

AAQ1430

TESIS
DP2003
M37

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO

**USO DE LAS CUESTIONES PREVIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS
CIVILES Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

**Proyecto de Trabajo Especial de
Grado Presentado como Requisito
para Optar al Grado de
Especialista en Derecho Procesal.**

Abg. Azucena del C. Mata G.

Asesor: Nelly Mata

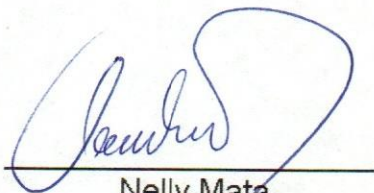
CARACAS, NOVIEMBRE 2003

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

ACEPTACIÓN DEL TUTOR

Por la presente hago constar que he leído el proyecto de Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana abogado Azucena del Carmen Mata García, para optar al grado de especialista en Derecho Procesal, cuyo título tentativo es: **Uso de las Cuestiones Previas en los Procedimientos Civiles y la Tutela Judicial Efectiva.**

En la ciudad de Cumaná, a los quince días del mes de Noviembre de 2003.



Nelly Mata
C.I.: 03.873.466

**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POST-GRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**USO DE LAS CUESTIONES PREVIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS
CIVILES Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Por: Abg. Azucena del C. Mata G.

**Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Procesal,
aprobado en nombre la Universidad Católica “Andrés Bello”, por el
jurado abajo firmante, en la ciudad de _____ a los
_____ días del mes de _____ de 2003.**

Nombres y Apellidos
C.I.:

Nombres y Apellidos
C.I.:

A mis compañeros de Post-Grado y mis familiares y amigos por su colaboración, especialmente a Vallita y Norma.

A mis hijos, esposo y mi madre, que se quedaron solo durante los tiempos del postgrado por toda su colaboración y comprensión.

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---------------------|----|
| Agradecimiento..... | iv |
| Índice..... | vi |
| Resumen..... | ix |
| Introducción..... | 1 |

Capítulo I: Uso de las Cuestiones Previas en los Procedimientos Civiles

| | |
|--|----|
| - Referencias Teóricas..... | 3 |
| - Definición de Cuestiones Previas..... | 6 |
| - Referencias Legales..... | 7 |
| - Confesión Ficta..... | 11 |
| - Promoción Conjunta y Acumulativa..... | 11 |
| - Soluciones e las Distintas Cuestiones Previas..... | 12 |
| - Manera de Subsanan Defectos..... | 13 |
| - Incidencia por Ordinales..... | 14 |

Capítulo II. Naturaleza Jurídica de las Cuestiones Previas

| | |
|---|----|
| - Mecánica a seguir para tratamiento de las cuestiones previas (tratamiento, concepto, consecuencias y efectos)..... | 16 |
| - Falta de jurisdicción..... | 16 |
| - Litis pendencia..... | 18 |

| | |
|--|----|
| - Requisitos para la Litis Pendencia..... | 19 |
| - Diferencias entre la Litis Pendencia y Acumulación..... | 19 |
| - Procedimientos incidentales de las cuestiones previas..... | 21 |
| - Recursos contra la interlocutoria..... | 21 |
| - Ilegitimidad del actor por carácter de la capacidad necesaria comparecer en juicio..... | 22 |
| - Tratamiento de la incidencia en materia de esta cuestión previa..... | 25 |
| - Cualidades para mejorar la presentación jurídica o para ejercer poderes en juicio..... | 27 |
| - La representación judicial y la cuestión previa..... | 28 |
| - Tramitación de la cuestión previa..... | 33 |
| - Condición y plazo o término..... | 41 |
| - Procedimiento procesal para que se produzca la prejudicialidad..... | 43 |
| - Fundamentos jurisprudenciales de la cosa juzgada..... | 47 |
| - Cosa juzgada formal..... | 48 |
| - Cosa juzgada material..... | 48 |
| - Diferencia entre caducidad y prescripción..... | 51 |
| - Tutela judicial efectiva..... | 53 |

Capítulo III. Articulación y Sentencia Interlocutoria

| | |
|--------------------------------|----|
| - Articulación probatoria..... | 62 |
|--------------------------------|----|

| | |
|--|----|
| - Decisión..... | 64 |
| - Efectos de las cuestiones previas..... | 66 |
| - Efectos de la declaración con lugar de las cuestiones previas..... | 77 |
| - Apelación y costas..... | 79 |
| - Regulación de recursos y costas..... | 81 |
| - Costas de la incidencia..... | 84 |
| Conclusiones..... | 85 |
| Recomendaciones..... | 87 |
| Bibliografía..... | 88 |
| Anexo | |

**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”
DIRECCIÓN DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

RESUMEN

En el presente trabajo se ofrece una información de cómo la oposición de las cuestiones previas provoca el retardo en los procedimientos judiciales. A los efectos de la realización del mismo se ha procedido a, en primer lugar la investigación documental con apoyo en una amplia revisión bibliográfica y el uso de una matriz de análisis de contenido, análisis comparativo de los planteamientos doctrinarios que tratan sobre las cuestiones previas como forma de retardar el proceso. Para ello se utilizaron fuentes documentales y se analizó la información suministrada. Los resultados obtenidos evidencian como conclusión general, como los abogados oponen las cuestiones previas con el interés de retardar el proceso, para hacerlos más largos y con el fin último de lograr se declare extinguido el procedimiento. De igual forma, este estudio servirá para aclarar las dudas existentes sobre las cuestiones previas y porque así en las demandas planteadas, se subsanen los posibles errores cometidos al iniciar o intentar una acción, buscando así una sana administración de justicia, una mayor celeridad procesal y por ende, una tutela judicial efectiva que garantice a los litigantes un proceso justo.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por objeto determinar el uso de las cuestiones previas como una forma de retardar el proceso. Dicho estudio surge en razón de la exigencia de la Cátedra al requerir el trabajo de investigación.

Para el alcance de la investigación se contó con una extensa bibliografía que trata sobre las cuestiones previas, para luego analizar cómo se retardan los juicios cuando se oponen las cuestiones previas.

Las cuestiones previas es todo aquello que deba ser resuelto antes que el asunto principal, es decir, antes que el asunto de fondo, o aquello que impide decidir sobre dicho asunto o sobre la causa principal. A pesar del esfuerzo del legislador por cortarlo, en la práctica continúa infringiéndose el principio de la celeridad procesal y la utilización de las cuestiones previas constituye un mecanismo frecuentemente empleado con el objeto de lograr tal fin.

Lo antes indicado ocurre, por cuanto el abogado de las personas demandadas, en la gran mayoría de los casos, a sabiendas de que no tienen fundamento legal para oponer determinada cuestión previa, lo hacen con el

fin de lograr y de hecho lo logran, en forma automática el retardo procesal. Esta intervención constituye el hecho de que los jueces no cuentan con una disposición legal o normativa que los faculte para admitir o no inmediatamente la cuestión previa opuesta.

Los instrumentos utilizados para el desarrollo de este trabajo, fueron la revisión bibliográfica y una matriz de análisis de contenido. Los resultados obtenidos en la investigación, servirán para que los abogados traten de subsanar los errores de la acción y evitar el retardo de manera inoficiosa el proceso.

Esta investigación fue estructurada en tres capítulos, distribuidos de la siguiente manera: El capítulo I, se refiere al uso de las cuestiones previas en los procedimientos civiles.

El capítulo II, comprende la naturaleza jurídica de las cuestiones previas, el capítulo III, contiene todo los referidos a la articulación y sentencia interlocutoria.

Finalmente se exponen las conclusiones obtenidas en la investigación y las recomendaciones aportadas por el investigador.

CAPÍTULO I

USO DE LAS CUESTIONES PREVIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES

Referencias Teóricas

Las cuestiones previas, constituyen en principio referido al derecho que tiene toda persona que se le garantice su defensa en estrados. Así las cosas, el Máximo Tribunal de la República, en Sala de Casación Civil, determinó lo siguiente:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita a San José de Costa Rica el 22-11-69 y ratificada por nuestro país, 9-8-77 ha difundido el principio universal del debido proceso al establecer en el ordinal 8, que “toda persona tiene derecho a ser garantizada su defensa, excluyendo el arbitrio judicial y la licencia de las partes (sentencia del 10 de agosto de 1995), ratificada en el expediente número 95-867, fallo número 173, del 19 de junio de 1996”.

El Código de Procedimiento Civil promulgado el 4 de julio de 1916, hoy derogado, plasmaba en su artículo 248 lo que se conoció como

excepciones dilatorias, las cuales aparecían contenidas en ocho ordinales, e igualmente, el artículo 257 también derogado, incluía otras cuatro, las llamadas excepciones de inadmisibilidad. Ambas comportaban medios de defensa, utilizado con fines distintos. Así, con la invocación de una o varias de las primeras, se perseguía la paralización o suspensión provisional del proceso y con las segundas, desechar la demanda o no darle un fraude al juicio.

El actual Código de Procedimiento (1986) trae prácticamente las mismas excepciones, pero con denominación diferente. En otras palabras, en la actualidad no se habla en estrados de excepciones dilatorias o de inadmisibilidad, sino que la terminología forense se refiere a las cuestiones previas.

Ellas, según La Roche (1987), aparecen contenidas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil y son:

- 1) La falta de jurisdicción del juez, o la incompetencia de éste o la inadmisibilidad, o que el asunto debe acumularse a otro proceso por razones de accesoriedad, de conexión o de continencia.
- 2) La ilegitimidad de la persona del actor por carecer de la capacidad necesaria para comparecer en juicio.
- 3) La ilegitimidad de la persona que se presente como apoderado o representante del actor, por no tener capacidad necesaria para ejercer poder en juicio, o por no tener la representación que se atribuye, o porque el poder no esté otorgado en forma legal o sea insuficiente.

- 4) La ilegitimidad de la persona como representantes del demandado, por tener el carácter que se le atribuye. La ilegitimidad podrá proponerla tanto la persona citada como el demandado mismo, o su apoderado.
- 5) La falta de caución o fianza necesaria para proceder al juicio.
- 6) El defecto de forma de la demanda, por no haberse llenado en el libelo los requisitos que indica el artículo 340, o por haberse hecho la acumulación prohibida en el artículo 78.
- 7) La existencia de una condición o plazo pendientes.
- 8) La existencia de una cuestión prejudicial que debe resolverse en un proceso distinto.
- 9) La caducidad de la acción establecida en la Ley.
- 10) La prohibición de la ley de admitir la acción propuesta, o cuando solo permite admitirla por determinada causales que no sean de las alegadas en la demanda (p. 259).

Cuando el actor estudie con detenimiento y compare las excepciones tanto dilatorias como la inadmisibilidad en relación con las cuestiones previas de nuestros días, podrá darse cuenta que entre unas y otras hay un verdadero parecido. Ello es así, porque los ordinales 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 contemplados en el artículo 248 del Código derogado de 1916, son los mismos del artículo 346 del actual Código de Procedimiento Civil. En cuanto concierne a los ordinales 1, 3 y 4 del viejo código adjetivo, que contenían las excepciones de inadmisibilidad, están plasmadas en los actuales ordinales 9, 10 y 11 del Código de Procedimiento Civil vigente.

Una de las características especiales que tienen las actuales cuestiones previas consiste en que las mismas deben ser planteadas de

manera acumulativa en el mismo acto, ya que posteriormente no podrán ser alegadas.

Conviene introducirse en el estudio con mayores detalles, en lo pertinente a los artículos 353, 354, 355 y 356 del Código de Procedimiento Civil, pues en el mencionado articulado aparecen perfectamente delimitados los efectos de la declaratoria con lugar de las diferentes cuestiones previas.

Definición de Cuestiones Previas

- Son los medios que la ley pone a disposición de la parte demandada para diferir, impedir, enervar o destruir la acción del demandante.

- Se entiende por cuestiones previas desde el punto de vista procesal, a toda cuestión que ha de ser resuelta antes que el asunto principal, es decir, antes que el asunto de fondo, o que impide decidir sobre dicho asunto o sobre la causa principio (Balzán, 1986, p. 376).

Parea Couture (1958):

Cuestión Previa en su más amplio significado, como el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él. Reconoce dos acepciones más al vocablo. Una primera aludiendo a su carácter sustancial, que se refiere a la pretensión del actor y no a la

efectividad de su derecho. Una segunda a su carácter procesal, referida a los medios de defensa que hace valer el reo, reclamando al juez su absolución de la demanda o la liberación de la carga de contestarla (p. 90)

Rosemberg (1955):

La distinción entre la excepción procesal y la sustancial radica en que la primera es siempre un hecho, mientras que la segunda es siempre un derecho. Señala acertadamente, además, que no existe diferencias procesales entre las excepciones de derecho civil y las excepciones procesales hoy Cuestiones Previas. Sin bien la distinción es útil para dilucidar su naturaleza debe reducirse al campo de la doctrina, pues teniendo ambas en el proceso los mismo efectos, no hay razón para distinguirlas en la ley procesal (p. 147).

Referencias Legales

Muchos son los trabajos que se ocupan de la evolución histórica de la excepción o CUESTIÓN PREVIA, partiendo de su origen. Sin embargo omiten tratar el fundamento jurídico de dicho instituto. En efecto, no basta decir que el proceso fue poco a poco nutriéndose de instituciones propias hasta llegar a darle una defensa al reo. Es importante analizar qué razón jurídica indujo al legislador a facultar al demandado para que se defienda contra la acción (Bacca, 1986, p. 47).

La razón jurídica no puede ser otra, que el principio de bilateralidad de las partes. Millar (S/F), citado por Calvo (1986), señala que éste es el más

importante de los principios procesales, y cita un proverbio de la Alemania medieval: "La alegación de un solo hombre no es alegación; el hombre debe oír a ambas partes" (p. 45). Por ello ese principio ha sido consagrado por las constituciones de varios países, que preceptúan, que nadie puede ser condenado sin ser oído.

No ha de olvidarse que el proceso se originó al tener vigencia el principio de bilateralidad. Antes de ello, el derecho tuvo al servicio de la fuerza, rigiendo la autodefensa. Cinco siglos antes de Cristo, Esquilo informó en las Auménides, por boca de Palas Atenea, que nunca habrá justicia si habiendo dos partes sólo de ha oído la voz de una. Esas palabras eran pronunciadas en referencia a Orestes, el hijo de Agamenón acusado de haber matado nada menos que a su madre Clitemnestra, en venganza por el asesinato de su padre. Así nació la justicia, hermanando la venganza y la ley (Ferrero, 1968, p. 38).

Se ve que desde los albores del proceso existió el derecho de la defensa. La excepción hoy CUESTIÓN PREVIA nace como una extensión de este derecho, porque "restringir al demandado la defensa sería contra las reglas de la equidad".

Rocco (1959), señala que:

El fundamento jurídico de la excepción CUESTIÓN PREVIA se encuentra en el principio que establece la igualdad de las partes en el proceso. El ilustrado jurista sostiene que: "en el proceso de conocimiento, siendo incierto cuál de las partes otorgada por el derecho de un interés determinado, el principio de igualdad importa que a la pretensión del actor consiste en que su demanda sea acogida, se oponga una pretensión del demandado sosteniendo que se desheche (p. 231)

Y es que la excepción, hoy cuestión previa se originó en Roma como una restricción al poder de condenar, en vista de la violación constante del principio de equidad.

La igualdad consiste en tratar diversamente a los desiguales. Y en el proceso, el demandado está en condiciones de inferioridad. El es sorprendido con la demanda, mientras el actor ha tenido el tiempo suficiente para prepararla. Por ello, la ley da al reo la defensa, por ello nació la excepción procesal hoy cuestión previa; era necesario atemperar esa desigualdad. Cualquier defensa constituye un derecho del demandado. Ciertamente: en el sentido de que el demandado tiene derecho a defenderse con todos los medios que están a su disposición.

La igualdad de las partes es la garantía que un Estado ofrece a sus ciudadanos, para que éstos acudan en procura de justicia al Poder encargado de suministrarla. Un Estado que no ofrezca esta garantía, incita

a los hombres que lo componen, a volver al pasado e instruir la autodefensa, tiñendo en sangre las manos de la justicia.

El artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, establece: Dentro del lapso fijado para la contestación de la demanda, podrá el demandado en vez de contestarla promover las siguientes cuestiones previas.

1º) La falta de jurisdicción del juez, o la incompetencia de éste o la litispendencia, o que el asunto deba acumularse a otro proceso por razones de accesoriadad, de conexión o de continencia.

2º) La ilegitimidad de la persona del actor por carecer de la capacidad necesaria para comparecer en juicio.

3º) La ilegitimidad de la persona que se presente como apoderado o representante del actor, por no tener capacidad necesaria para ejercer poderes en juicio, o por no tener la presentación que se atribuye, o porque el poder no esté otorgado en forma legal o sea insuficiente.

4º) La ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, por no tener el carácter que se le atribuye. La ilegitimidad podrá proponerla tanto la persona citada como el demandado mismo, o su apoderado.

5º) La falta e caución o fianza necesaria para proceder al juicio.

6º) El defecto de forma de la demanda, por no haberse llenado en el libelo los requisitos que indica el artículo 340, o por haberse hecho la acumulación prohibida en el artículo 78.

7º) La existencia de una condición o plazo pendientes.

8º) La existencia de una cuestión prejudicial que deba resolverse en un proceso distinto.

9º) La cosa juzgada.

10º) La caducidad de la acción de la ley.

11º) La prohibición de la ley de admitir la acción propuesta, o cuando solo permita admitirla por determinadas causales que no sean de las alegadas en la demanda.

Confesión Ficta

Artículo 347. Si faltare el demandado al emplazamiento, se le tendrá por confeso como se indica en el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil y no se le admitirá después de la promoción de las cuestiones previas ni la contestación de la demanda con excepción de la falta de jurisdicción, la incompetencia y la litispendencia, que pueden ser promovidas como se indica en los artículos 59, 60 y 61 de este código.

Si el demandado no asiste a dar contestación a la demanda se le tendrá por confeso y no se le aceptará después la oposición de las cuestiones previas y tampoco podrá contestar la demanda, con la excepción de que la falta de jurisdicción, la incompetencia y la litis pendencia del Juez que procederá de oficio en cualquier estado o instancia del proceso.

Promoción Conjunta y Acumulativa

Artículo 348: Las cuestiones previas indicadas en el artículo 346, a que hubiere lugar, se promoverán acumulativamente en el mismo acto, sin admitirse después ninguna otra.

Las cuestiones previas señaladas en el artículo 346, serán opuestas todas por el demandado en el mismo acto, es decir antes de contestar la demanda, sin admitirse después ninguna otra cuestión previa.

Soluciones de las Distintas Cuestiones Previas

Artículo 349: Alegadas todas las cuestiones previas a que se refiere el ordinal 1º del artículo 346, el juez decidirá sobre las mismas en el quinto día siguiente al vencimiento del lapso del emplazamiento, atendándose únicamente a lo que resulte de los autos y de los documentos presentados por las partes. La decisión sólo será impugnable mediante la solicitud de regulación de la jurisdicción o de la competencia, conforme a las disposiciones de la Sección Sexta del Título I del Libro Primero.

De la norma supra transcrita se infiere que una vez opuesta la incompetencia, debe el órgano jurisdiccional decidirla al quinto día de despacho siguiente con los elementos que cursen autos, cuya decisión solo es susceptible de ser modificada, esto es, revisada por el órgano que indica la ley adjetiva procesal a través de la solicitud de regulación de la competencia.

Incidencia por Ordinales, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º

Artículo 350: Alegadas las cuestiones previas a que se refieren los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 346, la parte podrá subsanar el defecto u omisión invocados, dentro del plazo de cinco días siguientes al vencimiento del lapso del emplazamiento, en la forma siguiente.

Opuesta una cuestión previa a la que se refieren los ordinales antes mencionados de este artículo, el demandado tiene la facultad de corregir los defectos u errores cometidos al introducir la demanda dentro del plazo de

cinco días siguientes al vencimiento del lapso para contestar la demanda. Se corrige el error o se subsana.

De igual forma en los ordinales (2º, 3º, 4º, 5º y 6º) se contempla respectivamente que cuando comparece el demandante legalmente; se presenta en el juicio o en la demanda representado por su abogado o asistido legalmente. Que el demandante comparece con su abogado y el poder no debe ser defectuoso para que lo represente legalmente. El demandado se presenta él mismo o su verdadero representante. El demandante tiene que dar fianza para garantizar los derechos del juicio.

Manera de Subsana Defectos

En el ordinal 2º, mediante la comparecencia del demandante incapaz, legalmente asistido o representado.

En el ordinal 3º, mediante la comparecencia del representante legítimo del actor o del apoderado debidamente constituido, o mediante la ratificación en autos del poder y de los actos realizados con el poder defectuoso.

En el ordinal 4º, mediante la comparecencia del demandado mismo o de su verdadero representante.

En el ordinal 5º, mediante la presentación de la fianza o caución exigida.

En el ordinal 6º, mediante la corrección de los defectos señalados al libelo, por diligencia o escrito ante el tribunal.

En estos casos, no se causarán costas para la parte que subsana el defecto u omisión.

Incidencia por Ordinales

Artículo 351: Alegadas todas las cuestiones previas a que se refieren los ordinales 7º, 8º, 9º, 10º y 11º del artículo 346, la parte demandante manifestará dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del lapso del emplazamiento, si conviene en ellas o si las contradice. El silencio de la parte se entenderá como admisión de las cuestiones no contradichas expresamente.

El legislador ha previsto que frente a las cuestiones previas contempladas en los ordinales en referencia, el demandante, tiene la oportunidad de manifestar si acepta o conviene en la misma, contradiciéndoles. Si guardare silencio, el efecto previsto por la norma es la prevención de la admisión de las excepciones o cuestiones no contradichas.

CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CUESTIONES PREVIAS

Mediante las cuestiones previas previstas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, el demandado no persigue como único logro demorar o retardar el juicio, sino corregir los vicios y errores procesales que están implícitos en la acción intentada, sin que con ello se haga referencia al asunto, vale decir se purifica el proceso de todos los vicios de que pueda adolecer.

Castro (1944), citado por Zoppi (1989), considera como deber de política procesal, cuidar la debida investigación de la existencia de todos los requisitos previos necesarios al proceso para que éste se desenvuelva sin obstáculos; y en la mayor parte de los sistemas procesales modernos, se les denomina presupuestos o condiciones indispensables en cada proceso para la constitución de la relación jurídica, y puede entrarse al conocimiento de fondo (p. 16).

En legislaciones más avanzadas, se le deja al Juez en mayor o menor medida, la facultad de revisar su existencia, en tanto que otras, como sucede en el derecho patrio, ello depende de la iniciativa del demandado, quien

podrá denunciar la vigencia de los vicios mediante la pertinente excepción.

(Humberto Bello Lozano. Pp. 194-195. José Ángel Balzán, p. 376).

Mecánica a seguir para tratamiento de las cuestiones previas (Tramitación, concepto, consecuencias y efectos)

Falta de Jurisdicción

El Artículo 346 del Código de Procedimiento civil: Dentro del lapso fijado para la contestación de la demanda, podrá el demandado en vez de contestarla promover las siguientes cuestiones previas:

La falta de jurisdicción del Juez, el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, dispone:

“Alegadas las cuestiones previas a que se refiere el ordinal 1º del artículo 346, el Juez decidirá sobre la misma en el quinto día siguiente al vencimiento del lapso del emplazamiento, atendiéndose únicamente a lo que resulte de los autos y de los documentos presentados por las partes. La decisión solo será impugnable mediante la solicitud de regulación de la jurisdicción o de la competencia, conforme a las disposiciones de la sección Sexta del Título I del Libro Primero”.

Al efecto de la declaración con lugar, el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil expresa que: “Declarada con lugar la falta de

jurisdicción..., el proceso se extingue”.

En el Nuevo Código Civil (1986), distingue claramente la Jurisdicción de la Competencia.

La Jurisdicción, en sentido amplio, mira la función de fuente formal del derecho, y entonces se tiene que la ley, la costumbre y la Jurisprudencia son manifestaciones de ella. Por tanto no debe ni puede confundirse la Jurisdicción en un sentido general y el proceso, porque no solamente declara el derecho al Juez al decidir en un proceso, sino también lo hace el legislador al dictar la ley y el gobierno cuando promulga un decreto con fuerza de la ley y, en sentido estricto se entiende, la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial.

Tiene por fin la realización del derecho y la tutela judicial efectiva y el orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y la paz social; el fin de la jurisdicción se confunde con el proceso en general, pero esto contempla casos determinados y aquella, todos en general.

Al respecto Cuenca (1986), afirma: “El conjunto de órganos

jurisdiccionales constituye el Poder Judicial y la define diciendo, que es “...toda la actividad del Estado que tiene por finalidad, dirigir conflictos” (p.28).

La Competencia; constituye la facultad que cada Juez o magistrado de una rama jurisdiccional tiene, para ejercer la jurisdicción en determinados asuntos y dentro de determinado territorio. Mattisolo (1933), al analizar el concepto mencionado en el punto anterior sobre la jurisdicción, encontramos que esta constituye el género mientras que la competencia es la especie ya que por ésta, se le otorga a cada juez el poder de conocer de determinada porción de asuntos, mientras que la jurisdicción corresponde a todos los jueces de la respectiva rama, en conjunto y comprende todos los asuntos adscritos a ésta (p. 60). O sea, entre ellas, existe una diferencia cuantitativa y no cualitativa.

Litis Pendencia

Se ubica esta cuestión previa en el grupo 1º del Cuadro esquemático, como consagra en el ordinal.... del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil. De igual forma, el artículo 353 de dicho Código al referirse a la declaratoria de falta de jurisdicción, establece que se extingue el proceso, pues bien, en este sentido de asemeja a los efectos que se produce la

declaratoria con lugar de esta cuestión previa, ya que igualmente, extingue el proceso.

Requisitos para la Litis Pendencia

Para que se produzca la denominada Litis Pendencia, se requiere la existencia de dos juicios con las siguientes características comunes: que en ambos concurren las mismas partes con el mismo carácter, estén basados en la misma causa de pedir y tengan el mismo objeto (Naranjo, S/F, p.67).

Diferencia entre Litis Pendencia y Acumulación

El criterio más adecuado para diferenciarlas es el que dice que, "hay litis pendencia desde el momento en que existen dos juicios idénticos, pero habrá necesidad de la acumulación cuando por el parecido de dos acciones se corra el riesgo de que concluyan en sentencias contradictorias" (Ibidem, p. 68).

Acumulación

Igual que las anteriores se encuentran ubicadas en lo que se llama primer grupo, o sea las correspondientes al ordinal 1º, artículo 346 del

Código de Procedimiento Civil. Lo que persigue el proponente con la acumulación en busca de una sana administración de justicia y al mismo tiempo, de una mayor celeridad procesal.

Se hace procedente, accesoria, según el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil: En materia de fiadores o garantías y en cualquier demanda accesoria, conocerá el tribunal en donde esté pendiente la causa principal.

Conexión; al respecto el artículo 51 del mismo Código, establece: Cuando una controversia tenga conexión con una causa ya pendiente ante otra autoridad judicial, la decisión competirá a la que haya prevenido. La citación determinará la prevención.

En el mismo orden de ideas, el artículo 52 ejusdem establece otros supuestos de conexión. Se entenderá también que existe una conexión entre varias causas a los efectos de la primera parte del artículo precedente:

- 1º) Cuando haya identidad de personas y de objetos, aunque el título sea diferente.
- 2º) Cuando haya identidad de personas y título, aunque el objeto sea distinto.
- 3º) Cuando haya identidad de título y de objeto, aunque las personas sean diferentes.
- 4º) Cuando las demandas provengan del mismo título, aunque sean diferentes las personas y el objeto.

Por Continencia:

El artículo 51 del Código de Procedimiento Civil (1986), determina: "En el caso de continencias de causas, conocerá de ambas controversias el juez ante el cual estuviere pendiente la causa continente, a la cual se acumulará la causa contenida"

Procedimiento Incidental de la Cuestión Previa

Determina el artículo 349 dl Código de Procedimiento Civil:

"Alegadas las cuestiones previas a que se refiere el ordinal 1º del artículo 346, el juez decidirá sobre las mismas en el quinto día siguiente al vencimiento del lapso de emplazamiento, atendiendo únicamente a lo que resulte de los autos y de los documentos presentados por las partes. La decisión sólo será impugnabile mediante la solicitud de competencia.

Recursos Contra la Interlocutoria

Como bien lo expone el final del artículo transcrito, o sea el 349 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 80 del mismo, la decisión sólo será impugnabile mediante la solicitud de regulación de la competencia, efectivamente este último artículo expresa:

Si un mismo tribunal conociera de ambas causas, la acumulación podrá acordarse a solicitud de parte, con examen de ambos

autos, en el plazo de cinco días a contar de la solicitud. La decisión que se dicte será impugnada mediante la solicitud de regulación de competencia.

Efectos de la sentencia firme que declara la acumulación (acumulación declarada). Al respecto dispone el artículo 79 del Código de Procedimiento

Civil:

En los casos de los artículos 48 y 51, habiendo quedado la declaratoria de accesoria, de conexión o de continencia, las causas se acumularán y se seguirá en un solo proceso ante el juez declarado competente, y se suspenderá el curso de la causa que estuviere más adelantada hasta que la otra se halle en el mismo estado, terminándolas con una misma sentencia.

Cuestiones previas del segundo grupo: ordinales 2 al 6 inclusive del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

Ilegitimidad del actor por carácter de la capacidad necesaria para comparecer en juicio

El Nuevo Código Civil de Procedimiento Civil con la redacción dada al nuevo ordinal 2º del artículo 346 del vigente Código de Procedimiento Civil, corrigió el defecto que evidentemente existía en la segunda excepción dilatoria estipulada en el Código anterior que se refiere a "la ilegitimidad de la persona del actor por carecer de las cualidades necesarias para comparecer

a juicio”.

En efecto, el término “cualidad” se prestaba a enorme confusión, toda vez que la doctrina tradicional ha distinguido la “legitimatio ad processum”, es decir, la capacidad para estar en juicio que tiene el demandante en sentido material, de la “ligitimatio ad causam activa y pasiva” que posee aquel a quien la ley sustantiva le da el derecho o el interés para declarar a su favor la tutela jurídica. La segunda de las cuestiones previas, a “la legitimatio ad processum” (Naranjo, ob.cit., p.81)

Así como la capacidad jurídica que en general tiene todas personas no implica su habilidad para usar en ella en forma personal e independiente, así también la capacidad de las personas para ser parte en un proceso civil, laboral contencioso-administrativo, no implica que siempre puedan intervenir de manera personal, directa o independiente. A los incapaces del derecho material, corresponden los incapaces de derecho procesal. La regla general es la misma, es capaz para comparecer al proceso o para ejecutar actos procesales válidamente, toda persona que lo sea para la celebración de actos jurídicos en general (contratos, causi contratos, etc.), y únicamente tales personas.

Regla procesal ésta que deben tener siempre muy presente los

litigantes en las materias señaladas, a los efectos del análisis y la promoción de esta cuestión previa de falta de la legitimidad para intervenir el proceso.

A los efectos planteados, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 136, establece:

Son capaces de obrar en juicio, las personas que tengan el libre ejercicio de sus derechos, las cuales puedan gestionar por si mismas o por medio de apoderados, salvo las limitaciones establecidas por la ley.

Y en materia de incapaces, determina el Código de Procedimiento Civil:

Artículo 137: Las personas que no tengan el libre ejercicio de sus derechos, deberán ser presentados o asistidas en juicio, según las leyes que regulan su estado o capacidad.

Y el artículo 18 del Código vigente, expresa:

Es mayor de edad quien ha cumplido 18 años. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, con las excepciones establecidas por disposiciones especiales.

A este respecto tener presente:

Código Civil; 246 – 339 – 393 – 409 – 410.

Código de Comercio: Artículos 11 y s 50-51-67-229-941.

Entonces, como ya exponía, el nuevo Código de Procedimiento Civil, denomina a la antigua "legitimatio ad causan y pasiva", como "la falta de

cualidad o la falta de interés en el actor o el demandado para intentar o sostener juicio” y que además, con el nuevo procedimiento de incidencias sobre las Cuestiones Previas, no puede ser alegada “in limine litis”, sino tal como lo ordena el artículo 361 del Código Procesal Civil, debe ser alegada como una defensa de fondo en el momento de la contestación a la demanda.

Efectivamente dicha norma preceptúa:

Artículo 361: “En la contestación de la demanda el demandado deberá expresar con claridad si la contradice...”.

Junto con las defensas invocadas por el demandado en la contestación podrá éste hacer valer la falta de cualidad o la falta de interés en el actor o en el demandado para intentar o sostener el juicio.

Tramitación de la Incidencia en materia de esta cuestión previa

Determina expresamente el artículo 350 del Código de Procedimiento

Civil:

Artículo 350: “Alegadas las cuestiones previas a que se refieren los ordinales 2º... del artículo 346, la parte podrá subsanar el defecto u omisión invocados, dentro del plazo de cinco días siguientes al vencimiento del lapso del emplazamiento en la forma siguiente:

En el ordinal 2º, mediante la comparecencia del demandante incapaz, legalmente asistido o representado...”.

Y en materia de decisión determina el artículo 352 ejusdem:

“Si la parte demandante no subsana el defecto u omisión en el plazo indicado en el artículo 350, o si contradice las cuestiones a

que se refiere el artículo 351, se entenderá abierta una articulación probatoria de ocho días para promover o evacuar pruebas, sin necesidad de derecho o providencia del Juez, y el Tribunal decidirá en el décimo día siguiente al último de aquella articulación con vista de las demás conclusiones escritas que puedan presentar las partes...”.

Efectos de su declaración con lugar.

En este sentido dispone el artículo 354 del Código de Procedimiento

Civil:

Declaradas con lugar las cuestiones previas a que se refieren los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º (o sea, las del grupo 2) del artículo 346, el proceso se suspende hasta que el demandante subsane dicho defecto u omisión como se indica en el artículo 350, en el término de cinco días, a contar del pronunciamiento del Juez. Si el demandante no subsana debidamente los defectos u omisiones en el plano indicado, el proceso se extingue, produciéndose el efecto señalado en el artículo 271 de este código.

Artículo 271 del Código de Procedimiento Civil:

En ningún caso el demandante podrá volver a proponer la demanda, antes de que transcurran noventa días continuos después de verificada la perentoria.

Ilegitimidad de la persona que se presente como apoderado o representante del actor, por no tener capacidad necesaria para ejercer poderes en juicio, o por no tener la representación que se atribuya, o porque el poder no esté otorgado en forma legal o sea insuficiente. Esta excepción

está consagrada en el ordinal 3 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

Cualidades para mejorar la representación Judicial o para Ejercer Poderes en Juicio

En primer lugar se encuentran los poderes judiciales. Al respecto Devis Echandía dice, sobre los apoderados judiciales, "los mandatarios que las partes y los terceros designan para el proceso, es decir, los mandatarios judiciales que representan a aquellas o estos mediante un poder general o especial".

El Poder Judicial: es aquel que se refiere a un solo proceso o a varios determinados pero referido a las facultades para ejercer la representación judicial, bien sea para un determinado acto o para un proceso específico, como por ejemplo el poder laboral o para realizar los trámites judiciales de divorcio o de separación de cuerpos.

El Poder General: es el que se refiere a un solo proceso o a varios determinados pero referido a las facultades para ejercer la presentación judicial, bien sea para un determinado acto o para un proceso específico, como por ejemplo el poder laboral o para realizar los trámites judiciales de

divorcio o de separación de cuerpos. Obviamente que es un poder de presentación más amplio, más permanente, y se refiere a toda clase de proceso y de actos.

La Representación Judicial y la Cuestión Previa

El artículo 3 de la Ley de Abogados (1967), expresa que: "Se requiere poseer el título de abogado, salvo las excepciones contempladas en la ley".

Por otra parte el artículo 4, establece la obligación que tiene aquél que no es abogado y que debe comparecer en juicio "en cualquier calidad", de nombrar a un profesional del derecho para que lo represente o lo asista. Y el artículo 5 de la misma Ley, le ordena a los jueces no admitir como representantes o asistentes de terceros a quienes no sean abogados en ejercicio.

Del análisis de los resultados citados, se deduce la necesidad que tiene quien no es abogado de estar representado por éste en el proceso, por lo que de no serlo, se puede aseverar que la promoción de tal cuestión previa, será declarada con lugar.

Igualmente, el artículo 7 de la Ley de Abogados (1967), determina expresamente, que el abogado titular, deberá inscribirse en un Colegio de Abogados y en el INPREABOGADO, para poder dedicarse a la actividad profesional.

No tienen el Libre Ejercicio

- Los ministros religiosos.
- Los militares en servicio activo.
- Los Funcionarios de los tres poderes.
- Los Abogados Parlamentarios, miembros del Congreso de la República, mientras estén incorporados.
- Los Abogados contratados a tiempo completo en la Administración Pública Centralizada o Descentralizada, en la Administración Estatal o Municipal, salvo cuando actúen en representación de estos entes como el caso específico de los Síndicos Procuradores Municipales.

- Los Abogados incorporados a las ASAMBLEAS Legislativas, dentro de su jurisdicción mientras duren sus sesiones.

En estos seis casos igualmente es procedente la promoción de la Cuestión Previa.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de Mayo de 1942 estableció lo siguiente: "La ilegitimidad de las partes formales, a tenor de los dispuestos en la Ley de Abogados, puede ser declarada de oficio por el Juez durante todo estado y grado de la causa".

Naranjo (Ob.cit., p.85), en el sentido de que:

Los Abogados, aún cuando no formulen en su oportunidad esta cuestión podrán en todo momento del proceso, mediante diligencia o escrito, hacerle saber la Juez de la causa, que contra el apoderado hay causales de impugnación o razones que tipifican el ejercicio ilegal de la abogacía, para que el Juez de oficio tome la determinación de separarlo del juicio.

Y esto es muy cierto, porque en el caso de no poseer el título quien se presenta como representantes o no ha cubierto los requisitos formales de inscripción en el respectivo Colegio de Abogados y del INPREABOGADO, se estaría convalidando una situación crítica.

Evidentemente, que de actuar oficiosamente el Juez de la causa ordenando separarlo, se produce la necesidad de la parte afectada de corregirla, porque no olvidemos que tal alegato se puede hacer no sólo contra el apoderado actor mediante la promoción de la cuestión previa que analizamos, sino también contra el apoderado de la parte demandada, tal como lo deducimos no solo de los artículos comentados de la Ley de Abogados, sino también de lo determinado por la Corte en su sentencia.

Por otra parte, como bien lo apunta la doctrina es lógico que la parte interesada, sea la que produzca la impugnación, por lo que de no hacerlo se presentaría la circunstancia, de que pueda el vicio quedar convalidado por su inercia y falta de diligencia jurídica.

Existe una fundamentación legal que debe tenerse presente como lo es la Ley e Abogados en sus artículos 3, 4, 5 y 6. Además el artículo 30 de la misma ley y todos los ordinales.

Por otro lado la actuación del tribunal está establecido en el Artículo 156 del Código de Procedimiento Civil:

“Si la parte pidiera la exhibición de los documentos, gacetas, libros y registros mencionados en el poder, el apoderado deberá exhibirse para su examen por el interesado y en Tribunal, en la oportunidad que se fije al efecto. En dicho acto la parte interesada hará las observaciones que crea pertinente al Tribunal

y éste resolverá dentro de tres días sobre la eficacia del poder. La inasistencia del solicitante al acto de examen de los documentos exhibidos; dará por válido y eficaz el poder y la falta de exhibición de los documentos requeridos quedará desechado, y así lo hará constar el Juez en el acta respectiva”.

Como bien asevera Naranjo (S/F):

“Esta disposición es aplicable, por analogía, a toda impugnación de poder que efectúe el actor al representante del demandado. En cambio la vía procesal del reo para impugnar la representación del apoderado actor, no es otra que la alegación de la cuestión previa correspondiente” (p.40).

Las formalidades que deben tener los poderes, están establecidas en el artículo 151 del Código de Procedimiento Civil, cuando dispone:

“El poder para actos judiciales debe otorgarse en forma pública o auténtica. Si el otorgante no supiere o no puede firmar, lo hará por un tercero, expresándose ésta circunstancia en el poder. No será válido el poder simplemente reconocido, aunque sea registrado con posterioridad”.

De igual forma, las facultades expresas del poder son: convenir, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la información según la equidad, hacer postura en remate, recibir cantidades de dinero, disponer del derecho al litigio, darse por citado.

Tramitación de la Cuestión Previa

Como se vio en el punto anterior, lo referente a la tramitación de la incidencia de la cuestión previa contemplada en el ordinal 2º, del artículo 346, perteneciente a este mismo grupo 2º, y en cuanto a los trámites y los efectos de su declaratoria con lugar son al mismo tiempo a tener presente, los "Pasos a seguir" al final de Sección.

Cuestiones Previas: la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, por no tener el carácter que se le atribuye. La ilegitimidad podrá proponerla tanto la persona citada como el demandado mismo, o su apoderado.

Por otra parte la Corte también ha establecido que esta cuestión al demandado "se le trae a litigar personalmente y no como representante de otro". Es decir, cuando por ejemplo en la persona el demandado se confunden los conceptos de empresa y de patrono por ejercer su actividad mercantil en nombre personal" (Naranjo, Ob.cit., p.94).

Es tan importante la circunstancia de que se puede presentar la falta de citación, que da lugar a una de las figuras impugnativas por las cuales se

puede atacar la cosa juzgada, o sea, el llamado juicio de invalidación, contemplado en el artículo 328, ordinal 2º del Código de Procedimiento Civil.

En materia de citación del representante legal de las sociedades mercantiles, sobre todo estando vigente el Código derogado, se presentaron grandes discusiones, por cuanto que se presentaba la problemática de los Estatutos de dicha sociedad estipularán que fueran varios sus representantes legales y más aún, que les obligará a otorgar conjuntamente para poder obligarla y para ello, la corte había decidido que efectivamente, se requeriría de la citación de todos ellos para que la representación en juicio fuera correcta.

En sentencia del 13 de Agosto de 1986, aún bajo la vigencia del derogado Código de Procedimiento Civil cambia su criterio adelantándose a lo que establecerá el que está por promulgarse y decide, que "a tenor de una recta interpretación de lo dispuesto por el artículo 1098 del Código de Comercio, bastaba la citación de algunos de sus directivos para que la representación estuviese acreditada en el proceso como válida o válidamente consumada" (Revista Jurisprudencia No. 1. Caracas, 1988, p.7).

Efectivamente tal norma establece que la citación de una compañía se hará en la persona de cualquiera de sus funciones investido de

representación en juicio, lo cual quedó definitivamente aclarado por el artículo 138 del vigente Código de Procedimiento Civil, que determinó, que “las personas jurídicas estarán en juicio por medio de sus representantes según la Ley, sus estatutos o sus contratos. Si fueran varias las personas investidas de su representación en juicio, la citación se podrá hacer en la persona de cualquiera de ellas”.

Finalmente se declara que en materia de citación el nuevo Código de Procedimiento Civil en base a uno de sus loables cometidos, o sea, la celeridad procesal, estableció la llamada “Presunción de Citación”, al disponer que “sin embargo, siempre que resulte de autos que la parte o su apoderado, antes de la citación, han realizado algunas diligencias en el proceso, o han presentado en un acto del mismo, se entenderá citada la parte desde entonces para la contestación de la demanda, sin más formalidad” (Artículo 216 del Código de Procedimiento Civil, único aparte), o sea, que en otras palabras, puede suceder que el cuestionante sea la persona a quien verdaderamente se tiene que citar.

Incidencia de la Cuestión Previa: Tramitación

Al igual que la Cuestión Previa analizada en los números anteriores de las contempladas en los ordinales 2º y 3º del Artículo 346 del Código de

Procedimiento Civil, el procedimiento de tramitación es el mismo por lo que lo remite a dichos planteamientos. De igual manera con respecto a las consecuencias de su declaración con lugar, ya dijimos que de acuerdo con el artículo 354 ejusdem, el proceso se suspende hasta que se subsane el defecto, para lo cual se le conceden al accionado cinco (5) días a contar del pronunciamiento del Juez y de no llegarlos a subsanar, dicho proceso se extingue.

Cuestiones Previas: la falta de caución o fianza para proceder al juicio: ordinal 5º, del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 36 del Código Civil (1981), establece:

El demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que pudiera ser juzgado y sentenciado, a no ser que posea en el país bienes en cantidad suficiente y, salvo lo que dispongan leyes especiales.

En el país, el mismo Código Civil determina que debe entenderse por domicilio, "aquel, donde se halla, el lugar donde tienen el asiento principal de sus negocios e intereses". La jurisprudencia ha sostenido que "la palabra negocio se emplea, en su más amplio sentido; tanto, que se ha querido comprender con las mismas relaciones de familia y el conjunto de aquellos intereses morales que puedan ligar a una persona a un lugar determinado.

Cabe decir que para determinar el domicilio de una persona es necesario tener en cuenta todos los intereses, tanto materiales como morales...”.

En este caso entonces, de acuerdo con lo dispuesto por dicho artículo, el demandante no domiciliado en la República deberá afianzar el pago que pudiera ser juzgado y sentenciado, a no ser por supuesto que tiene suficientes bienes en el país tal como lo han dispuesto en Jurisprudencia de los Tribunales de la República por cuanto que de una recta interpretación de dicha norma, esa persona tendría en este caso un verdadero domicilio acreditado.

“Si aplicamos inexorablemente la disposición 36 del Código Civil, tenemos que... no está obligado a prestar la caución judicatum solvi, por haber comprobado domicilio en Venezuela y que con ello las aspiraciones del Legislador”.

De tal manera, que ante el alegado –en este caso- de la promoción de la cuestión previa por falta de caución, el demandado deberá acreditar su domicilio en el País o en todo caso, subsanar el defecto u omisión.

Tramitación de la Incidencia

Al igual que los casos anteriores, de llegarse a la cuestión previa, el actor podrá subsanarla presentando la caución o fianza exigida o probando

como ya dije, que efectivamente tiene domicilio en el país y bienes suficientes para responder de las resultas del juicio. Igualmente, si no subsana el defecto o la omisión dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento, se entenderá abierta una articulación probatoria de ocho (8) días para promover pruebas, sin necesidad de decreto o providencia del Juez y, el Tribunal tomará su decisión en el décimo día siguiente con vista a las conclusiones escritas que puedan presentar las partes (Art. 352 del Código de Procedimiento Civil).

Finalmente si el accionado no subsana el requisito de la fianza, para lo cual se le dan cinco días, el proceso se extingue y no podrá volver a demandar antes de que transcurran 90 días continuos, tal como lo plantea el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el 271 ejusdem.

Cuestión Previa: el defecto de forma de la demanda por no haberse llenado en el libelo los requisitos que indica el artículo 340 o por haberse hecho la acumulación prohibida en el artículo 78: ordinal 6º, artículo 340 del Código de Procedimiento Civil: Comprende la presente cuestión previa, dos situaciones:

- La falta de cumplimiento de los requisitos de forma de la demanda contemplados en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil y,

- El haberse efectuado la acumulación prohibida en el artículo 78 ejusdem.

Requisitos Exigidos por el Artículo 340 del Código de Procedimiento Civil (1986)

Establece expresamente dicha norma:

El libelo de la demanda debe expresar:

- 1) La indicación del Tribunal ante el cual se propone la demanda.
- 2) El nombre, apellido y domicilio del demandante y el demandado y el carácter que tienen.
- 3) Si el demandante o el demandado fueren una persona jurídica, la demanda deberá contener la denominación o razón social y los datos creativos a su creación o registro.
- 4) El objeto de la presentación, el cual deberá determinarse con precisión, indicando su ubicación y linderos, si fuere inmueble; las marcas, colores o distintivos, si fuere semoviente; los signos, señales y particularidades que puedan determinar su identidad, si fuere mueble, y los datos, título y explicaciones necesarias si se tratare de derechos u objetos incorporales.
- 5) La relación de los hechos y los fundamentos de derecho en que se base la pretensión, con las pertinentes conclusiones.
- 6) Los instrumentos en que se fundamenta la pretensión, esto es, aquellos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido, los cuales deberán producirse con el libelo.
- 7) Si se demandare la indemnización de daños y
- 8) El nombre y apellido del mandatario y la consignación del poder.
- 9) La sede o dirección del demandante a que se refiere el artículo 174".

Todos estos requisitos, son de obligatorio cumplimiento por lo que no podrá faltar ninguno de ellos en el libelo y de llegar a faltar, se hace procedente la cuestión previa por defecto de forma. El lector debe tener presente que en el Capítulo Primero de esta obra, se analizan más profundamente estos requisitos, en lo referente a la Demanda. Y al mismo tiempo que el litigante los requisitos citados buscando la presencia de la cuestión previa, no debe olvidar que la falta de los soportes o de los instrumentos en que se funda la demanda contemplados igualmente por la norma, son causal de existencia de dicha cuestión.

Segundo Supuesto: La Acumulación Prohibida:

La llamada por la doctrina "inepta acumulación", se encuentra consagrada en el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, cuando dispone:

No podrán acumularse en el mismo libelo pretensiones que se excluyan mutuamente o que sean contrarias entre sí; ni las que por razón de la materia no correspondan al acontecimiento del mismo Tribunal; ni aquellas cuyos procedimientos sean incompatibles entre sí. Sin embargo podrán acumularse en un mismo libelo dos o más pretensiones incompatibles para que sean resueltas una como subsidiaria de otra siempre que sus respectivos procedimientos no sean incompatibles entre sí.

Condiciones y Plazo o Término

Según el maestro Carnelutti (1955), la Condición constituye un hecho ignorado del que depende la eficacia del acto jurídico. Mientras que al referirse al término nos refiere: "se resume, por consiguiente, en indicar la ligación del acto con un hecho diferente posterior mediante una determinación del tiempo, y su diferencia con la condición radica, precisamente, en la certeza que en términos tiene el acontecimiento futuro a que se encuentra vinculada la eficacia jurídica del acto" (p. 401).

Del análisis de tales conceptos se deduce, que la condición tiene como característica primordial la incertidumbre de su acontecimiento, mientras que en el plazo o término el acontecimiento futuro tiene toda la certeza de su realización.

Se observa entonces, que cuando el litigante tiene conocimiento de que la obligación reclamada se encuentra sujeta a una determinada condición futura, o el transcurso de un determinado plazo o término, le será procedente la promoción de la Cuestión Previa.

Tramitación de la Incidencia

Al respecto el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil (1986), dispone:

Alegadas las cuestiones previas a que se refieren los ordinales 7º y 8º... del artículo 346, la parte demandante manifestará dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del lapso del emplazamiento, si convienen en ellas o las contradice. El silencio de la parte se entenderá como admisión no contradicha expresamente.

Los efectos de su declaratoria con lugar, se encuentra consagrado en el artículo 355 del Código de Procedimiento Civil que orden:

“Declaradas con lugar las cuestiones previas a que se refieren los ordinales 7º y 8º... del artículo 346, el proceso continuará su curso hasta llegar al estado de sentencia, en cuyo estado se suspenderá hasta que el plazo de condición pendientes se cumpla o se resuelva la cuestión prejudicial que deba influir en la decisión de él.

Con respecto a esta cuestión previa, se puede acordar que de acuerdo con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, no tiene apelación.

Cuestión Previa: la existencia de una cuestión prejudicial que deba resolverse en un proceso distinto.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (1988), ha sostenido, que la prejudicialidad existe, “cuando la decisión dl litigio depende de una cuestión previa que debe necesariamente ventilarse en juicio autónomo separado y de la cual depende la suerte del litigio planteado y en curso. Es decir, la cuestión prejudicial no guarda identidad alguna con otro juicio, son dos asuntos distintos seguido en tribunales diferentes y hasta en jurisdicciones distintas, pero cuya decisión debe ser previa al otro juicio por depender de ella la suerte de este último” (p. 66).

Para Cabanellas (1985), en su diccionario Jurídico Elemental la prejudicialidad consiste, en aquella “que requiere de la decisión previa a la cuestión o sentencia principal... e igualmente de examen y decisión preliminar, referido a ciertas acciones y excepciones” (p. 90).

Procedimiento Procesal para que se Produzca la Prejudicialidad

Del análisis de su concepto se pueden deducir tales presupuestos procesales:

- Que existan dos procesos, no importa que se sigan en jurisdicciones distintas, ni en que grado se encuentren.

- Que dichos procesos sean tan distintos y por lo tanto no puedan acumularse sus acciones.
- Que el proceso que se invoca para alegar la prejudicialidad no esté concluido por sentencia definitivamente firme (Cabanella, Ob.cit.).

Cuestión Previa: La Cosa Juzgada, Ordinal 9º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto de la Cosa Juzgada, Echandía (S/F), dice, que mediante el instituto de la cosa juzgada se determina que la voluntad del Estado, contenida en la ley, es para ese litigio o conflicto (civil, laboral o contencioso administrativo) y en ese caso concreto, definitiva e inmutablemente la que el juez declara en la sentencia (p. 489).

La razón de ser esta institución estriba, en la necesidad de ponerle a los litigios decididos "Para impedir su sucesivo replanteamiento por la parte desfavorecida, evitando así la incertidumbre en la vida jurídica y dándole eficacia a la función jurisdiccional del Estado, que de otra manera sería casi inútil, pues no se obtendría en los procesos judiciales la tutela, que con ellos se quiere conseguir, de la vida, el honor, la libertad y la dignidad de las

personas (sobre todo en materia de jurisdicción penal), ni la paz y la armonía sociales" (Echandía, Ob. Cit., p. 490).

Se puede decir, que en cuanto al objeto de la cosa juzgada, lo fundamental es la certeza que la decisión proporciona de la existencia de la voluntad de la Ley para el caso controvertido, pero teniendo siempre presente, que esta certeza la lleva implícita toda sentencia y que, por lo tanto la diferencia se presenta porque el verdadero objeto de la cosa juzgada, lo constituye el que esa certeza no será provisional, o sea, que pueda ser modificada por otra sentencia, sino que mediante tal instituto, no habrá posibilidad de nueva revisión o sea, sobre ella, no podría presentarse ninguna otra sentencia de fondo.

Ello, cuando el litigante y en este caso, el demandado tiene certeza, de que sobre lo reclamado en el libelo de la demanda ha sido objeto de sentencia definitivamente firme, deberá plantearlo como presupuesto o fundamento de la Cuestión Previa de la cosa juzgada.

Solo en aquellos casos contemplados por Ley, específicamente el denominado juicio de invalidación y dentro del lapso legal determinado por la misma para intentarlo, se puede ir contra la autoridad de la Cosa Juzgada, el demandado debe tener la certeza de que su causa no se volverá a reabrir

por los mismos motivos y que el demandante, que ha salido victorioso, se encuentra en una situación de igualdad de la llamada tutela jurisdiccional del Estado.

Cuestión Previa: La caducidad de la acción establecida en la Ley, Ordinal 10º del Artículo 346 del Código de Procedimiento Civil:

- Diferencia entre caducidad y prescripción.
- Efectos de la declaratoria con lugar de la caducidad.

Cuestión Previa: la prohibición de la Ley de admitir la acción propuesta; o cuando solo permita admitirla por determinadas causales que no sean de las alegadas de la demanda: tramitación de la incidencia y consecuencias de su declaratoria con lugar.

Tramitación de la incidencia en el procedimiento de las cuestiones previas del cuarto grupo.

- Diligencia apelando de la decisión interlocutoria que declara con lugar la Cuestión Previa.
- Auto mediante el cual se oye la apelación del demandante.

- Diligencia mediante el cual apela la interlocutoria.
- Auto ordenado oír la apelación del demandado.

Fundamentos Jurisprudenciales de la Cosa Juzgada

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22-2-83, ratificada el 24-11-83, estableció como fundamento de esta institución Procesal y específicamente, para que se prospere como tal, lo siguiente:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1395 del Código Civil, para que prospere el alegato de Cosa Juzgada es necesario: que la cosa demandada sea la misma, que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa; que sea entre las mismas partes y que ésta venga al juicio con el mismo carácter que en el anterior”.

O sea, que el litigante para poder alegar la Cosa Juzgada como Cuestión Previa, deberá tener muy presente lo expuesto por la Corte para su fundamentación y análisis, o sea, que los presupuestos serían:

- Que la cosa demandada sea la misma.
- Que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa.
- Que sea entre las mismas partes y
- Que las partes vengan al juicio con el mismo carácter que el anterior.

Cosa Juzgada Formal

Se encuentra consagrada en el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, que establece que: "ningún Juez podrá volver a decir la controversia ya decidida por una sentencia, a menos que haya recurso contra ella o que la ley expresamente lo permita".

Cosa Juzgada Material

La establece el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, cuando expresa que: "La sentencia definitivamente, firme es la ley de las partes en los límites de la controversia y es vinculante en todo proceso futuro".

Tramitación de la Incidencia

El artículo 351 del Código de Procedimiento Civil, lo determina de la siguiente manera:

"Alegadas las cuestiones previas a las que se refieren los ordinales 7º, 8º, 9º, 10º y 11º del artículo 316, la parte demandante manifestará dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del lapso del emplazamiento, si convienen en ella o las contradice. El silencio de la parte se entenderá como admisión de las cuestiones no contradichas expresantes".

Y en cuanto a los efectos de su declaratoria con lugar, el artículo 356 de la misma Ley, dispone: "Declaradas con lugar las cuestiones previas a que se refiere los ordinales 9, 10 y 11 del artículo 346, la demanda quedará desechada y extinguido el proceso".

Recursos contra la interlocutoria que declara con lugar la Cuestión Previa planteada del grupo 4.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 357 ejusdem, "La decisión sobre las cuestiones a que se refieren los ordinales 9º, 10º y 11º del artículo 346 tendrá apelación libremente cuando ellas sean declaradas con lugar y en un solo efecto cuando sean declaradas sin lugar".

Se debe tener muy presente, que el caso de la interposición de estas cuestiones previas, de los ordinales 9º, 10º y 11º, su declaratoria con lugar como ya vimos, desecha la demanda y declara extinguido al proceso, y de allí que contrariamente a las anteriores, éstas, si tengan apelación, o sea, libremente por el demandante, y en un solo efecto por el demandado.

Cuestiones Previas: La caducidad de la acción establecida en la Ley: ordinal 10 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

La caducidad se produce de dos maneras:

- Cuando es consecuencia de la Autonomía de las partes en sus distintas convenciones o contratos y.

- Aquélla que es establecida expresamente por la Ley.

La Corte en sentencia de 1961, determinó:

“La caducidad, o sea, la extinción de la acción por no ser ejercida dentro de cierto lapso, tiene dos naturalezas distintas, a saber: la legal y la convencional. La primera es aquella que la Ley establece o lo que es lo mismo, que tiene su origen en el derecho objetivo: la segunda cobra nacimiento en la autonomía de voluntad de las partes contratantes, independiente de la Ley” (subrayados nuestros). (11-07-61).

Cabanellas (1985), dice, que la caducidad entre otras cosas constituye cesación del derecho en entablar o proseguir una acción o un derecho, en virtud de no haberlos ejercidos dentro de los términos para ello (p. 212). El artículo 90 del Código de Procedimiento Civil Colombiano, se refiere a la caducidad como el fenecimiento del derecho sustancias y de la acción, o sea, la muerte del derecho de actuar con diligencia durante ese tiempo fatal que le proporciona la Ley para accionar su pretensión.

Diferencia entre Caducidad y Prescripción

- En el caso de la caducidad, por cuanto que interesa el orden público, se obliga al Juez a declarar de oficio, mientras que la prescripción, por ser una institución de derecho privado, solo procede a instancia de parte y por ello, no se le permite al Juez, suplirla de oficio.

- La caducidad como consecuencia de ser de orden público, puede ser alegada en todo estado y grado de proceso, o sea, que no existe un término preclusivo para alegarla por o que debemos a la vez deducir, que no opera con ella la preclusión establecida por el artículo 348 del Código de Procedimiento Civil, por lo que se establece una diferencia vital con algunas de las cosas cuestiones previas, mientras que la prescripción, constituye una alegación perentoria del demandado en la Contestación de la demanda y por ello, deberá probar que ella fue interrumpida y el Juez, en su sentencia como obligación primordial deberá determinar si hubo o no la interrupción y por lo tanto no se produjo la prescripción de la acción y en caso positivo, no entrará a analizar en fondo de la pretensión del actor.

- La caducidad, a diferencia con la prescripción, por ser de orden público, no puede ser renunciada, como si puede ocurrir con esta última, que

puede interrumpirse por convenio entre las partes.

Finalmente es conveniente dejar presente la diferencia existente entre caducidad y perención. La primera como ya se puede deducir, constituye entonces, la muerte del derecho subjetivo a accionar, mientras que la perención, constituye en fenecimiento taxativo de la instancia, de acuerdo a lo establecido por el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil.

Cuestión Previa: la prohibición de la Ley de admitir la acción propuesta, o cuando solo permite admitirla por determinadas causales que no sean de las alegadas en las demandas.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de julio de 1983, precisa, cuando se está ante la presencia de ésta Cuestión Previa, cuando determinó:

Para que proceda la cuestión previa del ordinal 11º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil es requisito indispensable que la Ley prohíba la admisión de la acción deducida o que solo le permita por determinadas causales que no sean de las alegadas en la demanda. Al respecto esta Corte ha sentado criterios, en el sentido de que la voluntad del legislador debe ser clara en cuanto a la prohibición de admitir acción (sentencia de fecha 07-08-57).

La razón de esta interpretación estriba en la propia naturaleza limitativa de la norma, que impone su aplicación respectiva.

Algunos Casos Específicos

Artículo 266 del Código de Procedimiento Civil

El desestimiento del procedimiento solamente extingue la instancia, pero el demandante no podrá volver a proponer la demanda antes que transcurran noventa días.

Artículo 271 del Código de procedimiento Civil

En ningún caso el demandante podrá volver a proponer la demanda, antes de que transcurran noventa días continuos después de verificada la perención.

Tramitación de la Incidencia y Consecuencia de su Declaratoria con Lugar

Al igual que los casos anteriores de los ordinales 9º y 10º, los trámites de la incidencia son los ya explicados en los puntos respectivos y las consecuencias de su declaratoria con lugar, lo constituye el que la demanda quedará desecha y el proceso queda extinguido.

La Tutela Judicial Efectiva

Según los Estudios de Barnés Vásquez, el origen de la tutela judicial efectiva debe buscarse en el artículo 24 de la Constitución de Italia de 1947,

y en los artículos 19,4 y 103,1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. El artículo 24 de la Constitución italiana establece: "Todos pueden actuar en juicio para la tutela de sus propios derechos e intereses legítimos. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado y grado del procedimiento. Mediante instituciones especiales, se asegura a los pobres los medios para actuar y defenderse ante cualquier jurisdicción. La Ley determinará las condiciones y las formas para la reparación de los errores judiciales".

En cuanto al desarrollo del precepto en Italia, la Corte Institucional ha señalado que el principio de la tutela judicial constituye uno de los principios supremos del ordenamiento constitucional, es decir la primera de las garantías procesales con las que, guarda una íntima conexión.

Así por ejemplo el artículo 113 de la Constitución Italiana concreta el primer inciso del artículo 24 de la Constitución Italiana frente a la acción de los poderes públicos. Conceptualmente se han superado ya los interrogantes que planteó cierta doctrina como consecuencia de reducir el derecho a la tutela judicial a la acción entendida en sentido técnico procesal. Hoy es dominante la idea de que el derecho, sino comprende todas aquellas actividades procesales posteriores a la presentación de la demanda en la medida que son indispensables para hacer real y efectiva la tutela

jurisdiccional en el caso concreto y, más ampliamente, las situaciones subjetivas de ventaja.

La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado y grado del procedimiento es muy parecida a la forma adoptada por la Constitución venezolana de 1961 según la cual "La defensa es un estado de derecho inviolable en cualquier estado y grado de la causa". En la doctrina se ha interpretado en un doble sentido: como defensa técnica (asistencia letrada) y como derecho a la defensa contradictoria o no indefensión. Nuestra vigente Constitución establece que "la defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolable en todo estado y grado de la investigación y del proceso". De este modo el constituyente, interpreta la defensa en sentido material y franco.

Fue en la post-guerra cuando se consagraron, en el ámbito de la ley Fundamental, nuevos derechos económicos y sociales y su expansión paralela al Estado de bienestar que transformó el acceso efectivo a la justicia en un derecho cuya denegación atraería la de todos los demás, y de allí la consideración de tal institución como derecho o garantía institucional.

El Proceso y las Formalidades no Esenciales en la Nueva Constitucional de 1999

El artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece el procedimiento de amparo constitucional como el mecanismo más idóneo y expedito de lograr la tutela de los derechos fundamentales, y dicha norma establece que “El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella”.

Como se aprecia, ya no existe excusa alguna para que se siga desnaturalizando el amparo constitucional a reducirlo, prácticamente, con la misma duración que un juicio ordinario; por otro lado, ahora es la propia Constitución la que permite el ‘restablecimiento’ de la situación jurídica infringida. ¿Cómo entender esta posibilidad de ‘restablecimiento inmediato’ consagrado en la norma constitucional? ¿Cómo garantizar la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa de la persona contra quien se dicta el restablecimiento?

La nueva Constitución también consagra de manera clara y precisa una

noción que se había manejado en doctrina y elevada a tal rango, se trata del derecho de accionar como parte integrante del derecho a la jurisdicción. Este concepto se distingue del derecho de jurisdicción que corresponde al Estado (entendiendo por jurisdicción el servicio público dispuesto por el Estado para responder las peticiones de los particulares).

El derecho a la jurisdicción, en cambio no se refiere al servicio público de la jurisdicción y a los órganos dispuestos para prestarlo sino que se consagra como un derecho independiente llamado a concretar el llamado derecho de petición en sede jurisdiccional. En efecto, el artículo 51 constitucional establece que “Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad”, y cuando esas peticiones están dirigidas ante los órganos jurisdiccionales (encuadrados dentro del concepto de autoridad) se denomina “acción”.

La acción es la posibilidad garantizada por la Constitución de acudir ante el servicio público de la jurisdicción (en ejercicio de esa función) a realizar determinadas peticiones; en consecuencia:

- a. La posibilidad es absoluta: todos tienen la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional, con derecho lesionado o no, independientemente del interés y de la legitimidad;
- b. La acción es un aspecto del “derecho de acceso a la jurisdicción” sin

condicionamiento alguno, en ejercicio pleno de libertad.

La nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, acoge este derecho en su artículo 26, según el cual:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela judicial efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

La acción entonces se define como la posibilidad jurídico- constitucional por lo cual se dirigen peticiones ante el servicio de la jurisdicción, es por ello entonces que el llamado derecho de accionar se confunde con el derecho a la jurisdicción como unidad indisoluble y continuada. Volviendo sobre el texto constitucional, el artículo 26 consagra este 'derecho de accionar' como 'acceso a los órganos de justicia', pero además cuando la petición comporta "derechos o intereses" debe tener una "decisión con prontitud" y, además, una "tutela efectiva" de los mismos.

La prontitud es uno de los valores que la Constitución maneja con mayor preocupación, así el propio artículo 26 dispone que el Estado garantiza una justicia expedita; el artículo 257 dispone la simplificación,

uniformidad y eficacia de los trámites procesales y un procedimiento breve; y el propio artículo 51 califica que la respuesta a las peticiones de los ciudadanos tiene que ser “oportuna” y “adecuada”.

El Estado de Derecho es, ante todo, un “estado de tutela”, esto es, una organización jurídica mediante la cual se ampara y protege a los ciudadanos en el goce efectivo de sus derechos subjetivos (individuales o colectivos). Pareciera un contrasentido, en este marco de ideas, pensar en una tutela judicial efectiva puesto que si la tutela es “judicial es, por si efectiva”, y así como fuera dejaría de ser tutela, sin embargo, la locución ha sido ampliamente defendida en el mundo contemporáneo como para prescindir de ella, y porque denota unas consideraciones que no basta una simple tutela judicial, sino que además sugiere la idea de “efectividad” material. Sin embargo, la noción de tutela judicial efectiva puede convertirse en una simple y hermosa frase y no eficaz como debe realizarse o tomar en cuenta todos los administradores de justicia.

La tutela judicial efectiva no es un invento que permite hacer lo que el ordenamiento jurídico no permite, y además debe siempre tomarse en cuenta que tanta tutela judicial efectiva merece quien la pide como la persona contra la cual se pide. Es por ello que toda tutela judicial para ser efectiva, debe respetar siempre los derechos fundamentales de los

justiciables, pues sería realmente un contrasentido que la tutela judicial efectiva se convirtiera en una falta de tutela judicial de los demás.

El derecho de tutela judicial efectiva, comprende el derecho a ser oídos por lo órganos de administración e justicia establecidos por el Estado, es decir, no solo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 357).

En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la Constitución vigente), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 iusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer derecho de defensa, no por eso se convierta en una traba que impida lograr las ganartías que el artículo 26 constituciones instaure.

Es así como el Estado asume la administración de justicia, esto es, la solución de los conflictos que puedan surgir entre los administradores o con la administración misma, para lo que se compromete a organizar de tal manera que los mismo imperativos de la justicia sean garantizados y que el acceso a los órganos de la administración de justicia establecidos por el Estado, en cumplimiento de su objeto, sea expedito para los administrados.

CAPÍTULO III

ARTICULACIÓN Y SENTENCIA INTERLOCUTORIA

Articulación Probatoria

Si la parte demandante no subsana el efecto u omisión en el plazo indicado en el artículo 350, o si contradice las cuestiones a que se refiere el artículo 351, se entenderá abierta una articulación probatoria de ocho días para promover y evacuar pruebas, sin necesidad de decreto o providencia del Juez, y el Tribunal decidirá en el décimo día siguiente al último de aquella articulación, con vista de las conclusiones escritas que puedan presentar las partes.

Cuando las cuestiones previas a que se refiere este artículo, hayan sido promovidas junto con la falta de jurisdicción a que se refiere el ordinal 1º del artículo 346, la articulación mencionada comenzará a correr el tercer día siguiente al recibo del oficio que indica el artículo 64, siempre que la resolución sea afirmativa de la jurisdicción.

Efecto de no subsanar los vicios u omisiones o contradecir las cuestiones previas alegadas

Como se señaló al comentar el artículo 350, el demandante podrá subsanar los defectos u omisiones invocadas por el demandante, dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del lapso del emplazamiento; en igual forma, al comentar el artículo 351, se señaló que el demandante podrá dentro del mismo término convenir en las cuestiones previas allí referidas que se le opondan o contradecirlas. Si el demandante no subsana los vicios u omisiones alegados en el término indicado, por lo que respecta a las cuestiones previas previstas en los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 346 o si contradice en el mismo término las cuestiones previas que prevee el mismo artículo en sus ordinales 7º, 8º, 9º, 10º y 11º, se abre automáticamente, sin necesidad de decreto o providencia alguna del Juez, una articulación probatoria; por el contrario, si el demandante subsana los vicios u omisiones o conviene en las cuestiones previas respectivamente, tal articulación probatoria no podrá abrirse y la incidencia concluye, con las consecuencias que señalan los artículos 354, 355 y 356.

Articulación Probatoria

La articulación probatoria tendrá una duración de ocho días, que lo

serán para la promoción y evacuación de las pruebas que promuevan las partes, por no haber limitación alguna en la norma respecto de su admisibilidad.

Decisión

La decisión del Tribunal deberá producirse en el décimo día siguiente al vencimiento del término de la articulación probatoria, con vista de las conclusiones escritas que puedan presentar las partes. No fijándose oportunidad para la presentación de tales conclusiones, las mismas, sin duda, podrán presentarse cualquier día de los que preceden a aquél en que el tribunal deba dictar su decisión.

Consulta necesaria. Caso del ordinal 1º del artículo 346

Cuando la cuestión previa promovida sea falta de jurisdicción del Juez, la misma se decidirá en los términos indicados en el artículo 349 y el pronunciamiento que se produzca, conforme al artículo 59 se consultará a la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, cuya decisión sobre la consulta será comunicada al Tribunal donde cursare la causa mediante oficio, conforme al artículo 64. Si junto con la falta de jurisdicción se promueven otras cuestiones previas de las previstas en el artículo 346, la

tramitación de éstas se paralizará hasta tanto la Corte Suprema de Justicia haya decidido y comunicado su decisión. Si hubiere lugar al término probatorio respecto de las demás cuestiones previas y siempre que la resolución definitiva a favor del Tribunal de la causa, la articulación probatoria comenzará a correr el tercer día siguiente a aquél en que el Tribunal reciba el oficio por el cual la Corte ratifica la jurisdicción a favor del mismo Tribunal.

Artículo 352: Si la parte demandante no subsana el defecto u omisión en el plazo indicado en el artículo 350, o si contradice las cuestiones a que se refiere el artículo 351, se entenderá abierta una articulación probatoria de ocho días para promover y evacuar pruebas, sin necesidad de decreto o providencia del Juez, y el Tribunal decidirá en el décimo día siguiente al último de aquella articulación, con vista de las conclusiones escritas que puedan presentar las partes.

Cuando las cuestiones previas a que se refiere este artículo, hayan sido promovidas junto con la falta de jurisdicción, a que se refiere el ordinal 1º del artículo 346, la articulación mencionada comenzará a correr el tercer día siguiente al recibo del oficio que indica el artículo 64, siempre que la resolución sea afirmativa de la jurisdicción.

Si el demandante no corrige el error no se subsana el efecto en el plazo señalado por la ley o si las contradice se abre una articulación de ocho días para promover y evacuar las pruebas y el tribunal decide en el día décimo seguido siguiente a la articulación, vistos los informes escritos que presentan los demandantes.

Cuando las cuestiones a que se señala este artículo se hayan opuesto junto con la falta de jurisdicción a que se refiere el ordinal 1º del artículo 346, la articulación de los ocho días empezará a correr al día tres recibido el expediente al Tribunal Superior, siempre que sea declarada con lugar la jurisdicción.

Efectos de las Cuestiones Previas

Se puede decir que en líneas generales los efectos de las cuestiones previas declaradas con lugar son similares a los del antiguo sistema de salvedades de la falta de jurisdicción, la litis pendencia, la existencia de una cuestión prejudicial y el plazo de condiciones pendientes.

Se va a estudiar con algunos detalles más de esos efectos:

- Falta de jurisdicción, esta es una de las principales cuestiones previas ya que sin duda, es de eminente orden público, de modo que el demandante no puede convenir ni expresa ni tácitamente y el Juez está obligado a decidirla y, lo que es más importante, la decisión tiene que consultarla siempre con el máximo tribunal de república. Es decir, que su efecto, de prosperar, es claro: el proceso se extingue, y es así porque realmente es

imposible que continúe ventilándose un asunto que no corresponde al poder judicial venezolano.

- Litispendencia: sobre esta de conformidad con el artículo 353 tiene un efecto igual a la falta de jurisdicción, es decir, extingue el proceso, lo que viene a evitar la multiplicidad de los pleitos y el que se pretenda recomenzar una causa ya en curso.

- Incompetencia: su efecto es, al igual que el derogado código, es pasar los autos al Juez competente para que continúe conociendo, conforme al procedimiento que deba seguir, y aquí se celebrará la contestación de la demanda en la oportunidad que fijan los artículos 60, 69 y 75 en concordancia con el ordinal 1º del 358, salvo que estén pendiente otras cuestiones previas.

- Acumulación: tiene el mismo efecto de la incompetencia, y la contestación de la demanda será en oportunidad similar con la misma salvedad anotada.

Es de hacer notar que la litispendencia y la incompetencia por la materia, valor y por el territorio en causas en que intervienen el Ministerio Público, aun cuando no admiten convenimiento expreso ni tácito, una vez

pronunciada la sentencia la parte puede conformarse si no solicita la regulación, si se trata de incompetencia por la materia y la del territorio en las mismas causas, el nuevo tribunal puede, de oficio, provocar la regulación. En las demás causas por el territorio, el actor puede "adherir" a la competencia y esto vale por convenimiento, de modo que el nuevo Juez está obligado a aceptar la competencia que le atribuyó el demandado y con la que estuvo conforme y de acuerdo el demandante.

En este sentido se debe advertir que en la tramitación de la incidencia de cuestión previa, el legislador olvidó la adhesión que le contempla el artículo 60 y olvidó el defecto en que puede incurrir el demandado al no indicar expresamente cual es el Juez que considera competente; pero en esos casos especiales, el Juez al quinto día se limitará a homologar la adhesión o declarar incompetente de plano la incompetencia territorial; se pensó que si se decide lo primero, no puede admitir una solicitud de regulación, pero si se decide lo segundo no puede negar la solicitud aun cuando es obvio que el superior confirmará el fallo y hasta impondrá la multa prevista en el artículo 76. Se debe decir que, para las restantes del ordinal 1º que hubieren sido opuestos, se le da consulta o regulación pero si el demandado opuso cuestiones previas de los otros ordinales, entonces de haberse contestado y/o no subsanado al quinto día de recibido el

expediente, el tribunal comienza el lapso probatorio del artículo 352 del Código de Procedimiento Civil.

De las cuestiones previas de los ordinales 2º al 6º su efecto es suspender la causa por cinco años a partir de la sentencia, lo que ocurre si antes el actor no ha resuelto subsanar voluntariamente, para que dentro de ese perentorio lapso, el demandado subsane de acuerdo a los términos del fallo y según la naturaleza de la cuestión, si no lo hace o lo hace mal, entonces artículo 354, "el proceso se extingue, produciéndose el efecto señalado en el artículo 271".

No obstante, aun cuando aparentemente es pausable la idea de perención que consagra el artículo 354, a la postre, esto puede ser beneficioso para el actor, porque como puede volver a demandar, entonces aprovechará, sin duda, de mejorar, ampliar o rectificar otros puntos de su demanda original, por lo que mejor habrá sido establecer otro tipo de sanción y evitar que el demandante resultare beneficiado con la medida. En todo caso, se piensa que los tribunales se encargarán de inadmitir una segunda demanda en esas condiciones y desde luego el pronunciamiento será apelable en ambos efectos por aplicación del artículo 241.

Prejuicialidad, plazo o condición pendientes, si la declaratoria con lugar no tiene efecto inmediato, sino que, por el contrario, el demandado tiene que contestar dentro de los cinco días siguientes, su efecto es tardío o de acción retardada, pues el proceso continúa su curso artículo 355 hasta llegar al estado de sentencia, cuando se suspenda hasta que se cumpla el plazo o la condición, o se resuelva cuestión prejudicial que estaba pendiente.

Las cuestiones previas de ordinales 9º, 10º y 11º declaradas con lugar, la demanda al igual que el antiguo sistema, que ha desechado y “extinguido el proceso” según reza el artículo 356.

El efecto inmediato, mediato o último de las cuestiones previas que prosperan ameritan dos comentarios del empleo en tres oportunidades y con relación a cuestiones de diversa índole, de la fase “extinción del proceso” y otro acerca de la cuestión prejudicial, se puede explicar de la manera siguiente:

Se entiende que la extinción del proceso a que se refiere el artículo 353 para la falta de jurisdicción y la litispendencia es el mismo que para cuando proceden las cuestiones de los ordinales 9º, 10º y 11º, porque significa que la causa termina, que concluye, se extingue y no puede reanudarse.

En cambio de manera equívoca el artículo 354, para el efecto ulterior de las cuestiones previas de los ordinales 2º al 6º se vale de la misma expresión: el proceso se extingue, pero dispone que este efecto es el del artículo 271, esto es, que no se trata de una extinción radical, sino más bien de una perención de la instancia al punto de que el demandante puede volver a proponer su demanda transcurridos que sean noventa días continuos después de verificada, esto es, después de declarada la perención o la actitud omisiva del demandante.

En este sentido, la fase "extinción del proceso" empleada en el artículo 354 no es acertada porque se presta al equívoco de asimilarla a la misma empleada en los artículos 347 y 355, cuando la realidad es otra, pues la extinción del artículo 354 es simplemente la perención, que no obsta para que noventa días más tarde, el actor pueda demandar nuevamente.

En nuestro código en el capítulo dedicado a la perención si bien mantuvo la idea de que lo que se extingue es la instancia (no el proceso) tal como surge de la denominación del capítulo y del artículo 267, inexplicablemente usó en el artículo 270 el término "extinción del proceso", cuando éste es más propio y aplicable a la falta de jurisdicción, a la litispendencia y las cuestiones previas 9º, 10º y 11º, ya que tal extinción es definitiva y concluyente, el actor no puede volver a demandar lo mismo,

porque en su contra obra una falta de jurisdicción, la existencia de la causa pendiente, la caducidad, la cosa juzgada o la prohibición de la Ley, por eso, acertadamente se quiso reemplazar el término “nulo el procedimiento” del viejo artículo 204, no fue apropiado sustituirlo por “extingue el proceso” y, en su lugar, para evitar repetir la frase “extinción de la instancia pudo haberse dicho con más propiedad, poner fin al procedimiento”.

A “extinción del proceso” en sustitución de “desistimiento de la instancia” como decía el artículo 546 del derogado código, se refieren los artículos 756 y 758 del nuevo Código de Procedimiento, y es el efecto que produce ahora la inasistencia del demandante a los actos de contestación y reconciatorios y es de preguntarse ¿ésta nueva expresión tendrá el mismo sentido de los artículos 270 y 354 o el de los artículos 353 y 356? La exposición de motivos sin más comentarios, se limita a decir que la falta de comparecencia es “causa de extinción del proceso”, pero a nuestro entender la no comparecencia es más que una perención especial, que si así fuere el legislador habría formulado la misma aclaratoria que hizo en el artículo 354, además, una cosa es no asistir a los actos tan importantes que revelen la voluntad de mantenerse en vigencia la acción incoada, y otra una omisión que simplemente obliga a que se vuelva a demandar (artículo 354 en concordancia con el artículo 271).

Si según el anterior Código, esa falta era una tácito desistimiento del procedimiento porque simplemente se abandonaba la instancia (que no la acción), ahora la extinción del proceso –pese a su empleo equívoco en materia de perención- significa que el demandante no puede volver a demandar por los mismos hechos, ya que su proceso concluyó definitivamente y para siempre, y su actitud pasiva hay que tenerla por un abandono o dejación de su derecho de accionar por divorcio.

Y pensamos que esta extinción tiene el mismo efecto contundente de la falta de jurisdicción, de la litispendencia y de las cuestiones previas de los ordinales 9º al 11º, porque el Código anterior usaba la expresión “desiste de la instancia” y encontramos que, según el nuevo Código (artículo 266) el desistimiento del procedimiento solamente extingue la instancia y el demandante puede volver a proponer su demanda pasado noventa días, esto es, lo mismo que la perención, de manera que el desistimiento –con o sin el consentimiento de la parte contraria según la oportunidad- actualmente es una especie de perención; y, por eso, si el legislador en el divorcio hubiese querido un efecto meramente suspensivo (extinción de la instancia) habría usado la misma vieja expresión, pues ahora, más que nunca, desistimiento del procedimiento (acto expreso) equivalen a una simple perención, sin quitar el derecho de poder volver a demandar; luego, el

término empleado por el Código en los artículos 756 y 758 debe conducir a que el demandante no puede, por los mismos hechos, volver a demandar.

A todo lo cual agregamos que, según el artículo 757, no solo el demandante debe asistir al segundo acto reconciliatorio, sino que debe manifestar si insiste en continuar con su demanda “sin lo cual la demanda se tendrá desistida”.

Notamos en esta instancia y su necesidad es parecida a la que se exige en materia de fecha (artículo 441), lo que quiere decir, pues, que no es un desistimiento del “procedimiento” sino de la demanda, esto es, de la acción ejercida, y es el efecto contundente de esta extinción.

Aun cuando el artículo 353 alude simplemente a extinción del proceso, el 61 –que se especificó en la litispendencia- emplea la frase extinción de la “causa” y agrega, como detalle –tomado sin duda de la norma similar del Código italiano- que el expediente se archiva, por lo que, obviamente extinción del proceso es lo mismo que “de la causa”, términos similares como notamos, de los artículos 48, 51 y 81, en los que, refiriéndose a lo mismo, usa indistintamente: causa, proceso y autos.

Finalmente en esta materia debemos advertir que, mientras para la litispendencia su efecto está contemplado tanto en la materia de la cuestión previa como en las disposiciones generales (artículo 61) esto es, bien para cuando se declara a propósito de la oposición de la cuestión o de oficio o a petición de parte en la oposición, en cuanto a la jurisdicción su efecto tan sólo es contemplado en lo atinente a las cuestiones previas y el Código guarda silencio en las disposiciones generales, limitándose a definir cuando hay el defecto o falta, pero no su consecuencia (artículos 6, 59 y 62).

Muy bien que el Código difiera o aplace el efecto de haberse declarado con lugar una cuestión de plazo o condición pendiente, porque indudablemente que ello redundaría en beneficio de una expedita administración de justicia y pone las cosas en su lugar: que siga el juicio y se suspenda luego de determinada la sustentación, con lo que se evitan inconvenientes y se facilita el trámite procesal, la paralización del cual puede causar más perjuicios que beneficios.

No obstante, pensamos que, pese a esa buena intención, el legislador erró al establecer lo mismo para la prejudicialidad. En efecto, a diferencia del plazo o condición que es un acontecimiento marginal, que es un suceso que no altera los pormenores de la cuestión litigiosa, ya que solo concierne al momento de cumplir la prestación objeto del litigio, la

prejudicialidad -como tanto hemos explicado- tiene dos sentidos: uno procesal dilatorio y otro de fondo sustancial. El primero es, simplemente, dilatar el curso del juicio para que concluya otro proceso del cual va a salir una defensa del demandado: éste, con base en lo que se resuelva en el otro juicio, dará una adecuada contestación a la demanda ¿cómo hacerlo si, pese a la prejudicialidad tiene que contestar a los cinco días?

Es, lamentablemente, un caso de distorsión del derecho de defensa, ya que el demandado, al ignorar cual será el resultado del otro juicio, tendrá que defenderse de manera "hipotética", "condicional", "por si acaso" y basado en lo que ocurrirá o no, es una situación que en el momento ignora y desconoce.

Pensamos que fue una ligereza del legislador, que no tuvo en cuenta el verdadero sentido y alcance de la prejudicialidad: no es una mera fórmula, formalidad o formalismo, sino la necesidad de detener un juicio para que en otro se resuelva un punto influyente y capaz de determinar la suerte del litigio en curso. La prejudicialidad -como sentencia- es la antesala o preparación para una defensa de verdad, por lo que es imposible que se lleve a cabo la oportunidad de defenderse sin permitir que el demandado posea todos los elementos suficientes y necesarios para hacerlo con fijeza y propiedad. En realidad quien supone la prejudicialidad lo hace para que, más

tarde y oportunamente, pueda disponer de una defensa que enerve, descalifique o destruya la acción incoada, en cuya virtud no pueda, como establece el Código, defenderse adecuadamente si no se le permite esperar la conclusión del otro juicio para entonces contestar

En lo formal o meramente procesal, se invoca la prejudicialidad como medio o recurso para detener el juicio, para suspenderlo e impedir que, durante el tiempo conveniente, se dé contestación; y en lo sustancial, una vez obtenida la sentencia del juicio separado, lo que era prejudicial se convierte entonces en base, fundamento, soporte y apoyo de una defensa, lo que es imposible según el novedoso sistema del Código. Además, si el juicio llega al estado de sentencia, ¿en qué momento se aporta la prueba? ¿no será una prueba extemporánea? Ya concluyó el término, y por ende, no hay legalmente oportunidad para traer la prueba conducente (artículo 435) y hasta pudo haber fenecido de lapso perentorio para dictar auto para mejor prever (artículo 514).

Efectos de la Declaratoria con Lugar de las Diferentes

Cuestiones Previas

Caso del Ordinal 1º

Artículo 353: Declarada con lugar la falta de jurisdicción, o la litispendencia a que se refiere el ordinal 1º del artículo 346, el

proceso se extingue. En los demás casos del mismo ordinal, la declaración con lugar de las cuestiones promovidas, producirá el efecto de pasar los autos al Juez competente para que continúe conociendo, conforme al procedimiento que deba seguir.

Declarada con lugar la falta de jurisdicción o la litis pendencia a que se refiere el ordinal 1º del artículo 346, el juicio se termina en los demás casos del mismo ordinal, la declaración con lugar de las cuestiones opuestas, los casos pasan al Juez competente para que continúe conociendo.

Caso de Ordinales, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º

Artículo 354: Declaradas con lugar las cuestiones previas a que se refieren los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 346, el proceso se suspende hasta que el demandante subsane dichos efectos u omisiones como se indica en el artículo 350, en el término de cinco días, a contar del pronunciamiento del Juez. Si el demandante no subsana debidamente los defectos u omisiones en el plazo indicado, el proceso se extingue, produciéndose el efecto señalado en el artículo 271 de este Código.

Declaradas con lugar las cuestiones previas a que se refieren los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 346, el juicio se suspende hasta que el demandante subsane dichos defectos u omisiones en el término de cinco días a contar de la decisión del Juez si el demandante no subsana el procedimiento se termina.

Caso Ordinal 7º y 8º

Artículo 355: Declaradas con lugar las cuestiones previas a que se refieren los ordinales 7º y 8º del artículo 346, el proceso continuará su curso hasta llegar al estado de sentencia, en cuyo estado se suspenderá hasta que el plazo o la condición pendiente se cumpla o se resuelva la cuestión prejudicial que deba influir en la decisión de él.

Decididas con lugar las cuestiones previas a que se refieren los ordinales 7º y 8º del artículo 346, el juicio sigue hasta llegar al estado de sentencia, en cuyo estado se suspende hasta que el plazo, la condición y cuestión prejudicial se resuelva que debe influir en la decisión de él.

Caso Ordinal 9º, 10º y 11º

Artículo 356: Declaradas con lugar las cuestiones previas a que se refieren los ordinales 9º, 10º y 11º del artículo 346, la demanda quedará desechada y extinguido el proceso.

Decidida las cuestiones previas con lugar a que se refieren los ordinales 9º, 10º y 11º del artículo 346, la demanda quedará y termina el juicio.

Apelación y Costas

Artículo 357: La decisión del Juez sobre las defensas previas a que se refieren los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del artículo 346, no tendrá apelación la decisión sobre las cuestiones a que se refieren los ordinales 9º, 10º y 11º del mismo artículo, tendrá

apelación libremente cuando ellas sean declaradas con lugar, y solo efecto cuando sean declaradas sin lugar. En ambos casos, las costas se regularán como se indica en el Título VI del Libro Primero de este Código.

La decisión del Juez de las cuestiones previas de los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del artículo 346 no tiene apelación y las 9º, 10º y 11º tendrá apelación libremente cuando serán decididas con lugar y en un solo efecto cuando sean declaradas sin lugar.

No Apelación. Solicitud de Regulación

En lo que respecta a las apelaciones de las cuestiones previas, de manera especial con respecto a la cuestión previa del ordinal 1º, no habrá apelación sin solicitud de regulación.

Contra la decisión que se dicte, tratándose únicamente de la cuestión previa de falta de jurisdicción, incompetencia o litispendencia, no se admitirá recurso alguno (apelación), salvo el recurso de impugnación mediante la solicitud de regulación de la jurisdicción o de la competencia, previsto en la Sección Sexta del Título I del Libro Primero. “El procedimiento de regulación de la jurisdicción es muy ágil y sencillo, y sustituye a la excepción de incompetencia hoy vigente con toda su larga tramitación de instancias y recursos que llegan inclusive a casación”.

Regulación de Recursos y Costas

La decisión del Juez sobre las defensas previas a que se refieren los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del artículo 346, no tendrá apelación. La decisión sobre las cuestiones a que se refieren los ordinales 9º, 10º y 11º del mismo artículo, tendrá apelación libremente cuando ellas sean declaradas con lugar, y en un solo efecto cuando sean declaradas sin lugar. En ambos casos, las costas se regularán como se indica en el Título VI del Libro Primero de este Código.

Concordancia: Artículos 254 y 261 del Código de Procedimiento Civil derogado.

Recursos contra la decisión. Caso del ordinal 1º del artículo 346.

Solicitud de Regulación

Ya se señaló al comentar el artículo 349 que contra la decisión que se dicte respecto de la cuestión previa prevista en el ordinal 1º del artículo 346, no se admitirá otro recurso que el de la solicitud de regulación de la jurisdicción, y ello ocurre para darle al Juez la potestad de decidir soberanamente sobre su aptitud para ejercer la jurisdicción o para negarse al conocimiento de un proceso en el cual carezca de la misma. Será

mediante la regulación de la jurisdicción como los mismos órganos jurisdiccionales competentes determinen en definitiva cuál debe ser el Juez que ha de conocer el definitiva el proceso.

No Apelación: ordinales 1º, 2º, 3º y 4º

Apelación en un solo efecto: ordinales 5º, 6º, 7º y 8º cuando se declaren con lugar

Se regula en esta disposición los recursos que proceden contra las demás decisiones relativas a las otras cuestiones previas que prevé el artículo 346, y sobre las mismas se produce un cambio radical en relación con lo que dispone el Código derogado. Conforme a éste, se concedía recurso de apelación se admitieran o desecharan, respecto a las excepciones correspondientes a las cuestiones previas previstas en los ordinales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 346, y se concedía dicho recurso sólo cuando se admitieran las excepciones correspondientes a las cuestiones previas previstas en los ordinales 5º, 6º, 7º y 8º del mismo artículo. Conforme a la norma que se comenta, no se admitirá recurso alguno contra la decisión del Juez que recaiga sobre las defensas previas indicadas, con la salvedad hecha de la contenida en el ordinal 1º, al señalar que no tendrá apelación. Tal posición encuentra justificación suficiente en la solución

práctica que se le plantea al demandante en los artículos 354 y 355, en caso de que sea declarada con lugar la cuestión previa propuesta, y en el principio adoptado por el artículo 289, conforme al cual de las sentencias interlocutorias se admite apelación sólo cuando produzcan gravamen irreparable, sean declaradas con lugar o desechadas, ese gravamen irreparable no se produce nunca, pues si son declaradas con lugar, el demandante tendrá oportunidad de subsanar los vicios u omisiones que se determinen en la decisión, y si son declaradas sin lugar, en modo alguno se impide el ejercicio de los derechos que emanan de la acción propuesta y de la defensa de fondo que luego se esgrima por el demandado.

Apelación libre: ordinales 9º, 10º y 11º, declaratoria sin lugar

Ese mismo principio privó al concederse apelación libremente contra la decisión referente a las cuestiones contenidas en los ordinales 9º, 10º y 11º del mismo artículo 346, cuando sean declarados con lugar, pues como ya se indicó al analizar el artículo 356, tal decisión causa el gravamen irreparable de desechar definitivamente la demanda y extinguir el proceso. Finalmente, se oirá apelación en un solo efecto en el caso de que las mismas cuestiones se declaren sin lugar.

La solución adoptada en materia de apelaciones sobre cuestiones previas “desembaraza realmente el procedimiento ordinario de las constantes incidencias que son provocadas generalmente con el solo propósito dilatorio, y se logra, en lo posible, conciliando todos los intereses de las partes y los de la justicia misma, llegar incluso a una decisión de tales cuestiones en una forma rápida y sencilla, dentro de un espíritu de justicia y de garantía del derecho de defensa consagrado en la Constitución.

Costas de la incidencia

Respecto a las costas de la incidencia, se aplica lo dispuesto en los artículos 274 al 287, estableciéndose como norma rectora que a la parte que fuere totalmente vencida en la incidencia, se le condenará en costas, sin que pueda aplicarse la exención de las mismas por motivos racionales para litigar, acogándose así la teoría del vencimiento total que muchos sustentaron ante la costumbre de algunos jueces de recurso a la simple frase de no condenar en costas por motivos racionales para litigar, pero sin fundamentar en forma alguna y señalar cuáles eran esos motivos.

CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto e investigado con la información documental debidamente analizada se puede concluir efectivamente que:

- Cuando se oponen las cuestiones previas todas ellas producen un efecto jurídico diferente según cual de ellas se oponga, dependiendo de la cuestión previa opuesta produce un efecto: suspensivo del proceso, extinción del proceso o suspensión en estado de sentencia, lo que viene a constituir una traba procesal, muchas veces opuestas con esa finalidad.
- Las cuestiones previas opuestas para ser decididas como punto previo de la sentencia definitiva son las del ordinal 7º y 8º del artículo 346 del Código Orgánico Procesal Penal donde se regula que la disposición declarada con lugar de condición o plazo pendiente y la existencia de cuestión prejudicial que deba resolverse en un proceso distinto.
- La oportunidad de contestar la demanda después que ha sido opuesta las cuestiones previas depende de cada una de ellas, en la mayoría de los casos son cinco días después de subsanada y el en caso de la falta de jurisdicción o competencia al tercer día después.

- La reforma del Código de Procedimiento Civil del año 1986 sobre las cuestiones previas cuya intención o propósito no era otro, sino que cumpliera con el principio de la celeridad procesal, pero categóricamente debemos afirmar que esto no se ha logrado, siendo ello así por lo siguiente: en el medio judicial hay quienes abusan con la utilización de estos medios en la defensa, haciéndolos muchas veces movidos por el interés expreso y manifiesto de lograr retardar las causas para con ello darse el lujo de mantener la parte contraria en estrados durante muchos años, litigando sobre causas cuyo interés muchas veces no es tan importante como para que sean ocupados los operadores e justicia, conformando tiempo, además erogaciones de dinero casi siempre elevado para quienes actúan en juicio.

RECOMENDACIONES

Con fundamento en estas conclusiones nos permitimos recomendar que de revisarse la legislación civil, pudiera este estructurar procedimentalmente las cuestiones previas de forma más breve y sencilla en cuanto a subsanar, a contestar al procedimiento y a sus efectos siendo que la carta magna en su artículo 26 y 257 habla de tutela judicial efectiva que no es otra cosa que garantizar a todos los ciudadanos una justicia eficaz, inmediata, gratuita, sin reposiciones inútiles que no son más que todas las garantías de un proceso debido, observándose que no se vislumbra una reforma legislativa sobre la materia en el corto plazo pudiera entonces proponerse que un principio de solución debe estar en manos de Jueces del país a través de construcciones jurisprudenciales basada fundamentalmente en una doctrina garantista de los derechos ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

Alsina, H. (1958). *Defensa y Excepciones*. Buenos Aires: Ejea.

Bacca, F. (1986). *Los Principios Fundamentales y Las Cuestiones Previas en el Nuevo Código Civil Venezolano*. Lithobinder, C.A..

Bello, H. (1989). *Procedimiento Ordinario*. Móvil Libros.

_____, (1989). *Los Trámites Procesales en el Nuevo Código de Procedimiento Civil 1987*. Editorial Estado.

Briceño, N. (1988). *Cuestiones Previas*. Paredes Editores.

Cabanellas, G. (1985). *Diccionario de Derecho Usual*. Editorial Heliasta.

Cabrera, J. (2003). *Tribunal Supremo de Justicia*. Sala Constitucional.

Calvo, E. (1986). *Las Cuestiones Previas Derecho de Defensa*. Ediciones Libraca.

Carnelutti, F. (1944). *Estudios de Derecho Procesal*. (Tomo I). Buenos Aires: Ejea.

Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Civil*. (2da. Ed.) Buenos Aires: Depalma.

Chiovenda, G. (1936). *Institutos de Derecho Procesal Civil*. (1era. Ed. Tomo I) Madrid: Revista de Derecho Progado.

Duque, R. (1990). *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*. Caracas: Jurídica Alva, S.R.L.

- Echandía, D. (1973). **El Derecho Procesal Civil**. (2da. Ed. Tomo I, II y III). Bogotá: ABC. (Compendio).
- Ferrero, R. **Los Poemas Homéricos**. (4ta. Ed.) Lima: Universo.
- García, A. (2003). **Tribunal Supremo de Justicia**. Sala Constitucional.
- Gorea S., B. (2002). **Las Propuesta del T.S.J. sobre la Constitución Venezolana de 1999**. La Semana Jurídica, C.A. Caracas – Venezuela.
- Henríquez, R. (1986). **Comentarios al Nuevo Código Procesal Civil**. Maracaibo.
- Hernández, B. Y Otros (1995). **Metodología de la Investigación**. México: Mc Graw-Hill.
- Instituto Universitario de Mejoramiento Profesional del Magisterio. (1987). **Introducción a la Investigación**. (2da. Ed.) Caracas: IUMPM.
- La Roche, R. (1986). **Comentarios al Código de Procedimiento Civil**. Maracaibo: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.
- Ley de Abogados (1967). **Gaceta Oficial No. 1081**. Extraordinario.
- Ludwing, E. (1959). **Tratado de Derecho Civil**. (2da. Ed. Tomo I. Volumen II) Barcelona.
- Montoya, C. (1997). **El Proceso Ordinario**. Livrosca.
- Naranjo, Y. (1986). **Código de Procedimiento Civil**. Caracas: Liberia Destino.
- Ortiz O., R. (2001). **Tutela Constitucional Preventiva y Anticipativa**. Editorial Fronesis, C.A.
- Pineda, P. (S/F). **Lecciones Elementales de Derecho Procesal Civil**.

- Rengel, A. (1995). ***Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano Según el Nuevo Código de 1987 (Procesamiento Ordinario)***. Editorial Artes.
- Rocco, H. (1959). ***Teoría General del Proceso Civil***. (1era. Ed.). México: Rosrúa.
- Rodríguez, R. (1988). ***El Procedimiento Breve***. Paredes Editores. Caracas-Venezuela.
- Sánchez N., A. (1995). ***De la Introducción de la Causa. Comentarios y Anotaciones al C.P.C.*** Cuarta Edición. Ediciones Paredes. Caracas – Venezuela.
- Zoppi, A. (1990). ***Cuestiones Previas y Otros Temas de Derecho Procesal***. Editores Vadell Hermanos: Valencia.

ANEXOS

Definición de Términos Básicos

Caducidad de la Acción: que solo hay carencia de acción, cuando la Ley objetivamente la prohíba o niegue la tutela jurídicamente a la situación de hecho invocado (Rengel, 1995, p. 109).

Condición o Plazo Pendiente: implica la admisión de la existencia de la obligación, o el reconocimiento del derecho, y solo se invoca una circunstancia que lo limita o afecta temporalmente, hasta que se cumpla la condición o el plazo pendiente, de tal modo que la resolución de la cuestión previa no paraliza el proceso, sino que detiene el pronunciamiento de la sentencia de mérito hasta que se cumpla la condición o el plazo pendiente (Ibidem, p. 180).

Defecto de Forma de la Demanda: se produce por no haber llenado en el libelo los requisitos que implica la Ley, ellos tienden a permitir la necesaria congruencia de la sentencia con la pretensión contenida en la demanda, porque condicional en cierto modo el cumplimiento de aquel deber del Juez, será procedente la proporción d la cuestión previa (Ibidem, p. 135).

Efectiva: existente, real o verdadero, hacer efectivo, cumplir, realizar.

Falta de Caución o Fianza: es la necesidad de eficaces providencias

y de oportunas cautelas que debían acompañar a la litis hasta la completa satisfacción del derecho (Ibidem, p. 220).

Ilegitimidad de la Persona del Actor: es conocer de la capacidad necesaria para comparecer en juicio, por ser esta capacidad un requisito atinente a la parte, cuya falta aborta el seguimiento del juicio mientras no se subsane el defecto (Ibidem, p. 76).

Ilegitimidad del Apoderado del Actor: es la de no tener capacidad necesaria para ejercer poderes en juicio. Es la capacidad que corresponde a los abogados para realizar estos procedentes con eficacia jurídica en calidad de representantes de las partes (Ibidem, p. 80).

Ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado: es cuando la persona citada como representante del demandado no tiene el carácter que se le atribuye (Idem).

Judicial: atinente a la administración de justicia. Hecho de justicia o por su autoridad procedimental. Absolución judicial, abstención de jueces y funcionarios judiciales.

La Cosa Juzgada: que pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia, la finalidad de aquella podría frustrarse si el ordenamiento jurídico

no asegurase, al propio tiempo, el medio apropiado para la tutela de la cosa juzgada y la defensa de su función propia que es la inmutabilidad de los efectos de la sentencia contra el peligro de una nueva decisión y que este medio de tutelar de la cosa juzgada, asegurado por la Ley es la excepción de cosa juzgada (Ibidem, p. 225).

La Existencia de Cuestión Prejudicial: se ventila en proceso separado, es evidente que la promisión de derecho como cuestión tiende a anular la pretensión y funciona como una forma de resistencia u oposición a ésta cuya resolución depende estrechamente de aquélla (Ibidem, p. 240).

Litis Pendencia: es cuando el asunto debe acumularse a otro proceso por razones de accesoriedad, de conexión, considerándose que ellas, por constituir causas modificadoras de las reglas ordinarias de competencia (Ibidem, p. 140).

Prohibición de la Ley de Admitir la Acción Propuesta: cuando la Ley prohíbe admitir la acción propuesta y solo permite admitirla por determinados causales que no dan las alegadas en la demanda; "debe aparecer clara la voluntad de no permitirle el ejercicio de la acción" (Ibidem, p. 136).

Tutela: toda suerte de protección, amparo, defensa, custodia o cuidado y dirección de personas e intereses.

MATRIZ DE ANÁLISIS DE CONTENIDO

| UNIVERSO | UNIDAD DE ANÁLISIS | CATEGORÍA DE INVESTIGACIÓN | Calvo, 1986 | Zopyy, 1990 | Balzán, 1986 | Mata, 2003 | Conclusiones |
|--|---|--|-------------|-------------|--------------|------------|--------------|
| Determinar el uso de las cuestiones previas como una forma de retardar el proceso y la tutela judicial efectiva. | ¿Cuáles son los efectos que producen la oposición infundadas de las cuestiones previas? | Retardo Procesal | | | | | |
| | | Economía Procesal | | | | | |
| | ¿Qué aspectos ocasionan la oposición de las cuestiones previas para ser decididas como punto previo de la sentencia definitiva? | Falta de cualidad e interés en el factor para intentar el juicio. | | | | | |
| | | Falta de cualidad e interés del demandado para sostener el juicio. | | | | | |
| | ¿Cuáles son las oportunidades para contestar la demanda después que se han opuesto las cuestiones previas? | Declaradas con Lugar | | | | | |
| | | Declaradas sin Lugar | | | | | |

CLASIFICACIÓN ESQUEMÁTICA Y EFECTOS DE LAS CUESTIONES PREVIAS

EN CUATRO GRUPOS Art: 346, Ords. 1º al 11º

| GRUPO | ORDINALES | CUESTIÓN PREVIA | EFECTOS DE LA DECLARACIÓN CON LUGAR | RECURSOS CONTRA LA INTERLOCUTORIA |
|-------|-----------|------------------------------|--|--|
| 1 | 1 | Falta de Jurisprudencia | El proceso se extingue | Regulación de Jurisdicción |
| | | Incompetencia | Pasar los autos al Juez competente | Regulación de la COMPETENCIA |
| | | Litis Pendencia | El proceso se extingue | |
| | | Acumulación | Pasar los autos al Juez competente | |
| 2 | 2 | Ilegitimidad del actor | El proceso se suspende hasta que el demandante subsane dichos defectos u omisiones en el término de cinco días desde el pronunciamiento del Juez. Si no lo hace, el proceso se extingue, no ocasiona costas. | NUNCA TIENE APELACIÓN |
| | 3 | Ilegitimidad apoderado actor | | |
| | 4 | Ilegitimidad del citado | | |
| | 5 | Falta de caución o fianza | | |
| | 6 | Defecto de forma | | |
| 3 | 7 | Condición o plazo pendiente | El proceso continuará su curso hasta llegar al estado de sentencia, en cuyo estado se suspenderá. | |
| | 8 | Cuestión prejudicial | | |
| 4 | 9 | Cosa juzgada | La demanda quedará desechada y extinguido. | APELACIÓN Con Lugar – 2 efectos Sin Lugar – 1 efecto |
| | 10 | Caducidad de la acción | | |
| | 11 | Prohibición de la Ley | | |

| ORDINALES | CUESTIÓN PREVIA | EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN CON LUGAR | RECURSOS CONTRA LA INTERLOCUTORIA |
|-----------|------------------------------|--|--|
| 1 | Falta de Jurisprudencia | El proceso se extingue | Regulación de Jurisdicción |
| | Incompetencia | Pasar los autos al Juez competente | Regulación de la COMPETENCIA |
| | Litis Pendencia | El proceso se extingue | |
| | Acumulación | Pasar los autos al Juez competente | |
| 2 | Ilegitimidad del actor | El proceso se suspende hasta que el demandante subsane dichos defectos u omisiones en el término de cinco días desde el pronunciamiento del Juez. Si no lo hace, el proceso se extingue, no ocasiona costas. | NUNCA TIENE APELACIÓN |
| 3 | Ilegitimidad apoderado actor | | |
| 4 | Ilegitimidad del citado | | |
| 5 | Falta de caución o fianza | | |
| 6 | Defecto de forma | | |
| 7 | Condición o plazo pendiente | | |
| 8 | Cuestión prejudicial | El proceso continuará su curso hasta llegar al estado de sentencia, en cuyo estado se suspenderá. | |
| 9 | Cosa juzgada | La demanda quedará desechada y extinguido. | APELACIÓN Con Lugar – 2 efectos Sin Lugar – 1 efecto |
| 10 | Caducidad de la acción | | |
| 11 | Prohibición de la Ley | | |