Consideraciones sobre las Cuestiones Previas en el Código de Procedimiento Civil de 1987

Álvaro Badell Madrid

Profesor de Derecho Procesal Civil
Universidad Católica Andrés Bello

I.- Antecedentes.

El sistema de las cuestiones previas consigue su más remoto antecedente legislativo en el Código de Procedimiento Civil de 1836 elaborado por el Licenciado Aranda (Código Aradino), que establecía regulaciones generales en materia de excepciones, que fueron posteriormente sistematizadas bajo el régimen de las excepciones dilatorias y las de inadmisibilidad en el Código de Procedimiento Civil de 1916 -en adelante CPCd-. Sin embargo, la concepción del régimen procesal para la tramitación, sustanciación y decisión de las cuestiones previas establecido a partir de la reforma del Código de Procedimiento Civil publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria Nº del 13 de marzo de 1987 que entró en vigencia el 13 de marzo de 1987 (en adelante CPC) constituyó innovación evidente respecto del régimen de las excepciones previsto en el Código derogado.

Lo relativo al tramite de dichas excepciones así como los principios rectores que informaban la incidencia que a partir de su promoción se generaba, suponía una fase compleja que incluía un acto de contestación que daba inicio a una incidencia probatoria, la relación de la incidencia, informes y sentencia. Todo ello enmarcado además en un régimen de impugnaciones mucho más complejo que el concebido actualmente, ya que por regla general las apelaciones -tanto de las sentencias definitivas como de las interlocutorias- se oían libremente, es decir, con efecto suspensivo y devolutivo. En efecto, el artículo 178 del CPCd así lo establecía para las sentencias definitivas; y el 179 eiusdem disponía que en el caso de las interlocutorias -por vía de excepción- no se oían en ambos efectos en caso cuando de urgente ejecución y ello atendiendo a la naturaleza del caso.

Por lo tanto, aún en los casos en que eran declaradas improcedentes las excepciones por el tribunal a quo se paralizaba la causa principal mientras se tramitaba y decidía la incidencia por sentencia definitivamente firme. En algunos casos incluso la incidencia podía llegar a casación, lo cual atentaba contra la celeridad y economía procesal.

De allí que la Comisión redactora del Código de 1987, al hacer la revisión institución de las excepciones atendió la urgente necesidad de transformar dicho régimen para dar paso a uno que respondiera a los postulados de brevedad, concentración y economía procesal, como en definitiva quedó plasmado en el sistema de las cuestiones previas.

II. Naturaleza Jurídica.

El Código de Procedimiento Civil vigente reconoce de manera clara y determinante un carácter de incidencia autónoma al sistema de las cuestiones previas, abandonando el planteamiento que en ese mismo sentido establecía el artículo 247 del CPCd. Aunado a ello, y en atención la finalidad depuradora del proceso con el que fueron concebidas las cuestiones previas podemos afirmar que éstas constituyen un acto procesal del demandado de naturaleza esencialmente saneador o depurador del proceso, de carácter facultativo.

En efecto, es indiscutible que la concepción de las cuestiones previas como instituto procesal sustitutivo de las excepciones que regían en el sistema derogado, tienden a evitar que el proceso pase a la fase del contradictorio sin antes haberse dirimido aspectos que por su naturaleza pueden incidir en la supervivencia del proceso. Por eso afirmamos que las cuestiones previas constituyen:

i) una incidencia autónoma y previa a la fase de contestación de la demanda;
ii) su finalidad es esencialmente depuradora del proceso;
iii) están concebidas de manera privativa para la parte demandada;
iv) son de carácter eminentemente facultativo.

En cuanto a las notas resaltantes señaladas, es necesario hacer las siguientes precisiones:

i) Por lo que se refiere a que constituyen una incidencia autónoma y previa a la fase de contestación a la demanda, terminando con la diferencias de criterios que al respecto surgían bajo la vigencia del régimen de excepciones derogado, podemos llegar a tal afirmación habida consideración del contenido del artículo 346 del ., según el cual, el demandado puede en vez de contestar la demanda promover las cuestiones previas indicadas en dicha norma. Este carácter incidental quedó reforzado con lo dispuesto en el último aparte de dicha norma, que predica que en caso que hubiesen varios co-demandados y uno de ellos promueva cuestiones previas, no podrá admitirse la contestación a los demás hasta tanto no sea resuelta la incidencia que con motivo de la cuestión previa se genera.

ii) En cuanto a la función depuradora de las cuestiones previas, distintos son los efectos que éstas producen en el juicio. En algunos casos, gozan de un efecto repositorio el cual se materializa a través de la subsanación (voluntaria o forzosa) de vicios formales. Su trámite supone un pronunciamiento judicial que ordena al actor la necesidad de corregir defectos u omisiones formales como aspecto previo a la continuación del curso del proceso, quedando el actor colocado en una fase equiparable a la inicial de interposición de la demanda, en la cual se requiere incluso una resolución del tribunal que homologue la actividad de subsanación.

En otros casos, las cuestiones previas producen efectos suspensivos que permiten sustanciar el procedimiento hasta determinada etapa en el cual, se suspenderá el curso de la causa e impedirán al tribunal dictar sentencia mientras no acontezcan determinadas situaciones jurídicas que tienen estrecha relación con la pretensión de que se trate, como es el caso de la prejudicialidad o la existencia de condición o plazo pendiente.

Surgen también efectos extintivos en algunos supuestos que inciden en la secuela del proceso tales como: la cosa juzgada, la caducidad legal o la prohibición expresa de la ley de admitir la acción propuesta.

iii) En cuanto a la legitimación para promoverlas, corresponde exclusivamente a la parte demandada. En efecto, el artículo 346 al establecer el planteamiento de las cuestiones previas dispone que dentro del lapso fijado para la contestación de la demanda, podrá el demandado en vez de contestarla, promover las cuestiones previas allí indicas.
Aún en el caso que el demandado pase a ser -al mismo tiempo- actor por vía reconvencional, no posible al demandante reconvenido promover cuestiones previas contra las deficiencias que pudiera advertir en el escrito de reconvención. Ciertamente, el artículo 386 dispone al respecto que «Salvo las causas de inadmisibilidad de la reconvención indicadas en el Artículo 366, no se admitirá contra ésta la promoción de las cuestiones previas a que se refiere el Artículo 346.» Curiosamente, en la novísima Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente -cuya vigencia inicia a partir del 1 de abril del año – si es posible que en el caso de la reconvención se promuevan cuestiones previas por parte del actor reconvenido, según lo prevé el artículo 465 de la referida ley especial.
iv) En cuanto al señalado carácter potestativo, corresponde al sujeto pasivo de la pretensión contestar la demanda u optar, -a su sola elección- por no hacerlo y dar inicio a la vía incidental mediante la promoción de cuestiones previas, como lo dispone el artículo 346 del «…podrá el demandado en vez de contestarla, promover las siguientes cuestiones previas…»
No constituye por tanto una carga procesal la promoción de las cuestiones previas y en ese sentido, a título de ejemplo, podría la demandada detectar deficiencias formales en el libelo, con lo cual estaría legitimada para promover la cuestión previa por defecto de forma de la demanda; pero sin embargo, por razones de conveniencia, estrategia procesal, celeridad, etc., al considerarlo más ventajoso, proceder a contestar la demanda y provocar con ello que el juicio continúe a la fase de sustanciación.
III.- TRAMITE
A los fines de la revisión de la sustanciación y resolución de las cuestiones previas, las hemos sistematizado atendiendo al criterio de unidad del procedimiento que las rige según la cuestión previa de que se trate. En ese sentido las hemos agrupado de la siguiente manera: a) las del ordinal 1°; b) de los ordinales 2° al 6°; c) ordinales 7° al 11°.
1.- Ordinal 1°.
Estipula el artículo 349 del CPC que antes de entrar a decidir sobre las cuestiones previas propuestas, el juez debe resolver las del ordinal 1º, del artículo 346 de manera preferente y sumaria, para lo cual se atendrá únicamente a los elementos de autos y a los documentos presentados por las partes. Los casos en que puede plantearse esta cuestión previa son: 1.1) falta de jurisdicción que a su vez puede presentar los siguientes supuestos: i. falta de jurisdicción del juez venezolano frente al juez extranjero; ii. falta de jurisdicción frente a la administración pública; y, iii. falta de jurisdicción frente al arbitraje. 1.2) falta de competencia; 1.3) Litispendencia; 1.4) Acumulación por razones de accesoriedad, conexión o continencia
1.1. Falta de jurisdicción.
Debe tenerse en cuenta que la falta de jurisdicción también puede ser opuesta fuera del lapso de emplazamiento -ya no como cuestión previa-, como lo

establece los artículos 59 y 347 del CPC, y no acumulativamente como lo previene el 348 eiusdem. De lo anterior deriva una diferencia fundamental en cuanto al trámite y los efectos de la decisión según se trate de cuestión previa o solicitud de regulación de jurisdicción en otra etapa del proceso, ya que en éste último caso el trámite a seguir es el previsto autónomamente en los artículos 62 y siguientes del CPC-, la decisión del juez sobre su jurisdicción (afirmativa o negativa) tiene consulta obligatoria a la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa ex art. 59 y 6 del .

Cuando se trata del pronunciamiento del juez sobre su jurisdicción como decisión incidental proveniente de la promoción y trámite de la cuestión previa del ordinal 1°, del artículo 346, la consulta a la Corte será procedente sólo si la parte impugna la decisión interlocutora a través de la solicitud de regulación como único medio técnico procesal idóneo para ello, vale decir, que en este supuesto la solicitud de regulación de jurisdicción no tendrá consulta obligatoria o de pleno derecho.

a) Decisión: El juez deberá emitir su pronunciamiento al quinto día siguiente del vencimiento del lapso de emplazamiento «ateniéndose únicamente a lo que resulte de autos y a los documentos presentados por las partes»(vid. artículo 349, .), esto es, sin articulación probatoria.

Si el juez declara procedente la cuestión previa, en consecuencia de lo cual, afirma una jurisdicción extranjera frente a la venezolana o la de la administración pública frente a la del tribunal, la consulta será obligatoria. En caso contrario, es decir, declarada improcedente la cuestión previa y afirmada la jurisdicción, corresponderá a la parte decidir si opone el recurso de regulación de jurisdicción u opta por conformarse con el contenido de la decisión dejando que quede definitivamente firme.

De considerar la Administración que el conocimiento del asunto le compete, ésta, sin ser parte en la causa, y mientras no se hubiere afirmado la jurisdicción mediante decisión firme, puede intervenir en el Tribunal de la causa, e incluso ocurrir ante la Sala Político-Administrativa y solicitar, dentro de los diez (10) días que tiene la Sala para decidir, que declare el defecto de jurisdicción del juez, y afirme que el asunto -en su conocimiento y resolución- es competencia del ente público interviniente. De acuerdo con el artículo 66 del y en razón de lo importante que es determinar la jurisdicción del tribunal para el conocimiento del caso, la promoción de la cuestión previa de falta de jurisdicción suspende el curso del proceso principal hasta tanto quede resuelta la incidencia que ante tal supuesto se genera. En efecto, el juez no puede seguir conociendo de la causa mientras no quede aclarada, por sentencia definitivamente firme, la cuestión previa de jurisdicción.

Si el juez declara improcedente la cuestión previa de falta de jurisdicción y la solicitud de regulación no es ejercida oportunamente el proceso seguirá su curso normal, sin más incidencia, dejando a salvo, por supuesto, los casos en que sea procedente la consulta obligatoria. En éstos casos, la suspensión será efectiva desde la fecha de la decisión del juez como lo dispone el artículo 62 , sin importar el contenido de la decisión.

b) Costas procesales: Vista la singularidad que se presenta con la falta de jurisdicción y su importancia e incidencia en el juicio, se presenta la interrogante sobre si a la parte perdidosa en la interlocutoria debe o no ser

condenada en costas. Ello, bajo la premisa de que se ha trabado una incidencia y si nos atenemos al principio rector en materia de costas procesales -artículo 274 del -, «A la parte que fuere vencida totalmente en un proceso o en una incidencia, se le condenará al pago de las costas.»
Al analizar este aspecto la Corte fijó posición estableciendo lo siguiente:
«…la determinación de jurisdicción es un presupuesto contrario a la procedencia de las costas, las cuales aluden al vencimiento de la parte. …en el caso de falta de jurisdicción, no se está ante una decisión sobre la controversia planteada, sino sobre un presupuesto básico para la constitución de la relación jurídica procesal que el legislador estimó de tal magnitud que sobrepuso la decisión del juez a la actuación de las partes. …esta Sala Político-Administrativa considera improcedente en materia de regulación de jurisdicción cuando lo que está en conflicto es del juez venezolano frente al juez extranjero, la condenatoria en costas una vez que ha sido planteada bien por una de las partes o bien de oficio por el juez.»
De manera que independientemente del contenido de la decisión declarando con o sin lugar la cuestión previa promovida, no habrá condenatoria en costas.
c) Oportunidad para la contestación de la demanda: A tenor de lo dispuesto en el ordinal 1°, del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, la contestación de la demanda procede dentro de los cinco (5) días siguientes contados a partir de la resolución del tribunal o de recibido el oficio con la decisión a la que se refiere el artículo 64 eiusdem, si hubiese sido solicitada la regulación de jurisdicción. Así, pueden ocurrir los siguientes supuestos:
i) Declarada procedente la cuestión previa, como siempre tiene consulta obligatoria, la contestación tendrá lugar dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al recibo del oficio de la Corte en el que se afirma la jurisdicción del tribunal.
ii) Admitida la procedencia del arbitraje por sentencia firme, el procedimiento continuará por los trámites especiales de la materia dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al recibo del oficio de la Corte a que se refiere el artículo 75, siempre que se hubiere promovido la solicitud de regulación de jurisdicción oportunamente, ya que en caso contrario, si las partes aceptan el fallo, será a partir de la misma oportunidad en que se dicte la decisión que se procederá a la constitución del tribunal de arbitraje y demás trámites atinentes a la materia, tales como, designación de árbitros, juramentación, alegatos, etc. De quedar desechado el arbitraje, se dará inicio a un lapso preclusivo de cinco (5) días de despacho dentro de los cuales corresponderá a la parte interesada promover la regulación de jurisdicción o contestar la demanda, ya que en caso contrario, no sólo queda firme la decisión en cuanto la improcedencia del arbitraje sino que operaría la presunción de confesión ficta en los términos que lo prevé el artículo 362 . Evidentemente, de acudirse a la solicitud de regulación, la contestación tendrá lugar dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo del oficio de la Corte a que se refiere el artículo 75 .
iii) Declarada improcedente la cuestión previa [del juez venezolano frente al juez extranjero o ante la administración pública], la consulta no es obligatoria, por lo que el demandado tiene cinco (5) días de despacho para contestar la demanda u optar por solicitar la regulación de jurisdicción, para

lo cual -igual que lo señalado anteriormente-. los lapsos transcurren de manera coetánea.
Por supuesto, ejercida la solicitud de regulación, se dará inicio al tramite correspondiente por ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo, quedando diferida la oportunidad para la contestación de la demanda, la cual tendrá lugar dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al recibo del oficio de la Sala afirmando la jurisdicción.
iv) En todos los casos señalados, la contestación tendrá lugar siempre y cuando no se hubieren promovido otras cuestiones previas acumulativamente, o si promovidas éstas, tratándose de las de los ordinales 2° al 6°, no fueren subsanadas dentro del plazo de cinco (5) días que tuvo el juez para decidir sobre la jurisdicción, caso en el cual se procede de acuerdo a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 352 del .
1.2. Falta de competencia.
a)Decisión:. Siendo la competencia la medida de la función pública jurisdiccional y estando las funciones de los jueces determinadas por la ley como para todo órgano del poder público; estos sólo pueden conocer los asuntos que les están legalmente atribuidos, y por lo tanto, esta atribución es indelegable; salvo en los casos en que se permite a los particulares, por no estar prohibidos por la ley, estipular algo diferente, a tenor de lo previsto en el artículo 5 .
Según la doctrina tradicional la competencia es presupuesto de la sentencia de mérito, pues un juez que conoce de un asunto para el cual no está facultado por la ley, no puede decidirlo. Además, la competencia es un requisito de existencia y de validez formal del proceso, por lo que, la cuestión previa de incompetencia atiende a que se siga el procedimiento legal que da la formalidad necesaria para la validez del juicio.
La determinación de la competencia del tribunal es elemento esencial para la validez del juicio y, como bien lo señalara la Sala Político-Administrativa en sentencia del 18 de febrero de 1999, (véase caso E. Meléndez en amparo, exp.), es presupuesto imprescindible del cual deriva la potestad del juez para decidir el fondo, pero no lo es para la tramitación de las distintas fases procesales del juicio. Por esto, la regulación de la competencia, sea a solicitud de parte de acuerdo al artículo 67, como medio de impugnación de la sentencia interlocutoria que decide sobre la cuestión previa opuesta, no suspende el curso del proceso, sólo lo detiene en estado de sentencia y a los efectos de la contestación, pero el juez que inicialmente comenzó a conocer del asunto puede ordenar la realización de los actos de sustanciación y medidas preventivas.
Otro aspecto a considerar es la incidencia del principio de la perpetuatio jurisdictionis con respecto a la determinación de la competencia, y a las variaciones de la cuantía, el cambio o suma de sujetos como partes para lo cual interesa citar la sentencia de la Sala Político-Administrativa, de fecha 21 de noviembre de 1996, que señaló lo siguiente:
«los jueces competentes para decidir el juicio principal lo son también para decidir cualquiera de sus incidencias… En consecuencia, los cambios ocurridos respecto de la situación de las partes en una fase del proceso en nada influyen sobre la competencia del tribunal». (Corporación Venezolana de Fomento contra C González y otro, exp. 8042).

En la incompetencia por la materia, la cuantía, y por el territorio -salvo el caso del criterio del territorio simple es decir, cuando no está llamado a intervenir el Ministerio Público-, al igual que la falta de jurisdicción, por ser de orden público, aún cuando el demandado no las opusiere como cuestiones previas, está facultado para hacerlo posteriormente en cualquier estado e instancia del proceso, y el juez puede decretarla aún de oficio. No así en el caso de la competencia territorial simple -derogable por las partes convencionalmente- pues en ese supuesto, sólo se puede impugnar como cuestión previa, y se entiende que contestada la demanda, las partes han afirmado la competencia del tribunal por el territorio.
Queda a salvo también la hipótesis prevista en el primer aparte del artículo 60 del que se refiere a la incompetencia del tribunal por la cuantía, ya que en ese caso para plantear la incompetencia como incidencia autónoma en otra etapa del juicio o ser declarada de oficio por el tribunal, tiene que ser antes de haber sido dictada la sentencia en primera instancia.
En cuanto al trámite propiamente dicho, el tribunal que decidió sobre la cuestión previa al quinto día siguiente del vencimiento del lapso de emplazamiento, será el competente para recibir la solicitud de regulación; y el tribunal llamado por ley a conocer de la solicitud de regulación o del conflicto negativo de competencia es, según el artículo 71 del ., el Tribunal Superior de la circunscripción.
Sobre lo que debe entenderse por Tribunal Superior, ya que se plantea la duda en cuanto si corresponde al superior jerárquico en grado o al Tribunal Superior atendiendo a la jerarquización de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala de Casación Civil conforme lo decidido en auto del 10 de marzo de 1999, determinó lo siguiente:
«A tenor de lo establecido en el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil para la regulación de la competencia, el tribunal facultado por la norma adjetiva para decidir acerca de la regulación no es la Corte Suprema de Justicia, sino el Tribunal Superior de la Circunscripción, entendiéndose este en el medio literal de las palabras y no como el superior jerárquico funcional, de igual forma se aplicará dicha interpretación para los supuestos de litispendencia, acumulación, accesoriedad, conexión y continencia establecidos en el ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.»
El tribunal que conoce de la regulación de competencia debe decidir dentro de los diez (10) días siguientes de haberla recibido «sin previa citación, ni alegatos, ateniéndose únicamente a lo que resulte de la actuación remitida por el tribunal y las que presenten las partes, a menos que faltare algún dato indispensable para decidir, en cuyo caso podrá requerirlos el tribunal que deba decidir suspendiéndose entre tanto la decisión.
La decisión interlocutoria en la que el juez se pronuncia sobre la falta de competencia puede ser impugnada por el actor siguiendo el procedimiento para la regulación de competencia, en el entendido que esta sentencia, aún en los casos de los artículos 51 y 61, quedará firme si no se solicita la regulación dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al pronunciamiento, salvo cuando se trate de incompetencia por la materia o por el territorio en los casos en que debe intervenir el Ministerio Público ni en cualquier otro en que la ley expresamente lo determine a tenor de lo dispuesto en el artículo 47 .. Es

decir, el actor sigue teniendo la posibilidad, aún cuando la incompetencia que declaró el tribunal fuera de orden público, de impugnar la decisión; así, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo señaló en sentencia del 20 de junio de 1996 la siguiente interpretación que, a su criterio, debe hacerse del artículo 69 del .:

«lo que prevé [el artículo 70 del .] es la facultad del juez de solicitar de oficio la regulación de competencia en el caso de que nos encontremos ante dos tribunales declarados incompetentes, pero no puede interpretarse que se excluye la facultad de la parte de impugnar la declaratoria de incompetencia hecha por un tribunal.» (Véase en sentencia Distribuidora Continental en recurso de plena jurisdicción, exp. 94-14930).

Firme la incompetencia del tribunal de primera instancia, si el juez que según aquel debe conocer se considera a sí mismo incompetente este puede de oficio pedir la regulación. Este supuesto en el que ambos tribunales se consideran incompetentes se conoce en doctrina como conflicto negativo de competencia, y su resolución corresponderá al tribunal superior común a ambos. De no haber un superior común a ambos, corresponderá a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

La decisión que habrá de dictarse debe obedecer a los criterios rectores de celeridad y economía procesal que inspiraron la reforma del Código en consecuencia de lo cual, está previsto que la sentencia se dicte sin articulación probatoria, con los elementos que consten en autos y los documentos aportados por las partes.

Si el juez que conoció de la demanda es declarado incompetente se pasan los autos al tribunal declarado competente manteniendo su validez los actos realizados hasta el momento si la incompetencia se debió a la cuantía, o al territorio; pero quedarán anulados de manera retroactiva cuando la incompetencia hubiere versado sobre la materia, el territorio cuando es de orden público, o el procedimiento. Si es reafirmada la competencia del tribunal que venía conociendo este continúa haciéndolo.

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

c) Costas procesales: Al no estar previsto un contradictorio para la resolución de esta cuestión previa y siendo que el juez debe decidir con los elementos de autos y los que las partes pudieren proveer -facultad discrecional- no está prevista la condenatoria en costas independientemente del contenido de la decisión que al efecto se dicte. Refuerza esta posición el artículo 357 del que se erige como norma rectora en materia de costas en cuestiones previas, y allí sólo se alude a las cuestiones previas de los ordinales 2° al 11° del artículo 346.

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

75, en caso de ser solicitada la regulación. Aquí se presenta otra discusión no resuelta por el Código, y es que luego de decidida por el tribunal la cuestión previa de falta de competencia, si fuere declarada sin lugar, el demandado tendrá cinco (5) días para i) dar contestación a la demanda; o, ii) para solicitar la regulación de competencia.

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

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

IV. SOBRE LAS CUESTIONES PREVIAS CONTENIDAS EN LOS ORDINALES 2º AL 6º DEL ARTÍCULO 346 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

Las cuestiones previas de los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º son por esencia subsanables partiendo de la premisa de que regulan aspectos que, en general, no afectan de manera esencial la validez del juicio, atendiendo más bien a aspectos formales del mismo. Todas estas se tramitan, sustancian y deciden bajo un mismo procedimiento, obedeciendo fundamentalmente a los criterios de celeridad y economía procesal que enmarcaron la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1987 -sobre todo en materia de incidencias-.

De allí que se justifique la incorporación de aspectos tales como la subsanación voluntaria y la consiguiente excensión de costas procesales; la brevedad y concentración de los lapsos procesales que caracteriza la incidencia probatoria y el principio de no apelabilidad de las decisiones que recaigan en la incidencia, como regla general.

a) Decisión/Efectos: Debemos distinguir dos momentos en los que es posible la subsanación de los vicios o cuestiones previas de los ordinales 2º al 6º, y que según sea el caso podrán generar decisiones cuyos efectos pueden variar. En efecto, pueden ocurrir las siguientes situaciones:

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

1.1. Admitida por el demandado la subsanación, no presenta ningún inconveniente, la contestación tendrá lugar dentro de los cinco (5) días siguientes al acto de subsanación, o si se hubiere solicitado la regulación de competencia, como no se suspende el curso de la causa, se terminan de decidir las otras cuestiones de los ordinales 2º al 8º y luego, si es declarado un

tribunal distinto el competente continúa el procedimiento en aquél.
1.2. No admitida por el demandado la subsanación, que puede a su vez suponer los siguientes casos:
Que el demandado no impugne expresamente la subsanación, en razón de lo cual el silencio podría presumirse como aceptación de la subsanación,
el demandado impugne la subsanación y en consecuencia requiera al Tribunal se pronuncie sobre la idoneidad de la misma. En este caso estimamos que la vía procesal idónea para la resolución de esta incidencia será la del artículo 607 del . ya que es una situación no expresamente regulada por el Capítulo de las cuestiones previas. En tal tesis, estimamos pueden plantearse otras dos alternativas:
a. Si la sentencia declara inidónea o extemporánea la subsanación, el proceso se extingue a tenor de lo previsto en el artículo 354 en concordancia con el 271 del , pero en el entendido de que esta decisión admite recurso de apelación -la cual se oirá libremente- e incluso casación si fuere el caso.
b. Si la decisión avala como buena la subsanación, el juicio continúa, teniendo lugar la contestación dentro de los cinco (5) días siguientes a la sentencia como lo regula el ordinal 2, del artículo 358.
2. Subsanación Ordenada, de acuerdo al artículo 354. En este caso pueden ocurrir las siguientes modalidades:
2.1. El proceso se suspende hasta un máximo de cinco (5) días dentro de los cuales el actor debe subsanar el vicio según lo señalado por el juez en la sentencia que declaró con lugar la cuestión previa. Con respecto a la idoneidad de esta subsanación podemos distinguir dos supuestos:
. Si subsana idónea y oportunamente -actividad que deberá determinar el tribunal en la sentencia correspondiente-, el juicio se reanuda y la contestación de la demanda tiene lugar dentro de los cinco (5) días siguientes a esta homologación.
. Si no se subsana dentro del lapso de ley o de manera inidónea, el proceso se extingue y operarán los efectos previstos en el artículo 271 del , estándole vedado al actor incoar la misma pretensión mientras no transcurran 90 días continuos a partir de la decisión.
2.2. Si el demandante no subsana dentro del plazo de cinco (5) días, el proceso se extingue produciéndose el mismo efecto del supuesto anterior.
b) Régimen de los recursos: El artículo 357 eiusdem dispone que la decisión del juez sobre las cuestiones previas de los ordinales 2º al 8º no son apelables; sin embargo, la doctrina y jurisprudencia reiterada desde la sentencia del 10 de agosto de 1989 de la Sala de Casación Civil y retomada en varias oportunidades por la misma Sala ha considerado que la decisión que rechaza el nuevo elemento aportado por el actor que subsana de acuerdo con el artículo 354 ejusdem, da lugar a la apertura de una nueva incidencia, una fase procesal distinta de aquella en la que el juez decidió sobre la procedencia o no de la cuestión previa planteada la cual no tiene apelación por cuanto la naturaleza de esta decisión no pone fin al proceso sino que lo suspende hasta que sean subsanadas cuando las declara con lugar.
De otra parte, la decisión sobre la actuación del demandante en relación a la actividad de subsanación del defecto u omisión, al ser declarada inidónea para subsanar, pone fin al juicio y por ende se trata de una sentencia

interlocutoria con fuerza de definitiva que causa gravamen irreparable, y por lo tanto amerita la revisión de la alzada. Esta revisión se producirá a través del recurso de apelación, el cual deberá admitirse en ambos efectos, e incluso Casación si se dan los requisitos para ello.

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

No obstante, de la interpretación literal y restrictiva del artículo 350 puede concluirse que la única manera de que no se produzcan costas es que el demandante subsane el defecto u omisión alegados, y que lo haga idóneamente, por tanto, la subsanación deficiente sí producirá la imposición de las costas por parte del juez.

d) Oportunidad para la contestación de la demanda: A tenor de lo dispuesto en el artículo 358, ordinal 2º del ., la contestación de la demanda tendrá lugar dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la subsanación voluntaria. Si el actor no subsana o contradice dentro de los primeros cinco (5) días de despacho, se abre la articulación probatoria que concluirá con una sentencia interlocutoria. Si el tribunal declara con lugar la cuestión previa opuesta, de acuerdo con el artículo 354 del ., la contestación debe realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la subsanación ordenada por el juez en su fallo.

Como hemos afirmado, hay quienes opinan que ese lapso debe contarse a partir del auto del tribunal confirmando la idoneidad de la subsanación realizada, mientras que la Corte ha establecido el criterio de que no debe esperarse resolución alguna del tribunal cuando el actor subsana el defecto u omisión del libelo a menos que el demandado hubiere solicitado un pronunciamiento en este sentido, y por tanto, el demandado deberá contestar la demanda dentro de cinco (5) días siguientes a la subsanación, es decir, sin dejar transcurrir íntegramente los cinco días (5) que se habían establecido inicialmente para subsanar.

Todo esto, y como lo mencionáramos anteriormente, sin prejuicio de que la parte demandada pueda solicitar al tribunal se pronuncie respecto a si la cuestión previa fue subsanada o no de acuerdo con lo ordenado por el juez, caso en el cual el cómputo de los días se hará a partir de esa decisión.

V. SOBRE LAS CUESTIONES PREVIAS CONTENIDAS EN LOS ORDINALES 7º AL 11º DEL ARTÍCULO 346 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

Las cuestiones previas reguladas en los ordinales 7º al 11º del artículo 346 ., están estructuradas de manera distinta en cuanto a su trámite, efectos y régimen de los recursos. En una primera y evidente diferencia respecto de las analizadas en el capítulo anterior se observa que estas cuestiones previas no son subsanables y requieren ser contradichas de manera expresa ya que ante el silencio del actor opera una presunción legal de aceptación o admisión de las que no hubiere rebatido expresamente, tal como lo prevé el artículo 351

eiusdem. En cuanto a los supuestos desarrollados en los ordinales 9, 10 y 11, referidos a la cosa juzgada, la caducidad legal y la prohibición de admitir la acción propuesta, respectivamente, habida cuenta de los efectos extintivos de la declaratoria con lugar de las mismas, la decisión que recae sobre éstas admite recurso de apelación como se verá.

a) Trámite: En primer lugar debemos referirnos a los efectos disímiles que tiene el silencio del actor frente a estas cuestiones previas. Este efecto es el establecido en el artículo 351 del ., según el cual, en el caso de las cuestiones previas subsanables, el silencio del actor al terminar el plazo para subsanar, se entiende como contradicción y provoca ex lege la apertura de la articulación probatoria de ocho días. Sin embargo, para el caso de las cuestiones previas no subsanables, se requiere en orden a la apertura de la articulación probatoria que el actor contradiga expresamente las cuestiones previas pues de lo contrario, su silencio se reputará como admisión de las cuestiones invocadas, con el agravante, si se tratare de las cuestiones 9, 10 y 11, que la demanda será desechada, según dispone el artículo 356 del .

Así, la presunción de aceptación tácita del actor sólo ocurre en cuanto a las últimas cinco cuestiones previas, aún cuando hubieren sido opuestas acumulativamente con otra u otras cuestiones subsanables y cuya contradicción expresa no es indispensable. Surge así la inquietud sobre la presunción que deriva del silencio del actor ante la cuestión previa promovida. ¿Será el silencio del actor una presunción iuris tantum o iuris et de jure?

En sentencia del 5 de abril de 1995, la Sala de Casación Civil (caso J. García contra Banco de Fomento Comercial de Venezuela, C.A., exp. Nº 93-252) estableció que a diferencia de los efectos de la presunción de contumacia del demandado al no contestar la demanda -iuris tantum ex artículo 362 del .- en donde con las restricciones doctrinariamente desarrolladas y delimitadas en vía jurisprudencial, puede el contumaz enervar dicha presunción dentro del lapso de promoción de pruebas, en el caso de la presunción que deriva de las cuestiones previas de los ordinales 7º al 11º, el tratamiento difiere ya que se trata de una presunción iuris et de iure. pues el actor que no contradice la cuestión previa no incurre en confesión ficta, sino que, simplemente, se presume la admisión tácita del alegato correspondiente, conforme a la ley.

No obstante, la misma Corte, en sentencia de la Sala Político-Administrativa, en fallo del 1 de agosto de 1996 consideró que se trataba de una presunción iuris tantum pues corresponde al juez corroborar la veracidad de las declaraciones del demandado, y sólo entonces, luego de una homologación o auto del tribunal, sí surtían los efectos de los artículo 355 y 356 ejusdem. En esa oportunidad señaló la Corte lo siguiente:

«…lo que contempla la referida norma es una presunción iuris tantum acerca de la procedencia de la cuestión previa alegada que opera una vez transcurrido el lapso de cinco días para contestarla, conforme a la cual se entiende como ´admitida´ por la accionante las cuestiones no contradichas; y que, por tanto, resulta desvirtuable si del estudio de las circunstancias que rodean el caso y la normativa aplicable aparece como inexistente la cuestión procesal señalada por la oponente. (omissis)…por lo que corresponde al juez constatar la veracidad o no de la cuestión previa afirmada.» (E. Brito y otros contra Banco de Desarrollo Agropecuario -BANDAGRO- Exp. 7901).

Se sostiene en doctrina que las presunciones que implican una sanción tan severa como la extinción del proceso sólo pueden ser interpretadas admitiendo prueba en contrario, debiendo existir la posibilidad de desvirtuarla. Sin embargo, no es esa la orientación seguida por el Código de Procedimiento Civil ni a nivel jurisprudencial.

En nuestro criterio será siempre necesario el pronunciamiento del tribunal determinando si hubo contradicción o si se convino de manera expresa o tácita; de manera que pueda computarse sin lugar a dudas el lapso procesal bien para contestar la demanda o para apelar, según sea el caso.

Sobre la necesidad del auto del tribunal homologando el convenimiento tácito cuando el actor no contradice expresamente la cuestión previa; el Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Area Metropolitana de Caracas, en fallo del 24 de mayo de 1996 determinó que:

«…por mandato del artículo 351 ejusdem, el ´silencio de la parte se entenderá como admisión de las cuestiones no contradichas´, lo que obviamente significa que, con el mismo efecto de un convenimiento, surte los efectos establecidos en el artículo 355 y 356 ejusdem. En el primer supuesto previsto en el artículo 351 ejusdem, si la parte demandante ´conviene´ [expresa o tácitamente] en la cuestión previa, tal convenimiento requiere de la homologación del tribunal para que surta plenos efectos, y sería sólo a partir de dicha homologación que comenzará a transcurrir el lapso establecido en el artículo 358, ordinal 3º para contestar la demanda. (omissis) …pero el tribunal debe dar por consumado y homologar el convenimiento o la admisión por silencio dentro de las tres días siguientes al fenecimiento de los cinco. (omissis) Ello se desprende, indiscutiblemente, del mandato contenido en el artículo 355 del Código de Procedimiento Civil, pues el curso de la causa no continúa si la cuestión previa no ha sido «declarada» con o sin lugar, y para ello se requiere de un pronunciamiento expreso del tribunal…» (Inversiones Mal Paso, C.A. contra A. Pérez y otro, exp. Nº 6915).

Cabría la interrogante sobre si sucede lo mismo para las cuestiones de los ordinales 9º al 11º. Es lógica la respuesta afirmativa, pues si el argumento jurisprudencial citado anteriormente fue que el artículo 355 del CPC requiere un pronunciamiento, igualmente el 356 eiusdem también parte de la misma premisa en cuanto la necesaria declaración -negativa o afirmativa- de parte del tribunal. Posiblemente a los efectos del caso transcrito el problema se presentó en torno al momento en el que se debía comenzar a computar el lapso para dar contestación a la demanda cuando el silencio de la parte se entiende como admisión de la cuestión previa, pero en este caso, aún cuando no sea procedente la contestación de manera inmediata, hay la posibilidad del recurso de apelación, lo que implica la necesaria certeza para las partes sobre el momento en que se empieza a contar dicho lapso, que por aplicación del artículo 298 ejusdem, es igualmente de 5 días. Además sería absurdo concebir extinguido el proceso y desechada la demanda de pleno derecho, sin un pronunciamiento del tribunal que así lo recoja expresamente, ya que el proceso termina a través de la sentencia que de manera expresa, positiva y precisa así lo señale; o por las vías de autocomposición procesal permitidas por la ley.

Sobre este particular acogemos el criterio del Dr. Briceño Pinto en cuanto que el juez debe emitir pronunciamiento expreso y no podrá declarar con lugar la

cuestión previa en el supuesto de que el actor haya guardado silencio, pues, en la cosa juzgada o la caducidad de la acción propuesta, por ejemplo, y como se mencionó al abordar el tema, es necesario constatar la concurrencia de ciertos requisitos de procedencia, sin los cuales, aún el convenimiento del actor no hace producir los efectos de la cosa juzgada o de la caducidad de la acción alegadas. Igualmente, al oponerse la cuestión previa de prohibición de la ley de admitir la acción propuesta, podría estarse frente a una errónea interpretación de la ley por parte del demandado, y en este caso le corresponde al juez, aún ante el silencio del actor, analizar y desechar la cuestión previa.

En cuanto a la forma de contestar las cuestiones previas referidas a los ordinales 7º al 11º, estas deben ser contradichas por el actor expresamente y de manera exhaustiva, so pena de que su silencio se considere como aceptación tácita de estas. A diferencia de las cuestiones previas de los ordinales 2º al 6º, en las que el silencio de la parte equivale a la negación de estas, en el caso de las cuestiones previas contenidas en los ordinales 7° al 11°, no es válida siquiera una contradicción genérica, pues esta podría acarrear la admisión tácita de las cuestiones previas propuestas. Así lo señaló el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Area Metropolitana de Caracas, en sentencia del 15 de noviembre de 1994, José Filadelfo Osuna contra Zolange González de Colón, exp. Nº . en una clara interpretación del texto del artículo 351.

Sobre la apertura del lapso probatorio, si la parte actora asume una posición de ataque o contradicción de las cuestiones previas a que se refieren los ordinales 7º al 11º del artículo 346, vencidos cinco (5) días de despacho posteriores al emplazamiento, se entenderá abierta una articulación probatoria de ocho (8) días para promover y evacuar pruebas, para que el juez decida al décimo día de despacho siguiente al vencimiento de ese lapso con vista a las conclusiones escritas que pudieren las partes presentar.

Otro aspecto no resuelto por el Código de Procedimiento Civil ni por la jurisprudencia, es cómo proceder en caso de promoción de cuestiones previas de los ordinales 9º, 10º, y 11º junto con una cuestión del ordinal 1º, y particularmente, en caso que opere el convenimiento dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento. ¿Deberá el juez debe decidir primero la falta de jurisdicción o competencia, u homologar el convenimiento de las otras cuestiones?. Cabría además la pregunta si el plazo de cinco (5) días para convenir o contradecir establecido en el artículo 351 debe dejarse correr de manera íntegra o no?. De ser negativa la respuesta, la decisión del tribunal sobre las cuestiones del ordinal 1º podría quedar en una suerte de limbo jurídico y no se produciría, lo cual podría significar que se dicte sentencia sobre la procedencia de la cosa juzgada o la caducidad legal de la acción; sin que el tribunal tenga jurisdicción o competencia para hacerlo.

Por lo anterior, en nuestro criterio, por lo que se refiere a la decisión sobre los aspecto previstos en el ordinal 1°, del artículo 346 del ., tiene prelación tal decisión sobre cualquier otra a tenor de lo dispuesto por el artículo 349 ., pues de ella depende la facultad, no sólo del juez, sino del poder judicial en general, de decidir sobre la admisión o no de cualquier cuestión previa. En este sentido, el lapso de cinco (5) días para contradecir o convenir debe

siempre dejarse transcurrir íntegramente, de modo que el juez, si le fuera opuesta la cuestión de falta de jurisdicción, pueda decidir al quinto día y hacerlo con prioridad a cualquier otra como lo exige el código.
b) Decisión: La decisión que recae sobre las cuestiones previas de los ordinales 7° y 8° declarándolas con lugar tendrá un efecto suspensivo mediato, es decir, el curso de la causa continúa hasta que entra en estado de sentencia, etapa en la que se suspende hasta tanto no se cumpla la condición o el plazo pendiente o se decida por sentencia definitivamente firma el asunto prejudicial. Por supuesto que de ser declaradas sin lugar estas cuestiones previas, el juicio sigue su marcha normal hacia sentencia sin paralización alguna. Por lo que se refiere a la decisión de las cuestiones previas de los ordinales 9º, 10º y 11º, si son declaradas con lugar se produce el efecto extintivo en fuerza de lo cual, se desecha la demanda como lo señala el artículo 356.
c) Régimen de los recursos: En cuanto a la posibilidad de recurrir la sentencia interlocutoria que declara con o sin lugar las cuestiones previas de los ordinales 7º y 8º, como no produce ninguna incidencia, y según la disposición expresa del artículo 357 del ., no son apelables, sino junto con la sentencia definitiva.
Como señalamos, las sentencias interlocutorias que ponen fin al proceso e impiden su continuación, se asimilan a las definitivas y por tanto son apelables y recurribles en casación, e incluso es procedente, de ser el caso, la constitución del Tribunal con Asociados. Sin embargo, el artículo 357 hace dos salvedades: 1. Cuando son declaradas con lugar las cuestiones previas de los ordinales 9º, 10º y 11º, la apelación se oye libremente, esto es con efecto suspensivo y devolutivo; mientras que cuando son declaradas sin lugar, la apelación se oye en un solo efecto -devolutivo-, y la causa principal no se suspende. A este respecto, al no suspenderse el proceso, ha dicho la Sala de Casación Civil que la decisión no tiene casación de inmediato, sino que debe esperarse la sentencia definitiva para que el recurso extraordinario abrace ambas sentencias de conformidad con el penúltimo aparte del artículo 312 eiusdem.
d) Costas procesales: Sólo está regulado expresamente el régimen de las costas procesales de la incidencia referida a las cuestiones de los ordinales 9°, 10° y 11°. En caso de ser declaradas con lugar, sea por el silencio de la parte o por la resolución del tribunal una vez resuelta la articulación probatoria y la incidencia, el demandante será condenado en costas según el artículo 274 del .. De ser desestimadas dichas cuestiones previas, se deberán imponer las costas al promovente de las mismas a tenor de lo previsto en el artículo 276 del CPC, en concordancia con el 357 eiusdem.
Estimamos de nuestra parte que en el caso de las cuestiones previas referidas a los ordinales 7º y 8º, al tratarse de una incidencia autónoma, el régimen de las costas procesales aplicable será el mismo al expuesto precedentemente, ya que el hecho de que esta decisión no establezca recurso alguno no implica per se una exclusión del criterio objetivo del vencimiento total sobre el cual se estructuran las costas procesales.
e) Oportunidad para el acto de contestación de la demanda: La oportunidad para contestar la demanda en el caso de que sean propuestas las cuestiones previas

de los ordinales 7º y 8º del artículo 346, es dentro de los cinco (5) días siguientes a la resolución del tribunal declarándolas con o sin lugar, como lo señala el artículo 358, ordinal 3º ., ya que el efecto de este pronunciamiento no es de carácter suspensivo inmediato sino mediato en el supuesto que sean declaradas con lugar como comentamos, y tal paralización acontecerá antes de la sentencia de fondo.

Para el caso de las cuestiones previas de los ordinales 9°, 10° y 11°, la contestación de la demanda tendrá lugar dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término de apelación, el cual según el artículo 298 . es de cinco (5) días de despacho, siempre y cuando ésta no sea propuesta. En caso de apelación hay que distinguir dos hipótesis: i) si el recurso es admitido en un solo efecto, la contestación deberá hacerse dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la fecha del auto que así lo determine; ii) si la apelación se oye en ambos efectos, se producen los efectos suspensivos de la apelación y los cinco (5) días para contestar la demanda se cuentan a partir del día siguiente de recibido el oficio en el tribunal de la causa y sin previo auto del tribunal. Este último supuesto se fundamenta en el necesario éxito obtenido a través de la apelación o el recurso de casación que dictaminó en contra del criterio del tribunal a quo.

El último aparte del ordinal 4º del artículo 358 del . sobre el no acortamiento del plazo de cinco (5) días para contestar, es aplicable al resto de los ordinales de ese artículo. Esto, como garantía del derecho a la defensa y de la posibilidad de reconvenir o citar a terceros según los artículos 365 y 382 eiusdem.

Suscríbete a nuestro reporte legal.