



*COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA
DEL ROSARIO*

Y

*ACADEMIA COLOMBIANA DE
JURISPRUDENCIA*

CURSO INTERNACIONAL

"LA PRUEBA EN LOS DIVERSOS PROCESOS"

Bogotá, D.E., 18, 19, 20 y 21 de Agosto de 1981

MIERCOLES 19 DE AGOSTO

- 9:00 A.M. *La Prueba en el Derecho Internacional Privado.*
Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra
- 11:00 A.M. *La Prueba en el Proceso Laboral.*
Doctor José Eduardo Gnecco Correa
- 2:30 P.M. *Cuestiones sobre Procedimiento Civil*
Diálogo con los Doctores:
Hernando Morales Molina,
Hernando Devis Echandía,
Humberto Murcia Ballén y
José María Esguerra Samper.

VIERNES 21 DE AGOSTO

- 11:00 A.M. *La prueba de Peritos*
Doctor Adolfo Gelsi Bidart
- 2:30 P.M. *La Prueba en el Nuevo Código de Procedimiento Penal.*
Mesa Redonda con la participación de los Doctores:
Rafael Poveda Alfonso,
Jaime Bernal Cuéllar,
Gustavo Orjuela Hidalgo,
Jorge Enrique Gutiérrez Anzola y
Alfonso Reyes Echandía.

INFORMACION GENERAL

PROGRAMA

JUEVES 20 DE AGOSTO

MARTES 18 DE AGOSTO

- 10:30 A.M. *INSTALACION*
Reformas de 1971 al Sistema Probatorio.
Doctor Antonio Rocha Alvira
- 2:30 P.M. *Innovaciones Probatorias del Código de Procedimiento Civil.*
Doctor Hernando Morales Molina
- 4:30 P.M. *La Prueba en el Derecho Comercial*
Doctor Hernando Devis Echandía

- 9:00 A.M. *La Prueba en el Proceso Contencioso-Administrativo.*
Doctor Carlos Betancur Jaramillo
- 11:00 A.M. *La Prueba en el Proceso Penal*
Doctor Alfonso Reyes Echandía
- 2:30 P.M. *La Confesión en los distintos Procedimientos.*
Doctor Victor Fairen Guillén
- 4:30 P.M. *La Prueba de Indicios*
Doctor Jorge Cardozo Isaza

SEDE *Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.*
Sala de Traducción Simultánea.

INSCRIPCIONES
En la Secretaría de la Escuela de Especialización y Estudios de Postgrado.
Calle 14 No. 6-25 Tel: 282 00 88

Fecha Límite: 14 DE AGOSTO

CUPO LIMITADO

VALOR : *Siete mil pesos Mcte. (\$7.000.00)*

COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL

JORNADAS DE DERECHO PROCESAL



TEMA

DIEZ AÑOS DE VIGENCIA DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Bogotá, D. E., Marzo 30 – Abril 3 de 1981

LOS PRESUPUESTOS PROCESALES EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

**Por el
Profesor Doctor Hernando Morales Molina**

Quizá el mayor acierto del Código de Procedimiento Civil cuyo décimo aniversario se conmemora, es la técnica regulación de los presupuestos procesales, que por su naturaleza determinan la estructura del proceso, ya que el sistema adoptado sobre ellos a más de garantizar la vigencia de los principios constitucionales, legales y jurisprudenciales que inspiran el derecho de defensa y el debido proceso, constituye un mecanismo eficaz para la tutela de los derechos reconocidos por la ley sustancial, que es la finalidad de la ley procesal.

1. No todos los autores entienden los presupuestos procesales de igual manera, lo cual siembra confusión en materia tan importante, como la siembra la disparidad de teorías sobre acción, pretensión, jurisdicción, proceso, legitimación, interés, recursos, etc. etc., lo cual, ha impedido que el derecho procesal haya adquirido el grado de firmeza y seguridad que debía ostentar, pues la dispersión conceptual a estas alturas solo conduce a la anarquía y al desconcierto, en la doctrina y en la jurisprudencia.

Desde el punto de vista lógico, los presupuestos procesales son los supuestos sin los cuales no puede desenvolverse regularmente un proceso. Oskar Bülow que fue quien primero los denominó dice, refiriéndose a toda relación jurídica: "se precisa saber entre que personas puede tener lugar, a qué objeto se refiere, que hecho o acto es necesario para su surgimiento, quien es capaz o está facultado para realizar el acto.

Estos problemas deben plantearse también en la relación jurídico-procesal y no se muestran a su respecto menos apropiados y fecundados que lo que se mostraron ya en las relaciones jurídicas privadas. También aquí ellos dirigen su atención a una serie de importantes preceptos legales estrechamente unidos" (1).

Chiovenda expone: "Llámanse presupuestos procesales, las condiciones para que se consiga un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda. Para que se pueda tener una sentencia sobre la demanda, sea en un sentido o en otro, es necesario que exista un órgano estatal, regularmente investido de jurisdicción; es necesario que ese órgano sea objetivamente competente y subjetivamente capaz para juzgarla; es necesario que las partes tengan capacidad de ser partes y capacidad procesal, etc." (2). Eduardo B. Carlos con acierto los define como los supuestos previos que necesariamente han de darse para constituir una relación jurídico-procesal regular y válida (3). Ellos son regulados por la ley procesal, por lo cual lógicamente antes de averiguar si aparecen probadas las condiciones de la pretensión, que se regulan por la ley sustancial, que determina sobre la existencia del acto jurídico, la correspondencia de derechos, su cumplimiento, consecuencias etc., se requiere que el juez averigüe si existen los presupuestos del proceso, que son requisitos de admisibilidad formal.

Solo se ha superado el concepto de Bülow de que el defecto en los presupuestos procesales implica la inexistencia del proceso por ser estos factores para constituirlo, pues la relación procesal existe desde que se trata, aun cuando no sea válida o regular, lo que impide dictar sentencia de mérito (4). De aquí surge la clasificación, viable entre nosotros, de presupuestos que atañen a la validez del proceso y presupuestos que conciernen con la regularidad del mismo; los primeros son la jurisdicción y competencia, la capacidad para comparecer al proceso y, en mi concepto, como luego veremos, la adecuación del trámite; los segundos son la capacidad para ser parte y la demanda en forma, pues el defecto en el primer grupo engendra nulidad procesal, mientras en el segundo determina sentencia inhibitoria.

Los presupuestos procesales se distinguen de las condiciones de la pretensión en que éstas son necesarias para que el demandante obten-

ga sentencia favorable, mientras que aquellos son indispensables para que el juez pueda dictar sentencia de mérito, favorable o desfavorable. Si faltan las condiciones de la pretensión el juez debe fallar el fondo del proceso, con lo que decide el litigio. Cuando faltan los presupuestos procesales ocurre lo contrario, pues en ciertos casos el proceso está viciado de nulidad y en otros solo es posible dictar sentencia inhibitoria, que pone fin a la instancia pero no resuelve el litigio, por lo cual éste puede plantearse de nuevo. En el primer caso la sentencia hace tránsito a cosa juzgada, en el segundo se trata de cosa no juzgada.

Por tanto, los presupuestos deben existir desde que se inicia el proceso y subsistir durante él, en tanto que las condiciones de la pretensión basta generalmente que existan demostradas en el momento de la sentencia, que es cuando se aprecian las pruebas sobre los hechos litigiosos.

Existen presupuestos comunes a todos los procesos y especiales de algunos de ellos y que conciernen también con la titularidad del derecho invocado, cuya prueba, a veces sumaria, la ley exige acompañar a la demanda so pena de inadmisión, y que demuestra, al mismo tiempo la legitimación en causa, activa o pasiva, o el interés del demandante, que son condiciones de la pretensión.

2. Acorde con lo anterior, enseña la Corte: "Denominánse presupuestos procesales los requisitos que inexcusablemente han de concurrir en todo proceso para la constitución válida de la relación jurídica procesal y cuya falta determina según la índole del presupuesto, la nulidad del juicio o la inhibitoria del juzgador para desatar en el fondo la cuestión litigiosa. Son ellos: jurisdicción y competencia, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer en el proceso, y demanda en forma. La falta de jurisdicción o de competencia, o de capacidad procesal, produce nulidad de lo actuado. . . y la ausencia del presupuesto capacidad para ser parte o la de la demanda en forma, induce al pronunciamiento de un fallo inhibitorio con consecuencias de cosa juzgada formal únicamente" (CXXXVIII, pág. 36).

Debe advertirse que el presupuesto capacidad para ser parte presenta una segunda faz que comprende la prueba de la calidad con que se

demanda o se cita al demandado, lo cual se compagina con lo dispuesto en el Código acerca de la necesidad de aquella respecto al heredero, cónyuge, curador de bienes, albacea y administrador de comunidad singular cuya ausencia implica inadmisión de la demanda y excepción previa. Dice la Corte: "Existe una tercera categoría dentro del presupuesto capacidad para ser parte, que es precisamente el caso de quien no comparece en propio nombre ni en representación de otro sino en virtud del cargo o calidad, es decir, en el evento contemplado por ser heredero. . . De lo cual se infiere que la ausencia de prueba sobre el carácter de heredero, implica sentencia inhibitoria, con consecuencia de cosa juzgada formal, y no sentencia de mérito, con consecuencia de cosa juzgada material" (XCI, 43).

Más esta prueba acredita igualmente la legitimación en causa: "Así como es de ver también que acreditado el carácter de heredero, constituye tanto capacidad para ser parte, como condición de la acción (debió decir pretensión) para la *legitimatio ad causam*, que permita condenar o absolver según lo alegado y probado, y fundar cosa juzgada material por sentencia definitiva. Solo si falta la demostración del carácter de heredero como presupuesto procesal, no hay lugar a considerarlo de ninguna otra manera y menos como elemento de la acción (pretensión) para fallo de mérito" (C. pág. 182).

Sobre la legitimación en causa enseña dicha corporación: "la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley le concede la acción (debió decir pretensión), condición de aquella llamada *legitimatio ad causam*, y por algunos personería sustantiva, es cuestión de fondo que debe dilucidarse en el fallo." (LXIV, pág. 711). La tesis contraria, o sea que solo procede sentencia de mérito si las partes están legitimadas en causa, que sostiene Allorio, entre otros, no la acoge la Corte, la cual expresa: "la falta de legitimación en la causa de una de las partes no impide al juez desatar el litigio en el fondo, pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material a fin de terminar definitivamente el litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para quien siéndolo, lo reclame indefinidamente

mente de quien no es persona obligada" (La Ley No. 25, pág. 50).

3. Se ha visto que para obtener cualquier resolución, favorable o desfavorable, sobre el mérito de la pretensión deben hallarse reunidos los presupuestos procesales, que el juez debe examinar de oficio, en virtud del carácter público de la relación procesal (LXXIII, pág. 48). Además, la falta de uno de tales requisitos constituye no una excepción de fondo sino una previa, o sea un impedimento procesal, e inclusive puede en ciertos casos originar nulidad.

La Corte expresa acerca de este punto: "Solamente si el proceso se ha desenvuelto regularmente, esto es según los principios del derecho procesal, el juez podrá, como se dice, "entrar en el mérito" o sea el fondo de la cuestión. Si tales prescripciones no han sido tenidas en cuenta el hallar la inobservancia del derecho procesal constituirá un impedimento para decidir sobre el mérito del proceso. Admisible es la demanda propuesta y seguida por los modos prescritos por el derecho procesal, independientemente del derecho de acción (debió decir de la pretensión); fundada es la demanda cuando quien la propone tiene acción (debió decir pretensión) independientemente de la regularidad del procedimiento en que tal demanda es propuesta o seguida". (XLXII, pág. 416).

Establecido en forma general en que consisten o que ha de entenderse por presupuestos procesales, se intentará un breve análisis acerca de su contenido y delimitación afirmándose que ellos son propios de todo proceso, y no solo de los contenciosos declarativos sino también de los ejecutivos y de jurisdicción voluntaria, pues corresponden a los mismos requerimientos legales.

Se ha anticipado que existen discrepancias entre los autores, que se originan sobre si los presupuestos lo son de la acción, de la demanda, de la relación procesal o sea del proceso considerado como relación jurídica, de la sentencia por ser indispensable para que sea de mérito, y aun de cada uno de los actos del proceso, de un sector del mismo o del procedimiento en general. El concepto predominante es que los presupuestos son requisitos del proceso, no obstante que las discrepancias de la doctrina oscurecen el punto, pues si bien no se discute que la ex-

presión "presupuestos procesales" tiene un valor histórico incuestionable, y se prefiere a otras denominaciones susceptibles de mayores críticas. No cierto es que aún existen diferencias sobre su adecuada clasificación y falta unidad acerca de su número y requisitos.

4. En cambio, si se tiene en cuenta que el examen de los presupuestos procesales por estar ligados éstos a la regularidad o validez del proceso mismo, cualquiera que fuere la tesis que se profesa sobre su naturaleza, debe verificarse en una etapa preliminar, es cuestión compartida por todos, pues como enseña Calamandrei, "en todo proceso se contiene, una fase preliminar (que en ciertas legislaciones está también formalmente separada del conocimiento sobre el mérito) en la que el objeto de la indagación del juez no es la acción (como pretensión, observo yo) sino que es el proceso: un verdadero y propio proceso sobre el proceso" (5). Por eso Fairén Guillén (6) para la ley procesal Española postula una audiencia preliminar, en la que el juez de oficio resolvería entre otras cuestiones respecto a la concurrencia de los presupuestos procesales, audiencia que es compatible con el proceso oral y el escrito, y se ha establecido en varios Códigos como los de Austria, Alemania, Suecia, ciertos países de la cortina de hierro, y en América se vislumbra en las legislaciones de algunos Estados Mexicanos, y que en Colombia desafortunadamente no se adoptó por la carencia de Jueces y por ende el riesgo de demorar el proceso, sobre la cual expuse: "no hay duda de que presenta como ventajas... la de prevenir o curar el proceso de defectos de sus presupuestos y evitar nulidades y fallos inhibitorios..." (7).

Otro sistema, que comprende también dicho examen previo, es el "despacho saneador" aparecido en Portugal en 1926 y más tarde en Brasil, sobre el cual expresé: "El despacho sirve para considerar dicha regulación (la de los presupuestos procesales) cuando se ha concluido el conocimiento de la fase postulatória, a fin de evitar en lo posible defectos que conduzcan a nulidades o sentencia inhibitoria. Así como en determinada época del derecho romano se distinguió la etapa *in jure* dedicada entre otros fines a fijar la regularidad formal previamente a la iniciación de la etapa *in iudicium*, la primera incluso seguida ante funcionario distinto, en la época moderna las dos fases se surten consecutivamente ante el mismo juez, aun cuando no llegan a confundirse, pues

en últimas persiguen objetivos diversos. El despacho saneador es un autointerlocutorio, cuyo fin es resolver las cuestiones procesales. El punto no puede ser examinado de nuevo por el mismo juzgador, ni por el superior, salvo a través del recurso de apelación. . . Como expresa el profesor Busaid tiene por función expurgar los vicios y defectos del proceso, verificar los presupuestos procesales y los requisitos de admisibilidad de la acción (pretensión) a fin de racionalizar el proceso civil. . . El despacho merece elogio, por lo menos en cuanto comprende las cuestiones puramente procesales, porque deja generalmente el proceso libre de ulteriores vicios y permite sentencia de fondo que es la finalidad de aquel." (8).

En el despacho saneador el juez toma providencias con el objeto de enmendar las deficiencias procesales que advierta, entre ellas los defectos en los presupuestos del proceso, pues decide sobre la existencia de las partes, la integración del litis consorcio necesario, la representación de las partes, las nulidades procesales, entre las cuales está la falta de jurisdicción y competencia.

Como sistemas paralelos aunque menos eficaces tendientes a lo que Arrayagaray denomina "inmaculación del proceso", puede citarse el *pre-trial* del proceso anglo sajón, más que todo dirigido a fijar los límites de la litis y a simplificar ésta, como ocurren en la audiencia preliminar en lo pertinente. Y obviamente el sistema de excepciones dilatorias, procesales o previas, sobre el cual volveremos oportunamente.

5. Con estos antecedentes, se impone ahora considerar la legislación en nuestro país sobre los presupuestos procesales, así en rigor en tal preceptiva no se utilice aquella denominación, aunque evidentemente están regulados cada uno de los requisitos dirigidos a la constitución válida y regular del proceso o de la relación procesal (arts. 12 y sigs. 44, 75), que es figura reconocida expresamente por la Ley 75 de 1968 en su art. 9o., y está organizado su control oficioso por el juez, que es la característica que mejor los perfila, según la casi totalidad de los procesalistas.

El Art. 75 del C. de P. C. incluye en los requisitos de toda demanda: 1. La designación del Juez a quien se dirija; 2. El nombre, edad y

domicilio del demandante; a falta de domicilio la residencia y si se ignora la del demandado, se indicará esta circunstancia bajo juramento; 3. El nombre y domicilio o, a falta de éste, la residencia de los representantes o apoderados de las partes, si no pueden comparecer o no comparecen por sí mismas; y en caso de que se ignoren se expresará esta circunstancia como en el numeral anterior; 4. La cuantía cuando su estimación sea necesaria para determinar la competencia o el trámite; 5. La indicación de la clase de proceso que corresponde a la demanda.

El Art. 76 *ibídem* incluye entre los anexos de toda demanda: 1. La prueba de la representación legal del demandante y del demandado, si se trata de personas naturales que no puedan comparecer por sí mismas; 2. La prueba de la existencia de las personas jurídicas que figuran como demandantes o demandados, con la excepción allí prevista que obedece a que el juez debe conocer la Constitución y la ley; 3. La prueba de la representación de las personas jurídicas que figuren como demandantes o demandadas, con la salvedad indicada, fundada en que se trata de hechos notorios; 4. La prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de comunidad o albacea con que actúe el demandante o se cite al demandado; 5. Las demás pruebas que para el caso especial exija el Código.

El Art. 97 de la misma obra establece que en los procesos en que se autoricen, que son todos los contenciosos, excepto el de expropiación y con alguna restricción el ejecutivo, el demandado puede proponer, entre otras, las siguientes excepciones previas: 1. Falta de jurisdicción o de competencia del juez; 2. Compromiso; 3. Inexistencia, incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado; 4. No haberse presentado la prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de comunidad o albacea en que se le cita, anotándose que faltó el caso en que se demanda con dicha calidad, que debe entenderse incluido por analogía (Art. 5o. C. de P. C.), desde que la prueba ha debido presentarse con la demanda y no existe razón para tratar el caso en forma distinta según la prueba corresponda al demandante o al demandado; 5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones; 6. Trámite inadecuado de la demanda por haberse dado un curso distinto al que le corresponde.

A su turno, el Art. 85 expresa que el juez ~~declarará~~ inadmisble la demanda, entre otros casos: 1. Cuando no reuna los requisitos legales; 2. Cuando no se acompañen los anexos ordenados por la ley; 3. Cuando contenga indebida acumulación de pretensiones. Agrega: "El juez ~~desechará~~ *in limine* la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia. . .", a lo cual también puede llegar el juez cuando la inadmite y en el término de 5 días el demandante no subsana los defectos anotados.

Como complemento, el Art. 453 ordena al juez pronunciarse de oficio en la sentencia de expropiación, con consecuencia de inhibitoria, sobre jurisdicción y competencia, inexistencia, incapacidad e indebida representación de las partes, falta de prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de comunidad o albacea con que actúan o se les cita, e ineptitud de la demanda. Y el 509 autoriza proponer las mismas excepciones previas en proceso ejecutivo.

El Art. 152 del C. de P. C. estatuye, entre otras, las siguientes causales de nulidad en el proceso: 1. Cuando corresponde a distinta jurisdicción; 2. Cuando el Juez carece de competencia; 3. Cuando se sigue un procedimiento distinto al que legalmente corresponda; 4. Cuando es indebida la representación de las partes. Agrega, que "tratándose de apoderados judiciales esta causal solo se configurará por carencia total de poder para el respectivo proceso" (subrayo).

6. De la conjunción y relación de las normas transcritas se puede deducir que el demandante tiene la carga de afirmar en la demanda el nombre del juez a quien se dirige, por ser el que estima provisto de jurisdicción y competencia para conocer del proceso; el nombre, edad y domicilio o en su defecto residencia del demandante y del demandado, así como el de sus representantes si no pueden comparecer por sí mismas, lo cual trasciende a competencia, existencia y representación de las partes; la cuantía cuando fuere necesaria para determinar la competencia, y el trámite e indicación de la clase de proceso que corresponda a la demanda, lo que concierne con el debido proceso (Art. 26 de la Constitución y 4o. del C. de P. C.). También tiene la carga de anexar a la demanda la prueba de su representación legal y de la del demandado, si se trata de personas naturales que no pueden comparecer por sí mismas, o de personas jurídicas; de la existencia de estas si figuran como deman-

dantes o demandadas por regla general; de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de comunidad singular o albacea con que actúe o cite al demandado. Y las demás que para cada caso exija la ley, que son las referentes a titularidad en determinados casos y que principalmente, son los previstos en los Arts. 410 (partida de matrimonio en proceso de nulidad de éste); 413, 5 (certificado del registrador en el proceso de pertenencia, 428 (certificado del registrador en proceso de servidumbre); 431 (escritura pública en que aparezca la obligación con calidad de exigible en el proceso de entrega); 433 (las cuentas que pretenda rendir el cuentadante); 434, 1 y 2 y 435 (prueba si quiera sumaria del contrato de arrendamiento y de los requerimientos al demandado si no se han renunciado, en el proceso de lanzamiento, norma aplicable a todos los procesos de tenencia); 439 en relación con el 413, 5 (certificado del registrador en el proceso de bienes vacantes); 451 (copia de la resolución de expropiación y demás documentos que la ley exija y del certificado del registrador en los procesos de tal naturaleza); 461 (título del derecho invocado por el demandante y sendos certificados del registrador sobre los inmuebles materia del deslinde en el proceso de esta naturaleza, o de que el derecho no está inscrito cuando demanda un poseedor); 467 (prueba de que el demandante y el demandado son comuneros y certificado del registrador en los procesos divisorios); 486 (las mismas pruebas en diligencia de nombramiento de administrador de la comunidad singular fuera de proceso divisorio); 476 (las pruebas que dicha norma indica en proceso divisorio de grandes comunidades); 497 (el título de ejecución en proceso ejecutivo); 554 (el mismo título y el certificado del registrador o de la Cámara de Comercio en proceso ejecutivo con título hipotecario o predario); 588 (anexos a la demanda que acreditan el interés del demandante en proceso de sucesión); 625 (copia de la sentencia de la cual emana la disolución de la sociedad conyugal en los procesos de liquidación a causa de sentencias de jueces eclesiásticos); 628, 645 y 646 (anexos en procesos de nulidad y liquidación); 650 (anexos en procesos de jurisdicción voluntaria en general); 659 (certificado médico en el proceso de interdicción del demente o sordomudo), además de los documentos pertinentes que debe anexar el juez en los casos cuando inicie de oficio un proceso civil en los casos de ley (Art. 424).

Esta prueba, como se adelantó, demuestra además la legitimación y el interés, total o parcial del demandante, que son condiciones de la pretensión, por lo cual se apreciarán de nuevo en la sentencia de los procesos declarativos, pues en el ejecutivo la apreciación tanto para efectos procesales como sustanciales se hace en el mandamiento de pago.

7. Lo anterior indica que el juez *ex officio* debe controlar en el acto de admitir la demanda en procesos declarativos y de jurisdicción voluntaria, y aún al decretar diligencias previas, o pruebas anticipadas que constituyen medidas cautelares según Calamandrei, la jurisdicción y competencia, la existencia y debida representación de demandante y demandado o de aquel solamente en proceso voluntario, y de quien ha pedido las actuaciones preliminares referidas, así como de la persona con quien hayan de practicarse si fuere el caso. También debe controlar la clase de proceso o diligencia a seguir, y que la demanda o solicitud reúna los requisitos legales, entre ellos la debida acumulación, punto el primero que difiere del Código anterior que lo incluía en la excepción dilatoria de inepta demanda (Art. 333, 3a. ley 105 de 1931), por lo cual si era defectuoso conducía, según jurisprudencia, a sentencia inhibitoria.

Por eso expreso en mi obra de Derecho Procesal Civil, que existe un quinto presupuesto procesal, o sea la adecuación del trámite, "ya que seguir un proceso por el que no le corresponde se elevó a nulidad procesal (Art. 152, numeral 4), y se generalizó como excepción previa en todos los procesos (Art. 97, numeral 6). Además, es deber del juez darle el trámite correspondiente cuando el demandante señale uno equivocado (art. 86), o sea que se varió el sistema de que el trámite inadecuado constituía inepta demanda conforme al Art. 339 del Código derogado, por lo cual recibía el tratamiento de excepción dilatoria, o daba lugar a sentencia inhibitoria si aquella no cabía en el respectivo juicio, o no se proponía. Ahora el fenómeno adquirió autonomía, como era natural, pues encierra la garantía del debido proceso consagrado en el Art. 26 de la Constitución, que dice que nadie puede ser juzgado sino con observancia de la plenitud de las normas propias de cada juicio", (9) principio que consagra igualmente el Art. 4o. del Código Procesal Civil.

A lo cual bastaría agregar, que si los presupuestos procesales son los requisitos que deben existir a fin de que se constituya una relación procesal regular y válida, y su característica principal es que el juez oficiosamente los controle, el trámite adecuado, o sea que cada tipo de proceso siga la vía que la ley le asigna y no otra, que solo se da, según la Corte, "cuando el rito seguido es uno distinto al que la ley señala para el respectivo proceso, no cuando se omite, modifica o recorta alguna de las etapas de este" (10), es uno de tales presupuestos, ya que si se sigue un trámite diverso, por ejemplo por ordinario un asunto que tiene señalado el abreviado o viceversa, el demandado puede alegar la excepción previa, y si no lo hace, cualquiera de las partes puede proponer la nulidad, por ser esta insaneable, sin perjuicio de que cuando se invoque un procedimiento equivocado el juez al admitir la demanda ordene seguir el que la ley establece, que son los mismos controles de los demás presupuestos, por regla general.

8. El control consiste en que al encontrarse defectuoso cualquiera de dichos elementos no se admite la demanda, pues no podrá constituirse válida o regularmente la relación procesal a fin de que el demandante lo subsane, y sino lo hace se rechaza aquella. Si el Juez pasa por alto el defecto, el demandado, una vez notificado el auto admisorio, podrá interponer recurso de reposición para que se inadmita la demanda, o se rechace si falta la jurisdicción o la competencia, en el último supuesto ordenándose el envío de ella al juez que se considera competente, como lo preceptúa el Art. 140 del C. de P. C., que establece tal procedimiento "siempre que el juez declare su incompetencia" y que cuando el auto admisorio de la demanda no se haya notificado al demandado, lo que ocurre precisamente cuando el juez rechaza la demanda por falta de competencia y luego se admite por el que corresponda, al ser decidido el conflicto, se efectue tal certificación.

Pero si el demandado tampoco impugna el auto admisorio de la demanda no obstante los aludidos defectos formales, o si no prospera la reposición, aquel podrá proponer las excepciones previas de falta de jurisdicción o de competencia, falta de prueba sobre la existencia de cualquiera de las partes o de la calidad con que actúa el demandante o se cita a l demandado, de indebida representación de las mismas, de inepta demanda en los supuestos dichos y de trámite inadecuado. Y si

prosperan, se regulariza la relación procesal que ha nacido viciada o inválida, no por el control del juez, sino por dichas excepciones que técnicamente son impedimentos procesales, pues como dice la doctrina alemana, están configurados por aquellas circunstancias que obstan a la marcha del proceso. Y su regularización se realiza lo mismo que en caso de la inadmisión oficiosa o de reposición, pues el Art. 99, dispone que si se declara probada, la excepción previa de incompetencia se remite el proceso al juez competente, si la de trámite inadecuado se le dará el curso legal que corresponda, si la de inepta demanda se ordena al demandante que los subsane en tres días, y en los demás casos relativos al punto tratado, o sea de la inexistencia de las partes o de la prueba sobre la calidad con que actúan, y la de incapacidad o indebida representación de ellas, se declara terminado el proceso, que obviamente podrá iniciarse de nuevo.

En los dos casos anteriores el control conduce a la regularización del proceso, en cambio si no tienen lugar queda un tercer camino que es el de la nulidad para invalidarlos en los casos de falta de jurisdicción o de competencia, incapacidad o indebida representación de las partes y trámite inadecuado; y el de sentencia inhibitoria en los de inepta demanda, inexistencia de las partes y falta de prueba de la calidad con que actúan. Más en lo relativo al primero de ellos se entiende que la inhibitoria solo procede si el *petitum* de la demanda siendo oscuro no admite interpretación racional, y si la indebida acumulación de las pretensiones es excluyente, pero no si algunas de estas no son de competencia del Juez. Enseña la Corte: "El fallo inhibitorio es procedente cuando las pretensiones principales de la parte demandante no son acumulables, precisamente por ser opuestas o contradictorias entre sí, es decir, que una de ellas excluya a la otra, porque atenta contra el principio de contradicción. . . En cambio cuando por no haberse aplicado oportunamente alguno de los remedios procesales antes comentados, el sentenciador encuentra que la actuación es válida y está debidamente tramitada pero que carece de competencia para decidir sobre una o más de las súplicas principales, aunque sí la tiene para pronunciarse sobre las otras, puede muy bien dictar sentencia y decidir sobre el mérito de las pretensiones respecto a las cuales es competente e inhibirse parcialmente en cuanto a las demás" (Cita de Carlos Ramírez Arcila en "Acción y Acumulación de Pretensiones" Pág. 162).

El último camino tiene la restricción de que no es pertinente alegar hechos que configuran excepciones previas y causal de nulidad en ésta última forma por quienes tenían oportunidad de proponer aquellas (C. de P. C. Art. 100), esto es por el demandado o demandados, pues el demandante no está legitimado para proponer, más esta norma se refiere a hechos que son causales de excepción previa y de nulidad y no a los que no tienen dichas dos repercusiones, y como concierne solo con el demandado, el demandante sí puede alegar como nulidad tales defectos. Por fin, el demandado puede alegar tales hechos aun cuando no haya propuesto la excepción previa, cuando constituyen nulidad insaneable, pues para que no lo pueda hacer respecto a los que configuran nulidad saneable es porque se entiende ésta saneada por el hecho de no proponer la excepción. Las nulidades insaneables son la falta de jurisdicción (Art. 156), que también se origina si el juez procede contra sentencia ejecutoriada del superior, revive procesos legalmente terminados o pretermite integralmente la respectiva instancia (numeral 2o. Art. 152), y cuando se sigue un procedimiento distinto del que legalmente corresponda (Art. 26 de la Constitución).

9. Se ha generalizado la costumbre de incluir en todos los casos en el presupuesto procesal capacidad para comparecer al proceso, llamada erróneamente a veces *legitimatío ad processum*, la representación de las partes por apoderado judicial, o sea el derecho de postulación. Quizá se deba a que Guasp dentro de su teoría, que no es la acogida por nuestra jurisprudencia, incluye el "poder de postulación", y a que la capacidad para comparecer al proceso, como la designa el Art. 44 del C. de P. C., consiste en que las partes están en el proceso directamente, o representadas o autorizadas, según el caso, por sus representantes, sin fijarse en que no se refiere al derecho de postulación. Y no podía referirse, porque si se entiende por presupuesto procesal un requisito para que se constituya regular y válidamente la relación procesal, ésta puede constituirse así cuando a pesar de requerirse apoderado judicial, el demandado se limite a recibir la notificación inicial, caso en que el proceso puede finalizar por sentencia de primera o segunda instancia o de casación, sin intervención de dicha parte, quien puede inclusive resultar favorecida con absolucíón. Por otra parte, el Art. 25 del Decreto 196 de 1971 no establece la nulidad, sino sanción disciplinaria, para el juez que permita litigar a las partes sin apoderado judicial.

El Art. 152 numeral 7 del C. de P. C. eleva a nulidad por indebida representación la "carencia total de poder para el respectivo proceso", o sea cuando un apoderado actúa sin poder de la parte, pero no cuando este sea insuficiente o no se acomode a las prescripciones legales, lo que solamente implica la no admisión de la demanda, con las consecuencias del Art. 85, numeral 5. Por lo cual solo en aquel supuesto puede considerarse como integrante del presupuesto procesal capacidad para comparecer el proceso la representación judicial.

10. El proceso ejecutivo, se inspira en las mismas normas del declarativo en materia de presupuestos procesales, pero por su propia estructura, que excluye la admisibilidad de la demanda, pues ante un título de tal naturaleza el mandamiento de pago, sin citar al demandado o deudor, le ordena cumplir la obligación, el control de los presupuestos aunque no igual es equivalente, excepto en el ejecutivo con título hipotecario o prendario en que el Código erróneamente estableció traslado de la demanda, figura propia del proceso declarativo. Por analogía, si falta alguno de los requisitos formales no debe darse curso a la demanda, pues sin ellos es imposible entrar en el fondo, o sea en el examen del título ejecutivo, y dictar el pronunciamiento consiguiente. En este caso el juez señala los defectos de que aquella adolezca y si el demandante no los subsana en el término de cinco días debe rechazarla, sin calificar el título. Pero si el demandante los subsana oportunamente, procederá a la calificación de aquel, pudiendo dictar el mandamiento o negarlo, en caso de inexistencia o defecto del título. Por iguales motivos, si falta jurisdicción por ser el crédito laboral o fiscal, el rechazo será *in limine*, y si este obedece a falta de competencia ordenará enviar el asunto al juez competente, pues la demanda ejecutiva no está excluida de este procedimiento general; y como la caducidad es incompatible con la acción ejecutiva, y solo procede la prescripción, que es excepción frente a la pretensión misma, el rechazo inicial por el primer concepto no tiene lugar en proceso ejecutivo (11).

NOTAS:

- (1) Bülow: La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales Pág. 6.
- (2) Chiovenda: Instituciones de Derecho Procesal Civil, T. I. Pág. 69.
- (3) Carlos: Introducción al Estudio de Derecho Procesal, Pág. 291.
- (4) Schönke: Derecho Procesal Civil, Pág. 159.
- (5) Calamandrei: Instituciones de Derecho Procesal, Pág. 275.
- (6) Fairén Guillén: Estudios de Derecho Procesal, Pág. 233.
- (7) Morales Molina Hernando: La Audiencia Preliminar. Derecho Colombiano, No. 139, Pág. 7.
- (8) Morales Molina Hernando: El Saneamiento del Proceso. Revista del Colegio del Rosario No. 478, Pág. 24.
- (9) Morales Molina Hernando: Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, 7a. Edición, Pág. 199.
- (10) Derecho Colombiano, No. 175, Pág. 15.
- (11) Morales Molina Hernando: Diversas Modalidades de una misma institución procesal. Derecho Colombiano, No. 219, Pág. 266.