

Florez
Civil Especial

CAPÍTULO VII

CONDUCTAS DEL DEMANDADO

HORACIO CRUZ TEJADA

1. CONDUCTAS DEL DEMANDADO EN EL PROCESO CIVIL

A) Oportunidad de defensa del demandado

Para analizar las conductas que un individuo puede ejercer cuando en su contra se ha formulado una demanda judicial, es necesario situarnos en el contexto del derecho de contradicción, el cual, al igual que el derecho de acción, es de fundamento constitucional. Tal es la interpretación que se desprende del artículo 29 de nuestra Constitución Política. Así las cosas, a partir de él se desarrollan las posibles conductas del demandado.

Si bien el derecho de contradicción es público y subjetivo, solo está en cabeza de quien es demandado en un proceso judicial, de manera que no se materializa sino hasta que se actúa como demandado o denunciado. Diferente ocurre con el derecho de acción, el cual, además de reunir las características señaladas anteriormente para la contradicción, es abstracto, lo que significa que está en cabeza de todo sujeto de derecho, y aunque el individuo nunca ponga en marcha el aparato judicial para buscar la tutela de un derecho o interés jurídico, es titular del derecho de acción; lo que pasa es que solo se concreta o materializa mediante la formulación de una demanda.

Así las cosas, la demanda es el vehículo apropiado mediante el cual el demandante concreta el derecho de acción y formula sus pretensiones contra el demandado. Entre tanto, la contestación de la demanda se convierte en el instrumento adecuado para materializar el derecho de contradicción en cabeza del demandado y el escenario indicado para plantear las conductas tendentes a atacar las pretensiones del demandante, es decir, las excepciones de mérito o de fondo. El derecho de contradicción está estrechamente relacionado con otros derechos que también son de rango constitucional, como el derecho de defensa y de impugnación, y además,

forma parte del derecho al debido proceso¹. Téngase en cuenta que para el adecuado ejercicio del derecho al debido proceso, es necesario garantizar el cabal cumplimiento de los mencionados derechos en todas las etapas del proceso. Pasar por alto la posibilidad de controvertir pruebas presentadas por la contraparte es negar el derecho de contradicción (de la prueba) y, a su vez, el debido proceso. No se concibe un sistema judicial sin oportunidades adecuadas para ejercer la defensa de los propios intereses. El legislador debe definir herramientas idóneas para que las partes que integran la relación jurídica procesal puedan manifestar sus posiciones y atacar las de su adversario.

Así las cosas, damos paso al estudio de las posibles conductas que el demandado puede asumir en un proceso judicial.

2. IMPUGNACIÓN DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA O DEL MANDAMIENTO DE PAGO

Dentro de las posibles conductas que el demandado puede desplegar como consecuencia del planteamiento de una pretensión en su contra, subrayamos el derecho que tiene a impugnar la providencia mediante la cual se admite la demanda, por medio del recurso de reposición. Vale la pena señalar que por esta vía el demandado busca atacar el auto admisorio por la existencia de un posible error, bien sea en el control formal realizado por el juez, ora para controvertir el término otorgado para el traslado de la demanda².

Así mismo, cuando se ha formulado una pretensión de naturaleza ejecutiva y la autoridad judicial profiere mandamiento de pago, en el evento de considerar que el documento aducido como título ejecutivo no reúne los requisitos señalados en el artículo 488 del Código de Procedimiento

¹ Al respecto, indica el artículo 29 de la Constitución Política lo siguiente: "[...] Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; [...]". Esta garantía no se circunscribe al ámbito penal, sino que por tratarse de una prerrogativa que se enmarca en el derecho al debido proceso, debe entenderse que para todo tipo de actuación judicial y administrativa se garantiza el ejercicio a la defensa de los intereses de quienes son parte en el debate procesal.

² Supongamos que se trata de un proceso ordinario de mayor cuantía, cuyo término de traslado de la demanda es de veinte días, pero el juez señaló uno de diez días; ante este yerro de la autoridad judicial que atenta contra el derecho de defensa del demandado, a éste le cabe la posibilidad de impugnar la providencia mediante recurso de reposición, en aras de que se otorgue el término señalado en el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, caso en el cual su cómputo "comenzará a correr desde el día siguiente a la notificación del auto que resuelva el recurso" (art. 120, inc. 2°, *ibid.*).

Civil, el ejecutado tiene la posibilidad de controvertir dicha providencia judicial mediante recurso de reposición, para que lo revoque y, en su lugar, niegue la orden de apremio.

A propósito del tema, en los procesos ejecutivos y en el verbal sumario, el recurso de reposición se constituye en el camino que se ha de seguir para plantear una causal de excepción previa, dado que por ministerio de la ley, en los señalados asuntos está proscrito el trámite de este mecanismo de saneamiento del proceso, tal como lo indican los artículos 509 y 437 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente³.

3. GUARDAR SILENCIO

Otra conducta viable para quien se le ha formulado una demanda judicial es no ejercer el derecho de contradicción y guardar silencio. Asumir una conducta pasiva no significa que dé por demostrados los hechos contenidos en la demanda, ni que acepte las pretensiones incoadas. Si bien no es una conducta adecuada, sí es permitida. Claro está que el legislador ha señalado una consecuencia adversa para quien actúe de tal manera. Es así que el artículo 95 del estatuto procesal civil indica que ante “la falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, serán apreciadas por el juez como indicio grave en contra del demandado, salvó que la ley le atribuya otro efecto”.

No obstante presentarse tal consecuencia, en todo caso el demandante tiene la carga de probar los hechos invocados en la demanda (C. de P. C., art. 177), de tal manera que si el demandado decide guardar silencio y el demandante no logra demostrar los hechos que le sirvieron de fundamento a sus pretensiones, a pesar del indicio grave en contra del demandado, la sentencia proferida por la autoridad judicial será desestimatoria de las pretensiones del actor.

Así pues, asumir una conducta activa dentro del proceso resulta más benéfico para el demandado, dado que en el término de traslado de la demanda puede señalar las pruebas que pretende hacer valer dentro del proceso, bien sea aportándolas o solicitándolas. En caso de no contestar la

³ En cuanto al proceso de ejecución, cabe mencionar que el artículo 511 del Código de Procedimiento Civil le permite al fiador plantear, mediante excepción previa, el beneficio de excusión (C. C., art. 2382). Como ya se indicó, en los procesos ejecutivos no hay lugar al trámite de este tipo de excepciones, lo que indica que en caso de proponerse tal beneficio en favor del fiador, deberá hacerse por vía de recurso de reposición contra el auto de mandamiento de pago.

demanda, no tendrá la posibilidad de modificar o solicitar nuevas pruebas dentro de los tres días siguientes a la audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, pues del contenido del inciso 2º del párrafo 3º de dicho precepto se puede apreciar que solo le está permitido a quien presenta la demanda o le da contestación⁴. Si el escenario adecuado para presentar y solicitar pruebas es la demanda para el demandante y su contestación para el demandado, si éste no asume tal conducta, ¿qué modificación va a hacer frente a la pruebas que se van a practicar en el proceso si no ha hecho petición alguna?

Si bien, para la mayoría de procesos la ley ha señalado tal consecuencia ante el silencio del demandado (indicio grave en contra), hay casos en los que dicha conducta genera consecuencias más severas; tal el del proceso de rendición de cuentas (C. de P. C., art. 418) y el de restitución de inmueble arrendado (*ibid.*, art. 424), en los cuales el juez no puede valorar la conducta del demandado como indicio grave en contra, sino que aprobará las cuentas presentadas en la demanda mediante auto que presta mérito ejecutivo, para el primero⁵, o dictará sentencia que ordene la entrega del bien, para la segunda situación. Igual consecuencia se genera en el proceso de entrega de la cosa por el tradente al adquirente⁶, evento en el cual se ordenará la entrega del bien sin mediar otro trámite (*ibid.*, art. 417).

No debe dejarse de lado que en los procesos ejecutivos el silencio del demandado también genera una situación particular no prevista en el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil, la cual consiste en la obligación del juez de dictar sentencia que ordene seguir adelante con la ejecución (C. de P. C., art. 507).

⁴ En efecto, dicha disposición señala lo siguiente: “[...] Después de terminada la audiencia y dentro de los tres días siguientes, las partes podrán modificar las solicitudes de pruebas contenidas en la demanda, en la contestación o en cualquier otro escrito que de acuerdo con la ley pueda contenerlas”.

⁵ Similar consecuencia se presenta en el proceso de rendición espontánea de cuentas (C. de P. C., art. 419), en virtud del cual, cuando el demandado no se opone a la obligación de recibir las cuentas, no objeta el monto señalado por el demandante, ni formula excepciones previas, la autoridad judicial debe aprobar las cuentas presentadas por el demandante, mediante auto que también prestará mérito ejecutivo.

⁶ A propósito del proceso de entrega de la cosa por el tradente al adquirente, el profesor JAIRO PARRA afirma lo siguiente: “Este silencio del demandado tiene efectos de allanamiento. En este proceso, esa conducta se aprecia en una forma más robusta que la de indicio grave en contra del demandado, como sucede en la mayoría de los procesos”. JAIRO PARRA QUIJANO, *Derecho procesal civil*, Parte especial, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1995, pág. 22. Citado por RAMIRO BEJARANO GUZMÁN, *Procesos declarativos*, 4ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2008, pág. 148.

No obstante, a pesar de las consecuencias que en el proceso de conocimiento pueda generar la inactividad del demandado, cuando resulten demostrados hechos constitutivos de una excepción de mérito, el juez debe declararla de oficio en la sentencia, en atención a lo previsto en el artículo 306 de nuestro estatuto procesal, salvo que se trate de las excepciones de prescripción, compensación y nulidad relativa, las cuales, como lo señala la disposición mencionada, deben ser alegadas expresamente por el demandado para que la autoridad judicial pueda declararlas probadas en el fallo que le ponga fin a la instancia.

4. ALLANAMIENTO

A diferencia de la conducta anterior, que es completamente pasiva, allanarse implica desplegar una actitud de parte del demandado encaminada a aceptar los hechos y pretensiones formulados en la demanda.

Puede suceder que el demandado esté completamente de acuerdo con la demanda que le han instaurado en su contra, o mejor, con las pretensiones incoadas por el demandante en su demanda y el fundamento fáctico invocado, lo que lleva al demandado a asumir una conducta de aceptación frente a tales pretensiones y hechos, con el ánimo de no generar mayores dilaciones para el proceso⁷.

⁷ A propósito del concepto de esta figura, la Corte ha señalado lo siguiente: "el allanamiento significa por antonomasia un sujetarse sin condiciones de ninguna clase, un someterse o avenirse al derecho invocado por el actor en toda su extensión, aceptando no solamente su legitimidad intrínseca sino también las circunstancias fácticas en que se sustenta, por manera que sus alcances no son otros que los de un acto unilateral de carácter dispositivo cuyo contenido es una renuncia inequívoca a continuar la contienda, acompañada de la confesión de los hechos afirmados por el demandante, acto de disposición este que producirá los efectos especiales que indica la ley en punto de darle origen a la terminación anticipada del proceso, total o parcialmente según el caso, en la medida en que, además de reunir los requisitos adjetivos previstos en el ordenamiento para su admisibilidad formal, concurren los presupuestos de los que depende su eficacia de conformidad con el artículo 94 del Código de Procedimiento Civil. Dicho en otras palabras y por cuanto sin duda alguna se trata de una actitud de excepción o anormal, la manifestación de allanamiento debe ser categórica y terminante, fruto de fórmulas precisas e indubitables tan libres de sospecha por la redacción traslúcida que las refleja, que puedan igualarse a las de una liberalidad lisa y llana; y una manifestación tal, con estas características, para que pueda recibir el condigno tratamiento procesal y dársele la influencia debida en el contenido de la sentencia, tiene por fuerza que cubrir, tanto las pretensiones de la demanda como los fundamentos de hecho de la misma, de suerte que «[...] si se aceptan las súplicas pero se niegan los hechos fundamentales de la misma; o se aceptan los hechos pero exterioriza oposición a la pretensión, no se configura el fenómeno o la institución del allanamiento a la demanda [...]» (Cas. civ. de 22 noviembre de 1988 sin publicar).

El demandado puede ejercer esta conducta desde el momento mismo en que es notificado del auto admisorio de la demanda, mediante contestación, hasta antes de proferirse sentencia de primera o de única instancia. Lo anterior tiene su razón de ser, dado que dictado el fallo que le pone fin a la instancia, si el demandado está conforme con la decisión judicial, lo que debe hacer no es allanarse sino cumplir la decisión adoptada por el juez.

Téngase en cuenta que esta postura solo es procedente para los procesos declarativos o de conocimiento⁸, dada la naturaleza de las pretensiones que se ventilan⁹. Si nos situamos en el escenario de un proceso ejecutivo, por ejemplo, no sería viable que el demandado se allanara a la demanda formulada por el acreedor. Dado que se parte de la existencia de un derecho que es cierto e indiscutible, pero que ha sido insatisfecho, si el demandado está de acuerdo con la pretensión ejecutiva, el camino correcto que hay que seguir será cumplir con lo dispuesto en el mandamiento de pago¹⁰.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 12 julio 1995, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

⁸ Dentro de los cuales incluimos el proceso arbitral, en tanto la naturaleza de la pretensión que se ventila es declarativa.

⁹ No obstante, vale la pena aclarar que no procede frente a todos los asuntos que se ventilan por el proceso declarativo, sino solo en aquellos casos en los que se controvierte un derecho susceptible de disposición por las partes (C. de P. C., art. 94).

¹⁰ Sobre la procedencia del allanamiento, se ha aceptado que tenga lugar en las acciones populares. Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado: "el allanamiento a la demanda, con el debido respeto de las condiciones fijadas por la ley, no se opone a la naturaleza de la acción popular cuando se trata de defender el patrimonio público, puesto que esta figura procesal busca favorecer la lealtad de los sujetos procesales y la celeridad del proceso, lo cual no solo es compatible con la acción popular sino que desarrolla los principios de eficiencia, economía y celeridad de la función judicial. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que tanto las acciones contractuales, de reparación directa y popular, cuando esta trata de prevenir la afectación del patrimonio público, tienen un contenido económico, esto es, involucran y persiguen la defensa de intereses económicos. Por ende, la naturaleza de las acciones contenciosas administrativas es compatible con la finalidad de la acción popular que hace procedente el allanamiento a la demanda. Finalmente, la Sala considera que el allanamiento a la demanda procede en las acciones populares porque la finalidad constitucional y legal de estas acciones está referida a garantizar la efectividad de los derechos de la comunidad. No obstante, al tenor de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 del Código de Procedimiento Civil, que por remisión del artículo 218 del Código Contencioso Administrativo deben aplicarse, la procedencia del allanamiento a la demanda está sometida al cumplimiento de los requisitos adjetivos que son sus presupuestos de eficacia". Sección Quinta, sent. de 24 agosto 2001, C. P. Dario Quiñones Pinilla. Acción popular instaurada por el procurador provincial de Ibagué contra municipio de Ibagué y otros.

La consecuencia que genera el allanamiento apunta a que el juez debe proceder a dictar sentencia de plano, de conformidad con las pretensiones de la demanda. Sin embargo, antes de proferir el fallo, la autoridad judicial deberá examinar si se ha presentado algún tipo de colusión o fraude que haya llevado al demandado a ejercer una conducta de aceptación frente al contenido de la demanda. En caso de que se advierta tal situación, el juez deberá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio, lo que indica que continuará el trámite del proceso (C. de P. C., art. 93). En el mismo sentido deberá proceder en caso de que se presente una intervención principal o *ad excludendum* y éste lo solicite.

Ahora bien, ¿qué pasa cuando el demandado es representado mediante curador *ad litem*?, ¿puede éste allanarse a las pretensiones de la demanda?

La respuesta es negativa, dado que al curador para la litis le está vedada la posibilidad de disponer del derecho en litigio. En efecto, el artículo 46 del estatuto procesal civil indica que “está facultado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte, así como constituir apoderado judicial bajo su responsabilidad, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio”. Así las cosas, allanarse a las pretensiones de la demanda implica un acto de disposición del derecho en litigio, para lo cual, el apoderado judicial deberá tener expresa autorización del mandatario, y está claro que el curador *ad litem* actúa en representación del ausente por designación de la autoridad judicial y no en virtud de un mandato.

Al respecto, el artículo 94 del Código de Procedimiento Civil señala los eventos en los cuales es ineficaz el allanamiento, y dentro del listado que trae tal disposición indica que “cuando se haga por medio de apoderado y este carezca de facultad para confesar”, no surtirá efectos el allanamiento¹¹. Si bien se hace referencia al apoderado judicial designado por el demandado, con mayor razón el curador *ad litem*, que es un auxiliar de la justicia que actúa, no en calidad de mandatario del demandado, sino por designación judicial para representarlo ante su ausencia o no comparecencia, debe restringirse la posibilidad de allanarse a las pretensiones de la demanda.

De otro lado, en el evento en que la parte demandada esté constituida por varios sujetos, debemos precisar si se constituye un litisconsorcio

¹¹ Es imprecisa la redacción que trae el numeral 5 del artículo, el cual señala que el allanamiento es ineficaz “cuando se haga por medio de apoderado y este carezca de facultad para confesar”, dado que el representante judicial del demandado solo puede allanarse si tiene facultad expresa para hacerlo, situación que es diferente de la confesión, como lo señala el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil.

necesario o voluntario, pues la consecuencia de uno y otro es diferente. En efecto, cuando se trata de un litisconsorcio voluntario o facultativo, como cada uno de los sujetos que integra el extremo pasivo de la pretensión tiene una relación sustancial diferente con la parte demandante, cuando uno de ellos decide allanarse a las pretensiones de la demanda, el juez resolverá sobre tal postura y el proceso continuará frente a los demás sujetos.

Ahora bien, cuando se trata de un litisconsorcio necesario por pasiva, para que el allanamiento surta efectos es indispensable que dicho acto de disposición del derecho provenga de todos los integrantes de tal relación; de no ser así, devendrá ineficaz, dada la relación inescindible que existe entre los sujetos que integran la parte demandada.

5. NEGATIVA SIMPLE

Esta conducta consiste en presentar una negación de los hechos que fundan la pretensión y nada más, lo que implica que la carga de la prueba de tales hechos se mantiene en cabeza del demandante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 177 de nuestro estatuto procesal¹².

En el proceso de conocimiento es conducta aceptada, pues los hechos aún no se encuentran demostrados, y precisamente se promueve tal proceso para salir de la incertidumbre y lograr un grado de certeza tal que le permita a la autoridad judicial dictar sentencia. Situación que no es admisible en los procesos de ejecución, como veremos más adelante.

Cuando el demandado se limita a ejercer esta conducta, en realidad no está contestando a la demanda; tan solo está negando los hechos planteados en ella. De acuerdo con el contenido del artículo 92 del Código de Procedimiento Civil, para que el escrito formulado por el demandado se enmarque como una contestación de demanda, requiere que, además de negar los hechos y pronunciarse sobre las pretensiones incoadas en la demanda, plantee excepciones de mérito y solicite o aporte las pruebas encaminadas a demostrar los hechos que fundan sus excepciones. De lo anterior se desprende que el momento procesal oportuno para plantear esta conducta es en el término de traslado de la demanda.

Pero, cuando el demandado no acude directamente al proceso ni por intermedio de apoderado, sino que es representado por curador *ad litem*,

¹² Ordena esta disposición que “le incumbe al demandante probar los hechos que fundamentan sus pretensiones y al demandado probar aquellos que fundamentan sus excepciones”; sin embargo, en la situación que planteamos no se configura una excepción de mérito, lo que indica que no puede dársele ese tratamiento a la formulación de una simple negativa.

cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿puede el curador *ad litem* limitarse a negar los hechos planteados en la demanda?

En realidad, el curador poco o nada conoce de la relación sustancial que se debate en el proceso judicial, lo que nos lleva a pensar que en la mayoría de las ocasiones en que el demandado es representado por este auxiliar de la justicia, se limitará a negar los hechos incoados en la demanda¹³ o al menos manifestará que no le constan y solicita que se prueben, manteniendo así la carga de la prueba en cabeza del demandante. Dicho en otras palabras: cuando el curador *ad litem* conoce el texto de la demanda que se ha formulado en contra de quien va a representar, generalmente no plantea excepciones de mérito, pues desconoce la relación sustancial debatida. Frente a los hechos planteados en la demanda se expresa utilizando la conocida frase "no me consta, que se pruebe", lo que se traduce en una negación simple de los hechos contenidos en el acto introductorio del proceso.

6. EXCEPCIONES DE MÉRITO

Las excepciones de fondo o de mérito constituyen una expresión del derecho de contradicción, que está en cabeza del demandado. Podríamos definir las como hechos nuevos, desconocidos para el proceso, que el demandado pone de presente en la contestación de la demandada, con el propósito de atacar las pretensiones formuladas por el demandante en su demanda, bien sea paralizando¹⁴, impidiendo, modificando o extinguiendo sus efectos¹⁵. Así las cosas, mientras que en la demanda se plantean pretensiones de parte del demandante, en la contestación o en el término previsto para ello, el demandado formula excepciones.

¹³ A no ser que advierta la consolidación de un término de prescripción o de caducidad mediante la correspondiente excepción de fondo.

¹⁴ Tal es el caso de la excepción que plantea el demandado cuando el demandante pretende el pago de una prestación antes del vencimiento del plazo acordado por las partes. El demandado no busca extinguir el derecho del demandante sino que pone de presente que éste se ha alegado antes de tiempo.

¹⁵ Frente a las excepciones que buscan impedir, modificar o extinguir el derecho reclamado por el demandante, se suelen conocer como excepciones perentorias; respecto a las impeditivas, nos referimos, por ejemplo, a la excepción de simulación, en cuya virtud se busca impedir que el demandante sea el titular del derecho reclamado, dado que éste nunca nació a la vida jurídica; respecto de las modificativas, encontramos la excepción de novación, la cual apunta a determinar que el derecho reclamado se ha modificado definitivamente y, frente a la tercera situación, podemos citar la excepción de prescripción extintiva del derecho alegado. Cfr. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de derecho procesal*, t. I, Teoría general del proceso, Santa Fe de Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1994, págs. 246, 250.

Como se trata de hechos nuevos que buscan desvirtuar o atacar el derecho invocado en las pretensiones del demandante, el demandado tiene la carga de demostrarlos (C. de P. C., art. 177). En efecto, se le da aplicación al principio según el cual el demandado, cuando excepciona, se torna en actor (*reus in excipiendo fit actor*)¹⁶, conocido popularmente como "quien afirma prueba".

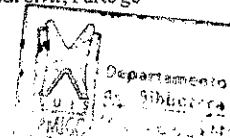
Cuando el demandado formula excepciones de mérito, en muchos casos implica aceptación de los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones del demandante, pero pone de presente una situación *de facto* desconocida para el proceso. Así, cuando por ejemplo A pretende la reivindicación de un predio que es poseído por B, si éste formula la excepción de prescripción extintiva del derecho invocado por A, está aceptando que es poseedor del predio materia del proceso, pero pone en conocimiento que el derecho del demandante se ha extinguido como consecuencia de la consolidación de un término de prescripción. Situación similar se presenta cuando se pretende, por ejemplo, la declaración de filiación y el demandado plantea la excepción *plurium contrupratorum*, en cuya virtud acepta que efectivamente sostuvo relaciones sexuales con la madre del niño respecto del cual se reclama la paternidad durante el tiempo en que se presume la concepción, pero además, manifiesta que en la misma época, la madre sostuvo relaciones con otras personas. Así las cosas, tendrá el demandado la carga de demostrar el fundamento fáctico de sus excepciones.

A propósito de las excepciones de mérito, su fundamento lo encontramos en la ley sustancial, dado que sus efectos apuntan a atacar el derecho sustancial reclamado por el demandante; no es necesario que se les dé una denominación al momento de alegarlas; basta con señalar el fundamento fáctico en el que se soportan, pues será en el debate probatorio el escenario adecuado para demostrarlas o desvirtuarlas. Al respecto ha señalado el Tribunal Superior de Bogotá¹⁷ lo siguiente:

"Lo que constituye una excepción no es el nombre que le dé su autor, sino el hecho involucrado en su apoyo, en tal forma que si se propone la excepción de pago, y lo que genera el hecho alegado jurídicamente es la de compensación, ésta será la que debe declararse probada, porque es la que se desprende del hecho sometido al estudio y consideración del juzgador.

¹⁶ Citado por C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 febrero 1995, M. P. Rafael Romero Sierra, exp. 4365.

¹⁷ Citada por HERNANDO MORALES MOLINA, *Curso de derecho procesal civil*, Parte general, 9ª ed., Bogotá, Edic. ABC, 1985, págs. 156-157.



El hecho o hechos es lo que es materia del examen judicial y no la denominación que le dé el excepcionante, que puede ser equivocada y no encajar en el hecho alegado y probado, y es el juzgador a quien corresponde deducir las consecuencias que resulten de los hechos probados" (*Justicia*, núm. 4, pág. 272).

En ese orden de ideas, la denominación que le dé a la excepción de fondo el demandado, no tiene mayor relevancia, pues de acuerdo con su definición, las excepciones de mérito son hechos nuevos que eran desconocidos para el proceso, los cuales están encaminados a desvirtuar el derecho reclamado por el demandante. Así, lo que importa es el fundamento fáctico que comporta la excepción y, si ésta es demostrada en el proceso, deberá ser declarada en la sentencia¹⁸.

A) Trámite y decisión de las excepciones de mérito

Cuando el demandado decide formular excepciones de fondo, deberá hacerlo en la contestación de la demanda¹⁹. Como se trata de hechos nuevos desconocidos para el proceso, una vez vencido el término de traslado de la demanda, se debe correr un traslado adicional al demandante para que se pronuncie sobre tales excepciones y, de ser el caso, solicite nuevas pruebas encaminadas a desvirtuar el fundamento fáctico de la oposición planteada por el demandado. Dicho traslado debe hacerse por vía secretarial, mediante el sistema de fijación en lista (C. de P. C., art. 108), lo que indica que el secretario debe analizar el escrito de contestación de demanda para verificar si efectivamente se plantearon excepciones de fondo. No obstante, en muchos juzgados lo que se hace es que el secretario, quizá por desconocimiento de la ley o por descargarse de trabajo, entra el expediente al despacho del juez para que sea éste, mediante auto, quien corra traslado de las excepciones de mérito, lo cual desconoce el conte-

¹⁸ En el mismo sentido la Corte ha señalado: "En cuanto a las excepciones, la Sala reafirma una vez más que ellas más que una denominación jurídica son hechos que debe concretar el opositor, para que la contraparte con un debate legal sepa cuáles contrapruebas ha de presentar y de qué modo ha de organizar la defensa" (núm. 1949, 524). "Se desprende de todo lo anterior, entonces, que cuando el demandado dice que excepciona, pero limitándose a denominar más o menos caprichosamente la presunta excepción, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo excepción ninguna, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto" (CXXX, 19). MORALES MOLINA, *op. cit.*, pág. 157.

¹⁹ Salvo que se trate de proceso ejecutivo, caso en el cual no se habla de un término para contestar la demanda sino para formular excepciones de mérito, como veremos más adelante.

nido del artículo 399 de nuestro Código de Procedimiento Civil²⁰; solo cuando se trata de excepciones planteadas dentro de un proceso ejecutivo opera el traslado mediante auto (C. de P. C., art. 510). Por ello se recomienda atender tanto los estados como los traslados fijados en la cartelera del juzgado y así evitar sorpresas desagradables.

En el proceso de conocimiento, salvo tres situaciones que revisaremos en seguida, no es necesario que el demandado alegue excepciones de fondo en la oportunidad que tiene para contestar la demanda, pues a pesar de no haber invocado excepción alguna, basta demostrar la existencia de una de ellas en la etapa probatoria para que el juez la declare de oficio en la sentencia. Esto significa que si el demandado no plantea excepciones de mérito pero con el acervo probatorio recaudado, al momento de dictar sentencia la autoridad judicial advierte la presencia de un hecho que "mata" o desvirtúa las pretensiones del actor, debe declararlo de oficio, so pena de que el fallo adolezca de incongruencia (C. de P. C., art. 305).

No obstante, cuando se trata de prescripción, nulidad relativa o compensación, el demandado tiene la carga de alegar tales hechos en la contestación de la demanda, pues frente a estas tres situaciones no es posible hacer pronunciamiento de oficio²¹. Es decir, si el demandado no las alega oportunamente, a pesar de estar demostradas, el juez no puede declararlas probadas en la sentencia; de proceder en forma contraria, la decisión judicial sería incongruente (C. de P. C., arts. 305 y 306). Al respecto, señala el artículo 2513 de nuestro Código Civil lo siguiente: "El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio". Así mismo, el artículo 1743, *ibidem*, dispone que "la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte".

²⁰ Sucede también en muchas ocasiones que el secretario, para dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil, deja el expediente en secretaría cuando apenas se han formulado negativas simples de parte del demandado, lo que evidencia que no realiza un control sobre la contestación para verificar si se presentaron o no verdaderas excepciones de fondo. Ante esta situación se podría presentar un desconocimiento del derecho de defensa y de igualdad del demandado, dado que al demandante se le está otorgando una oportunidad más que al demandado para solicitar pruebas. Solo si hay formulación de hechos nuevos cabe el traslado adicional al demandante.

²¹ Por eso la doctrina foránea las ha denominado *excepciones propias*, que deben ser alegadas por el demandado en la contestación de la demanda para poder ser declaradas en la sentencia, a diferencia de las *impropias*, las cuales basta con demostrar su existencia para que el juez las declare probadas. GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, citado por DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, pág. 243.

Así las cosas, al demandado no le cabe la posibilidad de alegar las tres situaciones descritas vencido el término para contestar la demanda, como por ejemplo en el período probatorio, dado que resulta extemporánea la formulación de tales excepciones.

B) *¿Las excepciones de mérito y la simple negación de los hechos tienen el mismo tratamiento en el proceso de conocimiento y en el proceso ejecutivo?*

Cuando nos encontramos en el escenario del proceso de conocimiento, una conducta adecuada que puede ejercer el demandado es la contestación de la demanda, instrumento mediante el cual plantea excepciones de fondo. Sin embargo, en la contestación de la demanda no solamente es viable promover excepciones de mérito; en ella también es posible que el demandado niegue los hechos invocados por el demandante en la demanda, lo cual no configura una excepción de fondo, como ya lo indicamos en líneas anteriores.

Entre tanto, ante el cobro forzado de una prestación mediante el proceso ejecutivo, no es viable asumir la conducta señalada. Es por ello que en las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que regulan el proceso ejecutivo no se indica de manera alguna la posibilidad de contestar la demanda. Pero ello no significa que al demandado se le desconozca su derecho de defensa. La conducta adecuada que puede ejercer es la formulación de excepciones de mérito, sin que ello signifique que deba contestar a la demanda.

Esta restricción tiene su razón de ser. Para que se pueda promover un proceso de ejecución es necesario que el demandante aporte el correspondiente título ejecutivo. Una vez que la autoridad judicial verifica el contenido de este documento y llega a la conclusión de que reúne los requisitos del título ejecutivo²², libra mandamiento de pago. A diferencia

²² El artículo 488 del Código de Procedimiento Civil señala los requisitos del título ejecutivo. Sin embargo, existen ciertos documentos que, a pesar de no reunir tales requisitos, por ministerio de la ley prestan mérito ejecutivo: es el caso de los llamados títulos ejecutivos de carácter especial, como por ejemplo las facturas de servicios públicos, que si bien son documentos que no provienen del deudor, el artículo 130 de la ley 142 de 1994 señala que podrán constituirse en título ejecutivo. Así mismo, el artículo 48 de la Ley de Propiedad Horizontal (675 de 2001) determina que las deudas por concepto de administración prestarán mérito ejecutivo. En efecto, dispone este precepto lo siguiente: "*Procedimiento ejecutivo.*— En los procesos ejecutivos entablados por el representante legal de la persona jurídica a que se refiere esta ley para el cobro de multas u obligaciones pecuniarias derivadas de expensas ordinarias y extraordinarias, con sus correspondientes intereses, solo podrán exigirse por el juez competente como anexos a la respectiva demanda el poder debidamente otorgado, el certificado sobre existencia y

del proceso de conocimiento, aquí se parte de la certeza del derecho y se busca su reconocimiento; en otras palabras, la prueba de la existencia de la obligación es *ex ante* al proceso, lo que significa que para promover demanda ejecutiva se requiere demostrar los hechos que fundan la pretensión, mientras que en el proceso de conocimiento se parte de la incertidumbre para llegar a la certeza del derecho. Por consiguiente, dentro de la estructura del proceso ejecutivo no existe un período probatorio; solo cuando el demandado pone en entredicho el título ejecutivo se abre la posibilidad de practicar pruebas, es decir, se genera una fase cognoscitiva dentro del proceso ejecutivo. El debate probatorio solo tiene cabida en la medida en que el demandado discuta la existencia de la obligación, mediante la formulación de excepciones de mérito. Es decir, el juez libra orden de apremio cuando estima que el documento allegado con la demanda como base del título ejecutivo reúne todos los requisitos señalados en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, y una vez el demandado es notificado de dicho mandamiento, le presenta a la autoridad judicial hechos nuevos para el proceso, encaminados a atacar la pretensión del demandante, como por ejemplo, la excepción de pago o de prescripción extintiva de la obligación, eventos en los cuales se abre una etapa de conocimiento en la cual el demandado deberá demostrar los hechos que fundan sus excepciones. Dicha etapa terminará con una sentencia que acogera o desvirtuara las excepciones planteadas por el demandado.

Es por ello que la simple negativa de los hechos que fundan las pretensiones no es una conducta idónea en el proceso ejecutivo. Si el demandado quiere desvirtuar el título ejecutivo, reiteramos, deberá atacarlo mediante las excepciones de fondo.

Sin embargo, en los estrados judiciales se presenta una conducta equivocada, que consiste en hacer una negación simple de los hechos planteados en la demanda. Pero eso no es lo reprochable. El problema radica en que muchos jueces, desconociendo quizá el verdadero significado de una excepción de fondo, le dan a tal conducta una connotación de excepción de mérito y le corren traslado al demandante para que se pronuncie sobre tal conducta. Como si fuera poco, los abogados que representan a la parte activa de la relación jurídico-procesal atienden dicho traslado, se

representación de la persona jurídica demandante y demandada en caso de que el deudor ostente esta calidad, el título ejecutivo contentivo de la obligación que será solamente el certificado expedido por el administrador sin ningún requisito ni procedimiento adicional y copia del certificado de intereses expedido por la Superintendencia Bancaria o por el organismo que haga sus veces o de la parte pertinente del reglamento que autorice un interés inferior [...]"

pronuncian sobre él y se genera una dilación innecesaria del proceso cuando lo que debía proceder era la aplicación del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil, es decir, dictar sentencia que ordene seguir adelante con la ejecución, porque no se formularon excepciones de mérito.

Ante una situación como estas, lo que debe hacer la autoridad judicial es asimilar dicha conducta con el silencio del demandado y proceder a dictar sentencia que ordene seguir adelante con la ejecución, dado que no formuló excepciones de fondo contra las pretensiones del demandante. Dicho en otras palabras: negar los hechos en el proceso ejecutivo no genera una consecuencia distinta de la señalada para cuando el demandado ha guardado silencio.

En caso que el juez no proceda de tal forma y adecue tal conducta a una excepción de fondo, corriendo traslado al demandante, lo que éste debe hacer es impugnar dicho auto mediante recurso de reposición y explicarle a la autoridad judicial que no se está en presencia de una excepción de mérito, sino ante una negativa simple, la cual no tiene cabida en el proceso ejecutivo.

C) Excepción de mérito en el proceso ejecutivo

Como bien lo señalamos en el numeral precedente, dentro del proceso ejecutivo no hay lugar a la negación de los hechos planteados en la demanda, dado que se parte de la certeza de la existencia del derecho. Si el demandado quiere poner en tela de juicio la existencia de la obligación contenida en el documento que se aduce como título ejecutivo, deberá hacerlo por medio de la formulación de excepciones de fondo o de mérito dentro del término señalado por el legislador, que para los procesos ejecutivos quirografarios o con garantía personal, será de diez días (C. de P. C., art. 509), mientras que para los ejecutivos con garantía real, de cinco días (*ibid.*, art. 555). De pasarse por alto dicha oportunidad, dada la naturaleza que tiene el proceso ejecutivo, la etapa subsiguiente será dictar sentencia que ordene seguir adelante con la ejecución, providencia que no es apelable (*idem.*, art. 507).

Resulta claro que quien ha sido demandado en proceso ejecutivo guarda silencio frente al mandamiento de pago proferido en su contra, el legislador disponga que se continúe con la ejecución sin que le sea permitido al demandado apelar de la sentencia que así lo ordena, en aras de lograr el cumplimiento forzado de la prestación debida²³. Pero ¿qué pasa en el evento en que el demandado haya formulado excepciones de mé-

²³ Mediante sent. C-900 de 2003 (M. P. Jaime Araújo Rentería), la Corte Constitucional declaró la *exequibilidad* del artículo 505 del Código de Procedimiento Civil y

rito y el juez no les dio trámite por considerar que fueron presentadas por fuera del término legal? Si por un lado la ley le ordena al juez que ante la ausencia de excepciones de fondo dicte sentencia que ordene seguir adelante con la ejecución, pero por otro lado el demandado impugna la providencia judicial mediante la cual se rechazaron de plano tales excepciones, de llegar a proferirse sentencia ¿puede el demandado atacar esta decisión? ¿Podría el juez de conocimiento dictar sentencia estando pendiente de resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto que rechazó el trámite de las excepciones?

Se trata de una situación particular que debe ser resuelta garantizando el derecho de defensa del demandado. A este propósito, por tratarse de una providencia interlocutoria —el auto que rechaza de plano las excepciones—, el efecto en que se surte el recurso será el devolutivo, lo cual, como se indica en el capítulo de medios de impugnación, no impide que se profiera sentencia mientras se desata el recurso de alzada contra el auto que rechazó las excepciones. No obstante, de llegar a proferirse sentencia, si ésta no es apelada por la parte perjudicada (demandado), el recurso de apelación formulado contra el auto al que se ha hecho referencia se declara desierto; pero esta consecuencia no puede predicarse para el evento que ya reseñamos, dado que la razón por la cual el demandado no impugnó la sentencia, fue por impedimento legal. Debe, por tanto, tramitarse la apelación contra el auto que rechazó las excepciones y, en caso de revocarse dicha decisión, se correrá traslado al demandante para que se pronuncie sobre los hechos que fundan tales excepciones, generando así una fase cognoscitiva dentro del proceso ejecutivo.

a) *Tacha de falsedad del título ejecutivo*. Este asunto cobra suma importancia en el proceso ejecutivo, dado que se pone en tela de juicio la autenticidad del documento que constituye el título ejecutivo, lo que obliga a restarle valor.

sostuvo que la supresión del recurso de apelación respecto del auto de mandamiento de pago no implicaba el desconocimiento de los derechos a la múltiple instancia y a la igualdad. Respecto del primero, señala que la segunda instancia no forma parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso y el legislador cuenta con la potestad de configuración normativa. En cuanto al segundo, acogemos la opinión que manifestamos en otra publicación: "Diferente situación se presenta frente al ejecutado, quien tiene la posibilidad de ejercer su derecho de defensa formulando excepciones de mérito con los mismos planteamientos que haría en la apelación; de igual manera, tiene la posibilidad de interponer recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo y por esa vía plantear las causales de excepción previa a que haya lugar". HORACIO CRUZ TEJADA y JUAN CARLOS NAIZIR SISTAC, *El Código de Procedimiento Civil a la luz de la Constitución Política*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 232.

Existen dos caminos para promover la tacha de falsedad contra el título ejecutivo; así, cuando el demandado ha propuesto de manera oportuna excepciones de mérito y ha planteado la tacha de falsedad en el mismo término, se tramitará y resolverá junto con aquellas. Esa es la interpretación que se le debe dar al inciso 1° del artículo 289 del Código de Procedimiento Civil, que indica que “la parte contra quien se presente un documento público o privado, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó con esta [...]”. Si bien en el proceso ejecutivo no hay lugar a contestar la demanda, el término que indica la disposición señalada corresponde al que tiene el ejecutado en el proceso ejecutivo para formular excepciones de fondo.

Así mismo, en caso de no proponerse ninguna excepción de mérito, la tacha de falsedad deberá tramitarse mediante incidente, de conformidad con lo previsto en el artículo 290 *ibidem*, que señala que “en los procesos de sucesión y en los de ejecución en que no se propusieren excepciones, la tacha se tramitará y resolverá como incidente”.

Recapitemos: la oportunidad para resolver la tacha de falsedad depende de la formulación de excepciones de fondo; en el evento de que sean planteadas por el demandado, la tacha se resolverá junto con éstas en la sentencia; en caso contrario, se resolverán mediante incidente.

D) Excepción de prescripción extintiva y adquisitiva

A raíz de la ley 791 de 2002, la figura de la prescripción sufrió importantes reformas que debemos mencionar. Antes de dicha ley, quien pretendía adquirir un derecho que estaba en cabeza de otro, empleando el modo de la usucapión, solo lo podía hacer ejercitando la correspondiente pretensión de prescripción adquisitiva de tal derecho. Pero si se estaba en el otro extremo de la relación jurídico-procesal, es decir, se era sujeto pasivo de la pretensión (demandado), la conducta adecuada que debía ejercer apuntaba a formular la excepción de prescripción extintiva del derecho de su contraparte y, a su vez, debía promover demanda de reconvencción, a fin de poder plantear la pretensión de prescripción adquisitiva. En caso de limitarse a plantear la excepción mencionada, seguramente le iba a prosperar, pero no se le podía adjudicar el derecho que se le extinguió al demandante, dado que el juez no puede otorgar más de lo pedido. Igual suerte corría si formulaba en la contestación de la demanda las excepciones de prescripción extintiva y adquisitiva, pues ésta no era la ruta adecuada para lograr la usucapión.

Lo anterior indica que la prescripción adquisitiva no era procedente por vía de excepción de mérito, sino mediante el ejercicio de una demanda

judicial, bien fuera a iniciativa del prescribiente o mediante la de reconvencción cuando fuere demandado²⁴.

Como consecuencia de la mencionada ley, ahora es posible que tanto la prescripción extintiva como la adquisitiva, se puedan formular, bien sea mediante el ejercicio del derecho de acción materializado en una demanda, o por vía de excepción.

Este nuevo panorama, aunque resulta un poco exótico²⁵, le permite al prescribiente que, en el evento de ser demandado en un proceso ordinario, pueda plantear en la contestación de la demanda las excepciones de prescripción extintiva del derecho del demandante y, a su vez, la de prescripción adquisitiva, con el ánimo de extinguir el derecho de su adversario y que se le declare como su titular.

7. A FALTA DE REQUISITOS FORMALES DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, ¿PROCEDE SU INADMISIÓN?

Como ya lo mencionamos, el vehículo adecuado que está a disposición del demandado para materializar su derecho de contradicción es la contestación de la demanda, mediante la cual puede formular excepciones de fondo, con las que busca desvirtuar los hechos que fundan las pretensiones

²⁴ En efecto, antes de la ley 120 de 1928 en el Código Civil se consagraba la posibilidad de alegar la prescripción pero solo por vía de excepción, de manera que el poseedor debía esperar a ser demandado para formularla. Tal ley corrigió dicha situación pero cometió el error de señalar que los efectos de la sentencia que declaraba la pertenencia eran *inter partes*. Solo desde 1943, con la ley 51, se consagraron efectos *erga omnes* a la sentencia de pertenencia. Posteriormente, con la expedición del Código de Procedimiento Civil, mediante decreto 1400 de 1970, se estableció el proceso de declaración de pertenencia, el cual asume las reglas del proceso ordinario de mayor cuantía con algunas particularidades descritas en el artículo 413 inicial, reformado posteriormente por el decreto 2282 de 1989, quedando regulado en el artículo 407 del estatuto procesal. No puede dejarse de lado que con el decreto 508 de 1974 se diseñó un mecanismo especial para la declaración de pertenencia de bienes rurales menores de quince hectáreas; en efecto, en tal decreto se dispuso el saneamiento de la pequeña propiedad rural, asumiendo el trámite de un proceso abreviado. Así mismo, en 1989, con la ley 9ª, llamada de Reforma Urbana, modificada posteriormente por la ley 388 de 1997, se reguló la pertenencia para bienes inmuebles destinados a viviendas de interés social. Para revisar con mayor profundidad los antecedentes de las leyes que han regulado la prescripción como pretensión y como excepción, se sugiere consultar el texto de RAMIRO BEJARANO GUZMÁN, *op. cit.*, págs. 91-96.

²⁵ Las excepciones de mérito o de fondo son hechos nuevos que el demandado pone de presente, los cuales están encaminados a atacar las pretensiones de la demanda; no se busca con ellas plantear una nueva situación para el reconocimiento de un derecho en cabeza del demandado; si así se quiere, el camino adecuado es formular una nueva pretensión haciendo uso de la demanda de reconvencción.

del demandante y, además, puede oponerse simplemente a los hechos indicados en la demanda, por medio de la llamada negativa simple. Sin embargo, en el artículo 92 de nuestro estatuto procesal civil, el legislador ha previsto una serie de requisitos formales que debe contener la contestación de demanda. En efecto, observa dicha disposición en sus numerales 1 y 5 lo siguiente:

“1. La expresión del nombre del demandado, su domicilio o a falta de éste su residencia y los de su representante o apoderado, en caso de no comparecer por sí mismo.

”[...].

”5. La indicación bajo juramento, que se considerará prestado con la presentación del escrito, del lugar de habitación o de trabajo donde el demandado o su representante o apoderado recibirán notificaciones”.

Si bien el legislador ha dispuesto para la contestación de la demanda unos requisitos de orden formal, ante la ausencia de uno de ellos no señala de manera expresa consecuencia alguna, como sí ocurre para la presentación de la demanda (C. de P. C., art. 85). La razón es que a la contestación de la demanda no se le puede dar el mismo tratamiento riguroso que a la demanda, dado que mientras en ésta se pone de presente el desarrollo del sistema dispositivo, en aquella se busca ejercitar el derecho constitucional de contradicción. El legislador no dispone de una consecuencia negativa para la inepta contestación de demanda, no por olvido sino porque está de por medio el derecho constitucional de defensa.

Sin embargo, la jurisprudencia ha señalado que en el evento en que se presente un defecto formal en el escrito de contestación de demanda, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° del Código de Procedimiento Civil, se aplique la regulación prevista en el artículo 85 *ibidem* y se otorgue al demandado un término similar al que tiene el demandante para subsanar la demanda, con el ánimo de corregir los defectos de que padezca su contestación. Así, por ejemplo, se pronunció el Tribunal Superior de Bogotá²⁶, al decir:

“[...] Empero, precisa advertir que según el artículo 5° del estatuto procesal, los vacíos y deficiencias que se encuentren en las disposiciones del mismo se suplen con las normas que regulan casos análogos, de manera que para el *sub lite* lo lógico y legal es que el juez dé oportunidad igual al demandado, en cuyas circunstancias, en el presente caso, habría teni-

²⁶ Auto de 10 mayo 1979, M. P. Antonio Rodríguez, citado en *Código de Procedimiento Civil*, Bogotá, Legis, febrero 2007-febrero 2008, pág. 90.

do que inadmitir la contestación y señalar un término para que indicara el lugar en el cual pudiese recibir notificaciones [...]”.

En igual sentido la Corte Constitucional²⁷, por vía de revisión de tutela, ha señalado:

“[...] Sin embargo, la jurisprudencia ha adoptado una posición distinta con fundamento en lo previsto en el artículo 5° del Código de Procedimiento Civil. Así ha entendido que existe un plazo judicial para que el demandado pueda corregir las eventuales deficiencias procesales que se presenten en el escrito de contestación, a partir del reconocimiento de un vacío normativo en dicha materia que debe suplirse con la aplicación de las normas que regulan casos análogos, en específico, las referentes a la corrección de las demandas (C. de P. C., art. 85). Para quienes participen de esta posición jurisprudencial, es necesario que el juez le confiera un término de cinco (5) días al demandado, para que éste pueda subsanar los defectos que adolezca su escrito de contestación. Conforme lo anterior, se ha concluido que tener por no contestada la demanda por una deficiencia netamente procesal, significa un sacrificio desproporcional para el derecho de contradicción y para la primacía del derecho sustancial sobre las formas (Const. Pol., arts. 29 y 228), que compromete la igualdad procesal reconocida en la Constitución Política (art. 13)”.

Si bien es cierto que nuestro estatuto procesal civil señala en el artículo 5° que ante la ausencia de una disposición legal que regule una situación, se atenderá a lo que disponga la norma que regule un caso análogo, no cabe su aplicación para este evento, dado que, como lo mencionamos atrás, la falta de regulación expresa ante la omisión de requisitos formales de la contestación de la demanda no es por olvido del legislador sino porque consideró que para la materialización del derecho de contradicción no se le podía exigir al demandado las mismas formalidades previstas para la demanda.

La ley no establece una sanción por la falta de requisitos formales de la contestación de la demanda. Es así que ante la ausencia de los presupuestos señalados en los numerales 1 y 5 del artículo 92 del Código de Procedimiento Civil, se deben tener por ciertos los datos indicados por el demandante en su demanda²⁸ y no conceder un término de cinco días al demandado para subsanar tal situación, como equivocadamente lo plantea la Corte Constitucional en la sentencia mencionada, posición que, si bien apunta a proteger el derecho de contradicción del demandado,

²⁷ Sent. T-1098 de 28 octubre 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁸ Cfr. OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE, *Saneamiento procesal*, 2005, obra inédita.



precisamente por la prevalencia del derecho sustancial debe entenderse que a falta de requisitos formales de la contestación, se acude a los datos suministrados por el demandante en su demanda.

Diferente es si el demandado no hace un pronunciamiento expreso sobre los hechos que fundan las pretensiones de la demanda, mediante una oposición simple o calificada²⁹. Ante el silencio del demandado frente a lo que se considera la esencia de la contestación de la demanda, creemos que no se configura como tal este acto procesal, razón por la cual se tiene por no contestada, lo que genera la consecuencia descrita en el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que “la falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, serán apreciadas por el juez como indicio grave en contra del demandado, salvo que la ley le atribuya otro efecto”. En efecto, se trata de una conducta procesal asumida por el demandado, la cual debe ser valorada por el juez como indicio grave en su contra.

8. EXCEPCIONES PREVIAS COMO REMEDIO PROCESAL

Si bien nuestra legislación las ha denominado *excepciones previas*, en realidad su naturaleza corresponde a unos mecanismos diseñados por el legislador para buscar el saneamiento del proceso cuando éste se encuentre viciado de alguna irregularidad. En otras palabras, con las excepciones previas se pretende depurar el proceso cuando adolezca de alguna “enfermedad”³⁰.

Por tal razón esta clase de excepciones solo encuentran parecido frente a las de mérito en cuanto al nombre, dado que la finalidad de aquellas dista de la de éstas; mientras las primeras buscan sanear el litigio, las segundas atacan la pretensión³¹.

²⁹ Mediante el planteamiento de una negativa simple o formulando excepciones de mérito.

³⁰ Se trata de un control formal que realiza el demandado sobre la demanda formulada en su contra. Cuando ésta se presenta, le corresponde al juez realizar un análisis de forma de ella; al superar este “filtro”, la demanda es admitida y será ahora el demandado quien debe advertir si se presenta alguna de las irregularidades consagradas como causales de excepción previa, lo que indica que éste realiza otro control formal sobre la demanda.

³¹ Con acierto plantea TEJERO DUQUE lo siguiente: “Nótese que las excepciones previas no configuran actitudes frente a la pretensión, pues no es de su esencia discutirla o atacarla, dado que su existencia se endereza al saneamiento procesal o, dicho de otra forma, a denunciar los vicios que el procedimiento comporta hasta el momento de la comunicación al demandado”. TEJERO DUQUE, *op. cit.*

No obstante, se ha aceptado en nuestro medio la terminología “excepción previa”.

Como se trata de un mecanismo de depuración del proceso³², la ley ha diseñado una lista taxativa de causales de excepción previa, las cuales encontramos descritas en el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, disposición que además incluye tres situaciones que, a pesar de tener la naturaleza de excepción de mérito, es posible alegarlas por vía de excepción previa, para que sean resueltas al comienzo del proceso y no en la sentencia, como ocurre con las de fondo. En efecto, han sido denominadas excepciones mixtas, pues como se advierte, a pesar de tener la naturaleza de atacar el derecho invocado por el demandante, se pueden tramitar como excepciones previas; son ellas las de cosa juzgada, transacción y caducidad de la acción. No obstante, en el evento en que el demandado haya planteado alguna de estas situaciones mediante excepción previa, no significa que no pueda hacerlo también por vía de excepción de fondo, razón por la cual, si se declara no probada al principio del proceso y el demandado también la ha planteado como ataque a las pretensiones del demandante, la autoridad judicial deberá pronunciarse en la sentencia sobre la excepción de mérito. Claro está que si no se plantea por esta vía y en todo caso se halle probada en el proceso, el juez deberá declararla en la decisión que le ponga fin a la instancia.

A) ¿Cómo se lleva a cabo el trámite y la resolución de las excepciones previas?

Como lo comentamos en líneas anteriores, las excepciones previas constituyen un mecanismo de depuración del proceso, mediante las cuales se busca sanearlo. La oportunidad que se tiene para alegarlas es el mismo término de traslado de la demanda, tal como lo prevé el artículo 98 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone que éstas deberán proponerse por el demandado en escrito separado al de contestación de la demanda, pues, como ya lo advertimos, no se configura un ataque a las pretensiones del demandante, sino que se constituye en un control formal en cabeza del demandado. Por esta razón, no es necesario contestar la demanda para formular excepciones previas, dado que ambas conductas son autónomas y su trámite, independiente; basta invocar una de las causales consagradas por el legislador de manera taxativa (C. de P. C., art. 97), expresando las razones y los hechos en que se funda, de acuerdo con el contenido del artículo 98 *ibidem*.

³² MIGUEL ENRIQUE ROJAS GÓMEZ, *El proceso civil colombiano*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, págs. 185 y ss.

Una vez formulada la correspondiente causal de excepción previa, el secretario debe entrar el expediente al despacho del juez para que sea éste quien analice si la situación alegada está enlistada en el artículo 97 de nuestro estatuto procesal, dado que en esta materia opera la taxatividad en sus causales. Una vez la autoridad judicial revisa el contenido del escrito de excepciones previas, ordena correr traslado al demandante por el término de tres días para que solicite las pruebas encaminadas a desvirtuar los hechos en que se fundan las excepciones planteadas o, según el caso, subsane los defectos de que adolece la demanda o presente los documentos que hagan falta (C. de P. C., art. 99).

En algunos eventos el legislador ha previsto la posibilidad de practicar pruebas diferentes de la documental; es el caso en el que se alega la falta de competencia, bien sea por el domicilio de persona natural, por el lugar donde ocurrió el hecho o por la cuantía, cuando no se tratare de dinero; así mismo, cuando se plantea la causal de falta de integración del litisconsorcio necesario y no exista prueba documental (art. 98, *id.*). Así las cosas, si se requiere la práctica de pruebas diferentes de la documental, el momento adecuado para resolverlas será la audiencia de que trata el artículo 101 de nuestro estatuto procesal civil, salvo que no esté prevista para el asunto en el que se haya alegado la correspondiente excepción previa, caso en el cual deberá resolverse dentro de los cinco días siguientes a la práctica de las pruebas decretadas (art. 99, num. 6 *idem*).

De otro lado, la prosperidad de ciertas excepciones previas conlleva la terminación del proceso; son ellas las consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6, 10 (pacto arbitral, inexistencia del demandante o demandado, incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado, falta de prueba de la calidad en que actúa el demandante o se cita al demandado, pleito pendiente entre demandante y demandado respecto del mismo asunto)³³ y las de cosa juzgada, transacción o caducidad de la acción, siempre que versen sobre la totalidad de las pretensiones o de los sujetos que forman parte de la relación jurídico-procesal. En los demás eventos el proceso continuará su trámite pero habiéndose subsanado la irregularidad planteada.

³³ Si bien en el numeral 7 del artículo 99 del Código de Procedimiento Civil se incluye la falta de jurisdicción como una causal que de demostrarse daría lugar a la terminación del proceso, en atención a lo dispuesto por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-662 de 2004, el juez debe remitir el expediente a quien considere competente, como se verá más adelante, cuando se analice la causal.

B) ¿Cuáles son las causales de excepción previa que señala el legislador?

Como ya lo mencionamos, las causales de excepción previa están taxativamente señaladas en el artículo 97 de nuestro estatuto procesal civil³⁴. Nos referiremos a ellas de manera general, dado que un estudio profundo de cada una de ellas desborda el propósito de este capítulo.

a) *Falta de jurisdicción.* Antes de explicar esta causal de excepción previa, debemos tener claro cuál es el concepto de jurisdicción que regula nuestro estatuto procesal. Si bien en teoría del proceso el vocablo *jurisdicción* hace referencia a la función pública de administrar justicia, la cual está en cabeza del Estado, representado en los jueces, nuestro Código de Procedimiento lo trata de manera distinta, pues la asimila a la competencia por áreas. En otras palabras: los asuntos de naturaleza civil, penal, laboral, de familia, que para la Constitución Política están situados en la jurisdicción ordinaria, para los códigos procesales corresponden a la jurisdicción civil, penal, laboral y de familia. Así las cosas, hay falta de jurisdicción cuando un asunto que debe conocer el juez laboral se presenta ante el juez civil o administrativo. Igual ocurre cuando se pone en conocimiento de un juez laboral, debiendo presentarse ante el juez civil, de familia, penal o administrativo.

En cuanto a los efectos que produce la declaratoria de falta de jurisdicción, cabe hacer unas anotaciones. En efecto, el numeral 7 del artículo 99 del Código de Procedimiento Civil dispone que se declarará terminado el proceso, lo que en principio obliga al demandante a formular nuevamente la demanda ante el juez que sí es competente, de acuerdo con lo previsto en el penúltimo inciso del artículo 85 del mismo estatuto, en virtud del cual, cuando se rechaza la demanda por falta de jurisdicción, se ordena devolver los anexos sin necesidad de desglose. Sin embargo, con ocasión de la sentencia C-662 de 8 de julio de 2004³⁵, proferida por la Corte Constitucional, el juez que declara la falta de jurisdicción debe

³⁴ Vale la pena mencionar que en el anteproyecto de Código General del Proceso, elaborado por una comisión conformada por miembros del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, se acordó incluir al listado de excepciones previas, la de falta manifiesta de legitimación en la causa y carencia del derecho reclamado por expresa prohibición legal, entre otras razones, para evitar un desgaste inoficioso del aparato judicial. Se puede consultar el acta núm. 16 de 21 enero 2004, en www.icdp.org.co.

³⁵ Con ponencia del magistrado Rodrigo Uprimny Yepes, la Corte declaró inexecutable el numeral 2 del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto se refiere a las excepciones de falta de jurisdicción y existencia de pacto arbitral.

remidir el expediente a quien considere competente, para que sea éste quien tramite el asunto. Nótese que ya el demandante no tiene que formular nuevamente demanda, pues es la misma autoridad judicial la que debe enviar el expediente al juez competente, lo que resulta ser una medida sana, si se piensa en que está de por medio la consolidación de un término de prescripción o de caducidad para el derecho del demandante³⁶.

b) *Falta de competencia*. Esta causal de excepción previa se presenta cuando determinado asunto se presenta ante una autoridad judicial que si bien pertenece a la misma área, corresponde a uno jerárquicamente inferior o superior, o de otra localidad. Expliquemos el punto con un ejemplo: Pedro, domiciliado en Pereira, y Juan, domiciliado en Bogotá, celebran un contrato de suministro de electrodomésticos avaluados en cien millones de pesos, para ser ejecutado en Cali. Juan decide promover proceso ordinario para lograr el cumplimiento del contrato o, en su defecto, la resolución de éste. Formula la demanda ante el juez civil municipal de Bogotá. Atendiendo a las reglas generales de competencia, por el factor objetivo el juez competente es el juez civil del circuito y, de acuerdo con el domicilio del demandado (C. de P. C., art. 23, num. 1) o el lugar de cumplimiento del contrato (art. 23, num. 5 *ibid.*), será la autoridad judicial de Pereira o de Cali la que deba conocer de la demanda. Como el asunto fue sometido a conocimiento del juez civil municipal de Bogotá, Pedro podrá formular la excepción previa de falta de competencia.

c) *Compromiso o cláusula compromisoria*. Cuando las partes, en virtud del ejercicio de la autonomía privada, deciden sustraer de los jueces ordinarios el conocimiento de una controversia y someterla ante unos particulares investidos de la función pública de administrar justicia, llámense árbitros, pero una de ellas desconoce el pacto arbitral suscrito y promueve proceso judicial, para la otra nace la posibilidad de formular la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria.

Podría pensarse que en caso de que una situación problemática respecto de la cual exista pacto arbitral fuera sometida a conocimiento de una autoridad judicial, existiría falta de jurisdicción, dado que corresponde a la arbitral dirimir tal controversia; sin embargo, de manera expresa

³⁶ Recordemos que con la presentación de la demanda se interrumpe el término de prescripción e impide la operancia de la caducidad, siempre que el demandante logre notificar al demandado dentro del año siguiente a la fecha en que el primero se notificó por estado o personalmente del auto admisorio de la demanda. Si prosperaba la excepción previa de falta de jurisdicción, el demandante debía presentar nuevamente su demanda, corriendo el riesgo de que se consolidara un término de prescripción o de caducidad, dado el tiempo transcurrido entre la presentación de la demanda inicial y la segunda.

el legislador ha distinguido en dos causales de excepción previa la falta de jurisdicción (art. 97-1 *ibid.*) y el pacto arbitral (art. 97-3 *ibid.*).

No obstante, es perfectamente válido que de existir pacto arbitral entre las partes, puedan reconsiderar su decisión y regresar el asunto al conocimiento de los jueces ordinarios, de los que en un principio se había sustraído. Si es en virtud del acuerdo de voluntades que nace la posibilidad de someter una controversia al conocimiento de un tribunal de arbitraje, precisamente con base en el ejercicio de esa autonomía privada se pueden desconocer los efectos de la cláusula compromisoria o del compromiso; ocurre lo anterior cuando, por un lado, una de las partes formula demanda ante la autoridad judicial, atendiendo a las reglas de competencia, mientras que su demandado prescinde de la posibilidad de formular la correspondiente excepción previa, saneando así la irregularidad y renunciando al pacto arbitral³⁷. En otras palabras: si las partes, de mutuo acuerdo, decidieron sustraer de la justicia ordinaria el conocimiento de un asunto para llevarlo a tribunal de arbitraje, es de competencia de aquellas renunciar al pacto arbitral y regresar a la justicia ordinaria³⁸.

Cabe anotar que mediante la sentencia C-662 de 2004, a la cual hicimos referencia al explicar la falta de jurisdicción, el máximo tribunal constitucional señaló que de prosperar la excepción previa de pacto arbitral, la autoridad judicial debe otorgar a las partes un plazo razonable para acudir ante un tribunal de arbitraje, con el ánimo de que la interrupción de la prescripción y la inoperancia de la caducidad se den a partir de la presentación de la demanda inicial; de no hacerlo, correrán el riesgo de que se consolide un término de prescripción o de caducidad, dado que los efectos interruptores se presentarán con la demanda formulada ante el tribunal de arbitraje.

Debido a que solo los asuntos que serían susceptibles de transigirse y ventilarse por el trámite del proceso declarativo pueden ser sometidos a conocimiento de tribunales de arbitramento, dentro de los procesos ejecutivos no es procedente formular por vía de recurso de reposición la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria, aunque las partes la hayan pactado³⁹.

³⁷ Cfr. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ, "La cláusula compromisoria y el compromiso como motivos de excepción previa", en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, agosto de 1983, págs. 82-83.

³⁸ En efecto, el numeral 2 del artículo 43 del decreto 2279 de 1989, permite que por voluntad de las partes cesen las funciones del tribunal de arbitraje.

³⁹ Sin embargo, en virtud de la sentencia C-294 de 1995, con ponencia del magistrado Jorge Arango Mejía, la Corte Constitucional abrió la posibilidad para que las preten-

d) *Inexistencia del demandante o del demandado*. Cuando la persona que se indica como demandante o demandado no existe, bien sea porque ha fallecido (cuando se trata de persona natural), o ha sido disuelta (en el caso de que se trate de persona jurídica), o nunca ha existido, no tiene capacidad para ser parte, lo que legitima al demandado para promover la correspondiente excepción previa, en caso de que el juez no haya observado esta irregularidad al realizar el control formal de la demanda.

Diferente es cuando se demanda a una persona con el mismo nombre (homónimo), caso en el cual no se configura la causal de excepción previa, dado que la persona que se pretendía demandar y a la que se ha demandado sí existen; lo que pasa es que se dirigió la demanda contra una diferente pero con el mismo nombre. En este caso, quien ha sido demandado deberá plantear la excepción de fondo de falta de legitimación en la causa, la cual será resuelta en la sentencia⁴⁰.

e) *Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado*. Si bien toda persona, por el hecho de ser sujeto de derecho, tiene capacidad para ser parte, no todas pueden comparecer por sí mismas al proceso. Por ello el legislador ha previsto que "tienen capacidad para comparecer por sí al proceso, las personas que pueden disponer de sus derechos", en tanto que las demás deberán hacerlo por intermedio de sus representantes (C. de P. C., art. 44).

Pero ¿quiénes pueden disponer de sus derechos? Para responder a este interrogante, debemos remitirnos al contenido del artículo 1504 del Código Civil, el cual reza:

siones de naturaleza ejecutiva fueran llevadas a conocimiento de tribunales de arbitramento, como consecuencia de la declaración de *exequibilidad* del artículo 2° del decreto 2651 de 1991. Para ello será necesario que una ley lo permita. Al respecto, vale la pena traer a colación unos comentarios que se hicieron en otra obra de nuestra autoría: "[...] para que se dé la posibilidad de llevar ante un tribunal de arbitramento una controversia que verse sobre el cumplimiento forzado de una obligación, se requiere una disposición legal que así lo exprese; no obstante, ya se hizo un intento de regulación sobre el tema en los artículos 87 a 97 de la ley 510 de 1999 sobre sistema financiero y asegurador, y en los artículos 35 a 38 de la ley 546 del mismo año sobre financiación de vivienda, pero estos fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-1140 de 2000 [sic], por violar los derechos fundamentales del debido proceso y del derecho a la defensa en cabeza de los deudores". CRUZ TEJADA y NAIZIR SISTAC, *op. cit.*, pág. 383.

⁴⁰ Claro está que en algunos eventos, por ministerio de la ley, se exige como requisito para formular la demanda, la existencia de legitimación en la causa, so pena de no ser admitida la demanda, como sucede en los procesos de divorcio (C. C., art. 157). En este caso es posible que se configure la causal de excepción previa señalada en el numeral 6 del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, al no presentarse la prueba de la calidad de cónyuge en que actúa el demandante o se cita al demandado.

"Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender.

"Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

"Inc. 3°—*Modificado*. Decr. 2820 de 1974, art. 60. Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

"Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos".

Así las cosas, la incapacidad solo se predica de las personas naturales señaladas en la disposición transcrita. Para que ellas puedan comparecer al proceso, deberán actuar por intermedio de su representante legal o de un curador *ad litem* designado (C. de P. C., art. 45). En el evento de que el demandante sea una persona natural que no pueda comparecer por sí al proceso porque se encuentra en un estado de incapacidad absoluta o relativa, al demandado le cabe la posibilidad de plantear la excepción previa a la que nos referimos. Sin embargo, no puede formularla en el caso contrario, es decir, cuando es el demandado quien carece de capacidad para comparecer al proceso, dado que se aplica la máxima según la cual "nadie puede invocar su propia torpeza en su favor" (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Ahora bien, frente a las personas jurídicas opera la excepción previa, no por incapacidad, sino por indebida representación. Se presenta en caso de que una persona jurídica demanda o es demandada por intermedio de quien no es su representante legal. Sin embargo, esta situación también puede predicarse de las personas naturales; tal es el caso del incapaz que actúa en el proceso por intermedio de quien no es su representante legal. Así mismo, cuando el demandante comparece al proceso sin tener derecho de postulación y no le es permitido actuar en causa propia (C. de P. C., art. 63), o cuando actúa por intermedio de apoderado pero sin otorgar el respectivo poder, o este no es suficiente, se configura la excepción previa de indebida representación.

f) *Falta de prueba de la calidad en que actúa el demandante o se cita al demandado*. Hay eventos en los cuales es necesario aportar con la demanda prueba de la calidad en que el demandante actúa o se cita al demandado; tal es el caso del heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de comunidad o albacea (art. 77, num. 5 *ibid.*). Sin embargo, en

caso de que sea imposible para el demandante acreditar la calidad en que debe citar al demandado, así lo deberá advertir con la demanda, para lo cual se procederá como dispone el artículo 78 de nuestro estatuto procesal.

Hay una situación especial frente a la cual el legislador no tiene una posición clara; es el caso del acreedor del poseedor que está en vías de adquirir por usucapión un bien, pero no ha promovido el correspondiente proceso de declaración de pertenencia. Al respecto, el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil faculta al acreedor para promover en nombre de su deudor-poseedor tal proceso, para que una vez declarada la pertenencia, forme parte de la llamada prenda general de los acreedores. En efecto, se trata de una legitimación extraordinaria frente a la cual, por virtud del contenido del numeral 6 del artículo 97 *ibidem* al decir "[...] y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado", el acreedor debe aportar prueba de su calidad, so pena de que la parte demandada formule la correspondiente excepción previa⁴¹.

En realidad, si bien el legislador consagró de manera específica la causal de excepción previa que se comenta, ante la ausencia de la prueba de la calidad en que actúa el demandante o se cita al demandado se configura un defecto formal de la demanda, lo que causa que ésta carezca de los requisitos formales, situación descrita como causal de inadmisión de parte del juez y de excepción previa en cabeza del demandado, como lo veremos en el siguiente numeral.

g) *Ineptitud de la demanda*. La ley prevé ciertas formalidades para la presentación de la demanda, cuya omisión genera una irregularidad que debe advertir la autoridad judicial al momento de realizar el control formal de ella; en caso de pasarlo por alto y admitir la demanda, le corresponderá al demandado ponerla de presente mediante la respectiva excepción previa.

⁴¹ Cfr. TEJEIRO DUQUE, *op. cit.*, pág. 38. En sentido contrario el profesor BEJARANO plantea: "En segundo término, para formular demanda el acreedor no necesita exhibir título que preste mérito ejecutivo. Basta que afirme ser acreedor para que se admita la demanda. Desde luego, ello no implica que al proceso no interese este asunto, porque en la sentencia, en todo caso, debe quedar claro que el demandante sí es acreedor del poseedor, como requisito de legitimación en la causa". BEJARANO GUZMÁN, *op. cit.*, pág. 99. Disentimos de esta posición, dado que si bien no se exige de manera expresa la presentación del título que preste mérito ejecutivo, el acreedor debe aportar prueba siquiera sumaria de su calidad, so pena de que prospere la correspondiente excepción previa. Claro que si aporta el documento base de la obligación será mucho mejor, pues no habrá duda alguna acerca de la legitimación en la causa. Por esa razón, no basta con solo afirmar que es acreedor del poseedor.

Así las cosas, se considera que hay inepta demanda cuando no cumple con los requisitos señalados en los artículos 75 y 76 del Código de Procedimiento Civil, o se ha omitido la presentación de uno de los documentos señalados en el 77, cuando se formulan varias pretensiones y su acumulación desconoce el contenido del artículo 82 de nuestro estatuto procesal.

h) *Trámite inadecuado*. Para la solución de las controversias suscitadas entre las personas, el legislador ha diseñado diferentes trámites, teniendo como punto de partida la naturaleza de la pretensión que se va a ventilar en el debate procesal. Por tanto, en nuestro ordenamiento procesal encontramos los procesos declarativos o de conocimiento, dentro de los cuales observamos diversos trámites, como son el ordinario, abreviado, verbal de mayor y de menor cuantía y verbal sumario; así mismo, tenemos los procesos ejecutivos, liquidatorios, de jurisdicción voluntaria y el arbitral, respecto del cual ya hicimos las anotaciones correspondientes cuando estudiamos la excepción previa de existencia de pacto arbitral.

Si bien el juez tiene el deber de adecuar el trámite en caso de que el demandante se haya equivocado en su escogencia (C. de P. C., art. 86), en caso de que se pase por alto y admita la demanda a pesar de corresponder el asunto a un trámite diferente al señalado por el actor, al demandado le cabe la posibilidad de formular la correspondiente excepción previa, para que el asunto se debata por la vía que el legislador ha previsto.

Cabe advertir que cuando se le imparte a la demanda un trámite diferente del que le corresponde, se configura una causal de nulidad insanable, aunque se haya encaminado el asunto por el trámite del proceso ordinario, debiendo serlo por uno especial, situación que antes de una decisión de *inexequibilidad* de la Corte Constitucional⁴², se consideraba que la irregularidad quedaba saneada. En efecto, el máximo tribunal constitucional sustrajo del ordenamiento jurídico el numeral 6 del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, por considerar que se desconocía el derecho al debido proceso, argumento que no podemos compartir. No vemos de qué manera se puede menoscabar el derecho de defensa y, por ende, al debido proceso del demandado cuando un asunto que debía tramitarse por una vía especial, por ejemplo, el verbal o el abreviado, se surtió por el ordinario, si es precisamente en este escenario en el que se presentan mayores oportunidades de defensa para las partes. Es un verdadero retroceso de la Corte al rendirle culto al *procedimentalismo*, por encima

⁴² Sent. C-407 de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía.

del derecho sustancial⁴³. Supongamos que un proceso de declaración de pertenencia sobre un predio destinado a vivienda de interés social, cuyo trámite es el abreviado⁴⁴, se sometió a las reglas previstas para el ordinario de declaración de pertenencia (C. de P. C., art. 407), otorgando a la parte demandada no diez, sino veinte días para contestar la demanda, el edicto emplazatorio a personas indeterminadas se fijó en secretaría del juzgado por veinte días, además de haberse publicado por dos veces, y se practica inspección forzosa al inmueble objeto del proceso. ¿Dónde está la vulneración al debido proceso? Si bien la Constitución Política señala en el artículo 29 que se deben respetar las formas propias de cada juicio, garantía enmarcada en el derecho al debido proceso, no debe dejarse de lado el contenido del artículo 228 de nuestro ordenamiento superior, el cual elevó a canon constitucional el principio de prevalencia del derecho sustancial, que ya se había establecido en el decreto 1400 de 1970 (C. de P. C.). Así las cosas, en el evento de que se desconozca la forma aplicable para un determinado acto procesal, si éste cumplió con su finalidad y no dejó de lado las garantías constitucionales del proceso, como es el derecho al debido proceso, la irregularidad presentada debe ser subsanada, en atención a la prevalencia del fondo sobre la forma.

A propósito del trámite de las excepciones previas, como lo señalamos al revisar el recurso de reposición como conducta que puede desplegar el demandado contra el auto admisorio de la demanda o el mandamiento de pago, según el caso, hay ciertos asuntos respecto de los cuales el legislador lo ha restringido; tal es el caso del proceso ejecutivo y del verbal sumario, eventos en los cuales, de advertirse una causal consagrada en el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, deberá proponerse por vía del recurso de reposición contra el mandamiento de pago o el auto admisorio de la demanda, según corresponda. Así mismo, en otros asuntos no cabe la posibilidad de alegar excepciones previas por el trámite general ni por vía de reposición, como es el escenario del proceso de expropiación, en el cual es el juez quien de manera oficiosa se debe pronunciar ante la presencia de una de las causales señaladas en los numerales 1, 3, 4, 5 y 7 de la

⁴³ Al respecto, CRUZ TEJADA y NAIKIR SISTAC, *op. cit.*, pág. 312-313.

⁴⁴ Señala el artículo 94 de la ley 388 de 1997 lo siguiente: “*Modificación de los procedimientos de prescripción ordinaria y extraordinaria del dominio*. Se introducen las siguientes modificaciones a los procedimientos de prescripción ordinaria y extraordinaria de dominio, regulados por la ley 9ª de 1989 y el Código de Procedimiento Civil: 1. los procesos de pertenencia de soluciones de vivienda de interés social, que se ajusten a lo previsto en el artículo 51 de la ley 9ª de 1989, se tramitarán y decidirán en proceso abreviado, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, en la ley 9ª de 1989 y en las disposiciones adicionales contenidas en la presente ley. [...]”.

disposición mencionada. A pesar de tal prohibición, nada impide que el demandado le ponga de presente al juez la existencia de una de las causales aludidas para que éste se pronuncie en la sentencia de expropiación.

i) *Falta de integración del contradictorio*. Cuando de la relación jurídico-material llevada al debate procesal se advierte la existencia de una pluralidad de sujetos que forman parte de ella pero que no fueron citados, el demandado puede poner de presente esta irregularidad mediante la excepción previa a la que nos referimos, en caso de que el juez lo haya pasado por alto al admitir la demanda.

En caso de que el demandado no advierta esta situación y el proceso continúe, la autoridad judicial puede integrar el contradictorio en cualquier momento del proceso hasta antes de pronunciarse de fondo mediante sentencia que le ponga fin a la instancia; en el evento de que ésta se haya proferido sin haber integrado debidamente las partes que conforman la relación jurídico-procesal, el juez *ad quem* podrá anular el fallo para que se cite a los sujetos que integran la relación sustancial debatida, se integre el contradictorio y se dicte la correspondiente sentencia⁴⁵.

j) *Pleito pendiente*. Cuando entre dos procesos existe identidad en los elementos que constituyen la pretensión, es decir, entre los sujetos que integran la relación jurídica procesal, el objeto (material y jurídico) y la causa que la funda, el demandado puede formular la excepción previa de pleito pendiente, lo que indica que existe otro proceso en curso en el que se está debatiendo exactamente la misma pretensión. En cambio, si el segundo proceso difiere en uno de los elementos mencionados, ya no se

⁴⁵ Al respecto, vale la pena mencionar que cuando no se integraba debidamente el contradictorio, la posición que sostenía la Corte Suprema de Justicia era que el juez debía inhibirse para fallar de fondo. Como ejemplo de esta postura transcribimos apartes de una sentencia: “Cuando varios sujetos forman litisconsorcio necesario, el contradictorio no queda integrado si no se los demanda y cita al proceso a todos ellos. En el caso de faltar alguno, no puede el juez pronunciar sentencia de mérito, sino inhibitoria”. Agrega la Corte: “Y es claro que si un instrumento público contiene no solo un contrato de compraventa sino también una novación por cambio del deudor, y en la celebración de tales actos intervinieron tres personas distintas y se pide la invalidación tanto de la escritura como de su contenido el juez habrá de inhibirse si el contradictorio se integra únicamente con dos de esas personas, que fue lo ocurrido en el caso de este proceso”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 29 septiembre 1980, proferida dentro del proceso ordinario de Elvira Escobar de Restrepo contra Gran Colombiana de Vivienda Ltda. Granvivienda. M. P. Ricardo Uribe Holguín. Citada por JAIRO PARRA QUIJANO, *Los terceros en el proceso civil*, 6ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2001, págs. 297-298. Dicha tesis ha sido superada y ahora es posible que el juez de segunda instancia declare la nulidad de la sentencia del *a quo*, para que se ordene la citación de los litisconsortes necesarios que no fueron citados. Ver sent. de 6 octubre 1999, M. P. Silvio Fernando Trejos.

tratará de la misma pretensión, luego no se podrá configurar la irregularidad señalada.

Esta excepción previa guarda similitud con la de cosa juzgada, aunque en ésta se requiere que exista sentencia ejecutoriada respecto de uno de los procesos (C. de P. C., art. 332), además de que se trata de una excepción mixta, lo que indica que puede ser alegada como previa o de mérito, mientras que la de pleito pendiente, solo como previa.

k) *No haberse ordenado citar a otras personas que la ley dispone citar*. Se trata de una situación similar a la analizada en la excepción previa de falta de integración del contradictorio. Se trata de personas que, aunque no formen parte de la relación jurídico-sustancial debatida en el proceso, por ministerio de la ley deben ser citadas, como es el caso del ministerio público, en algunos asuntos de familia. Si bien se exige una citación forzosa, ante la incomparecencia de estos sujetos no se vicia el proceso, dado que la ley solo indica que se debe realizar la correspondiente citación.

l) *Notificarse a persona distinta del verdadero demandado*. Cuando se notifica el auto admisorio de la demanda a quien en realidad no fue demandado, como cuando se trata de un homónimo, se incurre en una irregularidad susceptible de ser advertida por vía de excepción previa.

9. DEFENSA DEL DEMANDADO EN CABEZA DEL CURADOR "AD LITEM"

Un tema que aparentemente resultaba ser pacífico fue objeto de discusión en el seno del Tribunal de Bogotá en 2004. Estamos hablando de la posibilidad que tiene el curador para el pleito de plantear, en nombre de su representado, excepciones de fondo, especialmente la de prescripción extintiva.

En efecto, siempre se ha considerado que el curador *ad litem* no está facultado para disponer del derecho en litigio; así lo consagra el artículo 46 de nuestro estatuto procesal civil, cuyo texto indica: "está facultado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma [...], pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio".

De acuerdo con el tenor de tal disposición, el curador para la *litis* solo puede hacer lo que la parte a quien representa no le esté reservado, sin llegar a realizar actos de disposición del derecho que se está debatiendo, como por ejemplo, transigir, conciliar, recibir o confesar. La función de este auxiliar de la justicia es representar a quien fue debidamente convocado al debate procesal pero cuyo paradero se desconoce, hasta el límite de los actos de disposición.

Atendiendo estos planteamientos, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿si al curador *ad litem* le está vedada la posibilidad de disponer del derecho en litigio, esa restricción abarca también la posibilidad de plantear excepciones de mérito en favor de su representado? En otras palabras: ¿puede el curador para la *litis* que está representando al demandado asumir una conducta encaminada a atacar las pretensiones del demandante y, por ende, lograr extinguir el derecho de la contraparte, en favor de su representado?

Al respecto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, mediante providencia de 24 de marzo de 2004⁴⁶, sostuvo que la formulación de excepciones, especialmente la excepción de prescripción de parte del curador *ad litem*, constituye una conducta mediante la cual se dispone del derecho del demandado, desbordando así el límite impuesto por el legislador a este auxiliar de la justicia.

Señaló la Sala de Decisión lo siguiente: "Las facultades del curador *ad litem*, ciertamente, están restringidas por la ley. Así, por ejemplo, no puede transigir el litigio pues, es obvio, carece de poder para ello (C. C., arts. 2470-2471); tampoco conciliar porque la ley lo prohíbe (C. de P. C., art. 101), ni confesar (art. 197 *ib.*). Mientras comparece al proceso su representado, el curador *ad litem* solamente «está facultado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma [...], pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio» (art. 46 *ib.*). Es por ello que no está facultado por la ley para proponer excepciones que, en el fondo, impliquen disposición del derecho litigado como lo es la de prescripción de la acción o la adquisitiva del dominio de las cosas por cuanto la ley sustancial civil en su artículo 2513 establece que «El que quiera aprovecharse [de ella] debe alegarla [y que] el juez no puede declararla de oficio». Así que si el demandado representado por el curador *ad litem* no concurre y la alega, aquel no puede alegarla en su nombre porque, además de no otorgarle la ley esa facultad, su representado bien hubiera podido optar por no alegarla y en tal evento el juez no podría declararla de oficio por prohibición expresa de la ley. Y es más: el demandado hubiera podido también optar por interrumpir o por renunciar a la prescripción, eventos que pueden darse simplemente con la no proposición de la excepción o mediante confesión si la propusiere. Empero, esto último no puede darse cuando la propone el curador *ad litem* porque el

⁴⁶ Ejecutivo singular de Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero contra Mónica Rudd Herrera y otra. M. P. Manuel José Pardo, rad. 11001310300619981101 01. La sala de decisión que profirió esta providencia fue integrada por los magistrados Manuel José Pardo, María Teresa Plazas Alvarado y Ana Lucía Pulgarín Delgado.

actor está imposibilitado de interrogarlo y, entonces, se le coloca en una posición desigual frente al demandado”.

De acuerdo con esta providencia judicial, el curador *ad litem* que actúa en representación del demandado que ha sido convocado al debate procesal pero no ha comparecido, no puede formular excepciones de fondo en defensa de los intereses y derechos de su representado, so pretexto de que el curador para la *litis* no está facultado para disponer del derecho en litigio. De acoger esta tesis, cabría preguntarnos: ¿qué le está permitido hacer a este auxiliar de la justicia? ¿Cuál es realmente el papel que cumple dentro del proceso? Señala la Sala de Decisión que profirió la providencia de la cual nos apartamos, que la función que realiza el curador que actúa en representación del demandado apunta a “velar por el cumplimiento del debido proceso, controvertir las pruebas para enervar las pretensiones, controvertir las decisiones judiciales que declaren derechos o impongan obligaciones a su representado sin fundamento legal o probatorio”⁴⁷. Si a esto se limita su papel dentro de la actuación procesal, ¿acaso no puede el juez, como director del proceso, velar por el respeto de las garantías constitucionales de quienes integran los extremos de la relación jurídico-procesal?

La interpretación que hizo esta sala frente a las facultades que tiene el curador *ad litem* que actúa como representante del demandado ausente es bastante restrictiva y dista del espíritu del legislador. Es más, acoger esta tesis acarrearía una restricción ilegítima del derecho de defensa del demandado, que generaría una vía de hecho. En efecto, unos meses más tarde, la misma Sala de Decisión profirió un fallo⁴⁸ en el que siguió la misma postura frente a la imposibilidad de formular excepciones de fondo de parte del curador *ad litem*; sin embargo, en esta sentencia se presentó un salvamento de voto de la magistrada Ana Lucía Pulgarín, en el que manifiesta que el curador para el pleito sí tiene la facultad de proponer excepciones de mérito⁴⁹.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Ejecutivo hipotecario de Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda Conavi contra Luis Fernando Moreno Bustamante y Juan de Jesús Moreno Babativa. La sentencia del Tribunal se profirió el 4 de agosto de 2004 y revocó la decisión tomada por el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, en la que se había declarado probada íntegramente la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, representada por curador *ad litem*.

⁴⁹ Señala en su salvamento de voto, lo siguiente: “Al prever el estatuto procesal civil la designación de un curador *ad litem*, a fin de cumplir con él la notificación del demandado que no comparece, luego de expirado el término concedido a partir del emplazamiento, no señala restricción alguna al actuar de dicho representante, salvo la mención expresa

Atendiendo a la decisión acogida por el Tribunal, el curador *ad litem* que representó a la parte demandada en el proceso que acabamos de mencionar instauró acción de tutela en aras de hacer respetar los derechos al debido proceso y acceso a la justicia, pretensión que fue denegada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. No obstante la decisión proferida por esta corporación, el fallo fue revisado por la Corte Constitucional⁵⁰, que no dudó en hacer valer el derecho de defensa del demandado representado por curador *ad litem*.

Al respecto, plantea el máximo tribunal constitucional que precisamente la finalidad de la curaduría *ad litem* es proteger los derechos del demandado que no se ha logrado notificar, a fin de no generar un tratamiento desventajoso; a este propósito, plantea lo siguiente:

“Como se observa, la figura del curador *ad litem* tiene por fin brindar representación al que no concurre al proceso —de manera inadvertida o intencionalmente— con el [*sic*] objeto de garantizarle su derecho a la defensa. De acuerdo con el artículo 46 del C. de P. C., el curador «está facultado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, así como para constituir apoderado judicial bajo su responsabilidad, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio». Ello indica que el curador *ad litem* está autorizado para realizar todas las actuaciones tendentes a proteger los intereses de su representado, dentro de las cuales se encuentra obviamente la proposición de una excepción de mérito destinada a que se declare que la acción cambiaria ha prescrito. Pues, al fin y al cabo, ¿qué puede ser más favorable a un demandado que obtener que se declare que la acción que se podría intentar contra él ya ha fenecido?

“[...] La Sala de Revisión no comparte la posición del Tribunal. Proponer la excepción de prescripción de la acción cambiaria en favor de su representado no implica que el curador *ad litem* entregue, enajene, renuncie o limite un derecho de aquel, sino más bien que asume a fondo la defensa de los intereses de la parte que debe proteger. El Tribunal menciona algunas acciones que no puede realizar el curador *ad litem* —transigir, conciliar, confesar— para de allí deducir que este no puede proponer la excepción indicada. Empero, estos ejemplos no se aplican a este caso, pues todos ellos se refieren a decisiones que limitan el derecho del

que sobre el particular contiene el artículo 46 del Código de Procedimiento Civil, atendido que sus facultades están encaminadas a la defensa de su representado [...]”.

⁵⁰ Sent. T-299 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Acción de tutela instaurada por Néstor Javier Saray Muñoz contra la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. Ref. T-1018322.

representado sobre el bien en disputa, situación diferente a [sic] la de este proceso, donde lo que el curador *ad litem* pretende es que se declare que la acción ya prescribió”.

Más adelante sostiene: “De todo lo anterior se concluye que el curador *ad litem* dentro del proceso que se analiza sí estaba facultado para proponer la excepción de prescripción de la acción cambiaria y que, por lo tanto, el argumento esgrimido en la sentencia del Tribunal es inaceptable. La sentencia del Tribunal se fundamentó en una prohibición inexistente y de esta forma incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo”.

Así las cosas, las funciones que se le imponen al curador *ad litem*, que es una curaduría especial y dativa, deben apuntar a proteger los derechos sustantivos del demandado y que son controvertidos en el proceso, así como a materializar del derecho fundamental de defensa del demandado.

Razón tiene la Corte en la tesis que adopta, y esa es la postura que acogemos; la prohibición de disponer del derecho en litigio no puede entenderse como la prohibición de defender los derechos sustantivos de una de las partes. Este auxiliar de la justicia tiene las mismas funciones de un apoderado especial, salvo la de recibir y disponer del derecho en litigio, lo cual, como se ha señalado en líneas anteriores, se entiende como la imposibilidad de allanarse (C. de P. C., art. 94), desistir (art. 343 *ibid.*), conciliar (art. 101, num. 4, parág. 2º; *ibid.*), transigir (C. C., arts. 2470 y 2471) y confesar (C. de P. C., art. 195). Así las cosas, restringir la posibilidad de formular excepciones de mérito es cercenar el derecho de defensa y, por ende, desconocer el derecho al debido proceso.

10. DEMANDA DE RECONVENCIÓN

En virtud de esta figura, el demandado tiene la posibilidad de formular contra el demandante una nueva pretensión, lo que indica que constituye una contrademanda.

Al principio de este capítulo señalamos que el derecho de acción se materializa mediante la formulación de una demanda, mientras que el de contradicción se concreta inicialmente con el planteamiento de mecanismos de defensa encaminados a atacar dicha pretensión; en otras palabras: la contestación de la demanda es el vehículo mediante el cual el demandado pone en funcionamiento el derecho de contradicción.

Sin embargo, con el planteamiento de una nueva demanda en el debate procesal, se está haciendo uso ya no del derecho de contradicción, sino del de acción, lo que indica que en el evento de que se presente demanda

de reconvencción, podría pensarse que estamos ante una acumulación de acciones, como lo sostiene MORALES MOLINA⁵¹. En sentido contrario, ROJAS GÓMEZ señala que no se trata de una acumulación de acciones sino del ejercicio común de estas, tesis que consideramos la correcta⁵².

La pregunta que surge es la siguiente: cuando frente a la demanda principal prospera una excepción previa que impide continuar el trámite, como sucede cuando se declara probada la falta de jurisdicción o de pacto arbitral, ¿es posible continuar con el proceso con fundamento en la demanda de reconvencción?

Al respecto, nuestro legislador ha dispuesto que frente a la demanda de reconvencción el juez debe hacer un estudio de los requisitos formales para proceder a su admisión, de tal manera que si la autoridad judicial estima que reúne tales requisitos, debe dársele trámite, aunque no ocurra lo mismo con la demanda inicial. En efecto, el numeral 12 del artículo 99 de nuestro estatuto procesal civil señala que “cuando como consecuencia de prosperar una excepción, quede eliminada la demanda inicial o la de reconvencción, el proceso continuará respecto de la otra”.

Sin embargo, hay quienes sostienen que la demanda de reconvencción se formuló gracias a la actividad desplegada por el demandante inicial, lo cual indica que si no se puede dar trámite a la demanda principal, la de reconvencción correrá la misma suerte. Es decir, de no haberse admitido la demanda formulada inicialmente, jamás se habría podido plantear por vía de reconvencción pretensión alguna, lo cual indica que el justiciable deberá promover una nueva demanda en la que plantee las pretensiones que estime convenientes para la defensa de sus intereses. Respetable planteamiento, pero alejado de lo dispuesto por el legislador. En efecto,

⁵¹ MORALES MOLINA, *op. cit.*, págs. 389 y 398. En el mismo sentido, DEVIS ECHANDÍA manifiesta: “La reconvencción es una demanda del demandado contra su demandante y se rige por las mismas normas principios que regulan la demanda inicial. Es un caso de verdadera acumulación subjetiva de acciones en un proceso civil o laboral, a que el demandado ejercita su acción al reconvenir”. DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, pág. 251. Posición aceptada por CARLOS RAMÍREZ ARCILA, *Derecho procesal. Teoría de la acción, legitimación, pretensión procesal, acumulaciones*, Bogotá, Librería del Profesional, 2001, pág. 345.

⁵² En efecto, señala este autor lo siguiente: “También puede ocurrir que dos o más individuos implicados en cuestiones problemáticas afines decidan plantearlas conjuntamente ante la jurisdicción. En este caso sí se advierte un número plural de acciones, pues a cada individuo le corresponde una. Sin embargo, aquí tampoco es del todo acertado hablar de *acumulación de acciones*, pues no son las acciones de los diversos sujetos las que se acumulan, sino los planteamientos que ellos formulan. Por lo tanto, en estricto sentido no se trata de acumulación de acciones sino de *ejercicio conjunto de acciones*”. MIGUEL ENRIQUE ROJAS GÓMEZ, *Teoría del proceso*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pág. 82.

es posible que frente a la demanda inicial se configure alguna circunstancia de terminación anticipada del proceso, como por ejemplo el desistimiento o la transacción, o que el demandado se allane a las pretensiones de la demanda y continuar el proceso con la reconvencción.

Además, el legislador ha previsto una serie de requisitos para la procedencia de la demanda de reconvencción, los cuales pasamos a señalar:

— En efecto, la posibilidad de contrademandar no se abre paso frente a todos los asuntos que se someten a conocimiento de la autoridad judicial, sino solo para aquellos procesos de conocimiento en los que la ley expresamente lo ha permitido, tales como los procesos ordinarios (C. de P. C., art. 400), abreviados⁵³ (art. 411 *ibid.*) y los verbales que por la naturaleza del asunto el legislador lo haya previsto (art. 433 *ibid.*).

Frente a los procesos ordinarios se podría plantear el siguiente interrogante: ¿es procedente la demanda de reconvencción en los asuntos de mínima cuantía que no versen sobre derechos patrimoniales y tampoco tengan trámite especial?

Al respecto, vale la pena precisar que si bien el legislador (C. de P. C., art. 397) ha previsto que los asuntos de menor y mínima cuantías que no tengan asignado trámite especial, se ventilarán por las reglas de proceso abreviado y verbal sumario⁵⁴, respectivamente, no por ello dejan de ser asuntos propios de la vía ordinaria. Lo anterior tiene significación en la medida en que todas las prerrogativas y garantías que son de la esencia del trámite ordinario de mayor cuantía se extienden a los de menor y mínima cuantías, lo que nos lleva a sostener que tanto la demanda de reconvencción como las medidas cautelares que se pueden practicar en los procesos ordinarios de mayor cuantía, son procedentes para los asuntos de menor y mínima cuantías.

Así mismo, el juez que conoce de la demanda formulada inicialmente debe también ser competente para tramitar la de reconvencción, sin consideración a la cuantía ni el factor territorial. Frente a este último aspecto, es importante señalar que en el evento en que la demanda inicial haya sido presentada ante el juez civil municipal por tratarse de un asunto de menor cuantía, si la pretensión planteada en reconvencción es de mayor cuantía, debe remitirse el expediente al juez civil del circuito para que sea

⁵³ Téngase en cuenta que en el proceso de restitución de inmueble arrendado no es procedente la demanda de reconvencción, por expresa prohibición legal, tal como se advierte en el parágrafo 6° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil.

⁵⁴ De acuerdo con el artículo 440 del estatuto procesal civil, los asuntos que se ventilan por las reglas del proceso verbal sumario no admiten demanda de reconvencción.

éste quien resuelva sobre la admisión de la contrademanda⁵⁵ y siga conociendo del asunto, a pesar de que la demanda inicial no sea, en principio, de su competencia, evento en el cual se alterará la competencia (C. de P. C., art. 21, num. 2). Situación similar se presenta cuando por el factor territorial, la competencia de la demanda de reconvencción corresponda a un juez de una localidad diferente de la de la autoridad judicial que conoce de la inicial; en esta situación, el juez que asumió la competencia para el trámite de la demanda inicial conocerá de la reconvencción.

No obstante, de la redacción que trae la norma podría entenderse que la demanda de reconvencción se puede presentar ante un juez de cualquier localidad, dado que el texto señala que “se podrá presentar la demanda de reconvencción sin atención al factor territorial”. Esta posición es equivocada, dado que el sentido de la disposición apunta a indicar que el juez que conoce de la demanda inicial puede no ser el competente, por el factor territorial, para conocer de la demanda de reconvencción. Pero está claro que el demandante en reconvencción debe formular su demanda ante la autoridad judicial que asumió la competencia inicialmente.

— Entre tanto, el trámite asignado para las dos demandas debe ser el mismo; de lo contrario, no cabe la posibilidad de reconvenir. Así las cosas, frente a una demanda que se tramita por el proceso ordinario, no cabe la posibilidad de formular demanda de reconvencción que deba adelantarse por un proceso especial.

Se ha discutido si la demanda de reconvencción debe dirigirse, en todo caso, contra uno de los demandantes iniciales⁵⁶ o si es posible demandar

⁵⁵ MORALES MOLINA sostiene que quien debe admitir la reconvencción es el juez que conoce de la demanda inicial y, una vez admitida, remitir el expediente a la autoridad judicial competente, posición que no compartimos. Al respecto, plantea: “[...] Tampoco se tiene en cuenta la cuantía, pues por un lado es posible proponer reconvencción de menor cuantía en proceso de mayor cuantía y viceversa según el artículo 21, supuesto este en que el juez municipal la admite y envía el proceso [*sic*] al de Circuito para que siga conociendo de ella, mas el último debe decretar la nulidad en caso de que se le haya dado el procedimiento de menor cuantía (arts. 140 y 148)”. HERNANDO MORALES MOLINA, *op. cit.*, pág. 399.

⁵⁶ En providencia de 1° agosto 1950, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia determinó que la contrademanda solo podía dirigirse contra el actor de la demanda. En efecto, planteó lo siguiente: “La contrademanda solo puede dirigirse contra el actor o actores de la demanda principal, y por ello el artículo 743 del C. J., dispone que se dé traslado de ella por cinco días al reconvenido, lo que indica claramente que no puede extenderse a personas distintas de los demandantes. En este sentido MANRESA y NAVARRO en sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil de España*, trae la siguiente doctrina: «La reconvencción que se dirija contra persona diferente de la que demanda no merece el concepto jurídico de mutua petición o nueva demanda congruente con la tramitada, requisito indispensable para que pueda ser resuelta al propio tiempo con esta». Citada por MORALES MOLINA, *op. cit.*, pág. 399.



en reconvencción a un sujeto que no promovió la demanda principal, además de estar dirigida contra uno de los demandantes iniciales.

Al respecto, consideramos que no es necesario que los sujetos de la pretensión de la demanda inicial sean los mismos de la de reconvencción, es decir, que esta última puede ser formulada por uno o varios de los demandados inicialmente, contra uno o varios de los demandantes de la demanda principal. Sin embargo, es importante tener en cuenta si los sujetos de la relación jurídico-procesal constituyen un litisconsorcio necesario, dado que la contrademanda deberá dirigirse contra todos los sujetos de la relación sustancial que no fueron vinculados inicialmente, lo que permite pensar que para demandar en reconvencción a quien no es parte en el proceso, deberá plantearse la excepción previa de falta de integración del contradictorio, consagrada en el numeral 9 del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil.

Frente al trámite y decisión de la reconvencción, se adelantará de manera conjunta con la demanda inicial, compartirán el mismo escenario probatorio y el juez resolverá sobre las dos demandas en la misma sentencia. En el evento en que la autoridad judicial omita pronunciarse acerca de la reconvencción en la decisión que le ponga fin a la instancia, procederá la sentencia complementaria, de oficio o a solicitud de parte, siempre que no se halle ejecutoriada la providencia judicial (C. de P. C., art. 311), dado que es deber del juez hacer pronunciamiento sobre los extremos de la litis. No obstante, de no haber complementado el fallo y ser apelado, en atención a lo previsto en el artículo señalado y en el 358 del Código de Procedimiento Civil, el juez de segunda instancia deberá devolver el expediente al de conocimiento, para que resuelva sobre la reconvencción.

11. BIBLIOGRAFÍA

- AZULA CAMACHO, JAIME: *Manual de derecho procesal*, t. I, Teoría general del proceso, 9ª ed., Bogotá, Ed. Temis, 2006.
- BEJARANO GUZMÁN, RAMIRO: *Procesos declarativos*, 4ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2008.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE: *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948.
- COUTURE, EDUARDO: *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed. (póstuma), Buenos Aires, Edic. Depalma, 1981.
- CRUZ TEJADA, HORACIO y NAIZIR SISTAC, JUAN CARLOS: *Código de Procedimiento Civil a la luz de la Constitución Política*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: *Compendio de derecho procesal*, t. I, Teoría general del proceso, Santa Fe de Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1994.
- : *Compendio de derecho procesal*, t. I, Teoría general del proceso, 9ª ed., Bogotá, Edic. ABC, 1983.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO: *Procedimiento civil*, t. I, Parte general, 9ª ed., Bogotá, Dupré Editores, 2005.
- MORALES MOLINA, HERNANDO: *Curso de derecho procesal civil*, Parte general, 9ª ed., Bogotá, Edic. ABC, 1985.
- : *Curso de derecho procesal civil*, Parte general, Bogotá, Edic. ABC, 1973.
- PARRA QUIJANO, JAIRO: *Los terceros en el proceso civil*, 6ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2001.
- RAMÍREZ ARCILA, CARLOS: *Derecho procesal, Teoría de la acción, legitimación, pretensión procesal, acumulaciones*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2001.
- ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE: *El proceso civil colombiano*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- : *Teoría del proceso*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- SUÁREZ HERNÁNDEZ, DANIEL: "La cláusula compromisorio y el compromiso como motivos de excepción previa", en *Revista de Derecho Privado*, agosto de 1983.
- TEJEIRO DUQUE, OCTAVIO AUGUSTO: *Saneamiento procesal*, 2005, obra inédita.

DOCENTE flore3@gmail.com