

EXCEPCIONES DE MERITO QUE SE PUEDEN PROPONER COMO PREVIAS

Dr. León José Jaramillo Zuleta

***"Los jueces, en su providencia, sólo están sometidos al
imperio de la ley"***

I. PRELIMINARES.

El propósito de esta controversia es el establecer con base en la ley procesal, cómo las excepciones de mérito que **pueden** ser propuestas como previas, deben fallarse **siempre** por sentencia y no por auto. De ahí por qué acudamos al precepto constitucional transcrito como faro que guiará nuestras elucubraciones.

El punto ha sido en extremo controversial, polémico, complejo y traumático, desde el punto de vista del tratamiento procesal que implica el sostén de una de las dos tesis que alternativamente ha esgrimido nuestra Corte, esto es, si la providencia que las decide es auto o es sentencia. Con todo, para empezar a desenredar la madeja vamos a partir de la base de los puntos en que hay coincidencias. El primero de ellos es que se trata de excepciones perentorias o de mérito. Así, anota el Profesor JAIRO PARRA QUIJANO: "Las excepciones de transacción, cosa juzgada y caducidad son, no cabe la menor duda, excepciones de mérito que por razones de economía procesal se permite que transiten la vía de las excepciones previas, **pero que no cambian por esa circunstancia su fisonomía y mucho menos su naturaleza**" (Subrayo)¹.

¹ PARRA QUIJANO, Jairo. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Temis, 1992.

Por su parte Devis Echandía discurre así: "Las excepciones previas autorizadas por el inciso final del artículo 97 ¿tienen en realidad naturaleza de mérito o fondo específicamente de perentorias? Muy cierto. Pero esto significa únicamente que en el sistema colombiano, tanto el anterior Código de Procedimiento Civil como el actual, hubo y hay dos clases de excepciones previas (antes mal llamadas dilatorias): una de tipo procesal, y otras del tipo sustancial **que tienen naturaleza de fondo o mérito**" (Resalto)².

En idéntico sentido Hernando Morales Molina quien afirma que "es equivocado sostener que **si un auto** decide sobre excepciones de mérito, es sentencia cuando **la ley** denomina dicha providencia auto..." (Subrayo)³.

Los más intransigentes propulsores de la tesis del auto, a su turno, claramente les reconocieron la calidad de excepciones perentorias, así: "Compartimos el criterio de que la excepción de prescripción, como también ocurre con las de caducidad, transacción y cosa juzgada, no obstante que la ley expresamente permite proponerlas como **previas** (artículo 97 del Código de Procedimiento Civil), por su propia finalidad jurídica son de fondo o de mérito y no simplemente formales, desde luego que con todos esos medios defensivos se ataca el derecho sustancial que se reclama y no el procedimiento que se sigue con tal fin. **Jamás hemos pretendido siquiera afirmar lo contrario, es decir, que dichas excepciones son previas**" (Negrillas del texto, subrayación nuestra)⁴.

Por su parte el Doctor Hernán Fabio López, quien trae un exhaustivo resumen y agudos interrogantes sobre el tema en su obra, precisa que se denominan excepciones "mixtas", apoyado en Couture, pero sin desconocerles su carácter de excepciones perentorias: "Así se denominan ciertas excepciones que, **siendo por su naturaleza estrictamente perentorias**, se les dará el trámite de las excepciones previas: de ahí su nombre de mixtas. (Subrayo). Luego las caracteriza así: "1o. Son en esencia **perentorias**, 2o. Pueden proponerse y tramitarse como excepciones previas; 3o. El auto que las declara probadas tiene fuerza de sentencia, pone fin al proceso y permite alegar posteriormente la excepción de cosa juzgada; 4o. El auto que las declara no probadas no impide que posteriormente se puedan estructurar y reconocer en la sentencia; 5o. El juez

² DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Improcedencia de la Casación...* Derecho Colombiano, Tomo XXXV, No. 185.

³ MORALES MOLINA, Hernando. *Improcedencia de la Casación...* Derecho Colombiano, Tomo XXXV, No. 186.

⁴ Salvamento de Voto marzo 9 de 1978, de los Doctores Humberto Murcia Ballén y Alberto Ospina Botero.

las puede declarar probadas de oficio en la sentencia, por su naturaleza **de perentorias**; pero si no se alegan por el demandado como previas, sólo las puede reconocer en la sentencia" (Volvemos a subrayar)⁵.

Tal es el régimen doctrinal —que no legal— actualmente en vigor, que se viene aplicando ininterrumpidamente desde el último fallo que de importancia se ha producido al respecto con ponencia del Doctor Rafael Romero Sierra de fecha 3 de marzo de 1987, y que en lo fundamental no hizo sino reproducir el fallo del 15 de marzo de 1984 con ponencia del Magistrado Murcia Ballén.

A pesar de todo, queda absolutamente claro —de claridad total— que se trata de excepciones perentorias o de mérito, y éste será nuestro primer y fundamental punto de partida. El segundo punto al que nos aferraremos, ya está anunciado en el encabezado, y es el de someternos totalmente 'al imperio de la ley', cuestión en la que también existe absoluta claridad en la doctrina y jurisprudencia, en el sentido de que no se puede fallar **contra legem**, que no es permitido apartarse del claro texto de la ley, que dice —según tal doctrina— que debe fallarse por auto y no por sentencia. Pero ocurre que **eso**, precisamente es lo **que no dice** la ley. La ley no dice que deben fallarse estas excepciones por auto, lo que dice es que deben fallarse por sentencia; tampoco dice que sean excepciones previas. Por lo contrario, lo que dice es que **no son excepciones previas**. Tampoco dice que sean mixtas, aunque esto ya pertenece al reino enteramente científico de la doctrina. Lo que dice la norma es apenas que "**también** podrán proponerse como previas...", es decir, fuera de las previas, las tres taxativas de mérito que allí se enuncian (ya que inconvenientemente se excluyó a la prescripción), pueden proponerse como previas, pero jamás dice que serán **decididas** como las previas.

Hay tremendos yerros jurídicos que transitan impávidos porque es parte de supuestas verdades que nadie se atreve a poner en duda y a cuestionar. Es lo que ha ocurrido desde el primero de julio de 1971, con las excepciones perentorias que pueden ser propuestas como previas. A algunos se les ocurrió deducir, que como quiera que estas excepciones podían ser propuestas como previas, entonces lógicamente también debían ser decididas como previas. Craso error. Inmenso yerro, que ha ocasionado que ininterrumpidamente desde la fecha citada, **todos** los que han tendido a su resorte la administración de justicia, hayan violado positivamente la ley procesal, de buena fe. Inclusive por aquellos que le dieron categoría de sentencia al proveído que acogía estas excepciones "mixtas", pero

⁵ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. Tomo I Editorial A.B.C., 1993.

que siempre le negaron tal jerarquía a la providencia que no las acogía. Debe erradicarse la torticera práctica a que da lugar la doctrina que ha venido prevaleciendo que permite que estas excepciones se pueden proponer por el demandado, como excepción previa, y que también puede hacerse a la vez como excepción de mérito en la contestación de la demanda, doble juego que en nada ayuda a la administración de justicia, que pierde seriedad y lesiona seriamente aquel principio de igualdad de los litigantes ante la ley. Si se nos permite decirlo, acá ha ocurrido algo parecido al secular error que tenía la humanidad, respecto de la fisonomía terrestre. A alguien se le ocurrió —váyase a saber el por qué—, que la tierra era plana, y esta afirmación se dio por sentencia, verdad indiscutible e incontrovertible, hasta que fue menester que se probara materialmente la redondez de la tierra para que se acabara con tan protuberante mentira.

¿Quién ha dicho que todas las sentencias deben ser el fruto del trámite de todo un proceso? ¿Qué norma lo dice? Por el contrario, aunque sea esta la regla general, en el Código existen variedad de situaciones que dan lugar a sentencias, sin previo trámite, pero a condición que decidan sobre las pretensiones del demandante o de las excepciones perentorias o de mérito del demandado.

En ninguna parte se ha dicho que algunas excepciones (artículo 97 inciso final) deben ser decididas por auto. Al contrario, del sistema que se acoge en nuestro Código Procesal Civil, está al rompe que deben ser decididas por sentencia. La norma jamás les da carácter de excepciones previas. Dice tan solo que pueden ser propuestas como previas, lo que estrictamente es un concepto distinto.

Y tal el propósito de esta providencia, con lo que pretendemos dar una contribución para tratar de superar un problema jurídico que es el que acaso más injusticias ha consumado en nuestros procesos civiles.

II. ANTECEDENTES

Retrocediendo un poco en el tiempo podemos explicarnos el por qué del yerro que se viene cometiendo, que proviene de los propios redactores del Código, como son los maestros Hernando Morales Molina y Hernando Devis Echandía, en cuya cabeza encontramos el germen de la doctrina que se aleja de los verdaderos derroteros de la ley. Aquí sí que cabe el afirmar que nadie es propietario de una norma, y que la norma en multitud de eventos sobrepasa el querer de su inspirador y creador. No queremos ser irreverentes, al hacer una crítica firme y respetuosa al punto de vista de estos talentos nacionales, porque el ubicarlos como los precursores de lo que en nuestro concepto es un error, es únicamente

con la finalidad de detectar el origen del mal. Además, como es evidente, ellos mismos en sus escritos y obras, han aceptado su responsabilidad y han defendido con ahínco sus posiciones doctrinales.

Y en efecto, es en los remotos antecedentes del trámite de la excepción previa en donde encontramos el por qué se sostiene que estas excepciones que pueden proponerse como previas se fallan por auto. El famoso retruécano se remonta a la Ley 147 de 1888 (CODIGO DE ORGANIZACION JUDICIAL DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA) en sus artículos 461 al 484 que regulaba el régimen de excepciones, dividiéndolas en **dilatorias** 'que se refieren al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo', y en **perentorias** "que se oponen a lo sustancial de la acción". No importa para el caso el reseñar las excepciones que ostentaban el carácter de dilatorias, basta recordar que sus artículos 472, 473 y 477 expresamente preceptuaban que estas excepciones se fallaban por auto, y que fue el artículo 482 el que vino a dar fe de bautismo al problema tratado en su inciso final cuando preceptuó: "Con todo, la excepción de **cosa juzgada** puede proponerse también como dilatoria, antes de la contestación de la demanda". De conformidad con dicho régimen, la autorización no revestía mayor inconveniente procesal, ya que por un lado, auto y sentencia "tienen una misma significación" (artículo 823), y por el otro, de prosperar la cosa juzgada impedía la tramitación del juicio, y el demandado no estaba "obligado a contestar la demanda mientras subsista la causal de excepción", (artículo 476). Ahora bien, si no prosperaba la excepción, la providencia siempre sería auto, en el que se ordenaba al demandado 'que conteste la demanda dentro de veinticuatro horas'.

El antiguo CODIGO JUDICIAL (Ley 105/31), tenía régimen similar, dejando en claro que siempre la decisión era auto, incluyendo el que decidía las de cosa juzgada y transacción que podían ser propuestas como dilatorias según el inciso final de su artículo 341, y eran autos que tenían "fuerza de sentencia" por lo dispuesto en forma expresa en su artículo 467. Quizás por ello los redactores del actual Código de Procedimiento Civil partieron de este preconcepto, y pensaron legislar en forma idéntica, pero ocurre que en verdad lo hicieron de modo muy distinto, y aquí reluce aquello a lo que aludíamos de que una regulación normativa con frecuencia supera los propósitos de sus inspiradores.

Tal hecho no lo oculta el maestro Morales Molina, quien con apoyo en una añeja doctrina de la Corte, diciérne así: "Sobre estos puntos la Corte expresó **bajo el Código anterior** (Subrayo): 'No sobra advertir que el hecho de tener fuerza de sentencia un auto interlocutorio... no lo reviste de la calidad de sentencia ni con esta lo identifica, pues aún entonces permanecen en pie las restantes diferencias legales entre uno y otra'. (LX, 383)". El mismo autor previamente ya ha advertido su criterio de que se trata de autos, por lo cual expone: "En nuestra

legislación no son susceptibles de casación sino las sentencias, lo cual elimina los autos, sean interlocutorios o de trámite, no obstante que en otros países algunos interlocutorios admiten el recurso, el sistema podría acogerse mediante ley, para los que deciden las excepciones previas de cosa juzgada, transacción, prescripción y caducidad, para conceder el recurso al tiempo con la sentencia cuando tales defensas no prosperan o en forma inmediata si llegan a declararse probadas. Aunque los autos sean de aquellos que produzcan efectos de sentencia⁶, actualmente no da lugar al recurso, **porque no son sentencias en sí mismos sino siguen siendo autos ... (resalto)**⁷.

No dice, sin embargo, por qué estima que la providencia que los resuelve es auto y no sentencia, pero de toda la exposición se colige que ello lo fundamenta en que hace prevalecer el aspecto formal (artículo 304), sobre el sustancial (artículo 302), en lo cual en nuestro sentir carece en absoluto de razón, como pretendemos dejarlo demostrado con contundencia.

Queda entonces bien claro que el antecedente inmediato del asunto lo es el Código Judicial, y teniendo como antecedente tal acervo histórico, acto seguido procedemos a internarnos en las normas vigentes de nuestro régimen procesal civil.

III. LOS AUTOS DEL ARTICULO 99 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Nuestro análisis legal se inicia con el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, que autoriza proponer como previas, **sin que sean previas**, la caducidad, la transacción y la cosa juzgada. Pero **ex lege** las excepciones que se deciden por auto, son únicamente las previas. Las referencias que algunas reglas hacen expresamente a "auto", especialmente en el artículo 99, hay que entenderlas en el sentido de que se refieren es a las excepciones previas exclusivamente, y nótese por lo demás que ello se hace principalmente, por no decir que exclusivamente, para tratar puntos referentes al recurso de apelación. Nunca hay que orientar estas alusiones a las llamadas por la doctrina excepciones "mixtas", porque se parte del supuesto que respecto de éstas ninguna mención hay que hacer, toda vez que por tenerse que decidir por sentencia, el régimen de apelación es el de toda sentencia, efecto suspensivo, etc. Detengámonos en el

⁶ Conclusión que tiene como única base el Código Judicial derogado, que así lo preceptuaba en forma expresa en su art. 467, y por eso respecto de tal ordenamiento sí cabía tal doctrina, norma que disponía: "Los autos interlocutorios tienen fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio".

⁷ **MORALES MOLINA, Hernando. Técnica de Casación Civil.** Ediciones Rosaristas, 1983.

numeral sexto que dice: **“Este auto no tendrá recurso alguno”**. ¿Podrá sostenerse con seriedad que las excepciones de cosa juzgada, transacción y caducidad, no digamos ya en un proceso que sea susceptible de casación se les niegue este recurso extraordinario, sino que ahora, y únicamente cuando son ¡NEGADAS!, ¿SOLO TIENEN EL RECURSO DE REPOSICION? Pero es que se dice (la solución de siempre) incongruencia normativa, error legislativo, que debe entonces interpretarse.

Y el asunto lo despejan con presteza, con base en una norma posterior que otorga la vía de la apelación, el numeral 13, que preceptúa qué excepciones previas no son apelables, y termina reglando que “los que resuelvan las demás excepciones son apelables”. Téngase en cuenta que en el encabezado ya había hablado de auto, y que se refiere propiamente la norma es a las excepciones previas, y no a las de mérito que pueden ser propuestas como previas, porque está haciendo alusión es a los numerales, y en manera alguna a los supuestos previstos en el inciso **in fine** del artículo 97. Todo ello lo corrobora el mismo inciso final de este numeral 13 del artículo 99, que cierra el precepto así: “El auto que declara probada cualquiera de las contempladas en los numerales 4 a 12, es apelable en el efecto devolutivo, y en el suspensivo **el que (el que, significa acá sin lugar a dudas EL AUTO)** declarare probadas las de los numerales 1 y 3”. ¿Y las excepciones del inciso final del artículo 97? ¿Será que el legislador las consideró tan de poca monta, para no haber hecho referencia a ellas para señalarles expresamente el efecto en que se debían conceder las apelaciones? Creemos que de ninguna manera, la indiferencia solo encuentra explicación razonable en el hecho de que ya por virtud de la regulación genérica de las sentencias, que cobija a la providencia que decide sobre excepciones “mixtas”, el legislador inane el volver a decir, lo que se desprende cuando una sentencia es apelada.

Empero, siguen los interrogantes: ¿por qué este tratamiento insólito, por decir lo menos, en frente de “los autos” en realidad más importantes de las excepciones previas (para llamarles así únicamente en aras del trabajo de interpretación que estamos realizando), en que ni siquiera se tomó el cuidado de darle la máxima jerarquía a tales autos que se dice tienen fuerza de sentencia, para reconocerles una apelación en el efecto suspensivo? Respuestas: Porque tal y como está el asunto, primero colijo que existe apelación para este tipo de auto, si de auto en verdad se trata; porque a nuestro entender, y según lo señalamos, la vía general del numeral trece citado para viabilidad de apelaciones, hace relación exclusivamente a los numerales de las excepciones previas del artículo 97 y jamás a las excepciones del inciso final, por lo que debe realmente estarse a la poquedad del numeral sexto en materia de recursos que únicamente autoriza reposición cuando no se accede a tales excepciones y son falladas en audiencia, en expresa contravención a la ley como lo expondremos adelante. En

el otro supuesto, estaríamos abocados a una apelación en efecto devolutivo según la regla general para los autos (artículo 354 No. 3 inciso segundo), lo que a mi modo de ver no se compadece con la jerarquía de unos autos que se les ha encasillado como "con fuerza de sentencia", que es en verdad el sofisma que se ha utilizado para desconocerles el carácter procesal que según la ley tienen, y que no es otro que el de ¡SENTENCIAS!

Bien leído el artículo 99 del Código de Procedimiento Civil, encontramos que en verdad solo existe un inciso que alude expresamente a las excepciones del inciso final del artículo 97. Es el numeral 7, que trata el caso que prospere una excepción sobre la totalidad de las pretensiones de las partes, y se preceptúa que el juez se abstendrá de decidir sobre las demás y declara terminado el proceso. Y agrega "—Pero si el auto. (?) fuere apelado y el superior lo revoca, éste deberá pronunciarse sobre las demás excepciones propuestas". Hay que tener en cuenta, que la norma es especial para excepciones previas, que entonces toda la técnica está vertida a aludir expresamente sobre ellas, y como ellas (las previas) se deciden por auto, es por lo que la norma alude aquí a auto. Nos parece que acá debe aplicarse lo de la desición por auto, a las excepciones previas de los literales 1, 3, 4, 6 y 10, ya que el legislador parte de la base que respecto a las del inciso final no se requiere referencia especial sobre estos aspectos, ya que sigue las reglas de la sentencia en este punto, además son idénticas (artículo 306 inciso segundo).

Cualquier interesado puede hacer el rastreo en nuestro Código de Procedimiento Civil y encontrará que únicamente existe un caso en que puede decidirse por auto excepciones perentorias. Pero es porque allí sí de forma expresa y clara lo señala la ley, lo que es razón de más para reconfirmar nuestro punto de vista de que en los demás casos, sí deben ser falladas por medio de sentencia. Se trata del proceso de deslinde y amojonamiento que ilustra definitivamente el punto en estudio, y que a este respecto en su artículo 463 preceptúa: "En este proceso podrán proponerse excepciones previas y las de cosa juzgada o transacción, las que se **decidirán mediante incidente...**" (Subrayo). ¿Qué aspectos en especial resaltan en esta sencilla norma? El primero, que se excluye la caducidad en este evento de excepciones perentorias que pueden ser tramitadas como previas o por la vía incidental, sencillamente porque el derecho a deslinde no está sometido a término de caducidad; el segundo, y bien significativo por lo demás, que se varía la alocución de "podrán **proponerse** como previas", por la muy distinta y determinante de "las que se **decidirán** mediante incidente..." (Subrayo de nuevo). Obsérvese que la solución de decisión por vía incidental que desde luego es por auto, no ofrece aquí ningún inconveniente ni procesal ni sustancial; lo uno, porque es la mejor manera de desbrozar el camino ritual para llegar a la diligencia de deslinde sin inconvenientes posteriores de una cosa juzgada

o transacción entre las partes (que tiene los mismos efectos); y lo otro, porque tratándose de proceso especial desde el punto de vista del derecho sustancial, no se desmejora el derecho en su aspecto procesal, ya que no habrá lugar a casación, y el auto goza de los mismos derechos procesales que la sentencia respecto de los recursos ordinarios, y si se quiere de mayores, porque se le suma en este evento el de reposición.

IV. LAS SENTENCIAS (ARTICULOS 96, 302 Y 304 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL)

Las excepciones que se deciden por auto son las previas, según fluye de lo expuesto en el acápite anterior. Nunca las que se **proponen** como previas. De ahí que venga a preceptuar el artículo 302 en su inciso segundo que "son sentencias las que deciden sobre las pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan el carácter de previas, cualquiera fuere la instancia en que se pronuncien, ...". Más clara, más determinante, más perentoria no ha podido ser la disposición. Cualquiera sea la instancia, vale decir, cualquiera sea el momento, el trámite en que ello deba hacerse. Con esta reafirmación que resalto del legislador, se cerró la entrada a cualquier interpretación en contrario, pues lo que la norma quiere es que se decidan, se fallen por sentencia, las pretensiones de la demanda y/o las excepciones que no tengan el carácter de previas.

a) Carácter de estas providencias. Y es que, desde que el Código señala que la caducidad, la cosa juzgada y la transacción se pueden proponer como previas, es porque parte de la premisa jurídico procesal, que no son excepciones previas, sino que pueden proponerse como tales. Si fueran previas, o lo que es igual, se pudieran fallar como las previas por auto, hubiera sido suficiente enlistarlas en otro numeral, sin más. Lo cual quiere significar –como existe absoluto acuerdo en la jurisprudencia y en la doctrina– que estas excepciones así puedan proponerse como previas, no tienen el carácter de previas y, por consiguiente, sin la menor duda, de conformidad a nuestro régimen procesal, la providencia que las decide es sentencia y no auto. Así discurrió con ejemplar sindéresis la Honorable Corte: "El simple tenor literal del inciso transcrito da sólido fundamento para concluir que si las cuatro excepciones que señala están por fuera de las ocho que una a una enumera el mismo artículo, denominándolas "excepciones previas", es porque no tienen ese linaje, sino el de excepciones de fondo. Esta conclusión se refuerza al observar que el inciso transcrito dice que esas cuatro "podrán proponerse **como** previas", es decir que, a pesar de no serlo pueden ser materia de ese incidente, como si fueran excepciones previas. En una palabra, el legislador con un definido ánimo de economía procesal y en razón de la naturaleza de esas cuatro excepciones de fondo, autorizó que pudieran ser materia de especial y previo pronunciamiento, sin que por ello perdieran el efecto que, por ser de fondo,

tienen para terminar de manera definitiva el proceso, y no de modo temporal como las verdaderas excepciones previas". (Corte Suprema de Justicia, auto de 18 de mayo de 1981, Magistrado Ponente, Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Y ese carácter de la providencia no lo pueden modificar los jueces sin que, por una parte, se incurra en grave yerro procedimental; y de otra parte, se revistan de funciones legislativas, que es lo que se ha venido haciendo en forma reiterada –si se quiere de buena fe–, por una errática interpretación del sistema procesal vigente. Pero el sistema procesal en el punto es el que ponemos aquí de presente, y que con muy buen criterio había expuesto con anterioridad la Corte por los años de 1976 a 1983 (que irónicamente hoy es calificado de "vacilación" jurisprudencial), y que únicamente tuvo la grave falla de vacilar –ahora sí cabe la expresión– respecto de la providencia que las negaba, porque consideró que en este supuesto se trataba de auto. No advirtieron aquellos sabios juristas, que igualmente debíase fallar por medio de sentencia, porque se decidían definitivamente estas excepciones por fallo que hace tránsito a cosa juzgada y que el tropiezo procedimental a que podían dar lugar los artículos 305 y 306, en realidad no existía, porque si bien es cierto que en la sentencia que decide el proceso se deben considerar aún oficiosamente las excepciones que aparezcan probadas, no lo es menos que, como lo pondremos de presente, ello acontece, según el artículo 304, CUANDO PROCEDA RESOLVER SOBRE ELLAS, y desde luego que no procede resolver sobre una excepción sobre la que ya recayó una sentencia.

Surge una pregunta ineludible a este propósito: ¿por qué se fallan los procesos por sentencia y no por auto? Ello ocurre así, precisamente porque lo manda la ley. Cuando la ley manda que una controversia debe resolverse por auto, pues entonces debe hacerse así; de lo contrario, debe estarse a la regla general que enseña que deben decidirse por sentencia las pretensiones de la demanda y las excepciones que no tengan el carácter de previas.

Dejamos claro que no existe controversia de ninguna especie respecto de que las llamadas excepciones MIXTAS, son en verdad excepciones perentorias, porque atacan directamente la pretensión, el derecho alegado por el actor, y en manera alguna buscan mejorar el procedimiento de alguna forma o el evitar que se incurra en nulidad en el trámite procesal, que es lo que otorga la categoría de excepciones previas. Acá, por el contrario, lo que se pretende es enervar la pretensión, y exclusivamente por razones de economía procesal (como lo sostuvo la antigua Corte) se permite que se propongan como previas, lo que pone de manifiesto que no son previas, ya que algo que se autoriza a tramitar **como otra cosa** es porque, evidentemente, es otra cosa.

Todo ello se desprende de la organización conceptual que impone a este respecto el derecho procesal entendido como ciencia, en donde el modo de una

precisión matemática se ha dicho que, cuando se suma debe utilizarse el signo más, y cuando se resta habrá de utilizarse el signo menos. Así mismo la técnica procesal, la ley procesal ha señalado sin cabriolas de ninguna especie, que cuando quiera que un fallo decida sobre las pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan el carácter de previas, se está frente a una sentencia, y únicamente en los demás eventos, frente a los autos. Podemos acudir a un símil matemático y así podría explicarse satisfactoriamente la situación: en la operación divisoria, cuando no cabe un número completo, se autoriza acudir a la resta. En este caso nadie podrá sostener que el resultado fruto de la operación así obtenida es resta y no división, ya que el resultado fue fruto de la operación divisoria; otra cosa por completo diferente es que, por metodología de trabajo, por técnicas que crea la inteligencia humana en aras de lograr sus fines, se autorice y se acuda a la resta para lograr los resultados de la división de modo transitorio y por manejo, pero jamás para alterar la esencia de la operación divisoria y para cambiarle de entidad a su resultado. Similar situación acontece con las excepciones perentorias que utilizan por momentos el sendero de otro procedimiento, como el de las excepciones previas, y que de acuerdo con la ley deben ser falladas por sentencia, porque en este evento se valen del procedimiento de la excepción previa a la manera de la división a la resta, pero siendo siempre el resultado el inherente a su particular esencia, esto es, sentencia y no auto.

En consecuencia, de conformidad con nuestro sistema procesal, y de conformidad al preciso texto literal de todas sus normas legales, las excepciones perentorias siempre se fallarán por sentencia, sea que se propongan en la contestación de la demanda, ora se hayan propuesto como previas, mientras que la ley no diga otra cosa. ¿No lo manda así el artículo 96? ¿Y no lo reafirma asimismo el artículo 302? ¿Dónde está la norma que manda lo contrario?

Por ello, aunque estas excepciones se puedan **proponer** como previas no se pueden **fallar** como previas; la autorización se limita a ser propuestas como previas, a nada más. El fallarlas como previas, es lesionar gravemente el texto expreso de la ley como se viene haciendo, e invadir predios vedados para la jurisdicción, pues se le da a la norma un alcance y efecto que en modo alguno tiene y que no reza en el texto legal. Es más, es actuar en contra del tenor expreso de la ley, **contra legem**, porque lo que dice palmariamente la ley, es que se falle por sentencia.

Estas excepciones llamadas "mixtas", por lo demás, no pueden ser falladas en la audiencia del artículo 101, deben ser decididas previamente, y falladas por medio de sentencia, con todos los requisitos y consecuencias inherentes a dicho preveído. De ello no deja ninguna duda el mentado artículo 101 en su parágrafo cuarto que dice: "**Resolución sobre excepciones previas** ..., se procederá en la misma audiencia a resolver **las excepciones previas** que estuvieren pendientes..." (Subrayo). No son las que pueden ser propuestas **como** previas,

sino únicamente las previas. Ya dijimos además, que incluso los más rabiosos sostenedores de la tesis de que estas excepciones se fallaban por auto, jamás las confundieron con las previas; jamás les negaron su categoría de perentorias; jamás, en fin, las clasificaron como excepciones previas, sino que deducían que como se proponían como previas, así mismo debían ser falladas. Adicionalmente expusieron como su más fuerte argumento, (en verdad el sustento jurídico más endeble) que es que la providencia que las fallaba no cumplía **formalmente** los requisitos de una sentencia; y que por ello no lo era, sino auto, olvidándose de la esencia, que es la que hay que buscar en figuras jurídicas para diferenciarlas de otras, tema del que nos ocuparemos de inmediato.

b) Lo formal y lo sustancial. Y la esencia, a no dudarlo, es que se trata de decisión sobre excepciones perentorias que no tienen el carácter de previas (artículo 304). Pero se replicaba, que las providencias que las decidían no cumplían los requisitos de las sentencias, que no se notificaban como tales (por edicto, y que se notificaban en cambio por estado); que no se producían con la plenitud de la fórmula del citado artículo 304; y que, entonces, **acá lo formal prevalecía sobre lo sustancial**, sin importar para nada que se tratase de fallo sobre excepciones perentorias, que es lo esencial para determinar si un fallo se produce por auto o por sentencia. Es decir, en toda la línea, como se sostuvo sin timideces, lo meramente formal prevaleciendo sobre lo sustancial y esencial en el régimen jurídico. Por ahí no puede ser la cosa, y el que los jueces y tribunales no hayan obrado bien al proferir estos fallos, no significa que no hayan podido hacerlo, y que este yerro no pueda y deba ser enderezado. Por el contrario, siendo la labor de la Corte la unificación de la jurisprudencia nacional, debe indicar, orientar y a nuestro juicio ordenar, que se corrija, se enderece el modo de proveer sobre estos asuntos en adelante. Con toda la razón ha anotado el doctor Juan Bautista Parada Caicedo: "Fue necesario que el constituyente de 1991 consagrara expresamente la Prevalencia del Derecho Sustancial pues han sido muchos los casos en que el procedimentalismo ha producido una verdadera conculcación de los derechos, a pesar de que el Código de Procedimiento Civil lo estableció desde 1970 en los siguientes términos 'Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial' "⁸.

¿Qué problema existe para que al fallarse una excepción mixta propuesta como previa, se cumplan los requisitos del artículo 304? Ninguno. Es más, deben cumplirse. El único requisito dificultoso sería el de proferir "decisión expresa

⁸ PARADA CAICEDO, Juan Bautista. *Aspectos Procesales en la Nueva Constitución*. Dike, 1993.

clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda...”, porque ello sí no se podría hacer por medio de una actuación previa, sino que debe ser el fruto de todo trámite procesal establecido para cada proceso. Pero es que la propia norma ofrece la solución, porque no hay necesidad de hacerlo, sino cuando **PROCEDA RESOLVER SOBRE ELLAS**, según dice textualmente el precepto. En consecuencia, no siendo el caso de proceder a resolver sobre las pretensiones de la demanda, cuando se deben decidir por sentencia unas excepciones perentorias autorizadas a tramitar como previas, no existe dificultad alguna de que una providencia deje de ser sentencia, por no resolver sobre las pretensiones del demandante, porque en tal oportunidad procesal no procedía resolver sobre las mismas.

Dice de corrido textual y literalmente la norma en su parte pertinente: **“Contenido de la sentencia...;** deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, **cuando proceda resolver sobre ellas...**” (Subrayo).

La locución, “cuando proceda resolver sobre ellas” tiene efectos tanto para las pretensiones, como para las excepciones, porque es una oración corrida, con un mismo verbo rector, como dirían los penalistas, no separada ni por punto, ni por punto y coma, lo cual indica que, tanto tratándose de excepciones, como de pretensiones, el juzgador debe hacer decisión expresa y clara sobre cada una, **cuando proceda resolver sobre ellas**, lo cual indica que cuando no procede hacerlo, en cambio no lo debe hacer de ese modo.

Y no se debe, o no procede estudiar las pretensiones de la demanda, y decidir desde luego sobre ellas, cuando se han propuesto como previas las excepciones de caducidad, cosa juzgada y transacción, tanto como si las declara probadas, porque de suyo las está negando todas; como en el supuesto de no ser acogidas, porque en este evento, no pueden decidirse las pretensiones ni favorable ni desfavorablemente, y sólo se allana el camino para seguir el trámite riguroso del proceso de que se trate.

Por último, tampoco procede estudiar las excepciones citadas, luego de haber sido despachadas desfavorablemente por sentencia cuando fueron propuestas como previas, porque **esta decisión hace tránsito a cosa juzgada**, así se hayan propuesto en la contestación de la demanda. La sentencia que se produce como fruto de este trámite, hace tránsito a cosa juzgada, y por ello ya no pueden ser acogidas oficiosamente en la sentencia, porque las excepciones que el juez puede acoger de oficio **son las que no han sido objeto anterior de decisión**, y no aquellas que ya no fueron objeto de juicio por la jurisdicción. Es el demandado el que debe elegir cual camino prefiere, porque la jurisdicción y la ley le dan las garantías, pero no le pueden cohonestar una manipulación que se preste a un doble juego, en detrimento de la igualdad procesal, ya que, si gana le quito la

posibilidad de casación a mi contraparte, y si pierdo, me espero tranquilamente al último fallo, y así tengo la carta marcada para prevalecerme de la casación. Este modo de interpretar, no es lógico, no es ajustado a la letra clara de la ley, no desarrollada el derecho material, como se dice con pompa y circunstancia, y mucho menos cumple las finalidades de equidad que se ha impuesto la administración de justicia.

V. COSA JUZGADA

Importa ahora aludir a la posibilidad a que alude algún sector de la doctrina, respecto a que tratándose de la excepción de cosa juzgada, no se logre aportar la prueba pertinente de la sentencia en que dicha excepción se fundamenta, y entonces se corra el riesgo que el fallo que se dicte resulte contrario al principio de la cosa juzgada. A ello respondemos: Está en cabeza del demandado escoger la vía que más estime conveniente, de modo que asume los riesgos de sus decisiones. Ahora bien, aportar la prueba (copias auténticas) de un fallo anterior, no reviste a nuestra manera de ver complejidad mayor –y es por ello además que se permite el trámite previo de esta excepción–, como para que ello no pueda hacerse dentro del término probatorio del trámite de excepciones previas, máxime cuando se tiene el interés. Y, finalmente, una conclusión de esta envergadura jurídica, no se puede dejar al alias casuístico de lo que pudiera suceder en cada caso, sino que debe estarse a lo que se infiera del texto preciso de la ley; ello sería tanto como el sustentar que tampoco procede decidir sobre cosa juzgada por sentencia luego de todo el trámite del proceso, ya que también podría darse el caso –aunque los términos sean más largos, pero sin que ello garantice que no pueda presentarse el supuesto– de que igualmente no se recaude la prueba.

En consecuencia, ¿qué ocurre? Fácil, lo mismo que siempre que se atenta o se viola la cosa juzgada. Se debe acudir a la nulidad procesal o al recurso de revisión. Pero a nuestro entender, jamás dentro de un mismo proceso, puede darse el evento de dos oportunidades de juicio, sobre un mismo supuesto jurídico. Tal cosa, es la máxima negación de nuestro sistema procesal, y es lo que viene ocurriendo en el evento de las excepciones “mixtas”, porque es permitir que pueda fallarse dos veces sobre el mismo asunto, y nada menos que dentro de un mismo proceso, donde existe la prueba incontestable de que existe un fallo anterior en firme. Es contradicción inadmisibles del principio de ejecutoria y de la autoridad de la cosa juzgada de las providencias judiciales. Otra cosa es la nulidad, en donde se parte de la base de la destrucción del fallo viciado, lo que precisamente erradica la posibilidad de que existan dos decisiones contradictorias sobre un mismo asunto, como sí es la posibilidad que campea con base en la interpretación que se aplica en la actualidad sobre este punto y que controvertimos con vehemencia, porque la estimamos contraria a derecho.

Acá no nos estamos inventando nada, solo desciframos el verdadero sentido de los preceptos legales, a fin de que se aplique el procedimiento correcto. No puede tener lógica que el demandado cuente con la gracia de tener la opción de dos juicios de valor para un mismo supuesto de hecho y en un mismo proceso. Es una alternativa que se encuentra cerrada –y del modo más perentorio y drástico– por todas nuestras normas procesales. Solo se tiene una oportunidad de juicio, de ahí que no se pueda volver sobre el asunto en un segundo fallo (también sentencia) dentro del proceso. ¿Qué llegó la prueba de la cosa juzgada? Muy bien, pues a decretar la nulidad, ya que no es saneable (artículo 144 inciso final). La decisión que se tome, como toda providencia judicial, queda ejecutoriada, en el preciso alcance del artículo 331, porque a nuestro juicio, como se explicó en el acápite anterior, es sentencia y por tanto tiene los efectos del artículo 332. Pero aún –aceptando en gracia de discusión que no lo sea–, obsérvese que el solo principio de la ejecutoria de las providencias judiciales, por la circunstancia de su firmeza, impide un nuevo juicio de valor y nueva resolución al respecto, así se trate ahora de hacerlo por sentencia. No podría contradecir una sentencia lo decidido por otra providencia que se encuentre en firme, máxime tratándose de aquellas a las que se les reconoce “fuerza de sentencia”. Podría sí acabar con ella, por medio de la nulidad, siempre que se encuentre configurada una causal, pero desconocer la decisión por intermedio de un nuevo fallo, nos parece solución descabellada.

Por consiguiente, así se tenga el criterio que la providencia que resuelve las excepciones “mixtas” propuestas como previas tiene únicamente la calidad de auto, este auto cuando cobra firmeza, ejecutoria, impide que se vuelva en la sentencia final a reconsiderar la situación, por el principio de la ejecutoria de las providencias judiciales, lo que desde luego no impide la declaratoria de una nulidad –que siempre será de recibo–, cuando se den la causal y las circunstancias. Todo ello en armonía con lo ya expuesto, esto es, que únicamente cabe que el juez provea de oficio sobre excepciones en la sentencia, cuando no hayan sido decididas, ya que, a nuestro juicio, sería galimatías incomprensible, el considerar probada una excepción sobre la cual ya recayó decisión en firme desestimatoria. Otra cosa muy distinta –insistimos– es decretar una nulidad, cuando sea el caso. Lo propio cabe afirmar respecto de las excepciones de caducidad y transacción, las pruebas que las configuran están llamadas a ser las más sencillas de aportar.

Ahora bien, sobre todo trámite procesal siempre pendería el caos y la incertidumbre, si fuesen susceptibles de ser glosados por el hecho no haberse podido aportar las pruebas pertinentes. Para ello se tienen preestablecidos los trámites para cada caso. En el evento objeto de estudio, se permite el

trámite previo, pero no con decisión **transitoria sino definitiva**. Por ello el argumento de no haber alcanzado aportar las pruebas, no puede ser el suficiente para desconocer la jerarquía de sentencia a la providencia, y mucho menos para desbrozar el camino para permitir un nuevo juicio de valor sobre el caso. Si el argumento fuera el de poco término probatorio, asimismo se pudiera controvertir los procedimientos establecidos para los verbales sumarios, o abreviados, reclamando el derecho a ser juzgados en nuevo proceso con mayores garantías como el ordinario.

Ya para terminar, es preciso registrar con pesar que fallos inicuos, contrarios a los hechos y a derecho, siempre se han presentado y existe el riesgo que se profieran, sea por yerro judicial, ya por negligencia o malicia de las partes, pero semejante realidad –que es el lastre de la justicia, que idealmente se aspira a erradicar– no es el fundamento ni puede serlo para desvirtuar el principio de la cosa juzgada que, quiérase o no, se funda sobre aquella conocida máxima de que “lo que no está en el mundo del proceso no está en el mundo del derecho para el juez”.