



**Universidad Central de Venezuela  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Centro de Estudios de Postgrado  
Especialización en Derecho Procesal**

**TRÁMITE DE LAS CUESTIONES PREVIAS SUBSANABLES  
EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL ORDINARIO.**

**Trabajo Especial presentado para optar al Título de Especialista  
en Derecho Procesal.**

Autora: Abg. Zobeida Mercedes Romero Z.

Tutor: Dr. Fernando Martínez Riviello

Caracas, diciembre 2011.



## DEDICATORIA

A mis padres, especialmente a mi amada Madre, Mercedes, mujer emprendedora para quien las dificultades nunca fueron obstáculos para sacar adelante a sus nueve hijos, a quienes amó incondicionalmente y sin preferencia alguna.

Mamita, lamento que no estés físicamente para comunicarte que he logrado otra meta en mi profesión, como siempre lo hice mientras estuviste con nosotros.

Pero tengo el convencimiento de que tu bendición me acompañará por siempre, porque fueron las últimas palabras que te escuché pronunciar.

¡Dios bendiga tu alma también!

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios, por permitirme tener Fe y conocer sus obras colocando en mi camino Almas Gemelas, en las que me he inspirado y apoyado para lograr mis propósitos de vida y quienes me han impulsado a seguir siempre adelante.

A mi esposo, Daniel, por su apoyo incondicional.

A mis hijos, Néstor Enrique, César David y Daniela Inés, por permitirme disfrutar de mi propio espacio, sin reproche alguno, por quitarles parte de su tiempo, para mis estudios.

A mi hermana, Ángela y a mi sobrina Neudelys, por cuidar y amar a mis hijos como propios.

A Fernando Martínez Riviello, mi tutor, por aceptar gustosamente mi escogencia y aportar valiosas sugerencias para el desarrollo de este Trabajo Especial.

A mis apreciados Profesores, Familiares y Amigos, por estar siempre prestos a darme el impulso necesario y el consejo oportuno.

**Universidad Central de Venezuela  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Centro de Estudios de Postgrado  
Especialización en Derecho Procesal**

**TRÁMITE DE LAS CUESTIONES PREVIAS SUBSANABLES, PREVISTAS  
EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL ORDINARIO**

**Autora: Abg. Zobeida Mercedes Romero Z.**

**Tutor: Dr. Fernando Martínez Riviello**

**Fecha: Diciembre 2011**

**RESUMEN**

El propósito de este trabajo es presentar una propuesta de adecuación del trámite procesal de las cuestiones previas establecidas en los ordinales 2º al 6º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, debido a que pueden presentarse situaciones no previstas por el legislador y que por eso no tienen solución legal. Determinamos que esas situaciones se presentan cuando el demandado promueve las cuestiones previas, el actor las subsana y el demandado cuestiona la subsanación. Empíricamente ubicamos el tema en el contexto de la práctica forense, en la incidencia de cuestiones previas, dentro del procedimiento ordinario y el oral; y teóricamente expusimos cuáles son esas situaciones procesales. Delimitamos el objeto de estudio, a cinco de las once cuestiones previas establecidas legalmente. Concluimos que son dos las oportunidades en que puede ser objetada la subsanación: cuando el actor subsana voluntariamente y cuando lo hace por orden judicial o forzosamente. La relevancia del tema consiste en aportar las soluciones dadas en la práctica, pero que no fueron previstas por el legislador. Lo desarrollamos partiendo de las bases de algunos doctrinarios nacionales y extranjeros y de casos prácticos, examinamos la jurisprudencia patria para determinar las situaciones resueltas y las que no, presentando propuestas en estas últimas. Para el marco metodológico perseguimos un objetivo general, indicado al principio de este resumen, y dos específicos: establecer los supuestos no previstos legalmente y determinar qué vías tiene el juez para resolver el problema que le presentan las partes, examinando la solución dada por la jurisprudencia. Este objetivo fue logrado a través de un estudio diagnóstico. Y como proyecto factible, un segundo objetivo: Proponer el trámite procesal a seguir por el Juez y las partes en las situaciones no previstas en la Ley, ante el cuestionamiento de la subsanación. Concluimos que en caso de objeción a la subsanación voluntaria, no debe oírse apelación, ya sea que el Tribunal declare bien hecha la subsanación o que la declara defectuosa. En este último caso no debe haber lugar a la extinción del procedimiento, en contraposición a lo señalado por la jurisprudencia. Cuando se trate de subsanación forzosa, que solo se oiga apelación al ser declarado extinguido el procedimiento por incumplimiento de la orden de subsanar debidamente. Ofrecimos la misma solución para las causas tramitadas por el procedimiento oral. Las técnicas e instrumentos utilizados son el fichaje, el subrayado y la observación bibliográfica.

## ÍNDICE:

	<b><u>Pag.</u></b>
Veredicto: .....	ii
Dedicatoria: .....	iii
Agradecimientos: .....	iv
Resumen: .....	v
Índice de Contenido: .....	vi
Introducción: .....	x
<b>TRÁMITE DE LAS CUESTIONES PREVIAS SUBSANABLES, PREVISTAS EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL ORDINARIO.</b>	
<b>CAPÍTULO PRIMERO:</b>	
<b>I. ANTECEDENTES DE LAS CUESTIONES PREVIAS:</b>	
1.1. Inicio del Proceso: Acceso a la justicia: .....	12
1.2. Condicionantes del derecho a la justicia: Las excepciones: .....	19
a. Excepciones dilatorias: .....	21
b. Excepciones de Inadmisibilidad: .....	23
1.3. Cuestiones previas previstas en el Código de Procedimiento Civil: .....	24
1.4. Facultad del demandado de promover cuestiones previas, en vez de contestar la demanda: .....	27
1.5. Cuestiones previas subsanables contempladas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil: ordinales del 2º al 6º ordinal:	
1.5.1. Definiciones: .....	28
1.5.1.1. La ilegitimidad de la persona del actor por carecer de la capacidad necesaria para comparecer en juicio: .....	29
1.5.1.2. 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 representación que se atribuya, o porque el poder no esté otorgado en forma legal o sea insuficiente: .....	31
1.5.1.3. La ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, por no tener el carácter que se le atribuye: .....	34
1.5.1.4. La falta de caución o fianza necesaria para proceder al juicio: .....	35
1.5.1.5. 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.	36
1.5.1.5.1. La indicación del Tribunal ante el cual se propone la demanda: .....	38
1.5.1.5.2. El nombre, apellido y domicilio del demandante y del demandado y el carácter que tienen: .....	40
1.5.1.5.3. Si el demandante o el demandado fuere una persona jurídica, la demanda deberá contener la denominación o razón o razón social y los datos relativos a su creación o registro: .....	42
1.5.1.5.4. El objeto de la pretensión, el cual deberá determinarse con precisión, indicando su situación y linderos, si fuese inmueble; las marcas, colores o distintivos, si fuere semoviente; los signos, señales y	

particulares que pueden determinar su identidad, si fuere mueble; y los datos, títulos y explicaciones necesarios si se tratare de derechos u objetos incorporales:	45
1.5.1.5.5. La relación de los hechos y los fundamentos de derecho en que se base la pretensión, con las pertinentes conclusiones: .....	48
1.5.1.5.6. Los instrumentos en que se fundamente la pretensión, esto es, aquellos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido, los cuales deberán producirse con el libelo: .....	49
1.5.1.5.7. Si se demandare la indemnización de daños y perjuicios, la especificación de éstos y sus causas: .....	52
1.5.1.5.8. El nombre y apellido del mandatario y la consignación del poder: .....	52
1.5.1.5.9. La sede o dirección del demandante a que se refiere el artículo 174: .....	58

**CAPÍTULO SEGUNDO:**

**II. TRÁMITE PROCESAL DE LAS CUESTIONES PREVIAS:**

2.1 Oportunidad para promover las cuestiones previas: .....	60
2.1.1 En el procedimiento ordinario: .....	60
2.1.2 En el procedimiento oral: .....	61
2.2 Lapso para subsanar: .....	63
2.3 Subsanación voluntaria: .....	64
2.4 Subsanación forzosa: .....	66

### **CAPÍTULO TERCERO:**

#### **III SITUACIONES NO PREVISTAS POR EL LEGISLADOR EN EL TRÁMITE DE LAS CUESTIONES PREVIAS SUBSANABLES:**

3.1	Cuestionamiento de la subsanación voluntaria: .....	68
3.2	Cuestionamiento de la subsanación forzosa: .....	69
3.3	Pronunciamiento del órgano jurisdiccional luego de la subsanación de la parte actora y posteriormente al cuestionamiento que haga la parte demandada sobre la subsanación voluntaria y/o la forzosa: .....	70
3.4	Soluciones aportadas por la jurisprudencia patria ante la omisión legislativa: .....	79

### **CAPÍTULO CUARTO:**

#### **IV INTEGRACIÓN DE LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA PARA EL TRÁMITE PROCESAL DE LAS CUESTIONES PREVIAS SUBSANABLES, UNA VEZ QUE ES OBJETADA LA SUBSANACIÓN:**

4.1	Lapso para impugnar la subsanación:	
4.1.1	Si se trata de la subsanación voluntaria: .....	104
4.1.2	Si se trata de la subsanación forzosa: .....	106
4.2	Pronunciamiento del Juez: .....	106
4.3	Impugnación de la decisión judicial sobre la calidad de la subsanación de la cuestión previa: .....	107
4.4	Trámite procesal de las cuestiones previas en el procedimiento oral previsto en el Código de Procedimiento Civil: .....	111
4.5	Reflexión Final: .....	115
	Conclusiones: .....	118
	Referencias Bibliográficas: .....	128

## INTRODUCCIÓN

Para la presentación y desarrollo del presente Trabajo Especial de Grado, elegimos como tema de estudio la adecuación del trámite procesal de las cuestiones previas subsanables previstas en el Código de Procedimiento Civil de Venezuela, vigente desde 1987.

Para el trámite del procedimiento ordinario, este Código prevé en el artículo 346, la posibilidad de que dentro del lapso fijado para contestar la demanda, en vez de contestarla la parte demandada promueva cuestiones previas. Éstas están dirigidas a corregir los defectos o vicios del libelo de demanda, antes de que el demandado exponga las defensas perentorias o de fondo que considere, saneando el proceso o contradiciendo su existencia, fundamentado en que éste no tiene razón jurídica de ser.

Entre las cuestiones previas que puede promover el accionado se encuentran las de los ordinales 2º al 6º, que son las llamadas cuestiones previas subsanables. Interpuestas éstas, de conformidad a lo previsto en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, la parte actora podrá subsanar el defecto o la omisión invocados, dentro del lapso de cinco (5) días siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento, en la forma prevista en el mismo artículo.

Ya sea que el demandante subsane o no, el procedimiento tendrá un trámite distinto, contemplado en las normas subsiguientes del Código, continuando con la fase de contestación de la demanda, que corresponde al demandado, o con una decisión del Juez, previo el transcurso de un lapso probatorio, mediante la cual declare con lugar o sin lugar las cuestiones

previas promovidas, como condición al próximo acto procesal, que pudiera ser el de la subsanación forzosa de los defectos u omisiones declarados por el Juez, o el de la contestación de la demanda por improcedencia de las cuestiones previas promovidas.

En base a lo dispuesto en el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, cuando sean declaradas con lugar las cuestiones previas, el demandante tiene cinco (5) días para subsanar lo ordenado por el Juez en su sentencia interlocutoria, de cuyo pronunciamiento pueden generarse dos situaciones: 1ª) Que el demandante no subsane o lo haga indebidamente, ocasionando la extinción del procedimiento; y, 2ª) Que el demandante subsane, abriéndose en consecuencia el lapso para la contestación de la demanda.

Pero hay otras situaciones no previstas por el legislador, ante el supuesto de que el demandado objete la subsanación realizada por el actor, fundamentado en que no estuvo bien realizada.

Ante ello, estableceremos los supuestos no previstos por el legislador para el trámite procesal de las cuestiones previas subsanables y determinar qué vías tendría el Juez para resolver la problemática que le presenten las partes, exponiendo posiciones doctrinarias y si ha habido pronunciamientos de la jurisprudencia patria ante cada caso particular, concluyendo con unas recomendaciones que sirvan de guía para adecuar las normas procesales con los aportes personales.

Expondremos el trámite procesal que se desarrolla tanto en el procedimiento ordinario, como en el oral.

## TRÁMITE DE LAS CUESTIONES PREVIAS SUBSANABLES, PREVISTAS EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL ORDINARIO.

### CAPÍTULO PRIMERO:

#### III. ANTECEDENTES DE LAS CUESTIONES PREVIAS:

##### 1.1. Inicio del Proceso: Acceso a la justicia.

El proceso<sup>1</sup> es entendido como un conjunto complejo de actos que se desarrolla progresivamente hacia la decisión jurisdiccional. No siempre se encamina de forma lineal, pues dependiendo de las actuaciones que realicen las partes, dentro de él pueden presentarse incidentes<sup>2</sup> que debe resolver el juez antes de dictar la sentencia definitiva. Así se habla de *cuestiones incidentales*<sup>3</sup>, en dos sentidos: lato y estricto.

Las primeras, surgen durante el curso de un proceso, y por constituir meros antecedentes lógicos del negocio principal o por el principio

---

<sup>1</sup> "Nueva Enciclopedia Jurídica". Tomo VI. Barcelona. Francisco Seix, Editor, 1954. Para designar al proceso se suelen emplear diversas expresiones: *juicio, pleito, autos, causa, litigio, cuestión, negocio, contienda*, etc., aunque la mayoría de ellas (por ejemplo *cuestión*) se refiere más propiamente al objeto del proceso: la relación sustancial que constituye el tema o materia del mismo. p. 97.

<sup>2</sup> Ibid., pp. 97-98. Generalmente se define el *incidente* como *cuestión*, pero razones técnicas imponen que se haga la distinción precisa entre ambos términos. La diferenciación entre *proceso* y *objeto* del mismo es similar a la que existe entre *incidente* y *cuestión incidental*. En efecto, *incidente* propiamente dicho, es el proceso accesorio de otro principal que requiere una resolución especial, y *cuestión incidental*, el objeto de aquel proceso (ibid., p. 98).

<sup>3</sup> Ibid., pp. 98-99. "Las cuestiones incidentales propiamente dichas pueden ser de las siguientes clases: a) Por el efecto que producen en el desarrollo del proceso principal: cuestiones incidentales previas o prejudiciales, y cuestiones incidentales de simultánea tramitación, según que suspendan o no el curso del proceso principal. Entre las primeras se pueden citar: las cuestiones de competencia; la acumulación de autos; la cuestión sobre determinación del valor; las excepciones dilatorias. Entre las segundas cabe mencionar: la recusación; la medida cautelar de embargo preventivo, entre otras; b) Por su naturaleza: cuestiones incidentales materiales o de fondo y cuestiones incidentales procesales, según que guarden relación con el asunto principal, del proceso en que surgen o con el procedimiento; c) Por el procedimiento a seguir en su tramitación: cuestiones incidentales que tienen en la ley un procedimiento especial (por ejemplo: cuestiones de competencia, en especial las inhibitorias; acumulación de autos; recusación; excepciones dilatorias, en parte; embargo preventivo, etc.) y cuestiones incidentales que se acomodan a un procedimiento común (ordinario) ..., por no tener asignado un procedimiento especial; d) Según que se susciten en un proceso principal o en un proceso incidental: cuestiones incidentales de primer grado y cuestiones incidentales de segundo grado. Las del primer grupo constituyen la regla general. Entre las del segundo grupo se puede citar, por ejemplo, la oposición al embargo preventivo.

de concentración, son resueltas por el juez en la sentencia definitiva, sin dar lugar a procedimiento separado ni a resolución independiente. Y en sentido estricto, las *cuestiones incidentales*, son las que se producen en el curso del proceso, derivadas del mismo o en relación inmediata con él, que requieren una resolución especial y distinta a la que pone fin al proceso principal.

El proceso se pone en marcha a iniciativa de una persona que afirma tener un derecho que reclamar ante el órgano jurisdiccional, frente a otra que a su vez tiene el derecho de defenderse<sup>4</sup>. Estas actuaciones de parte han sido calificadas por la doctrina a través de términos vinculados, diferenciando así los de *acción*, *demanda*, *pretensión*, *contradicción* y *excepción*. Siguiendo la evolución histórica y doctrinaria de estos conceptos, Véscovi<sup>5</sup> los distingue de la siguiente forma:

La *acción*, es un poder jurídico de reclamar la prestación de la función jurisdiccional. Lo entiende como un derecho subjetivo procesal, autónomo e instrumental, dirigido al juez, como órgano del Estado, para solicitar la puesta en movimiento de la actividad judicial y obtener una sentencia o pronunciamiento, luego de la tramitación de un proceso, para dilucidar la cuestión planteada.

La *pretensión*, es la declaración de voluntad hecha ante el juez y frente al adversario. Es un acto por el cual se afirma un derecho del que se busca tutela jurídica, con respecto a cierta relación jurídica; viene a ser como el contenido de la acción, no dirigida al Estado, sino a un sujeto de derecho, pues la acción se ejerce ante los órganos jurisdiccionales con el fin de

---

<sup>4</sup> Véase: Fernando Martínez Riviello: *Las Partes y los Terceros en la Teoría General del Proceso*. Caracas. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Serie Trabajos de Ascenso N° 7, 2006: "De acuerdo con el principio de contradicción en todo proceso civil contencioso, frente al juez, intervienen dos partes en posiciones opuestas. Una de ellas, la parte actora que solicita del órgano jurisdiccional un pronunciamiento contra la otra parte a fin de que ésta satisfaga el contenido de su pretensión". p. 23.

<sup>5</sup> Enrique Véscovi: *Teoría General del Proceso*. Bogotá-Colombia. Editorial Temis Librería. 1984, pp. 75-91.

obtener un pronunciamiento sobre una pretensión, la que se deduce en juicio por medio de *la demanda*.

La *demanda*, es un acto de iniciación del proceso en el que se ejerce el poder de acción y se deduce la pretensión. Es un acto del procedimiento que, normalmente, da comienzo al proceso. Es la petición que el actor dirige al juez para que produzca el proceso, y a través de él, satisfaga su pretensión, la cual puede variarse, mientras que la demanda se agota con su presentación.

Como consecuencia del carácter bilateral del proceso, frente a la parte que pide, existe otra que tiene el derecho de resistir la pretensión a través del ejercicio de las defensas que considere y quien generalmente puede dirigirse al juez para pedir no solo el simple rechazo de la pretensión adversaria, sino también una declaración negativa de mera certeza.

Véscovi<sup>6</sup> sostiene además que frente al derecho de acción ejercido por el actor como poder abstracto, encontramos el de *contradicción*, que es la facultad de oponerse a aquélla; y dentro del derecho de contradicción existe la *oposición*, como acto concreto y opuesto a la pretensión. La *oposición* supone una actitud activa, dentro de la cual caben las *excepciones*, que pueden ser distinguidas de la defensa, siguiendo la doctrina italiana y el origen histórico de la institución<sup>7</sup>. Cuando el demandado contradice la demanda puede oponer *defensas* y *excepciones*.

---

<sup>6</sup> Ibid., p. 89.

<sup>7</sup> Véase ibid., pp. 87-88, "Históricamente las excepciones, como casi todas las instituciones jurídicas modernas, nacieron en el derecho romano. Consistían en cláusulas que se introducían entre la *intentio* y la *condematio*, a pedido y en interés del demandado, dirigidas a contraerse a la acción (cuyo fundamento no atacaban). Se trataba de atenuar el rigor del derecho civil, para evitar que una sentencia justa aparentemente, contrariara la equidad. A las formalidades externas, únicos elementos tenidos en cuenta por el derecho civil, se agregaron otras circunstancias (error, dolo, violencia) que quitaban su efectividad a aquellas. Eran las *exceptio*. Luego surgen las *proscriptiones pro reo*, que eran restricciones puestas a requerimiento del demandado, para impedir los efectos de la demanda (incompetencia, prescripción, etc.). Era el pacto por el cual el acreedor había prometido al deudor no accionar durante cierto tiempo, la *exceptio cognitoria* o *procuratoria*, etc. Originalmente eran colocadas antes de la *intentio* pero pasaron a ocupar un lugar en la fórmula junto a las excepciones, confundiendo con ellas. Ya existía, pues, la diferencia entre las que luego se llamaron dilatorias y perentorias. Ambas se diferencian de las *defensas*, que tenían

Concluye el autor referido, que al estudiar esta materia suele hacerse una división entre *excepciones* y *presupuestos procesales*, la cual no es procedente. Los presupuestos procesales son condiciones necesarias para dictar una sentencia válida, y la ausencia de alguno de ellos da lugar a una excepción dilatoria (competencia, capacidad); y otros no se refieren al proceso, sino al fondo del asunto (mérito) y deben ser resueltos por el juez en la sentencia definitiva, antes de la cuestión de fondo<sup>8</sup>.

Los requisitos o condicionantes de la acción son presupuestos indispensables para provocar la actividad jurisdiccional. Al respecto, sostiene el maestro Cuenca<sup>9</sup>, que uno de los problemas más complejos en el estudio de la naturaleza jurídica de la acción es el de sus requisitos constitutivos, radicando la base del problema en que las condiciones constitutivas de la acción dependen de su concepción jurídica, según sea privatística, concreta, abstracta, cívica o socialista y que el núcleo crítico gira en torno a los supuestos de los concretistas y de los abstractos. Así tenemos que para la concepción concreta, las condiciones para que nazca la acción son las mismas que para obtener la satisfacción del derecho lesionado; mientras que para los abstraccionistas, son solo los requisitos para mover la actividad jurisdiccional, con prescindencia del resultado de la controversia.

---

lugar en la *intentio* y consistían en la negación del derecho invocado por el demandado. Más adelante, al suprimirse la división de las fases *in iure* e *in indicio*, se confunden ambas (excepciones y defensas), a tal punto, que parte de la doctrina las considera como sinónimas. No obstante, el derecho canónico las diferenció, y pese a las confusiones legislativas, los prácticos españoles distinguieron la defensa propiamente dicha (desconocimiento de los hechos o del derecho alegado en la demanda) de las excepciones, defensas que, sin desconocer el fundamento de la acción, le oponen circunstancias que la privan de sus efectos.”

<sup>8</sup> Véase: Oskar von Bülow: *Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales*. Traducido por Miguel Ángel Rosas Lichtschein. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1964: ...“Los presupuestos procesales constituyen la materia del procedimiento previo y, consecuentemente, entran en íntima relación con el *acto final* de éste; final que consiste ya en una *litiscontestatio* o ya en una *absolutio ab instancia* (rechazamiento de la demanda por inadmisibile; la *denegatio actionis romana*). Ambas alternativas son nada más que el resultado de un examen de la relación procesal, así como la *condenatio* o *absolutio ab actione* resultan de una investigación de la relación litigiosa material. La *litiscontestación* es la respuesta negativa y el rechazamiento, la *negativa* a la cuestión a si se dan las condiciones de existencia de la relación jurídica procesal. Sólo desde este punto de vista se pueden comprender totalmente ambas instituciones procesales.” pp. 7-8.

<sup>9</sup> CUENCA, Humberto: *“Derecho Procesal Civil”*. Tomo I (La Competencia y otros Temas). Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca. Caracas, 1993, pp. 154-157.

Para Calamandrei, llamado por Cuenca “*el más sistemático y tal vez mejor organizado sostenedor de la acción como derecho a una sentencia favorable*”<sup>10</sup>, los requisitos para la acción son los siguientes: Relación entre el hecho y la norma; legitimación para obrar o contradecir (*legitimatío ad causam*) e interés procesal, o necesidad de recurrir a la jurisdicción para que sea reparado el derecho infringido.

Para la concepción abstracta, representada por Alcalá Zamora, los elementos que integran la acción son: capacidad; instancia y pretensión. Cuenca se adhiere a estos requisitos sosteniendo que son más bien *condiciones para que exista la acción*, prefiriendo utilizar a su vez *jurisdicción a instancia*; y que finalmente hay que interponer una *pretensión*, ya que la simple y mecánica movilización del aparato estatal sin un propósito o una reclamación, no tendría razón de ser, sino una actividad en el vacío. Concibe así la *pretensión* como un requisito de la acción y con estas condiciones el juez dará curso a la demanda sin prejuzgar su fundabilidad; dependiendo la admisibilidad y estimación de la acción y la pretensión, de la existencia de sus respectivos presupuestos.

Por otro lado, Eduardo Couture concibe la acción como el poder jurídico de acudir a los órganos jurisdiccionales a hacer valer la pretensión y que el derecho a demandar es justamente la acción. Afirma este autor lo siguiente: “*De la misma manera que todo individuo, en cuanto tal, tiene el derecho de recibir asistencia del Estado en caso de necesidad, tiene también derecho de acudir a los órganos de la jurisdicción, para pedirles su injerencia cuando la considera procedente. Esta facultad es independiente de su ejercicio; hasta puede ejercerse sin razón como cuando la invoca aquel cuyo crédito ya se ha extinguido porque el pago hecho al mandatario era válido*”<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Ibid., p. 155.

<sup>11</sup> COUTURE, Eduardo J.: “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*”. 4ta. Edición. Editorial II B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 60.

Actualmente la acción es considerada como el derecho a obtener una tutela judicial efectiva. Al respecto sostiene Montero Aroca: ...*“el derecho de acción como derecho al proceso no es solamente una situación jurídica subjetiva reconocida y, en cierta medida, definida por las constituciones, sino que es también, en su completa y más compleja regulación, por la ley ordinaria, un derecho procesal y que se ejercita en el proceso, sin que pueda prescindirse del mismo en la construcción teórica del derecho procesal”*<sup>12</sup>.

Afirma también dicho autor que la acción como derecho a la jurisdicción, a la actividad jurisdiccional del Estado, al proceso, no puede ejercitarse si no es para pretender. Ese derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva tiene consagrado constitucionalmente un contenido esencial, que es el derecho que tiene toda persona que se afirme titular de un derecho de acceder a la justicia y el derecho a obtener una resolución de fondo, fundada en derecho y motivada. Respecto al contenido de acceso a la justicia, se refiere a la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que se pronuncien sobre la pretensión que formule el titular del derecho.

Esta posibilidad de acceso es presupuesto lógico de todos los otros posibles contenidos del derecho de acción, que ha de concebirse de manera amplia: 1º, como mínimo, es el derecho a cualquier resolución judicial, porque incluso la falta de presupuestos procesales debe constatarse jurisdiccionalmente en el proceso; y, 2º, es también el derecho a una resolución sobre el fondo (estimatoria o desestimatoria), derecho que depende de la concurrencia de los presupuestos procesales.

Por ser de rango constitucional, el derecho de acción debe ser respetado en todo caso. Sin embargo, este derecho no puede existir de

---

<sup>12</sup> MONTERO Aroca, Juan y Otros: *“Derecho Jurisdiccional I (Parte General)”*, 10ª edición, tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 249-251.

modo incondicionado; lo lógico es que se haga depender en su ejercicio de las normas relativas a la organización judicial y al proceso. Si bien debe imperar el principio *pro actione*, cualquier requisito previo para acceder a la jurisdicción es posible que se consagre constitucionalmente, para que la inadmisión funcione como excepción debidamente justificada.

Las propias constituciones presuponen una libertad limitada del legislador ordinario para configurar de forma más completa lo que afecta ese derecho. La Constitución establece el núcleo esencial, el contenido básico del derecho. Y al legislador solo le corresponde, sin afectar ese núcleo esencial, regular o establecer los requisitos determinantes del ejercicio válido y eficaz de la acción como derecho al proceso: La capacidad (para ser parte, de actuación procesal y de postulación); la legitimación; la competencia de los órganos jurisdiccionales; los procedimientos y su relativa adecuación según materias y cuantías; los requisitos de forma y contenido de los actos de iniciación y de proposición del objeto procesal; otros requisitos relevantes en supuestos más específicos (plazos de caducidad, reclamaciones previas no jurisdiccionales, cauciones, acreditamientos documentales, etc.).

Concluye Montero Aroca<sup>13</sup>, que la más compleja regulación del derecho de acción, tanto por lo que se refiere a su eficacia generadora inicial del proceso, como por lo que afecta a su eficacia contenida a lo largo del proceso hasta la obtención de la sentencia, debe considerarse como una especificación de ese derecho que sobrepasa su configuración constitucional y la realización de los actos que aquella regulación contempla, determinando su eficacia, ha de considerarse como ejercicio del derecho de acción. La tutela judicial efectiva constitucionalmente garantizada queda condicionada por los presupuestos procesales que la ley ordinaria pueda establecer; e

---

<sup>13</sup> Idem.

igualmente la resolución de fondo se condiciona a la concurrencia de algunos requisitos de admisibilidad de los actos procesales; caso de no concurrir éstos deberá dictarse una resolución meramente procesal.

Vinculado con lo expuesto, Pesci Feltri<sup>14</sup> afirma que la ley procesal permite al demandado la utilización de instrumentos adecuados para satisfacer su interés formal en determinar si el demandante es titular del derecho de acción y en la válida constitución de la relación procesal y su interés sustancial de rechazar la demanda debido a que la estructura del proceso requiere para la resolución de la controversia, de su válida instauración; y para lograrlo, el legislador ha establecido que el debate sobre las cuestiones procesales se plantee y dilucide, antes de entrar a discutir y resolver de mérito, ya que sería inútil entrar a conocer y decidir el fondo de la causa si no se ha determinado previamente, el derecho del demandante de provocar la prestación de la función jurisdiccional y que la instauración de la relación jurídica que permite su desarrollo se ha realizado satisfaciendo las condiciones requeridas para su validez.

## **1.2. Condicionantes del derecho de acción: Las excepciones.**

Para garantizar el cumplimiento de los requisitos determinantes del ejercicio válido y eficaz de la acción como derecho al proceso, se encuentran previstas las excepciones, que suelen estar clasificadas en algunas legislaciones<sup>15</sup> en *perentorias* y *dilatorias*. Las excepciones dilatorias, son las que tienden a aplazar la contestación, puesto que suspenden el curso de

---

<sup>14</sup> Mario Pesci Feltri: "Reflexiones sobre el régimen de cuestiones previas en el CPC". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Nº 50. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 1996, p. 217.

<sup>15</sup> Véase: James Goldschmidt: *Principios Generales del Proceso*. Serie Clásicos de la Teoría General del Proceso, Vol. 1. México. Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 3: "Büllow sustituyó el concepto de las "excepciones dilatorias" por el de los "presupuestos procesales". El hecho de haber liberado a estos últimos de sus antiguas trabas constituye el mérito invaluable de Büllow. Sin embargo su doctrina no ha triunfado en todas partes: la *Ley de enjuiciamiento civil* española (art. 532 y sigts) trata aun la alegación de defectos procesales como "excepciones dilatorias" y la *Ley de enjuiciamiento civil* alemana desconoce todavía el concepto de los presupuestos procesales."

la acción; y las perentorias, las que persiguen destruir o disminuir el efecto de la acción (pretensión).

Para Büllow<sup>16</sup>, las excepciones procesales no son otra cosa que presupuestos procesales; mientras que para Goldschmidt<sup>17</sup>, los llamados presupuestos de la relación jurídica procesal, entre los cuales Büllow incluye la *competencia* del juez y a la *capacidad procesal* de las partes, no son tales presupuestos del proceso, sino más bien, presupuestos de una decisión sobre el fondo o mérito de la causa, que no obstan a la constitución del proceso, puesto que en el curso de éste, el juez tiene la facultad de declarar la inexistencia de aquéllos, caso en el cual debe abstenerse de un pronunciamiento sobre el fondo del litigio<sup>18</sup>.

En el Código de Procedimiento Civil venezolano promulgado en 1916, vigente hasta el 15 de marzo de 1987, como actuación previa a la contestación de la demanda podían oponerse las *excepciones dilatorias*; y sustanciadas éstas, existía la posibilidad de que se opusieran *excepciones de inadmisibilidad*. Posteriormente se contestaba la demanda con la oposición de defensas o *excepciones perentorias*. Las excepciones dilatorias

---

<sup>16</sup> Véase al respecto: Oskar Von Bullow: *op. cit.* pp. 11-13: "Mas, si preguntamos de qué manera se ha cumplido hasta ahora la misión totalmente necesaria de indicar, sea como sea, la función de aquel conjunto importante de reglas, llegaremos al sorprendente descubrimiento de que se lo ha hecho en un modernísimo y apartado rincón del sistema del proceso, con motivo de la teoría de la contestación a la demanda. Y encontraremos allí los presupuestos procesales, con el pobre e inadecuado ropaje de las *excepciones dilatorias*; disfraz que no deja de reconocer el verdadero contenido sino trabajosamente, que deforma por completo la materia de los presupuestos procesales, y del que debe ser librado en primer lugar y antes de emprender la animosa tarea de una completa y amplia elaboración de la teoría general. (...) Según la opinión dominante, hay dos clases distintas de excepciones dilatorias. Se acepta que sólo una parte de ellas – como, por ejemplo, las *exceptio pacti de non petendo instra certum tempos, non adimpleti contractus, excussionis*- se refiere a la pretensión misma reclamada judicialmente (*la merita causae*); las demás, en cambio, conciernen a la forma de su ejercicio (al *modus procedendi*). Únicamente aquellas toman su contenido del derecho material; éstas del procesal. Sólo las primeras son semejantes a las excepciones perentorias de naturaleza material. Las últimas, al revés, son *excepciones procesales (excepciones declinatoriae iudicii)* (excepciones declinatorias (desviadoras) del juicio), excepciones (*Einreden*) dilatorias procesales, objeciones (Einwendungel) procesales. Considerando de cerca el asunto, se demuestra entonces que precisamente los presupuestos procesales enumerados son los que proveen la materia a las excepciones procesales; estas últimas no son otra cosa que *presupuestos procesales expresados negativamente, en forma de excepción.*"

<sup>17</sup> Citado por uno de los co-redactores del Proyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil que fue aprobado por la Asamblea Legislativa, Arístides Rengel-Romberg: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (Según el Nuevo Código de 1987)*. Volumen III. El Procedimiento Ordinario. Organizaciones Gráficas Capriles C.A. Caracas, 1999, p. 58.

<sup>18</sup> James Goldschmidt: *Teoría General del Proceso.*, pp. 18-19. Citado por *Ibid.*

estaban comprendidas en el artículo 248 y las de inadmisibilidad en el 257, cuyo contenido relacionamos seguidamente.

**a. Excepciones dilatorias:**

El artículo 248 del Código de Procedimiento Civil derogado, prescribía las siguientes excepciones dilatorias, que tenían por objeto paralizar temporalmente el procedimiento:

- 1ª La declinatoria de la jurisdicción del Tribunal ante el cual se haya propuesto la demanda, por incompetencia de éste o por litis-pendencia, o porque el asunto deba acumularse a otro proceso del que esté conociendo un Tribunal distinto.
- 2ª Ilegitimidad de la persona del actor, por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio.
- 3ª Ilegitimidad de la persona que se presente como apoderado o representante del actor, por no tener las cualidades necesarias 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.
- 4ª Ilegitimidad de la persona del demandado, por no tener el carácter de representante de otro, carácter con el cual se haya propuesto la acción contra él.
- 5ª Condición o plazo pendiente.
- 6ª Existencia de una cuestión prejudicial que debe resolverse en un proceso distinto.
- 7ª Defecto de la forma de la demanda por no haberse llenado en el libelo los requisitos que indica el artículo 237, o por haberse hecho la acumulación prohibida en el artículo 239.
- 8ª Defecto de caución o fianza necesaria para proceder al juicio.

Al comentar este artículo 248, Borjas<sup>19</sup> sostiene que en todos los códigos de procedimiento civil, desde 1836 hasta el de 1904, las excepciones dilatorias fueron siempre las mismas, con excepción de la de recusación, que figuró como tal únicamente en el Código Arandino y que la primera revisión importante hecha en esta materia fue la sancionada en el texto del artículo 248, que contenía las siguientes cinco reformas sustanciales:

La primera, refundir en una sola excepción, bajo el nombre de *declinatoria de la jurisdicción del Tribunal*, las dos que en los códigos anteriores se denominaron *incompetencia del Tribunal*, y *litis-pendencia*, consideradas como causales que, junto con las de conexión, pueden requerir que el conocimiento del negocio pase a otro juez; la segunda, en reconocer el carácter dilatorio a la ilegitimidad del demandado, por no tener la cualidad que se le atribuye en la demanda, de representante de otro, mientras que en el código de 1904 se la consideraba como de previo pronunciamiento, con efectos iguales a los de las excepciones de inadmisibilidad; la tercera, fundada en acatar las razones jurídicas que exigían que se colocase entre las dilatorias la excepción, de existir una cuestión prejudicial que hubiese de ser resuelta en un proceso distinto; la cuarta reforma consistía en la definición de los únicos fundamentos o motivos de la excepción de defecto de forma de la demanda, dejados antes a la libre apreciación del Tribunal; y la quinta, consistía en la supresión del número de las dilatorias, la excepción de cosa juzgada para atribuirle su verdadero carácter de excepción de inadmisibilidad, puesto que sus efectos no se limitan a paralizar temporalmente el juicio, sino a cesar de manera absoluta el procedimiento.

---

<sup>19</sup> Arminio Borjas: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*. Editorial Atenea, Caracas, 2007. Colección Clásicos del Derecho, Tomo III, pp. 78-79.

## **b. Excepciones de Inadmisibilidad:**

Las excepciones de inadmisibilidad, que tenían por objeto desechar la demanda y no darle curso al juicio, estaban consagradas en el artículo 257 y son las siguientes:

- 1º La falta de cualidad o interés en el actor o en el demandado para intentar o sostener el juicio.
- 2º La cosa juzgada.
- 3º La caducidad de la acción.
- 4º 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 la demanda.

En el comentario sobre este artículo, Borjas<sup>20</sup> afirma que un detenido estudio de la teoría general de las excepciones y una discriminación minuciosa hecha a la luz de los principios que rigen la materia, de todas las alegaciones que, al impugnar la demanda, tienen por objeto hacer desechar la acción que con ellas se ejercitaba, permitió al legislador patrio levantar sobre firmes bases jurídicas su clasificación de las excepciones de inadmisibilidad, y hacer cesar la confusión que existía entre éstas y muchas dilatorias, por no advertirse que estas últimas solo impugnaban la demanda como tal, considerándola únicamente como instrumento inadecuado para llenar sus fines legales, sin tener en cuenta si procedía o si podía admitirse la acción ejercida con ella.

---

<sup>20</sup> Ibid., p. 120.

### 1.3. Cuestiones previas:

Una de las reformas fundamentales introducidas en el Código de Procedimiento Civil vigente<sup>21</sup>, la constituye la regulación de las *cuestiones previas*<sup>22</sup>. En el artículo 346 están reguladas con este término las excepciones que puede promover el demandado antes de contestar la demanda y en la oportunidad que ésta correspondería. No existe la distinción del Código de 1916, entre excepciones *dilatorias* y de *inadmisibilidad*, aclarándose las dudas que se presentaban con el artículo 246 de este último, sobre si el acto de contestación era un estado del proceso dividido en varios actos, o si la contestación solo existía después de opuestas las cuestiones previas<sup>23</sup>.

Las cuestiones previas de los ordinales comprendidos desde el 1º al 8º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil corresponden a las excepciones dilatorias del artículo 248 del código derogado y tres de las excepciones de inadmisibilidad del artículo 257 de este último se reproducen en los ordinales 9º, 10º y 11º del 346 del actual; mientras que la falta de cualidad prevista como excepción de inadmisibilidad, en el ordinal 1º del artículo 248 del código derogado, fue excluida de las cuestiones previas<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Fue publicado en la Gaceta Oficial de República de Venezuela, No. 3.694, Extraordinaria, del 22-1-1986 y entró en vigencia el 16 de marzo de 1987, por así disponerlo el artículo 940 del Código.

<sup>22</sup> Véase: Enciclopedia Jurídica Opus. Tomo II- C-CH. Ediciones Libra, C.A. CUESTIÓN PREVIA: “*Es todo medio de defensa contra la acción, fundada en hechos impositivos o extintivos considerados por el Juez cuando el demandado los invoca.*”

<sup>23</sup> Véase: Pedro Alid Zoppi: *Cuestiones Previas y Otros Temas de Derecho Procesal*. Vadel Hermanos Editores. Valencia, 1989, p. 10: “*En lugar de tres tiempos, la actividad del demandado se desarrolla, conforme al nuevo Código, en dos: 1) todas las cuestiones previas en vez de contestar; y 2) la verdadera y única contestación.*”

<sup>24</sup> Véase: Arístides Rengel-Romberg: *op. cit.*: Luego de relacionar las posiciones doctrinarias de Oskar von Büllow y Goldschmidt, *supra* citadas, concluye: “No puede decirse que el nuevo código acoge absolutamente una u otra de estas posiciones, pero se acerca un poco a ellas. En efecto, elimina la distinción entre excepciones dilatorias y de inadmisibilidad de la demanda; establece que la falta de jurisdicción (...) la incompetencia (...) y la litispendencia (...) se declararán aun de *oficio* por el juez; establece como efecto de la declaratoria de incompetencia, el de pasar los autos al juez competente para que continúe conociendo (...), sin que se produzca la nulidad de lo actuado hasta ese momento; dispone que la existencia de una condición o plazo pendiente y la de una cuestión prejudicial que deba resolverse en un proceso distinto, no suspenden el curso del proceso, sino que declaradas que sean con lugar en la incidencia respectiva, el proceso continúa su curso hasta llegar al estado de sentencia, en el cual se suspende hasta que el plazo o la condición se cumplan o se resuelva la cuestión prejudicial (...). Finalmente, de la redacción de los Artículos 346 y 358 se infiere que la proposición de cuestiones previas no constituye la *excepción o defensa* del demandado, la cual sólo puede plantearse con la contestación al fondo o mérito de la demanda; ni un estado o etapa de ésta, como se consideraba bajo el régimen del código de 1916.” p.58.

A través de su promoción, el procedimiento puede ser suspendido, diferido y eventualmente impedirse la contestación de la demanda. Son parte de lo que la doctrina denomina *despacho saneador*<sup>25</sup>, por el cual el juez tiene amplia facultad para mandar a corregir el libelo que considere defectuoso<sup>26</sup> y tienen por finalidad impedir que se lleve adelante un proceso iniciado con defectos graves o que se desarrolle bajo circunstancias prohibidas por la ley.

Es decir, que están llamadas a corregir defectos antes de que el demandado contradiga la demanda<sup>27</sup>, dándosele la facultad de sanearlo de defectos o vicios o combatir la existencia del proceso, por considerar que no tiene razón jurídica de existir<sup>28</sup>.

Las cuestiones previas contenidas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, podemos dividir las en cuatro grupos, discriminados de la siguiente forma:

---

<sup>25</sup> Ricardo Henríquez La Roche: *Código de Procedimiento Civil*, tomo III. 2ª edición actualizada. Caracas. Ediciones Liber, 2004: "**Saneamiento del proceso**. Las cuestiones previas actúan como el *despacho saneador* del Código brasileño o el *fin de non recevoir* del derecho adjetivo francés, acogido hoy por hoy, en la mayoría de los códigos latinoamericanos y en nuestra Ley Orgánica Procesal del Trabajo. El Código Modelo Procesal Civil prevé el saneamiento del proceso como una de las funciones propias de la audiencia preliminar –dentro del esquema del juicio oral- junto con la función conciliatoria del juez y la depuradora; esta última tendiente a fijar definitivamente el objeto del proceso y, por ende, de la prueba." p. 54.

<sup>26</sup> También en procedimientos diferentes al ordinario, está prevista esta facultad del *despacho saneador*. En el Procedimiento por Intimación, artículo 642, el juez está facultado para ordenar al demandante la corrección del libelo si faltare alguno de los requisitos exigidos en el artículo 340, absteniéndose entre tanto de proveer sobre lo pedido. Igualmente, en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales está prevista la posibilidad de que el juez mande a corregir la solicitud de amparo cuando lo considere defectuoso o con omisiones.

<sup>27</sup> Véase: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Nº 553, 19-6-2000 Expediente Nº00-0131, *Jurisprudencia Ramírez & Garay*, Vol. CCLXX, p. 609: "...La contestación de la demanda está reservada para el supuesto de no haberse propuesto cuestiones previas o para el caso en que las mismas hayan sido desechadas por el tribunal de la causa, de tal modo que estas cuestiones no pueden ser ya consideradas, formando parte del acto de contestación de la demanda en sentido amplio. Por lo cual, debe decirse que ambas figuras son actos del procedimiento causal y temporalmente diferentes e independientes entre sí, pero ambas coordinadas al efecto que persigue la etapa de introducción de la causa, cual es depurar el procedimiento y permitir la transparencia del mismo, garantizando en todo momento la válida intervención de las partes."...

<sup>28</sup> Véase: Aristides Rengel-Romberg. op. cit., p. 60: "En el desarrollo de esta etapa del procedimiento, la proposición de cuestiones previas tiene reservada la función de resolver acerca de la regularidad del procedimiento, ya sea para determinar si se cumplen las condiciones en las cuales los sujetos procesales (juez y partes) deben actuar, ya sea para resolver la regularidad de la demanda o de cualquier otro requisito de la instancia. En cambio, la contestación tiene, por su parte, la función de permitir la defensa del demandado y completar de este modo los términos y límites de la controversia a decidirse. Es decir, son actos del procedimiento (...) diferentes e independientes entre sí causal y temporalmente, pero coordinados al efecto que persigue la etapa de la introducción de la causa, y por lo tanto, las cuestiones previas no constituyen excepciones o defensas, reservadas en el sistema al solo acto de la contestación de la demanda".

- Primero: Ordinal 1º: - Falta de jurisdicción del Juez;  
- Incompetencia del Juez;  
- Litispendencia;  
- Acumulación por: Accesoriedad,  
Conexión y Continencia.

Segundo: Ordinales

- 2º al 6º: - Ilegitimidad del actor en el proceso;  
- Ilegitimidad de la persona que se presenta como apoderado o representante del actor;  
- Ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado;  
- La falta de caución o fianza;  
- El defecto de forma de la demanda.

Tercero: Ordinales

- 7º y 8º: - La existencia de una condición o plazo pendientes;  
- La existencia de una cuestión prejudicial.

Cuarto: Ordinales

- 9º al 11º: - La cosa juzgada;  
- La caducidad legal de la acción;  
- Prohibición de la ley de admitir la acción propuesta, o su admisión por determinadas causales.

Las del primer grupo (ordinal 1º) están destinadas a controlar la facultad del órgano jurisdiccional que esté conociendo del procedimiento; las del segundo grupo (ordinales 2º al 6º), son las cuestiones previas subsanables, se refieren a defectos que pueden existir en el libelo de demanda o relacionados con la representación o legitimación de las partes en el proceso. Las del tercer grupo (ordinales 7º y 8º) se refieren a hechos

condicionantes de la pretensión, que afectan su exigibilidad en el tiempo; y las del cuarto grupo (ordinales 9º, 10º y 11º), se corresponden con las que aparecían en el Código de Procedimiento Civil derogado como excepciones de inadmisibilidad, con la vocación de extinguir el proceso.<sup>29</sup>

Las relacionadas en el segundo grupo constituyen el objeto de nuestro estudio<sup>30</sup>. Son las llamadas *cuestiones previas subsanables*, debido a que la parte actora puede subsanar los defectos u omisiones promovidos por la parte demandada, de la forma indicada en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, ya sea de forma voluntaria o por orden judicial.

#### **1.4. Facultad del demandado de promover cuestiones previas, en vez de contestar la demanda:**

La parte demandada promoverá las cuestiones previas *dentro del lapso* para contestar la demanda y *en vez* de contestarla<sup>31</sup>. Al menos por lo que respecta a las cuestiones previas contenidas en los ordinales 1º al 8º, ya que de conformidad a lo previsto en el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil, las de los ordinales 9º, 10º y 11º, puede hacerlas valer

---

<sup>29</sup> Véase: Mario Pesci Feltri: "Constitución y Proceso". XXXII "Jornadas J.M. Domínguez Escovar" Derecho Procesal (El C.P.C. 20 Años Después). En homenaje a la memoria del Dr. José Andrés Fuenmayor. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2007, p. 55: "Nuestro ordenamiento adjetivo ha tipificado cuáles son las defensas que puede oponer el demandado en cualquier y todo juicio, para evidenciar la omisión o los vicios en que ha incurrido el demandante al proponer la demanda, que el legislador, en el Código de Procedimiento Civil del 87, en su artículo 346, ha denominado "*cuestiones previas*", las cuales, con excepción de las contempladas en los ordinales 7 y 8 del mismo artículo, constituyen excepciones procesales que el código derogado denominaba excepciones dilatorias y de inadmisibilidad. Si se analiza el contenido de tales cuestiones previas, observamos que las previstas en los ordinales 1, 2, 3, 4 y 6, van dirigidas al control de los presupuestos procesales, mientras que las reguladas por los ordinales 5, 9, 10 y 11, van dirigidas a controlar el derecho de acción del demandante. Debemos afirmar que la existencia de tales supuestos (derecho de acción y presupuestos procesales) se requieren en cualquier y todo proceso, para permitir que el juez resuelva la controversia pronunciándose sobre su mérito, también en aquellos que se apartan de las formas que regulan el juicio ordinario contemplado en el Código de Procedimiento Civil."...

<sup>30</sup> Son múltiples las situaciones procesales que pueden presentarse si se oponen cuestiones previas de todos los grupos, que de tratarse en este trabajo especial, lo harían demasiado extenso, corriendo el riesgo de desviarnos del objeto de estudio.

<sup>31</sup> Artículo 346, CPC: "*Dentro del lapso fijado para la contestación de la demanda, podrá el demandado en vez de contestarla promover las siguientes cuestiones previas:....*"

con las demás defensas de fondo y perentorias que considere, al contestar la demanda, cuando no las hubiese propuesto como cuestiones previas<sup>32</sup>.

La separación de estas actuaciones es calificada por Pesci Feltri<sup>33</sup> como un acierto del legislador, desde el punto de vista del sistema y de su aplicación práctica, debido a que hay un deslinde neto entre la fase en que deben discutirse las cuestiones procesales, que se logra mediante la alegación de cuestiones previas, de la que corresponde al mérito de la causa, deslinde que traza el artículo 346 cuando denomina contestación de la demanda al acto de oposición de defensas o excepciones perentorias, separándolo del acto destinado a la oposición de cuestiones previas.

## **1.5. Cuestiones previas subsanables:**

### **1.5.1. Definiciones:**

Expondremos brevemente, a qué se refieren cada una de las cuestiones previas subsanables, relacionadas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, previstas en el Libro Segundo, Título I, Capítulo I, para las causas que se tramitan por el procedimiento ordinario. Al mismo artículo remiten las disposiciones de los demás procedimientos especiales desarrollados en el Código y del procedimiento oral, que por estarse aplicando actualmente en los tribunales civiles, también nos referiremos a su trámite dentro de éste.

---

<sup>32</sup> En este caso, no serán promovidas como cuestiones previas separadas del mismo escrito donde se contestará al fondo de la demanda, sino como defensas que deberá resolver el juez como punto previo al dictar la sentencia definitiva, pues en caso de declararse su procedencia, no habrá lugar a la decisión del mérito de la causa.

<sup>33</sup> Mario Pesci Feltri: "Reflexiones sobre el régimen de cuestiones previas en el CPC", op. cit., p. 218.

### 1.5.1.1. La ilegitimidad de la persona del actor por carecer de la capacidad necesaria para comparecer en juicio:

Esta cuestión previa, contenida en el ordinal 2º, se refiere a la capacidad procesal<sup>34</sup> de la parte actora<sup>35</sup>, a través de la cual se cuestiona si la persona, natural o jurídica, que se presenta al proceso tiene el libre ejercicio de sus derechos para actuar en él, por sí misma o por medio de representantes válidamente constituidos. Está referida a un presupuesto procesal para comparecer en juicio, ya que toda relación procesal debe constituirse válidamente, conforme lo disponen los artículos 136 y siguientes del Código de Procedimiento Civil<sup>36</sup>.

En este sentido, Domínguez Guillén<sup>37</sup> indica que toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene capacidad jurídica y en consecuencia capacidad de ser parte (*capacidad jurídica procesal*), pues ello solo alude a una mera

<sup>34</sup> *Legitimatío ad processum*, es la aptitud para actuar o comparecer en juicio.

<sup>35</sup> Nótese que la capacidad procesal referida en el ordinal 2º solo se refiere a la parte actora o demandante. Al respecto sostiene el tratadista Henríquez La Roche: "... Si la ilegitimidad corresponde al demandado, por haber sido, por ej., citado un menor o un entredicho sujeto a tutela, el caso será similar, aunque no igual, al del ordinal 4º, pero dado que concierne propiamente a la parte formal y no a una relación de representación, puede hacerse valer, por analogía la causal 2º, según nos parece." Código de Procedimiento Civil, op cit., p. 346. Convenimos con el autor en que no solo la parte actora puede adolecer de capacidad procesal, sino también la parte demandada, supuesto no previsto en cualquiera de los demás ordinales contenidos en el artículo 346. En este caso el juez deberá señalar a las partes, por auto motivado, cuál será el trámite a seguir, que lógicamente y aplicando la analogía, sería el mismo previsto para el supuesto contenido en el ordinal segundo. Es necesario que las partes sepan cuáles serán las actuaciones subsiguientes a realizar por ellos y por parte del Tribunal, toda vez que aún cuando la parte actora no subsane voluntariamente el defecto u omisión alegados, se abrirá posteriormente una articulación probatoria de pleno derecho y finalmente el Tribunal deberá dictar una decisión, de conformidad a lo previsto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil. Ahora nos preguntamos, ¿cómo sería la subsanación de la parte actora en este caso? Pues, tendrá que indicar quién es la persona que legalmente asiste o representa al demandado incapaz, para que sea debidamente citada al proceso, completando así la capacidad procesal de dicha parte. Aquí habría de tomarse en consideración que si la persona demandada es quien no tiene el libre ejercicio de sus derechos, al comparecer al juicio a promover cuestiones previas, debidamente asistida o representada, entonces el juez deberá declarar que si bien en principio existió dicha incapacidad, la misma fue subsanada por el propio demandado al comparecer válidamente al proceso, con la persona que le completa la capacidad. En todo caso, si la parte actora conviene en el defecto u omisión contenidos en su libelo, y además afirma (dentro del lapso previsto para la subsanación voluntaria) que no es necesaria su subsanación porque la parte demandada lo hizo al constituirse válidamente al proceso cuando promovió cuestiones previas, creemos que el Tribunal deberá dejar transcurrir los lapsos procesales indicados en el referido artículo 352, por cuanto no se trata de una actuación de subsanación realizada por la parte actora, sino de una conclusión a la que deberá llegar el Tribunal tomando en consideración los alegatos y pruebas de ambas partes, en cuyo caso, la parte demandada estando ya válidamente integrada al proceso, deberá contestar la demanda en el lapso previsto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, **dentro de los cinco días siguientes a la resolución del Tribunal**, salvo el caso de extinción del proceso a que se refiere el Artículo 354."

<sup>36</sup> Véase al respecto, de Fernando Martínez Riviello: Las partes y los terceros en la teoría general del proceso, op. cit., pp. 23-34.

<sup>37</sup> María Candelaria Domínguez Guillén: *Ensayos Sobre Capacidad y Otros Temas de Derecho Civil*. Colección Nuevos Autores, Nº 1. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2001, p. 15.

potencialidad. En tanto que no toda persona tiene capacidad de obrar, y en consecuencia, capacidad procesal; a saber, la posibilidad de realizar actos procesales por voluntad propia (*capacidad de obrar procesal*). En este último supuesto se ubican los incapaces, tanto absolutos como relativos, su capacidad de obrar se subsana mediante los diferentes regímenes consagrados en el derecho sustantivo.

Las personas que no tienen el libre ejercicio de sus derechos, y por ende no tienen capacidad procesal para obrar por sí mismas en el proceso, son los incapaces absolutos (menores no emancipados y entredichos) o los incapaces relativos (inhabilitados y menores emancipados)<sup>38</sup>.

En el caso de las personas jurídicas, carecen de entidad corporal que les permita desempeñarse por sí mismas ante los tribunales, por lo que su comparecencia debe hacerse a través de mandatarios o representantes. Cuando actúan a través de apoderados judiciales, el poder ha de ser otorgado por el representante estatutario o legal de dicha persona jurídica, o por cualquier otra persona que haya sido designada válidamente para otorgar el poder.

La capacidad procesal no debe confundirse con la cualidad de las partes para intentar o sostener el juicio, o *legitimatío ad causam*, ya que esta última se define como la identidad lógica que debe existir entre quien se afirma titular de un derecho y aquel a quien la ley, en forma abstracta, faculta para hacerlo valer en juicio (legitimación activa); y, en segundo lugar, entre la persona contra quien se ejerce tal derecho y aquella determinada en la ley para sostener el juicio (legitimación pasiva), por lo que la falta de esta

---

<sup>38</sup> Véase al respecto de María Candelaria Domínguez Guillén: *Diferencia entre incapacitación absoluta y relativa*. En: Revista de Derecho Nº 30, Tribunal Supremo de Justicia, 2009, pp. 97-132; *Diferencia entre inhabilitación y emancipación*. En: Revista de Derecho Nº 31, Tribunal Supremo de Justicia, 2009, pp. 13-25; *Más sobre la capacidad procesal del menor (a propósito del artículo 451 de la Ley Orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes)*. En: Revista de Derecho Nº 29, Tribunal Supremo de Justicia, 2009, pp. 97-123.

correspondencia<sup>39</sup> configura la falta de cualidad de la parte de que se trate y no debe ser opuesta como cuestión previa, sino como una defensa de fondo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil<sup>40</sup>.

En el foro judicial tienden a confundirse ambas instituciones, pues comúnmente las partes o sus apoderados judiciales promueven la cuestión previa contenida en el ordinal 2º del artículo 346 (*legitimatío ad processum*), con argumentos dirigidos a cuestionar la *legitimatío ad causam* o cualidad de la parte actora o de la demandada. Si bien las partes deben reunir la idoneidad suficiente para que el órgano jurisdiccional emita un pronunciamiento de mérito contra ellas o a su favor, esto debe resolverse al dictar la sentencia definitiva, más no en la oportunidad prevista para decidir las cuestiones previas.

**1.5.1.2. 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 representación que se atribuya, o porque el poder no esté otorgado en forma legal o sea insuficiente.**

Los supuestos contenidos en este ordinal 3º, son tres (3), a saber:

*La ilegitimidad de la persona que se presente como apoderado o representante del actor, por no tener capacidad necesaria para ejercer poderes en juicio:* Para realizar actos procesales asistiendo o representando a las partes, se requiere tener la capacidad técnica que solo poseen los

---

<sup>39</sup> Véase en este sentido: Luis Loreto: *Ensayos Jurídicos*. Segunda Edición. Fundación Roberto Goldschmidt. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1987, pp. 134 y ss.

<sup>40</sup> A diferencia del Código de Procedimiento Civil de 1916, en el que existía la posibilidad de oponer la falta de cualidad de las partes como excepción de inadmisibilidad.

abogados en ejercicio, conforme a lo dispuesto en el artículo 166 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con los artículos 3 y 4 de la Ley de Abogados. Esta capacidad técnica o *capacidad de postulación*<sup>41</sup>, se ve afectada en casos en que no se tiene el título de abogado, o cuando teniéndolo el abogado está imposibilitado de ejercer la profesión sin haber cumplido los requisitos para ejercerla legítimamente o se encuentra impedido de ejercerla conforme al artículo 12 de la Ley de Abogados, que prohíbe el ejercicio de la abogacía a los ministros de culto, los militares en servicio activo y a los funcionarios públicos, salvo las situaciones contempladas por el mismo artículo; o por haber sido sancionados con la suspensión del ejercicio profesional.

*La ilegitimidad de la persona que se presente como apoderado o representante del actor, por no tener la representación que se atribuya:* Este supuesto se refiere al caso de que se presente en juicio una persona pretendiendo ejercer la representación de la parte actora sin mandato o poder<sup>42</sup>, salvo las excepciones de representación legal o representaciones concedidas por la ley. Ejemplo de éstas lo constituyen los supuestos contenidos en el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil, que prevé la posibilidad de que se presenten en juicio como actores sin poder, el heredero por su coheredero, en las causas originadas por la herencia, y el comunero por su condueño, en lo relativo a la comunidad. Esta cuestión previa persigue evitar que siga adelante un juicio interpuesto por una persona en nombre de otra de quien se atribuye poder o mandato y éste sea falso.

---

<sup>41</sup> Al respecto llama la atención Domínguez Guillén, que no debe confundirse la *capacidad procesal*, antes explicada, con esta **capacidad de postulación**, ya que ésta se refiere a la necesaria condición de abogado para realizar ciertos actos judiciales, en razón de tener éste el conocimiento técnico necesario para darle forma a las necesidades de actor o demandado y que a pesar de las críticas a que puede tener lugar, por disposición del artículo 4 de la Ley de Abogados, los profesionales del derecho tenemos el monopolio del ejercicio del derecho (*Ensayos Sobre Capacidad y Otros Temas de Derecho Civil*, op. cit. p.18).

<sup>42</sup> Puede suceder también que habiendo sido otorgado el poder, esté revocado para el momento de la interposición de la demanda.

*La ilegitimidad de la persona que se presente como apoderado o representante del actor, porque el poder no esté otorgado en forma legal o sea insuficiente:* El poder consignado por quien ejerza la representación de la parte actora en el juicio debe llenar los requisitos establecidos en la ley para su otorgamiento y las actuaciones ejercidas deben estar en correspondencia con las facultades otorgadas.

En relación a ello, el artículo 155 del Código de Procedimiento Civil expresa cuáles son los requisitos que debe reunir el poder si fue otorgado a nombre de otra persona natural o jurídica o fuere sustituido por el mandatario.

En consecuencia, el poder consignado por quien se presenta como apoderado o representante del accionante debe contener las formalidades indicadas en el artículo referido, para que su otorgamiento sea considerado válido, tales como la identidad del otorgante del poder, la mención y exhibición de los documentos auténticos, gacetas, libros o registros que acrediten la representación del otorgante.

Por otro lado, el artículo 162 *eiusdem* expresa que las sustituciones de poderes deben hacerse con las mismas formalidades que el otorgamiento de los poderes, conforme lo prevé el artículo 155 *ibidem*.

También puede darse el caso de que el poder haya sido legalmente otorgado, pero insuficiente, debido a que fue otorgado para representar a la parte actora en un determinado juicio o actuación judicial especial y sin embargo el apoderado pretenda hacerlo valer en otro<sup>43</sup> juicio o excediéndose de las facultades conferidas.

---

<sup>43</sup> Ejemplo de ello lo constituye un poder otorgado para representar a la parte actora en un juicio de divorcio y el apoderado lo hace valer en un juicio de resolución de contrato de arrendamiento.

**1.5.1.3. 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.**

Esta cuestión previa del ordinal 4º, se refiere al problema de la representación procesal de la parte demandada, específicamente a la falta de representación de la persona citada como su representante, considerado también como un presupuesto procesal para garantizar al demandado su adecuada representación en juicio y que pueda ejercer su derecho a la defensa. Puede suceder que el demandado sea una persona jurídica cuya citación fue solicitada por la parte actora y practicada en una persona señalada como su representante estatutario y luego resulta que el citado no obliga a dicha persona jurídica porque ya no es su representante. O tratándose de una persona natural, haya sido citado como su apoderado alguien que no lo sea.

Ante estas situaciones, la misma norma prevé que la cuestión previa puede ser promovida por la persona que fue citada (ajena al proceso) o por la propia parte demandada, esta vez por su representante legal o estatutario o apoderado. En el primer caso, quedando evidenciado que fue citada incorrectamente una persona ajena al proceso, será necesario tramitar nuevamente la citación de la parte demandada; mientras que en el segundo, cuando la ilegitimidad sea alegada por la parte demandada -por sí misma o a través de apoderado-, quedará citada al proceso a partir del momento en que se presente a promover cuestiones previas o antes, si ha realizado cualquier otra actuación válida dentro de él, de conformidad a lo previsto en el artículo 216 del Código de Procedimiento Civil; y así deberá declararlo el juez para que el procedimiento siga su curso.

#### **1.5.1.4. La falta de caución o fianza necesaria para proceder al juicio:**

Regula este ordinal 5º lo que se conoce en doctrina como *cautio iudicatum solvi*<sup>44</sup>. Nuestra legislación<sup>45</sup> exige al demandante no domiciliado en el país la constitución de una caución o fianza para el pago de lo juzgado y sentenciado, a menos que posea en el país bienes suficientes y salvo lo que dispongan leyes especiales. Es decir, que en principio el demandante no domiciliado en Venezuela, debe presentar fianza o caución para responder al demandado si la demanda no prospera, pero la misma norma prevé dos (2) excepciones<sup>46</sup>, la primera se refiere al caso de que el demandante demuestre que tiene bienes suficientes para responder de los resultados del juicio, correspondiéndole la carga de probarlo para que no le sea exigida la fianza o caución; y la segunda excepción remite a leyes especiales, como el Código de Comercio<sup>47</sup>.

Cabe advertir que estas excepciones en materia mercantil no siempre habrán de prosperar solo porque la parte actora sea comerciante, sino que será necesario determinar también el carácter de la otra parte, así como el objeto y naturaleza de la obligación demandada, toda vez que la excepción prevista en el artículo 1.102 del Código de Comercio, solo toma en cuenta intereses privados. Por lo que, si en la materia de la cual deriva la obligación accionada está involucrado el interés público, será procedente la cuestión previa aun cuando la demandante sea comerciante, a menos que la

---

<sup>44</sup> Solvencia judicial, como garantía de responsabilidad procesal, no solo exigida a personas extranjeras (naturales o jurídicas), sino también a venezolanos que no tengan su domicilio en Venezuela.

<sup>45</sup> Artículo 36 del Código Civil venezolano.

<sup>46</sup> Estas excepciones no tienen carácter concurrente, basta que exista una de las dos (2) para que la parte actora no esté obligada a afianzar lo demandado.

<sup>47</sup> Artículo 1.102: En materia comercial no está obligado el demandante no domiciliado en Venezuela a afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado.

parte actora posea bienes suficientes en el país que puedan garantizar las resultas del juicio<sup>48</sup>.

Finalmente, cabe indicar que la citada caución contenida en el artículo 36 del Código Civil no resulta afectada por la Ley de Derecho Internacional Privado<sup>49</sup>.

**1.5.1.5. 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.**

Esta cuestión previa contenida en el ordinal 6º del Código de Procedimiento Civil puede promoverse por dos motivos: por defecto de forma del libelo y por acumulación prohibida en la ley. El primero está relacionado con los requisitos del libelo de la demanda, contemplados de forma imperativa en el artículo 340 *eiusdem*. Si la parte demandada considera que hay deficiencia en el libelo, podrá promover la cuestión previa por defecto de forma, ya que los requisitos previstos en el artículo 340 son una garantía de su derecho a la defensa, debido a que el accionado debe conocer con precisión el carácter por el cual es llamado al proceso, qué es lo que se le demanda y cuáles son las causas y los hechos en que se funda.

---

<sup>48</sup> Así lo interpretamos de la Sentencia publicada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, dictada el 23-9-2003 y publicada el 24-9-2003 en la página web de dicho Tribunal. Expediente No. 2000-1064. Partes: Banco Provincial Overseas N.V. contra República Bolivariana de Venezuela: “*Por lo tanto, aun cuando en este caso la parte actora es una sociedad mercantil, no es menos cierto que el objeto de la presente demanda es el cobro de bolívares derivado de unos pagarés suscritos por la República con ocasión a un contrato administrativo, razón por la cual la singular excepción contenida en el artículo 1.102 del Código de Comercio, referida a la materia comercial, en la que solo se tienen en cuenta intereses privados, no resulta aplicable al presente caso. (...) En consecuencia, al no constar en autos ni haber demostrado en este proceso la parte actora, la existencia de bienes suficientes en el territorio de la República que puedan garantizar las resultas del juicio, la cuestión previa opuesta debe prosperar.*”

<sup>49</sup> Véase: Eugenio Hernández-Bretón: *Domicilio a los fines de la cautio iudicatum solvi*. En: Revista de Derecho N° 3, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp 349-354; Barrios, Haydée y Tatiana B. de Maekelt: *Derogatoria del artículo 36 del Código Civil ante la vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado*. En: Revista de Derecho N°3, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 355-364.

Si el libelo no es claro, el demandado se verá imposibilitado de contestar cabalmente la demanda. En razón a ello, el legislador prevé el mecanismo de las cuestiones previas para que él mismo procure la claridad del libelo y pueda defenderse de los hechos imputados o alegar posteriormente cualquier defensa perentoria que considere. Estos requisitos son los siguientes:

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

El demandado no debe limitarse a afirmar que la demanda tiene defectos de forma, pues él tiene la carga de indicar también cuál o cuáles de los anteriores requisitos está ausente del libelo y razonar fundadamente su exposición, como una consecuencia del principio dispositivo<sup>50</sup> que rige en el proceso civil, pues no corresponde al juez interpretar las razones por las que el demandado o su apoderado judicial afirman que existe el defecto de forma, limitándose a invocar un ordinal. Son las partes quienes deben exponer los hechos para que el juez aplique el derecho. Explicaremos algunos aspectos sobre estos requisitos y la justificación de su existencia en el escrito libelar.

#### **1.5.1.5.1. La indicación del Tribunal ante el cual se propone la demanda:**

Consideramos que la ausencia de señalamiento de un Juzgado determinado en el libelo, no debe acarrear la procedencia de la cuestión previa por no llenarse el requisito de este ordinal 1º, luego que el extinto Consejo de la Judicatura implementó la modalidad de distribución de demandas entre los distintos tribunales de cada instancia. Entonces devino en un requisito innecesario señalar expresamente el nombre y nomenclatura del Tribunal ante el cual se propone la demanda, pues la parte o su apoderado presentan el libelo ante el Juzgado distribuidor de turno<sup>51</sup>.

Estamos de acuerdo con lo que sostiene Petit Da Costa<sup>52</sup>, en el sentido de que se cumple con la exigencia de este ordinal cuando el libelo se dirige a “Juzgado de Municipio” o “Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, ....”, de la Circunscripción Judicial de que se trate, sin

---

<sup>50</sup> Este principio está contenido en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, que impone al juez la obligación de atenerse en sus decisiones a lo alegado y probado por las partes, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados.

<sup>51</sup> Ya fuese un Juzgado de Municipio o de Primera Instancia, dependiendo de la competencia atribuida por el valor de la demanda o por la materia.

<sup>52</sup> Frank Petit Da Costa: *La Oralidad Civil, Visión, Recorrido y Perspectivas del Juicio*, Caracas. Editorial Binev, 2007, pp. 62-63.

que diga juez primero, segundo, tercero, etc., ya que al estar sujeta a un álea la distribución del libelo, sería una carga imposible de cumplir el señalamiento de un determinado Tribunal.

Actualmente existen los Circuitos Judiciales Civiles, en donde una unidad administrativa<sup>53</sup>, diferente al Tribunal que conocerá la causa, se encarga de recibir los libelos nuevos y/o expedientes ya en formación<sup>54</sup> para su distribución automatizada, entre todos los tribunales que conforman el Circuito Judicial<sup>55</sup>.

Creemos que la omisión del señalamiento del tribunal ante el cual se propone la demanda, tampoco ha de ocasionar la procedencia de la cuestión previa por defecto de forma en lugares en donde existe un solo tribunal, por constituir un formalismo innecesario. Desde el momento que el demandado es citado y llamado a comparecer ante un determinado Tribunal, ya no existirán razones para declarar la procedencia de la cuestión previa por omisión del nombre del Tribunal, pues aunado a que el funcionario público que lo cita le informa por órdenes de quién actúa, con el recibimiento de la compulsas<sup>56</sup>, que tiene la orden de comparecencia, el demandado adquiere la certeza de cuál es el órgano jurisdiccional que está conociendo de la causa<sup>57</sup>, y esto es lo que persigue el legislador, que el accionado sepa a dónde acudir a ejercer su derecho a la defensa.

---

<sup>53</sup> Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (U.R.D.D.) creada en cada Circuito Judicial.

<sup>54</sup> En algunas ocasiones, se distribuye el libelo nuevo, pero antes de que se constituya la litis, el juez puede desprenderse del expediente, por causas de recusación o inhabilitación. Entonces, se redistribuye el expediente entre los demás juzgados, excluyendo al del juez inhabilitado o recusado.

<sup>55</sup> Un Circuito Judicial es la integración de tribunales ubicados en una misma sede, dotados de una estructura común que soporte la realización de eficaz de la actividad jurisdiccional. En éstos ha sido implantado el Sistema de Gestión, Decisión y Documentación JURIS 2000, que permite realizar la distribución de forma automatizada, así como el registro de las actuaciones que realizan las partes y los funcionarios de la U.R.D.D., de Alguacilazgo y de cada Tribunal como tal (Juez, Secretario y asistentes). Resolución N° 70, Tribunal Supremo de Justicia, Dirección Ejecutiva de la Magistratura, del 27/8/2004, publicada en Gaceta Oficial N° 38.015, del 3/9/2004. Regulado por Resolución N° 2011, del 26/10/2011, dictada por el Tribunal Supremo de Justicia.

<sup>56</sup> Copia del libelo con el auto de admisión, certificados por el Secretario del Tribunal.

<sup>57</sup> En consonancia con los postulados contenidos en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, vigente desde el 21 de marzo de 2000.

#### **1.5.1.5.2. El nombre, apellido y domicilio del demandante y del demandado y el carácter que tienen:**

Las controversias no deben plantearse de forma anónima, el demandado tiene el derecho de saber quién es la persona que le lleva a juicio y cuál es la relación jurídica por la que se le vincula al demandante o si éste actúa en nombre propio o ajeno, y para garantizar esta información está contemplado este ordinal 2º. En cuanto al domicilio de las partes es necesario para establecer la competencia territorial del órgano jurisdiccional que conocerá la causa.

Duque Corredor<sup>58</sup> sostiene que este requisito atiende a la determinación de las partes y su cualidad, la precisión de porqué acuden a juicio y su importancia en relación al demandado radica en que en él se realiza la citación.

Al comentar este requisito, Escovar León<sup>59</sup> afirma que aunque no exige la identificación con cédula de identidad, en su opinión sí procedería la cuestión previa por defecto de forma, porque la Ley de Identificación dispone que la cédula es el documento principal para identificar a las personas naturales.

Disentimos de esta posición, porque el juez no debe sancionar como defecto de forma lo que no está dispuesto en la ley como una exigencia; aunque sí creemos que es importante este aspecto de la identificación, para que las partes cuenten con más elementos que permitan al juez individualizar a la persona contra la que habrá de ejecutarse la sentencia condenatoria o la que pretenda liberarse de los efectos

---

<sup>58</sup> Roman J. Duque Corredor: *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*. Tomo I. Segunda Edición. Ediciones Manuales de Derecho. Caracas, 2000, pp. 100-101.

<sup>59</sup> Ramón Escovar León: *La Demanda*. Segunda Edición aumentada. Ediciones Homero. Caracas, 2000, pp. 15-16.

beneficiosos que obtenga con la sentencia. Si las partes no procuran controlar este aspecto en el procedimiento, correrán las consecuencias<sup>60</sup> de la omisión, haciendo inejecutable la sentencia en una persona que fue insuficientemente identificada.

También consideramos que al no estipular la ley como una exigencia exclusiva de la parte actora, la identificación de las personas con su cédula de identidad, el Juez podría suplir su omisión cuando dicte el auto de admisión y ordene citar al demandado, debido a que el carácter de ambas partes alegado en el libelo, le facultaría para revisar los recaudos consignados, en los que aparezcan identificadas con su número de cédula, ya sean poderes, contratos o cualquier instrumento de los invocados en el libelo.

Puede también darse el caso de que el demandado invoque como defecto, tanto la omisión como el error en su número de cédula, pero que a su vez los coloque en el escrito en el que promueve la cuestión previa. En este caso, el Juez deberá declarar que si bien al principio existía la omisión o el error, fueron subsanados por el propio demandado. Pero, repetimos, no como defecto de forma de la demanda que haga procedente la cuestión previa alegada, sino como un dato importante que ayuda a la individualización<sup>61</sup> de las partes.

---

<sup>60</sup> Aplicables cuando las partes no cumplan con sus cargas procesales, definidas por la jurisprudencia colombiana como: *"Significan ellas la necesidad en que están las partes de cumplir determinadas actividades para propiciar su propio éxito en el proceso. El cumplimiento es eminentemente voluntario y no se puede exigir coactivamente. Pero la omisión les puede traer desfavorables resultados, como es la pérdida de la controversia."* Citada por *ibid.*, pp. 11-12.

<sup>61</sup> Recordemos que jurídicamente los atributos son las cualidades que permiten la individualización jurídica y estos son por excelencia el nombre civil, la sede jurídica y el estado civil. Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Manual de Derecho Civil I Personas*. Caracas, Paredes Editores, Manuales Universitarios, 2011, pp. 119-134. Pero agrega la propia autora "el número de *cédula de identidad*, que si bien no es un elemento tradicionalmente entendido como atributo, ciertamente cumple modernamente una función distintiva fundamental en la identificación del individuo" (*ibid.*, pp. 123 y 124).

La exigencia de señalar el domicilio de las partes también ha de aplicarse a las personas jurídicas, pues aunque estén registradas en una determinada localidad, pueden tener el asiento principal de sus negocios en otra que no abarque la misma Circunscripción Judicial.

**1.5.1.5.3. Si el demandante o el demandado fuere una persona jurídica, la demanda deberá contener la denominación o razón social y los datos relativos a su creación o registro:**

Las personas jurídicas actúan bajo una razón o denominación social para el cumplimiento de su objeto de creación<sup>62</sup>. Dentro de éstas, nuestro ordenamiento legal reconoce a las sociedades cooperativas, sociedades civiles y sociedades mercantiles, atribuyéndoles personalidad jurídica<sup>63</sup>, que comporta los siguientes efectos, recogidos por Hung Vaillant<sup>64</sup>:

a) La sociedad tiene un patrimonio propio, diferenciado del patrimonio de cada uno de los socios; b) La sociedad tiene aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones; c) Las obligaciones y derechos que contraiga o adquiera la sociedad durante su existencia, ingresan en el patrimonio social; y d) La sociedad tiene cualidad procesal para actuar en juicio como demandante y como demandada.

---

<sup>62</sup> Francisco Hung Vaillant: *Sociedades*, 6ta edición revisada, corregida y puesta al día. Valencia-Venezuela-Caracas. Vadell Hermanos, 2002, pp. 3-7.: “Se acude a las formas societarias cada vez que se considera necesario o conveniente mancomunar esfuerzos o capitales, o ambas cosas, para la obtención de una finalidad económica de interés común para los participantes. Planteada en su forma más simple, esta aproximación a la noción de sociedad comporta, por una parte, un elemento personal y, por la otra, un elemento económico. El elemento personal está determinado por el conjunto de personas que acuerdan sumar sus esfuerzos o capitales para la consecución de un fin común. El elemento económico queda determinado por la contribución que cada cual aporta u ofrece aportar a fin de constituir el soporte económico para el desarrollo de la actividad tendiente al logro del fin concreto que desean obtener los participantes. (...) El principal efecto de las sociedades lo constituye el reconocimiento de que tales entes tienen personalidad jurídica.”

<sup>63</sup> Consagrada en los artículos 1.651 del Código Civil, las sociedades civiles y en los artículos 201 al 205 del Código de Comercio, las sociedades mercantiles.

<sup>64</sup> Francisco Hung Vaillant: *Sociedades*. Op. cit., p. 7.

Este ordinal 3º exige que se identifique la razón con la que actúa o es llevada al juicio la persona jurídica, los datos de registro de su Acta Constitutiva, sea en el Registro Subalterno (Inmobiliario), Civil o Mercantil, ya se trate de cualquiera de las sociedades indicadas. Esta exigencia se llena con el nombre del organismo público donde está registrada, fecha de inscripción, número, tomo, protocolo y las sociedades mercantiles se les inscribe bajo un número de expediente en el Registro Mercantil. En el caso de las Cooperativas, deben incluirse los datos de registro ante la Superintendencia Nacional de Asociaciones Cooperativas (SUNACCOOP), organismo adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Economía Comunal.

Si la parte demandada es una sociedad irregular, asociación o comité sin personalidad jurídica, no serán exigibles los datos de creación o registro, pero sí la identificación de las personas que actúan por ellas o a quienes los asociados o componentes hayan conferido la representación o dirección, de conformidad a lo previsto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe además que aquellos que han obrado en nombre y por cuenta de la sociedad, asociación o comité, son personal y solidariamente responsables de los actos realizados. Es decir, que nuestro ordenamiento jurídico admite una suerte de actuación jurídica a través de los sujetos naturales que actúan por cuenta de aquella en protección a los terceros<sup>65</sup>, aunque no cumplan con las formalidades registrales previstas en el Código Civil, el de Comercio y otras leyes especiales.

Vale la pena destacar a los consorcios<sup>66</sup>, que aunque no son asimilables a las sociedades irregulares y tampoco el derecho venezolano les concede personalidad jurídica, la Sala Político Administrativa del Tribunal

---

<sup>65</sup> Véase sobre "las asociaciones irregulares": Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Civil I...*, pp. 74-76.

<sup>66</sup> Los consorcios son agrupaciones de sociedades o empresas que se unen para ejecutar un proceso productivo o una actividad económica.

Supremo de Justicia, dictaminó que tenían derecho de accionar como organización de empresas en defensa de sus derechos e intereses<sup>67</sup>.

Entonces, siendo posible que un consorcio pueda acudir a los órganos jurisdiccionales a ejercer sus derechos e intereses, también es posible que sean llevados como demandados, por los sujetos de derechos con quienes hayan establecido relaciones jurídicas en tal carácter de consorcio. En cuyo caso, será necesario que en el libelo también se cumpla con el requisito que desarrollamos en este punto, identificando la denominación o razón social de todas las sociedades o empresas que integran el consorcio, con los datos de creación o registro de cada una, así como el señalamiento de las personas naturales que las representan, en quienes deberá practicarse la citación, o el cargo que ejerzan.

En todo caso, la omisión del último señalamiento no habrá de contemplarse como un defecto de forma del libelo, si la persona jurídica de que se trata acude al proceso, debidamente representada por la persona física que le completa su capacidad jurídica para ser parte procesal o por un apoderado judicial debidamente legitimado.

Consideramos que a través de un auto<sup>68</sup>, el Tribunal puede instar a la parte actora a que informe el cargo y/o el nombre del representante de la persona jurídica señalada como demandada, para elaborar la compulsa de citación y no librarla de forma genérica a la sociedad, corriendo el riesgo de que el Alguacil cite a cualquier persona que le atienda en la empresa, sin tener su representación, lo que ocasionaría la necesidad de reponer la causa por nulidad en la citación.

---

<sup>67</sup> Partes: Consorcio Radio-Data Craft- SAECA, integrado por Sistemas Automáticos Electrónicos SAE, C.A., DATA CRAFT, C.A. y Radiotada Comunicaciones, C.A., contra BAUXILUM, C.A., publicada en: <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/spa/enero/00075/230103-2001-0145.htm>

<sup>68</sup> Como especie de despacho saneador.

Esa orden del Tribunal no habría de considerarse como violación al principio dispositivo que rige en el proceso civil, pues ya el demandante señaló en el libelo cuál es la persona jurídica a la que demanda, aunque haya omitido indicar el cargo y/o el nombre de su representante según la ley, los estatutos o sus contratos. Es la misma situación que se presenta cuando la parte actora no señala en el libelo la dirección<sup>69</sup> donde practicar la citación del demandado, pues recordemos que el Código solo exige la indicación del domicilio.

**1.5.1.5.4. El objeto de la pretensión, el cual deberá determinarse con precisión, indicando su situación y linderos, si fuese inmueble; las marcas, colores o distintivos, si fuere semoviente; los signos, señales y particulares que pueden determinar su identidad, si fuere mueble; y los datos, títulos y explicaciones necesarios si se tratare de derechos u objetos incorporales:**

El demandante debe indicar en el libelo de forma clara y precisa, qué es lo que pretende que le sea cumplido por el demandado y en su defecto, que le sea concedido por el órgano jurisdiccional, pues así como el Juez debe cumplir con el requisito de exhaustividad de la sentencia, ateniéndose a todo y a solo lo alegado por las partes<sup>70</sup>, también debe ajustarse a todo y solo lo pretendido por las partes, so pena de dictar una

---

<sup>69</sup> En caso de omisión de la dirección, el juez puede, como director del proceso, instarle a informarla, para que el alguacil se traslade a citar, sobre todo si el actor ha realizado otras actuaciones de impulso procesal para citar al demandado, como son la consignación de las copias para la elaboración de la compulsa y el pago de los emolumentos al Alguacil.

<sup>70</sup> Véase Humberto E. T. Bello Tabares y Dorgi D. Jiménez Ramos: *Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales Procesales*. Caracas. Ediciones Paredes, 2004, p. 101, : "Debe precisarse que para cumplir con el requisito de exhaustividad de la sentencia, el operador de justicia debe dictar una sentencia congruente, es decir, que contenga el pronunciamiento sobre los elementos de hecho planteados en la contienda judicial, no así en cuanto a los elementos de derecho, pues en función del principio *iura novit curia*, el juzgador puede apartarse de los fundamentos de derecho hechos por las partes, sin que ello constituya vicio de incongruencia o de *ultrapetita*". p. 101.

sentencia viciada de nulidad, otorgando en su parte dispositiva más de lo pedido, menos o una cosa distinta, incurriendo en *ultrapetita*, *citrapetita* y *extrapetita*<sup>71</sup>.

Duque Corredor<sup>72</sup> afirma que este requisito es importante en lo que respecta a la competencia territorial, en razón de que si se trata de acciones reales muebles, las demandas pueden interponerse ante el Tribunal del lugar donde estén ubicadas las cosas, si allí se encuentra el demandado; si se trata de acciones reales inmobiliarias, ante la autoridad judicial del lugar de ubicación del bien inmueble, todo en aplicación de los artículos 41 y 42 del Código de Procedimiento Civil. Y por otra parte, si se trata de derechos u objetos incorpóreos sujetos a los requisitos de registro, como las patentes de invención, marcas de fábrica, denominaciones comerciales, derechos de autor, etc., la explicación necesaria exigida en este ordinal 4º del artículo 340 *eiusdem*, implicará la mención de los respectivos datos registrales.

Nuestra jurisprudencia ha sostenido que lo que exige este requisito es que el demandado sepa qué es lo que se reclama y así poder dar adecuada contestación<sup>73</sup>.

Como sostuvimos al comentar el ordinal anterior, también aquí pueden presentarse situaciones en que el defecto u omisión pueden ser

---

<sup>71</sup> Idem: "el vicio de incongruencia –positiva o negativa- el cual es lesivo del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil y que produce la nulidad de la decisión, por no cumplirse con el requisito a que se refiere el ordinal 5º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, que ordena una decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, se diferencia del vicio de *ultrapetita*, *citrapetita* y *extrapetita*, donde el juzgador, o bien otorga más de lo pedido o solicitado por las partes, menos de lo pedido o algo diferente a lo pedido, ya que el primero de los vicios –congruencia- se produce en la parte motiva del fallo, en tanto que los demás vicios, se producen en la parte dispositiva del fallo- *ultrapetita*, *citrapetita* y *extrapetita*- todo ello a propósito, que el primero de los vicios –congruencia- se encuentra regulado y penado en los artículos 12 y ordinal 5º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, en tanto que los demás vicios se encuentran regulados y penados en el artículo 244 *eiusdem*."

<sup>72</sup> Duque Corredor, Roman J.: *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*. Op. cit., p. 103.

<sup>73</sup> Ver entre otras, sentencia de la Sala de Casación Civil, 21/3/1991. Partes: José E. García Machado contra Leonardo Tirado Oquendo, expediente Nº. 90-0540. Citada por Patrick Baudin: *Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Caracas, Ediciones Paredes, 2010-2011, p. 601.

subsanados por la propia parte accionada o por el órgano jurisdiccional<sup>74</sup>. Un ejemplo de ello puede darse en un juicio donde se exija la entrega de un inmueble constituido por una casa o un apartamento, de los cuales se omita el señalamiento de sus linderos. Aun cuando el ordinal 4º exige expresar su situación y linderos, éstos últimos pueden omitirse<sup>75</sup>, sin que ello implique necesariamente la declaratoria de procedencia de la cuestión previa, pues normalmente no son indispensables para individualizar y ubicar un apartamento o casa y menos cuando en el contrato que vincula a las partes sobre el inmueble, no fue identificado de esa forma o si fue acompañado con el libelo el documento de propiedad donde esté plenamente identificado.

Los linderos sí serán necesarios en caso de tratarse de varios inmuebles que no puedan individualizarse con los datos que hayan sido aportados, como es el caso de lotes de terreno o parcelas.

---

<sup>74</sup> “...el defecto en que incurrió la parte actora al estimar su demanda en moneda extranjera sin indicar su equivalente en bolívares, constituye un vicio subsanable, en el que se impone el mandato constitucional de privilegiar el fondo por encima de la forma; por lo que, procede la Sala a corregir inmediatamente mediante una simple operación matemática...” Sala Político Administrativa, 11/4/2007. Partes: Denno Pérez Perdomo contra PDVSA Petróleos de Venezuela, S.A., expediente N° 0527, <http://www.tsj.gob.ve/decisiones>. Tomado de: Patrick Baudin: *Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Op. cit., p. 601. Vemos que en este caso, aun cuando la Sala declaró que había una omisión que constituía un vicio, no ordenó a la parte actora que lo subsanara, sino que lo hizo la misma Sala, en aplicación del principio constitucional de privilegiar el fondo sobre las formalidades.

<sup>75</sup> Ver Sentencia N° 524, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, 1/6/2004. Partes: OLAYA LUGO DE SÁNCHEZ contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA (INAVI). <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/00524-010604-1998-15246.htm>: “En cuanto a la identificación del inmueble que el mismo se encuentra ubicado “en Nueva Tacagua, Sector C, Terraza D, Bloque 2, pero ahora le fue cambiado el número al Bloque y es Bloque 14 (catorce) Apartamento N° 00-03, Planta Baja. El Junquito, Municipio Libertador del Distrito Federal”. Al respecto, observa la Sala que la exigencia contenida en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil en su ordinal 4º, de precisar la situación y linderos del inmueble, tiene por finalidad que la contraparte conozca cuál es el inmueble objeto de la pretensión, a cuyo efecto, a juicio de esta Sala, resultan suficientes los datos aportados por la actora, por los cuales se identifica el sector, la terraza y el edificio y la urbanización donde se encuentra el inmueble. Igualmente, se observa que la parte accionante consignó mediante diligencia del 03 de julio de 2003, documento de fecha 09 de marzo de 1994 con sello del Instituto Nacional de la Vivienda, en el que consta la ubicación del inmueble, la cual coincide con la aportada por ella. En atención a lo anterior, considera la Sala que ha sido satisfecho el requisito contenido en el ordinal 4º del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, y por lo tanto se tiene por subsanada la cuestión previa de defecto de forma contemplada en el ordinal 6º del artículo 346 eiusdem. Así se deci de.”

**1.5.1.5.5. La relación de los hechos y los fundamentos de derecho en que se base la pretensión, con las pertinentes conclusiones:**

Este requisito exige que el demandante exponga las razones fácticas que dieron origen a la demanda y los fundamentos legales que establecen los efectos jurídicos de la situación de hecho alegada en el libelo, con sus respectivas conclusiones. Está vinculado con los principios de lealtad procesal y del contradictorio, al requerir la narración de las situaciones fácticas que constituyen el fundamento de la pretensión y los elementos jurídicos de trascendencia, necesarios para explicar suficientemente la acción, para que el demandado conozca la pretensión en todos sus aspectos y realice una adecuada defensa<sup>76</sup>.

No obstante la exigencia a la parte actora de señalar los fundamentos de derecho, éstos no limitan al juez para aplicar otras normas de derecho que considere pertinentes al caso, en vez de las invocadas por las partes, para la resolución de la controversia, en aplicación del principio *iura novit curia*, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, N° 00821, 13/7/2004, publicada el 14/7/2004. Partes: Servicios Contables Computarizados, S.A. (SERCOSA) contra Alcaldía del Municipio Baralt del Estado Zulia. Citada en: Jurisprudencia Ramírez & Garay,ç. 2004 julio, CCXIII. Caracas, 213. pp. 297-298 (1322-04): “*Por lo tanto, es criterio de la Sala que lo que exige el ordinal 5º del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, es que la descripción permita al demandado conocer suficientemente el contenido de lo solicitado por el actor, es decir, que pueda entender claramente lo que se reclama y las razones en que se funda dicho reclamo, a fin de elaborar claramente su defensa; no permitiéndose en consecuencia, peticiones ininteligibles o expresiones que no describan en qué consiste la petición y sus fundamentos. Lo anterior permite concluir que la exigencia del referido ordinal consiste fundamentalmente, que el escrito de la demanda se redacte de tal manera, que se puedan evidenciar los fundamentos de hecho y su respectiva relación con los preceptos o disposiciones legales que el abogado que represente o asista a la parte actora considere aplicables al caso haciendo así la primera calificación jurídica de los hechos*”.

<sup>77</sup> “... en criterio de la Sala, tales normas no pueden llegar al extremo de “atar de manos” al Tribunal que conozca de la causa, limitándolo a solo poder aplicar las normas de Derecho invocadas por las partes. De manera que, en Venezuela, en materia del procedimiento civil ordinario, a juicio de la Sala, la carga de las partes de alegar el Derecho aplicable al caso concreto, tiene el carácter de requerir de aquéllas una colaboración necesaria, pero no circulante ni limitante para el Tribunal de la causa, quien puede, en aplicación del principio *iura novit curia*, aplicar al caso concreto normas de derecho distintas de las alegadas por las partes. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa. 22/9/1993. Partes: Kits, C.A. contra Instituto Venezolano de Seguros Sociales, expediente 9118; O.P.T. 1993. N° 8/9, P. 439; R&G 1993, tercer trimestre, Tomo CXXVI (126), N° 930-93, pp. 649 y ss. Tomado de cita realizada por: Patrick Baudin: *Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Op. cit., p. 603.

También al respecto afirma Escovar León<sup>78</sup>, que el principio recogido en el aforismo *sentencia debet esse conformis libello* no puede entenderse en el sentido de que el juez debe ceñirse a todos los pedimentos del actor, sino que las partes tienen derecho a pedirle al juez lo que crean que les corresponde; y éste decide, según lo alegado y probado, y aplicando certeramente el derecho que debe conocer, aunque sea separándose de las alegaciones jurídicas sostenidas por las partes. Esto implica que la errada calificación jurídica que haga el actor en el libelo o el demandado en la reconvencción, si reconviene, no repercute en el tratamiento jurídico del caso, pues en definitiva corresponde al juez, y no a las partes, aplicar el derecho a los hechos discutidos, en observación de la máxima *iura novit curia*.

**1.5.1.5.6. Los instrumentos en que se fundamente la pretensión, esto es, aquellos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido, los cuales deberán producirse con el libelo:**

En el mismo ordinal 6º, el legislador define el “instrumento fundamental”, como aquel del cual deriva inmediatamente el derecho deducido, pero corresponde al juez determinar si un instrumento es fundamental a la demanda o no<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Ramón Escovar León: *La Demanda*. Op. cit., pp.27-28.

<sup>79</sup> ... “La Sala, ... considera que para determinar si un documento encaja dentro del supuesto del ordinal 6º del artículo 340 citado, debe examinarse si está vinculado o conectado con la relación de los hechos narrados en el escrito de la demanda, y en consecuencia debe producirse junto con el libelo. En otras palabras, son documentos fundamentales de la pretensión aquellos de los cuales emana el derecho que se invoca y cuya presentación no ofrezca dificultad para que el demandado conozca los hechos en que el actor funda su pretensión y la prueba de la que intenta valerse.” Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia N° 0081, 25/2/2004. Partes: Isabel Álamo Ibarra contra Inversiones Marisquita Pérez, C.A., expediente N° 01-0429. <http://www.tsj.gob.ve/decisiones>; reiterada por la misma Sala por sentencia N° 1244, 10/10/2004. Partes: Inversiones Gha, C.A. contra Licorería del Norte, C.A. Expediente N° 03-0563. <http://www.tsj.gob.ve/decisiones>. Tomado de: Patrick Baudin: *Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Op. cit., p. 604.

Cabrera Romero<sup>80</sup> sostiene que lo lógico es que los instrumentos fundamentales sean aquellos que comprueben las afirmaciones fácticas en las que se apoya la pretensión, es decir, los fundamentos de hecho de la pretensión; y que la condición de documento fundamental puede apreciarse desde dos ángulos: uno subjetivo que corresponde al actor y otro objetivo que depende del Juez<sup>81</sup>, por lo que la prueba por escrito no ofrecida por el actor en el libelo, cuando la promueve posteriormente, queda sujeta a la apreciación del juez, quien reputándola fundamental, no la admitirá o lo hará provisoriamente a reserva de su apreciación en el fallo definitivo, donde la desecha por ser su promoción ilegal, por extemporánea.

Agrega este autor, que por lo que respecta al demandado, también mantiene una actitud subjetiva de calificación, con relación a los documentos que en el curso de la causa trae el actor, pudiendo oponerse a su admisión por extemporáneos, si los reputa fundamentales<sup>82</sup>. En este caso, el demandado preferiría oponerse a la admisión, que promover la cuestión previa de defecto de forma, y el Juez no tendrá más opción que inadmitir la prueba instrumental si concluye que es fundamental, incluso sin que medie oposición del demandado<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> Jesús Eduardo Cabrera Romero: "El Instrumento Fundamental". *Revista de Derecho Probatorio*, Nº 2. Editorial Jurídica ALVA, S.R.L., Caracas, 1993, p. 20.

<sup>81</sup> "Para el actor todos los instrumentos fundamentales que consigne junto al libelo o indique en él dónde pueden ser consultados, son fundamentales, desde el momento que los promueve con la demanda. (...) La producción de estos instrumentos calificados de fundamentales por el demandante por el sólo hecho de promoverlos con el libelo, no causa ningún perjuicio al demandado, quien así los conoce para el momento de contestar la demanda, y por lo tanto, puede controlarlos e impugnarlos. Por lo tanto, toda la prueba por escrito que el actor ha promovido en su libelo está bien ofrecida, así algunos de los instrumentos de apoyo a la demanda realmente no sean fundamentales (aunque sí, prueba por escrito). La calificación subjetiva del actor sólo alcanza a los que promovió con el libelo. Los que no promovió, y que por tanto no consideró fundamentales, quedan en este sentido sujetos al examen objetivo del juez, quien apreciará si los no promovidos por el actor junto al libelo, y que luego trae a juicio, son o no fundamentales; y respecto de los cuales, de serlo, le habría precluido al demandante la oportunidad de promoverlos." Jesús Eduardo Cabrera Romero: "El Instrumento Fundamental", op. cit., pp. 168-169.

<sup>82</sup> En este sentido se inclinan algunos abogados litigantes, para quienes es más beneficioso para la parte que representan o asisten, oponerse a la admisión de esta prueba instrumental fundamental (que impediría en muchos casos declarar la procedencia de la pretensión), que promover la cuestión previa respectiva, con lo cual darían al actor descuidado la oportunidad de subsanar su omisión.

<sup>83</sup> "Se trata ahora de un requisito objetivo de admisibilidad de la prueba, que el Juez, como todos los requisitos objetivos de admisibilidad, analiza de oficio, sin tomar en cuenta la existencia o no de oposición por parte del demandado. Se convierte así el Juez en un tutor del derecho de defensa del demandado (Art. 15 CPC), aunque éste crea que puede defenderse o se ha defendido bien, sin conocer el instrumento que ahora se acompaña." *Ibid.*, p. 169.

Aun cuando este ordinal, de forma imperativa exige la producción con el libelo de los instrumentos fundamentales, su no consignación no es causal de inadmisión de la demanda<sup>84</sup>. Y si es opuesta la cuestión previa de defecto de forma fundamentada en esta omisión, el demandante tendrá la oportunidad de aportarlo ya sea de forma voluntaria o forzosa, cuando se lo ordene el Tribunal, sin que deba sancionársele con la no admisión del instrumento. Es decir, que esta norma atenúa el imperativo contenido en el ordinal 6º del artículo 340 *eiusdem*.

Pero si el demandado no promueve la cuestión previa<sup>85</sup> y el actor tampoco señaló en el libelo la oficina o el lugar donde se encuentren, o sean de fecha posterior, o que aparezca, si son anteriores, que no tuvo conocimiento de ellos, no se le admitirán después, por mandato expreso del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil.

No todas las relaciones jurídicas que vinculan a las partes están instrumentadas<sup>86</sup>, caso en el cual solo será exigible que el actor exprese en el libelo de dónde deriva su pretensión<sup>87</sup>, mas no podrá exigírsele que consigne un instrumento o documento que no existe<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> A diferencia de los procedimientos especiales, en los que el Juez debe analizar el instrumento fundamental para proceder a la admisión de la demanda y el decreto de las medidas cautelares o ejecutivas a que haya lugar, tales como en el Procedimiento por Intimación, Ejecución de Hipoteca y la Vía Ejecutiva, entre otros.

<sup>85</sup> En el foro judicial, muchos abogados prefieren no oponer la cuestión previa porque consideran que están ayudando a la parte negligente, en detrimento de su propio cliente, sino alegarlo como una defensa de fondo para que el juez no valore el instrumento si el actor lo consigna posteriormente y sin que se den las excepciones contenidas en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>86</sup> Prueba por escrito.

<sup>87</sup> "acaecimientos de la vida en que se apoya" ( Jaime Guasp, 1968). Citado por Jesús Eduardo Cabrera Romero, op. cit.: "...los cuales no son otros que los "acontecimientos concretos de la vida que particularizan la pretensión del pretendiente", y que según la teoría de la sustanciación que impera en el país, comprende una serie de hechos concretos, particulares, los que a veces deben expresarse en forma prolija." p. 20.

<sup>88</sup> En los casos de convenciones verbales. Corresponderá al demandante probar sus afirmaciones con otros medios probatorios que no sean los instrumentos fundamentales; por ejemplo, con testigos si existen principios de prueba por escrito, posiciones juradas, etc.

#### **1.5.1.5.7. Si se demandare la indemnización de daños y perjuicios, la especificación de éstos y sus causas:**

Lo que el legislador persigue con la disposición de este ordinal 7° del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, es que el demandado sepa cuáles son los daños y perjuicios por los que se le reclama indemnización, para que ejerza debidamente su derecho a la defensa. A tales efectos, el actor debe explicar en qué consisten los daños que a su decir, le causaron o causan perjuicios y cuáles son éstos, con la finalidad de establecer el nexo causal entre el daño y la responsabilidad exigida al demandado. Esta disposición no involucra necesariamente que el actor tenga que realizar la cuantificación de los daños y perjuicios reclamados, sino que debe entenderse como la narración de las situaciones fácticas que constituyen el fundamento para el resarcimiento del daño causado<sup>89</sup>.

#### **1.5.1.5.8. El nombre y apellido del mandatario y la consignación del poder:**

Este requisito, contenido en el ordinal 8° del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, debe ser cumplido en los casos en que una persona interponga la demanda en nombre de otra. Está en consonancia con

---

<sup>89</sup> ... "Así, la especificación de los daños y sus causas no están referidos a la cuantificación de los daños, toda vez que conforme al artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, la estimación puede realizarse a través de una experticia complementaria del fallo, en caso que los daños no pudieran ser estimados por el Juez."... En este orden de ideas, ... está dirigida a controlar el acto constitutivo de la relación jurídica procesal, vale decir, la demanda y lo que pretende es una mejor formación del contradictorio, esto es, la búsqueda del mayor esclarecimiento de los hechos que conforman la litis. Ver sentencia N° 00691, Sala Político Administrativa, 16/5/2002, publicada el 21/5/2002. Partes: Olaya Lugo de Sánchez contra el Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI), expediente N° 15246, en la que ratifica criterio sostenido en sentencias números 1391 (15/6/2000), 01842 (10/8/2000 y 00638 (5/4/2991). <http://www.tsi.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/00691-210502-15246.htm>, consulta realizada el 8/11/20011.

Con relación a este ordinal, también la misma Sala expresó lo siguiente: "Además, debe advertir esta Sala que la poca o falta de argumentación por parte de la actora en la oportunidad de reclamar daños y perjuicios, podría incidir en la procedencia o no de dicha pretensión, cuestión ésta que no puede ser examinada en esta fase del proceso, toda vez que deberá ser valorada por el juez al resolver el fondo de la presente controversia." Ver Sentencia N° 03122, Sala Político Administrativa, 17/5/2005. Partes: Inversiones y Construcciones G.M. 200, C.A. contra Fundación Poliedro de Caracas, expediente N° 2003-1063. <http://www.tsi.gov.ve/decisiones/spa/mayo/03122-190505-2003-1063.htm>. Consulta realizada el 8/11/2011.

el artículo 140 *eiusdem*, que prevé que fuera de los casos previstos por la Ley, no se puede hacer valer en juicio, en nombre propio, un derecho ajeno.

Entonces, creemos que si una persona alega actuar en nombre de otra, pero no lo demuestra, habrá de tenerse como verdadera parte al que se afirmó mandatario, más no a la persona que señaló representar, pues no fue legítimamente llevado al proceso<sup>90</sup>. Si quien acude al proceso es un apoderado judicial en nombre de su cliente, lógicamente debe expresarlo en el libelo y consignar el poder.

Sin embargo, el mandatario no necesariamente ha de ser un apoderado judicial, sino también una persona no abogado que actúa en nombre de otra, en virtud de un mandato<sup>91</sup>, que incluso puede ser judicial. Domínguez Guillén sostiene que el mandato no se asimila a “representación”, porque el primero puede no conferir aquella, aunque ciertamente el mandato puede ser fuente de la misma<sup>92</sup>. El mandatario no puede hacer de contraparte en juicio, en nombre de su mandante, salvo que éste le haya autorizado para representarle<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> Entendiéndose así que la persona que interpuso la demanda estaría haciendo valer en juicio un derecho ajeno, en nombre propio. Creemos que si hubiese lugar a una condena en costas, no debe recaer en la persona alegada como mandante, en atención a la posición de que éste no puede considerársele como parte al no ser llevado legítimamente al proceso como parte actora.

<sup>91</sup> María Candelaria Domínguez Guillén: *Diccionario de Derecho Civil*, PANAPO, Caracas, 2009: “Contrato en virtud del cual una persona (mandatario) se obliga en forma gratuita (u onerosa) si se prevé expresamente) a ejecutar uno o más actos jurídicos por cuenta de otra que lo ha encargado para ello (mandante) p. 106.

<sup>92</sup> María Candelaria Domínguez Guillén: *Diccionario de Derecho Civil*, op. cit, p. 106.: “De allí que entre las clasificaciones del mandato se distingue el mandato sin representación y el mandato con representación: general o especial, expreso o tácito. Las obligaciones del mandatario son las de ejecutar el mandato (aun cuando deben distinguirse las distintas hipótesis de sustitución y renuncia), mantener informado al mandante, no hacer de contraparte salvo la autorización del representado, rendir cuentas, abonar al mandante cuanto ha recibido en virtud del mandato y restituir al mandante las cosas objeto del mandato.”. La representación, la define la misma autora como: “Instituto jurídico que permite que los actos jurídicos realizados por una persona (representante) en nombre de otra persona, le sean imputados a esta última (representado), esto es que los efectos jurídicos activos y pasivos de tal acto recaen sobre el representado. La representación puede ser legal o necesaria y voluntaria, potestativa o contractual, la primera la impone la ley generalmente a los incapaces de obrar absolutos, en regímenes como la patria potestad o la tutela, y no es procedente respecto de actos personalísimos; la representación voluntaria, se deriva de la voluntad del representado, supone la capacidad de obrar de éste y en virtud de ella, el representante en principio debe contar con poder especial, puede efectuar inclusive algunos actos personales (matrimonio o reconocimiento) en nombre del representado.” p. 146.

<sup>93</sup> Artículo 150, del Código de Procedimiento Civil: “Cuando las partes gestionen en el proceso civil por medio de apoderados, éstos deben estar facultados con mandato o poder.”

Si bien la omisión de presentación del poder del abogado está previsto como un defecto controlable por la parte demandada a través de la promoción del defecto de forma de la demanda, y por ende subsanable por la parte actora, nuestra jurisprudencia ha emitido diversas decisiones sosteniendo que la representación de las partes en juicio atañe al orden público y cuando no sea consignado el poder, debe declararse la inadmisibilidad de la demanda, debido a que hay falta de representación, de conformidad con lo que ordena el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, porque es contraria a la ley, en concordancia con lo previsto en el artículo 166 del Código de Procedimiento Civil.

De conformidad a lo previsto en los artículos 3 y 4 de la Ley de Abogados, para comparecer al juicio en nombre de otro, se requiere el título de abogado y quien no lo tenga, debe nombrarlo para que lo asista o represente en todo el proceso. De allí que el mandatario no abogado no pueda actuar en el juicio en nombre de su mandante.

El punto álgido en este tema está en que pareciera que la ley especial –artículo 4- permite al mandatario actuar en nombre de su mandante, asistido de abogado, al igual que a la persona que actúa en nombre propio sin ser abogado. Así fue reconocido por la jurisprudencia de la Sala Civil, entre otras, en sentencia dictada el 13 de marzo de 2003<sup>94</sup>, mediante la cual se le dio validez a las actuaciones realizadas por una mandataria no abogada, quien acudió directamente al juicio, asistida de abogado, se dio por citada y otorgó poder *apud* acta, en nombre de su mandante, que era la parte demandada. Aun cuando en esa decisión se

---

<sup>94</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia N° 88, 13/3/2003. Partes: Cementos Caribe, C.A. contra Juan Eusebio Reyes y Pedro José Reyes. Expediente N° AA20-C-2001-000692, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>. Contiene voto salvado del Magistrado Franklin Arriechi, estimando que el acto de citación es ineficaz, por cuanto la apoderada no abogada no podía comparecer al juicio en nombre de su mandante, ni actuar en él, y que esa incapacidad de postulación no podía ser subsanada con la asistencia de un profesional del derecho, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia previa de la misma Sala, de la extinta Corte Suprema de Justicia en decisiones de vieja data, citadas por el disidente (18/4/1956 y 27/10/1998).

reconoció que según la doctrina sostenida por esa misma Sala, existían limitaciones para el uso en juicio de los poderes judiciales a un no abogado, *“dado que por Ley sólo podrá realizar actos dentro del proceso un profesional del derecho”*, concluyó que la representación del codemandado –mandatario– se constituyó de manera legal.

Posteriormente, en decisión que dictó la misma Sala de Casación Civil, y en la que citó la que recién referimos, sostuvo que la jurisprudencia reiterada de esa Sala ha sostenido la ineficacia de las actuaciones realizadas en juicio por quien no sea abogado, aun cuando hubiere actuado asistido de abogado<sup>95</sup>. Y en el caso concreto, en que la demanda fue interpuesta por una ciudadana en nombre de su cónyuge, asistida de abogado, afirmó la Sala que no obstante la voluntad del mandante de otorgar poder de representación a su cónyuge para que interpusiera y contestara demandas, en modo alguno esa voluntad soslayaba la necesidad de que la mandataria confiriese previamente poder especial a abogado de su confianza o a los abogados que la asistieron no sólo al inicio del proceso sino incluso en la oportunidad de anunciar y formalizar el recurso extraordinario de casación y en consecuencia declaró inadmisibles el recurso de casación, señalando igualmente que no había lugar al pronunciamiento sobre las costas, dada la índole de la decisión.

Este último ha sido el criterio reiterado, tanto por la Sala de Casación Civil<sup>96</sup>, como por la Constitucional<sup>97</sup>, por el cual han señalado que

---

<sup>95</sup> Ver sentencia dictada el 20/5/2004. Partes: María Waldina Mendoza de Aguilar, en representación de su cónyuge, ciudadano José Ramón Aguilar contra Pulido & Rosas Puro Color, S.R.L. Expediente N° 03-259. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>. Precisamente fue esto lo sostenido por el magistrado que salvó el voto en la sentencia que recién citamos.

<sup>96</sup> Ver, entre otras, Sentencia N° 740, 27/7/2004. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>

<sup>97</sup> Ver, entre otras, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencias N° 742, 19/7/2000; N° 2324, 22/8/2002; N° 1.170, 15/6/2004.; N° 1325, 13 /8/2008, Caso: *Iwona Szymańczak*; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon>. N° 1333, 13/8/2008. ARMANDO ENRIQUE FAWCETT BELLIDO, en Amparo. Exp. 08-0043: “Esta Sala considera que la falta de capacidad de postulación conlleva, en estos casos, a una falta de representación que ocasiona ineludiblemente la inadmisión de la demanda interpuesta, de conformidad con lo que ordena el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, porque es contraria a la Ley, debido a que expresamente los artículos 166 del Código de Procedimiento Civil y 4 de la Ley de Abogados disponen que, para el ejercicio de un

son ineficaces las actuaciones realizadas en juicio por quien no es abogado, aun cuando hubiere actuado asistido de abogado. Esta posición está fundamentada en que cuando una persona que no es abogado ejerce actuaciones judiciales en nombre de otro (a menos que sea su representante legal), incurre en una manifiesta falta de representación, porque carece de esa especial capacidad de postulación que sí detenta todo abogado que no se encuentre inhabilitado para el ejercicio libre de la profesión, conforme a lo que establecen la Ley de Abogados y demás leyes de la República.

Creemos importante destacar, que de acuerdo a este criterio jurisprudencial, esas actuaciones judiciales realizadas por quien no es abogado, no son subsanables, ya que no hay manera de que adquiera la capacidad de postulación que no tenía cuando actuó sin ella; y en consecuencia, respecto de la cuestión previa a que se refiere el ordinal 3° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil (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 representación que se atribuya, o porque el poder no esté otorgado en forma legal o sea insuficiente), específicamente el supuesto que se refiere a la ilegitimidad de la persona que se presenta como apoderado del actor porque no tiene la capacidad necesaria para ejercer poderes en juicio, no es subsanable en modo alguno.

Que es por esa razón que el artículo 350 del mismo texto legal no establece alguna forma de enmienda de ese vicio, cuando establece literalmente, como formas de subsanación de la cuestión previa del ordinal 3° del artículo 346, *“la comparecencia del representante legítimo del actor o del*

---

poder judicial dentro de un proceso, se requiere la cualidad de abogado en ejercicio; todo ello en obligado respeto al contenido esencial de los derechos al debido proceso y a la tutela judicial eficaz del justiciable que ha determinado, en forma vinculante, esta Sala Constitucional.”  
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1333-130808-08-0043.htm>

*apoderado debidamente constituido*”, o “*la ratificación en autos del poder y de los actos realizados con el poder defectuoso*”, ninguna de las cuales serviría para salvar la imposibilidad jurídica del contrato de mandato en cuyo ejercicio se habría actuado en juicio.

Entonces, lo que debe hacer el apoderado no abogado es otorgar poder judicial previamente a abogados, para que sean éstos quienes actúen en el juicio, vista la imposibilidad que tiene el mandatario o apoderado de actuar directamente en el proceso, ni siquiera asistido de abogado. En este caso, será el abogado quien cumpla con la exigencia del ordinal 8° del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, consignando el poder que le fue otorgado por el mandatario de la parte actora y el que ésta otorgó al mandatario, sin perjuicio de que pueda consignar este último luego de la interposición de la demanda, por solicitud de la parte contraria, haciendo uso de la facultad contenida en el artículo 156 *eiusdem*<sup>98</sup>.

Cuando se trata de la representación de una persona jurídica, también debe el abogado expresar en el libelo que actúa en su representación y consignar el poder, que al igual que el otorgado por la persona natural, debe reunir los requisitos exigidos en el artículo 155 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de la facultad que tiene la parte contraria de solicitar la exhibición señalada en el artículo 156 *eiusdem*. El representante estatutario de la persona jurídica sí puede actuar directamente asistido de abogado, porque se entiende que es la misma parte la que está actuando, en defensa de sus propios derechos e intereses.

---

<sup>98</sup> “Si la parte pidiere la exhibición de los documentos, gacetas, libros o registros mencionados en el poder, el apoderado deberá exhibirlos para su examen por el interesado y el Tribunal, en la oportunidad que se fije al efecto. En dicho acto, la parte interesada hará las observaciones que crea pertinentes al Tribunal y éste resolverá dentro de tres días sobre la eficacia del poder. La inasistencia del solicitante al acto del examen de los documentos exhibidos, dará por válido y eficaz el poder y a falta de exhibición de los documentos requeridos, quedará desechado, y así lo hará constar el juez en el acta respectiva.”

La excepción a la regla de consignación del poder la contiene el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil, que prevé que podrán presentarse en juicio como actores sin poder, el heredero por su coheredero, en las causas originadas por la herencia y el comunero por su condueño, en lo relativo a la comunidad<sup>99</sup>. Esta es una representación legal fundada en el interés común entre el representante y el representado, no en la incapacidad de éste. La representación sin poder debe ser invocada al momento de realizar la actuación judicial, pues no opera *ipso iure*<sup>100</sup>.

#### **1.5.1.5.9. La sede o dirección del demandante a que se refiere el artículo 174:**

La exigencia de este señalamiento obedece a la necesidad de que exista en autos una dirección donde realizar las citaciones y notificaciones necesarias en el procedimiento. Si bien en principio la citación se hace al demandado, por una vez, también a la parte actora se le puede citar para la absolución de posiciones juradas promovidas por la parte demandada y viceversa. Las notificaciones son necesarias durante el proceso, cuando así lo exija la ley para la continuación del juicio o para la realización de algún acto del proceso.

Aun cuando este ordinal exige que el demandante exprese en el libelo su sede o dirección y su incumplimiento haría procedente la promoción de la cuestión previa de defecto de forma de la demanda, el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, al que a su vez remite el ordinal 9° del

---

<sup>99</sup> También contempla el mismo artículo que por la parte demandada, podrá presentarse sin poder, cualquiera que reúna las cualidades necesarias para ser apoderado judicial, pero quedará sometido a observar las disposiciones pertinentes establecidas en la Ley de Abogados.

<sup>100</sup> Véase: Arístides Rengel-Romberg: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (Según el Nuevo Código de 1987)*. Volumen II. Teoría General del Proceso. Caracas. Organización Gráficas Capriles, 1999., pp. 71-73.

artículo 340, dispone que a falta de indicación de la sede o dirección exigida en la primera parte del artículo, se tendrá como tal la sede del Tribunal.

Podemos interpretar que la omisión en que incurra el actor, respecto al señalamiento de su dirección o domicilio procesal, es subsanado por la misma ley. Si la parte actora no subsana voluntariamente la cuestión previa promovida, no sería menester que el órgano jurisdiccional le ordene subsanar, sino que tendrá como domicilio procesal, la sede del Tribunal<sup>101</sup>.

Este planteamiento parece estar acorde con el criterio sostenido por la Sala Político Administrativa en decisión dictada en el expediente 2001-0145, en la que sostuvo que de conformidad con lo establecido en el ordinal 9º del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil y en armonía con los valores y principios constitucionales desarrollados en la misma decisión<sup>102</sup>, esta exigencia no debe interpretarse con rigorismo procesal, en razón de que la misma disposición prevé la consecuencia legal para el caso de que exista omisión del demandante, en la parte final del artículo 174 *eiusdem*.

---

<sup>101</sup> En beneficio de la celeridad del proceso y en aplicación de la consecuencia jurídica establecida en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, que puede ser aplicada en todo estado y grado del proceso a ambas partes, pues el demandado también tiene la carga de indicar una sede o dirección procesal cuando presenta el escrito de contestación de la demanda, el cual subsistirá para todos los efectos posteriores del proceso, mientras no se constituya otro. Es decir, que en caso de las partes cambien de dirección, deberán informarlo posteriormente al Tribunal, por cuanto el domicilio procesal es el que la parte informa de sí misma en el proceso y mientras no lo actualicen, será en el que conste en el expediente donde se ordenará la práctica de las citaciones y notificaciones.

<sup>102</sup> ..."nuestro Texto Constitucional consagra importantes principios y valores que influyen en el proceso, y que garantizan una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles." <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Enero/00075-230103-2001-0145.htm>, publicada el 23/1/2003 y consultada el 8/11/2011.

## **CAPÍTULO SEGUNDO:**

### **IV. TRÁMITE PROCESAL DE LAS CUESTIONES PREVIAS:**

#### **2.5 Oportunidad para promover las cuestiones previas:**

Desarrollaremos este punto de acuerdo a la forma en que está previsto tanto para el procedimiento ordinario como para las causas que se tramitan por el procedimiento oral. Si bien el lapso otorgado para promover cuestiones previas es el mismo en ambos casos, veremos que hay diferencia en cuanto a los actos a realizar por el demandado.

##### **2.5.1 En el procedimiento ordinario:**

Luego de la constancia en autos de la práctica de la citación de la parte demandada, en el procedimiento ordinario, de conformidad con lo previsto en el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil, la parte demandada cuenta con un lapso de veinte (20) días de despacho para que comparezca a ejercer su derecho a la defensa, previo el transcurso del término de la distancia<sup>103</sup>, si hubiese lugar a ello. Si se trata de un litisconsorcio pasivo, dicho lapso comenzará a computarse a partir de la última constancia en autos de haberse realizado todas las citaciones<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Se cuenta por días continuos. Sentencia N° 319, dictada en el expediente N° 00-1435, el 9/3/2001 por el Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional: ... "Y, por último el término de la distancia debe ser computado por días calendarios consecutivos, sin atender a las excepciones establecidas en el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil. Así se decide." <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/319-090301-00-1435%20.htm>

<sup>104</sup> Cuando son varios los demandados, es necesario que tanto el juez (Director del proceso) como las partes, tengan en consideración lo previsto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, que contempla el diferimiento del lapso de contestación, cuando al menos dos (2) días antes del vencimiento del lapso de comparecencia, no conste en autos el resultado de todas las citaciones; y si transcurriesen más de sesenta (60) días entre la primera y la última citación, las practicadas quedarán sin efecto, suspendiéndose el procedimiento hasta que sea impulsada nuevamente la citación de todos los demandados.

Por el principio de preclusión de los lapsos procesales, este lapso de comparecencia debe dejarse transcurrir íntegramente, aun cuando la parte demandada realice la actuación procesal que considere, antes del día veinte, ya sea que promueva cuestiones previas o conteste la demanda.

De manera pues, que es dentro de este lapso de emplazamiento de veinte días de despacho, que la parte demandada, puede acumulativamente promover las cuestiones previas indicadas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, en vez de contestar la demanda; o promover solamente las cuestiones previas previstas desde los ordinales 1º al 8º, por cuanto las restantes, podrá hacerlas valer en el lapso de contestación de la demanda, subsiguiente a la incidencia de cuestiones previas, si no las promovió como cuestiones previas<sup>105</sup>, tal como se interpreta del contenido del artículo 361 *eiusdem*.

Entendemos que la parte demandada, puede también dentro del lapso de emplazamiento presentar su escrito de contestación a la demanda e invocar además los supuestos contenidos en los ordinales 9º, 10º y 11º, para que sean resueltas como punto previo en la oportunidad de dictar la sentencia definitiva. Esta actuación está prevista en beneficio de ambas partes, debido a que no se alargaría el proceso con la tramitación de la incidencia de cuestiones previas, si solo fueren éstas las alegadas.

### **2.5.2 En el procedimiento oral:**

Junto con las cuestiones previas, el procedimiento oral constituye la innovación más importante del Código de Procedimiento Civil vigente desde el mes de marzo de 1987. Su tramitación está desarrollada en los

---

<sup>105</sup> En este caso, se decidirán en la oportunidad de dictar la sentencia definitiva, como punto previo a la decisión del mérito de la causa, si hubiese lugar a ello, en caso de la no procedencia de las cuestiones invocadas.

artículos 859 y siguientes del Código, para las causas cuyo valor no excediera de doscientos cincuenta mil bolívares, contenidas en cuatro ordinales, de los cuales están exentas las del ordinal segundo, por ser materia de la jurisdicción laboral.

El legislador otorgó expresamente al Ejecutivo Nacional la autorización para determinar mediante Resolución, la entrada en vigencia de las disposiciones de dicho procedimiento, así como las Circunscripciones Judiciales y Tribunales que lo aplicarían<sup>106</sup>. Sin embargo, el Ejecutivo Nacional no dictó tal Resolución, sino que el procedimiento oral comenzó a aplicarse por disposición de leyes especiales promulgadas posteriormente<sup>107</sup>.

En el año 2006, ...”Solo después de diecinueve años de promulgado el Código de Procedimiento Civil”<sup>108</sup>, fue el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, el órgano que dispuso la entrada en vigencia del procedimiento oral, mediante Resolución N° 2006-00038, del 14 de junio de 2006; reformada a través de Resolución N° 2006-00066, del 18 de octubre de 2006, solo por lo que respecta a su entrada en vigencia<sup>109</sup>, y publicada en un solo texto bajo el N° 2006-00067, de la misma fecha.

Así pues, en relación con la cuantía, se tramitarían por el procedimiento oral las causas referidas en el artículo 859 del Código de Procedimiento Civil<sup>110</sup>, siempre que el interés principal de la demanda no exceda en bolívares al equivalente a dos mil novecientos noventa y nueve unidades tributarias (2.999 U.T.). Y su conocimiento fue asignado solo a los

---

<sup>106</sup> Artículo 880 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>107</sup> Ley de Tránsito Terrestre; Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente; Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

<sup>108</sup> Román J. Duque Corredor: “El futuro del proceso en el presente milenio” *XXXII Jornadas J.M. Domínguez Escobar, Derecho Procesal, El C.P.C. 20 años después*, en Homenaje a la memoria del Dr. José Andrés Fuenmayor. Barquisimeto, 2007. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, pp. 270.

<sup>109</sup> 1º de marzo de 2007 (Artículo 9).

<sup>110</sup> Con excepción de las previstas en el ordinal segundo: “Los asuntos contenciosos del trabajo que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje, y las demandas por accidentes de trabajo”.

Juzgados de Municipio del Área Metropolitana de Caracas y de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, con sede en Maracaibo, como tribunales pilotos<sup>111</sup>.

Entonces, en las causas tramitadas por el procedimiento oral, según lo dispuesto en el artículo 865 del Código de Procedimiento Civil, dentro del lapso de contestación de la demanda<sup>112</sup>, que también es de veinte días de despacho<sup>113</sup>, el demandado presentará su contestación con las defensas de fondo y previas que creyere conveniente alegar. Es decir, que a diferencia del procedimiento ordinario, no existen dos oportunidades diferentes para la promoción de cuestiones previas y para el ejercicio de las demás defensas perentorias o de fondo que el demandado considere, sino que habrá de realizar todo acumulativamente, dentro del lapso de emplazamiento de veinte días de despacho. Un solo escrito deberá abarcar todas las defensas, previas, perentorias o de fondo.

## 2.6 Lapso para subsanar:

En el procedimiento ordinario, el plazo otorgado al demandante para que subsane las cuestiones previas promovidas por la parte

---

<sup>111</sup> Si bien en el artículo 7 de la Resolución se estableció que dentro del año de su vigencia, el Tribunal Supremo de Justicia evaluaría los resultados de la instrumentación del procedimiento oral en los términos previstos en la misma, y según los resultados, adoptaría las medidas necesarias para corregir las posibles imprecisiones que evidenciare, o por el contrario, extender progresivamente la aplicación de la Resolución al resto de los Tribunales de Municipio de las demás Circunscripciones Judiciales del país, adoptando el procedimiento oral en la tramitación de las causas que ante ellos se interpongan, no tenemos conocimiento de que esa evaluación haya sido realizada. Al menos hasta ahora no se ha publicado una nueva Resolución a través de la cual se extienda la aplicación de la comentada a los demás Tribunales de Municipio. Es necesario agregar que a partir del 2 de abril de 2009, a raíz de la entrada en vigencia de la Resolución N° 2009-0006, dictada el 18 de marzo de 2009, por el Tribunal Supremo de Justicia, aumentó la cuantía de los asuntos contenciosos que los Juzgados de Municipio conocen, hasta tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.) y la cuantía de las causas que se tramitan por el procedimiento breve, fue aumentada hasta una cantidad que no exceda de mil quinientas unidades tributarias (1.500 U.T.). Esto ocasionó que se redujera significativamente el número de causas tramitables por el procedimiento oral [1.501-3000 UT] y el aumento de las que se tramitan por el procedimiento breve [0-1500 U.T.].

<sup>112</sup> Aunque dicha norma expresa "Llegado el día fijado para la contestación de la demanda según las reglas ordinarias..." Son reminiscencias de la redacción del Código derogado, en donde estaba prevista la oportunidad para contestar la demanda como un término, mientras que el actual es un lapso.

<sup>113</sup> La misma norma indica "...según las reglas ordinarias...", por lo que se entiende que es el mismo lapso de emplazamiento otorgado para el procedimiento ordinario. Por otro lado, el artículo 860 del Código prescribe que son aplicables supletoriamente en el procedimiento oral las disposiciones del ordinario en todo aquello no previsto expresamente en el Título dispuesto para el procedimiento oral (Título XI).

demandada, está previsto en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, que es de cinco días de despacho, siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento.

Éste es el mismo lapso del cual dispone el demandado en las causas que se tramitan por el procedimiento oral, pues el ordinal 2º del artículo 866 *eiusdem*, remite expresamente al artículo 350.

## **2.7 Subsanación voluntaria:**

La subsanación voluntaria es la actuación que puede realizar el demandante después que la parte accionada promueve las cuestiones previas contenidas en los ordinales 2º al 6º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, subsanando el defecto u omisión invocados<sup>114</sup>, de la forma en que lo contempla el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, que es la siguiente:

- La ilegitimidad de la persona del actor por carecer de la capacidad necesaria para comparecer en juicio, *mediante la comparecencia del demandante incapaz, legalmente asistido o representado.*
- 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 representación que se atribuya, o porque el poder no esté otorgado en forma legal o sea insuficiente, *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.*

---

<sup>114</sup> Sin que medie declaración del Tribunal.

- La ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, por no tener el carácter que se le atribuye, *mediante la comparecencia del demandado mismo o de su verdadero representante.*
- La falta de caución o fianza necesaria para proceder al juicio, *mediante la presentación de la fianza o caución exigida.*
- El defecto de forma de la demanda, por no haberse llenado en el libelo los requisitos que indica el artículo 340, *mediante la corrección de los defectos señalados al libelo, por diligencia o escrito ante el Tribunal.*

Se observa que silenció el legislador cuál es la forma de subsanar el defecto cuando el demandado invoca el último supuesto contenido en el ordinal 6º, *por haberse hecho la acumulación prohibida en el artículo 78.* En este caso, el demandante podrá subsanar excluyendo de la demanda la pretensión que sea incompatible para conocerla con la otra en una sola causa<sup>115</sup>.

Esta subsanación voluntaria está contemplada tanto para las causas que se tramitan por el procedimiento ordinario, como por el oral, comportamiento éste que no generará costas para el demandante, pues el legislador estaría instándole a actuar con lealtad y probidad en el proceso, cuando conviene o reconoce que su libelo de demanda adolece de defectos u omisiones y en consecuencia está dispuesto a corregirlos, atendiendo al control ejercido por su contraparte, sin esperar que se lo ordene el órgano jurisdiccional.

---

<sup>115</sup> Ricardo Henríquez La Roche: *Código de Procedimiento Civil* Tomo III, ... op. cit. p. 87: "La cuestión 6ª de *inepta acumulación* inicial de pretensiones –silenciada por el artículo-, se allanará mediante la exclusión en la demanda de la pretensión incompatible por su objeto, por la competencia material o por el procedimiento".

## 2.8 Subsanación forzosa:

La subsanación forzosa es la actuación que debe realizar la parte actora por disposición del Tribunal de la causa, si dentro del lapso de cinco días previstos en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil no subsanó voluntariamente las cuestiones previas promovidas por su contraparte, previo el cómputo del lapso previsto para la articulación probatoria<sup>116</sup>.

Esta es la decisión dictada por el tribunal, al décimo día siguiente al último de los ocho otorgados para que las partes promuevan y evacúen pruebas, con vista de las conclusiones escritas que pudiesen presentar las partes, a través de la cual declara sin lugar o con lugar las cuestiones previas referidas en los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 346<sup>117</sup>. Entonces, a raíz de esta decisión, si son declaradas con lugar, el demandante tendrá la carga de subsanar debidamente<sup>118</sup> los defectos u omisiones señalados por el juez, de la forma indicada en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, dentro de los cinco días de despacho siguientes al pronunciamiento del

---

<sup>116</sup> Si el demandante no subsana voluntariamente las cuestiones previas promovidas por el demandado, en el lapso de cinco días previstos en el artículo 350, ello no acarrea sanción alguna al demandante, sino que comenzará a transcurrir *ope legis*, un lapso de ocho días para que las partes promuevan y evacúen pruebas, y al décimo día siguiente, el Tribunal decidirá la incidencia de cuestiones previas, con vista de las conclusiones escritas que puedan presentar las partes, según lo estipula el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil. Si el Tribunal considera procedente las cuestiones previas promovidas por la parte demandada, entonces el demandante deberá subsanarlas dentro de los cinco días siguientes a la decisión del Tribunal; y si no lo hiciera, el proceso se extinguirá. La articulación probatoria de la que hablamos se abre *ope legis* en el procedimiento ordinario, tanto si el demandante no subsana voluntariamente como si no contradice expresamente la promoción de las cuestiones previas contenidas en los ordinales 2º al 6º; mientras que para las causas que se tramitan por el **procedimiento oral**, no basta que el demandante no proceda a subsanar de forma voluntaria para que se abra de pleno derecho la referida articulación, sino que deberá contradecirlas expresamente, de acuerdo con lo establecido en la parte *in fine* del artículo 866 del Código de Procedimiento Civil. Obsérvese que no se hace la distinción prevista para el procedimiento ordinario, que solo amerita contradicción expresa de las cuestiones previas contempladas en los ordinales 7º, 8º, 9º, 10º y 11º del artículo 346 (Art. 351 C.P.C.), en tanto que para las subsanables, se entiende que hay una contradicción tácita si el demandante no subsana *motu proprio* (Art. 352 C.P.C.).

<sup>117</sup> En este caso, de ser declaradas con lugar, sí habrá condenatoria en costas para la parte actora, pues al no proceder a subsanar de forma voluntaria, ameritó una decisión judicial (Art. 357 del Código de Procedimiento Civil). Y en caso contrario, la condena en costas será para el demandado.

<sup>118</sup> Ya tratándose de una actuación forzosa, no tendrá nueva oportunidad de subsanar, lo que sí puede ocurrir cuando voluntariamente lo hiciera dentro del lapso de cinco días indicado en el referido artículo 350 del Código.

Tribunal<sup>119</sup>, so pena de extinción del procedimiento, tal como está prescrito en el artículo 354 *eiusdem*.

En el procedimiento oral, la subsanación forzosa será consecuencia de la decisión dictada por el Tribunal, que declare con lugar las cuestiones previas opuestas, si la parte actora no las subsanó voluntariamente, y las contradijo o no, dentro del plazo legal antes indicado. Su trámite posterior se realizará de la forma indicada ya para el procedimiento ordinario.

Lo que sí varía en las causas orales, es la oportunidad en que el Tribunal dictará la decisión interlocutoria para la resolución de cuestiones previas, entre las cuales no solo están las susceptibles de subsanación, que además deben ser controvertidas, sino también las de los ordinales 7º, 8º, 9º, 10º y 11º del artículo 346, tal como lo desarrollaremos detalladamente en el punto 4.4.

Para seguir desarrollando nuestro tema de estudio, es necesario establecer seguidamente la diferencia de la subsanación voluntaria con la subsanación forzosa, por cuanto la jurisprudencia patria las ha tratado en algunas ocasiones como si fuese una sola situación.

---

<sup>119</sup> O de la fecha de la constancia en autos de la notificación a ambas partes, si la sentencia interlocutoria por la cual se decidieron las cuestiones previas fue dictada fuera del lapso legalmente previsto para hacerlo.

## **CAPÍTULO TERCERO:**

### **III SITUACIONES NO PREVISTAS POR EL LEGISLADOR PARA EL TRÁMITE DE LAS CUESTIONES PREVIAS SUBSANABLES:**

#### **3.5 Cuestionamiento de la subsanación voluntaria del defecto u omisión:**

Tal como ya lo indicáramos, en la normativa prevista para el trámite de la incidencia de cuestiones previas, se permite al demandante la posibilidad de subsanar el defecto u omisión invocados por la parte demandada y también está establecida la forma de hacerlo.

Según lo previsto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, si el demandante subsana las cuestiones previas expresadas en los ordinales 2º al 6º del artículo 346, la actuación subsiguiente será la contestación de la demanda, dentro de los cinco días siguientes a aquél en que la parte subsane voluntariamente el defecto u omisión de la forma indicada anteriormente<sup>120</sup>.

Parte el legislador del supuesto de que el demandante siempre realizará la subsanación correctamente y en consecuencia el demandado la aceptará, sin prever que éste pudiera no convenir en la actuación realizada y la objetase, con razón o sin ella. Sin embargo, esta hipótesis se convierte en una realidad, cuando el accionado expresa al Tribunal que aun persiste la imposibilidad de ejercer su derecho a la defensa y por ende, de contestar la

---

<sup>120</sup> Debemos tomar en cuenta que la oportunidad para la contestación de la demanda podrá variar si el demandado promueve también otras cuestiones previas diferentes a las subsanables, pero nuestro trabajo lo desarrollamos y explicamos bajo el supuesto de que sean solo éstas las promovidas.

demanda, fundamentado en que la parte actora no subsanó correctamente las cuestiones previas promovidas.

En este caso estaríamos en presencia de un cuestionamiento a la subsanación voluntaria realizada por la parte actora, supuesto éste no contemplado por el legislador.

### **3.6 Cuestionamiento de la subsanación forzosa del defecto u omisión:**

Según lo previsto en el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, si el juez declara con lugar las cuestiones previas referidas en los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º, el proceso se suspende hasta que el demandante subsane, de la forma indicada en el artículo 350, en el término de cinco días a contar del pronunciamiento del tribunal. Igualmente establece la norma que 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 *eiusdem*; esto es que el demandante no podrá volver a proponer la demanda antes de que transcurran noventa días continuos después de verificada la extinción<sup>121</sup>.

Esta decisión que dicta el juez al décimo día siguiente al último del vencimiento del lapso previsto para la articulación probatoria, ya fuese declarando con lugar o sin lugar las cuestiones previas, no es apelable. En consecuencia, según lo previsto en el Código, cuando el Tribunal declara sin lugar las cuestiones previas, solo corresponderá al demandado contestar la

---

<sup>121</sup> Por la certeza jurídica que deben revestir las actuaciones procesales, entendemos que estos noventa días comenzarán a contarse a partir de la fecha en que el Tribunal declare extinguido el procedimiento, fundamentado en que el demandante no subsanó debidamente, pues siempre hará falta el pronunciamiento judicial “*de pleno derecho*”.

demanda, dentro de los cinco días siguientes a la resolución del Tribunal. Y si las declara con lugar, corresponderá al demandante subsanar debidamente el defecto u omisión, dentro de los cinco días siguientes al pronunciamiento judicial<sup>122</sup>.

Pero también en esta etapa procesal puede presentarse la situación de que el demandado objete la subsanación forzosa de la parte actora, fundamentado en que fue realizada indebidamente. Ésta constituye otra de las situaciones no previstas por el legislador.

Pues bien, el cuestionamiento del demandado, ya fuese de la subsanación voluntaria realizada por la parte actora o de la forzosa, ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia como un derecho legítimo del demandado, quien puede objetar válidamente el modo como la parte actora subsane el defecto u omisión imputados al libelo y no debe ser obligado a contestar la demanda sin que previamente el Juez decida la procedencia o no de la subsanación.

### **3.7 Pronunciamiento del órgano jurisdiccional luego de la subsanación de la parte actora y posteriormente al cuestionamiento que haga la parte demandada sobre la subsanación voluntaria y/o la forzosa:**

De acuerdo a lo contemplado legalmente, luego que el demandante subsana voluntariamente, corresponde al demandado contestar la demanda. Es la misma actividad que desarrollará después que el demandante subsane forzosamente.

---

<sup>122</sup> Artículo 357, C.P.C.: “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.”...

Para ninguno de los dos supuestos<sup>123</sup>, la ley contempla que el Tribunal dicte alguna decisión después que el demandante subsane y antes de que el demandado conteste. Ello es lógico en el sentido de que si no previó el legislador el supuesto de que el demandado cuestionase la actividad subsanadora, tampoco podía prever la necesidad de un pronunciamiento judicial sobre la idoneidad de esa actuación de la parte actora.

Al respecto, Briceño Pinto<sup>124</sup> vaticinó que de ordinario, la subsanación haría necesaria una actividad ulterior del Tribunal, incluso pronunciamiento expreso acerca de la suficiencia o insuficiencia de la conducta del actor, de tal forma que se produciría solución de continuidad o interrupción de lapsos y muy diversas actuaciones de parte y del juez antes de que comenzaran a correr los cinco días para la contestación de la demanda. Planteó este autor, que así como habría casos en que la cuestión previa planteada sería tan clara o evidente que no requeriría un pronunciamiento del Tribunal, pasándose inmediatamente a la contestación de la demanda, vencido el lapso de subsanación voluntaria, también habría situaciones complejas que necesariamente requerirían un pronunciamiento judicial.

En apoyo de este último supuesto, expone como ejemplo que se opusiera la cuestión previa de defecto de caución o fianza del demandante no domiciliado en Venezuela. Convenimos con el autor, por cuanto no es suficiente que el demandado ofrezca y presente fianza o caución actuando por sí solo, ya que en principio el Tribunal habrá de establecer el monto a caucionar o afianzar, la parte demandada tiene el derecho a objetar dicho

---

<sup>123</sup> Subsanción voluntaria o la forzosa.

<sup>124</sup> Nelson Briceño Pinto: *Cuestiones Previas*. Paredes Editores. Caracas, 1988. pp. 49 y ss.

monto si lo considera exagerado o insuficiente, al igual que la parte actora si lo cree exagerado, y en caso de estar de acuerdo con la fijación del Tribunal, tendrá que consignar una serie de recaudos que habrán de ser controlados por su contraparte y analizados por el juzgador para determinar su idoneidad en la constitución de la garantía legalmente exigida.

También fue anticipada por la doctrina patria, la hipótesis de que el demandado impugnara o cuestionase la subsanación por considerarla incompleta o deficiente, lo que haría necesario también que el juez dictase la interlocutoria correspondiente, esta vez a instancia de parte. Sostuvo Briceño Pinto<sup>125</sup>, que así como se requeriría pronunciamiento del Tribunal en ciertos casos aun cuando el demandado no cuestionase la conducta de la parte actora al subsanar, con mayor razón sería necesaria al ser impugnada, y en esos casos no comenzaría a correr el lapso para contestar la demanda en forma inmediata, sino después de dictada la interlocutoria respectiva y siempre que el sentenciador considerara subsanado el defecto u omisión.

Estas hipótesis<sup>126</sup> se extendieron al caso de la subsanación forzosa, toda vez que se trata de la misma actividad subsanadora de la parte actora, aunque esta vez, previa declaratoria del Tribunal de la confirmación de la existencia del defecto o la omisión invocados. Y es que eran lógicas estas hipótesis sostenidas por quienes conocen las diversas formas en que se puede desarrollar un proceso, tomando en cuenta la naturaleza humana y la redacción de las normas en referencia, relacionadas tanto con la subsanación voluntaria como con la forzosa. En caso de esta última, luego que el órgano jurisdiccional dicta la decisión declarando con lugar cualquiera de las cuestiones previas subsanables, corresponde al demandante subsanar “*debidamente*”, so pena de extinción del procedimiento.

---

<sup>125</sup> Ibid. p. 54.

<sup>126</sup> Y posteriormente se convirtieron en una realidad en nuestros tribunales.

Ahora nos preguntamos: ¿quién califica la “*debida subsanación*”? De la forma en que está redactado el Código, creemos que en principio solo el demandado hará dicha calificación, porque es quien tiene la carga de contestar la demanda en el lapso subsiguiente, sin necesidad de pronunciamiento previo del Tribunal.

Pero, aunque no esté prevista la posibilidad de un pronunciamiento judicial, consideramos también que está implícita en la norma, al establecer a la extinción del procedimiento “*si el demandante no subsana debidamente...*”, ya que cuando el demandante subsana en esta segunda oportunidad que le brinda la ley, es porque le antecedió una decisión del Tribunal. Entonces será este mismo órgano el que deba calificar si la subsanación fue realizada o no de forma idónea, de acuerdo a lo ordenado, para que posteriormente el demandado conteste la demanda, en la certeza de que el proceso quedó depurado. Esta decisión evitará igualmente cuestionamientos infundados por parte del accionado.

Advertimos que el hecho de que el demandado conteste la demanda luego de la subsanación, no comporta necesariamente que el demandante subsanó correctamente. En este punto nos preguntamos si debe continuar el procedimiento hasta la sentencia definitiva, para que sea en esa oportunidad que el juez se vea imposibilitado de dictar una sentencia de mérito, porque (verbigracia) la relación procesal no se constituyó válidamente, aún cuando el demandado haya interpretado que sí lo hizo<sup>127</sup>.

Acorde con este punto de vista, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia interpretó que la inteligencia de la norma

---

<sup>127</sup> En la práctica suele ocurrir que el demandado contesta la demanda, previa reserva de que sigue considerando que no fue subsanado el defecto u omisión y pide al juez que lo decida como punto previo en la definitiva. Esta petición debe ser respondida.

contenida en el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, sugiere en el intérprete la necesidad de que el órgano jurisdiccional que conoce de las cuestiones previas, se pronuncie sobre su correcta subsanación, en observancia del deber del Juez de dirigir el proceso, todo con el fin de determinar con mayor precisión las pretensiones deducidas, y así procurar que la función jurisdiccional se lleve a cabo en procedimientos claros y libres de vicios<sup>128</sup>.

Concluyó esta Sala que siendo primordial para la sanidad del proceso un pronunciamiento judicial sobre la correcta subsanación de las cuestiones declaradas con lugar, puede inferirse que la suspensión de la causa a que alude el referido artículo 254, debe extenderse hasta tanto se produzca un pronunciamiento sobre la aludida enmienda, pudiendo en todo caso, de cumplir el accionante con los requerimientos del fallo, ordenar la continuación de la causa en la fase subsiguiente (contestación), o en caso contrario, declarar extinguido el proceso, produciéndose consiguientemente, el efecto establecido en el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil, vale decir, que no podrá el actor demandar nuevamente hasta tanto hayan transcurrido noventa días hábiles, a contar de la fecha del pronunciamiento anterior.

Ya previamente, la Sala Político Administrativa había analizado esta situación y sostuvo que las razones del pronunciamiento, aunque no sea cuestionada la subsanación, tienen su fundamento en que al prohibir el Estado la violencia privada, crea el proceso para que los justiciables resuelvan sus conflictos intersubjetivos de intereses y el hecho de entender que el juez no debe emitir un pronunciamiento en cuanto a la cuestión previa opuesta y su posterior subsanación, dejando que el proceso siga su curso

---

<sup>128</sup> Sentencia dictada el 21-4-2005, expediente No.2004-0066. Partes: Ana Rosa Hernán de Lugo contra Compañía Anónima Electricidad de Occidente (ELEOCCIDENTE). Publicada en Jurisprudencia Ramírez & Garay. 2005, abril CCXXI. Caracas, 221, pp. 430-432.

como si en el desenvolvimiento del mismo no existiese un punto controvertido por resolver, es comprender mal el principio dispositivo y propiciar que el proceso no logre sus elevados fines y se convierta en una actividad inútil, por el establecimiento defectuoso de la relación procesal, al no plantearse apropiadamente la pretensión<sup>129</sup>.

Por las razones expuestas *supra*, nos luce acertada esta posición jurisprudencial<sup>130</sup>, en interpretación del artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, que a nuestro entender impone al juez la necesidad de dictar un pronunciamiento sobre la subsanación de la cuestión previa declarada anteriormente con lugar, estableciendo si lo hizo debidamente o no, pues de ello depende si corresponde a la parte demandada contestar la demanda o si el procedimiento se extinguió<sup>131</sup>.

La importancia de dictar esta decisión radica no solo en el hecho de que el demandado sabrá con certeza que el Juez considera correcta la subsanación y debe proceder a la contestación, sino que también el actor tendrá una fecha cierta a partir de la cual contar el lapso previsto en el

---

<sup>129</sup> Véase Sentencia N° 1457, del 22-6-2000, citada en la decisión referida en la nota anterior, del 21-4-2005.

<sup>130</sup> Aunque no ha sido ésta una doctrina reiterada, toda vez que la misma Sala Político Administrativa, en decisión dictada el 31-5-2005 (publicada el 2-6-2005), en una situación relacionada con la subsanación forzosa señaló lo siguiente: *"Del escrito consignado por el apoderado de la parte demandada en fecha 15 de julio de 2003, por medio del cual formula el rechazo a la subsanación de las cuestiones previas declaradas con lugar, aprecia la Sala, que en ninguna parte del mismo se discutió si fue o no subsanada la cuestión previa contenida en el ordinal 3º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la insuficiencia del poder acompañado por los apoderados de la parte actora a su demanda. Tal omisión a juicio de esta Sala, debe ser entendida como la aceptación de la subsanación que en tal sentido efectuó la parte actora, toda vez que conforme ha sido establecido en reiterada jurisprudencia, solo será indispensable decidir sobre la correcta subsanación de una cuestión previa que hubiese sido declarada con lugar, cuando la parte demandada expresamente se opone a la procedencia de la misma"*. (Subrayado nuestro). Pero nos parece contradictorio que seguidamente la Sala pasó a decidir si la subsanación de esa cuestión previa estuvo bien realizada por la parte actora, señalando lo siguiente: *"sin desconocer la conclusión precedente referida a la tácita aceptación de la subsanación del defecto del poder..."*; lo que significa que subyace el criterio anterior. Sentencia N° 03672, del 2-6-2005. Partes: Héctor José Borges Figueredo contra Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA). Expediente N° 2000-0273. Publicada en Jurisprudencia Ramírez & Garay. Junio, 2005 CCXXIII. Caracas, 223. p. 397.

<sup>131</sup> Véase, entre otras, las decisiones publicadas por la Sala Político Administrativa, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/marzo/00408-31311-2011-2008-0417.html>. En este caso, luego de la subsanación forzosa realizada por la parte actora, en vez de contestar la demanda el demandado solicitó a la Sala el pronunciamiento respecto a la subsanación *"a los fines de continuar con el curso de la causa."*; <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/01438-060606-2002-0989.htm>. En este caso, la Sala actuó de oficio, luego del vencimiento del lapso de suspensión de cinco (5) días previstos para que la parte actora subsanara.

artículo 271 del Código de Procedimiento Civil, para que pueda interponer nuevamente la demanda y no le sea opuesta en el futuro proceso la cuestión previa de inadmisión de la acción. Esta decisión habrá de dictarse cuando el actor subsane indebidamente y cuando no realice actividad subsanadora alguna, a pesar de que la cuestión previa fue declarada con lugar.

En relación al cuestionamiento de la subsanación voluntaria, Henríquez La Roche<sup>132</sup>, señala que la cuestión previa del ordinal 6º del artículo 346, exige la corrección de los defectos que haya señalado el demandado, aclarando lo que para éste resulta dudoso o suministrando la información que según el reo fue omitida y si éste alegare que la corrección del libelo no es cabal o no es completa, será menester que el juez dicte la interlocutoria correspondiente, con vista a las conclusiones que prevé el artículo 352<sup>133</sup>.

Posteriormente, al comentar el artículo 352, indica dicho autor<sup>134</sup> que la articulación probatoria se entiende abierta *ope legis* y corre a partir del vencimiento del plazo de cinco días referido en el artículo anterior, salvo que esté pendiente de decisión de consulta de la cuestión de defecto de jurisdicción, uno de los casos que prevé la primera cuestión previa. Más adelante, en el comentario del artículo 354<sup>135</sup>, recalca que si el demandante subsanó, pero indebidamente, habrá menester una decisión en la oportunidad de la interlocutoria, sobre la cabalidad de la enmendatura o complementación<sup>136</sup> efectuada, y en caso de que no haya sido completa o

---

<sup>132</sup> Código de Procedimiento Civil Tomo III, ... op. cit. p. 87.

<sup>133</sup> Creemos que esto sería injusto para la parte actora, quien pretendiendo subsanar voluntariamente, se le apliquen los efectos de una omisión que no ocurrió.

<sup>134</sup> Ibid., p. 89.

<sup>135</sup> Ibid., p. 92.

<sup>136</sup> Parece reconocer que previamente a esa decisión, el Juez ya realizó un pronunciamiento sobre la debida o indebida subsanación realizada por la parte actora, ante el cuestionamiento del demandado, pero no es así como lo contempla la norma (art. 354), que solo admite la posibilidad de que el demandante no realice actividad alguna sobre la promoción de las cuestiones previas que opuso el demandado.

exacta, tendrá el actor todavía la carga de corregir, como si no lo hubiere hecho, corriendo con las costas procesales.

Si bien el autor comentado prevé en primer lugar la posibilidad de que el demandado cuestione la subsanación voluntaria realizada por el actor, aún afirmando que pueda hacerlo "*indebidamente*", no contempló la posibilidad de que inmediatamente al cuestionamiento, el juez se pronunciara sobre dicha subsanación<sup>137</sup>, sino hasta que vencieran los demás lapsos previstos en la ley, como si el demandante no hubiese realizado actuación alguna y contempla que ha de condenársele en costas, aplicándole el supuesto legalmente consagrado para el caso de que el demandante no realice actuación alguna dirigida a subsanar lo observado por el demandado, o que hubiese contradicho expresa o tácitamente que existiera el defecto u omisión alegados.

También sobre esta situación expone Briceño Pinto<sup>138</sup>, que si el sentenciador considera no realmente subsanado el defecto u omisión, deberá ordenar subsanación forzosa y conceder cinco días para ello, por aplicación analógica del artículo 354 del Código de Procedimiento Civil y si el demandante no acata la orden de subsanar, el proceso se extingue y no podrá proponer la demanda antes de que transcurran noventa días, de conformidad a lo previsto en el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil.

Esta posición nos resulta injusta para el actor, que actuando diligentemente, pretenda subsanar el defecto u omisión señalado por su contraparte, sin previa orden del Tribunal. Si éste órgano simplemente le

---

<sup>137</sup> Simplemente declarando si el actor subsanó o no correctamente. Y en caso último caso, evitaría que el lapso de la articulación probatoria se abriera, sino que correspondería como acto sucesivo la contestación de la demanda (luego que el Tribunal emita la decisión que el demandado le instó a pronunciar con el cuestionamiento).

<sup>138</sup> Nelson Briceño Pinto: *Cuestiones Previas...* op. cit. p. 54.

otorga cinco (5) días para subsanar, le estaría privando del lapso de la articulación probatoria que se hubiese abierto *ope legis*, de no haber realizado actuación alguna.

Consideramos que si el Juez declara que no fue debidamente subsanada la cuestión previa, deberá otorgar al demandante el lapso para la articulación probatoria previsto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil y decidir al décimo día siguiente, con vista de las conclusiones escritas que puedan presentar las partes, no solo ateniéndose a la actividad subsanadora realizada, sino a la propia promoción de la cuestión previa por parte del demandado, pues éste no necesariamente tendría la razón.

Recordemos que el legislador concedió esta articulación probatoria al demandante, aun cuando no subsanara el defecto u omisión en el plazo indicado en el artículo 350 *eiusdem*. Entonces, con mayor razón habría de otorgársele si actuando diligentemente, pretendió subsanar sin previa orden del Tribunal<sup>139</sup>. Será después de la decisión que sigue a dicha articulación probatoria, que habrá de determinar el Juez si el demandante cumplió o no con la orden impartida, en caso de que sea declarada con lugar la cuestión previa, y aplicar las consecuencias jurídicas previstas para la subsanación forzosa, pues es inconstitucional aplicar por analogía normas de carácter sancionatorio a supuestos no previstos legalmente.

Con relación al cuestionamiento de la subsanación forzosa, Henríquez La Roche<sup>140</sup> recalca que el juez debe ser muy preciso en indicar cuáles son las correcciones y validaciones que deban hacerse,

---

<sup>139</sup> Consideramos que de no otorgarse este lapso al demandante para que promueva pruebas, que eventualmente puede ser utilizado también por el demandado, se le estaría privando o limitando indebidamente el libre ejercicio de un medio que la ley pone a su alcance para que ejerza su derecho a probar lo que considere necesario, el órgano jurisdiccional estaría incurriendo en indefensión o menoscabo del derecho a la defensa.

<sup>140</sup> Ricardo Henríquez La Roche: *Código de Procedimiento Civil* Tomo III, ... op. cit. p. 92.

particularmente cuando se trate de defectos de forma en la demanda, y del modo señalado respecto a la fundamentación de la misma en los hechos y el derecho, o en el señalamiento de la cosa pretendida (oscuro libelo), pues si el actor no puede inteligenciar bien la orden de la sentencia, corre el riesgo de que quede extinguido el proceso por incumplimiento del fallo, es decir por no *subsanan debidamente los defectos u omisiones*, según lo dispone el artículo 354 y corre el gravamen de la inadmisibilidad *pro tempore* de una nueva demanda. Seguidamente puntualiza este autor que si surgiere disputa entre las partes sobre el cumplimiento de la subsanación impartida por el fallo interlocutorio, el juez deberá resolver sumariamente; entendiéndose que continúa detenida la causa principal y la oportunidad de contestación, mientras no se dilucide, en instancia única tal *impasse*<sup>141</sup>.

Pues bien, llegados estos planteamientos a casos concretos en los tribunales de la República, la jurisprudencia patria se ha encargado de llenar algunas de las lagunas contenidas en la ley procesal, de la forma señalada seguidamente, ya se trate de que el demandado cuestione la actividad de subsanación realizada por la parte actora de forma voluntaria o la realizada forzosamente.

### **3.8 Soluciones aportadas por la jurisprudencia patria ante la omisión legislativa:**

Actualmente el Tribunal Supremo de Justicia, a través de jurisprudencia reiterada de las Salas de Casación Civil y Constitucional, sostiene que solo cuando la parte demandada cuestione la actuación de la parte actora, corresponde al juez, como director del proceso, pronunciarse

---

<sup>141</sup> El cual puede ser ocasionado solo por el cuestionamiento del demandado a la subsanación forzosa que realice el actor.

sobre la debida o indebida subsanación del defecto de forma alegado, para que quede establecido en autos si corresponde a la parte demandada contestar la demanda o por el contrario, es el demandante quien debe actuar.

Pero la jurisprudencia inicialmente reconoció la necesidad de pronunciamiento judicial, aun cuando el demandado no hubiese cuestionado la subsanación, es decir que se entendió que el órgano jurisdiccional debía actuar de oficio.

En este sentido, el 10 de agosto de 1989, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, estableció el criterio que seguidamente transcribimos<sup>142</sup>:

...”Es preciso dejar establecido la actividad procesal que se cumple, cuando en un juicio se oponen cuestiones previas. En efecto, si se interponen cuestiones previas de las contempladas en los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º, y 6º del artículo 346, se produce una primera decisión del Sentenciador declarando con lugar o sin lugar la cuestión previa opuesta. Si el Juez la declara con lugar, entra en aplicación la norma contenida en el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil; es decir, el proceso se suspende hasta que el demandante subsane los defectos u omisiones alegados, de conformidad con los requerimientos del artículo 350 ejusdem, en el término de 5 días, a contar desde el pronunciamiento del Juez. (...) La Sala aprecia, que el espíritu y razón de la disposición contenida en el artículo 354 ejusdem, exige del demandante una actividad eficaz, que subsane los defectos u omisiones alegados por la parte demandada, y limita esa actividad a un plazo de 5 días. Ahora bien, si el demandante no subsana el defecto u omisión de conformidad con lo ordenado en la decisión el procedimiento se extingue, pero si el demandante dentro del plazo establecido, subsana el defecto u omisión en la forma prevista en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, el juzgador debe analizar, apreciar y sentenciar sobre el nuevo elemento aportado al proceso, y en esta oportunidad, la segunda decisión del juez referida a la

---

<sup>142</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 10 de agosto de 1989 (Comité de Riego La Flecha – La Puerta contra María Isabel de Franca), *Jurisprudencia Venezolana* Ramírez & Garay, 198º, tercer trimestre, CIX. Caracas, 109. 624-89, pp. 466-467.

actividad realizada, puede modificar la relación procesal existente hasta ese momento, bien sea decidiendo que el nuevo elemento aportado subsana los defectos alegados, o que no es suficiente o no es idóneo para corregir el error u omisión. Pues bien, si la decisión aprecia que el actor ha dado cumplimiento a lo ordenado por el Juez, el proceso continua; pero, si por el contrario la decisión del Sentenciador se orienta a rechazar la actividad realizada por el demandante por considerarla como no idónea y decide extinguir el procedimiento, se producen los efectos del artículo 271 del Código de Procedimiento Civil. La Sala observa, que evidentemente, la decisión que rechaza el nuevo elemento aportado, da lugar a la apertura de una nueva incidencia, por cuanto se abre un nuevo debate procesal, que concluye con una decisión del Tribunal afirmativa de la continuidad del proceso o de la caducidad de éste mediante la declaración de perención.

Partiendo de este criterio, se acepta que la segunda decisión del juzgador abre una etapa procesal distinta, diferente a la que se cumplió cuando el juez se pronunció sobre la procedencia o no de la cuestión previa planteada y que por mandato legal no tiene apelación, por cuanto la naturaleza de esta decisión no pone fin al proceso, solo lo suspende cuando las declara con lugar; por el contrario, la segunda decisión que dicta el Tribunal pronunciándose sobre la idoneidad de la actividad subsanadora del actor, concluyendo que por no ser idónea se extingue el procedimiento es una resolución que amerita la revisión de la Alzada por tratarse de una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva que le pone fin a la incidencia y por ende el juicio, causándole al demandante un gravamen irreparable que no puede subsanarse por una definitiva, porque se extinguió el procedimiento. Esta última decisión, en criterio de la Sala, tiene apelación en ambos efectos y la del Tribunal de Alzada gozará del recurso de casación, si se dan en el caso todos los requisitos para la proposición del mismo...” (Subrayado nuestro).

La Sala de Casación Civil reiteró este criterio, entre otras, en sentencia N° 389, del 30 de junio de 1999, en el juicio seguido por Tenería La Concordia Larense, C.A. contra el ciudadano Giovanni Battista Liatti Morín C., expediente No. 97-495<sup>143</sup>.

---

<sup>143</sup> Citada por el hoy Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Civil, en sentencia N° 00315, dictada el 27 de abril de 2004, expediente N° 2003-00679, publicada en: *Jurisprudencia Ramírez & Garay*, 2004 abril. CCX, Caracas 210. pp. 612-614.

De la decisión antes transcrita se desprende que la Sala de Casación Civil, se pronunció sobre los siguientes aspectos:

1.- *Si el demandante no subsana el defecto u omisión, de conformidad a lo ordenado en la decisión, el proceso se extingue:* Esto está claramente expresado en nuestro ordenamiento procesal (artículo 354 del Código de Procedimiento Civil), más no el pronunciamiento del órgano jurisdiccional, por lo que sostenemos que éste deberá dictar una decisión interlocutoria, declarando dicha extinción, vencidos los cinco (5) días que tenía el demandante para subsanar.

2.- *Si dentro del plazo establecido, el demandante subsana el defecto u omisión en la forma prevista en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, amerita una decisión del juzgador, previo el análisis y apreciación de la subsanación realizada, para determinar su idoneidad:* Ésta constituiría para la Sala la segunda decisión<sup>144</sup> del Tribunal, que puede ser en dos sentidos, a saber: 2.1: Declarar que el actor dio cumplimiento a lo ordenado por el Juez, cuando sentenció con lugar la cuestión previa (subsano debidamente), lo que genera que el proceso continúe con la contestación de la demanda; y, 2.2: Declarar que la subsanación realizada no fue idónea y por ende, la extinción del procedimiento.

3.- Esta última decisión, según la Sala, tiene apelación en ambos efectos y la del Tribunal de alzada gozará del recurso de casación, si se dan en el caso todos los requisitos para su proposición<sup>145</sup>, bajo el fundamento de que se trata de una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva que le pone fin al juicio, causándole al demandante un gravamen irreparable que no puede subsanarse por una definitiva, porque se extinguió el procedimiento.

---

<sup>144</sup> De oficio, es decir, sin que haya sido el demandado quien la cuestionó

<sup>145</sup> Valor de la demanda.

En este punto agregamos otro supuesto, y es cuando el demandante no realiza actividad alguna dirigida a subsanar, a pesar de la orden del Tribunal. Será menester dictar la decisión que declare la extinción del procedimiento, la cual también deberá ser apelable, pues aunque sea por causas diferentes, ambas decisiones declaran extinguido el procedimiento, una por subsanación deficiente y otra por omisión.

De la sentencia citada evidenciamos que los supuestos desarrollados se circunscriben a la subsanación forzosa, que es la actuación que debe realizar la parte actora por orden del Tribunal de la causa, cuando dentro del lapso de cinco días previstos en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, contradijo o no subsanó voluntariamente las cuestiones previas promovidas por su contraparte, previo el cómputo del lapso previsto para la articulación probatoria<sup>146</sup>.

Sin embargo, también podemos observar que al iniciar la exposición, la Sala indicó: *...”Es preciso dejar establecido la actividad procesal que se cumple, cuando en un juicio se oponen cuestiones previas. En efecto, si se interponen cuestiones previas de las contempladas en los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º, y 6º del artículo 346, se produce una primera decisión del sentenciador declarando con lugar o sin lugar la cuestión previa opuesta”*. (Subrayado nuestro). Del extracto citado, pudiéramos entender que la actividad subsiguiente a la promoción de las cuestiones previas, es la decisión del Tribunal declarando con o sin lugar las cuestiones previas promovidas, pues la Sala se ubicó directamente en ese supuesto<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> Explicado anteriormente en este mismo trabajo, en el punto 2.4: “Subsanación Forzosa”, donde indicamos además que esta es la decisión dictada por el tribunal, al décimo día siguiente al último de los ocho otorgados para que las partes promuevan y evacúen pruebas, con vista de las conclusiones escritas que pudiesen presentar las partes, a través de la cual declara con lugar las cuestiones previas referidas en los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>147</sup> No tuvimos posibilidad de precisar si el caso concreto sometido al conocimiento de la Sala se trataba de una subsanación forzosa, pues en el texto consultado y en otras sentencias en donde ha sido reiterado ese criterio, no se mencionan los hechos que ameritaron ese primer pronunciamiento en casación.

Pero es el caso que, antes de presentarse la necesidad de dictar esa decisión por parte del Tribunal, es el demandante quien puede actuar inmediatamente, pues tiene la oportunidad de subsanar o no voluntariamente, y si no lo hace, o rechaza las cuestiones por considerar que no hay tal defecto u omisión alegados, o subsana parcialmente<sup>148</sup>, se abre *ope legis*, una articulación probatoria y luego de vencida ésta, es que corresponde al Tribunal dictar la que la Sala denominó “una primera decisión”. Sin embargo, a riesgo de mostrarnos repetitivos, señalamos nuevamente que el demandado puede cuestionar no solamente la subsanación forzosa, sino también la que realice el demandante voluntariamente, antes de cualquier decisión judicial, y sería aquí donde el juzgador deba dictar una “primera decisión”.

La doctrina citada y comentada ha sido aplicada de forma reiterada a situaciones en las que lo cuestionado y sometido a consideración de la Sala ha sido la decisión que resuelve la apelación dictada por el Tribunal de la causa con ocasión al cuestionamiento del demandado a la subsanación voluntaria realizada por el actor, no obstante que lo resuelto por la Sala de Casación Civil se circunscribe a la subsanación forzosa.

La misma Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil<sup>149</sup>, dictó sentencia N° 316, el 24 de abril de 1998, en la que, luego de transcribir parte de la decisión antes citada y comentada (10 de agosto de 1989), expresó lo siguiente:

“El texto transcrito de la doctrina de la Sala refleja una situación concreta, cual es, que el juez una vez que declare con lugar una cuestión previa de las señaladas en los citados

---

<sup>148</sup> Pueda que convenga en un defecto u omisión y en otro u otros no.

<sup>149</sup> Juicio de C.A. Grasas de Valencia contra Mid West Commodities, Inc. de Venezuela, C.A. y otra, expediente N° 95-800, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Oscar Pierre Tapia, N° 4, abril 1998, Año XXV. Editorial Pierre Tapia, S.R.L., Caracas, pp. 347-353.

numerales y la parte actora subsana, dentro del lapso respectivo, si el sentenciador considera que el demandante no subsanó debidamente los defectos u omisiones, o no fue idónea la actividad realizada por el actor, decide extinguir el procedimiento, y se producen los efectos del artículo 271 del Código de Procedimiento Civil, es decir, la perención. Pues bien, esta decisión del juez, que declara que la subsanación no fue idónea, en el criterio de la Sala, tiene apelación en ambos efectos y hasta casación.

Pero la situación narrada no ocurrió en el caso de estudio, sino que el actor reconoce que él subsanó el defecto de forma de la demanda<sup>150</sup>, y el juez no se pronunció declarando subsanada la cuestión previa opuesta, y sin este pronunciamiento se prosiguió a contestar la demanda. Situación que en decir del formalizante, lesionó el orden procesal y el juez debió acordar la reposición de la causa y que tal irregularidad menoscabó el derecho de defensa de la parte actora.

Al respecto, considera la Sala que la ausencia de decisión del juez de la causa sobre la actividad subsanadora realizada por la parte demandante no acarrea reposición, ya que esta institución debe perseguir un *fin útil* y tal circunstancia no se da, si el vicio no ha causado ningún perjuicio a quien lo alegue. En efecto, si el juez, una vez subsanado el defecto, se pronuncia diciendo que la subsanación no fue idónea y extingue el procedimiento, esto sí sería un perjuicio que puede y debe ser reparado, como lo señala la doctrina de la Sala precedentemente transcrita, pero en el caso de estudio, la falta de pronunciamiento del juez no perjudicó a la parte actora que subsanó el defecto, y el proceso continuó con la contestación.” (Subrayado nuestro).

Aquí, al interpretar en primer lugar la doctrina sentada el 10 de agosto de 1989, citada por el formalizante (parte actora) para fundamentar el ejercicio del recurso de casación, la Sala ratificó que esa decisión la tomaría el juez de oficio, como si con la subsanación, naciera para el juez inmediatamente el deber de analizarla, y solo si se percatara de que no fue realizada debidamente o no es idónea, declarará extinguido el procedimiento; entendiéndose que si del análisis que el juez realice, concluye que la

---

<sup>150</sup> En este caso, tampoco expresa la Sala si se trataba de una subsanación forzosa o voluntaria la que realizó el demandante. Creemos que se trataba de la subsanación voluntaria, pues la doctrina que hizo valer el demandante y que la Sala citó antes de ubicarse en el caso concreto, del 10 de agosto de 1989, contemplaba que siempre el juez debía tomar lo que denominaron la “**segunda decisión**”, en la que podía apreciar que el actor sí había cumplido con lo ordenado y en este caso el proceso continuaba, o dictaminar el rechazo a la actividad realizada por el demandante y declarar por ende, extinguido el proceso.

subsanción fue bien hecha, no nace para el juez el deber de pronunciarse, por no ser necesario tal pronunciamiento, o si lo hiciera, no tendría apelación esta decisión ni casación. Entendemos entonces que en el primer caso se trataría de un análisis silencioso del juez, lo cual en el mundo procesal no deja huellas.

Luego, al ubicarse la Sala en el caso concreto, señaló que no había lugar a la reposición de la causa por la falta de pronunciamiento del Tribunal, ya que no se le causó gravamen a la parte actora cuando subsanó y seguidamente la demandada contestó la demanda. Estamos de acuerdo en que en este caso la reposición hubiese sido inútil, ya que la parte demandada procedió a contestar la demanda, lo que significa que consideró idónea la actuación de la parte actora. Esta situación se dio en este caso tal como lo previó el legislador.

Aunque la Sala no señaló expresamente que el juez estuviese obligado a dictar una decisión luego de la subsanción de la parte actora, sí reconoció que si no la hubo y seguidamente el demandado contestó la demanda, el juicio debía seguir su curso, pues la falta de pronunciamiento no causó perjuicio a la parte actora y por tal razón señaló que no era motivo de reposición de la causa. No obstante ello, reconoció que si el juez se pronuncia luego de la subsanción, declarando que no fue idónea y con ello la extinción del procedimiento, sí sería un perjuicio que puede y debe ser reparado de la forma en que lo asentó la doctrina del 10 de agosto de 1989, a través de la apelación en ambos efectos y hasta la casación.

Pretendiendo citar esta decisión del 24 de abril de 1998, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, a través de sentencia N° 363, del 16 de noviembre de 2001<sup>151</sup>, estableció lo siguiente:

“Ahora, como puede darse el caso de que la parte actora pretenda corregir el defecto y omisión imputados al libelo y no lo haga correctamente, hecho éste que equivale a no subsanar, la Sala, en sentencia de fecha 24 de abril de 1998, sostuvo lo siguiente:

“...si el demandante no subsana el defecto u omisión (sic) en la forma prevista en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, el Juzgado debe analizar, apreciar y sentenciar sobre el nuevo elemento aportado al proceso y en esta segunda oportunidad, la segunda decisión del juez referida a la actividad realizada, puede modificar la relación procesal existente hasta ese momento, bien decidiendo que el nuevo elemento aportado subsana los defectos alegados, o que no es suficiente o no es idóneo para corregir el error u omisión...”<sup>152</sup>

Ahora bien, como quiera que procesalmente la materia de cuestiones previas ha sido objeto de diferentes estudios doctrinarios y jurisprudenciales, la Sala a objeto de conciliar una sana interpretación que pudiera en definitiva establecer la idoneidad en su desenvolvimiento y resultado, estima pertinente puntualizar la doctrina precitada y en tal sentido se modifica para dejar establecido que en estos casos debe procederse de la manera siguiente:

A la letra del artículo 358 ordinal 2º del Código de Procedimiento Civil, en caso de que la parte actora subsane voluntariamente el defecto u omisión imputado al libelo, si no hay impugnación<sup>153</sup>, el lapso de cinco días para contestar la demanda, comienza a correr al día siguiente de que la actora subsane voluntariamente sin necesidad de que el Juez, de oficio, deba pronunciarse acerca de si la actora subsanó correctamente o incorrectamente desde luego que ello, significaría tanto como

---

<sup>151</sup> Caso Cedel Mercado de Capitales, C.A. contra Microsoft Corporation. Expediente No. 2001-000132. Citada en:

<sup>152</sup> Este texto, que por demás fue mal citado, no corresponde propiamente a la decisión dictada el 24 de abril de 1998, sino a la dictada el 10 de agosto de 1989, citada en la de 1998. El subrayado es nuestro, para resaltar que no hay lógica en el texto citado, y es porque se saltaron una parte de la decisión.

<sup>153</sup> Esto no es exactamente “a la letra del Código”.

quebrantar el principio de no poder actuar de oficio salvo expresa autorización de la ley.

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

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

(omissis)

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

El criterio que la Sala señaló que modificaba (del 24 de abril de 1998), no fue realmente éste, sino el sentado en decisión del 10 de agosto de 1989<sup>154</sup>, citado a su vez en la decisión del 24 de abril de 1998<sup>155</sup>, sobre el cual realizamos algunas observaciones; y que posteriormente fue ratificado entre otras, en sentencia dictada el 30 de junio de 1999.

De acuerdo a este criterio<sup>156</sup>, el juez debía dictar pronunciamiento cuando el demandante subsanara la cuestión previa que había sido declarada con lugar; la del 24 de abril de 1998 dio la posibilidad de que el juez no se pronunciara si el demandante contestaba la demanda luego de la subsanación, sin objetarla; mientras que la modificación introducida por la

<sup>154</sup> Que ya citamos y comentamos *ut supra* (10.08-89).

<sup>155</sup> Que también citamos y comentamos, observando que no tenía la claridad de la primera, que fue citada en ella.

<sup>156</sup> 10 de agosto de 1989.

decisión recién citada, consiste en que solo cuando el accionado se oponga a la subsanación voluntaria realizada por la parte actora, nacerá para el juez el deber de dictar decisión sobre la idoneidad de esa actuación del accionante<sup>157</sup>.

Y para el supuesto de no mediar impugnación a la subsanación, no habrá necesidad de pronunciamiento judicial, sino que comienza a transcurrir el lapso de cinco días para la contestación de la demanda<sup>158</sup>. En estos términos ha seguido pronunciándose la Sala de Casación Civil, en decisiones posteriores<sup>159</sup>, a menos que la incidencia de cuestiones previas opuesta por la parte demandada hubiese tenido lugar bajo la vigencia del criterio anterior, según el cual correspondía al juez de la causa pronunciarse sobre la actuación del demandante que subsanó voluntariamente, para que las partes conocieran si la causa continuaba su curso o se había extinguido el procedimiento, independientemente de que la parte accionada cuestionase o no la actuación voluntaria del actor.

El caso llevado al conocimiento de la Sala de Casación Civil, que ameritó la sentencia dictada el 16 de noviembre de 2001, se refería al

---

<sup>157</sup> Que era lo que en realidad ya había asomado la sentencia que la Sala indicó que modificaba (24-04-1998). Y expresamente por la misma Sala de Casación Civil, en decisión dictada el 20-01-1999, citada por la Sala de Casación Social, N° 308, del 28-05-2002.

<sup>158</sup> Esto fue realmente lo que sucedió en el caso sometido al conocimiento de la Sala (Cedel Mercado de Capitales, C.A. contra Microsoft Corporation), pero extrañamente no le dio validez a la contestación realizada dentro del lapso de cinco días que siguió a la subsanación de la parte actora, pues como la misma Sala lo indicó, el cuestionamiento a esa subsanación fue realizado mucho tiempo después, tal como se desprende del siguiente párrafo: ... "Ahora bien, como la demandada también tiene el derecho de objetar el modo como la actora subsanó el defecto u omisión imputados al libelo, puede la accionada, dentro de ese lapso que le nació como consecuencia de la conducta de la actora, impugnar u oponerse a la subsanación, razonando debidamente sus objeciones, como efectivamente lo hizo la demandada de autos en los escritos de fechas 29 de septiembre de 1997 y 7 de octubre de 1997. (Subrayado nuestro).

<sup>159</sup> Una de las más recientes, a la fecha de nuestro trabajo, es la dictada el 18-2-2008, bajo la ponencia del magistrado Luis Antonio Ortiz Hernández, en el expediente N° 2006-001011, caso: Sanrio Company Limited contra Comercial Risas y Fiestas 2003, C.A. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/febrero/rc-00060-180208-061011.htm>. Consulta realizada el 8/11/2011. En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 741, 20/5/2011. Caso José Gregorio Márquez, en Amparo: ... "debe esta Sala indicar que el Juez tiene la obligación de determinar si la parte subsanó correctamente, siempre y cuando la parte demandada objete oportunamente el modo como la parte demandante haya realizado dicha subsanación; lo cual no sucedió en el caso de autos, por cuanto que de las actas del expediente no se observa que la parte demandada hubiese impugnado la subsanación efectuada voluntariamente por la actora de la cuestión previa opuesta, lo cual, de haberse realizado, sí hubiese forzado un pronunciamiento motivado del juzgador de la causa." <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/741-20511-20011-10-1345.html>

cuestionamiento de una subsanación voluntaria. Sin embargo, la Sala aplicó un criterio sentado para un caso de subsanación forzosa, de acuerdo a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y omitió pronunciarse sobre la diferencia entre ambas situaciones, a pesar de que con dicha decisión la Sala pretendió uniformar el criterio a seguir por ella y por los jueces de instancia, manifestando que conciliaría una sana interpretación en el tema de las cuestiones previas que pudiera en definitiva establecer idoneidad en su desenvolvimiento y resultado, y en tal sentido estimaba pertinente puntualizar la doctrina citada en su decisión y la modificaba en los términos arriba transcritos.

Para entender mejor el caso cuestionado, es necesario tener a la vista las siguientes actuaciones desarrolladas en el procedimiento:

- El 17 de julio de 1997, estando dentro del lapso de contestación a la demanda, la parte demandada opuso la cuestión previa de defecto de forma del libelo;
- El 21 del mismo mes y año, la parte actora presentó un escrito en el que señaló que lo observado por la parte demandada no constituía error de forma, sin embargo procedió a subsanar la omisión señalada y solicitó que el Tribunal dejase constancia de dicha subsanación;
- El 28 de julio de 1997, estando dentro de los cinco días siguientes a la subsanación, la parte demandada contestó la demanda;
- El 27 de septiembre de 1997 la demandada solicitó al Tribunal de la causa que declarase la extinción del proceso por considerar que la actora no había subsanado el libelo;

- El 5 de noviembre de 1997 el Tribunal de la causa dictó auto por el cual rechazó la petición (no indica las causas). Este auto no fue apelado y el juicio siguió su curso.
- Al dictar la sentencia definitiva, el Tribunal de la causa declaró la confesión ficta de la demandada, al considerar la contestación extemporánea por anticipada;
- Al ser apelada esta decisión, el Tribunal de Alzada consideró que la manifestación de la actora equivalía a un convenio en la defensa previa y que por ello, en ese momento comenzó a correr el lapso de cinco días para la contestación de la demanda, y fue dentro del mismo que la demandada contestó, por lo cual consideró que no se llevó a cabo extemporáneamente como sostuvo la primera instancia;
- En casación, la Sala Civil declaró que si la fuente del lapso para contestar el fondo de la querrela en este caso, lo constituyó el auto del juez de la causa, el 5 de noviembre de 1997, la contestación presentada por la demandada antes de que comenzara dicho lapso resultó extemporánea por prematura.

Como podemos observar, el Tribunal de la causa aplicó el criterio establecido por la Sala de Casación Civil el 10 de agosto de 1989; el de la Alzada actuó de conformidad a lo establecido en la ley, que está ajustado al criterio establecido en la sentencia del 24 de abril de 1998, el cual fue señalado, mas no revisado por la misma Sala de Casación Civil para modificarlo, pues el que realmente modificó fue el del 10 de agosto de 1989.

Lo cierto es que la Sala de Casación Civil estableció claramente el 16 de noviembre de 2001, lo que ya tácitamente había aceptado a través de

la decisión tomada el 24 de abril de 1998<sup>160</sup>, esto es, que solo nacerá para el juez el deber de pronunciamiento para calificar la subsanación realizada por la parte actora, si es cuestionada por el demandado, dentro del mismo lapso previsto para la contestación de la demanda, esto es, los cinco (5) días siguientes a la actuación subsanadora de la parte actora. Igualmente estableció el lapso que tendría el juez para emitir ese pronunciamiento y que solo después, nacería el lapso para que el demandado contestase la demanda.

Aun cuando la Sala no hizo distinción entre los momentos de subsanación voluntaria y la forzosa, consideramos que este criterio es aplicable a ambos casos, pues como ya señalamos anteriormente, existe la posibilidad de cuestionamiento de la subsanación en ambas situaciones y el Código de Procedimiento Civil no lo previó.

Como hemos visto hasta ahora, la Sala de Casación Civil, ha aplicado la solución dada para el supuesto de la subsanación forzosa al de la voluntaria, aún cuando las consecuencias pueden ser diferentes, luego del pronunciamiento del Tribunal, tal como lo constataremos seguidamente.

Dicha Sala dictó decisión<sup>161</sup> en un juicio admitido el 29 de marzo de 1999, donde la actuación realizada fue la subsanación voluntaria por parte del actor. La demandada no contestó la demanda y posteriormente el actor solicitó que se le declarase confesa, ante lo cual la demandada alegó que los lapsos subsiguientes no habían transcurrido por estar pendiente la decisión del tribunal relativa a la idoneidad de la subsanación. El juzgado de la causa declaró confesa a la parte demandada, con base en que el lapso procesal

---

<sup>160</sup> Y expresamente el 20-01-1999, en decisión referida por la Sala de Casación Social, N° 308, del 28-05-2002.

<sup>161</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia dictada el 24-9-2003. Partes: Héctor Azíz Zakhia Doueihí contra Inmobiliaria Loma Linda Country Club, C.A. Expediente RC N° 02-350. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Septiembre/RC-oo564-240903-02350%20.htm>

correspondiente, corre *ope legis*, al igual que los lapsos para la promoción y evacuación de pruebas luego que la parte actora subsana la cuestión previa. Esta decisión fue confirmada por el Superior, por lo que fue anunciado recurso de casación.

Por cuanto la cuestión previa fue opuesta el 8 de diciembre de 1999, la Sala consideró aplicable al caso concreto la jurisprudencia que a su decir estaba vigente para ese momento, contenida en la sentencia N° 389, del 30 de junio de 1999, dictada en el caso *Tenería La Concordia Larense, C.A. contra Giovanni Battista Liatti Morín C.*<sup>162</sup>, en la que ratificó el criterio sostenido en la ya referida sentencia del 10 de agosto de 1989<sup>163</sup>, por lo cual concluyó que al haber subsanado voluntariamente la parte actora la cuestión previa opuesta, correspondía al juzgado de la causa, analizar y pronunciarse sobre el nuevo elemento aportado al proceso, declarando si fue o no debidamente subsanada, para que las partes conocieran si la causa continuaba su curso o si, por el contrario, se había extinguido el proceso<sup>164</sup>. Finalmente la Sala repuso la causa al estado de que el juez de primera instancia se pronunciara sobre la subsanación efectuada por la parte actora, *“para que una vez firme tal decisión comience a correr el lapso para la contestación a la demanda”*.

Siendo que lo que debía analizarse era la idoneidad de la subsanación voluntaria, sostenemos que el tribunal de la causa podía decidir lo siguiente: 1) Que había sido debidamente subsanada de forma voluntaria la cuestión previa opuesta, y en consecuencia, una vez que quedase firme

---

<sup>162</sup> De lo transcrito en esta decisión, entendemos que lo resuelto en el caso anterior, aplicado al presente fue luego de la subsanación forzosa ordenada por el órgano jurisdiccional, lo cual se infiere del siguiente párrafo: “Ciertamente como aduce el formalizante, el auto que resuelve las cuestiones previa de los ordinales 2º, 3º, 4, 5º y 6º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, no tiene consagrado recurso de apelación, de conformidad con las previsiones del artículo 357 ejusdem, salvo un caso de excepción ....” (subrayado nuestro).

<sup>163</sup> Comité de Riego La Flecha – La Puerta contra María Isabel de Franca.

<sup>164</sup> Consideramos que si se trata de una actuación de subsanación voluntaria, jamás habría lugar a la extinción del proceso si el tribunal determina que no fue debidamente realizada la subsanación, pues se estaría privando al demandante del lapso probatorio que sí se abriría de pleno derecho si se hubiese quedado pasivo ante la promoción de la cuestión previa.

esta decisión<sup>165</sup>, comenzaría a correr el lapso para que la parte demandada contestase la demanda<sup>166</sup>; y, 2) Que la subsanación voluntaria no fue debidamente realizada, lo que en este caso equivalía a la no subsanación prevista en el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, y por ende, una vez que quedase firme esta decisión, comenzaría a correr el lapso probatorio de ocho días que contempla el mismo artículo, para que las partes promovieran y evacuaran pruebas.

Lógicamente, sería luego de estas actuaciones, que al Tribunal de la causa le correspondería dictar la decisión mediante la cual declarase “con lugar” o “sin lugar” la cuestión previa promovida por la parte demandada; y solo después de eso, dependiendo de la actuación de las partes, serían aplicables los efectos del artículo 354 *eiusdem*.

Por tal razón, consideramos que la Sala de Casación Civil, ordenó aplicar erradamente los efectos de la subsanación forzosa a una situación de subsanación voluntaria, pues no se puede castigar a la parte actora que pretendió actuar diligentemente, tal como lo faculta el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, que además dispone que no haya condenatoria en costas cuando el actor subsana voluntariamente.

Pues bien, así como sucedió no solo en este caso, sino en otros en que lo llevado al conocimiento de la Sala de Casación Civil surgió con motivo de una subsanación voluntaria, y le fue aplicada una doctrina sentada para un caso de subsanación forzosa; también ha sucedido lo contrario; lo cual interesa exponer a efectos de nuestro trabajo, para demostrar la tesis de que no solo hay lagunas en la ley, sino que además, no todo sobre cuestiones previas ha sido resuelto por la jurisprudencia y muchas veces los

---

<sup>165</sup> Recordemos que para ese momento, cualquier pronunciamiento judicial era apelable.

<sup>166</sup> Por la certeza jurídica que debe siempre revestir los actos procesales, esto debía indicarlo claramente en la misma decisión.

planteamientos de los justiciables han quedado sin respuesta congruente, aunque aparentemente hayan sido resueltos por el Tribunal Supremo de Justicia. Veamos un ejemplo de ello seguidamente.

El 20 de mayo de 2004, la Sala de Casación Civil<sup>167</sup>, bajo la ponencia del magistrado Antonio Ramírez Jiménez, al resolver un recurso de casación, aplicó nuevamente el criterio establecido en la sentencia N° 363, dictada el 16-11-2001<sup>168</sup>, reiterando que es impermitible que el juez declare si el actor subsanó debidamente o no la cuestión previa opuesta, solo cuando la parte demandada no conviene en tal subsanación.

Aún cuando, sin lugar a dudas, la solución dada era la pertinente, consideramos que no ha debido silenciarse el hecho de que el caso planteado esta vez, era diferente al decidido en la sentencia N° 363<sup>169</sup>, ya referida. Creemos que no advirtió la Sala, o tal vez no lo consideró necesario, pero sin expresarlo, que el caso sometido a su conocimiento se trataba de una subsanación forzosa, pues en el mismo se desarrollaron las siguientes actuaciones, relacionadas en la misma sentencia:

- El 16 de febrero, el demandado opuso la cuestión previa contenida en el ordinal 6° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil. La parte actora rechazó y contradijo dicha cuestión previa, mediante escrito presentado el 29 del mismo mes y año.
- ...El 27 de junio de 2000, el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, declaró con lugar la cuestión previa opuesta.

---

<sup>167</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. N° 00459, 20-5-2004. Partes: Ramón Vegas Castejón contra Julio León León. Publicada en Jurisprudencia Ramírez & Garay, 2004, mayo. CCXI, Caracas, 211. pp. 609-613 (940-04).

<sup>168</sup> Caso: Cedel Mercado de Capitales, C.A. contra Microsoft Corporation, antes citado.

<sup>169</sup> Recordemos que se trataba de una subsanación voluntaria.

- ... El actor procedió a subsanar la cuestión previa alegada, de conformidad con el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil. ...la representación judicial del demandado solicitó al juzgado de instancia se pronunciara en relación a la subsanación realizada por el actor.
- El 4 de diciembre de 2000, el Tribunal dictó auto declarando que las cuestiones previas fueron debidamente subsanadas y declaró que la contestación de la demanda tendría lugar dentro de los cinco días de despacho siguientes.
- ...El demandado contestó la demanda, alegando la prescripción y el actor solicitó que se declarase la confesión ficta del demandado por ser extemporánea la contestación.
- El juzgado de la causa dictó sentencia definitiva determinando la tempestividad de la contestación.
- Apelada dicha decisión, el Juzgado Superior dictó decisión, declarando que como causa del pedimento del demandado, de pronunciamiento respecto a la subsanación realizada por el actor, el auto dictado por el Tribunal de la causa, el 4-12-2000, se encontraba ajustado a derecho.

Como puede observarse, la dictada el 27 de junio de 2000 es la “*primera decisión*” a la que se refiere la jurisprudencia citada en primer lugar en este trabajo, pues fueron alegadas las cuestiones previas, el actor no las subsanó voluntariamente, sino que las contradujo dentro del mismo lapso previsto para subsanar; como consecuencia de su actuación (de rechazo expreso, que también pudo haber sido de silencio) comenzó a correr el lapso probatorio que se abre *ope legis*, y posteriormente se produjo la decisión que declaró con lugar la cuestión previa promovida.

Posteriormente, el actor subsanó, y en este caso queremos seguir destacando que no se trata de una subsanación voluntaria, sino de la forzosa, toda vez que hubo la declaratoria previa del Tribunal, luego del transcurso de los lapsos legalmente previstos. Es decir, que luego de la promoción de la cuestión previa de defecto de forma, se desarrolló el trámite procesal previsto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, lo que significa que esta vez el demandante, subsanaría forzosamente y así lo hizo, actuación que fue cuestionada por el demandado y ameritó un nuevo pronunciamiento del Tribunal (“*segunda decisión*”), declarando debidamente subsanada la cuestión previa e indicando a las partes que los cinco días siguientes correspondían al lapso para contestar la demanda.

En nuestra investigación jurisprudencial, encontramos que la posición que defendemos, fue expuesta por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, al conocer del recurso de casación ejercido por la parte actora contra una decisión dictada el 25/10/2001, por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas<sup>170</sup>. En los juicios laborales tramitados por la otrora Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, si el demandado promovió cuestiones previas en la contestación de la demanda, el procedimiento aplicable es el previsto en el Código de Procedimiento Civil<sup>171</sup> y éste fue el criterio establecido por la Sala de Casación Civil, en sentencia dictada el 4 de noviembre de 1999, acogido por la Sala Social en la referida sentencia Nº 308 y reiterado posteriormente.

---

<sup>170</sup> Sentencia Nº 308, 28/05/2002. Partes: Efraín Antonio Molina contra la asociación civil Club Unión Canaria de Venezuela. Expediente 01-777. Consultada en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/RC308-280502-01777.htm>.

<sup>171</sup> Actualmente en materia laboral el juez tiene la facultad de controlar *ad limine litis* que sea corregido el libelo antes de la admisión de la demanda, a través del despacho saneador, con la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, promulgada en el año 2002 y vigente desde el 13 de agosto de 2003. Y a su vez el demandado tiene la facultad de controlar los presupuestos procesales en la audiencia preliminar y el Juez provee lo que proceda en cada caso, si la causa va a juicio. Por razones de celeridad procesal el legislador eliminó las cuestiones previas y en su lugar el Juez puede aplicar el despacho saneador.

Aunque el caso sometido a su consideración se trataba de una subsanación forzosa, la Sala Social expuso cuál era el procedimiento a seguir cuando fuesen promovidas las cuestiones previas contenidas en los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil y con relación a la subsanación voluntaria realizada por el actor, indicó que si el demandado se oponía a esa actuación, el Tribunal decidiría dentro de los tres días de despacho siguientes. Si consideraba suficiente la rectificación, la contestación de la demanda tendría lugar dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la decisión del Tribunal; y si la declaraba insuficiente, señaló la Sala lo siguiente: *“al igual que si la parte actora no subsana, se abre una articulación probatoria de ocho días de despacho y el juez decidirá el décimo día de despacho siguiente al vencimiento de la articulación”*. Continuó señalando que si el juez declara con lugar la cuestión previa, la parte demandante debe comparecer y subsanar el defecto u omisión dentro de los cinco días de despacho siguientes a la decisión y la contestación de la demanda tendrá lugar dentro de los cinco días de despacho siguientes a la subsanación; caso contrario, si la parte actora no subsana, el juicio se extingue.

Vemos así que de acuerdo al criterio sentado por la Sala Social, cuando se trate de la subsanación voluntaria, a pesar de que el demandante subsane indebidamente, tendrá una nueva oportunidad de subsanar, cuando se lo ordene el juez, luego del transcurso del lapso de la articulación probatoria, igual que sucede cuando el demandante no subsana, de conformidad a lo previsto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil.

Posteriormente<sup>172</sup>, la misma Sala de Casación Social conoció un recurso de casación ejercido por la parte actora contra una decisión del Superior que declaró inadmisibile la apelación ejercida contra el pronunciamiento del juez de la causa, quien a su vez había declarado extinguido el procedimiento después de declarar de oficio que la subsanación voluntaria realizada por el demandante era insuficiente o defectuosa.

En esta nueva decisión, la Sala Social señaló que reiteraba el criterio establecido en la sentencia N° 308, del 28/05/2002<sup>173</sup>, en relación a los juicios laborales cuando se oponían algunas de la cuestiones previas subsanables y expresó que si el tribunal *a-quo* consideró que no era admisible la subsanación voluntaria, debió en conformidad con el artículo 352, *dejar transcurrir la articulación probatoria* de ocho días para promover y evacuar pruebas, sin necesidad de decreto o providencia y decidir en el décimo día siguiente al último de aquella articulación, con vista de las conclusiones escritas que pudieran presentar las partes.

Casó de oficio el fallo del Superior y repuso la causa al estado en que el Tribunal de Primera Instancia notificara a las partes de la apertura de la articulación probatoria en el incidente de cuestiones previas, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, bajo el argumento de que al no haberse resuelto por pronunciamiento expreso, la articulación abierta de pleno derecho, fue quebrantado por el

---

<sup>172</sup> Sentencia N° 804, 16/12/2003. Partes: Doris Esneider Moreno contra Domínguez & Compañía Valencia, S.A. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/rc804-161203-03420.htm>, consultada el 24/11/2011. La Sala relacionó lo que “*la doctrina*” ha señalado sobre la subsanación voluntaria del actor, en base a las discusiones presentadas sobre diversos aspectos relacionados con las cuestiones previas subsanables, en los términos que citamos parcialmente: ...“d) La declaratoria con lugar de la objeción. En caso de que se declare con lugar la objeción del demandado, es decir, que la parte actora no subsanó debidamente los defectos u omisiones de la demanda, ello equivale a decidir que no hubo subsanación voluntaria por cuanto la pretendida subsanación realizada por el demandante en forma voluntaria es ineficaz. En este caso, el demandado quedaría relevado de la carga procesal de dar contestación a la demanda, mientras se decide -ya no sobre la subsanación- sino sobre la procedencia o no de la cuestión previa opuesta. En tal supuesto tiene aplicación el encabezamiento del artículo 352 del citado Código: “*Si el demandante no subsana el defecto u omisión en el plazo indicado en el artículo 350... se entenderá abierta una articulación probatoria ...y el Tribunal decidirá en el décimo día siguiente...*”. En consecuencia, se procederá como si no hubiese habido subsanación voluntaria.”

<sup>173</sup> Recién comentada.

Tribunal de la causa el derecho al debido proceso, al negársele una nueva oportunidad –*ahora no voluntaria sino coactiva y previas las consideraciones de la sentencia*- a subsanar los supuestos u omisiones del libelo.

Aunque creemos interesante la teoría que sobre las cuestiones previas subsanables relacionó la Sala de Casación Social en esta decisión, no compartimos la forma en que resolvió el caso en particular, pues de la narración de las actuaciones realizadas en el Tribunal de la causa, se destacan: 1) el demandante subsanó voluntariamente el defecto alegado; 2) el demandado no objetó la subsanación<sup>174</sup> oportunamente, sino que -a decir del demandante- lo hizo diez (10) días después de vencido el lapso para la subsanación; 3) el juez dictó auto declarando insuficiente la subsanación efectuada voluntariamente; 4) la parte actora apeló de esta decisión; 5) el tribunal negó la apelación y a su vez declaró extinguido el procedimiento.

Si partimos de que era cierto el hecho afirmado por el recurrente, referido a que el demandado no impugnó tempestivamente la subsanación realizada por la parte actora, entonces a la parte demandada le precluyó el lapso de cinco (5) días previstos para contestar la demanda y no era procedente dejar transcurrir los lapsos previstos en el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, pues para ese entonces, ya estaba vigente el criterio de la Sala de Casación Civil<sup>175</sup>, en el sentido de que si el demandado no formula objeción, las cuestiones previas se entienden subsanadas y el proceso continúa con la contestación de la demanda, conforme a lo indicado en el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil.

---

<sup>174</sup> En la misma decisión, la Sala Social había señalado previamente lo siguiente: “la doctrina ha señalado que si el demandante *subsana voluntariamente* las cuestiones previas previstas en los ordinales 2° al 6° -artículo 346- en la forma indicada en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, y *el demandado no formula ninguna objeción* a tal actuación del demandante, estas cuestiones previas quedan subsanadas y el proceso sigue su curso; con la contestación de la demanda conforme a lo dispuesto en los artículos 350 y 358, ordinal 2° del citado Código Procesal. Así lo decidió la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 20 de enero de 1999, al establecer que desde el momento en que la parte demandada sin reserva alguna aceptó las correcciones del libelo y consiguientemente, dio contestación a la demanda, el acto de subsanación alcanzó el fin para el cual estaba destinado.” Idem.

<sup>175</sup> Referido en la sentencia por la Sala Social, tal como se desprende de la cita anterior.

En este caso, lo que debió hacer el juez cuando el demandado solicitó extemporáneamente pronunciamiento sobre la subsanación realizada, era declarar la improcedencia del pedimento por extemporáneo, dar por subsanadas las cuestiones previas y como Director del proceso, establecer la fase procesal en que se encontraba la causa, que aparentemente era la probatoria, ya no de la incidencia de cuestiones previas, sino del procedimiento principal, para que ambas partes conocieran con certeza dicho estado y de ser el caso, la demandada pudiera promover pruebas que desvirtuaran la pretensión del demandante, pues aparentemente ya había pasado el lapso para contestar la demanda y no lo hizo, pues se quedó esperando que el juez se pronunciara de oficio sobre la subsanación.

Tampoco estamos de acuerdo con la Sala cuando sostiene que el juez debió dejar transcurrir la articulación probatoria de ocho días, “*sin necesidad o decreto o providencia*”, porque en caso de que el demandado hubiese objetado tempestivamente la subsanación, correspondía al juez emitir el pronunciamiento correspondiente y de considerar no subsanada debidamente la cuestión previa, también debía indicar expresamente a las partes que dejaría transcurrir los lapsos previstos en el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, tomando en consideración que la indebida subsanación equivale a la no subsanación prevista en el mismo artículo.

Recordemos que en situaciones como la presentada en dicho juicio, el juez suple una laguna de la ley y cualquier resolución que tome debe ser motivada, sin dejar sobreentendidos. Consideramos que si el juez declara no subsanada debidamente la cuestión previa, no puede silenciar el trámite subsiguiente.

La única oportunidad en que el lapso para la articulación probatoria transcurra sin providencia del juez, es cuando el demandante no realiza actividad subsanatoria alguna o cuando contradice las cuestiones previas promovidas por el demandado.

Pero lejos de las críticas que podamos realizar en cuanto a la resolución del caso indicado, queremos resaltar que el criterio sostenido por la Sala de Casación Social se inclina por conceder a la parte demandada el lapso probatorio de ocho días previsto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, si la subsanación voluntaria que realizó el demandante no fue idónea, y no declarar de inmediato la extinción del procedimiento, pues ésta procederá solo cuando sea declarada con lugar la cuestión previa y el demandante no la subsana, o a su juicio la subsana, el demandado la objeta y el Juez resuelve que fue defectuosa la subsanación.

En este último caso, sí estaría incumpliendo el demandante una orden judicial y la consecuencia jurídica aplicable es la establecida en el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, tal como también lo ha establecido la Sala de Casación Civil, en el caso de la subsanación forzosa<sup>176</sup>.

En otra decisión más reciente, la Sala Social<sup>177</sup> ratificó la doctrina antes comentada, citando el trámite expuesto en la sentencia N° 308, dictada el 28 de mayo de 2002.

---

<sup>176</sup> Ya hemos indicado que la Sala de Casación Civil establece claramente cuál es el efecto de la subsanación forzosa, pero que también ha aplicado los mismos efectos a situaciones en las que lo planteado se refiere a la subsanación voluntaria, sin distinguir ambas situaciones.

<sup>177</sup> Sentencia N° 193, 21/02/08, expediente N° AA60-S-2007-1355. Partes: Adrián José Delgado contra Electricidad e Instrumentación, C.A. (ELINCA). Consultada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/febrero/0193-210208-071355.htm>.

Luego de la investigación doctrinaria y jurisprudencial realizada para la elaboración de este trabajo especial, podemos establecer las siguientes conclusiones, con relación al trámite procesal a seguir cuando es objetada la subsanación de las cuestiones previas.

## **CAPÍTULO CUARTO:**

### **IV INTEGRACIÓN DE LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA PARA EL TRÁMITE PROCESAL DE LAS CUESTIONES PREVIAS SUBSANABLES, UNA VEZ QUE ES OBJETADA LA SUBSANACIÓN.**

#### **4.6 Lapso para impugnar la subsanación:**

##### **4.6.1 Si se trata de la subsanación voluntaria:**

La actuación subsiguiente prevista en el Código, luego de la subsanación del demandante, es la de la contestación de la demanda. Entonces será dentro de los cinco días señalados para realizar esta actuación<sup>178</sup>, cuando el demandado podrá expresar el cuestionamiento a la subsanación realizada, por considerarla indebidamente efectuada. Para realizar el cuestionamiento, el demandado no debe esperar que venzan los cinco días previstos para la contestación en el ordinal 2º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, pues ya habría precluido la oportunidad para hacerlo.

Si el demandante subsana antes del vencimiento de los cinco días que tiene para hacerlo, tampoco deberá dejar el demandado que venzan estos primeros cinco y luego computar los cinco que tendría para la contestación, pues corre el riesgo de que su impugnación sea declarada fuera de lapso y por ende, quedar confeso, si confiado en el principio de

---

<sup>178</sup> ..."dentro de los cinco días siguientes a aquel en que la parte subsane voluntariamente el defecto u omisión conforme al Artículo 350;"... Cita parcial del ordinal 2º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, para ubicarnos en el supuesto.

preclusión de los lapsos procesales, no actúa de conformidad a lo indicado expresamente en la ley.

Este planteamiento obedece a que el artículo 358 *eiusdem* expresa que el demandado procederá a la contestación de la demanda, dentro de los cinco días siguientes a *aquel* en que la parte subsane voluntariamente el defecto u omisión conforme al Artículo 350.

Al respecto, en sintonía con nuestra posición, la Sala de Casación Civil, en una de las decisiones que ya comentamos<sup>179</sup>, señaló que la filosofía del Código de Procedimiento Civil radica en que todos los lapsos allí establecidos se dejan transcurrir íntegramente, aun cuando antes de su vencimiento se lleve a cabo el acto para el cual el lapso se estableció. Pero que, no obstante ello, existen situaciones de excepción en las cuales la realización del acto para el cual se consagró determinado lapso pone fin a ese lapso y da paso al siguiente; y precisamente una de estas situaciones la encontramos en el artículo 358 del Código, en donde el legislador fue categórico al señalar que el lapso de contestación de la demanda nace con la subsanación que la parte actora haga del defecto u omisión y por ello, si esto sucede antes del vencimiento de los cinco días que se conceden para hacerlo, ese lapso se interrumpe y principia el siguiente.

La Sala concluyó que como la parte demandada tiene el derecho de objetar el modo como la parte actora subsanó el defecto u omisión imputados al libelo, puede la accionada, dentro de ese mismo lapso que le nació como consecuencia de la conducta de la actora, impugnar u oponerse a la subsanación.

---

<sup>179</sup> N° 363, del 16-11-2001. Partes: Cedel Mercado de Capitales, C.A. contra Microsoft Corporation. Expediente N° 2001-000132.

#### 4.6.2 Si se trata de la subsanación forzosa:

Luego que el demandante subsana el defecto u omisión señalados por el Tribunal, comienzan a transcurrir los cinco días<sup>180</sup> previstos para que el demandado conteste la demanda. Entonces si éste va a cuestionar la subsanación realizada, deberá hacerlo igualmente en el lapso de estos cinco días que tiene para contestar la demanda<sup>181</sup>, pero esta vez será de conformidad a lo previsto en la parte final del ordinal 2º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil.

#### 4.7 Pronunciamiento del Juez:

Si el demandado cuestiona la subsanación realizada por la parte actora, el Tribunal deberá decidir lo sometido a su consideración dentro de los 3 días siguientes, de conformidad al artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo establecido en el artículo 7 del mismo Código. Consideramos que el Tribunal deberá dejar transcurrir los cinco días<sup>182</sup> previstos en la ley para la contestación<sup>183</sup> (que en este caso fueron utilizados para el cuestionamiento).

Así lo estableció también la Sala de Casación Civil, en la decisión dictada el 16 de noviembre de 2001, antes comentada<sup>184</sup>. Creemos que es

---

<sup>180</sup> "...y en caso contrario, dentro de los cinco días siguientes a la resolución del Tribunal, salvo el caso de extinción del proceso a que se refiere el Artículo 354." Cita parcial de la parte final del ordinal 2º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, para ubicarnos en el supuesto contemplado y diferenciarlo del anterior.

<sup>181</sup> Véase sentencia de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 741, 20/5/2011. Caso José Gregorio Márquez, en Amparo: "En tal sentido, se ha señalado que opuesta la cuestión previa a que se refiere el ordinal 6º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, si el demandado (*sic*) (**el actor**) procede a subsanarla voluntariamente, el lapso para contestar la demanda de cinco (5) días de despacho, transcurre simultáneamente con el lapso para impugnar la subsanación voluntaria de la cuestión previa." <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/741-20511-20011-10-1345.html>

<sup>182</sup> Ordinal 2º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>183</sup> Si lo hace antes del quinto día.

<sup>184</sup> "De esta manera y como consecuencia de tal oposición nace para el Juez el deber de emitir un pronunciamiento donde determine si la parte subsanó correctamente o no el defecto u omisión imputado al libelo, pronunciamiento éste que por no tener un lapso previsto expresamente en la ley, debe ser emitido dentro del plazo consagrado en el

aplicable este lapso para el pronunciamiento judicial, tanto si lo cuestionado es la subsanación voluntaria como la forzosa.

#### **4.8 Impugnación de la decisión judicial sobre la calidad de la subsanación de la cuestión previa:**

Sabemos que la decisión judicial puede ser dictada en dos sentidos, a saber: 1) La subsanación fue debidamente realizada y, 2) No fue realizada correctamente. Ahora, ha sostenido la jurisprudencia<sup>185</sup>, que ante el primer supuesto, visto que ese pronunciamiento no causa gravamen irreparable alguno, no tiene recurso de apelación. Mientras que para el segundo supuesto, sí lo habría, por cuanto extingue el procedimiento.

Sin embargo, consideramos que debemos diferenciar las dos situaciones que ya planteamos en este trabajo, es decir, la subsanación voluntaria, de la forzosa. En ambas situaciones necesariamente ha de producirse cualquiera de las dos decisiones señaladas, si es objetada la subsanación, pero con efectos jurídicos diferentes, como ya lo indicamos anteriormente.

De tratarse del cuestionamiento de la subsanación voluntaria realizada dentro del lapso previsto en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, consideramos que cualquiera que sea la decisión del Tribunal, no debe oírse el recurso de apelación, por cuanto ninguna de las dos termina el procedimiento. Pues, si el juez considera que la subsanación

---

*artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, y al cual le serán aplicables los mandatos de los artículos 252 y 276 eiusdem.*" N° 363. Partes: Cedel Mercado de Capitales, C.A. contra Microsoft Corporation. Expediente No. 2001-000132.

<sup>185</sup> Sala de Casación Civil, Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 314, 8/5/2007. Partes: Alejandro Araus Vara contra Antonio Da Silva Márquez y otros. Reiterada por la misma Sala en decisión dictada el 20/6/2008, bajo la ponencia de la Magistrada Yris Armenia Peña Espinoza. Partes: Ángel Ricardo Olivo contra José Gregorio Ginart Jordan, expediente N° 2008-00059. Consultada el 20/10/2011, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc>

fue realizada debidamente, entonces corresponde al demandado contestar la demanda; y si la declara defectuosa, también deberá declarar que posteriormente a su decisión, comenzará a transcurrir el lapso previsto para la articulación probatoria<sup>186</sup>, que por ley corresponde a ambas partes y en este caso especialmente a la parte actora que pretendió subsanar voluntariamente, pero que el Tribunal consideró que no era idónea.

Esta decisión no causa gravamen alguno a las partes, ya que solo se estaría actuando de acuerdo a lo preceptuado en la Ley<sup>187</sup>, pues una vez que concluya la articulación probatoria, al décimo día siguiente será cuando deba dictar el Juez la decisión que declare con lugar las cuestiones previas o las deseche, con vista de las conclusiones escritas que puedan presentar las partes<sup>188</sup>. Si esta decisión no tiene apelación, de conformidad a lo previsto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el legislador consideró que no se causaba gravamen alguno a las partes, tampoco debe tenerla una anterior a ésta, generada por el cuestionamiento realizado a una actividad voluntaria que hizo el demandante, para evitar también que fuese condenado en costas.

Ahora, de tratarse del cuestionamiento de la subsanación forzosa realizada dentro del lapso previsto en el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, consideramos que si la decisión del órgano jurisdiccional declara idónea la subsanación, no debe oírse el recurso de apelación, por cuanto se trata de una interlocutoria que no termina el procedimiento, sino que en aplicación de lo previsto en la parte *in fine* del ordinal 2º del artículo 358 *eiusdem*, corresponderá al demandado contestar la demanda dentro de los cinco días siguientes a la resolución del Tribunal que declare la idoneidad de la subsanación.

---

<sup>186</sup> Que en caso de no haber actividad alguna por parte del accionante, se abre *ope legis*.

<sup>187</sup> De forma justa.

<sup>188</sup> Artículo 352 del Código de Procedimiento Civil.

Recordemos que en este caso, por ser una situación no prevista en la Ley, el juez debe emitir la decisión dentro de los tres (3) días siguientes al lapso que tiene el demandado para contestar la demanda u objetar la subsanación, por lo cual también debe el Juez indicar a las partes cuándo comenzará o se reanudará el lapso para la contestación, ya sea que la dicte dentro de los tres (3) días o fuera de éstos. Si fuere esta última situación, será necesaria su notificación a las partes.

En caso de que el Juez considere que la subsanación forzosa fue realizada indebidamente y declare la extinción del procedimiento de acuerdo a lo estatuido en el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, entonces sí habrá lugar al recurso de apelación, pues no se trata de un gravamen que pueda ser reparado en una ulterior sentencia definitiva, porque la que declara extinguido el procedimiento es una interlocutoria con fuerza de definitiva que evita que el procedimiento continúe, a diferencia de la decisión que es dictada cuando el Juez califica la subsanación voluntaria, caso en el cual el procedimiento habrá de continuar, conforme a lo dispuesto en el artículo 352 *eiusdem*.

En relación al supuesto de subsanación forzosa, y como ya lo adelantáramos previamente, consideramos que aun cuando el demandado no objete la subsanación y conteste la demanda, habrá situaciones en que sea necesario el pronunciamiento del Tribunal sobre la subsanación ordenada. Y ello se desprende del contenido del artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, cuando ordena extinguir el procedimiento si el demandante no subsana *debidamente* los defectos u omisiones en el plazo indicado.

Pero este pronunciamiento del Tribunal, al no ser instado por el demandado luego de la subsanación realizada por su contraparte, podrá

hacerlo el Juez como punto previo en la oportunidad de dictar la sentencia definitiva y en caso de que considere que la subsanación no fue idónea, deberá declarar extinguido el procedimiento y abstenerse de pronunciarse sobre el fondo de lo debatido.

Incluso el pronunciamiento del Tribunal sobre la calidad de la subsanación forzosa puede ser instado por la parte actora, a quien le interesaría saber con certeza si subsanó debidamente y no seguir el juicio hasta que sea dictada la sentencia definitiva<sup>189</sup>, porque puede interponerlo nuevamente pasados noventa días continuos después que el Juzgado de la causa lo declare extinguido por no haber subsanado debidamente.

Esta es la posición que ha mantenido la Sala Político Administrativa<sup>190</sup> del Tribunal Supremo de Justicia, que también conoce como Tribunal de instancia, a diferencia de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia. Posteriormente a la subsanación de la parte actora, la Sala se pronuncia sobre la idoneidad de tal subsanación y si considera subsanados los defectos u omisiones que había declarado con lugar, ordena remitir el expediente al Juzgado de Sustanciación para que la causa siga su curso, con la contestación de la demanda<sup>191</sup>.

Como hemos indicado previamente, tanto la Sala de Casación Civil como la Constitucional son del criterio de que el Juez solo debe pronunciarse

---

<sup>189</sup> Que también tendría apelación y eventualmente casación, alargando un proceso que tal vez no interese continuar a las partes o al menos a una de ellas.

<sup>190</sup> Véase Sentencia N° 524, dictada el 27/5/2004 y publicada el 1º/6/04. Partes: OLAYA LUGO DE SÁNCHEZ contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA (INAVI). <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/00524-010604-1998-15246.htm>. El pronunciamiento fue instado por la parte actora, según se desprende del recuento de las actas procesales.

<sup>191</sup> Véase en este sentido, sentencia N° 1438, 6/6/2006. Edgar del Valle Tilleró Mata contra la República Bolivariana de Venezuela. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/01438-060606-2002-0989.htm>. En este caso, de oficio la Sala declaró extinguido el procedimiento luego de transcurrir el lapso de suspensión de cinco días para que la parte actora subsanara y no realizó actuación alguna; y sentencia N° 408, dictada el 30/3/2008, publicada el 31/3/2008. Partes: Asociación Civil de Trabajadores de la Empresa B.R.C. Corporation, C.A. (ASOTBRCO) contra PDVSA Petróleos, S.A. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/marzo/00408-31311-2011-2008-0417.html>. En este caso, luego de la subsanación forzosa realizada por la parte actora, la demandada solicitó a la Sala emitir un pronunciamiento respecto a la subsanación "a los fines de continuar con el curso de la causa".

sobre la suficiencia o idoneidad de la subsanación<sup>192</sup>, si es objetada por la parte demandada.

#### **4.9 Trámite procesal de las cuestiones previas en el procedimiento oral previsto en el Código de Procedimiento Civil:**

Su desarrollo lo encontramos en los artículos 866 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, que remiten a su vez al trámite previsto para el procedimiento ordinario.

Si el demandado promueve cuestiones previas<sup>193</sup> al contestar la demanda, serán decididas por el Tribunal antes de la fijación de la audiencia o debate oral. En relación a las que forman parte de nuestro estudio<sup>194</sup>, de conformidad a lo previsto en el artículo 866 *eiusdem*, el demandante podrá subsanarlas en el plazo de cinco días, en la forma prevista en el artículo 350<sup>195</sup>, sin que se le causen costas.

La parte *in fine* del artículo 866 del Código de Procedimiento Civil, establece que el silencio se entenderá como admisión de las cuestiones no contradichas expresamente. Disposición ésta prevista para el procedimiento ordinario, solo por lo que respecta a las cuestiones previas de los ordinales 7º, 8º, 9º, 10º y 11º del artículo 346, mientras que con relación a las cuestiones previas subsanables, puede el actor mantener una posición pasiva y aún así tendrá el lapso de ocho días para probar lo que considere en cuanto a su promoción y presentar conclusiones.

---

<sup>192</sup> Sin distinguir entre la voluntaria y la forzosa.

<sup>193</sup> Las previstas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, por remisión expresa del artículo 866 del mismo Código.

<sup>194</sup> Las contempladas en los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del referido artículo 346.

<sup>195</sup> Previsto para el procedimiento ordinario.

Del contenido del artículo 867 *eiusdem*, se desprende que si la parte demandante no subsana o contradice las cuestiones previas contenidas en los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º, o si contradice las cuestiones de los ordinales 7º, 8º, 9º, 10º y 11º, el lapso de ocho días previstos para la articulación probatoria se abrirá solo si las partes o alguna de ellas lo solicitan y si las cuestiones o su contradicción se fundaren en hechos sobre los cuales no estuvieren de acuerdo las partes.

Es decir, que en el procedimiento oral debe darse un supuesto jurídico adicional, previsto en el artículo 867, referido a la solicitud de apertura del lapso probatorio.

Así, de la interpretación concatenada de estos dos artículos<sup>196</sup>, entendemos que en el procedimiento oral, solo se abrirá la articulación probatoria de ocho días, si la parte actora contradice las cuestiones previas opuestas (subsanales o no) y alguna de las partes solicita al Tribunal que se abra el lapso probatorio incidental. En el procedimiento ordinario, si la parte actora no subsana las cuestiones previas llamadas subsanales, se entiende que hay una contradicción tácita, mientras que en el procedimiento oral debe realizar la contradicción de forma expresa.

Al continuar con la lectura del artículo 867, encontramos que el Tribunal dictará la decisión correspondiente, en el octavo día siguiente al último de la articulación, con vista a las conclusiones escritas que puedan presentar las partes. Y si no hubiere articulación, la decisión será dictada en el octavo día siguiente al vencimiento del plazo de cinco días a que se refiere el artículo 351.

---

<sup>196</sup> 866 y 867 del C.P.C.

Al remitirnos a esta norma, encontramos que su contenido es el siguiente: *“Alegadas 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 de emplazamiento, si conviene en ellas o si las contradice. El silencio de la parte se entenderá como admisión de las cuestiones no contradichas expresamente”*. De esta norma podríamos inferir también que lo contemplado en la parte final del artículo 866 del Código de Procedimiento Civil, sólo sería aplicable para el caso de las cuestiones previas contempladas en los ordinales 7º al 11º del artículo 346, pues expresamente sobre éstas el legislador impone a la parte actora la carga de contradecirlas o convenir en ellas<sup>197</sup>.

Entonces, podemos concluir que pueden darse varios supuestos en el procedimiento oral, cuando la parte demandada promueva las cuestiones previas contempladas en los ordinales 2º al 6º. A saber:

Primero: Dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del lapso de veinte días previstos para la contestación de la demanda<sup>198</sup>, el demandante puede subsanar. Vencidos los cinco días, el Tribunal fijará para uno de los cinco días siguientes, el acto de la audiencia preliminar.

Segundo: El demandante no contradice las cuestiones previas, tampoco las subsana y ninguna de las partes solicita el lapso probatorio. En este caso no está previsto legalmente cuándo el Tribunal ha de dictar la decisión sobre la cuestión previa. Si aplicamos lo indicado en la parte *in fine* del artículo 866 del Código de Procedimiento Civil, vencido el lapso de cinco

---

<sup>197</sup> Artículo 866, C.P.C.- “Si el demandado planteara en su contestación cuestiones previas de las contempladas en el Artículo 346, éstas se decidirán en todo caso antes de la fijación de la audiencia o debate oral, en la forma siguiente: ... 2º) Las contempladas en los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del Artículo 346 podrán ser subsanadas por el demandante en el plazo de cinco días en la forma prevista en el Artículo 350, sin que se causen costas para la parte que subsana el defecto u omisión. 3º) Respecto de las contempladas en los ordinales 7º, 8º, 9º, 10º y 11º del Artículo 346, la parte demandante manifestará dentro del mismo plazo de cinco días, si conviene en ellas o si las contradice.”... (Subrayados nuestros).

<sup>198</sup> Defensas previas y de fondo (artículo 865 C.P.C.).

días contemplado en el ordinal 2º, tendría el Tribunal que declarar la admisión de las cuestiones previas por parte del actor y ordenarle que las subsane<sup>199</sup> dentro de los cinco días siguientes a la decisión, pues no habrá lugar a la articulación probatoria si no se dan los presupuestos legales<sup>200</sup> indicados.

En este caso, sí se aplicará la sanción de extinción de la causa si el demandante no subsana debidamente, pues al existir una orden previa del Tribunal, es de carácter forzosa porque ya transcurrió la oportunidad de subsanar voluntariamente, con los mismos efectos aplicables al supuesto de que la cuestión previa sea declarada con lugar, tal como lo prevé el último aparte del artículo 867 del Código de Procedimiento Civil.

Tercero: Si la parte actora contradice las cuestiones previas, pero no subsana<sup>201</sup> y alguna de las partes (especialmente la actora) solicita que se abra el lapso probatorio, el Tribunal lo concederá<sup>202</sup> si las cuestiones o su contradicción se fundaren en hechos sobre los cuales no estuvieren de acuerdo las partes<sup>203</sup> y de conformidad a lo previsto en el primer aparte del artículo 867 *eiusdem*, dictará la decisión sobre la promoción de las cuestiones previas, al octavo día siguiente del vencimiento de la articulación probatoria.

Al igual que en el procedimiento ordinario, también en las causas que se tramitan por el procedimiento oral, puede suceder que el demandado

---

<sup>199</sup> Nos preguntamos ¿qué pasa si el Juez considera que a pesar del silencio de la parte actora, no existe el defecto u omisión indicado por el demandado? ¿Forzosamente ha de declarar la admisión de la cuestión previa opuesta porque la ley lo impone? Aunque entendemos que el propósito del legislador fue que la parte actora no se mantuviese pasiva, creemos que el Juez no debe ordenar subsanar algo que no existe o que no fue omitido por el demandante.

<sup>200</sup> Exigidos en el encabezado del artículo 867 del Código de Procedimiento Civil, es decir: que la parte actora no subsane, que soliciten las partes o alguna de ellas el lapso probatorio y que las cuestiones o su contradicción se fundaren en hechos sobre los cuales no estuvieren de acuerdo las partes.

<sup>201</sup> Lógicamente porque considera que no tiene nada que subsanar, y en ello debe estar fundamentada la contradicción.

<sup>202</sup> Consideramos que por auto expreso.

<sup>203</sup> Creemos que la norma es redundante.

objete la subsanación realizada por el demandante, tanto la voluntaria como la forzosa. Ya sabemos que la jurisprudencia patria es conteste en afirmar que el Juez está obligado a resolver este punto controvertido.

En cuanto al procedimiento a seguir, no vacilamos en ofrecer la misma solución dada previamente para el procedimiento ordinario y aun cuando no constituye objeto de nuestro estudio, también será aplicable para cualquier procedimiento en que sea permitida la promoción de cuestiones previas, pues en ninguno de ellos está siquiera contemplada la objeción a la subsanación que realice el actor<sup>204</sup>.

#### **4.10 Reflexión Final:**

En atención al tema desarrollado, nos permitimos plantear algunas reflexiones hacia todas las personas que conformamos el Sistema de Justicia, especialmente los abogados en ejercicio, quienes no debemos utilizar el mecanismo de defensa de las cuestiones previas de manera indiscriminada, con la sola finalidad de retrasar el proceso, en la seguridad de que perjudicarán a su contraparte y ganarán tiempo para su cliente, cuando la realidad es que el perjuicio también es causado al propio cliente y en general a la administración de justicia, pues en observación de los principios de exhaustividad y congruencia que deben llenar los fallos judiciales, el Juez debe pronunciarse sobre todos y cada uno de los alegatos de las partes y desecharlos de forma motivada o resolverlos en la medida que éstas actúen de acuerdo a lo previsto en las normas legales.

El artículo 361 del Código de Procedimiento Civil establece la forma en que la parte demandada debe contestar la demanda, esto es,

---

<sup>204</sup> Sino que todos remiten a las disposiciones del procedimiento ordinario (artículos 346 y siguientes).

expresando con claridad los hechos, defensas o excepciones de las cuales pretenda valerse y solo para el caso de que no pudiera ejercer eficazmente su derecho a la defensa porque el libelo adolezca de omisiones y defectos o no estén dadas las condiciones para que se constituya válidamente la relación procesal, el mismo Código le otorga la facultad de promover cuestiones previas, de forma separada o junto con la contestación al fondo, como ya indicamos.

Esa imposición a su vez constituye una forma de garantizar que las partes actúen ajustados a los principios de lealtad y probidad en el proceso y que el órgano jurisdiccional no se desgaste innecesariamente al decidir las controversias o durante el desarrollo del procedimiento. Si bien para cada parte su causa es la más importante, recordemos que los Tribunales conocen un gran cúmulo de expedientes, tanto contenciosos como de jurisdicción voluntaria.

De conformidad con lo previsto en el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, las partes, abogados asistentes y/o apoderados judiciales, estamos obligados a actuar con probidad, lealtad y ética profesional, en atención a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los propios litigantes, y cumplir debidamente las normas procesales cuando corresponda actuar en sede jurisdiccional.

Los apoderados y abogados asistentes están llamados a atender y defender los derechos de sus clientes con todo el empeño y dedicación que exige la sagrada profesión del Derecho, aplicando el conocimiento técnico y profesional, hasta donde la moral y la ética profesional y personal lo permita, sin abusar de los medios de defensa legalmente establecidos. Resulta relevante al respecto recordar el contenido del artículo 14 del Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano, que prescribe lo siguiente: “*El*

*Abogado, como servidor de la justicia y colaborador en su administración, no deberá olvidar que la esencia de su deber profesional consiste en defender los derechos de su representado o asistido con diligencia y estricta sujeción a las normas jurídicas y a la Ley moral.”*

Esta obligación de lealtad y probidad procesal está prevista especialmente en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que impone a las partes, sus apoderados y abogados asistentes, no interponer pretensiones, alegar defensas ni promover incidentes, cuando tengan conciencia de su manifiesta falta de fundamentos.

Así mismo el artículo 2 de la Ley de Abogados prescribe que el ejercicio de la abogacía impone dedicación al estudio de las disciplinas que impliquen la defensa del derecho, de la libertad y de la justicia. Es decir, que así como está prohibido a los profesionales del Derecho actuar intencionalmente de forma desleal en el proceso, también tenemos la obligación de estudiar, pues en nuestras manos colocan los justiciables la defensa de sus derechos, su patrimonio y su libertad.

En la medida en que las partes y sus apoderados judiciales o abogados asistentes actuemos con lealtad y probidad en el proceso, en igual proporción coadyuvaremos a la celeridad procesal, sin contribuir al congestionamiento de los órganos jurisdiccionales y éstos a su vez serán más eficaces y eficientes al administrar justicia, pues no tendrán que dedicar tiempo a leer extensos escritos no relacionados con lo debatido y resolver incidencias o planteamientos infundados, sino a la justa resolución de verdaderas controversias planteadas por las partes en el ejercicio de sus derechos, brindando así la tutela judicial efectiva que todo justiciable merece.

## CONCLUSIONES

Las cuestiones previas contenidas en el Código de Procedimiento Civil constituyen un mecanismo de defensa que puede ser utilizado por el demandado para controlar la idoneidad y claridad del libelo que contiene la pretensión de la parte actora.

Están dirigidas a garantizar que el demandado pueda ejercer debidamente su derecho a la defensa. Pues así como el artículo 361 *eiusdem* le exige que en la contestación exprese con claridad si contradice la demanda en todo o en parte, o si conviene en ella absolutamente o con alguna limitación y las razones, defensas o excepciones perentorias que creyere conveniente alegar, también tiene la facultad de instar previamente al Tribunal a que decida si tiene jurisdicción o competencia para seguir conociendo la causa; controlar que su contraparte o quien se presente en juicio en su nombre, tenga capacidad procesal o de postulación; o la capacidad de la persona que fue citada como su representante; o si se trata el demandante de una persona no domiciliada en Venezuela que demandó sin constituir caución, no siendo comerciante; que el libelo contenga los requisitos exigidos en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil y que al actor no haya acumulado pretensiones incompatibles para ser conocidas en un solo procedimiento.

También puede controlar el demandado, a través de la promoción de cuestiones previas, que se determine si el procedimiento es susceptible de suspensión ante la existencia de una condición o plazo pendiente o una cuestión prejudicial que deba resolverse en un proceso distinto; o si debe declararse su extinción, porque hay cosa juzgada, caducidad legal de la

pretensión, prohibición legal de admitir la acción o porque fue propuesta por causales diferentes a las permitidas legalmente.

De todas las cuestiones previas que puede promover el demandado en vez de contestar la demanda, encontramos las denominadas cuestiones previas subsanables, toda vez que el demandante puede convenir en su existencia y actuando de conformidad a los principios de lealtad y probidad procesal, subsanar el defecto o la omisión alegada por el demandado. A estas cuestiones previas subsanables circunscribimos nuestro trabajo, sin tomar en consideración que el demandado promueva las demás cuestiones previas, en cuyo caso serían múltiples las situaciones a desarrollar, que aunque apasionantes, no formaron parte de los objetivos perseguidos como objeto de estudio.

Estas cuestiones previas subsanables están contenidas en los ordinales comprendidos del 2º al 6º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, de la siguiente manera: La ilegitimidad de la persona del actor por carecer de la capacidad necesaria para comparecer en juicio; 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 representación que se atribuya, o porque el poder no esté otorgado en forma legal o sea insuficiente; la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, por no tener el carácter que se le atribuye; la falta de caución o fianza necesaria para proceder al juicio; y, 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.

El demandado tiene derecho a que sean corregidos los errores u omisiones denunciados y el actor debe corregirlos en los mismos términos previstos en la ley, ya sea de forma voluntaria o forzosamente.

Al ser alegadas las cuestiones previas por el demandado, nace para el actor la facultad de subsanarlas voluntariamente, dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al lapso de emplazamiento, de la forma indicada en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, esto es:

La ilegitimidad de la persona del actor por carecer de la capacidad necesaria para comparecer en juicio, mediante la comparecencia del demandante incapaz, legalmente asistido o representado; 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 representación que se atribuya, o porque el poder no esté otorgado en forma legal o sea insuficiente, 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; la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, por no tener el carácter que se le atribuye, mediante la comparecencia del demandado mismo o de su verdadero representante; la falta de caución o fianza necesaria para proceder al juicio, mediante la presentación de la fianza o caución exigida; el defecto de forma de la demanda, por no haberse llenado en el libelo los requisitos que indica el artículo 340, mediante la corrección de los defectos señalados al libelo, por diligencia o escrito ante el Tribunal.

Destacamos que el legislador silenció la forma de subsanar cuando el demandado invoca el defecto de forma por haberse hecho la acumulación prohibida en el artículo 78 *eiusdem*, caso en el cual el demandante podrá

subsana excluyendo de la demanda la pretensión que sea incompatible para conocerla en una sola.

Si el demandante subsana voluntariamente, corresponde al demandado contestar la demanda, dentro de los cinco (5) días siguientes al día de la subsanación, conforme a lo establecido en la primera parte del ordinal 2º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil. El legislador partió del supuesto de que la actuación del demandante estuviera ajustada a lo previsto en el artículo 350 *eiusdem* y que el demandado no la objetaría.

Pero la realidad es que esta situación sí se presenta en los juicios ventilados ante los tribunales de la República y suele suceder que el demandado cuestione la subsanación del actor, porque a su juicio, realizó una indebida subsanación. Esta actuación del demandado ha sido reconocida como un derecho que le asiste, por la jurisprudencia de las diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, especialmente las de Casación Civil y Social, Constitucional y la Político Administrativa.

Entonces, en estos casos no hay lugar a la contestación a la demanda, sino que nace la obligación para el Tribunal, de emitir una decisión interlocutoria que juzgue sobre la idoneidad o no de la subsanación realizada por el actor y objetada por el demandado.

De acuerdo a la doctrina reiterada de la Sala de Casación Civil, seguida por la Sala Constitucional y la de Casación Social, el Juez deberá pronunciarse sobre la subsanación realizada por el actor, solo cuando sea objetada por el demandado.

Así mismo, la jurisprudencia ha sostenido de manera reiterada que la decisión que declare la suficiencia de la subsanación, no tendrá apelación,

ya que no pone fin al proceso, correspondiendo al demandado contestar la demanda, porque si la decisión le causa gravamen podrá ser reparado en la definitiva. Mientras que la decisión que declare la indebida subsanación, sí tendrá apelación en ambos efectos, debido a que conlleva la extinción del procedimiento, conforme a lo establecido en la parte final del artículo 354 del Código de Procedimiento Civil.

Realizamos una propuesta de integración de la ley y la jurisprudencia para el trámite procesal de las cuestiones previas subsanables, una vez que es objetada la subsanación. En tal sentido, sostuvimos que a nuestro entender, cuando se trate de la subsanación voluntaria, no debe oírse apelación en ninguno de los dos supuestos, porque en ambos el proceso ha de continuar, de conformidad a lo previsto en el artículo 352 *eiusdem*.

Expusimos algunos casos en los que la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, ha resuelto situaciones relacionadas con la subsanación voluntaria, considerando ajustada a derecho la aplicación de los efectos de la subsanación forzosa, por lo que respecta a la declaratoria de extinción del procedimiento.

Pero creemos que con la segunda decisión que declare no idónea la subsanación, no debe declararse la extinción del procedimiento, pues la subsanación indebida equivaldría a la no subsanación, por lo que la causa debe continuar con la apertura de la articulación probatoria prevista en el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil para cuando el demandante no subsane. Posteriormente el Tribunal dictará la decisión que declare con lugar o sin lugar las cuestiones previas promovidas, dando oportunidad al demandante para que subsane, aunque ya de manera forzosa.

Fundamentamos la tesis de que no debe declararse la extinción del procedimiento si el Tribunal declara que fue indebidamente realizada la subsanación voluntaria del actor, en que ésta es una sanción que la ley impone al demandante que no cumple con la orden del Juez. Y no existe esa orden previa cuando el demandante procede a subsanar voluntariamente. Entonces, no puede aplicarse por analogía una norma sancionatoria, cuando el Juez está llenando un vacío legal en beneficio de las partes, procurando mantenerlas en igualdad de condiciones.

Lo que sí previo el legislador es que si el demandante no subsana voluntariamente, se entiende abierta una articulación probatoria de ocho (8) días de despacho para promover y evacuar pruebas, sin necesidad de decreto o providencia del Juez, quien decidirá al décimo día de despacho siguiente al último de aquella articulación, con vista de las conclusiones escritas que puedan presentar las partes; todo de conformidad a lo establecido en el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil. Y este es el mismo trámite que propusimos que debe aplicarse luego de la decisión que declare la no idoneidad de la subsanación voluntaria.

En este caso, igualmente nace para el demandado el derecho a cuestionar fundadamente la subsanación realizada por el demandante y para el Tribunal la obligación de dictar una decisión en los mismos términos ya indicados para el caso de que el demandante voluntariamente subsane, pero de forma defectuosa. Esto es, que el Tribunal puede declarar sin lugar o con lugar la cuestión previa promovida.

Consideramos que la solución dada por la jurisprudencia de las Salas de Casación Civil y Constitucional, en cuanto a la apelación es solo aplicable a las situaciones de subsanación forzosa, vistos los efectos que claramente establece el artículo 354.

También nos inclinamos por afirmar que en caso de subsanación forzosa, el juez puede proceder de oficio a dictar la decisión sobre la idoneidad de la actuación realizada por la parte actora en cumplimiento de la orden judicial, pues a él corresponde calificar si el actor subsanó *debidamente*, sin perjuicio del derecho que corresponde al demandado de objetar e instar el pronunciamiento judicial y a la propia parte actora, a quien le interesa tener la certeza de que actuó debidamente y no correr el riesgo de que en la definitiva el Juez se vea imposibilitado de dictar una decisión de mérito y declare, de oficio, la extinción del procedimiento.

En cuanto a los lapsos procesales, la objeción a la subsanación debe realizarla el demandado dentro de los cinco días previstos legalmente para contestar la demanda y no esperar que vengzan. Si el demandante subsana antes del vencimiento de los cinco días que tiene para hacerlo, deberá contar el demandado los cinco días siguientes a partir del día en que el actor subsane, conforme al artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, que expresa que el demandado procederá a la contestación de la demanda, dentro de los cinco días siguientes a *aquel* en que la parte subsane voluntariamente el defecto u omisión.

Si se trata de la subsanación forzosa, la objeción deberá hacerla el demandado, dentro del lapso de cinco días que tiene para contestar la demanda, de conformidad a lo previsto en la parte final del ordinal 2º del artículo 358 *eiusdem*.

En cuanto al Juez, deberá decidir lo sometido a su consideración dentro de los 3 días siguientes, de conformidad a lo previsto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo establecido en el artículo 7 del mismo Código. Consideramos que el Tribunal debe dejar

transcurrir los cinco días previstos en la ley para la contestación y que son utilizados para el cuestionamiento del demandado.

Igualmente nos referimos al trámite de las cuestiones previas en el procedimiento oral previsto en el Código de Procedimiento Civil, dado que actualmente está siendo aplicado por Resolución de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en los Tribunales de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y del Estado Zulia, en los juicios cuya cuantía esté comprendida entre mil quinientas (1500) hasta tres mil (3000) unidades tributarias.

En éste, el desarrollo del trámite de las cuestiones previas lo encontramos en los artículos 866 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, que remiten a su vez al trámite previsto para el procedimiento ordinario. Si el demandado promueve cuestiones previas al contestar la demanda, serán decididas por el Tribunal antes de la fijación de la audiencia o debate oral. En relación a las cuestiones previas subsanables, de conformidad a lo previsto en el artículo 866 del Código de Procedimiento Civil, el demandante podrá subsanarlas en el plazo de cinco días, en la forma prevista en el artículo 350, sin que se le causen costas.

Luego de analizar las disposiciones especiales pertinentes, concluimos que cuando en el procedimiento oral la parte demandada promueva las cuestiones previas contempladas en los ordinales 2º al 6º, pueden darse los siguientes supuestos:

- 1.- El demandante puede subsanar dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del lapso de veinte días previstos para la contestación de la demanda. Vencidos estos cinco días, el Tribunal fijará para uno de los cinco días siguientes, el acto de la audiencia preliminar.

2.- El demandante no contradice las cuestiones previas, tampoco las subsana y ninguna de las partes solicita el lapso probatorio: En este caso no está previsto legalmente cuándo el Tribunal ha de dictar la decisión sobre la cuestión previa. En aplicación de la parte *in fine* del artículo 866 del Código de Procedimiento Civil, vencido el lapso de cinco días contemplado en el ordinal 2º del mismo artículo, tendría el Tribunal que declarar la admisión de las cuestiones previas por parte del actor y ordenarle subsanarlas dentro de los cinco días siguientes, pues no habrá lugar a la articulación probatoria si no concurren los presupuestos legales expresados. El Tribunal deberá aplicar la sanción de extinción de la causa si el demandante no subsana debidamente.

3.- Si la parte actora contradice las cuestiones previas, pero no subsana y alguna de las partes solicita que se abra el lapso probatorio, el Tribunal lo concederá si las cuestiones o su contradicción se fundaren en hechos sobre los cuales no estuvieren de acuerdo las partes y dictará la decisión al octavo día siguiente del vencimiento de la articulación probatoria.

También en el procedimiento oral el demandado puede objetar la subsanación del demandante, tanto voluntaria como forzosamente, lo cual deberá ser resuelto por el Juez. Concluimos que no vacilábamos en ofrecer la misma solución dada para el procedimiento ordinario.

Finalmente ofrecemos una reflexión, basada en el tema que desarrollamos y en la noble tarea que corresponde realizar a los profesionales del Derecho, cualquiera que sea la posición en que nos desempeñemos, fundamentados en que no debemos abusar de los medios de defensa previstos legalmente, entre los que se encuentran la promoción de cuestiones previas, toda vez que no debemos abusar de los medios de defensa previstos legalmente, privilegiando los formalismos sobre el fondo.

De tal suerte que a lo largo del presente estudio tuvimos la oportunidad de pasearnos por las distintas incidencias que propician la interesante figura de las cuestiones previas, instituto que permite fortalecer formalmente el proceso a la vez que garantiza la defensa del demandado. Tema de vital incidencia práctica que pudimos analizar como requisito para optar al título de Especialistas en Derecho Procesal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Barrios, Haydée y Tatiana B. de Maekelt: *Derogatoria del artículo 36 del Código Civil ante la vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado*. En: Revista de Derecho N° 3, Caracas, Tribunal Su premo de Justicia, 2001.
- Baudin, Patrick J.: *Código de Procedimiento Civil*. Editorial Justice. Caracas, 2004.
- Baudin, Patrick J.: *Código de Procedimiento Civil, 2010-2011*. 3ª edición actualizada. Ediciones Paredes. Caracas, 2010-2011.
- Bello Tabares, Humberto E. T. y Jiménez Ramos, Dorgi D.: *Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales Procesales*. Caracas. Ediciones Paredes, 2004.
- Borjas, Arminio: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Colección Clásicos del Derecho. Tomo III. Editorial Atenea. Caracas, 2007.
- Cabrera Romero, Jesús Eduardo: "El Instrumento Fundamental". *Revista de Derecho Probatorio*, N° 2. Editorial Jurídica ALVA, S.R.L., Caracas, 1993.
- Cuenca, Humberto: *Derecho Procesal Civil*. La Competencia y otros Temas). Tomo I. Universidad Central de Venezuela. Ediciones de la Biblioteca. Caracas, 1993.

- Da Costa Petit, Frank: *La Oralidad Civil*. Visión, Recorrido y Perspectivas del Juicio. Editorial Binev. Caracas, 2007.
- Domínguez Guillén, María Candelaria: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Manual de Derecho Civil I Personas*. Caracas, Paredes Editores, Manuales Universitarios, 2011.
- \_\_\_\_\_: *Diccionario de Derecho Civil*, PANAPO, Caracas, 2009.
- \_\_\_\_\_: *Más sobre la capacidad procesal del menor (a propósito del artículo 451 de la Ley Orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes)*. En: Revista de Derecho N° 29, Tribunal Supremo de Justicia, 2009
- \_\_\_\_\_: *Diferencia entre incapacitación absoluta y relativa*. En: Revista de Derecho N° 30, Tribunal Supremo de Justicia, 2009.
- \_\_\_\_\_: *Diferencia entre inhabilitación y emancipación*. En: Revista de Derecho N° 31, Tribunal Supremo de Justicia, 2009.
- \_\_\_\_\_: *Ensayos Sobre Capacidad y Otros Temas de Derecho Civil*. Colección Nuevos Autores, N° 1. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2001.
- Duque Corredor, Roman J.: *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*. Tomo I. Segunda Edición. Ediciones Manuales de Derecho. Caracas, 2000.

- Duque Corredor, Román J.: “El Futuro del Proceso en el Presente Milenio”. Derecho Procesal, el C.P.C. 20 años después. Libro homenaje a la memoria del Dr. José Andrés Fuenmayor. XXXII Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Barquisimeto, 2007.
- El Nacional: *Manual de Estilo*. Serie Periodismo y Comunicación. Caracas. Los Libros de El Nacional. 3ª edición corregida y aumentada. 2008.
- Escovar León, Ramón: *La Demanda*. Segunda Edición aumentada. Ediciones Homero. Caracas, 2000.
- Goldschmidt, James: *Principios Generales del Proceso*. Serie Clásicos de la Teoría General del Proceso, Vol. 1. México. Editorial Jurídica Universitaria, 2001.
- Hernández-Bretón, Eugenio: *Domicilio a los fines de la cautio iudicatum solvi*. En: Revista de Derecho N° 3, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001.
- Henríquez La Roche, Ricardo: *Código de Procedimiento Civil*. Tomo III. Editorial Torino. Caracas, 2004.
- <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/>
- <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/>
- <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/>

- <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/>
- Hung Vaillant, Francisco: *Sociedades*, 6ta edición revisada, corregida y puesta al día. Valencia-Venezuela-Caracas. Vadell Hermanos, 2002.
- Loreto, Luis: *Ensayos Jurídicos*. Segunda Edición. Fundación Roberto Goldschmidt. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1987.
- Montero Aroca, Juan y Otros: *Derecho Jurisdiccional I (Parte General)*. 10ª Edición, tirant lo blanch. Valencia, 2000.
- Pesci Feltri Mario: "Constitución y Proceso". XXXII "Jornadas J.M. Domínguez Escovar", *Derecho Procesal (El C.P.C. 20 Años Después)*. En homenaje a la memoria del Dr. José Andrés Fuenmayor. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2007.
- \_\_\_\_\_: "Reflexiones sobre el régimen de cuestiones previas en el CPC". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Nº 50. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 1996.
- Pierre Tapia, Oscar R.: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Editorial Pierre Tapia, S.R.L., Nº 4, Año XXV. Caracas, abril 1998.
- Ramírez & Garay: *Jurisprudencia Venezolana*. Ramírez & Garay, S.A., CCLXX, Caracas 270. Julio-Agosto 2010.

- Rengel-Romberg, Aristides: "Teoría General del Proceso". *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (Según el Nuevo Código de 1987)*. Volumen II. Caracas. Organización Gráficas Capriles, 1999.
- \_\_\_\_\_: "El Procedimiento Ordinario". *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (Según el Nuevo Código de 1987)*. Volumen III. Caracas. Organización Gráficas Capriles, 1999.
- Ríos M., Desirée J.: *La impugnación por el tercero mediante el recurso ordinario de apelación en el derecho procesal venezolano*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 2007.
- Sabino, Carlos: *El Proceso de Investigación. Una introducción teórico-práctica*. Nueva Edición Actualizada. Caracas. Editorial Panapo, 2007.
- Sánchez Noguera, Abdón: *Manual de Procedimientos Especiales Contenciosos*. Tercera Edición. Ediciones Paredes. Caracas, 2001.
- Universidad Central de Venezuela, Centro de Estudios de Postgrado Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas: *Manual para la elaboración de Tesis Doctorales, Trabajos de Grado y Trabajos Especiales*. Caracas, 2004.
- Véscovi, Enrique: *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis. Bogotá, 1984.
- Von Bülow, Oskar: *Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales*. Traducido por Miguel Ángel Rosas Lichtschein. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1964.

- Zoppi, Pedro Alid: *Cuestiones Previas y otros temas de Derecho Procesal*. Vadell Hermanos Editores. Valencia, 1989.