijan sus defectos o se alleguen los anexos necesarios.

El citado artículo del C. de P.C. contempla cinco casos en que se inadmita la demanda: 1º. Cuando no reúne los requisitos le-

20. Cuando no se acompañan los anexos ordenados por la ley.
30. Cuando contenga indebida acumulación de pretensiones. 40. Cuando no se haya presentado personalmente. 50. Cuando el poder de quien actúa a nombre de otro no sea bastante o el actor o el actor la promueva por sí mismo en asunto en que deba hacerlo por medio de apoderado. Cuando la demanda no cumpla las exigencias legales anotadas el juez debe proferir una providencia en la que señale las deficiencias para que el demandante las subsane en el término de cinco días. En caso de que no lo hiciera la rechazará.

Rechazo. El artículo citado contempla también el rechazo in limine. 10. Cuando el juez carezca de jurisdicción o de competencia. 20. Cuando la ley haya consagrado un término de caducidad para la acción formulada en la demanda y de ella o de sus anexos aparezca claramente que dicho término está vencido.

En el caso de haberlo pasado inadvertido al juez uno o varios casos que afecten la demanda, no haya hecho uso de las facultades de inadmitirla o rechazarla, y por lo tanto la haya admitido la parte demandada puede proponer las excepciones previas que correspondan dentro del término del traslado respectivo en los procesos en que ello tiene cabida.

Los efectos de la demanda son de dos clases: sustanciales o materiales cuando pertenecen al ámbito jurídico material o sustancial, es decir cuando los que producen sobre el derecho o relación jurídica sustancial objeto del litigio y procesales cuando recaen sobre las relaciones jurídicas procesales.

a) Jurídico materiales. Entre los efectos jurídicos que la demanda ocasiona en los derechos sustanciales es darle el carácter de litigioso. De este modo el derecho sustancial sufre una aparente disminución. (13). Ambas circunstancias se reflejan en la discutibilidad del derecho sustancial y en los efectos de los actos extraprocesales que se realicen o sujetándolo al resultado de una sentencia.

(13) Davis Echandi Hernando. Obra citada. Pág. 390.

b) Determina el momento en que el demandado poseedor de buena fe queda sujeto a la obligación de restituir los frutos y productos en caso de prosperar la demanda.

La presentación de la demanda interrumpe la prescripción adquisitiva y extintiva impidiendo que el demandado complete el término para adquirir el dominio o para que se extingan sus obligaciones. Este efecto se condiciona a que la aceptación de la demanda quede en firma en firme se surte desde su presentación, porque la ley no exige para ello previa notificación al demandado si no que el término de dos meses es suficiente para hacer la notificación personalmente o por conducto de curador ad litem designado luego de emplazamiento.

b) Efectos jurídico procesales. Determina los sujetos iniciales de la relación jurídica procesal lo mismo que las diversas personas que lo forman.

c) Fija la competencia que por lo general es inmodificable a menos que se trate de juez municipal que pierde competencia por razón de una reconvenición o de acumulación de procesos, de un fuero de atracción por el avalúo dado a los objetos de un proceso de sucesión por muerte y cuando se trate de la concurrencia de un agente diplomático.

d) Delimita el interés y la legitimación en la causa del demandante y demandado al tiempo de notificárselo al último la admisión de la demanda.

e) Determina la formación de la litis pendente, para lo efectos de fijar la competencia del juez que podía conocer a prevención con otros haciéndola privativa y excluyente, y para impedir como consecuencia lógica que se inicie nuevo proceso sobre lo mismo y entre idénticas partes, mediante la formulación de la excepción previa que lo paralice o le ponga término. Para que este efecto se produzca es necesaria la admisión de la demanda y notificación al demandado por que antes no existe proceso.

f) Determina el contenido y alcance del debate judicial y por consiguiente de la resolución de la sentencia.

nor en cuenta las excepciones del demandado. El juez no puede -
acceder a las pretensiones con base en hechos sustanciales princi-
pales probados pero no alegados en la demanda.

g) Determina el momento en que las partes se vinculan al -
proceso y quedan sujetas a sus deberes y cargas y en general a -
la jurisdicción del Estado con los efectos de la cosa juzgada -
que pueda producirse y les surgen ciertos derechos y facultades
procesales.

h) En el momento en que nace para el juez la obligación de -
proveer como resultado de la obligación de la jurisdicción de la
jurisdicción del Estado por la presentación de la demanda.

V. I. Definición. Propuestas como han sido los medios a que -
tiene derecho la parte actora a fin de obtener el reconocimiento
de sus derechos, los requisitos de orden sustantiva y procesal que
deben reunir para que prosperen sus pretensiones, entiendo ahora a
estimar los derechos procesales que corresponden a la parte demandante.
Cada uno de los ejes del derecho de contradicción.

La relación de contradicción contiene es de doble relación -
de acción y relación de contradicción. No existe ninguna diferencia
esta sustancial en ellas puesto que se trata de un mismo aspecto -
to del derecho de acción. (14).

El derecho de contradicción, de la misma manera que el derecho de acción pertenece a toda persona natural o jurídica y tanto en causas como en las que están constituidas por un interés que consiste en obtener la declaración del conflicto que se le plantea al de -
mandado mediante la sentencia que el órgano jurisdiccional debe dictar. En un interés general porque secundariamente mira el interés del demandado y la protección de sus derechos con las 31.
relaciones jurídicas por las cargas y deberes que de la relación
jurídica procesal se deducen, en tanto que principalmente se deduce
con los principios fundamentales para la organización social, económica y que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle oportunidad adecuada para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y de derechos con el demandante, y el que obliga al derecho a hacerse justicia por sí mismo. El derecho de contradicción no pretende una tutela jurídica concreta mediante una sentencia favorable al demandado como el de la protección del demandante.

Department of Defense

Puede definirse el derecho de contradicción de la siguiente manera: El derecho a obtener la decisión justa del litigio - que se le plantea al demandado mediante la sentencia que debe dictarse en ese proceso, luego de tener la oportunidad de ser oído en igualdad de circunstancias, para defenderse, alegar, probar, e interponer los recursos que la ley procesal consagre. (15)

V.2 Objeto. El derecho de contradicción no persigue una tutela jurídica concreta mediante una sentencia favorable al demandado, sino una tutela abstracta por una sentencia justa y legal - cualquiera que sea, de fondo, inhibitoria, desestimatoria, de la demanda o de las excepciones del demandado, o bien favorable a aquella o a éste. El resultado a que se llegue en la sentencia no depende del derecho de acción o contradicción, sino del derecho material los hechos y la prueba.

V.3 Fin. El derecho de contradicción persigue por una parte la satisfacción del interés público en la buena justicia y en la tutela del derecho objetivo, y por otra parte, la tutela del derecho constitucional de defensa y de la libertad individual en sus distintos aspectos.

Quienes sostuvieron la doctrina del derecho de acción como un derecho a la sentencia favorable al demandante, necesariamente consideran el derecho de contradicción con igual finalidad a favor del demandado y como un contraderecho opuesto al de la acción que persigue desvirtuarla o destruirla. Pero el derecho procesal no es un contraderecho, ni se opone a la acción, sino que la complementa y resulta su necesaria consecuencia puesto que ambos tienen un mismo fin. El derecho de contradicción surge en el momento en que es admitida por el juez la demanda contenciosa independiente - no solo de la razón o sin razón que acompañe la pretensión del primero, sino de que el demandado se oponga y proponga o no excepciones.

(15). Devís Echandía Hernando. Estudios de Derecho Procesal. Editorial A.B.C. 1979. Pág. 421.

El derecho de contradicción no se modifica por el hecho de que el demandado no tenga razón alguna para oponerse a la pretensión del demandante, ni se dirige contra ésta, como si lo hace la excepción, con la cual no se debe confundir, precisamente por que es el derecho a obtener la sentencia que resuelva el litigio planteado, y por que el demandado puede ser oído y hacer uso de la oportunidad para su defensa, aun cuando no disponga de ninguna defensa positiva. De lo contrario no se explicaría la existencia del derecho de contradicción cuando la sentencia resultara adversa al demandado, o habría que admitir, en tal caso, que el derecho resulta lesionado por la sentencia lo que sería absurdo.

El derecho de contradicción tiene un origen claramente constitucional, y se basa en varios de los principios fundamentales del derecho procesal: el de la igualdad de las partes en el proceso; en el de la necesidad de oír a la persona contra la cual va a surtir la decisión; el de la imparcialidad de los funcionarios judiciales; el de la contradicción o audiencia bilateral; el de la impugnación y el respeto a la libertad individual.

Pero tener el derecho de contradicción no significa que necesariamente el demandado intervenga en el juicio para controvertir las peticiones del demandante y menos aún que formule excepciones contra ellas; para paralizarla o destruirla. Es el derecho a ser oído en el proceso si se tiene la voluntad de hacerse oír, o sea el derecho a gozar de la oportunidad procesal para ello, y de obtener mediante el proceso la sentencia que resuelva favorable o desfavorablemente sobre sus defensas.

El demandado es el sujeto pasivo de la pretensión, pero también es el sujeto activo del derecho de contradicción y de la relación jurídica procesal al lado del demandante.

V.4 Quiénes lo ejercen. Como se ha visto la relación de ju-

jurisdicción contenciosa es doble frente al derecho de acción del demandante se encuentra el derecho de contradicción del demandado y mediante este derecho, del cual es sujeto activo, tiene la posibilidad de ejercer todas las defensas que le reconoce la ley procesal, de tal suerte que el derecho de contradicción es ejercido siempre por el demandado.

V.5 Diferencias entre el derecho de contradicción, oposición y excepciones. El derecho a proponer defensas contra la demanda es la manera de ejercitar el derecho de contradicción, y por ello puede este identificarse con el derecho de defensa en sentido general, pero sin que esto signifique que para su existencia se requiera que el demandado en realidad ejercite sus defensas porque puede permanecer inactivo y no comparecer siquiera al proceso sin que este derecho deje de reconocersele o resulte vulnerado.

La defensa existe, en sentido estricto, cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor o los hechos en que éste se apoya.

La excepción existe cuando el demandado alega hechos impeditivos del nacimiento del derecho pretendido por el actor o extintivos o modificativos del mismo o simplemente dilatorios, que impidan que en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho; en todos los casos, estos hechos son distintos de los que el demandante trae en su demanda en apoyo a su pretensión, y por esta razón debe probarlos el demandado.

V.6 Diversas maneras de ejercitar el derecho de contradicción.

El demandado puede asumir diversas posiciones en el ejercicio del derecho de contradicción como las siguientes.

1o. Una posición negativa sin comparecer ni personalmente ni por medio de apoderado, convirtiéndose en un espectador.

2o. Una posición pasiva sin comparecer o contestar la demanda, ni asumir una actitud en favor o en contra de las pretensiones del demandante, sin plantear defensas o alegar pruebas.

30. Una expresa aceptación de las pretensiones del demandante o sea de allanamiento a la demanda, lo que puede ocurrir cuando el efecto jurídico material perseguido por el actor no se puede conseguir por un acto de voluntad del demandado, razón por la cual es necesario el proceso, no obstante la ausencia de oposición.

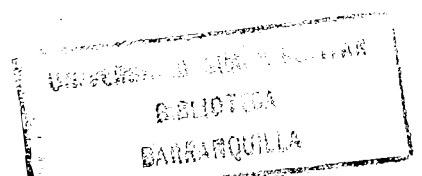
40. Una oposición y defensa relativa esto sucede cuando el demandado interviene y contesta la demanda para negar el derecho material del actor y los hechos de donde pretende deducirlos y exigirle su prueba, para negarle su legitimación en causa o su interés sustancial o cuando posteriormente asume esta conducta si se abstuvo de contestarla, y solicita con ese fin pero sin oponerle otros hechos que conduzcan a paralizar o destruir la pretensión, en cuyo caso hay defensa y oposición pero no excepciones.

50. Una activa oposición positiva que se presenta cuando el demandado no se limita a las negaciones del caso, sino que lleva el debate a un terreno distinto mediante la alegación y pruebas de otros hechos que conducen a desvirtuar la pretensión del demandante, sea temporalmente o para ese proceso, o bien de manera definitiva total o parcialmente en forma de que la sentencia produzca efecto de cosa juzgada.

Una actitud positiva de defensa pero encaminada a atacar el procedimiento por vicios de forma para suspenderlo o mejorarlo, como cuando alega la falta de algún presupuesto procesal o proponiendo excepciones previas.

70. Contrademandando mediante reconvencción, para formular pretensiones propias contra el demandante, relacionadas con las óste o con las excepciones que le opone. (16)

(16). Davis Echandía Hernando. Obra citada Pág. 190.



Capítulo VI

Excepciones.

VI.1 En capítulos anteriores he expuesto la forma como el Estado se halla organizado para cumplir con la tutela de los derechos de las diversas personas que habitan su territorio, mediante la función de administrar justicia a cargo de la rama jurisdiccional del poder público. Para obtener la tutela de los derechos, en materia civil, el actor debe recurrir al proceso cuando se trate de asunto contencioso, iniciándolo mediante un instrumento adecuado que es la demanda, en el cual van contenidas sus pretensiones frente al demandado; el uso del derecho de acción por parte del actor se sucede cuando el demandado se resiste a cumplir las pretensiones ante él formuladas o aunque quisiera reconocerlas no le es legalmente posible.

Si bien es cierto que el objeto de la acción no implica la obtención de una sentencia favorable al demandante, éste persigue la aceptación de su pretensión. De tal manera que, el demandante, para iniciar válidamente la relación jurídico procesal, requiere además de la demanda cumplir requisitos indispensables denominados presupuestos procesales, tanto los previos al proceso que permiten la iniciación válida de la acción y los que permiten la admisión de la demanda por parte del juez, como los materiales o sustanciales que permiten al juez proveer de fondo o mérito.

Una vez admitida la demanda y notificado personalmente del auto que confiere traslado, el demandado, salvo algunas excepciones como en los procesos ejecutivos sin garantía real y en los casos de ausencia y ocultamiento del demandado en los que tal notificación se debe hacer por emplazamiento, puede hacer uso de su derecho de contradicción para plantear la defensa que mas convenga a sus

intereses. De los diversos medios de defensa que puede hacer uso el demandado solo pretende exponer las denominadas excepciones; pero para una mayor claridad en el entendimiento de lo que son estas defensas y su diferencia con otros medios defensivos, es preciso que es necesario hacer referencia a lo que es la oposición.

La oposición es lo mismo que defensa en general, comprende la simple negación de los hechos, el derecho, la proposición de excepciones previas y de fondo. No quedan comprendidas en ese concepto la incomparecencia del demandado, su actitud pasiva sin negar ni aceptar las pretensiones del demandante, el allanamiento lo mismo que la reconvencción; en los dos primeros casos no hay defensa y en el último existe un ataque separado dentro del mismo proceso y con pretensión propia.

La oposición presenta dos elementos al igual que la pretensión que son el objeto y la razón. El objeto consiste en la tutela jurídica invocada o el determinado efecto jurídico perseguido que puede ser el total o parcial rechazo de la pretensión o la suspensión o corrección del procedimiento o su anulación. La razón es el fundamento que se le da en cada caso y puede distinguirse también en razón de hecho y de derecho según se trate de poner hechos distintos a los que sirven de base a la pretensión o solo deducir consecuencias de derecho diversas a las pretendidas por el demandante de los hechos de la demanda.

La oposición igual que la pretensión busca una sentencia favorable de ahí que sea una verdadera contrapretensión.

Ahora paso a exponer el aspecto de la oposición que comprende las llamadas excepciones. Se dice que el demandado propone excepciones cuando afirma la existencia de hechos distintos de los que presenta la demanda, o circunstancias o modalidades diferentes de los contenidos en ésta, con el objeto de plantear nuevos fundamentos de hecho que conduzcan a la desestimación de las pretensiones del demandante.

Estos hechos pueden tener el carácter de extintivos, modificativos, impositivos o dilatorios. Los hechos extintivos e impositivos hacen cesar la aplicación de la ley al caso concreto - eliminando los efectos que se produjeron inicialmente, lo mismo - que los que originan el nacimiento del derecho pretendido o que sean posteriores a él. Los hechos impositivos son aquellos que - impiden que un acto jurídico produzca los efectos que normalmente corresponden, y pueden consistir en la ausencia de ciertos requisitos o en la presencia de determinadas circunstancias.

Finalmente se considera que para que nazca un derecho, se - requiere tanto de la presencia de hechos constitutivos como la ausencia de hechos impositivos y para que luego subsista, se necesita que no concurren hechos extintivos. Cuando el demandado - alega la existencia de hechos extintivos e impositivos, busca la desestimación de la pretensión del demandante y cambia el debate sacándolo del terreno en que éste lo plantea para llevarlo a otro distinto, que le es mas favorable, y se dice, entonces que estará - proponiendo excepciones.

En presencia de un hecho de los enunciados anteriormente el juez debe negar la pretensión del demandante. El demandado puede - también proponer hechos que lo coloquen en la obligación de cumplir con la pretensión pero en una modalidad menos perjudicial para él. También puede proponer la existencia de hechos que no se - oponen al nacimiento del derecho ni producen su extinción sino que se limitan a paralizar su ejercicio por el momento, es decir, a quitarle exigibilidad o dilatar su eficacia.

La alegación de estos hechos por parte del demandado lo impone la obligación de probarlos, sino están presumidos o son considerados notorios o indefinidos.

Sucede también que la alegación consiste en hechos que se - opongan solamente al trámite o procedimiento por considerar que - faltan requisitos procesales para desarrollarse pero sin atacar el

fondo de la cuestión ni el derecho material pretendido a estos - hechos nuestro código de procedimiento civil lo s denomina ampliamente excepciones previas y la doctrina los reconoce como impedimentos procesales.

Los hechos antes descritos constituyen lo que la doctrina - llama excepciones, y consisten, como ya se ha visto ampliamente, en la alegación por parte del demandado, de hechos encaminados a obtener la desestimación de las pretensiones del demandante.

VI.2 Definición. "Es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa general que le corresponde a todo demandado y consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante mediante razones propias de hecho que persigan destruirlas, modificarlas o aplazarlas en sus efectos. (17).

De esta definición se desprenden las siguientes conclusiones; no se limita simplemente a negar las pretensiones del demandante sino que ante éstas se oponen propias razones de hecho, que como tales corresponde la carga de su prueba al demandado cuando se trata de hechos distintos a los presentados en la demanda o negadades de éstos que los desvirtuan o modifiquen o suspendan o aplacen sus efectos. Pero los hechos alegados por el demandado no requieren prueba cuando se apoyan en hechos raducidos por el demandante para deducir de ellos diferentes efectos jurídicos que fundamenten su oposición mediante una diferente interpretación o calificación de tales hechos y que sean susceptibles de confesión -

VI.3 Clasificación de las excepciones en la doctrina. Los hechos constitutivos de excepciones pueden perseguir la destrucción o la modificación definitivas de la pretensión del demandante, o solo su rechazo temporal para el proceso en que se alega. De ahí que la doctrina distinga dos clases de excepciones de mérito o de fondo perentoria o dilatorias.

Las excepciones dilatorias persiguen que se declare la no exigibilidad de la pretensión, en ese proceso, o impidan decisión -

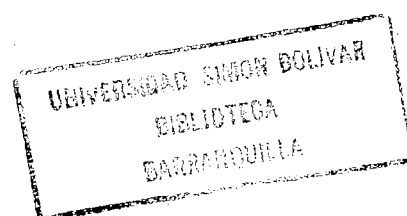
en el fondo y hacen que la sentencia sea inhibitoria por lo que puede volverse a formular en otro proceso posterior. Las perentorias persiguen que se declare la extinción de la obligación cuyo nacimiento no se discute o la inexistencia del derecho pretendido a pesar de su aparente nacimiento y en razón de algún hecho impeditivo con lo que la pretensión del actor queda destruida para siempre o su modificación favorable también definitiva. Las excepciones perentorias se subdividen en extintivas o impeditivas, según extingan el derecho o impidan su nacimiento, y modificativas cuando únicamente hacen variar sus efectos.

Tanto las dilatorias como las perentorias se dirigen contra el fondo de la cuestión debatida, es decir, contra la pretensión por lo que unas y otras son de mérito. La distinción entre las excepciones perentorias y dilatorias con este preciso significado tuvo su origen en el derecho romano justinianeo. (18)

También se distinguen las excepciones en absolutas y relativas, según puedan hacerse por todos los participantes de una relación o solo por algunos. (19) Algunos autores distinguen las excepciones en sustanciales y procesales: las primeras cuando sus efectos recaen sobre el derecho sustancial pretendido por el demandante, por tanto, sobre las relaciones jurídico sustanciales y las segundas, cuando atacan el procedimiento, y por tanto sus efectos recaen sobre las relaciones jurídicas procesales. Las últimas son las que se denominan técnicamente impeditivas procesales y no son verdaderas excepciones. Para esta clasificación se mira el objeto y contenido de la excepción porque por el aspecto formal de su función todas son esencialmente procesales. (20). Siguiendo esta clasificación tenemos que las excepciones procesales pueden distinguirse en definitivas

(18). Pavia Echandia Fernando. Obra citada. Pág. 217.

(19). Pavia Echandia Fernando. Obra citada. Pág. 219.



y temporales según que ataquen el procedimiento para impedir el proceso definitivamente o para suspenderlo temporalmente, en el primer caso el proceso termina y en el segundo puede continuar una vez subsanado el defecto. (21).

Existen también las excepciones personales e impersonales entendiéndose por las primeras las que miran a las personas que las ejercitan o contra quienes se opone, y cuando solo pueden formularse por determinadas o contra determinadas personas son relativas; y se agrupan en las segundas las que miran al hecho que las constituyen en sí mismo por razón por la cual pueden alegarse por cualquiera que tenga interés legítimo y desde este punto de vista son absolutas.

VI.4 Clasificación de las excepciones en el derecho colombiano. Nuestro código de procedimiento civil las excepciones en previas y de mérito o fondo. Las primeras atacan generalmente el procedimiento y las segundas las pretensiones; pero por economía procesal se permite proponer algunas de fondo como previas.

1o. Excepciones previas. se hallan consagrada en el artículo 97 del C. de P.C., y deben proponerse al comienzo del proceso dentro del término para contestar la demanda como regla general; se refieren al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo. Generalmente defectos del procedimiento y son verdaderos impedimentos procesales, como la falta de jurisdicción o de competencia, vicios en la redacción de la demanda; pero se permite alegar como previas cinco de mérito: tres perentorias que son la prescripción, la transacción y la cosa juzgada y dos que son dilatorias de fondo: la falta de prueba de la calidad de heredero o conyuge en que se cita al demandado, y la falta de integración del litisconsorcio necesario. Unas producen la suspensión transitoria del proceso, mientras que se mejora la demanda o se corrige y hecho esto, permiten continuarlo ante el mismo juez o ante otro; otras lo terminan y obligan

(21). Devís Echandía hernando. Obra citada. Pág. 220.

al actor a iniciar otro posteriormente si insiste en sus pretensiones.

Es necesario entonces distinguir las excepciones previas en dos las relativas o temporales y absolutas o definitivas según que permitan la continuación del mismo proceso o le pongan fin. Son ejemplos de previas relativas o temporales: la de trámite inadecuado, la falta de integración del contradictorio necesario, la de ilegitimidad en la personería adjetiva para que se acredite la representación del demandante por su apoderado o representante, o para que se demande por conducto de su representante a quien sea incapaz o mediante curador ad litem; de inepta demanda por falta de los requisitos legales; la de habersale dado un curso distinto del pedido en la demanda; la de pleito pendiente parcial y prejudicial la falta de la calidad de heredero, conyuge, curador de bienes, administrador de la comunidad o albacea en que se cita al demandado.

Son ejemplos de previas absolutas o definitivas: la falta de jurisdicción; la de compromiso arbitral; la de pleito pendiente total. Como se permite alegar como previas cosa juzgada total que incluye el desistimiento de la demanda y la transacción, tienen el valor de definitivas si comprenden la totalidad de la demanda, y de relativas si solo parte de las pretensiones.

La prescripción como excepción previa debe comprender todas las pretensiones de la demanda para ponerle fin al proceso y será siempre definitiva.

2o. Excepciones perentorias son todos los hechos que se dirigen contra lo sustancial del litigio, o sea contra las pretensiones del actor, para desconocer el nacimiento de su derecho o la regulación jurídica o para afirmar su extinción o para pedir que se modifique parcialmente. El procesalista Hernando Devís Echandía ha propuesto la siguiente división de las excepciones perentorias: Excepciones perentorias definitivas materiales que son las que niegan el nacimiento del derecho pretendido por el demandante y el de la obligación correlativa, o de la relación jurídica preten-

dida por aquel y se refieren a hechos en virtud de los cuales los efectos jurídicos perseguidos no se produjeron nunca a pesar de la realización del acto que normalmente deba originarlos. Son los hechos impositivos los que impiden que el actor sea el titular del derecho aun cuando se haya probado el acto del cual debía emanar o que la relación jurídica haya surgido. Estas excepciones dejan el punto resuelto definitivamente con valor de cosa juzgada.

Excepciones definitivas procesales. Son las que sin negar el nacimiento del derecho pretendido persiguen anularlo o extinguirlo definitivamente o modificarlo definitivamente, y por ello excluyen para siempre definitivamente la pretensión con fuerza de cosa juzgada, configuran estas excepciones todos los hechos en virtud de los cuales la ley considera que una obligación se extingue. Excepciones dilatorias están constituidas por aquellos hechos en virtud de los cuales, sin que se niegue el nacimiento del derecho del actor ni se afirma su extinción, paralizan sus efectos para ese proceso únicamente, es decir, impide que sea actualmente exigible, pero no constituyen cosa juzgada dejando la facultad de iniciarlo nuevamente cuando la situación se modifique, pero que se dirigen contra el fondo de la cuestión debatida y contra la pretensión del demandante, es decir, sus efectos son temporales.

VI.6 Cuáles puede el juez decretar de oficio. Puede suceder que en el curso del proceso se acredite por el demandado un hecho constitutivo de una excepción o que ese hecho aparezca demostrado en cualquier forma legal, sin que aquel lo haya propuesto como excepción en la contestación de la demanda. En tal caso el juez la declara probada en la sentencia, salvo el caso de la prescripción compensación y nulidad relativa por tratarse de excepciones que deben alegarse, inclusive la de prescripción y compensación por orden de los artículos 2513 y 1719 del C.C. (22)

(22) Hernando Morales Molina. Obra citada Pág. 150.

VI.7 Procesos en que no proceden las excepciones.

El demandado no puede proponer excepciones en el proceso de expropiación, por que los defectos del acto administrativo que la decretó aquél debión aducirlos ante el contencioso administrativo mediante demanda de nulidad, y en virtud de la prevalencia del interes público no caben otras defensas contra la demanda - expropiativa.

Pero en la sentencia el juez debe examinar de oficio si existen algunos de los motivos que se consagran como excepciones en lo ordinales 10. a 60. del artículo 97 del C.de P.C. y en caso afirmativo lo debe expresar así y se abstendrá de decretar la expropiación.(23).

En el ejecutivo cuando el título consiste en sentencia de condena o en otra providencia que conlleva ejecución se limitan las excepciones que pueden alegarse a las de pago, compensación - confusión, novación, remisión, prescripción y transacción.

(23) Devis Echandía Hernando. Pág.152.

Capítulo VII

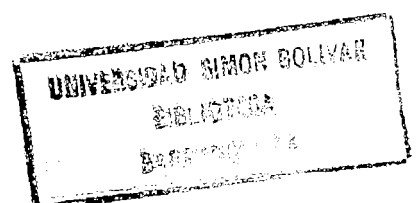
Excepciones Previas

Estas excepciones que constituyen verdaderos impedimentos procesales, pueden proponerse en el proceso ordinario, en el abreviado, en el verbal, en el de deslinde, los divisorios, el ejecutivo y el de liquidación de sociedades conyugales con algunas restricciones los de disolución y liquidación de sociedades. De esta suerte dentro de los procesos contenciosos solo el de expropiación y el arbitral la excluyen y si se propusieren debe desecharse de plano como todo incidente no autorizado por la ley.

El código unificó el sistema de excepciones previas como medio para controlar los presupuestos del proceso y delar regularizado éste desde el comienzo, a fin de evitar nulidades posteriores o sentencia inhibitoria. Y como en todo proceso es posible que se presenten defectos configurativos de ella, en la sentencia de expropiación el juez se pronunciará de oficio sobre la mayor parte de las mismas, y si se encontrare establecida alguna así lo expresará y se abstendrá de resolver acerca de la expropiación misma lo que indica que no puede proferirse en tal caso sentencia de mérito sino una meramente procesal.

Las excepciones previas deben proponerse en el término del traslado de la demanda al tiempo con la contestación de ella pero en escritos distinto lo cual implica: 1o. Que para que se tramiten es indispensable que se haya contestado la demanda. 2o. Que por economía procesal se eliminó el sistema de que se adujeran antes de la contestación, con lo cual se obtiene que en el caso de que no prosperen, la demanda esté ya contestada.

Las excepciones previas constituyen incidente especial y de previo pronunciamiento, con la modalidad de que la apelación del



auto que lo decide es en el efecto devolutivo para no demorar el proceso. Cuando son dos o mas los demandados el trámite de las - aducidas por cualquier de ellos ni empieza sino cuando ha transcurrido el termino que para contestar la demanda tienen los demás con el fin de que si fueren varios los que las proponen las excepciones se tramiten y se decidan en el mismo tiempo.

El incidente de excepciones previas si prospera finaliza - el proceso cuando se trata de falta de jurisdicción, compromiso, - inexistencia, incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado, carencia de prueba de la calidad de heredero conyuge, albacea curador de bienes y administrador de la comunidad singular con que actúa el demandante o se cita al demandado, y - pleito pendiente.

En cambio el éxito de la excepción previa a que se refiere - el procedimiento si se trata de falta de competencia, ineptitud - de la demanda por falta de los requisitos formales o indebida - acumulación, trámite inadecuado y defectos del litisconsorcio necesario, aunque la ineptitud de la demanda puede ocasionar su rechazo y la terminación del proceso sino se subsana el defecto en el término de tres días.

Por razón de orden y teniendo en cuenta los efectos de cada una de las excepciones previas, cuando varias se proponen, el juez debe resolver en primer lugar la falta de jurisdicción, falta de - competencia, compromiso, trámite inadecuado e ineptitud formal de - la demanda, pues por su naturaleza impiden considerar las demás.

El artículo 97 del C. de P. C., contempla de manera taxativa las excepciones previas. Haré referencia de ellas por separado.

VII.1 Falta de jurisdicción o de competencia del juez.

La puede proponer el demandado al el juez ante quien se interpone la demanda carece de jurisdicción en el sentido de que el negocio no pertenezca al ramo civil. Sino la alega oportunamente, constituye causal de nulidad que puede ser propuesta por el demandante y

el demandado, pues si bien éste no puede coartar nulidad de hechos anteriores a la oportunidad para aducir excepciones - previas, según lo establece el artículo 155 del C. de P.C. - tratándose de nulidades insanables entre las que está la falta de jurisdicción, no opera la regla del artículo 100 del C. de P.C., que la nulidad que no se propone que no se proponga como excepción previa se considera sanada.

La excepción de falta de jurisdicción constituye, no excipien de mérito sino vicio procesal que debe declararse por los causos legales. Por último al proponer una excepción previa se debe rechazar la demanda y ordenar que se convengan los anexos al demandante sin necesidad de desllos.

Cuando el asunto pertenece a la jurisdicción civil u otra alguna y dentro de ésta el asunto se presenta ante un juez que conforme a la Ley no es llamado a conocer, pues de acuerdo con cualquiera de sus factores de competencia, ésta reside en otro, el demandado puede proponer la excepción por vía de falta de competencia. Si no se propone el demandante puede pedir la nulidad por dicho motivo, lo cual no puede hacer el demandado ya que conforme al artículo 100 literal b, no es posible a dicha parte alegar como nulidad lo que podía haber propuesto como excepción previa, porque aquella se encuentra sanada.

Esta excepción en el supuesto de que alcance éxito determina que el juez envíe el asunto al que en su concepto tiene el competente por decisión inapelable. Pero que a pesar de que los autos que deciden incidentes son apelables en este caso no ocurre lo mismo, para dar margen a que el juez que recibe el expediente lo mantenga en incompetencia pueda remitirlo al superior para que elimine el conflicto que es la forma de decidir la cuestión. Como las anteriores la incompetencia no es una excepción de mérito, pues como lo expresa la corte citada por Hernando Mesa los hechos tal materia no debe considerarse oficialmente ni a -

solicitud de parte, en la decisión final del pleito sino como incidente de previo y especial pronunciamiento. (24)

VII.2 Compromiso. Cuando las partes hayan celebrado un compromiso para que mediante arbitros se resuelva el concreto conflicto de intereses entre ellas, o el contrato que lo ha originado contenga clausula compromisoria para dirimir sus diferencias, la jurisdicción arbitral y no la ordinaria es la llamada a conocer del proceso, por lo cual si la demanda se formula ante juez civil, el demandado puede proponer la excepción previa de compromiso, que en caso de prosperar, pone fin al proceso y da lugar a que se provoque la constitución de tribunal arbitral, como el compromiso tiene la virtud de derogar la jurisdicción ordinaria en el fondo equivale a falta de jurisdicción, mas el código le dio a ésta entidad autónoma en vía de claridad, pero le son aplicables los principios expuestos sobre la excepción de falta de jurisdicción.

VII.3 Inexistencia, incapacidad o indebida representación del demandante o demandado. Si no se acompaña la prueba de la existencia del demandante o demandado cuando es necesario, el último puede proponer la excepción previa de inexistencia que implica que el juez no sepa que existen sujetos de la relación jurídica y que equivale a falta de presupuesto procesal capacidad para ser parte. Ya se sabe que la prueba consiste en la identificación de las personas naturales y en los documentos que demuestran personería jurídica. Mas aunque figure la prueba de la existencia de las partes el demandado también puede proponer la excepción con base en que la prueba es falsa o no corresponde a la entidad que se atribuye. (25).

Si la excepción no se propusiere, la sentencia teóricamente será inhibitoria ya que el juez debe decretar la prueba respecti-

(24). Hernando Morales Molina. Obra citada Pág. 178.

(25) Hernando Morales Molina. Obra citada Pág. 185.

tiva precisamente para no dictar sentencia de tal naturaleza - Sin embargo si se demanda o se ha demandado a persona supuesta natural o suplantada, o si la entidad que demanda o es demandada carece de personería jurídica, no hay otra solución que sentencia inhibitoria porque quien figura como parte carece de capacidad para serlo.

Esta excepción si prospera pone fin al proceso pero permite iniciar uno nuevo acompañando la prueba echada de menos en el anterior

La capacidad para comparecer al proceso o la legitimación procesal, implica que los incapaces deban hacerlo representados o autorizados por sus representantes legales, y las personas jurídicas por sus representantes constitucionales, legales o convencionales. Si falte la prueba respectiva o si ésta no corresponde a la realidad, el demandado puede proponer la excepción - previa de falta de capacidad o de indebida representación suya o del demandante, según el incapaz esté actuando directamente o quien figure como su representante no lo sea en realidad.

Si la excepción no se propusiere, el demandado indebidamente representado puede proponer por medio de su representante legal o convencional nulidad por tal motivo, mas no por que lo sea la del demandante cuyo representante legítimo sería el único llamado a proponer el incidente. Si el demandado no propone la previa podrá posteriormente su legítimo representante pedir la nulidad, pues él no podía alegar la excepción por no estar en el proceso, y solo quien pudo alegar aquella antes la nulidad al no hacerlo.

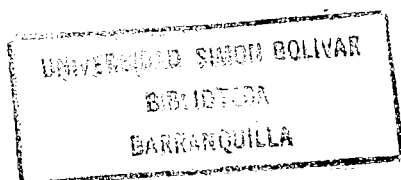
Cuando la persona legitimada no solicita la nulidad y el asunto llega para sentencia, en caso de que falte la prueba de la incapacidad o de la representación o de cualquiera de las - dos el juez debe poner en conocimiento la causal a la parte in-

terecada o sea a su verdadero representante ya que el ilegítimo representante no podrá proponer la nulidad ni sanearla, pues él la originó. Cuando prospera la excepción previa pone fin al proceso, el cual puede intentarse de nuevo llevando la prueba hecha de menos o con el legítimo representante de la parte, según el caso. En cuanto al apoderado judicial se refiere, solo a la carencia de poder implica nulidad, la cual no puede proponer el demandado respecto de su propia representación procesal si había comparecido al proceso directamente o había sido citado a éste, pues debió alegar la falta de poder como excepción previa y no lo hizo.

En cambio el demandante sí la puede proponer por falta de poder de quien figura como su apoderado, ya que él no puede alegar las previas. La excepción previa por indebida representación puede alegarse con fundamento en un poder defectuoso o conferido sin el cumplimiento de los requisitos legales.

VII.4 No haberse presentado la calidad de heredero, con yugo, curador de bienes, administrador de comunidad o albacea en que se lo cita. Las personas pueden comparecer al proceso o no en nombre propio ni en nombre ajeno sino por razón de la calidad de que están investidos. Ellos son el heredero, conyuge, albacea, curador de bienes y administrador de comunidad singular, ya que la herencia, la sociedad conyugal, la masa de bienes del ausente, del que está por nacer y la comunidad no son personas jurídicas y por lo tanto no son susceptibles de representación.

La prueba de la calidad con que se debe comparecer al proceso, en este caso, implica una modalidad del presupuesto procesal capacidad para ser parte, por lo cual debe aportarse inicialmente. Por esto se establece la excepción previa de falta de prueba de tales calidades en quien las invoca como demandante respecto del demandado, como también cuando la prueba sobre



el particular sea falsa o corresponda a persona distinta. Sino se propone excepción la sentencia será inhibitoria al no adicionarse esa prueba. Cuando la excepción prospera finaliza el proceso, sin perjuicio de que pueda iniciarse nuevamente aportando la prueba.

VII. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Esta excepción puede proponerse en dos casos cuando la demanda no reúne los requisitos establecidos en el artículo 75 del C. de P.G., como no expresar la vecindad de una de las partes, lo que se pide, los hechos en que se funda, los fundamentos de derecho, la cuantía cuando fuere necesaria, o si los hechos no se enuncian separados y clasificados, o se discrimina el valor de cada una de las pretensiones o no se determina claramente el objeto de la pretensión.

Cuando la demanda contiene una indebida acumulación de pretensiones, pues el juez no está facultado para desacumular las y conocer solo de aquellas que fueren procesalmente idóneas ya que el demandante le somete a su conocimiento todas. Si prospera la excepción la le y señala el término de tres días para que el demandante subsane los defectos que el juez le anote y el proceso siga regularmente, pero si el primero no cumple su cometido se rechaza la demanda y el proceso termina, pudiendo proponer una nueva cuya demanda aparezca purgada del vicio que se le indicó. En caso de que el demandante subsane oportunamente el defecto en el auto que declare probada la excepción previa, no se requiere nuevo traslado de la demanda, pues el demandado ya recibió el traslado inicial y conoce las ampliaciones pues se introdujeron en virtud de la excepción que el mismo propuso.

Cuando no se proponga la excepción la sentencia será inhibitoria, siempre que los defectos u omisiones de la demanda fueren tan graves que impidan su resolución de mérito.

Tal ocurrirá cuando falta el objeto o la causa, como sino se de limita el inmueble perseguido por sus linderos, o se acumulan - en forma principal pretensiones excluyentes entre si.

VII.6 Trámite inadecuado de la demanda por habersele dado un curso distinto al que le corresponde.

Tiene lugar cuando la demanda recibe un curso distinto al que le corresponde conforme a la ley. Si en un negocio que debe adelantarse por medio del procedimiento ordinario se adelanta como especial o viceversa, el trámite no es idóneo, pues el procedimiento es de orden público y cuando la ley establece un trámite para determinado negocio, las partes, ni aún de común acuerdo, pueden elegir otro, ya que el artículo 26 de la C.N., consagra que no es posible dictar sentencia de mérito sin observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, las cuales determina la ley.

Si la excepción prospera el juez da a la demanda el trámite que le corresponde, o sea el proceso sigue purgado de vicios el cual sino se propone la excepción previa genera nulidad, sin perjuicio de que el juez en el momento de la admisión le imprima el curso adecuado cuando el demandante haya señalado una vía inadecuada.

Esta nulidad puede pedirla tanto el demandante como el demandado por que no es saneable. (26).

VII.7 Comprender la demanda todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario.

Ocorre si la demanda no es por todas las personas que deben constituir dicho litisconsorcio pues cuando el proceso versa sobre relaciones o actor jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición de la ley no fuera posible resolver de mérito sin la concurrencia de quienes son sujetos de tales relaciones o intervinieron en dichos actos, la demanda deberá pro-

moverse contra todos o iniciarse por todos. Si no sucede así, el demandado puede proponer la excepción previa de que estamos tratando la cual si prospera implica que se ordene la citación de los que han debido integrar el litisconsorcio necesario, a fin de que el proceso se adelante con su intervención y sea posible dictar sentencia de fondo. Lo dicho sin perjuicio de que el juez de oficio ordene la citación al admitir la demanda y que si la excepción no se propusiere, aquel deba hacerlo posteriormente mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia. Si no se actúa en la forma indicada debe ser inhibitoria.

VII.8 Eleito pendiente entre las mismas partes y por el mismo motivo. Se configura esta excepción cuando se siga otro proceso entre las mismas partes y por el mismo motivo, vale decir que haya identidad de objeto y de causa. Es de principio general del derecho que la acción se extingue por su ejercicio y que una acción no puede ejercitarse simultáneamente en dos procesos distintos, por lo cual a cada una corresponde un solo proceso. Por consiguiente si se instaura una acción cuando respecto de ella ya cursa otro proceso, el demandado puede proponer la excepción previa de pleito pendiente encaminada a que el nuevo proceso se termine, sea que curse en el mismo o diferente juzgado, sea que las partes asuman la misma o diferente posición, en los dos procesos la ley no establece distinción.

Existen dos criterios diferentes sobre la clase de providencias que deciden sobre las excepciones previas y de mérito.

Hernando Devís Echandía conceptúa que el C. de P. C., dispone en su artículo 302 que son sentencias las providencias que deciden sobre excepciones que no tengan el carácter de previas, lo cual significa que las que resuelvan excepciones previas son autos interlocutorios; los artículos 97 a 100 del C. de R. C., regulan como incidente que se decide por auto en ambas instancias el trámite de todas las excepciones previas, de procedimiento y de mérito, que el primero determina sin salvedad alguna.

Lo dicho significa que es imposible asignarle el carácter de sentencia a la providencia que resuelva excepciones previas o mediante incidente o en audiencia en procesos verbales, aun cuando se trate de las de mérito que se autoriza proponer como tales a saber: caducidad del derecho de acción o del derecho sustancial prescripción cosa juzgada, transacción.

También se concluye de lo expuesto, que contra ese auto, si se produce en la primera instancia existen los recursos de reposición y apelación, y cuando es dictado en segunda instancia no tiene recurso alguno, como todos los que deciden apelaciones en la Sala de Casación contra autos interlocutorios. (27).

Sin embargo la Corte considera que la providencia que resuelve favorablemente el incidente de excepciones de fondo propuestas como previas tiene el carácter de sentencia y el que las rechaza es un auto. Dice la Corte: "Es cierto que tratándose de excepciones de fondo así sea una de las cuatro que el inciso final del artículo 97 del C. de P. C., autoriza proponer como previas, el proveído que las acoge indudablemente tiene el rango de sentencia, pues así se resuelve definitivamente sobre la cuestión sustancial debatida por lo cual el artículo 302 ibidem dispone que tal es la providencia del juez que decide sobre las excepciones que no tengan el carácter de previas.

Y es claro que las excepciones de cosa juzgada, transacción prescripción y caducidad no son previas sino típicamente de fondo aunque por los efectos que produce su acogimiento, la ley ha permitido al demandado formularlas también como previas.

El principio de la economía procesal aconseja que pueden ser materia de previo pronunciamiento. Pero no es igual el resultado que produce la providencia que decide sobre una de las cua-

(27). Jairo López Morales. Jurisprudencia de la Corte y Tribunales

tro excepciones de fondo enumeradas; si la excepción se acoge -- una vez quede en firme esa declaración, el proceso termina porque la relación debatida ha sido definitivamente decidida. Mas si la excepción se rechaza el trámite continúa por que en nada se define la relación sustancial litigada. Por tanto solo en el primer caso la resolución es una verdadera sentencia. (28).

No sucede lo mismo cuando cualquiera de las dichas excepciones fue propuesta pero no como previa, pues en tal evento a -- veces del artículo 96 ibidem debe ser decidida en el fallo como toda otra excepción de fondo que haya formulado el demandado. En tal caso precisamente porque su resolución, sea favorable, o no lo puede tomarse en la sentencia, la providencia que decida sobre ellas será siempre tal. (29).

De consiguiente si la providencia con que termina el incidente de excepciones previas es un auto cuando se rechaza alguna de las cuatro de fondo que pueden proponerse como previas es preciso conceder recurso de casación por este no cabe sino contra las sentencias.

Tratándose de incidente de excepciones bien se ve que esto a menudo surge por que una de las partes, proponga dentro del -- proceso que se decida como tal una cuestión que afecta al fondo mismo de la litis, como ocurre entre otras, con la excepción de -- la prescripción cuya decisión en caso de no estar probados los -- hechos fundamentales no pone fin al proceso efecto que si se logra cuando este medio exceptivo prospera y ental caso la providencia es definitiva y deja sin ninguna actividad las peticiones del demandante porque dicha decisión excluye para siempre la pretensión. En tal sentido la providencia que declara probada la excepción de prescripción es una sentencia y al contrario el aque -- lla no prospera su decisión tendrá la naturaleza de propia de un

(28) (29) Jalro López Morales. Obra citada. Pags. 412, 413.

Auto simplemente interlocutorio, pone fin al incidente pero no a la relación jurídico procesal y menos excluye la petición del actor que queda pendiente de una decisión de fondo. (30).

Con respecto a esta decisión salvaron el voto los magistrados Humberto Murcia Gallón y Alberto Ospina Botero quienes se expresaron en la siguiente forma; Es indiscutible que el calificativo de una providencia judicial depende, según los postulados de la ley al respecto, no solo exclusivamente de su contenido sino también de su forma: es mas en este campo el legislador ha aunado el aspecto material con el formal, así en ciertos casos torna predominante el uno sobre el otro.

Y si bien es verdad que el contenido jurídico de las providencias es, a términos del artículo 302 del C. de P. C. un factor importante que contribuye a su recta clasificación de auto o sentencia no lo es menos que la ley positiva expresa y claramente impone para el uno y para la otra, determinados y específicos requisitos de forma, exigencias formales estas que coadyuvan decisivamente a la ubicación de una providencia ora en la clase de los autos o ya en el de las sentencias y por consiguiente a determinar y precisar el tratamiento jurídico procesal a que ésta o a aquel deben y tienen que someterse.

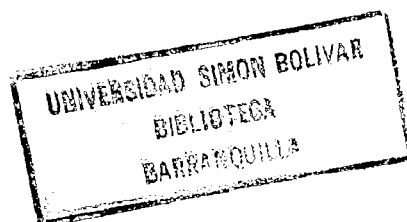
Y qué decir cuando en la materia es la misma la que le atribuye a determinada providencia el calificativo de auto, el artículo 99 del C. de P. C. manda que "las excepciones previas se tramitaran como incidentes", lo cual significa que esa ritualidad culminará en un auto (art. 137 ibidem.) e l que, según pregona el citado artículo 99 si "rechaza las excepciones será apelable en el efecto devolutivo y el que las acepta en el efecto suspensivo. El artículo 351 le da también el carácter de auto a la providencia que decida un incidente."

"Compartimos el criterio de que las excepciones de caducidad, prescripción y cosa juzgada no obstante que la ley permite -

proponerlas como previas por su propia finalidad jurídica son de fondo o mérito y no simplemente formales, desde luego que con tales medios defensivos el demandado ataca la obligación que de él se reclama y no el procedimiento que se ha seguido con este fin.

Pero de que ello sea así no puede surgir, sin contradecir claros textos legales, que la providencia que decide esas excepciones cuando por permisión legal se proponen como previas, sea sentencia, desde luego que su pronunciamiento debe obedecer en tal supuesto a la culminación de un incidente, tramitado con ese fin y en acatamiento a claras prescripciones legales.

(31). Jairo López Morales. Obra citada Pág. 416.



Capítulo VIII

Excepciones de Fondo.

Ya quedó expuesto que el demandado en uso de su derecho de contradicción, puede alegar como medios defensivos las llamadas excepciones. En el capítulo VI se expuso en qué consisten las excepciones y su clasificación. En el capítulo VII se trató acerca de las excepciones previas.

En el presente capítulo me ocuparé de las llamadas excepciones de fondo o mérito; estas excepciones pueden ser propuestas cuando el demandado considera que han sobrevenido hechos extintivos e impositivos de las peticiones alegadas por el demandante.

¿Cuándo sucede esto?

Para que pueda aplicarse una norma, es decir para que pueda operar la consecuencia jurídica de una ley que está dirigida contra un particular y puesta a disposición de otro, se requiere que suceda un hecho igual al caso jurídico previsto en la norma. Los hechos jurídicos con frecuencia están constituidos por diversos elementos todos los cuales deben ocurrir en la práctica para que pueda decirse que el caso concreto es igual a él. Si el caso concreto no reúne todos los requisitos enunciados en el hecho jurídico previsto en la norma, no podrá considerarse le igual a tal hecho jurídico. Por lo tanto si el demandado demuestra al juez que el caso presentado por el actor carece de algunos de los requisitos exigidos, aquel no podrá aplicar la norma cuya consecuencia se suponía que estaba dirigida contra el demandado y puesta a disposición del actor. Subjetivamente esto equivale a decir que el derecho del actor no habrá nacido, por haberlo impedido la ausencia del mencionado requisito.

Por este motivo a los hechos impositivos se les atribuye el no nacimiento del derecho.

Y una vez acaecido un caso igual al hecho jurídico previsto en la norma legal, el sujeto activo de la relación jurídico procesal tendrá a su disposición la consecuencia jurídica de la norma o sea que habrá nacido su derecho a la prestación correspondiente y el correlativo deber a cargo del sujeto pasivo. Pero ese derecho puede desaparecer, extinguirse y esto sucederá cuando tenga lugar un caso igual al hecho jurídico previsto en la norma que así lo disponga al cual caso, por esta razón, se le llama hecho extintivo.

Los hechos impositivos llevan a que se desconozca la existencia de una obligación, impiden el nacimiento del derecho por consiguiente el deber correlativo; los hechos extintivos llevan a declarar la extinción de un derecho que tuvo existencia, y por tanto el deber correlativo. En otros términos los hechos constitutivos son los que dan nacimiento a una relación jurídica; los impositivos aquellos que no obstante existir uno constitutivo implican un obstáculo al nacimiento de una relación jurídica. De esta manera todo derecho nace, se extingue o transforma a consecuencia de un hecho.

En sentido estricto las excepciones de fondo o mérito no consisten en la simple negación del hecho afirmado por el actor sino en la contraposición de un hecho impositivo o extintivo que excluyen sus efectos jurídicos y por lo mismo la pretensión.

Hernando Morales Molina cita a la Corte que al respecto dice: "La excepción en el derecho ritual constituye una noción inconfundible con las defensas del demandado. La excepción es un medio de defensa pero no engloba toda la defensa. En su sentido estricto la defensa estriba en la negación del derecho alegado por el demandante. Y la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consista en la negación del hecho afirmado por el actor sino en contraponerle otro impositivo o extintivo que excluye los efectos jurídicos del primero... De consiguiente la

excepción perentoria cualquiera que sea su naturaleza, represente un verdadero contraderecho del demandado preexistente al proceso y susceptible de ser reclamado a su vez como acción. (32).

Las excepciones de fondo o mérito que aparezcan probadas dentro del proceso deben ser declaradas de oficio aun cuando esto no hubiere sido solicitado por el demandado, por mandato del artículo 306 del C. de P. C., salvo la prescripción, compensación y nulidad relativa que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

Como las excepciones de fondo al contrario de las previas no están limitadas, no importa que el demandado al proponerlas se equivoque en el nombre que le dé ya que el juez debe tener en cuenta es la relación de hechos en que se apoya.

Al respecto ha dicho la Corte: "Pero es mas si el juez encuentra probada la excepción que no fue propuesta, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que siempre deben ser alegadas por el demandado, debe reconocerla oficiosamente en la sentencia, así si en el escrito de contestación de la demanda no se hayan formulado excepciones. También y con mas razón ha de reconocer la excepción probada cuando el demandado la propuso con nombre diferente al que le correspondería."

Actualmente el concepto privatista del proceso ha cedido ante los nuevos rubros del derecho procesal que busca la realización de la justicia, fundandose en una verdad verdadera y no meramente formal. (33).

Se exceptúa el proceso ejecutivo en que no pueden proponerse en forma generica, porque requieren hechos preciso y exactos o imperativos para negar la acción ejecutiva que por su mismo caracter de rigidez y ejecutoriedad y por que si para que la acción ejecutiva sea admisible se exige que emané de un título expreso, claro y exigible es lo propio que un título con igual

(33). Jairo López Morales. Obra citada. Pág. 210.

los caracteres sea el único posible que deba enfrentarsele.

VIII.1 Proposición y resolución de las excepciones.

Las excepciones de fondo, han de formularse por el demandado en el escrito de contestación de la demanda, indicando los hechos en que las sustenta. Afectan la cuestión de mérito, por lo cual el procedimiento puede marchar regularmente hasta el pronunciamiento de la sentencia, a pesar de haberse alegado y probado una excepción que conduzca a la desestimación de la demanda. De ahí por qué las excepciones de fondo no son materia de especial y previo pronunciamiento, sino que deben resolverse en la sentencia. (34).

Se exceptúan la transacción, cosa juzgada, prescripción, y caucidad que se pueden aducir si el demandado lo quiere como previas ya que una vez probadas hacen inútil la prosecución del proceso especialmente las dos primeras que se acientan en la falta de jurisdicción.

A diferencia de las previas las de fondo no tienen trámite propio y siguen el curso del proceso dentro del cual se alegan por lo cual los hechos que las constituyen deben acreditarse dentro de las oportunidades y términos que se señalan para probar la pretensión.

VIII.2 Como se examinan las excepciones. Salvo en el proceso ejecutivo, como ya se dijo, las excepciones se deciden en la sentencia. Si el demandado las ha propuesto, el juez debe examinarlas en la parte motiva motiva y decidir sobre ellas en la resolutive, cuando encuentre acreditados los requisitos de la pretensión, pues en caso contrario absuelve al demandado por carencia de cualquiera de ellos. Si no lo hace el juez incurre en sentencia de mínima petita. (35).

(34). Hernando Morales Molina. Obra citada. Pág. 215.

(35) Hernando Morales Molina. Obra citada. Pág. 220

VII.3 Algunos hechos que constituyen excepciones de fondo. Las excepciones de fondo o mérito están constituidas por todos - aquellos hechos capaces de enervar las pretensiones del demandante, como se ha visto en capítulos anteriores, desde luego que estos hechos son numerosos y solamente haré referencia a alguno de ellos.

Comenzaré por la prescripción que auncuando la ley procesal civil permite alegarla como previa por razón de economía procesal es una excepción típicamente de fondo, porque una vez acogida, la relación debatida queda definitivamente decidida.

Se entiende por prescripción de las acciones judiciales la pérdida del derecho por no haberlo ejercitado en el plazo legal señalado. El artículo 2535 del C.C. expresa: "La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige ciertamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta el tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible". De tal manera que si el demandante ha dejado de ejercer su derecho y ha transcurrido el plazo legalmente señalado para la coar la acción, y lo hace después de vencido dicho plazo, el demandado puede alegar con éxito la excepción de prescripción.

Se considera esta decisión de declarar probada la excepción referida como una sanción al demandante negligente.

Según lo expresa el artículo 90 del C.deP.C., la prescripción se interrumpe con la presentación de la demanda, al efecto - la Corte ha dicho; "El artículo 90 del C. de P.C. dispone que una vez admitida la demanda, se considera interrumpida la prescripción propuesta desde la fecha de la presentación de aquella, siempre y cuando se llene por el demandante estos requisitos: (I) que dentro de los cinco días siguientes a su admisión suministre lo necesario para notificar al demandado; (II) que dicha notificación se haga en el término de los diez días siguientes; (III) que si lo no se cumpliere el demandante efectúe las diligencias anteriores".

para que se cumpla con un curador ad litem dentro de los dos meses siguientes. Y agrega en el inciso segundo de la norma en estudio que ,en caso contrario, es decir, en el de que no se cumplieren estos requisitos solo se considerará interrumpida la prescripción con la notificación del auto admisorio de la demanda a su curador ad litem. (36).

La caducidad este es otro hecho considerado como oponible como excepción de fondo pero a diferencia del la prescripción debe ser declarado oficiosamente cuando de la demanda o de sus anexos aparezca constituida.

La caducidad consiste en el no ejercicio de un derecho en el término que para ello ha fijado la ley. El fin de la prescripción es tener por extinguido un derecho que por no haberse ejercitado se presume que su titular lo ha abandonado; mientras que el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo en que el derecho debe ser útilmente ejercitado. Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho o sea la negligencia real o presunta del titular mientras que en la caducidad se considera solamente el factor objetivo de la falta de ejercicio en el término pre fijado prescindiendo de la razón subjetiva, negligencia del titular y aún imposibilidad de hecho.

Transacción esta es otra excepción de fondo que puede ser propuesta como previa. El C.C. dice: La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio o precaven un litigio eventual. No es la transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

La transacción implica un acto de disposición porque en ella cada una de las partes cede parte del derecho que cree tener. (37).

(36) (37)Jairo López Morales. Obra citada. Págs. 595 y 632.

V VIII.4 Excepciones en el proceso ejecutivo. Por la naturaleza del proceso ejecutivo se sabe que las excepciones propuestas deben consistir en hechos precisos o exactos; lo relativo a las excepciones en el proceso ejecutivo está regulado por los artículos 510, 509, 511 del C. de P.C. En el proceso ejecutivo común el tiempo hábil para proponer estos medios de defensa es de diez días a partir de la notificación del mandamiento ejecutivo. En los procesos ejecutivos con título hipotecario, las excepciones han de proponerse dentro del término de cinco días del traslado.

En términos generales, cuando la ley autoriza la proposición de excepciones previas, éstas deben ser formuladas en escrito separado y se tramitarán en forma de incidente que tiene una decisión previa.

Si embargo en los procesos ejecutivos con título hipotecario o con garantía prendaria no es viable el incidente antes referido porque en esta clase de procesos las excepciones previas se proponen y tramitan conjuntamente con las que atacan las bases de la pretensión, y se resuelven simultáneamente en la sentencia.

En los procesos ejecutivos según lo dispuesto en el artículo 509 *ibidem*, el demandado tiene la facultad de proponer, dentro de los diez días antes mencionados en un solo escrito todas las excepciones previas o perentorias que considere obran a su favor.

En el mismo escrito debe pedir pruebas y por eso el demandado no podrá corregir o adicionar el escrito de excepciones. En caso de que a estos últimos se les llegare a dar trámite se incurrirá en la nulidad prevista en el numeral 40. del artículo 152 *ibidem*. (38).

Las excepciones que puede proponer el demandado perseguido en el proceso ejecutivo de acuerdo con el C.C. son: 1. el pago. 2. la pérdida de la cosa debida. 3. la compensación 4. confusión 5. novación 6. remisión 7. la prescripción 8. la transacción. 9. la nulidad según las causales previstas en los incisos 2. y 3. del -

artículo 154 del C. de P.C. Considera el Tribunal Superior de Popayan que el demandado pueda proponer las siguientes excepciones: Que al título ejecutivo le falten algunos de los requisitos de que trata el artículo 1434 del C.C. Que el título no reuna los requisitos señalados en el artículo 42 y concordantes del decreto 2163 de 1970, si la cesión del crédito y la notificación de la misma no están hechas tal como lo dispone los artículos 1960 y 1961 del C.C., que no estén dadas las circunstancias para el cobro de una obligación condicional. Cuando para el cobro de deudas hereditarias se persiguen bienes personales de un heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario. Cuando el título ejecutivo proceda de un contrato bilateral y se exija a una parte el cumplimiento no obstante que la otra parte haya incumplido las suyas. Las excepciones que de conformidad con lo dispuesto en el art. 790 a 793 del C. de Co. son procedentes respecto de los títulos valores.

En el proceso ejecutivo, dada su naturaleza, las excepciones no pueden ser declaradas de oficio ya que el juez debe limitarse ya que el juez debe limitarse a considerar aquellas que fueron propuestas en forma expresa y concreta según lo dispone el artículo 509 del C. de P.C. En términos generales las excepciones que proceden en los procesos ejecutivos pertenecen a los siguientes grupos:

Las llamadas excepciones de mérito porque van contra el fondo del asunto y están fundadas en hechos que sirven para desconocer la existencia de la obligación o declararla extinguida si alguna vez existió; así están las excepciones de petición indebida, petición antes de tiempo, de contrato no cumplido, las de dolo, fuerza mayor, la de simulación, la de pago, la compensación, novación etc..

También pueden proponerse excepciones previas o sea aquellas que atañen a la forma o procedimiento, que viene a ser verdaderos impedimentos procesales y caben en el procedimiento ejecutivo según los artículos 509 y 545 del C. de P.C.

Haciendo referencia al artículo 509 ibídem según el cual no son admisibles las excepciones que no son concretas ha dicho la Corte: Aun cuando no hayan sido propuestas ni alegadas excepciones perentorias, en el proceso ordinario, el juez debe reconocer las excepciones perentorias si están probados los hechos - que las constituyen, salvo que como la prescripción forzosamente haya que alegarla o proponerla.

En el proceso ejecutivo que es de naturaleza especial no puede suceder esto porque la eficacia de la acción depende de la oportunidad en que se haya propuesto y hasta de la forma en que se presente sin que el juzgador pueda decretar de oficio ninguna excepción, ya que en esta clase de procesos lo concerniente a excepciones está totalmente reglamentado en las disposiciones especiales que lo rigen. (3()).

(39). Jairo López Morales. Obra citada. Pág. 385.

