

Las Excepciones en el Derecho Procesal Civil*

Por: AUGUSTO FERRERO COSTA

Resumen: El presente trabajo tiene doble función. Una primera, doctrinaria, que persigue entrar en diálogo con los grandes procesalistas, tratando de determinar conceptos propios y aclarar algunas figuras jurídicas. Una segunda, práctica, en la que se procura darle celeridad al proceso, reformando el instituto que últimamente ha contribuido más a la morosidad procesal: la excepción. En el análisis de éste, hemos llegado a una solución que permite al demandado la interposición de muchas excepciones, sin que entorpezcan el curso del proceso ni el desenvolvimiento de la acción. De esta forma, se amplía el derecho de defensa y se contribuye a que el demandado no dificulte la pretensión del actor.

INTRODUCCION

La mayor preocupación de los procesalistas, en el presente siglo, ha sido agilizar los códigos de procedimientos con el objeto de lograr una justicia rápida. Este desvelo se ha ido acentuando a causa de la acre crítica de la doctrina respecto de la morosidad del proceso. Y es que "la verdadera justicia no se mide por lo que da, sino por el tiempo en que lo da" (1). La bellísima frase del maestro Couture (2), "en el procedimiento el tiempo es algo más que oro; es justicia", da la exacta medida de la importancia de la celeridad procesal.

En la actual estructura de nuestro proceso, la excepción es quizás el mejor medio de defensa que tiene el improbus litigator para dilatar el litigio y retardar el pronunciamiento de la sentencia desfavorable. No debemos olvidar que el proceso largo significa la protección del litigante de mala fe. Bien dice Couture

(*) Tesis de bachiller en Derecho.

(1) IHERING, Rudolf von: El Espíritu del Derecho Romano, abreviatura de Fernando Vela, Madrid, Revista de Occidente, segunda edición, 1962, p. 360.

(2) COUTURE, Eduardo J.: Proyecto de Código de Procedimiento Civil, Exposición de Motivos, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945, p. 37.

(3), que siendo notoria la posibilidad de vencer por fatiga cuando no se puede vencer por derecho, son numerosos los litigantes y los profesionales que optan por la vía de la dilación para resolver en su favor litigios que forzosamente habrían de decidirse en su contra. En definitiva, la excepción no cumple su propósito, ya que lejos de cooperar a una administración más justa, es factor coadyuvante para que la mentira quede justificada en apariencia y para que el derecho se convierta en el medio encubridor de la injusticia (4).

El legislador de 1912 quiso alcanzar un régimen efectivo al tratar de las excepciones. Tan es así que la Exposición de Motivos expresa que cada excepción es materia fecunda para multitud de artículos. "El demandado se sirve de ellos, porque coopera a la realización de su propósito, que consiste en no contestar la demanda. Y así pasan los meses y los años, consagrados a una labor estéril y fatigosa todas las personas que son víctimas de tales ardides. Reaccionar contra tan pernicioso sistema, que sólo puede subsistir con agravio de la justicia, es uno de los principales fines que se trata de alcanzar con este nuevo Código". Sin embargo, a pesar de la buena intención que tuvo, "el principio de la brevedad procesal queda mal parado por todo el instituto de las excepciones dilatorias" (5). Mención especial merece por ello el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, por cuanto en el primer párrafo de la introducción de la Exposición de Motivos, los miembros de la Comisión Reformadora señalan que es necesario proponer especialmente aquellas reformas que propendan a imprimir mayor agilidad y celeridad a los juicios, habiéndolo logrado en el capítulo de excepciones al disponer que éstas no suspenderán el plazo para contestar la demanda.

Couture (6) expresa que las excepciones tienen un aspecto lógico y otro patológico. El primero está referido a la razón de ser de las excepciones, o sea a su función de depuración del juicio de todas aquellas imperfecciones o vicios formales que pudiera tener. El segundo se refiere a su utilización, en una inmen-

(3) *Ibid.*, p. 41.

(4) BERDIAEFF, Nicolás: *El Cristianismo y la Lucha de Clases*, Santiago, Colección Studium, p. 23.

(5) GUASP, Jaime: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, segunda edición, 1961, p. 649.

(6) COUTURE, Eduardo J.: *Procedimientos Civiles, Primer Curso, Juicio Ordinario*, versión taquigráfica de Marcos Medina, Tomo II, Montevideo, Organización Taquigráfica Medina, p. 428.

sa cantidad de casos, como recursos malévolos para desalentar al actor.

Notable es la cita del mismo autor (7) acerca de la celeridad procesal austriaca. Señala que el 45% de las causas ordinarias quedan dedicadas un mes después de su iniciación; el 35% en tres meses; el 15% en seis meses; el 1% en más de un año. ¡Podemos permanecer inmutables con una justicia lenta que nos agobia y nos domina cuando en países avanzados como Austria desconocen la ineficacia de la justicia! ¡Tendremos acaso que resignarnos a seguir viendo representada a la litis con el vencido desnudo y el vencedor vestido de papel! “Pleitos tengas y los ganes” reza la maldición gitana, citada por Santiago Sentis Melendo (8) en un excelente estudio sobre la celeridad procesal. A juzgar por las estadísticas de nuestra administración de justicia, la imprecación se ajusta a nuestra realidad. No hace sino insistir en el refrán “el vencido, vencido, y el vencedor perdido”.

“El proceso prolongado y el proceso malicioso conducen naturalmente hacia el grave problema de la ineficacia de la justicia” (9). Inclusive llegamos a la terrible comprobación de que el estado psicológico y patrimonial de las partes al momento de la sentencia ha variado en tal forma, que los motivos que originaron la demanda han desaparecido.

La celeridad procesal es un mero enunciado si no va acompañada del principio inquisitivo y de la oralidad. Sólo con un código que consagre estos dos principios como rectores, podrá el Estado garantizar una rápida administración de justicia. Dado que dichos principios exigen un contacto directo entre los litigantes y el juez, éste no podría privarse de espiar personalmente la desesperación de aquéllos. No creemos que sea necesario “penalizar el proceso civil”, al menos en lo que al proceso ordinario se refiere. Basta trasladar los problemas de la realidad social, económica y cultural, en la obra política y no académica que constituye un código (10), plasmando en éste los principios tendentes a abreviar la justicia, “sin desconocimiento de las debidas garantías de la defensa” (11). De lo contrario, se cargarán los procesos de un conjunto desordenado de acciones y excepciones, avanzando penosamente hasta concluir cuando “jueces,

(7) COUTURE, Eduardo J.: Proyecto... Op. cit., p. 40.

(8) SENTIS MELENDO, Santiago: El Proceso Civil, Buenos Aires, EJE, 1957, p. 68.

(9) COUTURE, Eduardo J.: Proyecto... Op. cit., p. 43.

(10) Ibid., p. 31.

(11) BUSTAMANTE CISNEROS, Ricardo: La Reforma Procesal, Lima, 1949, p. 9.

abogados y partes han tenido tiempo de perder la paciencia y a veces la vida" (12).

No podemos sacrificar los intereses de la justicia a las exigencias de una lógica estricta y dañina. La justicia lenta podrá ser papeleo judicial, mas no justicia. Las leyes deben ser hechas para servir al hombre honrado y no al bribón (13).

En un mundo transformado por el avance tecnológico de las últimas décadas, que ha abierto posibilidades inmensas mediante el empleo de la electrónica, resulta sarcasmo cruel que la justicia camine al paso lento de la carreta de bueyes.

Sagacidad y rigor, de parte de nuestros juristas y de nuestros jueces, permiten esperar la más humana de las revoluciones: aquella que acelere los procesos y devuelva su verdad a la justicia. Por tan excelso valor han de luchar y luchan los jueces honestos y los abogados leales a una ética que no se resigna a continuar deformada.

CAPÍTULO I

EL DERECHO DE DEFENSA: LA EXCEPCION

1. HISTORIA

El origen de las excepciones lo encontramos en el segundo período del procedimiento romano, cuando regía el sistema formulario. Entonces, el actor hacía valer ante el juez la fórmula entregada por el magistrado.

Bajo la fórmula tradicional compuesta de la *demonstratio*, *intentio*, *condemnatio* y *adjudicatio*, el derecho procesal era absorbido por la rigidez del derecho civil, hasta que se le permite al demandado valerse de ciertas defensas derivadas de la relación de derecho material. Estas fueron *exceptio doli* y *exceptio metus causa*, dirigidas a probar el dolo o la fuerza con que había sido hecha una estipulación.

La excepción "proponía una cuestión distinta de la intención" (14). Era una condición para la sentencia de condena, pues

(12) IHERING: Op. cit., p. 377.

(13) Gonzales Prada decía que quién sabe sirven más al bribón que al honrado, por las oscuridades y complicaciones que tienen (GONZALES PRADA, Manuel: *Horas de Lucha*, Callao, Tipografía Lux, segunda edición, 1924, p. 193).

(14) ALSINA, Hugo: *Defensas y Excepciones*, Buenos Aires, EJEA, 1958, p. 18.

obligaba al actor a probar su intentio. Era equiparada al medio de defensa en el campo de batalla, recordando un adagio jurídico romano, que, mientras las acciones son los dardos, las excepciones son los escudos del demandado (15).

Sin embargo, las excepciones no eran procesales. Atacaban el derecho mismo. Además, eran hechas valer por el demandado, no pudiendo el magistrado incluirlas de oficio.

Más tarde, al aparecer nuevas excepciones, son divididas en dilatorias y perentorias, tomando en cuenta un sentido estrictamente temporal. Es decir, las dilatorias se deducían dentro de un tiempo señalado, y las perentorias en cualquier estado del juicio. Pero la naturaleza misma de dichas excepciones se mantenía indivisa, pues ambas extinguían la acción, ya que trataban el fondo del derecho. Por ello, Goldschmidt (16) afirma que los romanos no diferenciaron entre el contenido material o procesal de una alegación.

Posteriormente, en el proceso extraordinario, se hace la distinción de la potestad del juez de declarar de oficio ciertas circunstancias favorables al demandado (*ipso jure*), y la facultad del demandado de hacer valer ciertos medios como defensa (*ope exceptionis*), que fueron en sentido propio las excepciones. Por otro lado, como el procedimiento se había convertido en escrito, aparece la excepción de oscuro libelo, medio impugnatorio que deducía el demandado contra la demanda que no era clara o tenía defectos de forma. Más tarde, cuando se destacaron pretores en cada provincia, se le concedería al reo la excepción de incompetencia. Alsina (17) señala que junto a las excepciones sustanciales, fueron así formándose las excepciones procesales.

Algunos autores consideran posterior el origen de la excepción procesal. Así Chiovenda (18) sostiene que aparece con Justiniano, cuando se le da el sentido de defensa impugnatoria de la acción. Goldschmidt (19) considera que es de origen germano. En realidad, si vemos que en el proceso extraordinario existían el oscuro libelo y la incompetencia, podemos afir-

(15) FABREGA y CORTES, Magín: *Apuntes de Procedimientos Judiciales*, Barcelona, Librería de Agustín Bosch, 1907, p. 374.

(16) GOLDSCHMIDT, James: *Teoría General del Proceso*, traducción de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Editorial Labor, 1936, p. 18.

(17) ALSINA, Hugo: *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Juicio Ordinario, tomo III, Buenos Aires, Ediar Editores, segunda edición, 1966, p. 78.

(18) CHIOVENDA, Giuseppe: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo I, Buenos Aires, EJE, 1949, p. 264.

(19) GOLDSCHMIDT, James: *Teoría* ... Op. cit., p. 15.

mar que es Alsina quien está en lo cierto, por tratarse éstas de dos excepciones típicamente procesales.

Siglos después, el derecho justiniano dejó bien delineada la figura de la excepción procesal. Además, dividió las excepciones en dilatorias y perentorias, y autorizó a la oposición conjunta de ellas. Como en la mayoría de las instituciones procesales, la base del instituto de la excepción es romana. Por algo von Ihering (20) sentenció que "sin el procedimiento antiguo de Roma, el derecho romano no habría existido".

El derecho canónico distinguió la excepción de la defensa. Por medio de ésta se negaba los hechos o se desconocía el derecho. Por medio de la excepción, el demandado dilataba o excluía definitivamente la demanda. Las excepciones fueron procesales o materiales, subdividiéndose ambos grupos en dilatorias y perentorias. Las dilatorias se alegaban antes de la contestación de la demanda, y las perentorias en la contestación o después de ésta.

Más tarde el derecho francés creó otro tipo de excepciones conocidas como los fins de non recevoir. Así la defensa ataca al derecho, la excepción al procedimiento y los fins de non recevoir a la acción.

En España las excepciones fueron divididas en dilatorias y perentorias. Las dilatorias podían oponerse antes de contestar la demanda y en forma sucesiva, hasta la dación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (21). Este ordenamiento procesal dispuso la alegación simultánea de dichas excepciones, evitando así que el litigante malicioso dilatará indefinidamente los juicios. En cuanto a las excepciones perentorias, estableció que deberían deducirse en la contestación de la demanda y que se resolverían con ésta en la sentencia. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no ha hecho sino mantener el régimen de la ley anterior, reconociendo a las excepciones dilatorias y perentorias como las únicas dos categorías.

Es de notar que los dos países de más alta juridicidad, Italia y Alemania, no han normado la excepción con la claridad debida. En Alemania, tanto el Código Civil como la ZPO, confunden esta institución con la defensa. En Italia, sólo en base al

(20) IHERING: Op. cit., p. 379.

(21) Como consecuencia de la Conquista, en América rigió el mismo sistema. Así, Máximo Castro expresa que, en algunos pleitos, se emplearon seis u ocho años discutiéndose excepciones dilatorias (CASTRO, Máximo: Curso de Procedimientos Civiles, tomo I, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1926, p. 56).

impreciso artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, que señala que el juez no podrá pronunciarse de oficio sobre excepciones que puedan ser sólo opuestas por las partes, se establece el distingo entre defensas y excepciones, y entre las excepciones que pueden ser declaradas de oficio y las que sólo pueden serlo a instancia de parte (22).

En el derecho anglosajón, la defensa es hecha valer como "plea" cuando se discuten cuestiones de hecho, y como "demurrer" cuando se contradicen cuestiones de derecho. En el prólogo a la obra de Wyness Millar, "Los Principios Formativos del Procedimiento Civil", Couture (23) expresa que "demurrer" es la atestación de la eficacia legal de la demanda a instancia de la parte contraria, antes de toda actividad de prueba. La palabra demurrer proviene del latín "demorari". Significa dilatar, demorar. Este instrumento viene a tener el mismo significado que el de las excepciones dilatorias en el proceso de habla hispana.

En América, la mayoría de las leyes procesales han sido influidas por el derecho español. Conviene detenernos en las de Argentina, Venezuela, Brasil y Méjico.

En Argentina estuvo vigente el Código de Procedimientos en Materia Civil y Comercial de la Capital de 1880, hasta febrero de 1968 en que entró en vigencia el novísimo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El código derogado reconocía como excepciones dilatorias la incompetencia, la falta de personalidad en el demandante o en el demandado o en sus representantes, la litispendencia, el defecto legal en el modo de proponer la demanda y arraigo; y como perentorias las cosa juzgada, transacción y prescripción de treinta años. Posteriormente, la Ley 4128 de 1902, la Ley 14237 de 1953 y el Decreto Ley 23398 de 1956, introdujeron algunas modificaciones. Todas aquellas disposiciones dispersas han sido unificadas por el nuevo código procesal. Este aporta un nuevo e importantísimo criterio acerca de la sustanciación de las excepciones, señalando en su artículo 346 que "no suspenderán el plazo para contestar la demanda". En lo que concierne a la enumeración de las excepciones, añade la falta de legitimación activa y pasiva, y la conciliación y el desistimiento del derecho. Importante contribución es también, el procedi-

(22) ALSINA, Hugo: Defensas... Op. cit., p. 43.

(23) COUTURE, Eduardo J.: Prólogo a los Principios Formativos del Procedimiento Civil de Robert Wyness Millar, Buenos Aires, Ediar Editores, 1945, p. 21.

miento que señala cuando se declaran procedentes algunas excepciones.

Muy ilustrativo y original resulta ser, en el capítulo que concierne a las excepciones, el Código de Procedimiento Civil Venezolano de 1916. Reconoce tres tipos de excepciones: dilatorias, de inadmisibilidad y perentorias. Lo más importante de este cuerpo legal, es que considera a las condiciones de la acción, aunque en forma desordenada, como susceptibles de examinarse in limine litis. En los siguientes capítulos analizaremos los artículos pertinentes.

El Código de Processo Civil del Brasil, del año 1939, determina un régimen demasiado elemental de las excepciones, al contemplar como tales solamente a la incompetencia, a la litispendencia y a la cosa juzgada. Respecto a la primera expresa que se tramitará en los mismos autos suspendiendo la causa, mientras que la segunda y la tercera se tramitan en autos separados sin suspender la causa. Al margen de esta deficiencia, el mencionado código prevé dos instituciones sui generis con relación a las excepciones. Ellas son la excepción de "suspeicao" y el "despacho saneador". La primera es una mera recusación hecha valer en forma de excepción (24). La segunda representa el principal aporte del legislador brasileño a la ciencia procesal. Como su nombre lo indica, tiene por objeto limpiar el proceso. En su artículo 293, el cuerpo legal mencionado prescribe que, transcurrido el plazo para la contestación o la reconvencción si la hubiere, los autos serán conclusos para que el juez dicte el despacho saneador dentro de los diez días. Figura parecida parece advertir el código italiano en su artículo 182, al establecer que el magistrado comprobará de oficio si está en regla la constitución de las partes, y, en caso necesario, las invitará a completar o poner en regla las actuaciones y demás documentos que considere defectuosos.

El Código de Procedimientos Civiles de Méjico, dictado en el año de 1948, reconoce en su artículo 35 las excepciones dilatorias de incompetencia, litispendencia, conexidad, falta de personalidad o de capacidad en el actor, falta de cumplimiento del plazo o de la condición a que esté sujeta la acción intentada, división, excusión, y las demás a que dieren carácter las leyes. El siguiente artículo señala sin embargo, que solamente las cua-

(24) De manera análoga, el Código de Enjuiciamiento Civil del Perú de 1852, legislaba en el inciso 3º del artículo 618, acerca de la excepción declinatoria de impedimento del juez.

tro primeras mencionadas formarán artículo de previo y especial pronunciamiento. Quiere decir que solamente las procesales tienen carácter previo, resolviéndose las sustanciales con lo principal. Son importantes las disposiciones que contiene este código acerca de la incompetencia y la conexidad, a las cuales nos referiremos oportunamente.

Finalmente en el Perú, el Código de Enjuiciamiento Civil de 1852 dividía las excepciones, en su artículo 616, en declinatorias, dilatorias y perentorias. En el siguiente artículo señalaba que las declinatorias tenían por objeto remitir el conocimiento de la causa a distinto juez del que empezó a intervenir en ella; las dilatorias suspender y dilatar el curso del litigio; y las perentorias extinguir el juicio o acción. Enumeraba como declinatorias, a la incompetencia del fuero, la de pleito pendiente y la de impedimento del juez (artículo 618). Esta última está referida a la recusación, señalando su procedencia en vía de excepción. En cuanto a las dilatorias, señalaba que las más comunes eran la de falta de personería, la de excusión u orden y tiempo para deliberar, la de demanda oscura o inoficiosa, la de contradicción, la de acumulación, la de petición antes de tiempo o de un modo indebido, la de que se cite al responsable de evicción, la de condición no cumplida, la de estar el demandado legítimamente impedido, la de pedir al actor fianza de resultas, y la que se dirige a comprobar la identidad o estado de las personas (artículo 619). En relación a las perentorias, indicaba que las más comunes eran la de pago, la de pacto de no pedir, la de compensación, la de novación, la de dolo, la de prescripción, la de fuerza o miedo, la de ignorancia o error, la de dinero no entregado, la de lesión enorme o enormísima, la de nulidad o falsedad, la de transacción, y la de cosa juzgada (artículo 620).

Si bien es cierto que se confunden en este código las defensas y las excepciones (25), la prolijidad con que son enumeradas permiten sacar conclusiones importantes que desarrollaremos debidamente. El cuerpo legal que hemos mencionado, quedó derogado en el año 1912 al promulgarse el Código de Procedimientos Civiles vigente. Este expresa en su artículo 312 que son admisibles como excepciones dilatorias, únicamente la incompetencia, pleito pendiente, falta de personería, inoficiosidad de la demanda, naturaleza del juicio, transacción y cosa juzgada. "Son

(25) ALZAMORA VALDEZ, Mario: Derecho Procesal Civil, Teoría del Proceso Ordinario, Lima, 1966, p. 47.

manifiestos los errores y vacíos del Código" (26). Además de confundir las dilatorias y las perentorias, enumera en forma arcaica las excepciones. En el año 1941, se creó una Comisión Reformadora del Código de Procedimientos Civiles, presidida por Lino Cornejo como Ministro de Justicia. Estaba formada por Anselmo Barreto, Ernesto Araujo Alvarez, Germán Aparicio y Gómez Sánchez y Manuel Gallagher. Acordaron dividir las excepciones en dilatorias y perentorias, reconociendo entre las primeras a la incompetencia, pleito pendiente, falta de pesonería e inoficiosidad de la demanda, y entre las segundas a la improcedencia de la acción, cosa juzgada, transacción, pleito acabado y prescripción de la acción. Si bien es cierto que la Comisión mejoró bastante la forma del código vigente, no planteó una solución inspirada en la celeridad procesal. De todas formas, habiendo quedado el proyecto en el archivo, la vida jurídica del país se rige por un instrumento vetusto que reclama la urgente necesidad de modificarlo.

2. FUNDAMENTO JURIDICO

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

La razón jurídica no puede ser otra que el principio de bilateralidad de las partes. Wyness Millar (26a) señala que es éste el más importante de los principios procesales, y cita un proverbio de la Alemania medieval: "La alegación de un solo hombre no es alegación; el juez debe oír a ambas partes". Por ello este principio ha sido consagrado por las Constituciones de varios países, que preceptúan que nadie puede ser condenado sin ser oído.

No olvidemos que el proceso se originó al tener vigencia el principio de bilateralidad. Antes de ello, el derecho estuvo al servicio de la fuerza, rigiendo la autodefensa. Cinco siglos antes

(26) *Ibid.*, p. 48.

(26a) WYNESS MILLAR, Robert: *Los Principios Formativos del Procedimiento Civil*, traducción de Catalina Grossman, Buenos Aires, Ediar Editores, 1945, p. 47.

de Cristo, Esquilo escribía en las Euménides, por boca de Palas Atenea, que “nunca habrá justicia si habiendo dos partes sólo se ha oído la voz de una”. Y debemos recordar que esas palabras eran pronunciadas en referencia a Orestes, el hijo de Agamenón acusado de haber matado nada menos que a su madre Clitemnestra, en venganza por el asesinato de su padre. Así nació la justicia, hermanando la venganza y la ley” (27).

Desde los albores del proceso existió entonces el derecho de defensa. La excepción nace como una extensión de este derecho, porque “restringir al demandado la defensa sería contra las reglas de la equidad” (28).

Creemos con Ugo Rocco (29), que el fundamento jurídico de la excepción se encuentra en el principio que establece la igualdad de las partes en el proceso. El ilustre jurista sostiene que “en el proceso de conocimiento, siendo incierto cuál de las dos partes tenga efectivamente razón, y, por lo mismo, cuál sea la tutela otorgada por el derecho a un interés determinado, el principio de igualdad importa que a la pretensión del actor consistente en que su demanda sea acogida, se oponga una pretensión del demandado sosteniendo que se desheche” (30). Y es que la excepción se originó en Roma como una restricción al poder de condenar, en vista de la violación constante del principio de equidad.

La igualdad consiste en tratar diversamente a los desiguales. Y en el proceso, el demandado está en condiciones de inferioridad. El es sorprendido con la demanda, mientras el actor ha tenido el tiempo suficiente para prepararla. Por ello la ley da al reo la defensa, por ello nació la excepción procesal; era necesario atemperar esa desigualdad. Cualquier defensa constituye un derecho del demandado. “Ciertamente: en el sentido de que el demandado tiene derecho de defenderse con todos los medios que están a su disposición” (31).

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

(27) FERRERO, Raúl: Los Poemas Homéricos, Lima, Editorial Universo, cuarta edición, 1968, p. 38.

(28) IHERING: Op. cit., p. 359.

(29) ROCCO, Ugo: Teoría General del Proceso Civil, Méjico, Editorial Porrúa, primera edición en español, 1959, p. 231.

(30) Loc. cit.

(31) CHIOVENDA, Giuseppe: Ensayos . . . Op. cit., p. 267.

al pasado e instituir la autodefensa, "tiñendo en sangre las manos de la justicia" (32).

3. CONCEPTO

La excepción entraña uno de los más difíciles conceptos procesales, razón por la cual su definición está reducida al campo de la doctrina (33). La mayoría de autores convienen en que la excepción tiene un doble contenido: sustancial y procesal. Por ello, "se puede definir de distintas maneras, según que se la encare desde el punto de vista del derecho procesal o de la legislación de fondo" (34).

"En el significado más vago y genérico de la palabra, se puede llamar excepción a cualquier motivación o razón que pueda adoptarse ante el juez para que no emita las providencias que se le han demandado" (35). En el sentido más lato entonces, excepción equivale a decir defensa. Quiere decir que toda forma utilizada por el demandado para protegerse en el juicio es una excepción. Tanto la defensa contra la pretensión sustancial, como la defensa contra la pretensión procesal.

El profesor Couture (36) define a la excepción en su más amplio significado, como el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él. Reconoce (37) dos acepciones más al vocablo. Una primera aludiendo a su carácter sustancial, que se refiere a la pretensión del actor y no a la efectividad de su derecho. Una segunda a su carácter procesal, referida a los medios de defensa que hace valer el reo, reclamando al juez su absolución de la demanda o la liberación de la carga procesal de contestarla.

Consideramos que el gran maestro uruguayo incurre en error al definir la excepción en su sentido más lato. Al decir que es el poder jurídico para oponerse a la acción, imprime un carác-

(32) COUTURE, Eduardo J.: *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, Buenos Aires, Editorial Depalma, segunda edición, 1953, p. 41.

(33) Por ser el código salvadoreño de naturaleza explicativa, es uno de los pocos cuerpos legales que la define. En su artículo 128 prescribe que la excepción es la contradicción por medio de la cual el reo procura diferir o extinguir en todo o parte la acción intentada.

(34) CASTRO: *Op. cit.*, p. 49.

(35) REDENTI, Enrico: *Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, tomo I, Buenos Aires, EJE, 1957, p. 52.

(36) COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, tercera edición (Póstuma), 1958, p. 89.

(37) *Loc. cit.*

ter estrictamente procesal a la definición. En sentido lato, la excepción no se opone a la acción (38), sino a la pretensión jurídica del actor, ya sea en su aspecto material o procesal.

En ese sentido, Hugo Alsina (39) expone el concepto exacto, cuando afirma que excepción es toda defensa que el demandado opone a la pretensión del actor, sea que se nieguen los hechos en que se funda la demanda, sea que se desconozca el derecho que de ellos pretenda derivarse, sea que se limite a impugnar la regularidad del procedimiento. Sostiene (40) además, que en sentido restringido, es la defensa dirigida a paralizar el ejercicio de la acción o a destruir su eficacia jurídica, fundada en una omisión procesal o en una norma sustancial. Finalmente, señala (41) que en sentido estricto, la excepción debe ser deducida por el demandado, para distinguirla de la declaración de oficio hecha por el juez.

Para Enneccerus y Nipperdey (42), en sentido de derecho privado, la excepción "es el derecho de una persona a impedir, mediante su oposición, el ejercicio de un derecho que se dirige contra ella. Es, pues, un contraderecho que no suprime el derecho contra el que se dirige, pero que lo suspende en virtud de efecto contrario, haciéndolo prácticamente ineficaz". Y en sentido procesal, es la alegación de hechos que no contradicen los hechos de la demanda, pero que excluyen la condena del demandado (43). Para Chiovenda (44) la excepción, como derecho del demandado, es un contraderecho tendiente a impugnar y a anular el derecho de acción.

En una crítica profunda y cierta a esta definición, Couture (45) manifiesta que el excepcionante no aduce ningún derecho subjetivo contrario al del actor, sino que aduce que el derecho aducido por el actor no le crea ningún ligamen jurídico. Carnelutti (46) opina en igual sentido, señalando que "la excep-

(38) De sostener que en su más amplio significado la excepción se opone a la acción, estaríamos negándole su contenido sustancial.

(39) ALSINA, Hugo: Tratado, tomo III... Op. cit., p. 78.

(40) Loc. cit.

(41) Loc. cit.

(42) ENNECCERUS, Ludwig y NIPPERDEY, Hans Carl: Tratado de Derecho Civil, Enneccerus, Kipp y Wolff, traducción de Blas Pérez González y José Alguer, tomo I, volumen II, Barcelona, Editorial Bosch, segunda edición, 1950, p. 486.

(43) Ibid., p. 489.

(44) CHIOVENDA, Giuseppe: Ensayos... Op. cit., p. 263.

(45) COUTURE, Eduardo J.: Estudios de Derecho Procesal Civil, tomo I, Buenos Aires, Ediar Editores, 1948, p. 55.

(46) CARNELUTTI, Francesco: Sistema de Derecho Procesal Civil, traducción de Niceto Alacalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, tomo II, Buenos Aires, UTHEA Argentina, 1944, p. 14.

ción no se puede considerar ni como un contraderecho ni como una contrapretensión: tiene tan poco de derecho, material o procesal, como la pretensión; y a su vez, tiene tan poco de contrapretensión, como de pretensión la discusión de la pretensión. La excepción no es más que una razón. Quien se defiende, más que discutir la pretensión, da razón de la discusión”.

Para Rosenberg (47), la distinción entre la excepción procesal y la sustancial radica en que la primera es siempre un hecho, mientras que la segunda es siempre un derecho. Señala (48) acertadamente además, que no existen diferencias procesales entre las excepciones de derecho civil y las excepciones procesales. Si bien la distinción es útil para dilucidar su naturaleza, debe reducirse al campo de la doctrina, pues teniendo ambas en el proceso los mismos efectos, no hay razón para distinguirlas en la ley procesal.

Para nosotros, la excepción como instituto procesal, se opone a la demanda, en cuanto ésta pretende una acción que no existe, o una acción susceptible de ser extinguida, o una acción que es infundada en virtud de un derecho que no debe ser amparado; o simplemente, a la sustanciación del proceso. No podemos generalizar que la excepción ataca la acción, porque ésta no es presupuesto para la existencia de aquélla. Así, una demanda que pretenda una acción ya juzgada, o que se está haciendo valer en otro proceso, podrá ser detenida con una excepción de cosa juzgada o de litispendencia, según el caso. Habría habido demanda y proceso. Mas no acción, pues ésta ha sido satisfecha, o se está satisfaciendo en otro proceso. Asimismo, es importante anotar que cuando la excepción es sustancial, no se opone directamente al derecho, pues éste por sí solo no tiene existencia en el proceso. La oposición es hecha a través de la acción, en tanto que ésta está orientada hacia el amparo del derecho que pretende.

Vemos entonces, que la excepción se opone a la demanda, como es el caso de la transacción, cosa juzgada, desistimiento, litispendencia y falta de voluntad de la ley. A la acción, cual es el caso de la incompetencia, falta de capacidad del demandante o de su representante, falta de personería del representante del demandante o del demandado, falta de interés para obrar, inadmisibilidad de la demanda y prescripción. Al derecho hecho va-

(47) ROSENBERG, Leo: Tratado de Derecho Procesal Civil, traducción de Angela Romera Vera, tomo II, Buenos Aires, EJE, quinta edición, 1955, p. 147.

(48) Ibid., p. 150.

ler en la acción, en el caso de la falta de legitimidad para obrar y el pago. A la sustanciación del proceso, en el caso de la conexidad.

De lo expuesto se desprende, que genéricamente excepción es toda defensa impugnatoria de la prosperidad de la demanda o de la sustentación del proceso.

4. EXCEPCION Y ACCION.

Por acción entendemos el derecho que tienen las personas de acudir al órgano jurisdiccional para solicitarle tutela jurídica.

La acción responde a un deseo del demandante de buscar un pronunciamiento del Poder Judicial, acerca del conflicto de intereses que ha sobrevenido, o que puede sobrevenir. La excepción nace en virtud de esa provocación a la administración de justicia, como un derecho de defensa del demandado, que es correlativo al derecho de acción del demandante. El interés para pedir tutela jurisdiccional, la acción, nace por efecto de una trasgresión o de un estado de insatisfacción; el interés en proponer la excepción proviene del hecho mismo de que se proponga la demanda, y con ella la acción (49). Bien dice la bella frase de Couture (50): "La acción es el sustituto civilizado de la venganza, la excepción es el sustituto civilizado de la defensa".

El actor da origen al proceso al hacer ejercicio del derecho de acción. Tiene la iniciativa. El demandado no. Tiene que defenderse. Como apunta Couture (51), existe una verdadera necesidad defensionis. Al amparo de esta necesidad surge la excepción.

Rosenberg (52) señala que el fundamento de la acción está compuesto por todos los hechos necesarios para fundar la pretensión, y que de éstos deben resultar los presupuestos de la norma fundamentadora del derecho o de la demanda. Así, el fundamento de la excepción estará compuesto por los hechos impositivos, extintivos o suspensivos que se oponen a la acción, formando a su vez los presupuestos de la contranorma.

Rocco (53) no logra encuadrar al concepto de la excepción dentro de una categoría independiente. Para él, el derecho de

(49) REDENTI: Op. cit., p. 60.

(50) COUTURE, Eduardo J.: Fundamentos... Op. cit., p. 90.

(51) Ibid., p. 91.

(52) ROSENBERG: Op. cit., p. 148.

(53) ROCCO: Op. cit., p. 230.

obrar del demandado, al que llama derecho de contradicción en juicio, no constituye un derecho diverso del derecho de acción. Considera que son iguales, afirmando que la diferencia está sólo en cuanto al sujeto activo, que si es demandante estará ejerciendo el derecho de acción, y si es demandado, el derecho de contradicción.

Discrepamos con Rocco en este punto, puesto que si bien es cierto que "la excepción tiene por definición los mismos límites de la acción" (54), no tiene los mismos alcances que ella. "La excepción no es sino un medio con el que el demandado justifica su demanda de desestimación de la demanda del actor" (55), siendo, por lo tanto, un instituto autónomo de la acción. "Quien pretende obra como si tuviese un derecho, quien discute la pretensión reclama sólo su libertad" (56).

5. EXCEPCION Y RECONVENCION.

La reconvencción es una contrademanda que entabla el demandado contra el actor, en el mismo proceso que éste le sigue a aquél. En realidad, la reconvencción no es sino la acción del demandado dentro del mismo proceso. Tanto su naturaleza como sus efectos jurídicos son los mismos que los de la acción.

Se le confunde a la excepción con este instituto más que con la acción, por ser los dos primeros recursos jurídicos inherentes a la parte demandada. Tan es así, que Ugo Rocco (57) trata de "excepciones reconconvencionales". Expresa (58) que la denominación "demanda reconconvencional" no es exacta y propia, porque toda excepción reconconvencional se traduce en una demanda que el demandado formula ampliando el tema del debate. No nos parece correcta la afirmación del insigne jurista napolitano, por cuanto para colocar a la reconvencción en el rubro que le corresponde, es necesario buscar cuál es su verdadera naturaleza. Y es allí que es importante recalcar que mientras en la excepción el demandado se defiende de un ataque, en la reconvencción contraataca. En la primera, el reo impugna el derecho del actor; en la segunda, trata de hacer valer el suyo. En la prime-

(54) CHIOVENDA, Giuseppe: Instituciones de Derecho Procesal Civil, tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, primera edición, 1936, p. 378.

(55) Loc. cit.

(56) CARNELUTTI, Francesco: Sistema... Op. cit., p. 13.

(57) ROCCO: Op. cit., p. 239.

(58) Ibid., p. 240.

ra es sujeto pasivo de la acción; en la segunda sujeto activo. Independientemente de la desestimación de la demanda del actor, "con la reconvencción el demandado se dirige a obtener la actuación en favor propio, de una voluntad de la ley, en el mismo litigio promovido por el actor" (59).

"Ahora bien, téngase en cuenta: la misma circunstancia puede dar lugar a una excepción o a una reconvencción. Por ejemplo: el incumplimiento del actor puede ser opuesto por el demandado como simple excepción (*exceptio non adimpleti contractus*), con el fin exclusivo de obtener la desestimación de la demanda del actor; puede en cambio hacerse valer reconvenionalmente por el demandado para pedir la resolución del contrato" (60). Asimismo, un vicio de consentimiento puede oponerse como excepción, o hacerlo valer como fundamento de la reconvencción para impugnar un contrato. Esto opera, sin embargo, para el efecto de las excepciones sustanciales, no de las procesales.

Se aprecia mucho en la práctica la utilización equívoca de estos dos medios procesales. Muchas veces la parte demandada deduce como excepción un derecho que por su naturaleza, debe ser interpuesto en vía de acción, o dentro del mismo proceso como reconvencción. Es el caso de la excepción de prescripción adquisitiva de dominio, que señala la legislación argentina y que trata Hugo Alsina (61) en su Tratado de Derecho Procesal, la cual debe ser interpuesta de manera reconvenacional. Antes de reconvenir o excepcionarse, es necesario entonces reflexionar si el derecho que se quiere hacer valer depende del alegado por el actor, o "si consiste en una potestad autónoma de actuar en juicio" (62).

En síntesis, mientras con la excepción el demandado ataca la demanda, el derecho que pretende el actor o la acción por medio de la cual propugna la efectividad de ese derecho, o la sustanciación del proceso con la reconvencción contraataca al actor sobre la misma relación jurídica o una distinta.

(59) CHIOVENDA, Giuseppe: Instituciones... Op. cit., p. 379.

(60) Loc. cit.

(61) ALSINA, Hugo: Tratado, tomo III... Op. cit., p. 149.

(62) COUTURE, Eduardo J.: Fundamentos... Op. cit., p. 91.

CAPÍTULO II

RELACION DE LA EXCEPCION CON OTRAS
INSTITUCIONES PROCESALES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES.

Estudiamos los presupuestos procesales al tratar de excepciones, porque éstas son medios para denunciar la ausencia de aquéllos.

La doctrina no tiene un criterio uniforme para definir a los presupuestos procesales. Para Couture (63) son aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal. Considera que son supuestos previos al juicio, sin los cuales no puede pensarse en él. Para Alzamora (64) y Alsina (65), son las condiciones necesarias para que nazca la relación procesal. Para la doctrina alemana [Schonke (66) y Kisch (67)] y para Chiovenda (68), son los requisitos del desenvolvimiento de la relación procesal.

No creemos con Couture que son supuestos previos al juicio, sin los cuales no pueda pensarse en él, por cuanto la existencia del proceso no está supeditada a ningún presupuesto. El insigne maestro uruguayo llega al extremo de sostener que sin los presupuestos procesales no solamente no hay proceso, sino que tampoco hay acción. Para él vienen a ser entonces, elementos sin los cuales estamos ante la presencia de un no juicio. De acuerdo a esta teoría, si se promoviese una demanda ante un juez incompetente no habría ni acción ni proceso. Sostener aquello sería un error. Habrá proceso, lo mismo que acción, solamente que ésta no ha sido encausada debidamente.

No nos parece correcta tampoco la aseveración de los autores alemanes y de Chiovenda, en el sentido que los presupuestos

(63) COUTURE, Eduardo J.: Fundamentos... Op. cit., p. 102.

(64) ALZAMORA VALDEZ, Mario: Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso, Lima, Tipografía Peruana, 1965, p. 246.

(65) ALSINA, Hugo: Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Parte General, Tomo I, Buenos Aires, Ediar Editores, segunda edición, 1966, p. 430.

(66) SCHONKE, Adolfo: Derecho Procesal Civil, traducción española de la quinta edición alemana por Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Editorial Bosch, 1950, p. 159.

(67) KISCH, W.: Elementos de Derecho Procesal Civil, traducción de Leonardo Prieto Castro, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, segunda edición, 1940, p. 161.

(68) CHIOVENDA, Giuseppe: Instituciones... Op. cit., p. 71.

procesales se refieren al desenvolvimiento de la relación procesal. Nos parece que aceptar tal enunciado es confundirlos con las condiciones de la acción. Schonke (69) señala que “los presupuestos procesales no son requisitos para que nazca la relación jurídica procesal, pues nace aunque falten; mas si lo son, para que la relación jurídica procesal ya creada pueda conducir a una tramitación sobre el fondo y resolución sobre él”. En el mismo sentido, Kisch (70) afirma que, inclusive, no hay razón alguna para llamar presupuestos procesales a los requisitos que deben existir para que el tribunal pueda entrar a resolver sobre el fondo del asunto, por cuanto si éste ha de examinar si se dan o no, no pueden ser presupuestos del proceso, pues este examen forma parte de él. Son presupuestos “no del proceso mismo, sino de la decisión sobre el fondo” (71). Para Chiovenda (72), la relación procesal debe existir independientemente de la existencia de un presupuesto procesal, así como la existencia de la acción no está supeditada a la existencia de sus condiciones.

Los presupuestos procesales son entonces, los requisitos para que se constituya la relación procesal. Tales requisitos no afectan a la acción. Chiovenda (73) expresa que la negación de los presupuestos procesales no entraña la negación de la existencia de la acción, la cual permanece imprejuzgada. Lo que se niega es “que la acción, en la hipótesis de que exista, pueda hacerse valer en este proceso; pero no se niega que pueda hacerse valer a continuación en el mismo o en otro proceso” (74). La ausencia de ellos significa solamente que la relación procesal no ha nacido. No se pueden considerar a los presupuestos procesales en relación al proceso o a la acción. Una acción que carezca de un presupuesto procesal, puede ser nuevamente planteada, y será la misma. No se puede considerar que es otra, pues la pretensión no ha variado. Ha variado solamente la corrección en el modo de interponerla. La falta de un presupuesto procesal no anula la acción, pues advertida, podrá ser planteada nuevamente. Será siempre la misma.

Algunos autores reconocen al concepto que estudiamos una mayor amplitud. Así Jaime Guasp (75), considera presumpues-

(69) SCHONKE: Op. cit., p. 159.

(70) KISCH: Op. cit., p. 161.

(71) Loc. cit.

(72) CHIOVENDA, Giuseppe: Instituciones... Op. cit., p. 72.

(73) Ibid., p. 71.

(74) Loc. cit.

(75) GUASP: Op. cit., p. 683.

to a la circunstancia o conjunto de circunstancias que deben darse en un acto, para que éste produzca todos y sólo los efectos a que normalmente va destinado. Vale decir que son para él requisitos para la existencia de un acto procesal. Igual parecer expresa Carnelutti (76), al señalar que en su máxima amplitud, el concepto abarca no solamente los hechos constitutivos del proceso, sino también a los actos procesales en general.

Por otro lado la doctrina alemana y la propia ZPO, distinguen los presupuestos procesales de los impedimentos procesales. "Los que son de tener en cuenta de oficio pueden llamarse auténticos presupuestos procesales; los que precisan ser alegados por las partes, impedimentos procesales" (77). Por lo tanto para ellos las excepciones dilatorias no constituyen el medio de denunciar la ausencia de presupuestos procesales, pues éstos deben examinarse de oficio (78). Más bien son medios de advertencia de la falta de impedimentos procesales. Ricardo Reimundin (79) ha distinguido claramente estos dos conceptos, señalando que presupuestos procesales propiamente dichos son aquellos requisitos establecidos por el Derecho Procesal para que pueda examinarse y decidirse el fondo del litigio, pudiendo ser considerados de oficio o a instancia del demandado. Los impedimentos procesales sólo pueden ser invocados por las partes y solamente ellas pueden renunciar a su alegación (80).

Presupuestos procesales propiamente dichos son entonces, la investidura del juez, la capacidad de las partes y los requisitos formales que debe contener toda demanda (81). Fácil es advertir que la naturaleza de éstos deja traslucir claramente "un sabor puramente procesal" (82). Preferimos limitar los presupuestos procesales solamente a los tres mencionados para mantener la relevancia que merece el instituto. Casi podríamos decir que las legislaciones de todos los países aceptan unánime-

(76) CARNELUTTI, Francesco: Sistema... Op. cit., p. 548.

(77) SCHONKE: Op. cit., p. 159.

(78) ROSENBERG: Op. cit., p. 54.

(79) REIMUNDIN, Ricardo: Derecho Procesal Civil, tomo II, Buenos Aires, Editorial Viracocha, 1957, p. 33.

(80) Couture señala que entonces, el principio derivado de la falta de un presupuesto procesal entra en conflicto con el principio de convalidación (COUTURE, Eduardo J.: Fundamentos... Op. cit., p. 107).

(81) ALSINA, Hugo: Tratado, tomo I... Op. cit., p. 431; ALZAMORA VALDEZ, Mario: Teoría General del Proceso... Op. cit., p. 246; COUTURE, Eduardo J.: Fundamentos... Op. cit., p. 104.

(82) PLAZA, Manuel de la: Derecho Procesal Civil Español, tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1942, p. 364.

mente, que la ausencia de estos presupuestos pueda denunciarse por medio de excepciones. Al tratar de cada una de las excepciones, nos ocuparemos debidamente de cada una de las que se derivan de la ausencia de un presupuesto procesal.

2. CONDICIONES DE LA ACCION.

Definir a las condiciones de la acción, es uno de los problemas más difíciles de la ciencia procesal. Chiovenda (83) señala que son las condiciones necesarias para obtener una resolución favorable, distinguiéndolas de los presupuestos procesales, en que éstos “son las condiciones necesarias para que se consiga un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda” (84). Para el insigne maestro italiano, las condiciones de la acción son los requisitos necesarios para que la demanda sea admitida en la sentencia. En una diferenciación de ambos conceptos, Alsina (85) expresa que “en toda acción hay dos pretensiones: una de carácter procesal tendiente a poner en movimiento el órgano jurisdiccional a fin de obtener una sentencia; otra de carácter sustancial, para que esa sentencia declare la existencia o inexistencia de una relación jurídica con respecto al demandado. Condiciones para la admisión de la pretensión sustancial en la sentencia (en cuyo caso se dice que la acción prospera), son el derecho, la calidad y el interés; condiciones para que el juez pueda dictar una sentencia válida, cualquiera sea su contenido, favorable al actor o al demandado, es la existencia de una relación procesal normalmente constituida (presupuestos procesales). La ausencia de un presupuesto, autoriza a oponer una excepción de carácter procesal; la ausencia de una condición para la admisibilidad de la acción autoriza a oponer una excepción sustancial. Si la excepción procesal prospera, el proceso se detiene y el juez no se pronuncia sobre el fondo; si la excepción sustancial prospera, la sentencia rechaza la demanda”.

Notamos que para ambos autores, las condiciones de la acción son un corolario de la acción fundada; de lo que se desprende que toda acción que reúna las tres condiciones, debería declararse fundada. Discrepamos con este concepto por cuanto creemos que las condiciones se refieren al derecho de acción en

(83) CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituciones...* Op. cit., p. 70.

(84) *Ibid.*, p. 71.

(85) ALSINA, Hugo: *Defensas...* Op. cit., p. 68.

general, sea esta fundada o infundada. Toda acción fundada reúne por fuerza las tres condiciones. Pero esto no quiere decir que una acción que reúna todas las condiciones tendrá que declararse fundada. Así, el actor que tenga a su favor el derecho (o sea la norma procesal que ampare la acción), el interés para obrar, y la calidad para obrar, puede carecer de la razón jurídica en sí, es decir, de la norma sustancial que lo ampare. La acción será infundada, a pesar de haber concurrido las tres condiciones. Es cierto entonces, como señalan Chiovenda y Alsina, que las condiciones de la acción son requisitos previos a la acción fundada. Pero desde el momento que una acción infundada puede reunir las tres condiciones, la definición de los mencionados autores resulta estrecha, y deja de conceptuar a las condiciones en su verdadera extensión.

Lo expuesto entraña el problema de determinar la naturaleza de las condiciones de la acción. Hemos visto que no son requisitos de la acción fundada. Tampoco de la existencia de la acción, pues ésta es independiente de las condiciones. Podríamos decir entonces, que serían las formalidades requeridas para lograr una declaración de mérito. Pero tampoco, pues siendo la legitimidad para obrar de carácter sustancial, faltando esta condición se puede llegar a una sentencia de mérito. De otra manera, no podrán ser tampoco requisitos de la existencia del proceso, pues éste puede existir, como hemos visto, faltando las condiciones. Por fuerza, entonces, tendríamos que definir a las condiciones de la acción como requisitos para arribar a una declaración del derecho que pretende ser amparado. Porque en realidad, la falta de la legitimidad para obrar, obliga al órgano jurisdiccional a negar el derecho a la persona que acciona, sin tener que analizar la pretensión misma. Como dice Loreto (86), la cualidad para obrar no es un derecho, ni el título de un derecho. Expresa simplemente una idea de pura relación. Como la legitimidad expresa una relación de identidad lógica entre la persona del actor, o del demandado concretamente considerada, y la persona abstracta a quien la ley concede la acción o contra quien la concede, la falta de ella impedirá el pronunciamiento de la cuestión abstracta planteada. Las condiciones de la acción, son entonces, los requisitos de la sentencia que califique el derecho abstracto, que concretamente ha sido invocado por el actor. Con

(86) LORETO, Luis: Estudios de Derecho Procesal Civil, Contribución al estudio de la Excepción de Inadmisibilidad por falta de Calidad, Caracas, Editorial Sucre, 1956, p. 72.

la falta de la cualidad, se podrá arribar a una declaración de mérito, pero concreta. No a un pronunciamiento abstracto.

Mario Alzamora (87) puntualiza, que no deben confundirse los presupuestos procesales con las condiciones de la acción, señalando que éstas son, la voluntad de la ley, el interés y la legitimidad para obrar. Si bien es cierto que casi toda la doctrina conviene en esta enumeración, no sucede igual respecto a si estas condiciones deben examinarse *in limine litis*. Los que sostienen que no sería conveniente señalan que, formando parte del fondo del asunto, deberían resolverse con éste en la sentencia. Los partidarios de que se examinen en forma previa al proceso, afirman que la probanza de su existencia, si bien es difícil, es independiente de la del fondo del asunto. El hecho es que son muy pocas las legislaciones que admiten que alguna condición de la acción sea opuesta en vía de excepción. Que sepamos, solamente Venezuela formula esta tramitación, aunque en forma desordenada, para las tres condiciones mencionadas. El nuevo código argentino reconoce a la falta de legitimación, como susceptible de resolverse previamente.

Proponer el examen previo de las condiciones de la acción, facultando al demandado la oposición de una excepción cuando falte alguna de ellas, es uno de los postulados más importantes de la presente tesis. Comprendemos que es una teoría un tanto audaz, pero creemos conveniente adoptarla en aras de una justicia más eficaz.

Hemos dicho que los presupuestos procesales se regulan por la ley procesal. Las condiciones de la acción, según la mayoría de autores, se regulan por la ley sustancial. Chiovenda (88) las llama cuestiones de fondo o de mérito. Nosotros creemos que solamente la cualidad es de carácter sustancial, siendo la voluntad y el interés de naturaleza procesal, como veremos más adelante.

Schonke (89) afirma que una demanda debe repelerse como inadmisibles si no concurren todos los presupuestos procesales, y como infundada cuando falten los requisitos para la afirmación jurídica hecha por el actor o no pueda éste probar sus afirmaciones. Lo que señala el célebre tratadista alemán es correcto, siempre y cuando el demandado no haya observado la falta de alguna condición de la acción o de algún presupuesto

(87) ALZAMORA VALDEZ, Mario: *Teoría General del Proceso*... Op. cit., p. 54.

(88) CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituciones*... Op. cit., p. 73.

(89) SCHONKE: Op. cit., p. 152.

procesal en vía de excepción, pues si lo hiciese, el juez deberá abstenerse de calificar la demanda en caso que la excepción fuese fundada. Al estudiar cada una de las excepciones, nos ocuparemos separadamente de cada una de las condiciones de la acción: la voluntad de la ley, el interés para obrar y la legitimación para obrar.

3. NULIDAD.

La relación que existe entre la excepción y la nulidad, es que ambos institutos tienden a denunciar en algunos casos los mismos defectos procesales. La diferencia se encuentra en la oportunidad de la oposición y en la persona a quien la ley faculta ese derecho. Mientras la excepción puede deducirse solamente dentro de un plazo legal para ser resuelta en forma previa, y su interposición es derecho exclusivo del demandado; la nulidad puede deducirse en cualquier momento, y es derecho interponerla tanto del demandado como del demandante. Quiere decir, entonces, que en un estado del proceso el demandado podrá optar por interponer una excepción o deducir una nulidad. El demandante estará limitado a hacer valer el mismo derecho solamente en vía de nulidad.

Al referirse a la clasificación de las excepciones en perpetuas y temporales, Fábrega (90) manifiesta que en la legislación española todas son de la segunda categoría, pero que sin embargo, adquieren carácter de perpetuidad en el proceso al ser susceptibles de deducirse en vía de nulidad. La declaración de nulidad podrá obtenerse siempre, sentencia el mencionado profesor (91).

De los trece casos en que se puede advertir la nulidad según nuestro código (artículo 1085), varios son susceptibles de oponerse también como excepciones. Así, tenemos que son resoluciones nulas:

1.— “la resolución pronunciada por el juez que ejerce jurisdicción” (debió decirse competencia) “que no le corresponde” (inciso 2º).

2.— “los decretos o autos que desnaturalizan el juicio” (inciso 8º).

(90) FABREGA: Op. cit., p. 378.

(91) Loc. cit.

3.— “la sentencia o auto pronunciado en causa en que intervienen personas a quienes es prohibido comparecer en juicio” (inciso 11º).

4.— “la sentencia o auto que se ha pronunciado contra otro que pasó en autoridad de cosa juzgada” (inciso 12º).

De las mencionadas, la primera se refiere a la incompetencia; la segunda a la naturaleza del juicio; la tercera a la falta de capacidad de las partes; y la cuarta a la cosa juzgada.

En síntesis, vemos que hay institutos que pueden hacerse valer ya sea en vía de excepción como en vía de nulidad. El criterio diferenciador podemos encontrarlo en la naturaleza de ambas. Mientras la excepción ataca la acción, la nulidad está dirigida contra la resolución írrita.

(Continuará)