Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas Carrera de Derecho

"EXCEPCIONES PREVIAS: NECESIDAD DE REFORMA AL SISTEMA DE EXCEPCIONES EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS."

Autor: Mateo Ramiro Urgilez Quizhpi.

Director: Dr. Olmedo Piedra Iglesias Cuenca – Ecuador

2019-2020

DEDICATORIA.

El presente trabajo de Investigación lo dedico a mis padres, Ramiro y Cecilia, por todo el apoyo que me han dado y la formación que desde pequeño me han inculcado, formándome en un hombre responsable, dedicado y soñador.

A mis abuelitos, Enrique y Teresa, por su amor incondicional y por haberme guiado en el camino de la fe, responsabilidad, lealtad y humildad.

A mis dos hermanos, Andrés y Paula, por ser mi inspiración y encontrar en ellos el apoyo para ser un gran profesional.

AGRADECIMIENTO.

Agradezco a mis padres y a mis abuelitos por ser el pilar fundamental en mi vida, por su amor y apoyo incondicional.

Agradezco a mi Director de Tesis Dr. Olmedo Piedra Iglesias por haberme compartido y guiarme con sus valiosos conocimientos a lo largo de mi preparación como profesional del Derecho.

RESUMEN.

Tras la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, se adopta aparentemente un nuevo sistema de excepciones previas, recogiendo en una sola denominación, tanto excepciones subsanables y no subsanables, con la intención de otorgar una resolución rápida y sencilla, que permita depurar cualquier error o circunstancia que impida conocer y resolver el fondo del asunto o por el contrario enervar la acción del actor, y dar por terminado de manera anticipada el proceso.

Pero lejos de aquella intención, el Código Orgánico General de Procesos, adolece de varias inconsistencias y contradicciones , por tal razón la Corte Nacional de Justicia se vio en la necesidad de emitir una resolución, que pretendió dar respuesta a las interrogantes y dificultades al momento de tratar una excepción previa, sin embargo, todavía existen ciertos vestigios e incertidumbres sin resolver, por lo que es nuestro deber evidenciarlos y posteriormente intentar otorgar una propuesta para la correcta resolución de una excepción dilatoria o perentoria.

PALABRAS CLAVES.

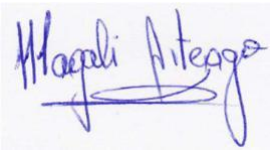
Excepción Previa; Código Orgánico General de Procesos (COGEP); Código Civil; Código de Procedimiento Civil (CPC); Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ).

ABSTRACT.

After the validity of the General Organic Code of Processes, a new system of prior exceptions was apparently adopted, gathering in a single denomination both rectifiable and non-rectifiable exceptions. The intention aimed at granting a quick and simple resolution, which led to many errors or circumstance that debugged knowing or solving the problem or, on the contrary, set aside the stakeholder´s action of the actor, which terminated the process in advance. However, far from that intention, the General Organic Code of Processes, has suffered from several inconsistencies and contradictions, for this reason the National Court of Justice saw the need to issue a resolution, which sought to answer the questions and difficulties at the moment of treating a previous exception. Yet, there are still certain unresolved vestiges and uncertainties, so it is our duty to highlight them and subsequently try to grant a proposal for the correct resolution of a dilatory or peremptory exception.

Keywords: Previous exception; General Organic Code of Processes (COGEP); Civil Code; Civil Procedure Code (CPC); Organic Code of the Judicial Function (COFJ).

Translated by



Mateo Ramiro Urgilez Quizhpi.

Tabla de contenido

DEDICATORIA. ***II***

AGRADECIMIENTO. ***III***

RESUMEN. ***IV***

ABSTRACT. ***V***

INTRODUCCIÓN. ***1***

CAPÍTULO I. ***6***

DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCESO CIVIL. ***6***

1.1GARANTÍAS AL DERECHO A LA DEFENSA. 6

1.2. ACCIÓN Y EXCEPCIÓN.- 16

1.3 LA EXCEPCIÓN DENTRO DEL PROCESO CIVIL. 28

1.4 EL SANEAMIENTO PROCESAL. 37

1.5 EXCEPCIÓN PREVIA. 40

1.5.1 DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA. 40

1.6 CLASES DE EXCEPCIONES.- 43

1.6.1 DILATORIAS Y PERENTORIAS. 44

1.6.2 SUBSANABLES E INSUBSANABLES. 53

CAPITULO II. *58*

LAS EXCEPCIONES PREVIAS PREVISTAS EN EL CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS.- 58

2.1.-INCOMPETENCIA DEL JUZGADOR. 58

2.2.- INCAPACIDAD O FALTA DE PERSONERÍA DE LA PARTE ACTORA O DE SU REPRESENTANTE. 65

2.3.- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA O INCOMPLETA CONFORMACIÓN DE LITIS CONSORCIO. 69

2.4.- ERROR EN LA FORMA DE PROPONER LA DEMANDA, INADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO O INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES. 76

2.4.1 ERROR EN LA FORMA DE PROPONER LA DEMANDA. 76

2.4.2 INADECUACION DE PROCEDMIENTO 79

2.4.3 INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES. 82

2.5. LITISPENDENCIA.- 85

2.6.-PRESCRIPCIÓN.- 90

2.7.- CADUCIDAD.- 93

2.8.- COSA JUZGADA.- 97

2.9.- TRANSACCIÓN.- 103

2.10.- EXISTENCIA DE CONVENIO, COMPROMISO ARBITRAL O CONVENIO DE MEDIACIÓN. 108

2.10.1LA MEDIACIÓN.- 108

2.10.2. COMPROMISO ARBITRAL.- 113

CAPITULO III. _____ *119*

SISTEMA DE RESOLUCION DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS. _____ *119*

3.1 OPORTUNIDAD PARA RESOLVER LAS EXCEPCIONES PREVIAS EN LOS DIFERENTES PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.- _____ 119

3.1.1PROCEDIMIENTO ORDINARIO.- _____ 121

3.1.3PROCEDIMIENTO EJECUTIVO.-_____ 130

3.1.4 PROCEDIMIENTO MONITORIO.- _____ 133

3.1.4 PROCEDIMIENTO VOLUNTARIO.- _____ 136

3.2. RESOLUCIÓN N° 12-17 DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA Y SU EFICACIA TRAS SU VIGENCIA. _____ 139

3.3. EL ROL DEL JUEZ EN EL SANEAMIENTO Y RESOLUCIÓN DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS _____ 148

3.4 ANÁLISIS DE CASO PRÁCTICO._____ 155

3.5 CONCLUSIONES.- _____ 162

BIBLIOGRAFÍA _____ *167*

INTRODUCCIÓN.

En mayo del 2016, tras la vigencia del nuevo Código Orgánico General de Procesos, se llega a una nueva forma de administración de justicia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, siendo el eje central principios como la oralidad, concentración, contradicción, economía procesal y el de publicidad, mismos que deberán garantizarse en toda instancia a lo largo de la sustanciación de un proceso judicial. Con la unificación y simplificación de las diferentes normas procesales, en un solo cuerpo normativo, se logra la creación de distintos trámites, hoy en día llamados por el COGEP, como procedimientos, en los que tenemos, el procedimiento ordinario, entendido por la doctrina como el juicio civil típico, por constituirse como piedra angular para los demás procedimientos, que a pesar de tener cada uno sus propias peculiaridades, siempre tendrán como punto en común, las reglas del proceso ordinario. Los procedimientos que surgen del proceso ordinario, son el sumario, ejecutivo, monitorio y el proceso voluntario, siendo este último, la simple recopilación de aquellos tramites especiales que se encontraban previsto en el Código de Procedimiento Civil, hoy en día derogado.

Por consiguiente, con la adopción del sistema predominantemente oral, surge la obligación que todo proceso, ha de ser sustanciado cumpliendo los lineamientos del debido proceso, y en un espacio que garanticen sus principios, es decir, estrictamente en audiencias orales, públicas y contradictorias. Por lo tanto, dependiendo del trámite en el que nos encontremos, existieran dos audiencias o una sola audiencia, ya sea si nos referimos a los trámites ordinarios, mismos que se caracterizan por ser lo más largos y formalistas, pero a su vez lo que más prerrogativas y mecanismos conceden a las partes para que puedan hacer efectivos sus derechos o aquellos que sin menoscabar las garantías constitucionales, son más rápidos, sencillos, sin muchas formalidades y con plazos sumamente más cortos, es decir como el sumario, ejecutivo, voluntario, etc. Cada una

de estas audiencias, gozan de sus propias reglas, que deberán ser cumplidas y hacerlas cumplir por el operador de justicia; sin embargo, entre estas fases o etapas, hemos de hacer especial mención, a la primera fase de la audiencia preliminar o de la audiencia única, ya que en esta etapa denominada fase saneamiento y validez procesal, se han de resolver cuestiones que puedan generar algún entorpecimiento en la sustanciación de la causa, por tal razón, una vez resuelta sobre la competencia del juzgador, se abre la primera fase, concediéndole a la parte demandada o a la parte actora, si existe reconvención, para que deduzcan las excepciones previas que las que se crean asistidos, que han sido deducidas en el escrito de contestación a la demanda o de la reconvención.

Hay que reconocer que en el sistema judicial que previa el Código de Procedimiento Civil, que era un sistema procesal predominantemente escrito, en el cual las causas se despachaban en el despacho del juzgador, y de una u otra forma, atentando a principios como el de contradicción, publicidad, celeridad, etc., , pues los mismos en su gran mayoría era solo abierto para las partes interesadas y no al público en general, pero en todo caso, de este cuerpo normativo hemos de rescatar el sistema de tratamiento respecto a las excepciones previas. Dentro de esta sistema en primer lugar, si se respetaban a cada una de las instituciones que descansaban atrás de cada excepción, se respetaba su naturaleza jurídica, pues se diferenciaban correctamente en las excepciones que son dilatorias y las que son perentorias, regulando de manera expresa cuales son las que se referían estrictamente cuestiones procedimentales, y cuales se referían o estaban dirigidas a atacar cuestiones de fondo, es decir, sobre el derecho sustancial controvertido. El sistema que se encontraba vigente antes de mayo del 2016, era básicamente el siguiente: las excepciones tanto dilatorias y perentorias, eran deducidas en la contestación a la demanda, sin embargo, estas eran resueltas al final del proceso, antes de la etapa resolutiva, por lo que implicaban que primero se sustancie todo el proceso, se presente alegatos, se practique medios de

prueba y por último se resuelva sobre las excepciones, pero aquello en alguno de los casos, realmente era perjudicial, pues pensemos que efectivamente se daba lugar a una excepción perentoria, como la cosa juzgada o la prescripción, poniendo fin al proceso y sustanciando el mismo en vano, gastando recursos y tiempo para todos los involucrados y al aparataje judicial.

Con la vigencia del nuevo catálogo procesal, de manera irracional se agrupan en una sola denominación a las excepciones dilatorias y perentorias, como excepciones previas, cuyo sistema desde ya diremos, que no es realmente nuevo, pues incluso ya existía antes en nuestro ordenamiento jurídico. En todo caso, en este sistema lo que pretende es que en mismo momento procesal, garantizando los principios del debido proceso y garantías constitucionales, se resuelvan las excepciones previas, por lo que al proceder alguna de ellas, se deberá ordenar su convalidación o se dé por terminado el proceso anticipadamente. Pero más allá de tener la buena intención por partes de poder legislativo, en adoptar nuevas formas y mecanismos para administrar justicia, por su falta de previsibilidad y conocimiento del derecho, lo único que han generado es la creación de evidente contradicciones e inconsistencias para el tratamientos de las excepciones previas, dado que existe una verdadera falta de regulación normativa, para que los operadores de justicia puedan conocer y resolver sobre las mismas. Durante el primero año de vigencia del Código Orgánico General de Procesos, generó que la interpretación y discrecionalidad de los operadores de justicia, se eleven considerablemente al momento de sustanciar una causa, y estrictamente sobre las excepciones previas, ya que se presentaban constantemente interrogantes de ¿Cómo resolverlas?; ¿En qué momento resolverlas?, ¿Cuándo deben resolverse?; todas estas inquietudes dio lugar a varios criterios, unos jueces buscando la respuesta en apego al derecho y a la doctrina y otros, en su gran mayoría, simplemente actuando bajo su entender, atacando la naturaleza de cada excepción previa, y resolviendo a su mejor parecer. Consecuentemente, esto provocó que finalmente el más

alto tribunal de justicia, es decir, la Corte Nacional de Justicia en el año 2017, se vea obligada a emprender un análisis normativo, para que de una u otra forma contribuya con las pautas para guiar a los juzgadores al momento de resolver las excepciones previas. Como veremos a lo largo este trabajo de investigación, tanto como el Código Orgánico General de Procesos, como la Resolución 12-17 de la Corte Nacional, no resuelven inconsistencias y vacíos legales que todavía se encuentran momento de resolver una excepción previa, pues incluso la Corte Nacional más allá de intentar dar una verdadera respuesta a la problemática, lo único realiza y por obvias razones, es emprender métodos de interpretación al catálogo procesal, para intentar dar las respuestas a interrogantes tales como: ¿Se les clasifica correctamente a cada excepción previa, como dilatorias o perentoria? ¿Cuándo se deben deducir las excepciones previas?; ¿Cuándo deben ser resueltas?; ¿Cómo deben ser resueltas?; ¿Las excepciones deben ser probadas?; ¿Qué medios de prueba de practicarse y cómo?;

En fin todas estas interrogantes que he plasmado, son el motivo por el cual he decidido emprender mi trabajo de investigación, y analizar y verificar si realmente la resolución de la Corte Nacional de Justicia, es eficiente al momento de resolver todas estas inconsistencias. Por lo tanto, para el desarrollo del presente trabajo de investigación necesariamente deberemos remitirnos a la doctrina y legislación comparada para comprender y conocer cada una de la instituciones que descansan detrás de cada excepción previa, y analizar la normativa legal ecuatoriana, para conocer las falencias en el sistema procesal vigente sobre las excepciones previas, y para ello, este trabajo de investigación estará compuesta de tres capítulos.

En el primer capítulo se realizará un estudio del desarrollo doctrinario y legal sobre las garantías fundamentales del derecho a la defensa, para lo cual se comenzará investigando a la excepción, como aquel derecho más amplio que tiene todo persona para defenderse dentro de un

proceso. Entendida esta figura jurídica, nos dirigiremos al análisis de la excepción previa, su concepto, finalidad y su proyección dentro un proceso.

El segundo capítulo se enfocará primero en analizar doctrinariamente cada una de las excepciones previas reguladas en el artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos, y conjuntamente con una análisis normativo respecto a la forma en como cada excepción ha de ser resuelta por el operador de justicia, esto en concordancia al artículo 295 del mismo cuerpo procesal.

Y finalmente el tercer capítulo se centrará en indicar como la resolución de la Corte Nacional de Justicia, resuelve las inconsistencias e incertidumbres existentes en el tratamiento y resolución de las excepciones previas; indicar si realmente es suficiente y eficaz dicha resolución, y de ser el caso indicar la forma correcta en que se debe resolver cada una de las excepciones previas.

CAPÍTULO I.

DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCESO CIVIL.

1.1GARANTÍAS AL DERECHO A LA DEFENSA.

El derecho a la defensa, sin lugar a duda, es un derecho fundamental, cuya finalidad es garantizar y precautelar los intereses de aquellas personas que participan dentro de un proceso. Este derecho permite conducir a una verdadera administración de justicia, con el fin que el órgano jurisdiccional emita una resolución motivada en base a los hechos y medios de prueba practicados, cumpliendo con los lineamientos legales y constitucionales; y es por esta razón precisamente del porque el derecho a la defensa ha sido recogido tanto en los diferentes Instrumentos Internacionales y en las Constituciones de cada ordenamiento jurídico, convirtiéndose en una verdadera garantía constitucional, que debe ser aplicada efectivamente en todos los procesos, y cuando nos referimos a todos los proceso, entiéndase en toda actividad o tramite en donde se pueden afectar los derechos de cada ser humano.

Es menester intentar adoptar una definición correcta y en este sentido el autor Guillermo Cabanellas, define al Derecho a la Defensa como:

> La facultad otorgada a cuantos, por cualquier concepto, intervienen en las actuaciones judiciales, para ejercitar, dentro de los mismos, las acciones y excepciones que, respectivamente pueden corresponderles como actores o demandados, ya sea en el orden civil como en el criminal, administrativo o laboral. (Cabanellas Torres, 2003).

En esta misma línea argumentativa, el autor Oscar Cruz Barney, en su libro Defensa a la Defensa y Abogacía en México, expone:

> El derecho de defensa es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente y en los textos de derechos humanos, el cual, debe salvaguardarse en cualquier procedimiento jurisdiccional. Es parte del debido proceso y requisito esencial de validez del mismo. Consiste en la posibilidad jurídica y material de ejercer la defensa de los derechos e intereses de la persona, en juicio y ante las autoridades, de manera que se asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de contradicción (Barney, 2015).

Se puede observar que este derecho no solo consiste en una concepción dogmática o ideológica, sino al contrario, su proyección en un caso concreto es trascendental, por lo que se podría decir, que es la piedra angular de todo proceso judicial o extrajudicial, que frente a su inobservancia por parte de cualquier Autoridad Publica, conllevaría a la indefensión, generando por lo tanto que este proceso vulnere un derecho transcendental, debido a que el Derecho a la Defensa es una garantía básica del Debido Proceso, regulado en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76. Derecho que cumple con dos funciones puesto, por un lado no solo constituye como un derecho en sentido estricto, sino que también dentro del marco del Debido Proceso, permite el cumplimiento de otras garantías procesales o Principios que deben observarse y cumplir en cada caso en concreto, pensemos así por ejemplo: el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes por las Autoridades Judiciales o Administrativas; el Principio de Presunción de Inocencia; el Principio de Legalidad; el Principio In dubio pro reo; el Principio de Proporcionalidad y obviamente el Derecho a la Defensa que goza de sus propias garantías.

Este derecho que se encuentra reconocido en todos los ordenamientos jurídicos en las diferentes resoluciones de los órganos que administran justicia, podemos ver que el Ecuador, no

es la excepción, de tal manera que la Corte Constitucional en su resolución Nro.005-16-SEP-CC manifestó:

> El debido proceso es un derecho primordial que le asiste a las partes que se encuentran sometidas a un proceso judicial o administrativo; por tanto, existen garantías que deben ser observadas y aplicadas, con el objeto de que el proceso se constituya en un medio para la realización de la justicia (2016).

En virtud de lo manifestado, el derecho a la defensa, que constituye unas de las garantías más importantes del Debido Proceso, goza de sus propias garantías, y estas se hayan en el numeral séptimo del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece "El Derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías…" (Constituyente, 2008), y efectivamente esta disposición, enlista las garantías que constituyen el derecho a la defensa, por lo que resulta imperioso comprender cada una de estas, y su proyección en el ámbito jurídico.

Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento:

En esta primera regla, se manifiesta que no puede ser restringido en ningún proceso la defensa, pensemos así ya sea en materia civil, penal, laboral, administrativo, etc., ni en cualquier fase o etapa en el que se encuentre el proceso. Procesalmente hablando, existe también un principio llamado Preclusión, que se refiere a que una vez que concluya determinada etapa o grado, ya no se puede volver actuar, es decir se extingue la oportunidad de cumplirlo, esto no quiere decir, que de cierta manera se ataca al derecho a la defensa, sino que precisamente se garantiza este derecho, al permitir ejercerlo pero en la etapa o fase que se encuentre sustanciando en ese momento, por lo que se evidencia claramente, que en ningún momento se privará el ejercicio del derecho a la defensa.

Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa:

Esta segunda garantía lo que busca, en todo Proceso, es evitar que de cierta manera se cuarte la defensa de las partes, por esta razón existen actos de proposición, que se les confiere un tiempo prudente y razonable para que se pueda actuar correctamente y por ende tener la oportunidad de preparar correctamente la defensa que se pretende plantear, es decir, sus alegatos, fundamentos, practicar sus medios de prueba y justificar sus pretensiones.

Ser escuchados en el momento oportuno y en igualdad de condiciones*:*

Esta garantía se fundamenta principalmente en el principio de igualdad procesal, dado quienes intervienen en un proceso cualquier sea la materia, por ejemplo civil, penal, laboral, administrativo, etc., lo hacen en igualdad de condiciones, recibiendo tratos igualitarios y justos por parte de la Administración de Justicia, con el fin, de evitar las arbitrariedades e injusticias. Podemos observar esta garantía en el siguientes supuestos: cuando en el proceso se encuentra la oportunidad procesal para practicar medios de prueba, a una de las partes se le permita practicar todo los medio de prueba que ha anunciado en su demanda o contestación, mientras que a la contraparte, se le restringa hacerlo; otro caso sería, en el tiempo que se concede a cada una de partes para exponer sus alegatos, ya sea al iniciar o al terminar el proceso, se concedan tiempos distintos, perjudicando a una de las partes.

Finalmente concluimos que esta garantía hace referencia que ambas partes sean escuchadas en un mismo momento procesal, y con las mismas condiciones, de tal manera que el operador de justicia se ve obligado a fijar fecha y hora para convocar a una audiencia oral, publica y contradictoria, con el fin, de escuchar a las partes procesales, quienes sustentarán en base a los

lineamientos legales, los interés y las pretensiones que buscan sean cogidas o negadas respectivamente por el Juzgador que conoce la causa.

Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones prevista por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento:

Esta garantía lo que busca es simplemente que todos los procesos sean públicos, a diferencia de lo que sucedía en anteriores épocas, en donde los procesos eran ocultos, secretos, y casi que ni el mismo demandado, procesado, inculpado, conocía de aquel; sin embargo, en la actualidad cualquier ciudadano que tenga interés en determinado caso, pueda acceder a los documentos, escritos, pruebas, en si todo lo que forma parte del proceso, y sobre todo asistir a las audiencias. Ahora es importante advertir que siendo la regla general que todos los proceso son públicos, existen excepciones, puesto que existen ciertos asuntos que por su naturaleza y por los derechos que se ven vulnerados, deben ser reservados, por lo que solo las partes deben encontrarse en dichas diligencias, y estas son delitos sexuales, los delitos contra la estructura y administración de estado, delitos contra los menores, entre otros.

Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto:

Esta es una garantía que por su naturaleza, es propia del ámbito penal, pues sin lugar a duda esta emerge por la lucha histórica de las diversas situaciones en todos los ordenamientos jurídicos, en los que se atacaban todos los derechos que tenían las personas, que son retenidos con el único fin de lograr obtener sus confesiones y pretendiendo conseguir la autoincriminación, mediante la aplicación de métodos de violencia física o psicológica. Es por esta razón que esta garantía, surge

como consecuencia directa, de los acontecimientos históricos tanto nacionales como internacionales, con el único fin de evitar que una persona declare ante una Autoridad Publica sin la presencia de un profesional del derecho, pues la misma adolecería de validez e idoneidad y no servirá como medio probatorio dentro de un proceso o del ser el caso en la investigación penal.

Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento:

Lo que pretende este principio, proviene de una deducción lógica, puesto que si una de las partes procesales no entienda o comprenda el idioma a través del cual se encuentra sustanciando el proceso, que en nuestro caso es el castellano, tiene que ser sea asistido por un traductor o interprete en el caso de una persona que tenga alguna discapacidad, con el fin de que entienda y conozca el contenido de las actuaciones judiciales, y cuáles son sus repercusiones dentro del mismo. La Corte Constitucional del Ecuador, en la Sentencia Nro.117-18-SEP-CC indica:

> La garantía constitucional de asignar un traductor o intérprete a determinado sujeto procesal, está sujeta a la condición que dicho sujeto no comprenda el idioma a través del cual se tramita la causa. Ello es independiente de su lugar de origen o nacionalidad; puesto que, si el sujeto procesal comprende el idioma a través del cual se desarrolla el proceso, se entiende que está en capacidad de entender la naturaleza y alcance de las actuaciones procesales, por tanto, de ejercer su derecho a la defensa en condiciones de igualdad (2018).

En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor:

Esta garantía que se encuentra dentro del derecho a la defensa, precautela que las partes procesales comprendan el contenido de cada una de las actuaciones jurídico-procesales,

precisamente porque un proceso judicial está conformado por etapas y actos procesales, mismos que tienen su propia complejidad, por lo que surge la necesidad de ser asistido de un profesional del derecho que conozca la materia y mediante el mismo guiar y encaminar de manera correcta el proceso judicial, con el fin, de garantizar los derechos e intereses de los sujetos procesales, por ello, esta garantía es tan importante en la práctica y que permite garantizar el derecho al Debido Proceso. Aquí debemos aclarar que aquella parte que no goza de recursos económicos para contratar un profesional particular, el estado, con el fin de garantizar una defensa correcta y en igualdad de condiciones, les asiste de un defensor público quien ejercerá la defensa de sus intereses. Sin perjuicio de lo mencionado, debemos admitir que la defensa que un profesional público emplea en el caso asignado, no va ser la misma, que una defensa de un abogado particular, puesto que por más sencillo que sea el proceso, siempre implica actividades que solo el profesional privado puede realizarlo, por el mismo hecho que los defensores públicos, al llevar varios casos por la misma situación, no cuentan con los medios ni los recursos para emprender una defensa eficaz.

Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra:

Esta garantía es fiel reflejo del derecho que tiene toda persona para poder defenderse dentro de un Proceso Judicial o Administrativo, ante el órgano competente y exponer por escrito y cuando sea el momento procesal oportuno, de forma verbal, los fundamentos legales que sirven de base para sus pretensiones, para lo cual, podrán acompañar todos los medios de prueba con las que cuenten y que permitan justificar los argumentos presentados. Si bien es cierto que, tras la vigencia del Código Orgánico General de Procesos se adopta un sistema predominante oral, que a pesar de que ciertos actos deben realizarse por escrito, el momento donde efectivamente se garantiza el

principio de contradicción e inmediación, es cuando el órgano jurisdiccional concede un espacio a la parte actora, y sobre todo a la contraparte para que pueda exponer los argumentos de los cuales se cree asistido.

Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto:

La Corte Constitucional dentro de la sentencia Nro. 012-14-SEP-CC, manifestó entre otros argumentos, que esta garantía:

> (…) logra que las decisiones que ponen fin a un proceso gocen de fuerza obligatoria y definitiva, erigiéndose de esta forma, como verdad material de los procesos, y a su vez, impidiendo que los ciudadanos, al momento de someterse a la actividad jurisdiccional del Estado, no se encuentren en una situación de incertidumbre respecto a la posibilidad de que los temas sobre los conflictos que ya fueron conocidos, vuelvan a plantearse con identidad subjetiva y objetiva, para una nueva solución (2014).

Siguiendo el criterio de la Corte, esta garantía, se le conoce como el *Principio non bis in ídem*, que se traduce a la premisa de que ninguna persona podrá ser juzgado más de una vez por un mismo acto; por lo que esta garantía que tiene como base la institución de la cosa juzgada, impide que se vuelva a tramitar aquella causa que tiene una misma identidad subjetiva y objetiva, dicho en otras palabras, cuando se demandan a la mismas personas, en base a los mismo hechos, y con las mismas pretensiones, por ello, una resolución, que no ha sido interpuesta ningún recurso horizontal, llamados también remedios por la doctrina; o del ser el caso recursos verticales, como la apelación, hecho o casación, adquiere fuerza obligatoria y definitiva, sin que pueda nuevamente iniciarse un nuevo proceso judicial.

Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo:

Esta garantía Constitucional permite hacer cumplir con el principio de inmediación, que existe entre los sujetos procesales y la administración de justicia, concretamente, entre los testigos o peritos con el Juzgador, con el fin, de que en audiencia oral, publica, y contradictoria, se practique el interrogatorio que se formule por el abogado en el momento procesal oportuno para que declaren los testigos sobre los hechos relacionados con la pretensión y en el caso de los peritos, sustente su informe pericial de manera oral. Una vez más podemos ver como se hace efectivo el derecho a la defensa y contradicción, puesto que una vez que se lleve a cabo el interrogatorio a la contra parte y en cumplimiento a esta garantía, le asiste la facultad de efectuar el contrainterrogatorio con lo que se busca atacar y desvirtuar lo alegado por dicho testigo o del ser caso el perito. Incluso en cuanto a los testigos y peritos, también se garantizan ciertas circunstancias ajustadas al debido proceso, como por ejemplo estos deben ser notificados con la providencia que ordena su comparecencia, a través de cualquiera de las formas previstas por la ley, caso contrario, mientras no se realice esta notificación, no existe la obligación por parte del testigo o perito a comparecer.

Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto:

Esta garantía constitucional tiene su proyección en beneficio de los ciudadanos, pues permite garantizar a su vez el principio de seguridad jurídica, esto es, tener la convicción que el aparataje estatal busca la protección y garantía de todos los derechos reconocidos en la Constitución así como en los diferentes Instrumentos Internacionales. Este principio busca dar certeza de que cuando se pone en conocimiento determinada causa a un órgano jurisdiccional, va

a ser resuelto por un Juez independiente, imparcial y competente, que sustancia un proceso judicial, sin arbitrariedades y garantizando todos los derechos que reconoce nuestra Carta Magna.

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados:

Esta garantía sin lugar a duda tiene una enorme trascendencia en al ámbito jurídico, puesto que su finalidad es precisamente que las Autoridad Publicas, ya sean judiciales o administrativas, al momento de dictar una resolución, realicen un análisis de todo el contexto llevado acabo, es decir, en la unidad del acto, comprender y analizar en su conjunto, contextualizar los fundamentos facticos, los fundamentos derecho y de ahí tras una deducción lógica jurídica pronunciar la resolución misma que debe encontrarse debidamente estructurada, según los elementos que la doctrina, la jurisprudencia y nuestra Corte Constitucional lo ha recogido en sus fallos y podemos ver claramente en la sentencia Nro.064- 14-SEP-CC, en la que se indica:

> (…) los elementos que deben contener las sentencias para que las mismas se encuentren debidamente motivadas, en el siguiente sentido, la exposición por parte de la autoridad judicial con respecto a la decisión adoptada debe hacérsela de forma: i. Razonable, es decir sea fundada en los principios constitucionales; ii. Lógica, lo cual implica una coherencia entre las premisas y la conclusión y, iii. Comprensible, es decir que el fallo goce de claridad en el lenguaje. (2014)

De lo expuesto claramente se observa para que una sentencia, resolución, o en general cualquier decisión de una Autoridad Pública se encuentre debidamente motivada, y no dé lugar a un vicio de nulidad, esta debe gozar de un razonamiento jurídico de los preceptos normativos,

relacionados a su vez, con las situaciones fácticas y finalmente existir una coherencia entre lo que se expuso y la conclusión.

Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos:

Esta garantía también es conocida como el *principio del doble conforme*, que básicamente consiste en que en todos aquellos procesos, en donde se resuelvan derechos y al existir ya una resolución del órgano competente, permite o mejor dicho facultad si la parte que se crea perjudicada, impugna la decisión dictada dentro de dicho proceso, con la única finalidad que esta sea revisada y analizada por el órgano jerárquicamente superior y del ser el caso, proceder a subsanar los errores que se han provocado, a lo largo de la sustanciación del proceso, el órgano jerárquico inferior que conocía de dicha acción o reclamo. Siguiendo esta línea argumentativa la misma Corte Constitucional en la sentencia N° 213-2016-SEP-CC, manifestó que esta garantía consiste en:

> La facultad de acceder a los órganos superiores en el esquema orgánico de la administración de justicia, para que jueces en otras instancias revisen las actuaciones de los jueces de primer nivel, en el marco y en el contexto de la naturaleza, características y finalidades de los mecanismos de impugnación previstos por el legislador (…) (2016).

1.2. ACCIÓN Y EXCEPCIÓN.-

En cuanto a este acápite resulta menester realizar un análisis doctrinario sobre estas dos figuras jurídicas, puesto que, precisamente con el ejercicio de la acción y correlativamente con la excepción, permite que se inicie una contienda judicial ante un órgano jurisdiccional competente,

quien con la obligación de cumplir y garantizar con todos los lineamentos constitucionales y legales, al momento de sustanciar el proceso, las partes procesales buscan que se imparta justicia eficaz y oportuna, pretendiendo que acojan favorablemente sus intereses respectivos.

En primer lugar analizaremos la acción, por lo que resulta pertinente partir de su etimología, misma que proviene del latín *actio*, que según la Real Academia Española, significa "ejercicio de la posibilidad de hacer" (Diccionario de la Real Academia Española, 2020); que aplicado al ámbito del derecho, y en el sentido más amplio, se entendería como aquel derecho que cualquier individuo con capacidad de ejercicio pueda acudir a un órgano estatal para que resuelva sobre determinado asunto o controversia. Adentrándonos en el campo dogmático y técnico, sobre en qué consiste la acción, el tratadista Hernando Devis Echandia, entiende que es "(…) un elemento del derecho sustancial o un elemento del mismo derecho en su ejercicio" (Echandia, 2013).

En este mismo sentido, se puede decir que la acción se caracteriza precisamente por ser independiente y diferente a aquel derecho subjetivo que le dio existencia jurídica, y de esta forma se crea un nexo entre la acción y la lesión del derecho personal transgredido, cuya reparación es lo que busca el actor al activar al órgano jurisdiccional.

Dentro de la obra *Manual de Derecho Proceso Civil, Tomo I Teoría General del Proceso*, se hace alusión a las dos grandes corrientes que existen sobre la concepción y naturaleza jurídica de la acción, los autores de este libro Fernando Jiménez Conde, Gemma García-Rostán Calvín, Salvador Tomás Tomás, exponen que estas dos Escuelas son la Alemana y la Italiana. Respecto a la primera, la Escuela Alemana, tiene como principales exponentes a Windscheid, Muter y Wach, que establecen que la acción se traduce a un derecho autónomo, publico, que frente a la violación que se produce sobre el derecho sustantivo, se logra una tutela judicial efectiva,

obteniendo de esta manera una resolución, reparando el derecho violado. Los autores Conde, Rostán, Tomás, concluyen que:

> Estas teorías hacen ver al estado, como protector de los derechos de las personas, por medio del derecho público, pero también hace dar cuenta que es derecho privado e individual; que además prevalece como obligación del estado, al tutelarlo de manera jurídica conforme a la ley (Conde, 2015).

Frente a la Escuela Alemana, los autores Fernando Jiménez Conde, Gemma García-Rostán Calvín, Salvador Tomás Tomás, en su obra Manual de Derecho Procesal Civil Tomo I, indican que existe la corriente Italiana, siendo su principal exponente el tratadista Giuseppe Chiovenda, quien sustenta la Teoría de la Acción como Derecho Potestativo y distingue entre derecho subjetivo y objetivo o también llamado abstracto, entendiendo al primero como:

> Manifestación de la voluntad colectiva encaminada a regular la actividad de los ciudadanos o de los órganos públicos (…). Por lo que este, es un derecho en donde un sujeto tiene un poder jurídico para tomar decisiones frente a otro sujeto de manera subjetiva (…), mientras que el objetivo o la teoría abstracta de la acción, (…), como independiente y autónoma dirigida a obtener una sentencia sea favorable o no; por lo que toda persona tiene el derecho a la acción sin considerar si es el titular de este (Conde, 2015).

Frente a estas dos escuelas, debemos indicar que actualmente la que tiene mayor acogida en los diferentes ordenamientos jurídicos y sin ser la excepción en el nuestro, es la Escuela o Corriente Italiana, puesto que como se puede observar en nuestro derecho y tal como se encuentra prevista nuestra Carta Magna, y sobre todo nuestro Código Orgánico General de Procesos, permite y se garantiza a todo persona acceder a la administración de justicia, con el fin de proteger o reparar sus derechos e intereses que han sido supuestamente transgredidos o inobservados, pero advirtiendo que al momento de ejercitar a los órganos jurisdiccionales o administrativos, esto no

quiere decir, que sus pretensiones van a ser acogidas favorablemente, por el simple hecho de plantear una acción, sino al contrario, esta garantía consiste en que todo la persona pueda plantear una acción, independientemente si le asiste o no un derecho o si este tiene o no la razón, situación más bien, que ha de ser resuelta y demostrada a lo largo del proceso, en base a los fundamentos facticos, de derechos, y principalmente por aquellos medios de prueba que han de ser practicados en su momento procesal oportuno, mismo que debe cumplir con todas las garantías del debido proceso y así evitar violación a derechos y principios procesales fundamentales por ejemplo el derecho a la contradicción, defensa, inmediación, oportunidad, términos razonables, medios de prueba, motivación, estado de inocencia, etc.

Es necesario referirnos a los elementos constituyentes de la Acción, entre los mismos tenemos el elemento subjetivo, objetivo, y la causa como tal. En palabras de los autores Conde, Rostán y Tomás, el elemento subjetivo se refiere a los sujetos, quienes forman parte de la relación jurídica material que se debate en dicha contienda judicial. Por otro lado en cuanto al objeto, es lo que el actor pretende conseguir en la resolución o sentencia, es decir, pretende que se acojan sus intereses y pretensiones; y por último la causa, no es más que la razón jurídica basada en los hechos facticos que alega y que son demostrados por el actor.

Una vez que ya se ha realizado una revisión exhaustiva de la definición, las diferentes posiciones que existen respecto a la naturaleza jurídica de la acción, resulta adecuado analizar brevemente las diferentes clasificaciones que las de acciones, pero que en realidad no responde realmente a la acción, sino más bien otros aspectos. Para aquello se debe partir de y tal como manifiesta el profesor Eduardo Couture, existen concepciones tradicionales en cuanto a la acción pero incorrectamente se asemeja a la clasificación respecto a los procesos, en propias palabras de este tratadista expone:

> Se distingue, habitualmente, entre acciones ordinarias y extraordinarias. Estas últimas, a su vez, se dividen en ejecutivas y sumarias. Pero esta clasificación no se refiere a la acción, sino al proceso en el cual la acción se hace valer (Couture, 2002).

Entonces, en este sentido, para que no existan confusiones procesos de conocimiento que como sabemos son aquellos en los que declara o determina un derecho; los procesos de ejecución, básicamente en los que se efectiviza una derecho ya reconocido ya sea en una resolución o título de ejecución; procesos cautelares, " en los que se procura en vía meramente preventiva y mediante un conocimiento preliminar, el aseguramiento de los bienes o de las situaciones de hecho que serán motivo de un proceso ulterior*"*. (Couture, 2002)

En este mismo sentido, evidenciando incorrectas clasificaciones que se realiza a la acción, encontramos un segundo caso, que incluso ha obedecido una concepción tradicional, esto es, clasificar las acciones en reales, personales y mixtas. Siendo las primeras una deducción del artículo 595 del Código Civil ecuatoriano, indica en su parte final que "De estos derechos nacen las acciones reales" (Nacional A. , Código Civil Ecuatoriano, 2015). Precisamente los derechos que se refiere dicho artículo son los derechos reales, tales como dominio, el usufructo, el uso, la habitación, prenda, hipoteca, anticresis. En cuanto a las acciones personales, son aquellas que no se dirigen sobre cierto objeto, sino más bien, sobre determinadas personas, y buscan el cumplimiento de una obligación, que puede consistir en una prestación de dar, hacer, no hacer algo y principalmente tienen carácter patrimonial. En este sentido el Código Civil en la parte final del artículo 596 indica que "De estos derechos nacen acciones personales". (Nacional A. , Código Civil Ecuatoriano, 2015)

Y las acciones mixtas aquellas que, al mismo tiempo participa un derecho real y personal. Pero Eduardo Couture critica y manifiesta que "(…) tampoco es ésta una clasificación de acciones, sino una clasificación de los derechos invocados en las pretensiones." (Couture, 2002)

Existen otras críticas dadas por este mismo autor, en el mismo sentido de que se clasifica la acción por ejemplo desde el punto de vista de si esta pública o privada, pero que en realidad "La distinción entre acciones públicas y privadas no corresponde ni al derecho, ni a la pretensión, ni al proceso. Corresponde a la iniciativa de la demanda".

También se refiere a la clasificación de la acción en petitorias y posesorias, pero que en realidad responde al punto de vista de los procesos y respecto a las pretensiones. Por último se habla por parte de la doctrina de acciones nominadas e innominadas, pero esta clasificación, no es más que la intención de proporcionar una denominación jurídica a los derechos que el actor pretende que se los reconozcan, entonces serian por ejemplo acciones nominadas, la de divorcio, prescripción extraordinaria adquisitiva, pensión alimenticia, nulidad etc. Y acciones innominadas son aquellas que "no se caracterizan por particularidades específicas".

Después de todo lo expuesto, compartimos la idea expuesto finalmente por Eduardo Couture, al expresar que "(…) la acción, configurada como un derecho a provocar la actividad de la jurisdicción, no necesita de clasificaciones". (Couture, 2002)

Para que inicie una contienda judicial y poner en ejercicio el aparataje estatal, es necesario que aquella persona que pretendan que se acojan sus intereses o se respeten o reparen sus derechos, es necesario ejercer aquella facultad que le asiste, incluso reconocido en nuestra Constitución de la República, esto es, acceder a la administración de justicia en cualquier momento, y precisamente esto se cumple con el ejercicio de una acción que se materializa a través de la demanda,

instrumento fundamental que permite poner en conocimiento al órgano judicial competente, las situaciones fácticas, que en base a los normas legales, justifican la pretensión que se busca obtener.

Sobre este instrumento procesal, el tratadista Francisco José Contreras Vaca manifiesta que la demanda es:

> Es el acto procesal en virtud del cual una persona física en lo personal o por medio de su apoderado, o el representante de una persona jurídica, inician un proceso jurisdiccional planteando con claridad y precisión su pretensión al juzgador y solicitándole que en su oportunidad dicte una sentencia favorable a sus intereses, para que se haga efectivo, se constituya o se declare la existencia de un derecho o se resuelva (dé por terminada) una obligación (Vaca, 2011).

Desde el punto de vista de la materia a la cual se refiere la reclamación, podemos hablar de una acción civil, laboral, administrativo o constitucional y esto a su vez influye en el tipo de procedimiento en que se sustanciará dicha acción, es decir, puede ser por vía ordinaria, ejecutiva, monitorio, voluntario. Debiendo ser aclarado que las materias que no recoge en sus diferentes disposiciones el Código Orgánico General de Procesos, es precisamente la materia penal, administrativo, constitucional, electoral, que gozan de sus propios principios e instituciones jurídicas que se ven reflejados en los diferentes Códigos Orgánicos.

Como se indicó en el párrafo anterior, todo ciudadano que pretenda poner en actividad a un órgano jurisdiccional, es necesario que este en pleno ejercicio de sus derechos civiles, pudiendo promover por propio derecho o por medio de representantes o apoderados, una acción, misma que materializada en la demanda, esta debe cumplir con ciertos lineamentos legales y sobre todo procesales, que dan lugar a que esta pueda ser admitida a trámite por el órgano, quien por sorteo le corresponde conocer esa causa. Estos requerimientos, precisamente son los requisitos generales y específicos, según sea el caso, que debe cumplir toda demanda. Es necesario referirnos a estos

requisitos generales, mismos que se encuentran previstos en el Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 142, indica que toda demanda debe ser presentada por escrito y debe contener entre otros, los siguientes requisitos: pensemos así la designación del juzgador ante quien se la propone; generales de ley de parte quien presenta la acción, así como la o el abogado quien ejerce la defensa técnica; generales de ley de la parte demandada, dirección donde debe ser citado; las situaciones fácticas que precisamente dan lugar a dicha acción; los fundamentos de derechos que fundamenten la acción; un requisito trascendental es anunciar todo los medios probatorios que servirán para acreditar los hechos alegados; cual es la pretensión, es decir, que es lo que se busca con la presentación de la acción; en qué tipo de procedimiento debe sustanciarse; y finalmente las firmas o rubricas de quien presenta la demanda, así como la del abogado patrocinador.

Frente a estos requisitos que sin lugar a duda deben ser cumplidos a cabalidad, surge una interrogante, en el sentido de ¿Qué sucede sin una demanda no cumple con uno o varios de los requisitos exigidos por la ley? Para responder esta pregunta, nos debemos referirnos al artículo 146 del cuerpo legal antes mencionado, que de manera textual en su segundo párrafo indica:

> Si la demanda no cumple con los requisitos formales previstos en este Código, la o el juzgador dispondrá que la o el actor la complete o aclare en el término de cinco días…Si no lo hace, ordenará el archivo y la devolución de los documentos adjuntados a ella (…) (Nacional A. , 2015).

La norma antes citada es totalmente clara al indicar que, por el hecho de presentar la demanda y esta no cumpla con los requisitos, por ejemplo, con el requisito de indicar el lugar exacto donde debe ser citado el demandado, esto no significa que de manera ipso facto[1], la demanda será rechazada o inadmitida, sino más bien garantizando los derechos que tiene el actor,

[1] Ipso Facto: Por el hecho mismo, inmediatamente, en el acto.

permite dentro del término que señala la ley, subsanar, aclarar o completar el requisito que le falte, y en el caso concreto del ejemplo dado, seria de indicar de manera detallada, esto es, con fotografías del domicilio del demandado, croquis, incluso el Código Postal de la ciudad o parroquia en donde se encuentra. Ahora sí, dentro de estos cinco días, el actor no completa la demanda, la norma es tajante, al decir que se ordenará su archivo y se procederá con la devolución de documentos que se adjuntaron inicialmente a la demanda.

Una vez analizado la acción, su naturaleza jurídica, y cómo esta se ve materializada con la presentación con la demanda; resulta necesario en este momento dirigirnos al ámbito en el que se va a desarrollar principalmente este trabajo de investigación. En este sentido, debemos referirnos a la excepción, con respecto a su etimología, proviene del latín *exceptio, -onis,* que de acuerdo con la Real Academia Española, significa "Acción y defecto de exceptuar" (Diccionario de la Real Academia Española, 2020). En cuanto a su conceptualización ya en el ámbito jurídico, debemos referirnos al tratadista Omar Benabentos expone que la excepción consiste en "la reacción del demandado (...), y se emparenta con el ejercicio mismo del derecho de defensa en juicio (…)" (Benabentos O. A., 1998).

Reforzando con la idea antes expuesta, el tratadista Eduardo Couture, indica que existen posiciones doctrinales que entienden a este instrumento procesal como "(...) un poder jurídico concreto, vale decir, como un atributo del demandado a quien el actor conduce sin motivo hasta el tribunal, y que pretende que la pretensión del demandante sea desechada. Se habla, entonces, de un contra derecho (...)" (Couture, 2002).

De esta forma observamos que la excepción es un medio de defensa, un mecanismo que de la misma manera en la que, se garantiza a todo ciudadano acceder a la administración de justicia y plantear una acción, se garantiza que frente a este requerimiento judicial, la parte

demandada pueda defenderse y contradecir con los medios de prueba que le asistan, intentar enervar la acción y combatir las pretensiones que busca el accionante.

Resulta fundamental referimos aquella discusión doctrinaria que versa sobre, si ella constituye en sí misma un atributo del derecho o si, por el contrario, consiste en una potestad autónoma de actuar en juicio. Debemos referirnos a una primea posición, que se acoge a una concepción clásica, en cuanto a esta primera teoría, el jurista Eduardo Couture, indica que:

> (...) Si la acción es un atributo propio del derecho, vale decir, la calidad del derecho que le faculta para ir a la lucha judicial, se añadió también tradicionalmente que la excepción es un atributo propio del derecho que le permitía defender en la lucha judicial (Couture, 2002).

Respecto a esta corriente, podríamos decir que se trata de equiparar como un mismo derecho, es decir, si al actor le asiste la acción, al demandado le corresponde la excepción, incluso podemos observar que el juez que conoce la acción, le corresponde conocer la excepción y cuánto tiempo dure la acción planteada, también durará la excepción. Pensemos en un caso concreto, si una persona plantea una acción de cobro por una determinada cantidad de dinero, en contra del supuesto deudor, a este le corresponde defenderse, y puede plantear del ser el caso, una excepción de pago, en el supuesto de que efectivamente este ya canceló la obligación, y lo que busca el actor es volver a cobrar una deuda que ya no existe.

Tenemos a su vez una segunda corriente, que se refiere a que la excepción goza principalmente de una autonomía, cuya escuela es la Italiana, escuela que desarrollo también la autonomía de la acción. Dentro de esta escuela, E. Couture manifiesta que:

> Se realizaron las primeras distinciones entre excepción y presupuestos procesales. La primera es, como en el concepto tradicional, un medio de defensa que ejerce el demandado; pero los segundos

son (…) supuestos de hecho o de derecho sin los cuales el proceso no tiene existencia jurídica ni validez formal. Como tales, no sólo pueden ser aducidos por las partes, sino también por el tribunal (…) (Couture, 2002).

En cuanto esta segunda corriente, efectivamente logra un avance, puesto que si bien parte, de la concepción clásica, de que la excepción es aquel medio de defensa que le asiste al demandado, consigue ya diferenciar que, si la excepción se materializa que lo que busca es contradecir a la acción que materializada en la demanda plantea el actor; existe una forma en cómo se puede evitar que aquella contienda judicial no siga sustanciándose y evitar que exista una resolución del órgano jurisdiccional, esto es, aquellos presupuestos procesales que deben ser cumplidos a cabalidad, caso contrario daría lugar algún tipo de nulidad, provocando la invalidez del proceso. Si bien como se expone en líneas anteriores, estas deben ser alegadas por las partes procesales, de cierta manera llegarían a beneficiar al demandado por lo que ya no existiera una contienda judicial. En cuanto a este tema de los presupuestos procesales y saneamiento procesal será analizado más adelante.

Finalmente, en cuanto a esa discusión doctrinaria de que si realmente es un atributo del derecho, o si consiste en el libre albedrio de decir o no actuar en juicio. Existen corrientes modernas, que se refieren una concepción concreta y por otro lado a una concepción abstracta de la excepción. Respecto a la primera, el Tratadista Eduardo Couture en su obra Fundamentos de Derecho Procesal Civil, expone que la excepción se entiende como una suerte de poder jurídico, y que esta forma parte del demandado con un atributo personal, asemejando a la situación del actor, que de la misma manera la acción forma parte del atributo de la personalidad. Couture califica a la excepción como un contra derecho a lo que pretende el actor en su petición formal en la demanda, es decir, en su pretensión clara y concreta. Con lo que respecta la concepción abstracta

de la excepción, se dice que esta corriente rechaza rotundamente la idea que es la excepción es un contra derecho. Precisamente porque “El demandado, se sostiene, no tiene ningún derecho contra el actor. Sólo tiene derecho a su libertad, a que la sentencia rechace la demanda devolviéndole la libertad que disfrutaba antes del proceso” (Couture, 2002).

Dicho en otras palabras el accionado no busca en sentido estricto que se reconozca su derecho propio, ni excluir el derecho ajeno. Su pretensión, más que nada, es afirmación de libertad jurídica. Esta concepción más que nada se adecuaría a la materia penal, sobre todo sobre el procesado, cuyo objetivo es precisamente la libertad jurídica, y finiquitar cualquier proceso que exista contra él.

Podemos concluir respecto a esta discusión doctrinaria, que todo gira de acuerdo al contexto en el que se desarrolle, en cuanto a nuestro derecho interno, podríamos establecer que la excepción goza de una calidad mixta entre las diferentes corrientes, tanto clásica, autónoma y corrientes modernas, puesto que, sin lugar a duda, es un derecho reconocido constitucionalmente, derecho que le asiste al accionado y se encuentra en una misma jerarquía que la acción, precisamente por esta garantía fundamental, que se reconoce a todo ciudadano para demandar y para defenderse de una demanda, es decir, de acción y contradicción. Lo que debemos afirmar frente a la acción, la excepción busca enervar la acción planteada, buscando que no se acojan las pretensiones exigidas por el actor.

Así mismo recogemos la idea, de que si bien se garantiza el derecho de defenderse y de contradecir, y que no será privado de este derecho en cualquier etapa o instancia en el que se encuentre el proceso, pero siempre quedando a discrecionalidad propia del demandado, en si desea o no actuar dentro del proceso que pretende contra aquel, en ningún momento existirá alguna coacción para que presente alguna oposición, que en caso concreto, será la contestación a la

demanda , pero claro está, que esto no significa que por el hecho de no desear actuar dentro del proceso, el mismo no va a continuar, sino lo contrario, sin perjuicio de que exista o no una contestación a la demanda, el proceso seguirá su camino, cumpliendo sus lineamentos del debido proceso, culminará en una resolución o sentencia.

1.3 LA EXCEPCIÓN DENTRO DEL PROCESO CIVIL.

Nos corresponde adéntranos a la proyección de la excepción dentro del proceso civil. Como se observó en el acápite anterior, la excepción se entiende como aquel derecho que tiene una persona para defenderse dentro de una contienda judicial o administrativa y siguiendo la misma línea argumentativa, el tratadista Francesco Carnelutti entiende que:

> La excepción es una razón especial de la oposición del demandado a la pretensión del demandante, manifestada en forma activa, y por tanto, una contra razón frente a la razón de la pretensión del demandante. En síntesis, la excepción es la razón del demandado (Carnelutti, 1994).

Es necesario entonces, analizar cómo se plasma esta figura jurídica en una contienda judicial. El problema de la justicia se desplaza, entonces, del reclamante al reclamado. Ya no se trata de determinar en qué medida corresponde al actor la libertad de comparecer ante la autoridad, sino de saber cuál puede ser el comportamiento del demandado, frente el requerimiento del actor ante el órgano judicial o administrativo competente. Por lo que surge una suerte de justicia bilateral, en base aquel principio fundamental en derecho procesal de que nadie puede ser condenado sin ser oído, entonces debemos determinar y comprender cuales son las posiciones que el accionado puede adoptar o asumir frente aquel requerimiento judicial, en propias palabras del tratadista Adolfo Alvarado Velloso, indica que: “(…) siempre desde de la actividad (o inactividad)

que se cumple en el proceso, el demandado puede adoptar alguna de cuatro posibles actitudes: de abstención; de sumisión; de oposición y de reconvención" (Alvarado Velloso, 1989).

En cuanto a la primera posibilidad, el demandando puede asumir frente a la acción que el actor plantea mediante la demanda, con la finalidad de que en la resolución emitida por el órgano que conoce la misma, acoja su pretensión, es básicamente la actitud de abstención. Para encontrarnos frente a este supuesto, debemos advertir que, para que el demandado no concurra al proceso, es bien porque no tiene conocimiento de la acción, que se inició contra él o simplemente porque no tiene ningún interés en dicha acción, por ejemplo, en cuanto al primer supuesto, seria cuando no se ha citado al accionado con el contenido de la demanda, por lo que conlleva que no tenga conocimiento alguno de dicha acción judicial, obviamente esto daría lugar a que el proceso en un momento dado, ya no pueda continuar, precisamente por adolecer de una nulidad, esto es, falta de citación, atacando incluso entre otras, una de las solemnidades sustanciales y comunes a todos los procesos.

En el segundo supuesto se configuraría por ejemplo en aquellas compraventas de bienes inmuebles que por realizarse por personas de escasos conocimientos en derecho, suponen que por el simple hecho de vender, entregar la cosa, en este caso, el inmueble y los compradores al pagar el precio convenido, ya se encuentra perfeccionada la venta de bienes raíces, situación que es contraria conforme exige el Código Civil, que manifiesta para que se repute perfecta la compraventa de cosas inmuebles, es necesario además ponerse de acuerdo en la cosa y el precio, este debe celebrarse mediante Escritura Pública y con su respectiva inscripción en el registro correspondiente; en el caso que nos ocupa, tales son las circunstancias, que aquellos que son actualmente propietarios, tienen la necesidad de legalizar su terreno, es decir, tener Escritura Pública, sin embargo, los vendedores bien han fallecido, dejando herederos, o tal es el caso que

simplemente no desean realizar ningún trámite posterior a la venta, por lo que el actual propietario es forzado a demandar una prescripción extraordinaria de dominio, demandado a los anteriores propietarios y estos a pesar de ser citados con la demanda, conforme exige la ley, para cumplir como se dijo anteriormente una de las solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos, y así evitar garantizando el derecho a la defensa, y evitando cualquier tipo de nulidad; deciden simplemente acoger una conducta de abstención, permitiendo que se sustancie la demanda de prescripción, conforme lo exige las normas procesales. Entonces podemos observar un caso propio de abstención de la parte demandada, a pesar de tener conocimiento de dicha acción.

También podemos encontrarnos en otro supuesto, a pesar de que inicialmente el demandado, participaba activamente dentro del proceso, este en lo posterior, guarde silencio y decida ya no continuar con la contienda; resulta fundamental indicar a pesar de su ausencia, cuales son los efectos que provoca. Existen ciertos casos, en donde la propia norma indica cuales son los efectos de la ausencia o abstención del demando en proceso ya iniciado, por ejemplo, pensemos en un tema de Familia, Niñez y Adolescencia, una señorita de 16 años, quien goza de la capacidad legal para presentar por si sola cualquier acción dentro de esta materia, pensemos así, alimentos, presunción de paternidad o tenencia, y efectivamente presenta una demanda de alimentos con presunción de paternidad, cumpliendo con las solemnidades sustanciales, y garantizando el derecho a la defensa al demandando, este procede a contestar la demanda, misma que calificada y admitida a trámite, permite consolidación de la relación jurídica procesal controvertida, sin embargo, en lo posterior deja de actuar dentro del proceso, según la ley, esto da lugar a que dicha presunción de paternidad, se ratifique a pesar de la ausencia del demandado.

Entonces, podemos concluir que por el hecho de que el demando guarde silencio, a pesar de que el órgano judicial, manifiesta la necesidad de comparecer, y actuar dentro del proceso, pero

éste al no hacerlo, aquella presunción de los hechos alegados en la demanda, daría lugar, con la abstención del demandado, en que se acepten los mismos, es decir, existiría una aceptación tácita de las situaciones fácticas, pero jamás de los fundamentos de derecho, porque aquello le corresponde al juez resolver y aplicar en su motivación cuando emita su resolución o fallo.

En según lugar, debemos referirnos a la sumisión que puede acoger el demandado dentro del proceso civil. Esta segunda conducta que asume el demandado, consiste en que, si bien se pronuncia mediante la contestación a la demanda, sin embargo, decide someterse a la pretensión del actor, es decir implica no generar ninguna contradicción frente a la acción. El tratadista Adolfo Velloso indica que cuando el demandado asume esta posición, se llama allanamiento, "(…) pero para que este pueda operar es menester que la relación jurídica litigiosa verse acerca de un derecho que sea disponible (transigible) para las partes" (Alvarado Velloso, 1989).

Es importarte advertir que, el allanamiento no puede recaer sobre una pretensión fundada en derecho indisponible, pues caso contrario, no se daría lugar al mismo. El claro ejemplo que expone este tratadista, es en el supuesto de que el actor con la demanda busca en su pretensión la declaración de nulidad de un matrimonio, aquí no genera ninguna importancia si existiera el allanamiento del otro conyugue, que es demandado, si no que le corresponde al actor demostrar al órgano jurisdiccional, como se ha producido dicha nulidad, en base a los fundamentos de hecho y derecho. En cuanto a la definición de esta figura procesal, debemos hacer alusión tratadista Francisco Contreras Vaca, que en su obra Derecho Procesal Civil- Teoría y Clínica, que define al allanamiento como:

> Una forma de dar por terminado un procedimiento judicial sin que se inicie el proceso y, por tanto, sin que el Tribunal ejerza su facultad jurisdiccional, debido a la inexistencia de controversia entre

las partes, resultado de la conformidad de una con las pretensiones de la otra, lo que trae como consecuencia que, sin mayor trámite, el juzgador emita resolución aprobando tal decisión (Vaca, 2011).

En cuanto a esta segunda actitud que efectivamente se puede observar en el obrar del demandado, se encuentra correctamente regulada dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en el capítulo IV del Código Orgánico General de Procesos, que a partir del artículo 241 hasta el artículo 244, se hace alusión a la posibilidad de la parte demandada pueda expresamente allanarse sobre las pretensiones de la demanda, en cualquier estado del proceso. Tal como se manifestó anteriormente en la doctrina, este cuerpo adjetivo también lo recoge en la parte final del primer inciso del artículo 241, en la que manifesta, "La o el juzgador no aceptará el allanamiento cuando se trate de derechos indisponibles*"* (Nacional A. , Código Orgánico General de Procesos, 2015). En las demás disposiciones se hace alusión a la posibilidad del allanamiento de uno o varios de los demandados; la posibilidad de un allanamiento total o parcial. En el artículo 242 se refiere estrictamente a la ineficacia del allanamiento y en los supuestos en los que se produce, pensemos así cuando el demandado es un incapaz, con la excepción si es una persona jurídica; también cuando el derecho que se pretende ceder o renunciar, es indisponible para las partes; cuando los hechos admitidos no puedan probarse por medio de la declaración de parte, entre otros. Y por último el artículo 244, indica que cuando exista y que no se adecuen en los supuestos para la ineficacia del allanamiento, este debe ser resuelto mediante sentencia, misma que causará ejecutoria.

La tercera posibilidad que el demandado puede adoptar, es la de oposición o contradicción, esta posición se podría decir que es la más importante y es la que permite efectivamente que exista una contienda judicial. Ya en el caso concreto, el demandado puede oponerse a la pretensión del demandante y conlleva el desarrollo del proceso judicial, mismo que con los diferentes actos y

diligencias, desemboca en la sentencia. La contradicción debe realizarse en el momento procesal oportuno, esto es, dentro del término para contestar la demanda y esta puede consistir en una negación pura y simple acerca de la existencia del hecho constitutivo de la obligación cuya prestación pretende el actor, o por el contrario puede consistir en una o varias afirmaciones de los hechos facticos y fundamentándose en derecho. La importancia que conlleva cualquiera de las dos posibilidades, produce un efecto que se ve reflejado en la carga de la prueba, el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, expresa que:

> Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandad en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explicitas o implícitas sobre el hecho, el derecho, o calidad de la cosa litigada (Nacional A. , Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Resulta entonces necesario referirnos a esta pieza procesal fundamental que es la contestación a la demanda, en cuanto a su definición, el tratadista Lino Palacio manifiesta que:

> La contestación a la demanda es el acto mediante el cual el demandado alega todas las excepciones y defensas que intenta hacer valer contra la pretensión procesal. Cualquiera que sea el tipo de proceso de que se trate, dicho acto reviste importancia fundamental por cuanto determina definitivamente los hechos sobre los cuales deberá producirse la prueba y delimita, asimismo, el thema decidendum[2], pues la sentencia definitiva sólo puede versar sobre las cuestiones planteadas por ambas partes (Palacio, Capitulo XVI: La Defensa, 2003).

[2] Thema Decidendum: Es la cuestión sobre la que el sentenciante se pronunciará en la parte resolutiva respetando el principio de congruencia (Universojus- Diccionario de Derecho., 2019).

Bajo la misma idea de que el actor al presentar la demanda, esta debe cumplir los lineamientos legales necesarios para que pueda ser admitida por el órgano judicial competente, a su vez el demandado al presentar la contestación a la demanda, debe cumplir con determinados requisitos para que una vez sea calificada por el juez, y permita continuar con el transcurso del proceso.

Debemos referirnos a las normas procesales sobre la contestación a la demanda, estas disposiciones se encuentran en el Capítulo II del libro III sobre Disposiciones Comunes a Todos los Procesos del Código Orgánico General de Procesos. A partir del artículo 151 se regula los requisitos que deberá contener la contestación. Entre los mismos, se indica que esta deberá ser por escrito, y deberán cumplir con los requisitos regulados en el artículo 142 referente a la demanda, pero solo aquellos que no contravengan con su naturaleza, pensemos así, indicar ante el órgano jurisdiccional que conoce la causa; enumerar detalladamente los fundamentos de hecho y derecho; anuncio de medios de prueba; solicitar auxilio judicial para obtener algún medio de prueba; firmas y rubricas del demandado y del abogado o abogada quien le patrocina. El demandado en su contestación, debe pronunciarse sobre ciertas particulares propias de esta figura procesal, tales como, cada una de las pretensiones requeridas por la parte actora; sobre la veracidad de los hechos alegados, así como, sobre la autenticidad de la prueba documental; el demandado deberá indicar todas las excepciones de las que se crea asistido contra la demanda propuesta por la parte actora y finalmente, al igual que la parte actora lo hizo en su demanda, la parte demandada en su contestación a la demanda, deberá anunciar los medios probatorios, mismo que serán reproducidos en la segunda fase de la Audiencia Única o en Audiencia de Juicio, conforme lo que dispone el Art. 152 del Código Orgánico General de Procesos.

Una vez, presentada la contestación a la demanda dentro del término legal, el Juzgador deberá calificar la misma, conforme lo establecido en el Art 156, que dispone en su parte pertinente: *"*Recibida la contestación a la demanda (…), la o el juzgador, en el mismo término previsto para la calificación de la demanda, examinará si cumplen con los requisitos legales, tramitará y dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas*"* (Nacional A. , 2015), anteriormente ya se indicó que el Juzgador calificara la demanda en un término de 5 días, término que rige en el mismo sentido para calificar la Contestación a la Demanda.

Cuando se analizó la Demanda, sus requisitos y procedencia, se manifestó que sí, esta no cumplía con los requerimientos necesarios, se concedía la posibilidad al demandante de completar para que pueda ser admitida a trámite; en este mismo supuesto la Contestación a la Demanda que no cumpla con lo prescrito en el Art.151 del Código Orgánico General de Procesos que ya fue analizado anteriormente, el Juzgador ordenará o dispondrá que el demandado, aclare o complete su contestación a la demanda, en un término de 5 días y en caso de no hacerlo, se tendrá como no presentada y con lleva que se continúe con la sustanciación del proceso, sin perjuicio, como se indicó cuando analizamos el derecho a la defensa y sus garantías básicas, se impida el demandado comparecer a cualquier etapa del proceso, para garantizar su derecho de defensa y contradicción, pero lo hará en la etapa o fase en la que se encuentre el proceso.

Finalmente la última actitud que el demandado puedo asumir dentro de un juicio según el tratadista Adolfo Alvarado Velloso, es la reconvención. Esta figura surge cuando existe esa relación jurídica bilateral que existe entre el accionante y accionado, fundamentada en base a la demanda y contestación a la demanda. En palabras del Doctor en Jurisprudencia Olmedo Piedra Iglesias, la reconvención "(…) Es sino la contrademanda que formula el demandado en contra del

actor, cuando para ello se cumplen los requisitos de procedencia del caso, con el objeto de cumplir con los principios de concentración y economía procesal." (Piedra Iglesias, 2017).

Es necesario tener presente que esta figura jurídica constituye una segunda demanda dentro de un proceso, que la deduce la parte demandada, por lo que al tratarse de una demanda, va a estar sujeta a los requisitos del artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos. En el Código Orgánico General de Procesos en el artículo 154 establece que la reconvención procede para todos los casos, con excepción de materia de alimentos, y en materia laboral únicamente se admite la reconvención conexa tal como manifiesta el artículo 333 numeral segundo. La reconvención cuando ha sido deducida y admitida a trámite, se concede el mismo término al reconvenido, que se concedió para contestar la demanda al demandado; por ejemplo si fue un juicio por procedimiento ordinario pensemos así uno de prescripción extraordinaria de dominio, será treinta días y si es un juicio por procedimiento sumario o ejecutivo, como una demanda de divorcio, o se demande el cobro de una letra de cambio respectivamente, será un término de 15 días.

Debemos indicar que cuando la reconvención se presenta y esta es admitida por el mismo órgano jurisdiccional, tiene la finalidad de que en el mismo juicio se resuelva su pretensión. Cuando el proceso se encuentra en su etapa de saneamiento procesal, aquí el juez deberá pronunciarse sobre la validez de cada relación jurídica, es decir, tanto de la demanda y de la reconvención; posteriormente fijar en base a estas dos relaciones, el objeto controvertido de la causa. Ahora, que sucede si dicha reconvención, cuando es calificada por el órgano judicial, indica que esta no cumple con los requisitos básicos, y a pesar de conceder el término para aclarar o completar, esto en nada afecta en nada al vínculo jurídico inicial, pues la sustanciación continuara hasta llegar a una sentencia. Es necesario advertir que sí, la parte actora, no llega a presentarse a la audiencia ya de juicio o audiencia única, según sea el procedimiento en el que se sustancie la

causa, se declarará el abandono conforme lo previsto en el Art.87.1 del Código Orgánico General de Procesos, pero además este abandono se lleva consigo a la reconvención y contestación a la reconvención aun cuando estas hayan sido calificadas y admitidas a trámite.

Por último, partimos de que sí al demandado se permite contra demandar, a su vez se traslada aquella garantía fundamental y sus garantías del derecho a la defensa, el actor en un primer momento tenía la calidad de acciónate, se convierte en demandado y el Juez al calificar la reconvención, este le debe correr traslado para que dentro del término que exige la ley, presente la contestación a la reconvención. Entonces esta contestación deberá cumplir así mismo los requisitos del artículo 142 que no ataquen su naturaleza, y principalmente los artículos 151, 152 y 153. Pero debemos tener presente un punto fundamental, y es, cuando este deduce excepciones previas, estas cuando son insubsanables, únicamente pone fin a la reconvención, mas no a la acción que se presentó inicialmente.

1.4 EL SANEAMIENTO PROCESAL.

Con vigencia en mayo del 2016 del Código Orgánico General de Procesos, que correctamente logra unificar todas aquellas normas procesales que se encontraban dispersas en nuestro ordenamiento jurídico, excluyendo estrictamente la materia penal que goza de su propio cuerpo normativo; establece que dentro de un proceso, ya sea Civil, Laboral, Familia, Administrativo, Tributario, dentro de sus distintas etapas o fases, existe un momento procesal que permite confirmar o negar la validez del proceso, esta fase se llama Saneamiento Procesal. Dentro de este momento procesal, le corresponde al órgano jurisdiccional que se encuentra sustanciando la causa, resolver en virtud de una análisis a profundidad de cada una de las excepciones previas

que haya deducido el demandado en su Contestación a la Demanda y fundamentadas en la primera fase de la Audiencia Única o en la primera parte de la Audiencia Preliminar. De acuerdo a las excepciones previas que haya fundamentado la parte demandada, el Juez resolverá, sobre la validez o invalidez del proceso, puesto que, como se analizará exhaustivamente más adelante en los próximos acápites, el demandado puede deducir excepciones previas que pueden ser dilatorias, perentorias, que se caracterizan por ser subsanables o insubsanables.

Dentro de la doctrina, se manifiesta que esta fase procesal, tiene sus orígenes dentro del derecho portugués, y que tenía como finalidad obtener del órgano jurisdiccional, quien sustancia la causa, la declaración que la relación jurídica procesal es válida, o del ser el caso, indicar cuál es el defecto que puede existir dentro del proceso, y permitir que su subsanación de ser posible. Debemos tener presente que tras la vigencia del COGEP, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se suma a las diferentes legislaciones, al adoptar un sistema predominantemente oral, esto conlleva que se consolide el principio dispositivo, es decir, le corresponde a las partes procesales impulsar la sustanciación de la causa, siendo el Juez un director del proceso, quien debe direccionar el proceso en base a los lineamientos del debido proceso, y garantizar los derechos de las partes procesales. En base a este principio, le corresponde a las partes y sobre todo a la parte demandada, anunciar algún defecto subsanable o insubsanable, mismo como se dijo en párrafos anteriores, estas deben ser sustentadas y fundamentadas de manera oral en audiencia. Si afirmamos que en base al principio dispositivo, a las partes les corresponde fundamentar algún defecto procesal, y cuando se trate de excepciones previas, exclusivamente al demandado, o si existe reconvención, al actor que adquiere la calidad de demandado; correlativamente le corresponde el Juez la declaración de la validez procesal, cuando ya se han resuelto sobre cuestiones de validez, procedimiento y competencia.

Es importante recalcar que, sin perjuicio de que el impulso procesal corresponde a las partes procesales, cuando se trata de esta fase, el Juez incluso de oficio deberá indicar cualquier defecto que puede provocar alguna nulidad procesal, y ordenar su subsanación del ser el caso. Pensemos un claro ejemplo, un juicio de Inventario de Bienes Sucesorios que se sustancia por vía sumaria cuando existe contradicción, así lo manifiesta en su parte pertinente el artículo 346 "La oposición se sustanciará por la misma o el mismo juzgador que dispuso la formación del inventario en proceso sumario" (Nacional A. , 2015); efectivamente este proceso, tiene como objeto el avaluó y alistamiento de bienes sucesorios, y en lo posterior se proceda con la partición judicial de dichos bienes, sin embargo, es fundamental que el Inventario de dichos bienes sea solemne de conformidad al artículo 343 del COGEP, y tal es el caso, que al momento del Juez designó al perito, este no solicito el funcionario público, quien debía acompañarle para realizar el informe de los bienes existentes. Entonces en la Audiencia Única en su primera fase, puede que sea que las partes procesales no se hayan dado cuenta de aquella omisión, por lo que el propio Juez puede ordenar que se convalide, para que de esta manera no adolezca de nulidad lo actuado y concluya en una sentencia inhibitoria, sin poder resolver correctamente las cuestiones de fondo.

La importancia de esta institución jurídica, radica en el objetivo que pretende conseguir, esto es, evitar la sustanciación de procesos que adolezcan de alguna clase de nulidad, que pueda afectar a la relación jurídica procesal indispensable para emitir una resolución respecto al fondo del asunto. Por lo tanto podemos decir que esta fase procesal es tanto inevitable y por otra parte imperativo: Inevitable, porque lo que se pretende es establecer la relación jurídica valida. Imperativo porque el juez debe garantizar un juicio totalmente depurado y valido, para poder emitir una sentencia que resuelva el derecho sustancial controvertido.

Ya se ha analizado dogmáticamente esta Institución Jurídica, resulta observar como esta se encuentra prevista dentro esta fase procesal fundamental. Si partimos que, el proceso inicia con la presentación de la demanda que, cumpliendo con los requisitos generales y propios de la acción que se pretende, esta es admitida a trámite, y así mismo con la citación de la demanda, se concede el término según sea el caso, para que demandado presente la contestación a la demanda, y presente oposición y excepciones previas que crea que le asisten. Entonces corresponde en Audiencia Preliminar o en Primera Frase, al Órgano Jurisdiccional dirigir esta etapa. Tal como dispone el artículo 294, la parte demandada deberá pronunciarse sobre las excepciones previas, luego de resolver las mismas; el segundo numeral del mencionado artículo, indica:

> La o el Juzgador resolverá sobre la validez del proceso, la determinación del objeto de la controversia, los reclamos de terceros, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso, con el fin de convalidarlo o sanearlo. La nulidad se declarará siempre que pueda influir en la decisión del proceso o provocar indefensiones (Nacional A. , Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Entonces, claramente se observa que éste es el momento procesal oportuno para que el órgano judicial, se pronuncie y resuelva sobre cuestiones de validez, procedimiento, competencia, y cualquier otro defecto que pueda influir en alguna nulidad procesal, y de esta manera declarar una relación judicial validad entre los sujetos procesales, y poder entrar a resolver sobre las cuestiones de fondo, y efectivamente terminar en una sentencia válida y que cause ejecutoria.

1.5 EXCEPCIÓN PREVIA.

1.5.1 DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA.

Ya manifestamos que la excepción consiste en aquel derecho que le asiste a toda persona para defenderse dentro de un proceso judicial o administrativo. Se dice que frente a la acción se

encuentra la excepción, es decir es un contra derecho, que permite al requerido enervar la acción y por ende que el órgano judicial o administrativo, rechace la pretensión que busca con dicha demanda. La excepción materializada a través de la contestación a la demanda, puede contener excepciones previas, mismas como ya se indicó se encuentran recogidas en el Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 153. Corresponde observar dentro de la doctrina como se define una excepción previa, y al respecto el tratadista Italiano Giuseppe Chiovenda de manera muy correcta en su obra Instituciones de Derecho Procesal Civil Tomo II indica que *"*Es un contra derecho frente a la acción, y, precisamente por esto, un derecho de impugnación, es decir, un derecho potestativo dirigido a la anulación de la acción" (Chiovenda, 1989).

De acuerdo a esta definición, el demandado, en su contestación, manifiesta oposiciones, que pueden ser negaciones o defensas, estas últimas, pueden lograr dos situaciones, esto es, por un lado detener el proceso, hasta que determinada circunstancia sea subsanada o por otra parte culminar el proceso de manera definitiva, evitando que se discuta el derecho sustancial controvertido, es decir, cuestiones de fondo. Siguiendo esta línea doctrinaria, el tratadista Omar Benabentos en su obra Excepciones y Defensas Procesales, hace una clasificación respecto a la Oposición, en la cual indica: "Las oposiciones se clasifican, desde el punto de vista de su contenido, en negaciones y excepciones; y desde el punto de vista de los efectos que producen, en dilatorias y perentorias" (Benabentos O. , 1998).

Aquí es menester referirnos en cuanto a las excepciones, mismas que según el mismo tratadista indica que se llaman excepciones previas porque constituyen "Toda defensa invocada por la parte demandada tendente a obtener el rechazo de la demanda. Pero en una acepción restrictiva, excepción son determinadas defensas nominadas que se plantean como cuestión previa" (Benabentos O. A., 1998)**.**

Son excepciones previas precisamente porque son determinadas circunstancias que solo el demandado puede plantear o el actor cuando existe reconvención por parte del demandado; circunstancias, que son taxativas, pero estas son previas por el orden al momento procesal en que pueden deducirse. Una vez entendida la institución jurídica de la excepción previa, sin embargo, resulta imperioso conocer precisamente que es lo que busca una excepción previa, es decir, cuál es su objeto, y en este sentido la posición doctrinaria con más acogida manifiesta que las excepciones previas no pretenden contra atacar la pretensión que busca el actor al presentar la demanda, sino al contrario, cuando el demandado deduce una excepción previa, busca sanear cualquier defecto procesal que una vez ésta se arregle, permitir que el litigio cumpla con los lineamientos legales, y concluya en una sentencia de fondo que finalice la contienda judicial. Frente a lo expuesto, diremos que es una corriente que más se apega a las excepciones previas dilatorias en sentido estricto lo cual es correcto, sin embargo, no se acopla a nuestro ordenamiento jurídico completamente, puesto que como se indicará más adelante, en nuestro Sistema de Excepciones Previas, se confunden tanto las excepciones dilatorias y perentorias. Entonces en cuanto a su objeto, diremos que en palabras del autor F. Canosa indica que las excepciones previas tienen como "(…) objetivo fundamental estriba en la saneación inicial del proceso, ya que por referirse a fallas en el procedimiento por regla general son impedimentos procesales" (F.Canosa, 2006)

Hay que tener presente que estas instituciones que se las concibe como excepciones previas, algunas de ellas, a más de ser excepciones previas estrictamente, gozan de otra calidad, tal es el caso, por ejemplo la incompetencia del órgano jurisdiccional, a más de ser prevista como la primera excepción previa, de conformidad al numeral primero del artículo 153 del COGEP, esta también constituye una solemnidad sustancial, puesto que en el artículo 107 del Código Orgánico

General de Procesos, indica que son solemnidades comunes a todos los procesos, la jurisdicción, legitimidad de personería, citación de la demanda, la competencia del juzgador, etc.

Podemos concluir entonces que, las Excepciones Previas buscan el saneamiento de los impedimentos procesales, ya que estos pretenden la suspensión del proceso, hasta que se subsane y continuar con el proceso con sus diferentes etapas y diligencias, hasta culminar en una sentencia que no adolezca de algún vicio de nulidad, y produzca los efectos esperados; o por otro lado terminar de manera ipso facto con el proceso, sin permitir que se resuelva el asunto sustancial que se pretende. En cuanto al momento en que debe presentarse dichas Excepciones, observamos tal como prevé la normal procesal, la oportunidad o el momento procesal para deducir las excepciones previas por la parte demandada es en la contestación a la demanda, dentro del término legal; y, del reconvenido dentro del término para contestar la reconvención.

1.6 CLASES DE EXCEPCIONES.-

Dentro del Ordenamiento jurídico ecuatoriano debemos tener presente que tras la vigencia del nuevo Código Orgánico General de Procesos parecería ser que se adopta un nuevo sistema de excepciones previas, sin embargo, lo manifestado no responde a la realidad, pues en propias palabras del Doctor en Jurisprudencia Olmedo Piedra Iglesias, expone que:

> El nuevo sistema que adopta el COGEP sobre las excepciones previas, no es ninguna novedad en el procedimiento civil ecuatoriano, porque ya estuvo vigente hasta 1970 en el Código de Procedimiento Civil, pero ahí con mucho más lógica las excepciones previas eran las dilatorias exclusivamente y además la Ley preveía un trámite para su resolución cuando las excepciones no

requieran de prueba para su resolución, se resolvían inmediatamente y cuando requerían de prueba, se concedía un término de 6 días para resolverlas (Piedra Iglesias, 2017).

Se observa que el Sistema de Excepciones que se encontraba previsto hasta 1970 en el CPC, era el correcto, ya que preveía un sistema lógico y efectivo al momento de resolver una excepción. Posteriormente en nuestro ordenamiento jurídico se adopta en el CPC un Sistema de Excepciones Previas totalmente erróneo puesto que al momento en el que el demandado o el actor si existía reconvención, deducen una o más excepciones, las mismas no eran resueltas de manera inmediata en el momento procesal oportuno, sino al contrario estas ocasionaban el retardo de la resolución de fondo o concluían en sentencias inhibitorias, puesto que las excepciones deducidas, eran resueltas en el momento de dictar sentencia, por lo que implicaba realmente una barbaridad, ya que se permitía que se sustancie todo el proceso en vano, atacando el principio de economía procesal, celeridad, concentración, entre otros; para que al final del proceso se indique por ejemplo la incompetencia del juzgador, y se admita la excepción previa y se dé por terminado el proceso. Con la vigencia del COGEP, menoscaba el sistema que correctamente se encontraba previsto hasta el año 1970, sin embargo, en la forma que se halla regulada actualmente tiene todo tipo de falencias, siendo una de ellas respecto a la transgresión de la naturaleza jurídica de cada una de las excepciones, puesto que, como ya se indicó anteriormente estás en el Código de Procedimiento Civil hasta 1970 eran estrictamente dilatorias, y no confundiéndolas en una sola denominación, como excepciones previas.

1.6.1 DILATORIAS Y PERENTORIAS.

Cuando se analizó la definición y naturaleza de la excepción previa, se hizo alusión a la clasificación que el Tratadista Omar Benabentos realizó sobre la excepción, y en su parte

pertinente, manifestó que según desde el punto de los efectos que producen, las excepciones previas, pueden ser perentorias o dilatorias. Por lo que nos corresponde analizar cada una de ellas, y determinar de acuerdo al artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos, cuales son dilatorias o perentorias.

En primer lugar hemos de hacer referencia a qué se entiende por la palabra dilatoria. La Real Academia Española indica que: “este vocablo proviene del latino diferre, cuyo sinónimo es dilatum, que significa dilatar, postergar o diferir” (Diccionario de la Real Academia Española, 2020). Dentro del ámbito jurídico- legal, se dice que una excepción dilatoria es aquella que “(…) suspende el proceso hasta que se subsanen las deficiencias y situaciones impugnadas” (Benabentos O. , 1998). En cuanto a su origen se asegura que se relaciona al concepto de excepciones procesales existentes en el derecho común europeo antes del Código francés y derivadas como gran parte de las Instituciones Jurídicas actuales, del Derecho Romano.

Cuando estamos frente a esta clase de excepción, se caracteriza precisamente porque versan sobre el proceso, es decir, cuestiones procesales que sin duda afectarían a un proceso valido, mas no sobre la cuestión sustancial controvertida, dicho en otras palabras, no versan sobre el derecho material que pretende el actor cuando inicia esta acción judicial. Cuando nos referimos a estas cuestiones procesales, no son más que, aquellas exigencias sustanciales para su validez, por ejemplo, la competencia del Juez y la capacidad de las partes, como también los requisitos que deben cumplir toda demanda, para que estas sean admitidas a trámite. Repitiendo lo expresado anteriormente, si bien esta clase de excepción puede ser usada en determinado momento como verdaderas defensas.

El Tratadista Oscar Barney Cruz, indica que estas excepciones tienen como objetivo:

> Corregir errores que obstarán a una fácil decisión (defecto legal en el modo de preparar la demanda); a evitar un proceso inútil (litispendencia); a impedir un juicio nulo (incompetencia absoluta, falta de capacidad o de personería); a asegurar el resultado del juicio (fianzas de arraigo y de rato et grato) (Barney, 2015).

De lo expuesto se colige que, las excepciones dilatorias pretenden eliminar cuestiones que seguramente podrían impedir el desarrollo de un proceso valido, es por esta razón que, a esta clase de excepción se le atribuye el carácter preventivo, en cuanto tienden a evitar el desarrollo del proceso, con sus respectivas diligencias y actuaciones judiciales en vano, realizando esfuerzos inútiles para llegar a resolver el asunto de fondo.

Como se indicó anteriormente, tras la vigencia del COGEP, con lo que respecta a las excepciones previas, bajo esta denominación, agrupa incorrectamente excepciones que son dilatorias y aquellas que atacan el fondo del asunto, es decir, perentorias, transgrediendo claramente la naturaleza jurídica de cada una de ellas. Se observa claramente y no siendo la excepción en este caso, que el COGEP, recoge y regula varias figuras e instituciones jurídico procesales, pero sin hacer alusión a que se entiende o que efectos o consecuencias conlleva cada una de ellas, por ejemplo habla de procedimiento ordinario, voluntario, contencioso, pero no hace referencia a la clasificación de la jurisdicción, y en este mismo sentido el COGEP, no hace alusión a que se entiende por excepción dilatoria, a diferencia y como correctamente lo hacia el Código de Procedimiento Civil, que en su artículo 99, indica "son dilatorias las que tienden a suspender o retardar el curso del litigio" (Nacional A. , 2006).

Por lo tanto, cuando la parte demandada expone alguna de estas excepciones previas, lo que busca es el transcurso del tiempo, a más de las excepciones y defensas procesales, pues de esta

manera el demandado aprovecha del ser el caso con cumplir la obligación o en su defecto esquivar el cumplimiento de la resolución que regare a emitir el Juzgador. Es aquí entonces donde se cumple con el fin de estas excepciones, pues es la consecuencia de que una excepción previa sea dilatoria, esto es, evitar un litigio inútil, un juicio nulo, otras veces, evitar esfuerzos de las partes y del propio órgano jurisdiccional. De todo lo expuesto se colige entonces que las excepciones dilatorias su efecto o consecuencia es la suspensión del proceso, evitando el conocimiento del asunto de fondo; sin embargo, como ya se dijo en líneas anteriores, esa no es su finalidad, sino más bien, consiste en exigir a que se cumplan con todas las normas establecidas por la ley procesal, a fin de que el proceso se desenvuelva con rapidez, eficacia, y más que nada sea un proceso valido, que sirva como el marco dentro del cual se han de resolver el derecho sustancial controvertido, y que finalice con la resolución apegada a derecho por parte del Juzgador.

Entonces, mediante la excepción dilatoria, es el medio a través del cual el legislador establece que se resuelvan cuestiones procesales previas, es decir, con el afán de que un proceso sea válido y termine en una sentencia apegada a derecho, se exige que cuando exista una o varias excepciones dilatorias, estas sean interpuestas por el demandado de manera conjunta, puesto que como sabemos las excepciones deben ser probadas, si bien el COGEP, no hace ninguna alusión aquello, como se analizará más adelante, pero si dejaremos sentado que estas deben ser fundamentadas, y la razón del porque deben ser presentadas en mismo momento procesal, primero por los principio de concentración, economía procesal, celeridad, y sobre todo ya que unas u otras puede ser o también no pueden ser aceptadas por el Juzgador.

Dentro de nuestra realidad procesal, debemos advertir que el Código Orgánico General de Procesos no indica que excepción es dilatoria o perentoria, a diferencia del Código de Procedimiento Civil, que en el artículo 100 señalaba si indicaba cuales son las excepciones

dilatorias más comunes por ejemplo la incompetencia del juez; falta de personería; incapacidad legal o falta de poder; contradicción o incompatibilidad de acciones entre otras. Por lo atendiendo a la naturaleza jurídica de cada una de ellas, y en base a nuestro único medio legal que de cierta manera clasifica las excepciones previas, es la Resolución 12/17 de la Corte Nacional de Justicia, las excepciones previas que se encuentran actualmente previstas en el artículo 153 del COGEP, son dilatorias las siguientes:

- Incapacidad o falta de personería de la Parte Actora o de su Representante.
- Falta de Legitimación en la causa o incompleta conformación de Litis consorcio.
- Error en la forma de proponer la demanda.
- Incompetencia del Juzgador.- Pero solo en el supuesto de se trate de competencia territorial.
- Litispendencia.

EXCEPCIONES PERENTORIAS.-

Partiremos en primer lugar sobre el significado etimológico de la palabra perentoria, y de acuerdo a la Real Academia Española, indica que: "proviene del verbo latino "perimere" que significa concluyente o definitivo" (Diccionario de la Real Academia Española, 2020). Trasladando esta definición al ámbito procesal las excepciones perentorias son aquellas que buscan extinguir a la acción que plantea la parte actora, y el Juzgador que conoce dicha demanda, rechace la pretensión del demandante.

Adentrándonos al aspecto dogmático las excepciones perentorias a diferencia de las dilatorias, estas no se refieren a cuestiones procesales, sino al derecho sustancial controvertido

como tal. El tratadista Eduardo Couture indica que esta clase de excepción, son realmente defensas que atacan el fondo y no se trata de circunstancias que atacan aspectos formales del proceso. En este mismo sentido, y con una conceptualización correcta, el jurista O. Benabentos expresa que las excepciones perentorias "(…) son las herramientas ("defensas") de las que se valdrá el demandado para tratar de destruir el "autoatribuido" derecho sustancial, del cual el actor afirma ser el titular, y sería violado o desconocido por el accionado" (Benabentos O. A., 1998)

Definiciones que tienen el mismo sentido, lo podemos ver en la acepción que expone el tratadista Rocco que dice: "las excepciones de derecho sustancial perentorias son las que tienden a excluir definitivamente la existencia del derecho sustancial alegado por el actor" (Rocco, 1970).

El doctor Alfonso Troya sostiene que: "las excepciones perentorias, son propiamente las defensas. Consisten en negar la obligación por uno de los modos expresados en el código civil y la de cosa juzgada" (Troya, 1978).

En el mismo caso cuando se analizó las excepciones dilatorias, y se evidencio que en el cuerpo adjetivo procesal vigente, no se indica de manera expresa que clase de excepción es cada una de ellas; lo mismo sucede cuando nos referimos a las excepciones perentorias, en donde de manera incorrecta se encuentran recogidas conjuntamente con las excepciones dilatorias, bajo en una sola denominación, como excepciones previas. Hemos de recordar que el Código de Procedimiento Civil, cuerpo legal ya derogado, se encontraba estructurado de una manera lógica, ordenada y sobre todo cuando hacía referencia alguna institución jurídica, lo preveía correctamente, y no es la excepción, cuando nos referimos a las excepciones perentorias, dado que en el artículo 99 en su parte final señala que estas son "(…) las que extinguen en todo o en parte la pretensión a que se refiere la demanda" (Nacional A. , 2006).

Claramente aquel cuerpo adjetivo indicaba correctamente a que se entendía como excepciones perentorias, pues incluso el indicaba artículo 101 ibídem, son las que están sostenidas en la extinción de la obligación según los modos que se expresan en el Código Sustantivo, y estos modos son varios los que contempla el citado código en su libro cuarto. En aquel momento, se establecía que cualquier figura jurídica procesal recogida en el Código Civil ecuatoriano, siempre y cuando se refiera a la extinción de una obligación, esta será utilizada servirá como excepción en la contienda judicial.

Ahora, en cuanto a la realidad actual de nuestro ordenamiento jurídico, las excepciones perentorias, como ya se indica reiteradamente a lo largo de este estudio, estas se encuentran conjuntamente con las excepciones dilatorias, reguladas en el Código Orgánico General del Procesos en el artículo 153. En este cuerpo procesal, no indica cuál de ellas son perentorias, como si lo realizaba el Código de Procedimiento Civil que, en el ya mencionado artículo 101, en el cual no se indicaba de manera taxativa como si se lo realizaba al tratar las excepciones dilatorias, pero como se dijo en líneas anteriores, se refiere a los modos de extinguir las obligaciones que hasta la actualidad se encuentran previsto en el artículo 1583 del Código Civil. Pero simplemente quedo como un recuerdo debido a que tras la vigencia del COGEP en mayo del 2016, existe una serie de inconsistencias legales en cada procedimiento, y como ya se indicó cuando nos referimos a las excepciones dilatorias, este cuerpo adjetivo, solo indica que el demandado podrá deducir las excepciones previas que se encuentran señaladas, y solo existiendo la Resolución de la Corte Nacional de Justicia, que nos sirve como único instrumento para poder a grandes rasgos resolver dichas inconsistencias en cuanto al sistema de resolución de excepciones previas. En base a la mencionada resolución 12 del año 2017, y de acuerdo al artículo 295 del COGEP, las excepciones perentorias son:

- Incompetencia del Juzgador.
- Inadecuación del procedimiento.
- Indebida acumulación de pretensiones.
- Prescripción.
- Caducidad.
- Cosa juzgada.
- Transacción.
- Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación.

Si bien ya se realizó un análisis de las clases de excepciones previas que son reconocidas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, debemos hacer referencia a una tercera clasificación que la doctrina realiza sobre las excepciones previas. Como se indicó inicialmente al tratar la clasificación de las excepciones previas, y se citó al jurista Eduardo Couture, se estableció que según los efectos de las excepciones podrán ser dilatorias, perentorias, pero hay existen algunas que gozan de doble calidad, es decir, son mixtas. Debo acotar que doctrinariamente se ha establecido algunas excepciones que pueden ser alegadas como dilatorias y perentorias, causa por la cual se las denomina como mixtas. Observamos dentro del ordenamiento jurídico español, en el que se establece por primera vez como excepción mixta, a las instituciones jurídicas de la cosa juzgada y la prescripción. En cuanto a los países de Latinoamérica, pensemos así la legislación chilena, ecuatoriana, colombiana, no consideran de manera expresa en sus cuerpos legales, sin embargo, son consideradas por los tratadistas y la jurisprudencia. Así se evidencia en la obra del tratadista Eduardo Couture, que indica que las excepciones mixtas son:

> Aquellas que, teniendo carácter previo a la contestación sobre el fondo, es decir, planteando una cuestión anterior al motivo mismo del juicio, proponen una defensa que, siendo acogida, pone fin a éste. Las excepciones mixtas tienen, se dice habitualmente la forma de las dilatorias y el contenido de las perentorias. Son la cosa juzgada y la transacción (Couture, 2002) .

De esta definición, se deduce, que las excepciones mixtas, cumplen con la función de excepciones dilatorias, pero que al ser acogidas, concluyen con el proceso, es decir, se vuelven perentorias. Estas pueden hacerse valer en cualquier estado del proceso, pero gozarían de la característica de dilatoria, si se oponen en el momento procesal oportuno, es decir, cuando se resuelven las cuestiones que pueden afectar a la validez procesal. Pero nada impide que, pasada la oportunidad para deducir la excepción mixta como dilatoria, pueda alegarse como perentoria en la contestación directa de la demanda.

El tratadista Jose Ovalle Favela manifesta que:

> En el derecho angloamericano estas cuestiones se proponen bajo la forma de demurrer, aunque el alcance y contenido -de éste ofrece muchas diferencias. El demurrer es, más bien, un petitorio preliminar sobre el mérito en cierto modo análogo una petición de inadmisibilidad. La antinomia que existe entre la forma y el contenido de estas excepciones es más aparente que real (Favela, 2005).

Para comprender de mejor manera esta clase de excepción, se analizará brevemente la institución jurídica de la Cosa Juzgada. Partamos que todo proceso inicia con la demanda y la contestación a la misma, cumpliendo con los lineamientos procesales, termina en una sentencia, que resuelve el asunto de fondo, mismo que de conformidad al artículo 99 del COGEP, las sentencias y autos interlocutorios quedan en firmes, toda vez que dentro del término que concede la ley, no se ha interpuesto ningún recurso, es decir, ha causado estado. En el supuesto de que, en lo posterior se presente un demanda dirigida en contra de la misma persona, con la misma

pretensión y en base a los mismo hechos, es decir, con la misma identidad subjetiva y objetiva, por lo que conforme a derecho, se debería alegar la excepción de Cosa Juzgada, puesto que, esta impide que se expida una sentencia cuya causa ya fue resuelta anteriormente por el primer Juzgador. La excepción de cosa juzgada ha sido considerada como excepción mixta, en virtud de que al alegarse como dilatoria, tiende a impedir que el juez admita a discusión la acción; y como perentoria admitida a discusión la acción al demandado, propender a que la nueva sentencia a dictarse se funde en la anterior, para excluir de esta manera la posibilidad de que recaiga una nueva resolución en lo ya juzgado. Entonces quien plantea la cosa juzgada no discute el derecho mismo, sino que se ampara en un pronunciamiento anterior a su respecto, que le resulta favorable y que le ahorra una nueva discusión.

Eduardo Couture, concluye que la excepción mixta no tiene, la forma de las dilatorias y el contenido de las perentorias. Si no más bien:

> Lo que tiene de éstas es la eficacia, no la esencia. Pone fin al juicio, pero no mediante un pronunciamiento sobre la existencia o inexistencia del derecho, sino merced al reconocimiento de una situación jurídica que hace innecesario entrar a analizar el fondo mismo del derecho (Couture, 2002).

1.6.2 SUBSANABLES E INSUBSANABLES.

EXCEPCIONES SUBSANABLES.-

En primer lugar, respecto a su terminología, la Real Academia Española, indica: “que la palabra subsanable, significa reparar o remediar un defecto” (Diccionario de la Real Academia Española, 2020). Ya dentro del ámbito jurídico, las excepciones subsanables, son aquellas que pretenden depurar el proceso, que si bien buscan que no se conozca de manera inmediata el asunto

sustancial de la controversia, estas pueden ser convalidadas o arregladas, para que en lo posterior se permita continuar la sustanciación de la causa. El doctrinario Eduardo Couture indica que las excepciones subsanables son: “Una especie de eliminación previa de ciertas cuestiones que embarazarían en lo futuro el desarrollo del proceso. Tienen un carácter acentuadamente preventivo (…)” (Couture, 2002).

Es necesario indicar que una excepción previa debe ser fundamentada y probada en el momento procesal oportuno, para que esta pueda o no ser acogida por el órgano jurisdiccional, si la excepción no es aceptada por el juez, este debe resolverlo mediante auto interlocutorio. Sin perjuicio de lo mencionado, cuando estas son rechazadas, pueden ser impugnadas, mediante un recurso de apelación, así se encuentra previsto en el artículo 296 del COGEP, que en su numeral primero indica “ El auto interlocutorio que rechace las excepciones previas, únicamente será apelable con efecto diferido” (Nacional A. , 2015).

Entonces, se garantiza nuevamente una de las garantías básicas del derecho a la defensa, esto, es el principio del doble conforme, ya que aquellas excepciones que fueron negadas, pueden ser sujetas a una segunda decisión, cuya resolución corresponde al órgano jerárquicamente superior. Ahora en el caso de que el demandado o el actor si existe reconvención, deduzcan una excepción que es subsanable, misma que del ser el caso, es aceptada por el órgano judicial, no significa que dar por terminado la acción, si no que el juzgador tal como dispone el artículo 295 del COGEP, se debe conceder un término para que se subsane dicha circunstancia y continuar con el proceso, una vez ya declarada esa relación procesal como válida, no adoleciendo de ningún vicio o defecto; en el caso opuesto, es decir, si no se cumple con subsanar dicha circunstancias, por ejemplo conformar debidamente el litisconsorcio, el Juez ordenará el archivo de la demanda, dejando a salvo la facultad de volver a interponer la demanda de manera correcta.

Cada una de las excepciones previas, se encuentran previstas en el Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 153, éstas van a ser analizadas en el capítulo segundo, y se estudiara si realmente se encuentra correctamente regulas, pero en este momento si indicaremos cuales son subsanables de conformidad al artículo 295 y en la Resolución 12/2017 de la Corte Nacional de Justicia.

- Incapacidad o falta de personería de la Parte Actora o de su Representante.
- Falta de Legitimación en la causa o incompleta conformación de Litis consorcio.
- Error en la forma de proponer la demanda.
- Incompetencia del Juzgador.- Pero solo en el supuesto que se trate de competencia territorial y concurrente, pues en este caso tal como se analizará más adelante, el Juez, deja de conocer y entrega el proceso al Juez competente, para que continúe sustanciando donde se produjo la nulidad, sin declarar la nulidad de lo actuado.

EXCEPCIONES INSUBSANABLES.-

Las excepciones previas que no son subsanables, son aquellas que una vez deducidas por el demandado o por el actor, si es el caso, no permite continuar con sustanciación de la causa, puesto que las mismas dan por terminado la contienda judicial. Piedra angular que gira este trabajo de titulación, es precisamente determinar mediante qué instrumento deben ser resueltas estas excepciones, si se hace mediante auto interlocutorio o sentencia. Resulta imposible ocultar, el vacío legal dentro de nuestro ordenamiento, ya que no existe ningún norma expresa, que indique la forma de resolver, existiendo hasta el momento una Resolución de la Corte Nacional de Justicia en el año 2017, en la que de cierta manera resuelve el problema, sin embargo, dejando todavía falencias dentro del Sistema de Excepciones Previas en el Ecuador.

Eduardo Couture en su obra Fundamentos de Derecho Procesal Civil, sobre las excepciones insubsanables, dice: “No son defensas sobre el proceso sino sobre el derecho. No procuran la depuración de elementos formales de juicio, sino que constituyen la defensa de fondo sobre el derecho cuestionado” (Couture, 2002).

A lo largo del estudio, la doctrina ha manifestado ciertos elementos característicos, que revisten a esta clase de excepciones, respondiendo a su naturaleza misma, estas son perentorias, dado que como se dijo en líneas anteriores, no se refieren a cuestiones estrictamente procesales, sino más bien atacan cuestiones de fondo, terminando inmediatamente el proceso. Se dice con lógica razón, que es totalmente facultativo del demandado proponerlas o bien como excepciones previas o como de fondo, siendo en el último caso, el supuesto que se permita sustanciar todo el proceso, cumpliendo sus etapas y diligencias, para concluir el proceso con la resolución, que del ser el caso, se acogerá lo alegado por el demandado. En la doctrina se dice que le corresponde al Juzgador de oficio reconocer si efectivamente cabe alguna excepción previa insubsanable, sin embargo, aquello constituiría a primera vista una contradicción a los principios rectores en la administración de justicia, dado que se reconocen ciertos principios, como el rol del juzgador dentro de una causa, como director del proceso; de la misma manera como el principio dispositivo, que se traduce que corresponde a las partes impulsar la prosecución de la causa.

En este sentido se debe indicar cuales son las excepciones que son insubsanables y que una vez que son deducidas por la parte demanda, y son aceptadas por el Juzgador, enervan la acción planteada, y poner fin el proceso. Estas son:

- Incompetencia del Juzgador, cuando es por razón de la materia.
- Indebida acumulación de pretensiones.
- Inadecuación de procedimiento.

- Litispendencia.
- Prescripción.
- Caducidad.
- Cosa Juzgada.
- Transacción.
- Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación.

A lo largo de este primer capítulo se ha emprendido un análisis de la excepción dentro del proceso judicial, entendida como aquel derecho que posee toda persona para defenderse dentro de una contienda judicial. De la misma manera, se ha estudiado las diferentes posiciones que el demandado puede asumir frente a la acción que plantea el actor, resaltando principalmente la de confrontación, en el cual se observa una verdadera contienda de intereses entre las partes involucradas, para que finalmente sean aceptadas o denegadas por el operador del justicia. Adentrándonos a la excepción y su proyección en proceso judicial, se prevén ciertos mecanismos que benefician al demandado, mismo que están dirigidas a enervar la acción del actor; por esta razón, se prevé ciertas excepciones que tienden atacar cuestiones procesales o en su defecto se refieren a cuestiones sustanciales, que dan por terminado el proceso, caracterizándose dichas excepciones por ser subsanables o no subsanables. Hemos estudiado dogmáticamente en que consiste cada una de estas clases y a primera vista hemos indicado de conformidad al Código Orgánico General de Procesos y la Resolución de la Corte Nacional de Justicia, que excepción es dilatoria, perentoria, subsanable o no subsanable, pero ahora es el momento de estudiar y determinar si es correcta dicha clasificación, y si la misma responde verdaderamente a la naturaleza de cada de ellas, análisis que se realizará en el siguiente capítulo, referente a las excepciones previas previstas en el artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos.

CAPITULO II.

LAS EXCEPCIONES PREVIAS PREVISTAS EN EL CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS.-

2.1.-INCOMPETENCIA DEL JUZGADOR.

De conformidad al artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos, la incompetencia del juzgador, constituye la primera excepción previa que puede deducir el demandando en su contestación a la demanda. Para emprender su análisis, resulta necesario manifestar que esta excepción radica su fundamento básicamente en la competencia y en su aplicación en cada caso concreto. Hay que tener presente, como se indicó en el capítulo anterior, existen ciertas instituciones jurídicas que gozan de dos o más calidades, y es precisamente en cuanto a la competencia pues no solo constituye el sustento de esta excepción previa, sino también constituye entre otras, una solemnidad sustancial como lo establece el Art.107.2 de Código Orgánico General de Procesos y también se caracteriza por ser presupuesto procesal.

Es menester comprender bajo un análisis jurídico-dogmático en qué consiste la competencia, por lo tanto nos hemos de referir a algunos tratadistas, entre estos:

El autor José Ovalle Favela indica que:

> (…) competencia es la suma de facultades que la ley da al juzgador para ejercer su jurisdicción en determinado tipo de litigios o conflictos. El juzgador, por el solo hecho de serlo, es titular de la función jurisdiccional, pero no puede ejercerla en cualquier tipo de litigios, sino solo en aquellos para los que está facultado por la ley; es decir, en aquellos en los que es competente (Favela, 2005).

Definición que se ajusta correctamente con lo que sostiene el tratadista Fernando Jiménez Conde en su obra MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL Tomo I, al indicar que:

> La competencia es una medida de jurisdicción, y vale aclarar que todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia para conocer de un determinado asunto. La jurisdicción es el todo y la competencia es un fragmento de la jurisdicción (Conde, 2015).

De estas definiciones podemos indicar que la competencia no es más que esa porción de jurisdicción que reviste a todos los administradores de justicia y en general a toda autoridad pública por el hecho de tener tal calidad, pero todo este conjunto de atribuciones y poderes se limitan a ser aplicados en determinado asunto o controversia; por lo tanto, dicho en otras palabras, la competencia de un juzgador se materializa cuando conoce determinados asuntos y aplica esa porción de jurisdicción, que no es más que, aquella potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

En cuanto a nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 numeral tercero, garantiza sin lugar a duda, uno de los principales postulados del debido proceso, esto es en cualquier proceso judicial, todo ciudadano tiene el derecho a ser juzgado ante autoridad competente.

En el ámbito internacional este derecho también se encuentra reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8 numeral primero, que indica:

> Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (Convención Americana de Derechos Humanos).

La Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, el 6 de septiembre de 2001, en la Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1606 respecto al Juez Competente, señala:

> No todos los jueces, por mucho que se hallan asistidos de jurisdicción, pueden conocer de todos los asuntos; por el contrario todos deben actuar únicamente en aquellos asuntos para los cuales se reúnen las condiciones que la distribución exige. Juez competente es en consecuencia, aquel que actúa dentro de la circunscripción territorial y en la materia y cuantía que le corresponde, según el grado a que pertenece y respecto a personas que le están sometidas (Mercantil., 2001).

Hay que indicar además que, cuando se trata de la competencia del juzgador, es una solemnidad sustancial en todos los procesos, lo que implica un deber fundamental del órgano judicial constatar su competencia desde que el actor presenta la demanda, y este debe calificarla para admitir a trámite. Entonces, la competencia como solemnidad sustancial, irradia directamente sobre la validez procesal, debe ser aplicada por el juez de oficio, sin necesidad de petición de las partes procesales. Como sabemos, para que exista esa relación jurídica valida en todo proceso judicial, es necesario que se revise toda circunstancia que pueda atacar a la misma, y entre esas, el juzgador quien por sorteo conoce la causa, debe determinar si es o no competente, pues al no serlo debe emitir el respectivo auto de inadmisión, declarándose incompetente y disponiendo el archivo de la causa, pues no existe más actuaciones judiciales realizadas, concluyendo el proceso sin generar estado de cosa juzgada material, por lo tanto siendo apelable con efecto suspensivo, esto de conformidad al Código Orgánico General de Procesos.

Pero aquí nos hemos de plantear la siguiente interrogante, ¿Qué sucede si el órgano jurisdiccional sustancia el proceso sin ser competente? Parecería ser que al existir esa incompetencia y al atacar esa relación procesal supuestamente valida, necesario en todo proceso,

perjudicaría a todas esas actuaciones judiciales realizadas hasta ese momento, por consiguiente se debería declarar todo lo actuado como nulo, sin embargo, es trascendental referirnos al contenido del artículo 129 numeral noveno del Código Orgánico de la Función Judicial, que prevé la inhibición, misma que consiste en que si dentro de un proceso, cual fuera su naturaleza, el órgano jurisdiccional puede en cualquier estado de la causa indicar que es incompetente, suspender la prosecución de la causa y remitir al operador de justicia correspondiente, el juicio con todas las actuaciones judiciales realizadas hasta ese momento, sin declarar la nulidad de lo actuado. Consecuentemente, se observa que no existe nulidad cuando el juzgador es incompetente, pero frente a esta regla, existe una excepción, que claro es lógica y es correcta, siendo el único caso en el que se debe declarará todo lo actuado, como nulo, es cuando la o el juzgador sea incompetente en razón a la materia, esto de conformidad al inciso final del mismo artículo 129 numeral noveno.

Es menester emprender una crítica a lo que prevé el contenido del artículo 129 numeral nueve del Código Orgánico de la Función Judicial y observar cuál es su proyección y eficacia actual en el ámbito procesal. Antes que nada, debemos explicar que la finalidad que originó esta disposición, era precisamente para garantizar el derecho de tutela judicial efectiva, entendida como aquel derecho que todo ciudadano tiene al formar parte de un proceso, mismo que ha de ser juzgado por autoridad competente, y sobre todo a obtener una resolución motivada, independientemente si es o no favorable, y de esta manera evitar sentencias que no puedan ser ejecutables. Es de pleno conocimiento que la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial, se dio cuando aún no entraba en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, por lo que implicaba que existían varios cuerpos normativos que recogían las normas procesales, incluso existiendo como sabemos un sistema diferente de resolución de las excepciones previas, puesto que estas iban a ser resueltas solo cuando ya se hayan cumplido todas las diligencias procesales,

es decir, que el juzgador se volvía una especie de buzón, que una vez concluido el proceso, se pasaba a resolver la excepción previa, pensemos en este caso, la incompetencia, dictando un auto en el que se inhibía y sustanciando todo el proceso en vano. Es por esta razón que el artículo 129.9 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece la inhibición por razones de incompetencia, con el fin de evitar que luego de la tramitación innecesaria del proceso, estos concluyan en resoluciones inhibitorias.

¿Cuál es su eficacia tras vigencia del Código Orgánico General de Procesos?

Para encontrar la respuesta, creemos correcto hacer alusión al caso expuesto por el Doctor en Jurisprudencia Olmedo Piedra Iglesias, que expone sí en un determinado caso en concreto, el juzgador no ha advertido que es incompetente, pensemos en razón al territorio, y tampoco no ha sido alegado por cualquiera de las partes, y se ha llegado a realizar varias actuaciones procesales, pensemos así, se llevó a cabo el eventual posicionamiento de un perito, se llevó a cabo la audiencia preliminar en la que admitieron determinados medios probatorios, se resolvió sobre las excepciones previas, se determinó el objeto de la controversia; incluso siendo más radicales, pensemos que se sustanció hasta la audiencia de juicio, practicando los medios de prueba tanto del actor como del demandado, quedando por último que el juzgador emita su resolución; pero qué sucede si en ese preciso momento el juzgador advierte ser incompetente, y amparándose en el contenido del numeral nueve del artículo 129 del COFJ, suspenda la tramitación de la causa y remite al juez competente sin declarar la nulidad del proceso, esto constituye una barbaridad, dado que permite burlar a la administración de justicia. Puede ser el caso que con ayuda del juzgador y una de las partes, pensemos con el actor, conformen un contubernio para perjudicar a la contra parte y aparentemente sustanciar una causa, que teniendo conocimiento entre aquellos que existe una incompetencia latente, sin embargo, procuran realizar todas las diligencias y actuaciones

procesales, pero que al final del proceso este juzgador advierta ser incompetente, para que el juzgador que realmente es competente, continúe con la sustanciación de la causa, se base en todo lo maliciosamente actuado, y solo deba pronunciar su fallo, beneficiando aquellos que conformaron aquel contubernio y causando un enorme perjuicio a la otra parte.

Se puede concluir que lo que permite el numeral noveno del artículo 129 del COFJ, no es correcto y sobre todo no es eficiente actualmente, puesto que lamentablemente y tal como sucede en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, la creatividad y la astucia del ser humano para evitar, burlar y beneficiarse de ciertos mecanismos o instrumentos procesales que se crean con cierta finalidad social y legal, la invierten y de una u otra manera lo utilizan para obtener un beneficio propio o causar un detrimento a determinadas personas, y en este caso no es la excepción, pues el ejemplo que se expuso en líneas anteriores, por más radical que pareciera ser, se ha dado muchas veces, atacando entonces a la seguridad jurídica, a las garantías del debido proceso, y en general causando un enorme perjuicio a la administración de la justicia.

Ahora, respecto a la competencia como presupuesto procesal, está se configura como uno de los elementos indispensables de la relación jurídica valida, es decir que el juez que conozca una causa debe ser competente para lo cual y previo a prevenir el conocimiento de la controversia, el juez debe asegurase que la competencia que va asumir, cumpla con ciertos parámetros o como se conoce en derecho, a limites relativos de la jurisdicción, que son en razón de las personas, grados, materia, y personas. Cuando hablamos de esta obligación del juzgador, se colige de la Resolución emitida por la Corte Nacional de Justicia que, cuando esta excepción no ha sido sustentada en audiencia por la parte demandada, el Juez debe sustanciarla y resolverla, sea para aceptarla o negarla; dado que es una entre tantas obligaciones, que pesan sobre el juzgador.

La incompetencia como excepción previa, desde ya dejaremos sentado que esta es no subsanable, en un estricto escenario, que será analizado más adelante. La Corte Nacional de Justicia, en la resolución 12-2017, expone:

> La incompetencia implica la falta de aptitud del juzgador para conocer y resolver un asunto con base en unos hechos concretos; considerando que el legislador ha establecido la materia, las personas, los grados y el territorio como criterios para radicar la competencia entre los distinto Juzgados, Tribunales y Cortes, consiste en un incumplimiento de las normas que lo regulan (Corte Nacional de Justicia, 2017).

Debemos tener presente que el artículo 147.1 del COGEP, manifiesta que la incompetencia es motivo de inadmisión de la demanda, pero nosotros nos hemos de referir al caso en que el demandado lo deduce como excepción previa, en tal caso esta debe resolverse en la primera fase denominada de saneamiento procesal, previo a declarar la validez procesal de la contienda judicial. La misma Resolución de la Corte Nacional de Justicia, explica que la incompetencia es una excepción que se refiere a un punto estrictamente procesal, es decir, al ser dilatoria, esta debe ser resuelta en base al numeral primero del artículo 295 del COGEP.

Finalmente la Resolución 12-17, indica que cuando existe la incompetencia como excepción previa, el juzgador debe inhibirse de conocer la causa, y suspender su tramitación, y remitir a que el juzgador competente sustancie el mismo, esto aplicando el contenido del artículo 129 numeral nueve. Ahora, si nos referimos a nuestro COGEP, se debería resolver en base a la única disposición existente en dicho cuerpo normativo, referente a las excepciones previas, y en base a su numeral primero del ya mencionado artículo 295, y declarar la nulidad y ordenar su archivo, aclarando que ésta decisión no genera estado de cosa juzgada material

2.2.- INCAPACIDAD O FALTA DE PERSONERÍA DE LA PARTE ACTORA O DE SU REPRESENTANTE.

De conformidad al artículo 153 numeral segundo del Código Orgánico General de Procesos, recoge esta segunda excepción, que debemos advertir que tras la reforma en el mes de junio del año 2019, en el que se lleva a cabo el cambio de varias disposiciones, entre esas, esta del numeral segundo del artículo 153, dado que anteriormente se refería únicamente a la Incapacidad de la Parte Actora o de su Representante, pero actualmente se recoge un segundo supuesto, esto es "la falta de personería".

(Benabentos O. A., 1998) Explica que, cuando se trata de esta excepción, se refiere ya sea a la capacidad de los litigantes para estar en juicio, o del ser el caso determinar si la parte que actúa mediante por apoderado, ya sea persona natural o persona jurídica, el mandatario o representante tengan poder suficiente para actuar dentro del juicio.

El mismo tratadista, cuando estudia esta excepción previa, sostiene lo siguiente:

> La excepción de falta de personería se refiere exclusivamente a la falta de capacidad de los litigantes para estar en juicio y a la carencia de los poderes de sus representantes. Es la legitimatio ad processum, que no debe confundirse con la calidad de obrar, Iegitimatioad caussam; esta excepción sostiene la ausencia de legitimación procesal, o sea, que el actor o el demandado, no son las personas especialmente habilitadas por la ley para asumir tales calidades con referencia a la concreta materia sobre que versa el proceso (Benabentos O. A., 1998).

La resolución de la Corte Nacional de Justicia, dice al respecto:

> (…) incapacidad de la parte actora o de su representante. Esta excepción previa abarca todas las cuestiones referentes a la incapacidad de la parte actora: ya sea referentes a la posibilidad de una

persona de adquirir derechos y contraer obligaciones, que conocemos generalmente como capacidad legal; ya sea respecto de realizar actos procesales válidos, que se conoce como capacidad procesal (…) (Corte Nacional de Justicia, 2017).

En cuanto a esta excepción previa, dejaremos sentado desde ya, que se trata de una excepción subsanable, es decir, que puede ser convalidada dentro del término que el juzgador conceda. Lo que persigue esta excepción, es precisamente determinar respecto a la intervención de las personas en un proceso, los efectos jurídicos que produce, en el sentido si esta personas tiene o no capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones o tener el poder suficiente para actuar a nombre de otra dentro de una contienda judicial.

El artículo 1462 del Código Civil, dispone: "Toda persona es capaz excepto las que la ley declara incapaces" (Nacional A. , 2015); esta disposición se refiere tanto a las personas naturales como a las jurídicas, siendo la regla general la capacidad, y la incapacidad constituyéndose como la excepción. Por un lado, la capacidad de goce o adquisitiva, es decir, la aptitud legal para adquirir derechos, lo gozan generalmente toda persona, por el sólo hecho de serlo.

Por otra parte, respecto a la capacidad de ejercicio, hace alusión respecto aquellas personas que pueden por sí mismas obligarse a exigir sus derechos. Sin embargo, sabemos que existen ciertas personas que están sujetas a algunas de las incapacidades que prevé la norma, por lo que les impide actuar por sí mismas, y más bien, requieren del ministerio de otra persona; concluyendo que a pesar de tener la capacidad de goce, no pueden por sí mismos ejercitar sus derechos o contraer obligaciones.

Finalmente, con lo que respecta a las incapacidades, como es de pleno conocimiento, esta se sujeta a un clasificación y son: la incapacidad absoluta y la incapacidad relativa y el Código Civil también prevé una tercera incapacidad que en realidad se trata de prohibiciones, que la ley

impone a ciertas personas para realizar ciertos actos, así el artículo 1463 del Código Civil, las concibe como incapacidades particulares, por ejemplo celebrar un contrato de compraventa entre cónyuges, entre otros. Sobre la incapacidad absoluta, si bien faculta que las personas adquieran derechos, pero a efectos de ejercerlos y contraer obligaciones, siempre necesitan de la intervención u autorización, de quienes la ley ha determinado para que los represente, en este caso sería un tutor, curador o quien ejerce la patria potestad. El mismo artículo 1463 ibídem, establece que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, escrito o por lengua de señas. Con lo que respecta a la incapacidad relativa el Código Civil, manifesta que: "(…) sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes" (Nacional A. , Código Civil Ecuatoriano, 2015).

En cuanto a la incapacidad de la parte actora para comparecer a juicio, como se dijo al inicio, se trata de una excepción subsanable, pues si el actor comparece por sí solo pero en lo posterior cumple con la exigencia de que lo haga mediante su representante, ya sea un tutor, un curador o el representante legal en el caso de las personas jurídicas, ya no daría lugar a ningún defecto en la relación jurídica que requiere el proceso.

De todo lo analizado en esta excepción, coincidimos con la correcta aseveración realizada por el Doctor en Jurisprudencia Olmedo Piedra Iglesias, que indica:

> (…) el caso del numeral 2 del artículo 153 se trata de la Legitimatio Ad Procesum o falta de capacidad procesal, es decir, aquellos casos en los que quien comparece a juicio no tiene la idoneidad necesaria para actuar por sí mismo dentro del proceso, para velar por sus intereses, o en su defecto, no tiene la idoneidad para representar a aquella persona en cuyo nombre pretende actuar, efectivamente se trata de una excepción dilatoria, (…) (Piedra Iglesias, 2017).

Omar Benabentos, cuando estudia esta excepción, manifiesta que tiene una proyección dentro del orden público, pues efectivamente al consistir en una cuestión de falta de personería, podrá ser ponderada en cualquier grado o instancia. Por lo tanto, sostiene que: *"*Estando en juego la capacidad para estar en juicio en representación de otro, nos hallamos frente a un presupuesto procesal que el juez debe verificar aun de oficio" (Benabentos O. A., 1998).

Lo expuesto por este autor, se verificaría en el supuesto de que a pesar de no haber sido prevenido o alertado el juzgador por el demandado de que existe esta circunstancia, pero al tratarse de un tema de índole o cuyos efectos son de orden público, el órgano judicial, tiene la forma de subsanar este efecto, pero mediante el artículo 107 del COGEP, es decir, a través de las solemnidades sustanciales a todos los procesos, pues claramente si el actor no puede o el apoderado o representante no goza de las atribuciones suficientes para actuar dentro de la contienda judicial, esto sin lugar a duda deviene en una nulidad procesal, lo que implica que el juez cumpliendo su deber de velar el cumplimiento de los lineamientos procesales y legales, y con el afán de evitar que concluya en una sentencia pueda no pueda producir los efectos esperados, actúa de oficio, retrotrayendo al momento que se produjo esta omisión, que sería concretamente desde el auto de calificación de la demanda.

Finalmente, para el tratamiento de esta excepción previa, debe ser deducida dentro del término legal y principalmente debe encontrase justificada documentadamente, pues existe presunción de capacidad para todas las personas y por ende se admite prueba en contrario. Pero si efectivamente, el demandado deduce esta excepción y lo demuestra, el juzgador deberá aplicar la única disposición recogida en el COGEP, esto es, el artículo 295 numeral 3, que señala:

> Si se aceptan las excepciones de falta de capacidad, de falta de personería (…), se concederá un término de diez días para subsanar el defecto, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda y de aplicarse las sanciones pertinentes (Nacional A. , 2015)

2.3.- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA O INCOMPLETA CONFORMACIÓN DE LITIS CONSORCIO.

En el tercer numeral del artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos, recoge dos distintos supuestos, el primero de ellos, se refiere a la falta de legitimación en la causa, ya sea tanto de la parte actora o de la parte demandada, esta excepción dentro de la doctrina, se la conoce como Legitimatio Ad Causam; mientras que el segundo supuesto recoge expresamente la institución jurídica de litisconsorcio y da lugar a esta excepción, cuando no se encuentra debidamente completada.

En primer lugar, hemos de analizar respecto a la falta de legitimación en la causa, de la misma manera dejaremos sentado desde ya y tal como la única disposición que recoge nuestro Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 295 numeral tercero, esta excepción es subsanable dentro del término de diez días.

Hernando Devis Echando dentro de su Obra Teoría General de Proceso, dice sobre la legitimación en la causa, que:

> No es un requisito de la sentencia favorable, entendiendo por tal que resuelve en el fondo y de manera favorable las pretensiones del demandante. Estar legitimado en la causa significa tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda, es decir, sobre la existencia o inexistencia del derecho material pretendido, ya por medio de sentencia favorable o desfavorable. De

consiguiente, cuando una de las partes carece de esa calidad, no será posible adoptar una decisión de fondo, y el juez deberá limitarse a declarar que se halla inhibido para hacerlo. Se comprende así que es más apropiado decir que la legitimación en causa es condición para que pueda proferirse sentencia de fondo o mérito, lo que sí es exacto en todos los casos (Echandia, 2013).

En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, resulta fundamental más que referimos algún doctrinario, acoger la Resolución publicada en la Gaceta Judicial año CVIII. Serie VIII, N° 3, de fecha 08 de mayo del 2007, que manifiesta:

> La legitimidad de personería es la excepción de falta legitimo contradictor o mejor llamado legitimación en la causa o "legitimatio ad causam"; quiere decir que tanto el actor como el demandado deben ser en el primer caso titular del derecho sustancial discutido, y en el segundo caso quien tiene la facultad de oponerse a la demanda y su pretensión (Judicial, 2007).

De la misma manera hay que referirnos a la Resolución 107-2014, emitida por Corte Nacional de Justicia, en la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, que manifiesta que la legitimación en la causa es:

> La legitimación en causa se refiere a la calidad que debe tener la parte en relación con el interés sustancial discutido en el proceso. Para que exista la legitimación en causa el actor debe ser la persona que pretende ser, el titular del derecho discutido, y el demandado la persona llamada por ley a contradecir la demanda mediante las excepciones (legitimo contradictor). La falta de legitimación en causa implica rechazo a la demanda, e impide dictar una sentencia de fondo (Impugnacion de Paternidad, 2014)

Tanto de la dogmática, como los diferentes criterios de los operadores de justicia, podemos deducir que el objeto de esta excepción, es impedir que se constituya una relación jurídica válida, lo que implica que el juzgador al otorgar el término legal para subsanar dicho defecto, y constatando que quien comparece al proceso, sea efectivamente quien deba hacerlo, se configura

correctamente relación jurídica-procesal y de esta manera poder cumplir con todas las etapas y actuaciones procesales, y culminar en un sentencia que resuelva el fondo del asunto, es decir, sobre el derecho sustancial controvertido, caso contrario daría lugar a que se deseche la demanda.

Respecto a las dos clases de legitimación, hay que tener cuidado en confundirlas, pues cada una de ella prevé distintas circunstancias. El tratadista Oscar Cruz Barney distingue dos clases de legitimación*:* "la legitimación en el derecho sustancial (legitimatio ad causam) y la legitimación en el proceso (legitimatio ad processum)" (Barney, 2015).

Al respecto, el Doctor Olmedo Piedra Iglesias, indica que la primera, esto es, Legitimatio Ad Processum*, "*Es la condición o idoneidad que tienen las partes actuar dentro del proceso por si mismas defendiendo sus derechos o para actuar en representación de otra";

Mientras que, la Legitimatio Ad Causam, o llamada también capacidad para ser parte, no es más que *"*Condición de titularidad del derecho sustancial controvertido, es decir, determina quienes deben actuar dentro del proceso necesariamente para permitir que se dé una resolución de fondo, (…)" (Piedra Iglesias, 2017).

Estrictamente esta excepción consiste en la circunstancia en virtud del cual, deben estar presentes en el proceso, todas las personas que tengan la obligación de integrar las partes para permitir la discusión del fondo del asunto. Si bien esta excepción no resuelve el fondo del derecho, sin embargo, si decide respecto de la integración de la relación procesal, es decir, decide si a los comparecientes les corresponde o no discutir sobre ese derecho.

El segundo supuesto que recoge el numeral tercero del artículo 153 del COGEP, esto es, incompleta conformación del litisconsorcio, debemos dejar sentado que su inclusión expresa en

este numeral, se debe precisamente porque antes de la reforma de junio del 2019, si bien el mismo numeral solo se refería a la falta de legitimación, sin embargo, si se previa expresamente en el numeral tercero del artículo 295, por lo que los legisladores, simplemente lo recogen de manera expresa en el artículo 153 del COGEP.

Una vez aclarado esta pequeña situación, es necesario entonces analizar esta Institución. En primer lugar en cuanto a su etimología, el autor José Ovalle indica que:

> La palabra litisconsorcio proviene de las locuciones latinas litis y consortium: la primera significa litigio o pleito y la segunda, comunidad de destino. Con esta expresión se designa el fenómeno que se presenta cuando dos o más personas ocupan la posición de la parte actora (litisconsorcio activo), la posicion de la parte demandada (liticonsorcio pasivo) o las posiciones de ambas partes (litisconsorcio mixto) (Favela, 2005).

Fernando Jiménez Conde, en su obra Manual de Derecho Procesal Civil, en el Capítulo III, en el que se analiza toda esta figura procesal, concibe que:

> El litisconsorcio es un estado entre varias personas que ocupan una misma posición en el proceso, se ha planteado que éste se conforma al comienzo del pleito mediante la acumulación subjetiva de acciones, aunque el litisconsorcio puede surgir durante el desarrollo del proceso, bien sea, por la intervención de un tercero, por el fallecimiento de una de las partes cuando deja varios herederos, etc. (Conde, 2015).

Cuando hablamos de esta figura procesal, es necesario referirnos a las clases de litisconsorcio; de acuerdo al punto de vista de en qué calidad comparece, el tratadista Piero Calamandri, define las tres clases de litisconsorcio, esto es:

- Litisconsorcio activo: “Si figuran en el litisconsorcio varios actores contra un solo demandado”.

- Litisconsorcio pasivo: “Si figuran varios demandados en contra de un solo actor”.
- Litisconsorcio mixto: “Si frente a una pluralidad de actores se encuentra una pluralidad de demandados” (Calamandri, 2006).

El segundo punto de vista que obedece a la decisión espontanea de las propias personas de comparecer unidas en el proceso, da lugar al litisconsorcio facultativo o voluntario. Bajo el pensar del tratadista José Ovallo, el litisconsorcio necesario, se da cuando, por la naturaleza del derecho que se encuentra en contienda, se da una comparecencia conjunta, por lo que la sentencia solo puede ser dictada únicamente con relación a varias partes, debiendo en este caso, accionar o ser demandadas en el mismo juicio.

En cuanto al litisconsorcio voluntario, dentro de un proceso, puede haber varias personas en el mismo juicio, pero cuando existan varias acciones que se refieran o se conecten al mismo objeto, por eso este autor señala:

> Acciones que se promuevan exista conexión sobre el objeto o sobre el título del cual dependa(n), cuando la decisión este subordinada total o parcialmente a la resolución de cuestiones idénticas, o cuando tengan un mismo derecho o se encuentren obligadas por una misma causa (Favela, 2005).

Al respecto el Doctor Olmedo Piedra Iglesias, expresa que el litisconsorcio voluntario se da “cuando siendo varios los sujetos y teniendo identidad de acciones en su origen y pretensión, resuelven unirse para buscando la economía procesal, plantear una sola demanda en contra del mismo demandado”;

Y el litisconsorcio necesario o también llamada obligatorio, se da cuando:

> (…) es indispensable la presencia de varios sujetos en calidad de actores o demandados para poder completar la legitimatio ad causam, o capacidad para ser parte, es decir cuando varios sujetos tienen la titularidad del derecho controvertido, siendo necesaria su concurrencia para que se entable debidamente la relación procesal (…) (Piedra Iglesias, 2017).

En el Código Orgánico General de Procesos, recoge efectivamente lo expuesto por la doctrina, y en el capítulo V, regula la figura del litisconsorcio, básicamente en los artículos 51 y 52, en el primero de ellos, explica en que consiste, y señala:

> Dos o más personas pueden litigar en un mismo proceso en forma conjunta, activa o pasivamente, cuando sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto o cuando la sentencia que se expida con respecto a una podría afectar a la otra. (Nacional A. , 2015)

> Por otro lado, el artículo 52 hace referencia a la independencia en las relaciones de los litisconsortes respecto de la contraparte, por eso al final del artículo señala: *"*Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ellos se afecte la unidad del proceso." (Nacional A. , 2015)

Ya de manera concreta, entendemos que el litisconsorcio puede ser activo o pasivo, es decir, cuando se configura en la parte actora, mientras que el litisconsorcio es pasivo, cuando se provoca respecto a la parte demandada; y vemos un litisconsorcio mixto, cuando en ambos casos se requiere de litisconsortes necesarios.

Para que tenga su respectivo sistema como excepción previa, debe darse al inicio del proceso, por eso el juzgador que ha sido advertido en la contestación a la demanda, de la incompleta conformación de litisconsorcio necesario, sea en la parte actora o en la parte demanda,

el juez debe ordenar la integración obligatoria, pues caso contrario no se podrá conformar la relación jurídica valida, necesaria para concluir en una sentencia valida y que produzca los efectos esperados. El efecto fundamental que genera este supuesto cuando no ha sido subsanado oportunamente, es que se genere una sentencia inhibitoria.

Un claro ejemplo que trae a colación el tratadista Omar Benabentos, es el siguiente:

> Si se pretende la nulidad de un acto jurídico en el que ha intervenido un escribano, luego, en el proceso, deberán ser demandados todos los intervinientes de ese acto jurídico y el escribano que participó en el mismo. Si por un yerro del actor no han sido convocados la totalidad de los sujetos el juez, de oficio, o la parte demandada (mediante la excepción pertinente) deben provocar la integración del litigio a los fines de evitar el dictado de una sentencia "inhibitoria" (es decir aquella en que el juez, por razones procesales, rechaza la demanda, sin entrar a considerar el fondo del asunto) (Benabentos O. A., 1998).

En este sentido, cuando se analizó el primer supuesto de esta tercera excepción, esto es falta de legitimación en la causa, la incompleta conformación de litisconsorcio, tiene el mismo tratamiento en el artículo 295 del COGEP, en su numeral tercero. Sin embargo, observamos que este numeral expresamente se refiere a las excepciones de falta de capacidad, falta de personería o incompleta conformación de la litisconsorcio, expresiones que, suponemos, quieren referirse a la ilegitimidad de personería o a la falta de capacidad para ser parte, en este caso se concederá 10 días para subsanar tal defecto, caso contrario, se considerará como no presentada la demanda, y las respectivas sanciones. Aquí encontramos una incoherencia porque la ilegitimidad de personería hace referencia al hecho de que el actor no pueda actuar por sí mismo en el proceso o en representación de quien lo hace, mientras que la Ilegitimatio Ad Causam, se refiere a la indebida integración de la parte, situaciones que son mucho más puntuales, que aquella a la que se refiere

el numeral 2 del mismo artículo 295, por consiguiente no es correcto que se conceda el término de 10 días, término muy mayor al previsto para el caso del numeral segundo. Otra barbaridad que se observa en este numeral tercero, es que no al no disponer de correr traslado al demandado con una subsanación que realiza el actor, para que este puede modificar, completar o ampliar su contestación, oponer nuevas excepciones, anunciar nueva prueba o reconvenir si es el caso, da lugar a una verdadera violación al principio de contradicción, defensa e igualdad entre las partes. Pero lamentablemente, frente a esta realidad, el juzgador se encuentra ajustado a su deber legal, de aplicar solo lo que la norma prevé, por lo que el juzgador se vería inmerso en una encrucijada, por un lado se apega al texto de la ley y bajo su criterio y afán de ser un juez pro, conceder un término para que el demandado pueda hacer efectivo sus garantías al derecho de defensa y contracción, o por otro lado simplemente se convierte en un juez boca de la ley, y perjudica a la parte demandada; pero en todo caso observando nuevamente que la aplicación de las normas, quedan en su gran mayoría al criterio y discrecionalidad del operador de justicia.

2.4.- ERROR EN LA FORMA DE PROPONER LA DEMANDA, INADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO O INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.

2.4.1 ERROR EN LA FORMA DE PROPONER LA DEMANDA.

En el numeral cuarto del artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos, prevé tres supuestos distintos, el primero de ellos es en cuanto a la manera incorrecta de proponer la demanda, es decir, cuando no se cumplen con los requisitos de forma, por lo que implica que exista una inconsistencia entre los requisitos legales, pensemos así, entre los hechos narrados o los fundamentos de derechos, en el que se aleguen disposiciones contrarias etc., o del ser el caso, lo que se pretende no sea acorde a los fundamentos facticos de la demanda.

Omar Benabentos, en cuanto a la procedencia de esta excepción, indica:

> Procede esta excepción cuando la demanda no se ajusta, en su forma o contenido, a las prescripciones legales. Tal ocurre, por ejemplo, cuando se omite la denuncia del domicilio real del actor o no se precisa con exactitud la cosa demandada (…) (Benabentos O. A., 1998).

Cabe recalcar que dentro de la doctrina esta excepción, es llamada principalmente como el defecto legal en el modo de proponer la demanda, pero que básicamente es lo mismo, cuando hablamos de error en la forma de proponer la demanda; en todo caso, lo que si debemos tener claro es que esta excepción, encuentra su sustento en el principio de legalidad, pues como sabemos el artículo 142 del mismo cuerpo legal, indica cuales son los requisitos generales, que toda demanda debe cumplir; entonces, si esta no cumple con dichas formalidades y adolece de una o varias inconsistencias, esto implicaría alterar y/o perjudicar en el esquema de defensa de la parte demandada.

De la misma manera, se debe indicar que este primer supuesto no constituye una excepción que ataca el fondo del proceso judicial, sino más bien, evidencia el incumplimiento de las solemnidades que debe revestir el escrito de demanda, cuando no satisface las exigencias y requisitos legales para cada caso en concreto.

Adolfo Alvarado Velloso, dentro de su obra Introducción al Estudio de Derecho Procesal Tomo I, al estudiar esta excepción, manifiesta que:

> La excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda (o excepción de "oscuro libelo") (se vincula con el presupuesto procesal denominado demanda que reúna los requisitos legales o debida demanda): mediante ella el demandado afirma que el actor no ha respetado los requisitos impuestos por la ley para la confección de su demanda, a raíz de lo cual el excepcionante no puede hacer

valer de modo correcto y pleno su derecho de defensa en juicio ya que ignora por lo menos una de las siguientes circunstancias: quién, a quién, qué y por qué demanda (Alvarado Velloso, 1989).

Bajo esta definición, podemos establecer que nos encontramos frente a otro presupuesto procesal, necesario para establecer la validez procesal, pues la demanda como tal está sujeta al cumplimiento de los requisitos previos y claros, pero además la redacción de la misma debe ser tan clara que no exista duda entre los fundamentos de hecho, derecho y la pretensión, a efectos de que la parte demandada pueda contestar expresamente sobre cada una de las pretensiones y ejercer su correcto derecho a la defensa. Por esta razón, los Códigos admiten expresamente esta excepción, a la cual otorgan el carácter de dilatorio, razón por la cual, debe ser opuesta y resuelta en forma previa a la oportunidad correspondiente a la contestación de la demanda. Esta excepción también puede ser deducida por el actor en contra del demandado cuando éste adopta la actitud de reconvención y en la misma causa, plantea un contrademanda.

Con esta explicación, y recordando que tras la vigencia del COGEP, se adopta un sistema predominantemente oral, pero existiendo ciertos actos que son necesariamente escritos, y en consecuencia, la importancia y relevancia del primer acto de proposición, que da inicio a la actividad jurisdiccional, por lo tanto cuando esta excepción es deducida por la parte demandada, debe ser resuelta como excepción previa y conceder a la parte actora el término para subsanar tales defectos, caso contrario se aplicaría las sanciones respectivas.

Cuando estamos frente a esta excepción, sabemos y tal como indica el artículo 295, se trata de una excepción subsanable, que puede ser convalidada dentro del término de seis días, pero si decimos que se trata de un excepción que ataca o mejor dicho evidencia que la demanda no cumple con sus requisitos de forma y que efectivamente ataca el derecho que tiene el demandado para defenderse, pues este al tener que pronunciarse sobre cada una de las pretensiones, sobre los

hechos, sobre los medio de prueba, que del ser el caso, son aclarados o reformados en su totalidad, se le concede un término de 10 días, para que reemplace su contestación, pues la primera contestación se sujetó a la demanda que adolecía de errores e inconsistencia.

2.4.2 INADECUACION DE PROCEDMIENTO

Nos corresponde analizar el segundo supuesto que recoge la excepción del numeral cuarto del artículo 153 del COGEP, es decir, inadecuación del procedimiento. Se trata de un excepción que si puede ser convalidada, y se característica por ser dilatoria, y como se analizó en el primer capítulo, esta excepción ataca circunstancias sobre el proceso como tal, es decir, cuestiones procesales, mas no cuestiones de fondo del litigio, en consecuencia, no estamos frente a una excepción perentoria.

Brevemente diremos que la Resolución 12-2017 de la Corte Nacional de Justicia, sobre esta excepción indica que: "(…) la inadecuación de procedimiento es un defecto procesal que radica en la inobservancia de las normas que determinan el procedimiento en que debe sustanciarse un asunto." (Corte Nacional de Justicia, 2017)

Entre tantas sentencias en el ámbito internacional, resalta una expedida por el Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil, en la cuida de Madrid, en el año 2015 de fecha 27 de febrero, que en su parte pertinente expone:

> La inadecuación de procedimiento, si se aprecia en primera instancia, debe dar lugar a reconducir el procedimiento al trámite procesal que corresponda y, en su caso, la nulidad de lo actuado para que pueda continuarse por el cauce procesal adecuado. Y si se aprecia en segunda instancia tan sólo

puede provocar la nulidad de actuaciones, si se cumplen las exigencias que establece la jurisprudencia. (Tribunal Supremo, 2015).

Como sabemos dependiendo de la naturaleza de la acción, se prevé un trámite determinado para su sustanciación, por lo que en virtud del principio de legalidad, se indica de manera taxativa qué acciones se sujetan por ejemplo al trámite voluntario, sumario, o monitorio, dejando la salvedad de que aquellos en los que no se indique expresamente, se deberán sustanciar en la vía ordinaria, pensemos así por ejemplo una acción que pretenda que mediante sentencia se declare la prescripción adquisitiva de un inmueble o una declaración de unión de hecho; entonces, estaríamos frente a esta excepción, cuando el actor decide plantear una acción que debe sustanciarse por la vía sumaria, pero lo hace por trámite ordinario.

¿Qué efectos ocasionaría este supuesto?

Realmente poco son los casos en que efectivamente se confronte procesos con inadecuación de procedimiento, y que sea alegada por el demandado como excepción previa, pues sabemos que siendo deber del juez de emplear el primer filtro al calificar la demanda, es aquí entonces donde se verifica si esa acción que pretende el actor, se encuentra dentro del trámite correspondiente.

Con la entrada de vigencia del Código Orgánico General de Procesos, en mayo del 2016, fundamentándose en normas claras, previas, y públicas tal como indica la Constitución de la Republica, el legislador en ejercicio de su función, ha establecido los presupuestos y requisitos que deben observar y aplicarse para sustanciar las diferentes controversias en los trámites respectivos. Por lo tanto, en base a los principio de legalidad y el de seguridad jurídica, las normas procesales determinan cuál es el procedimiento adecuado en que debe sustanciarse un asunto,

concluyendo con certeza que las mismas jamás podrán ser dispuestas por voluntad de quienes pretenden activar el aparataje judicial, sino lo contrario si deciden plantear una determinada causa, deberán sujetarse al trámite que indica la ley procesal.

En este punto es de vital importancia emprender un análisis respecto al tratamiento de esta excepción. Debemos partir resaltando el craso error que comete el legislador en el Código Orgánico General de Procesos, debido a que cuando trata esta excepción, la considera no subsanable, y establece que ha de ser resuelta en base al artículo 295, numeral primero, es decir, declarar sin lugar la demanda y ordenando su archivo, observando una vez más el desacierto y desconocimiento legal por parte de los legisladores, al momento de la elaboración de la norma procesal.

En esta misma línea, la Corte Nacional de Justicia, lejos de emendar el error e indicar conforme lo concibe la doctrina, como una verdadera excepción subsanable, hace caso omiso aquello y vuelve a cometer el mismo desliz al considerar a esta excepción como no subsanable, aclarando eso sí, que por tratarse de una excepción previa que es dilatoria, deberá ser resuelta mediante auto interlocutorio y no por sentencia.

Para nosotros, la inadecuación de procedimiento, si debe ser considerada como subsanable, pues si atendemos objetivamente el fin que persiguen las excepciones previas, que no es más que, procurar depurar cualquier circunstancia previa que impida el conocimiento del fondo de la controversia, nada impediría por ejemplo, que el actor al presentar una acción de divorcio causal, cometa el error al señalar que esta se sustanciará en la vía ordinaria, siendo lo correcto sustanciarse en base a las reglas del trámite sumario, por lo tanto, el juzgador debería permitir al actor convalidar dentro de un término prudente y perentorio, con la indicación del procedimiento correcto en el que se deberá sustanciar la causa, y claro garantizando a su vez, a la parte

demandada, el derecho a modificar o reformar su escrito de contestación. Sin perjuicio de lo mencionado, volvemos encontrarnos un obstáculo para poder brindar una correcta motivación al decir que es una excepción subsanable, pues la única disposición del COGEP, que prevé el sistema de resoluciones de las excepciones, es decir, el artículo 295, nada dice al respecto sobre esta excepción, pues simplemente lo considera insubsanable y le otorgar el mismo sistema que a todas las excepciones insubsanables, por lo tanto, nuevamente debiendo quedarnos con los brazos atados y hacer caso omiso a lo que considera el derecho y la doctrina, y simplemente sujetarnos a nuestra realidad jurídica, que lamentablemente es cuando se trate la excepción de inadecuación de procedimiento, resolverla como una excepción insubsanable a la luz del COGEP y la Resolución 12-17 y dar por terminado el proceso anticipadamente mediante auto interlocutorio.

2.4.3 INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.

Por último, hemos de abordar el supuesto que prevé finalmente el numeral cuarto del artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos, esto es, la indebida acumulación de pretensiones. Esta constituye una excepción no subsanable y tal como manifiesta la resolución de la Corte Nacional de Justicia, ésta se caracteriza por ser una excepción que ataca cuestiones procesales, mas no respecto asuntos del fondo de la controversia, es decir, pone fin al proceso, evidenciando inconsistencias en los presupuestos procesales de la acción.

Resulta necesarios referirnos algunos autores, y observar qué se entiende cuando estamos frente a esta excepción:

Adolfo Alvarado Velloso, indica:

> (…) mediante ella el demandado afirma que el actor ha acumulado en su demanda diversas pretensiones que se autoexcluyen entre sí, a raíz de lo cual no puede ejercitar adecuadamente su derecho de defensa en juicio (...) es un claro presupuesto de la demanda porque en el caso de sostenerse

pretensiones auto excluyentes, no se trata de procurar que el juez sepa cómo sentenciar sino, mucho más importante, que el demandado sepa cómo defenderse. (Alvarado Velloso, 1989).

Omar Benabentos advierte que, cuando estamos frente a esta excepción: "Esta hipótesis genera para el demandado un grado de perplejidad que debe hacerse cesar, ya que le impide un adecuado ejercicio de su derecho de defensa (…)" (Benabentos O. , 1998).

Corresponde antes que nada advertir que el Código Orgánico General de Procesos, si prevé la posibilidad que al plantear la demanda, efectivamente, se permita exigir varias pretensiones, sin embargo, existen ciertos parámetros que se deben observar, para no caer precisamente en esta excepción.

El artículo 145 indica expresamente:

> Se puede proponer, en una misma demanda, pretensiones diversas, siempre que:
>
> Que el juez sea competente para conocer y resolver todas estas pretensiones.
>
> Que las pretensiones no sean contrarias ni incompatibles entre sí.
>
> Que el procedimiento aplicado sirva para sustanciar todas las pretensiones (Nacional A. , 2015)

De la referida disposición, es preciso analizar, quien plantea o propone una demanda ante el juez, debe obligatoriamente establecer qué pide o qué solicita, con absoluta claridad, y sobre todo, indicar la forma en cómo el juzgador que conoce la causa, puede o debe ordenar la satisfacción o cumplimiento de dicha pretensión. Sin embargo, no se puede acumular pretensiones de naturaleza distinta, por lo tanto, siendo incompatibles, y más que nada que se trate de pretensiones que deben sustanciarse en vías totalmente distintas. Entonces, es aquí en donde surge un deber fundamental para el actor, que mediante su abogado, quien ejerce su defensa técnica,

planteé correctamente la demanda y de ser el caso, exigir varias pretensiones, estas no adolezcan cualquiera de los supuestos, señalados por la normal antes citada.

La mejor forma para comprender todo lo expuesto en párrafos anteriores, es necesario, concebirlo desde un punto práctico, es por eso, que nos hemos de referir a un caso llevado a cabo en la legislación peruana, dentro del EXPEDIENTE N° : 00448-2010-0-2601-JR-CI-01, caso que consistió inicialmente, por la acción planteada en contra de una Empresa de Transporte Turístico, que básicamente en sus pretensiones, se exigía la resolución de un contrato y el pago por indemnizaciones por daños y perjuicios, sin embargo, el órgano jurisdiccional de instancia, declara improcedente la demanda, precisamente por adolecer de una indebida acumulación de pretensiones. Frente a esta negativa, el actor presenta un recurso vertical, es decir, apela la sentencia, fundamentándose que no existe una indebida acumulación de pretensiones, pues alega el principio de economía procesal, y que deben sustanciarse en el mismo proceso. El tribunal al analizar el proceso advierte que, el juzgador de instancia si cumplió con su deber de director del proceso, verificó los presupuestos procesales, tales como la competencia del Juez, capacidad procesal del demandante y cumplimiento de los requisitos formales de la demanda, exponen que el juzgador resolvió correctamente, y señalan que:

> (…) la improcedencia de la demanda se declara por indebida acumulación objetiva originaria de pretensiones; porque la pretensión de resolución del contrato se tramita por la vía del proceso de conocimiento y el de indemnización por la cuantía le corresponde otra vía procesal, en aplicación del inciso 7) del artículo 427º del Código Procesal Civil.

Dentro del análisis del Tribunal Peruano, efectivamente analiza esta figura de la indebida acumulación de pretensiones, y expone que hay clases de acumulación y son: "(…) la acumulación objetiva como la subjetiva, por la oportunidad en el tiempo en que se proponen las pretensiones

procesales y por la oportunidad en el tiempo en que las personas se incorporan al proceso" (Resolucion del Tribunal de Jueces Superiores., 2010).

Retomando nuestra legislación nacional, efectivamente el juzgador al cumplir con su obligación de calificar la demanda y observar si cumple con las exigencias procesales, para poder admitir a trámite, puede darse el caso que efectivamente se constate que las pretensiones que exige el actor, no sean las correctas, en este caso hay que referirnos al artículo 147.2 del Código Orgánico General de Procesos, que establece como causa de inadmisión, que la demanda contenga una indebida acumulación de pretensiones; no obstante, como ya hemos expuesto al abordar el asunto de la incompetencia del juzgador, si ésta se ha planteado como excepción previa, significa que la demanda fue admitida a trámite y hemos cumplido con los actos de proposición, por lo que atendiendo al momento procesal ya no procede un auto de inadmisión al calificar la demanda.

La indebida acumulación de pretensiones, es una cuestión exclusivamente procesal, por lo tanto el juzgador tiene la responsabilidad de cuidar que la demanda sea coherente en todo sentido, más aun la pretensión, pues la indebida acumulación de pretensiones, ocasionaría al mismo juzgador contradicciones en lo que resuelva; entonces, el juzgador al momento de resolverla, lo hará de conformidad al numeral primero del artículo 295 del Código Orgánico General de Procesos que refiere, frente a una excepción que no puede ser convalidada, se debe declarar sin lugar la misma y ordenar su archivo.

2.5. LITISPENDENCIA.-

De conformidad al numeral quinto del artículo 153 del COGEP, nos corresponde analizar la Institución de la litispendencia. En primer lugar en cuanto a su definición jurídica, la Real

Academia Española la concibe como, “Estado litigioso, ante otro juez o tribunal del asunto o cuestión que se pone o intenta poner Sub Iudice. Es motivo para una de las excepciones dilatorias que admite la ley” (Diccionario de la Real Academia Española, 2020)

Lino Enrique Palacio, manifiesta: “Hay litispendencia cuando existe otro proceso pendiente entre las mismas partes, en virtud de la misma causa y por el mismo objeto” (Palacio, Capitulo XVI: La Defensa, 2003).

José Ovalle Favela, expresa que estamos frente a figura cuando:

> (…) hay un litigio pendiente de resolución por un juzgador, el cual no puede ser conocido por otro órgano jurisdiccional; cuando existe conexidad en la causa, es decir, cuando hay un litigio conexo a otro en virtud de la causa de pedir (causa petendi), lo que trae como consecuencia la acumulación de los expedientes de los dos procesos, a través de los cuales se tramitan los litigios conexos (Favela, 2005).

La proyección de esta figura procesal como excepción previa, es considera como una verdadera excepción insubsanable, es decir, que se trata de una excepción, que no puede ser subsanada o convalidada por el actor por ningún motivo. Es importante advertir que para la Corte Nacional de Justicia, la excepción de litispendencia es insubsanable, pero del contexto se deduce que es dilatoria, pues atacaría solo cuestiones procesales, mas no cuestiones de fondo, es decir, su función es empelar una depuración procesal, antes de entrar a conocer el derecho sustancial controvertido.

El Profesor Hernando Devis Echandía, en cuanto a la litispendencia señala que:

> Existe esta excepción previa cuando se sigue otro juicio sobre la misma cuestión o pretensión entre las mismas partes, lo cual se justifica plenamente, porque, de lo contrario, se afectaría la unidad

de la cosa juzgada al sobrevenir dos o más sentencias que pueden resultar contradictorias, y se pecaría contra el fin de certeza que en el proceso se persigue (Echandia, 2013).

Esta excepción se deduce únicamente cuando existe en trámite otro juicio donde intervengan las mismas partes, solicitando la misma cosa, cantidad o hecho. Sin embargo, es importante advertir que, para que se verifique este supuesto en el nuevo proceso que se pretende iniciar, el demandado debe deducir esta excepción, demostrando que existe un primer proceso, cuya Litis ya se encuentra trabada, y en palabras del Doctor Olmedo Piedra Iglesias, se encuentra trabada la Litis en un proceso, cuando:

> En base de lo que manifiesta el actor y en base de lo expuesto por el demandado (traba de la Litis) el juez ya a determinado, con las partes, cuáles son los puntos que están en discusión en el proceso, por un lado; y a definido respecto de esos puntos de discusión, cuales son los aspectos de facto y de derecho en los que las partes concuerden y discuerden, (…), que cumplirá posteriormente por parte el juez, su rol de director del proceso (Piedra Iglesias, 2017).

¿Cuál es el fundamento de esta excepción previa?

Lino Enrique Palacio indica que: "(…) el fundamento de la excepción de litispendencia reside en la necesidad de evitar que una misma pretensión sea juzgada dos veces, con la consiguiente inoperancia de la actividad judicial que esa circunstancia necesariamente comporta" (Palacio, Capitulo XVI: La Defensa, 2003).

Dicho en otras palabras, la litispendencia es una institución que favorece a los principios de economía procesal y seguridad jurídica, ya que tiende a evitar sentencias contradictorias dictadas por dos tribunales distintos. Consecuentemente esta excepción, pretende evitar que existan dos procesos entre las mismas partes y con idénticas pretensiones, ya que con ello se corre el riesgo de sentencias contradictorias a que conducirían la cosa juzgada viciada.

Es importante sentar que para la doctrina, al analizar esta excepción, lo adecuan en una distinción por dos razones, se habla de la excepción de litispendencia por conexidad y litispendencia por afinidad, al respecto Alvarado Velloso, indica que: "Mediante ella el demandado afirma que se halla pendiente de procesamiento o de juzgamiento otro litigio en el cual se discute la misma causa (conexidad causal) o sólo el mismo hecho causal (afinidad)" (Alvarado Velloso, 1989).

Omar Benabentos, al estudiar a la excepción de litispendencia, indica que: "Hay litispendencia cuando existe otro proceso pendiente entre las mismas partes, en virtud de la misma causa y por el mismo objeto" (Benabentos O. , 1998).

Además de los tres requisitos clásicos, para que se configure la litispendencia, es decir, en mismo proceso, mismas partes y misma causa; es necesarios también que concurran los siguientes supuestos:

1) El primer proceso se tramite ante otro tribunal competente, o aun ante el mismo tribunal.

2) La demanda del primer proceso haya sido notificada.

3) Los dos procesos sean susceptibles de substanciarse por los mismos trámites.

4) Las partes actúen con la misma calidad en ambos procesos.

El autor antes citado, advierte que:

> La admisión de la excepción de litispendencia, en el caso de mediar identidad de partes, causa y objeto, determina la ineficacia del proceso iniciado con posterioridad. Pero la excepción es procedente, aunque el supuesto de no concurrir las tres identidades, cuando por razones de conexidad, existía la posibilidad de que se dicten sentencias contradictorias. En tal caso, la excepción actúa, no para invalidar

el juicio posterior, sino como medio de obtener la acumulación de los procesos, y su consiguiente decisión simultánea (…) (Benabentos O. , 1998).

De lo expuesto anteriormente se colige que, cuando el actor plantea una demanda en trámite ejecutivo, pretendiendo el cobro de una letra de cambio, demandado al deudor principal y al deudor solidario y trabada la Litis; se pretende nuevamente por el mismo actor, demandar a los mismo deudores, por el mismo título ejecutivo y en la misma vía, es entonces aquí en donde el demandado dentro del proceso nuevo que se pretende iniciar, debe en su escrito de contestación deducir la excepción previa de litispendencia, y demostrar en el momento procesal oportuno, que efectivamente existe otro proceso, con la misma identidad objetiva y subjetiva, por lo que juzgador deber resolverla conforme a su naturaleza.

¿Qué sucede si el demando no deduce esta excepción en su contestación?

Sabemos que esta excepción ataca el orden público porque de darse una doble resolución, ataca el principio fundamental de seguridad jurídica, es por esta razón, que el juzgador debe incluso actuar de oficio, y resolver, pues este al tener el deber de velar el cumplimiento de los lineamientos legales y procesales, y por tratarse de una excepción insubsanable, cuyo fin es evitar un doble proceso, pues corresponde en todo caso al primer juez que conoció la causa, la competencia por sorteo de ley, excluyendo a los demás juzgadores y evitando sentencias sobre el mismo conflicto y entre las mismas partes. Pero aquello materialmente le resultaría imposible, dado que el juzgador cómo puede resolver sobre aquella situación, sino es advertido por el demandado, por consiguiente le es prácticamente difícil emprender un análisis previo y constatar que no existe otro proceso que ya se encuentra sustanciándose en otro juzgado, por lo que la idea de resolver el juez de una manera oficiosa, quedaría plasmada solo en papel, ya que en la práctica los juzgadores, por la carga

procesal que se encuentran, no tiene el tiempo para someter eventualmente sus procesos a un análisis como este.

Finalmente, hemos de tener presente el artículo 295 numeral primero del COGEP, que indica, si se aceptan cualquiera de las excepciones que no son subsanables, en este caso, la excepción de litispendencia, el juzgador debe declarar sin lugar la demanda y ordenar el archivo de la causa.

2.6.-PRESCRIPCIÓN.-

Partiremos recalcando que esta institución, ha existido desde hace décadas, lo que implica que su estudio realmente sea extenso, por lo que impide analizarlo a profundidad, por tal motivo, resaltaremos aspectos principales de esta institución y sobre todo su proyección como excepción previa dentro de una contienda judicial.

En cuanto a su definición, se dice que efectivamente se trata de una verdad defensa general, pues esta puede según sea el caso, ser opuesta tanto por los particulares respecto a sus intereses privados, así como por el Estado, mediante sus respectivas instituciones públicas.

El tratadista Fernando Rozas Vial, indica que la prescripción: "Es un modo (…) de extinguir las acciones y derechos ajenos, por no haberse (…) ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo (…)" (Vial, 1998).

Compartimos de la misma manera, el criterio que sustenta el autor Alvarado Velloso, citado por Omar Benabentos, al indicar que la institución de la prescripción es:

> En sí inmoral, ya que la búsqueda de la seguridad en las relaciones jurídicas, no puede dejar de lado la idea que una persona que se precie de su honradez debe hacer frente a las obligaciones generadas (aunque las mismas estén prescriptas) (Benabentos O. , 1998).

Entonces, la prescripción es un derecho potestativo, que debe ser alegada expresamente por quien pretenda beneficiarse de ella, a diferencia como se verá más adelante en cuanto a la caducidad que opera de oficio. En este caso el demandado, ya sea por acción que constituye la prescripción adquisitiva, o por excepción que constituye prescripción extintiva, llamada también liberatoria, que es la que realmente nos importa, pues es la que nos referimos cuando hablamos del numeral sexto del artículo 153 del COGEP. Se afirma que el fundamento de la prescripción extintiva, es la necesidad de poner término a las situaciones de incertidumbre en el ejercicio de los derechos. Podemos establecer que la omisión y falta de ejercicio del derecho constituye el fundamento de la prescripción extintiva por ser contrario al interés social, una prolongada situación de incertidumbre jurídica.

Hay que conocer los dos requisitos que deben verificarse, para que se dé lugar a esta excepción:

El transcurso del tiempo.

Aquí debemos abordar disposiciones del código civil, esto es, en su artículo 2415, que hace referencia al tiempo necesario para que opere la prescripción de las acciones, por lo tanto se requiere que transcurra cinco años para las acciones ejecutivas, y de quince años para las acciones ordinarias.

La inacción del titular del derecho.

En cuanto a este requisito, se expresa en el artículo 2414 del Código Civil, que manifesta que: “La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.” (Nacional A. , Código Civil Ecuatoriano, 2015)

Hay que advertir que para la mayor parte de la doctrina sostienen que la prescripción, no pude ser tomada y resuelta como excepción previa, y de esta manera poniendo fin el proceso, por solo el transcurso del tiempo y la inactividad de quien tenga que ejercer algún derecho, siempre y cuando la controversia está íntimamente vinculado con las circunstancias fácticas que deben ser materia de dilucidación y análisis, en base a los medios probatorios y actuaciones judiciales, correspondiendo su resolución al momento de emitir la sentencia definitiva; por lo que el criterio del juzgador va a ser de gran importancia al momento de resolver este tipo de excepción, pero desde ya diremos que en la práctica no se cumple aquello, sino más bien los juzgadores, con la simple constatación de los requisitos para que opere la prescripción liberatoria, dan por terminado el proceso, dictando una resolución anticipada.

Lo que si debemos tener presente, respecto a nuestro ya derogado Código de Procedimiento Civil, es que en su artículo 99 y 101, regulaba todo un trámite engorroso, que implica una vez que se demuestre el transcurro del tiempo, inacción del titular del derecho, y que no haya existido interrupción natural o civil, operaria la prescripción extintiva, caso contrario se inadmitiría tal excepción, consecuentemente, sustanciando un trámite judicial en vano, gastando recursos económicos innecesarios, y sin lugar a duda atacando principios procesales como el de unidad, celeridad y economía procesal.

Actualmente, en nuestro vigente Código Orgánico General de Procesos, pretendiendo garantizar en todo proceso, los principios de celeridad, economía procesal, concentración, oralidad, y contradicción, las excepciones se han de resolver en un mismo momento procesal, sin la necesidad de llevarse a cabo un trámite aparte con la finalidad de resolverlas y luego continuar con la sustanciación general de la causa. Hay que reconocer que respecto la prescripción, es siempre deberá deber ser alegada de manera expresa por parte del demandado, esto no solo en base a los principios tales como el dispositivo o el que cumple el juez como director del proceso, sino precisamente porque el artículo 2393 del Código Civil, al regular esta institución, indica que esta deberá siempre ser alegada expresamente por quien intenta beneficiarse de aquella, en este caso el demandado teniendo la obligación de alegar y probarla mediante los medios idóneos para convencer al juzgador y este resuelva mediante sentencia, dando por terminado el proceso.

Por último, respecto a cómo debe ser resuelta esta excepción previa, pues simplemente en el numeral primero del artículo 295, indica que si se aceptan excepciones que no son subsanables, se declarará sin lugar la demanda, y se ordenará el archivo.

2.7.- CADUCIDAD.-

Nos corresponde analizar en este momento a la institución de la caducidad, excepción prevista en el numeral séptimo del artículo 153 Código Orgánico General de Procesos. La caducidad es una excepción que es insubsanable, como ya sabemos, son aquellas que no pueden ser convalidadas por el actor por ningún motivo, y según la Corte Nacional de Justicia, deduce que es perentoria, pues ataca al aspecto sustancial de la controversia, es decir, cuestiones de fondo. La misma Corte Nacional de Justicia, al estudiar las excepciones, expone que:

“La caducidad implica la extinción de un derecho por el transcurso del tiempo concedido para su ejercicio; de manera que opera cuando no se ha ejercitado dentro del término previsto para tal efecto.” (Corte Nacional de Justicia, 2017)

Omar Benabentos, al analizar la excepción de caducidad, indica:

Es la pérdida o extinción de una acción por inacción del titular en plazo perentorio. El instituto de la caducidad está ligado al presupuesto de la inobservancia de "un término perentorio"' e inspirado en la exigencia de ejercicio expedito de derechos, para eliminar incertidumbres sobre las intenciones del titular de esos derechos (Benabentos O. , 1998).

En esta misma línea argumentativa, Alvarado Velloso, explica que la excepción de la caducidad no es más que la “(…) perdida del derecho por el simple transcurso del tiempo sin ejércelo” (Alvarado Velloso, 1989).

Resulta necesario hacer una pequeña digresión en el sentido de que esta institución suele confundirse con la institución de la prescripción, y sobre todo la extintiva, ya analizada en el acápite anterior; debido a que ambas se fundamentan en el fenecimiento o perecimiento de un tiempo previsto. Hay que tener presente que nuestro propio Código Civil en su artículo 2415 se refiere de la prescripción de las acciones, determinando el tiempo necesario para que opere la misma. Entonces, en un momento dado indica Alvarado Velloso, que a la caducidad solo se entendía como un elemento más del derecho material, pero siendo realmente lo que prescribe es una acción. Pero hay que establecer que la caducidad y la prescripción, si bien se fundamenta en el transcurro del tiempo, y por la tanto, la inactividad del titular, pero estas se diferencian sin lugar a duda. Como ya se dejó sentado, al estudiar la prescripción, esta debe ser probada y alegada por quien desea beneficiarse, por lo tanto esta no opera de manera automática, y la consecuencia de aquello, es que si el demando no deduce oportunamente esta excepción en el libelo de su

contestación, el juez no podría dar lugar a la misma, si no ha sido probada y expuesta de manera oral en el momento procesal oportuno. Mientras que la caducidad opera de oficio, es decir, que no debe ser alegada expresamente por quien se beneficia. La caducidad siempre va a tener plazos sumamente cortos a diferencia de la prescripción, precisamente porque la caducidad entraña intereses de orden público, mientras que la prescripción comúnmente son intereses particulares. Estos plazos no pueden ser renunciables, es decir, los de la caducidad, mientras que los de la prescripción, incluso nuestro propio Código Civil, lo prevé en su artículo 2394, y señala: "La prescripción puede ser renunciada, expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida." (Nacional A. , 2015) En cuanto a la prescripción extintiva es susceptible de interrupción civil y natural, así lo establece los artículos 2402 y 2403 ibídem, mientras que la caducidad no es susceptible de ninguna interrupción.

De todo lo analizado, diremos que la caducidad, al pertenecer al derecho público, implica que el juez que conoce una determinada causa, puede y debe declarar de oficio, si observa que ha caducado el ejercicio del derecho, entonces al cumplir con su deber de calificar el primer acto de proposición, que sería la demanda, puede mediante auto de inadmisión rechazaría la demanda, pero si llega a ser el caso, que el juzgador no advierta, dicha circunstancia, puede ser resuelta como excepción previa. Es verdad que cuando de caducidad se trata, no solo concurren intereses de algunos particulares, sino sobre todo, intereses del Estado, y las materias que generalmente abarcan estos intereses, es principalmente en el campo del derecho contencioso administrativo o contencioso tributario, y algunos temas en el campo laboral, como por ejemplo en temas de despidos ineficaz; en la resolución 12/17, cita una resolución número 05/2016 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que en su parte pertinente se indica:

> Los juicios individuales de trabajo por despido ineficaz, el juzgador al momento de calificar la demanda podrá declarar la caducidad de la acción (Art. 1); así como también ha establecido que si la caducidad se ha alegado como excepción previa, ésta sea analizada y resuelta en la fase de saneamiento del juicio sumario (Corte Nacional de Justicia, 2017).

También podemos observar otro ejemplo, en este caso, la Resolución de la Corte Constitucional de Justicia que resuelve una Acción Extraordinaria, sobre una sentencia dictada en fecha 22 de agosto del 2011, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, de manera concreta, y con respecto a los fundamentos facticos que motivó llegar hasta esta instancia son, en octubre de 2008 se presenta una demanda contenciosa administrativa, en el que se impugna el acto administrativo expedido por la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura que resolvió destituir al actor del cargo que cumplía, como ayudante judicial 1 del Juzgado Tercero de Tránsito de Pichincha, así como de la resolución emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura que confirma la resolución anteriormente mencionada. Los jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia el 22 de agosto de 2011 dictan sentencia en la cual se resolvió lo siguiente: "se acepta la demanda y, declarando ilegal el acto administrativo impugnado, se ordena que el actor, en el término de cinco días, sea restituido por la Entidad demandada".

La Corte al realizar el análisis, de los hechos, de la vulneración de las garantías dentro del marco del debido proceso, y declarar con lugar la acción extraordinaria de protección, debemos resaltar lo que la Corte manifesta, respecto a la caducidad:

> (…) institución jurídica por la cual una persona pierde el derecho para ejercitar legalmente una atribución, derecho o acción, siendo así precisa que la extinción de derechos y acciones, en la caducidad

opera de manera directa y automática, no siendo necesario, como en la prescripción que para ser declarada deba ser alegada (2016).

Finalmente, concluimos que la caducidad permite al órgano jurisdiccional declarar la improcedencia de la demanda sin necesidad de pedido de parte, es decir, de oficio; pero lo que nos importa es el caso que el demandado la deduzca como excepción previa, y la forma en cómo debe ser resuelta, tema que será analizado en el capítulo siguiente, pero si manifestaremos, como en todas las excepciones, estas se han de resolver de conformidad al artículo 295 del COGEP, y al tratarse de una excepción perentoria e insubsanable, debe ser resuelta en virtud, del numeral primero, que como ya se ha indicado varias veces, aquí el juzgador ha de declarará sin lugar la demanda, y ordenará su archivo mediante sentencia.

2.8.- COSA JUZGADA.-

De conformidad al numeral octavo del artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos, se prevé como excepción previa la figura de la cosa juzgada. Se trata de una institución jurídica, cuyo estudio ha sido muy extensa a lo largo de las décadas en el ámbito del derecho. Desde ya diremos que esta se encuentra regulada como una verdadera excepción previa, a semejanza con los diferentes ordenamientos jurídicos, caracterizándose por ser insubsanable, porque no puede ser convalidada o subsanada por el actor o en el caso de existir reconvención por el demandado.

Dentro de la obra Manual de Derecho Procesal Civil realizada por el tratadista Fernando Jiménez Conde, que expone que la Cosa Juzgada proviene:

(…) del latín res iudicata. Que quiere decir; lo que ha sido juzgado o resuelto. Procesalmente atañe a las consecuencias o efectos, generalmente las sentencias, de una especial calidad que tiende a evitar que entre las mismas partes (demandante y demandado), por igual causa (hechos), y sobre idéntico objeto (pretensión), se instaure un segundo proceso (Conde, 2015).

En esta misma línea dogmática, los autores Antonio Vodanovic, Arturo Alessandri y Manuel Somarriva sobre la cosa juzgada, dicen: "Es la fuerza de la sentencia judicial que la hace inatacable, ora en sentido formal, ora en sentido material" (Vodanovic, Alessandri, & Somarriva , 2015).

Es importe tener presente que existen dos clases de cosa juzgada, que en un momento dado ha sido difícil distinguirlas, esto es la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material, sin embargo, el tratadista Eduardo Couture expone que la primera se da: "Cuando una sentencia no puede ser ya objeto de recurso alguno, pero admite la posibilidad de modificación en un procedimiento posterior;

Y la cosa juzgada material es: "Cuando a la condición de inimpugnable mediante recurso, se agrega la condición de inmodificable en cualquier otro procedimiento posterior, se dice que existe cosa juzgada sustancial, ya que entonces ninguna autoridad podrá modificar, definitivamente, lo resuelto" (Couture, 2002).

*D*e lo expuesto se colige que, el juzgador al momento de pronunciar su fallo, misma que una vez dictada, despliega sus efectos, pero esta no se vuelve inmutable, pues sabemos que la administración de justicia, siempre estará sujeta la falibilidad humana, pues son personas de carne y hueso, quienes tienen en sus manos, el deber de resolver los problemas jurídicos que llegan a su conocimiento; es por tal motivo, que el legislador advirtiendo tal circunstancia, es decir, que el juzgador llegue a equivocarse y cometa errores, prevé recursos para impugnar el pronunciamiento

y corregir eventuales errores y así no perjudicar los intereses inmersos en su resolución. Ahora sin perjuicio de lo mencionado, dentro del ámbito procesal, llega una instancia que las resoluciones ya no pueden alterarse porque los medios de impugnación se han agotado o no se han ejercitado en tiempo oportuno o en forma legal. Es en este momento que la decisión judicial adquiere la calidad de cosa juzgada, es decir, ha causado estado.

Aquí hablaríamos tal como expuso (Couture, 2002), de una cosa juzgada formal, la cuestión resuelta no puede volver a discutirse ni resolverse de nuevo en el proceso en que la resolución se dictó. Mientras que se configura la cosa juzgada material cuando la decisión pronunciada por el juzgador no sólo no puede volver a discutirse en el mismo proceso o juicio en que se pronunció la resolución, sino en cualquiera otro, estableciendo estrictamente la imposibilidad de que un nuevo proceso se discuta y resuelva una cuestión ya antes fallada.

Entonces, las diferencias entre cosa juzgada formal y cosa juzgada sustancial son claras. La primera se manifiesta en el mismo proceso en que se dictó; la segunda se proyecta fuera del juicio terminado por la resolución ejecutoriada; la cosa juzgada formal tiende a resguardar de ataques directos o inmediatos a la resolución ejecutoriada; en cambio, la cosa juzgada material elude a tal resolución de ataques mediatos o indirectos. Concluyendo que la cosa juzgada formal, logra que la resolución no pueda impugnarse en cuanto a su legalidad de forma o de fondo; en cambio, la autoridad de la cosa juzgada sustancial supone imposibilidad de impugnar el fallo y su misión es sólo evitar un nuevo planteamiento en otro juicio del específico asunto decidido antes.

Por lo tanto, observamos en la obra Tratado de Derecho Civil, Parte Preliminar y General, respecto a la cosa juzgada, dice sus autores que:

> Puede haber cosa juzgada formal sin concurrencia de cosa juzgada material; pero no puede haber cosa juzgada material sin que al mismo tiempo haya cosa juzgada formal, porque la imposibilidad de plantear determinado asunto en un juicio posterior supone que ese asunto se ha decidido por sentencia firme en un juicio anterior (Vodanovic, Alessandri, & Somarriva , 2015).

Una vez comprendida la definición y las clases de cosa juzgada, es necesario comprender realmente cuál es el fundamento que da lugar a esta institución. La mayor parte de la doctrina indica que el fundamento principal de la cosa juzgada, es sin lugar a duda, la seguridad jurídica como ya hemos advertido, se encuentra recogido en nuestra Constitución de la República en su artículo 82, en el que se garantiza a todos los ciudadanos la existencia de normas jurídicas previas claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, en concordancia con el art. 76 numeral 7 literal i "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia (…)" (Constituyente, 2008).

Al determinar que el principio de la seguridad jurídica, es el fundamento de la cosa juzgada, se garantiza esa convicción a los ciudadanos, que todo proceso judicial que se inicia con su debida tramitación en base a los lineamientos del debido proceso, ha de llegar sin lugar a duda, a su etapa final, concluyendo en una sentencia que produzca sus efectos esperados, sin quedar en la incertidumbre o el temor que la parte que salió perjudicada o que sus intereses no fueron acogidos favorablemente, pretende iniciar otro juicio sobre el mismo asunto y con las mismas partes, generando fallos incompatibles.

Ahora, resulta necesario referirnos a los supuestos o requisitos que deben concurrir para evidenciar si existe o no cosa juzgada. Con el afán de evitar que se ventile una nueva demanda, en la que se pretende discutir cuestiones de fondo que ya han sido objeto de fallo anteriormente, debe existir identidad objetiva y subjetiva, es decir, que en nuevo proceso, exista:

- Identidad de la cosa pedida.
- Identidad de la causa de pedir.
- Identidad legal de personas.

Es necesario advertir que se trata de requisitos que deben comparecer en unidad, es decir, son copulativos, dado que si llegaré a faltar uno de ellos, no se configuraría la figura de la cosa juzgada, concluyendo que se trata de dos demandas distintas.

Requisitos que la Sentencia nº 0123-2016 de Sala de Lo Civil, Mercantil de la Corte Nacional de Justicia (2012), 10 de Junio de 2016, recoge y expone que ara que exista cosa juzgada deben concurrir tres elementos y que son los siguientes:

> 1) La identidad subjetiva o eaedem personae, esta se produce cuando intervienen las mismas partes que siguieron un juicio o sus sucesores en el derecho, que es justamente el caso en estudio;
>
> 2) La identidad objetiva o eadem res, consiste en que se demanda la misma cosa cantidad o hecho, fundándose además en la misma causa, razón o derecho, en este caso se ha demandado por dos ocasiones la reivindicación del bien materia de la litis;
>
> Y finalmente tenemos:
>
> 3) Identidad de la causa de pedir o eadem causa petendi, y es cuando el hecho jurídico material que sirve de fundamento al derecho reclamado debe ser el mismo, igualmente fundándose en la misma causa, razón o derecho (2016).

En el artículo 99 del Código Orgánico General de Procesos, indica los casos en que las sentencias y autos interlocutorios, gozarán de estado de cosa juzgada cuando:

- No sean susceptibles de recurso.
- Si las partes acuerdan darle ese efecto.

- Si se dejan transcurrir los términos para un recurso sin hacerlo.
- Cuando los recursos interpuestos han sido declarados desiertos, abandonados o resueltos y no existan otros previstos por la ley. (Nacional A. , 2015)

El artículo 101 ibídem, recoge de manera tacita la institución de la cosa juzgada, al indicar que, la sentencia ha de causar estado, produciendo sus efectos sin que estos puedan ser irrevocables por las partes procesales.

> No podrá seguirse nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mimas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad, o hecho, o se funde en la misma causa, razón o derecho (Nacional A. , 2015).

La cosa juzgada como excepción, tema que es el que realmente tiene mayor importancia en este acápite, diremos en palabras del tratadista Omar Benabentos,

> (…) cumple una función negativa, es decir evitar la tramitación de un proceso que versa sobre lo ya juzgado en otro. Pero además el principio de la cosa juzgada tiene una función positiva que excede el interés privado o dispositivo de los litigantes y satisface una finalidad pública, de paz social (Benabentos O. , 1998).

De lo expuesto se colige que, la excepción de cosa juzgada tiende a impedir que se vuelva a discutir entre las partes, la misma cuestión que ha sido fallada antes por una sentencia definitiva. Puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya identidad objetiva y subjetiva.

La Resolución 12-2017, expone:

> La cosa juzgada es una consecuencia de haber recaído decisión definitiva en un proceso; y, como excepción, supone la realidad de que un hecho que se está juzgando ya lo ha sido de modo definitivo en otro proceso anterior, debiendo respetarse el contenido de esa decisión (Corte Nacional de Justicia, 2017).

Finalmente si el demandado deduce esta excepción en la demanda y es fundamentada en audiencia respectiva, el juzgador deberá resolver en base al numeral primero del artículo 295 del COGEP, dando por terminado el nuevo proceso que se pretende iniciar y así evitar que existan dos resoluciones inejecutables.

2.9.- TRANSACCIÓN.-

Continuando con nuestro estudio de las excepciones previas reguladas en el Código Orgánico General de Procesos, nos corresponde analizar la novena excepción, esto es, la transacción.

En primer lugar hemos de hacer una introspección en cuanto a su definición, y en su sentido general, la Real Academia Española, define a la transacción como “acción y efecto de transigir y, por extensión, trato, convenio, negocio. En definitiva, el término Transigir, significa consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de llegar a un ajuste o concordia, evitar algún mal, o por mero espíritu de condescendencia”. (Diccionario de la Real Academia Española, 2020)

Los autores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, que exponen que:

> La palabra transacción se emplea para designar toda clase de convenciones. Se transige diariamente, en muchos ámbitos; por ejemplo, se habla en este sentido de las transacciones de la Bolsa, de transacciones financieras (…). Pero en su sentido jurídico, (…) transacción tiene un alcance bastante más restringido, puesto que lo enfoca a un acto jurídico cuya finalidad es resolver mediante concesiones recíprocas, un asunto dudoso o litigioso (Osterling Parodi & Castillo Freyre, 2020).

Nuestro Código Civil, prevé todo un título para regular esta figura jurídica, y tal como se observa en el artículo 2348, define a la transacción, como: "Un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual" (Nacional A. , Código Civil Ecuatoriano, 2015).

Entonces, la esencia de la transacción, al decir de la mayor parte de la doctrina, se encuentra en aquella relación jurídica incierta y controvertida, susceptible a ser tramitada en litigio o ya encontrándose en litigio, volverla una relación jurídica cierta y no controvertida, en base a concesiones recíprocas. De lo expuesto se colige que, existen dos supuestos básicos para que se dé lugar a un contrato transaccional, esto es, que exista un eventual litigio o controversia que ya se encuentra ventilando en la vía judicial, y a su vez frente a esta circunstancias se den reciprocas prestaciones, dicho en otras palabras, los acuerdos plasmados en diferentes clausulas, reflejen un real perjuicio y beneficio para las partes, en igual proporción.

Hemos de retomar nuevamente la definición del Código Civil, al indicar que la transacción "es un contrato para terminar extrajudicialmente un litigio", aquí hemos de indicar que la transacción sin lugar a duda, es un contrato para evitar la sustanciación de todo un proceso judicial,

recursos monetarios, tiempo, y ejercitando en vano al órgano jurisdiccional, sin embargo, la transacción puede ser judicial o extrajudicial, pero sus efectos son los mismos, solo que se dan en diferentes momentos, consecuentemente, sí el acuerdo es anterior al conflicto, se denomina transacción extrajudicial. Sí se llegaré a realizar este acuerdo, pero una de las partes incumple, puede presentarse una incertidumbre, sí por el hecho de ser extrajudicial, se puede o no demandar su cumplimiento? ; Frente a esta inquietud, efectivamente existe la posibilidad de demandar, acción que deberá tramitarse en procedimiento ejecutivo, pues en el artículo 347 del COGEP, indica que "son títulos ejecutivos siempre que contengan obligaciones de dar o hacer 7) Transacción Extrajudicial". (Nacional A. , 2015)

En cambio, sí el acuerdo se llega a realizar dentro de un proceso o contienda judicial, es decir, en audiencia, la transacción alcanzaría la característica de judicial, por lo tanto dentro del mismo supuesto, indicada en líneas anteriores, ¿Qué sucede si no llegan a cumplir cualquiera de las partes?; aquí diremos que ese acuerdo transaccional, se convertirá en título de ejecución, pues en el Capítulo I del Libro V, Título V, se regula todo el procedimiento para los títulos de ejecución, y en artículo 363, numeral sexto 6 que dice: "son títulos de ejecución los siguientes: 6) La transacción, aprobada judicialmente (…)." (Nacional A. , 2015)

Nuestro Código Orgánico General de Procesos, sí recoge una suerte de regulación expresa de la Transacción, ya que en su artículo 235, señala que sí es celebrada conforme a derecho, pondrá fin el proceso, entonces cualquiera de las partes, cumpliendo el principio dispositivo, que sabemos que no es más que, el deber de impulsar el proceso, recae en ellos, mas no del juzgador, deberán presentar ese acuerdo, para que en audiencia oral, publica y contradictoria, garantizando nuevamente las reglas del debido proceso, se apruebe la transacción y se concluya el proceso.

En la parte final del artículo, se dice que en caso de incumplimiento, podrá ejecutarse forzosamente, siguiendo el trámite respectivo. ¿Cuál es la razón de que si se llegaré a celebrar un acuerdo transaccional, judicial o extrajudicial, se pueda exigir su cumplimiento forzoso? , esto se debe en primer lugar, a un principio aplicado en todos los campos del derecho, y por parte de toda la comunidad jurídica internacional, esto es, el principio de "*pacta sunt servanda*", entendida por la (Rivas, 2015), como aquel acuerdo o contrato, cuyo cumplimiento debe realizarse y cumplirse de buena fe (bona fides); de la misma manera, se debe por uno de los efectos que se encuentra revestido todos los contratos, es decir, un contrato es ley para las partes, y quiere decir, que ellas deben cumplir y sujetarse a la manera en cómo han estipulado para cumplir esa obligación de dar, hacer o no hacer. Por lo tanto, al realizar la transacción, las partes generan un vínculo jurídico en sustitución de aquellos que extinguían; para convertirse en una situación cierta e incontrovertible; pero de ser necesario, proceder a la ejecución forzosa de dicha transacción.

La transacción vista como un acto jurídico, está sujeta a la interpretación y el Juez debe remitirse a la probable intención de las partes; la transacción, cuando se ha producido antes del juicio o durante la sustanciación de un juicio, en donde se llega a un acuerdo en base a concesiones reciprocas, es decir, transigiendo, tiene efecto de cosa juzgada, y frente a su incumplimiento, el artículo 2362 Código Civil expresa, que la parte perjudicada por el incumplimiento, podrá concurrir al juez únicamente para la ejecución de lo convenido.

Una vez ya realizado una pequeña digresión respecto a esta institución, hay que referirnos a su proyección como excepción previa.

Omar Benabentos, indica que:

> La presente excepción, se fundaría en la extinción de la obligación. Es decir, sería una causa de extinción de la obligación. Es obvio señalar que la relación contractual que implique una transacción oponible como excepción, deberá emanar imprescindiblemente, de un contrato celebrado entre actor y demandado (Benabentos O. , 1998).

Cuando nos referimos a la transacción, como excepción, esta es insubsanable, por lo tanto, pone fin al proceso, impidiendo que el actor pretenda convalidar. Se debe tener claro que cuando se deduce la excepción previa de la transacción, es aquella que se puede aplicar directamente la ejecución forzosa, mas no la que se constituyó como título ejecutivo; la transacción debidamente realizada tiene carácter de resolución, es por ello, que se procede directamente a la ejecución, es decir, tiene los efectos de cosa juzgada, y por tal motivo, el juzgador deberá aceptar la transacción mediante sentencia. Como sabemos todo aquel que alega algo en derecho, debe probarlo, por esta razón, todas las excepciones deben ser probadas, circunstancia que ha quedado en incertidumbre, dado que nuestro catálogo procesal, nada indica al respecto, provocando un verdadero vacío, y además inseguridad para las partes, pues ¿Cuál es el criterio para resolver la excepción?, ¿Cómo se debe fundamentar y probar la misma por parte del demandado?; inconsistencias que hasta la presente fecha no existe regulación alguna. Pero desde ya diremos que cuando se trata de esta excepción, el demandado, al fundamentar la excepción de transacción, ha de presentar aquel acuerdo válidamente celebrado. Hay que tener presente que la transacción, tiene efecto de cosa juzgada material, por el acuerdo que ha resuelto el fondo del asunto, no siendo pertinente que el juez, vuelva a procesar un nuevo juicio sobre lo mismo, pertenece al derecho público y omitir su resolución vulnera la garantía de la seguridad jurídica.

Para concluir, en cuanto a cómo ha de ser resuelta, si el demandado o el actor, si existe reconvención, ha demostrado en base a documentos, que efectivamente se ha celebrado un acuerdo transaccional, que ha resuelto el asunto litigioso controvertido, y por lo tanto no se puede volver a discutir sobre aquello, el juzgador deberá resolver en base al numeral primero del artículo 295 del COGEP, declarando sin lugar la demanda, y ordenando su archivo.

2.10.- EXISTENCIA DE CONVENIO, COMPROMISO ARBITRAL O CONVENIO DE MEDIACIÓN.

2.10.1LA MEDIACIÓN.-

Finalmente nos corresponde analizar la excepción prevista en el numeral decimo del artículo 153 del COGEP. En primer lugar analizaremos todo lo que corresponde en cuanto a la mediación y al convenio de mediación.

¿Qué se entiende por mediación?

Manuel de Armas Hernández, sostiene que:

> La mediación es un proceso de resolución de conflictos en el que las dos partes enfrentadas recurren «voluntariamente» a una tercera persona «imparcial», el mediador, para llegar a un acuerdo satisfactorio. Es un proceso extrajudicial o diferente a los canales legales o convencionales de resolución de disputas, es creativo, porque mueve a la búsqueda de soluciones que satisfagan las necesidades de las partes, e implica no restringirse a lo que dice la ley (Hernández, 2003).

De lo expuesto, se colige que la mediación es una suerte de negociación conjunta, que busca la idea de ganar-ganar, por lo tanto en la medida que se va consiguiendo acuerdos, las partes implicadas ganan u obtienen un beneficio equitativo. Por tal motivo, se la considera una vía no

controversial, más si un proceso ideal para el tipo de conflicto en el que las partes enfrentadas deban o deseen continuar la relación en armonía.

En el año 2008, tras la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador, hay que reconocer que todo este campo de la mediación, adquiere mayor fuerza, pues incluso se regula en una propia Sección, en su artículo 190 en la sección Octava, que precisamente se refiere a los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, indica: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicaran con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir” (Constituyente, 2008).

La autora Sara Rozenblum, expone que:

> La mediación como estrategia de resolución de conflictos la podemos situar entre el compromiso y la colaboración. La finalidad consiste en pasar de estilos más individualistas a modos más evolucionados de resolución de conflictos, como son los de colaboración y compromiso (Rozenmblum de Horowitz, 1998).

Pero al decir de la doctrina, la mediación más se ajusta al compromiso, por lo tanto, cuando de convenio de mediación se habla, se dice que es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que se rige por la voluntad de las partes en resolver su conflicto con la intervención de un tercero llamado mediador a través de un acuerdo que se plasma en un acta de mediación que surte los efectos de una sentencia ejecutoriada. Este convenio es exclusivamente voluntario, reservado al público pero con efectos definitivos que se realiza sobre materia transigible.

Si bien en nuestra Constitución se garantiza que toda persona pueda acceder a los diferentes métodos alternativos de solución de conflictos, existe una propia normativa, que regula todo este

campo, esto es, la Ley de Arbitraje y Mediación, a partir del artículo 43, se la define, como "Es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto" (Nacional C. , 2018)

Al respecto, la Resolución 12/2017 establece:

> Esta excepción tiene como fundamento la decisión de las partes de excluir una eventual controversia del conocimiento de la justicia ordinaria, señalando en su lugar otros medios de solución de conflictos. Se trata, de una cuestión que tiene cobertura en la propia Constitución de la República, que reconoce los medios alternativos de solución de conflictos; particularmente el arbitraje, la mediación, así como otros procedimientos alternativos (Art. 190 CRE) (Corte Nacional de Justicia, 2017).

En el artículo 46, hace referencia a la procedencia de mediación, entonces señala en primer lugar, el convenio siempre será por escrito, en la cual las partes se comprometan a resolver sus controversias en un centro de mediación, por lo tanto, al existir este convenio y este por su propia naturaleza, impide que los órganos jurisdiccionales conozcan las acciones que pretendan plantear las mismas partes, pretendiendo burlar el convenio de mediación prexistente. Pero el mismo artículo indica que, esa prohibición se desvanece cuando efectivamente exista un acta de imposibilidad de acuerdo o un segundo caso, cuando las partes voluntariamente decidan renunciar de aquel convenio y someter a la justicia ordinaria. Cabe advertir que el artículo 43 en su literal a), inciso final señala: "Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación".

Literal b) "A solicitud de las partes o de una de ellas*";* esto no es más que una manifestación propia de la autonomía de la voluntad que gozan todas las personas, para decidir

someterse a un centro de mediación y resolver sus controversias siempre y cuando sean transigibles.

Y por último el literal señala c), “Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación (…)” (Nacional C. , 2018).

Debemos manifestar que en la mayor parte de los procesos, el juzgador dependiendo de la naturaleza del derecho sustancial controvertido, podrá remitir a un centro de mediación de oficio o a petición de las partes.

Es de real importancia referirnos al contenido del artículo 47, que indica lo que debe existir en una acta de mediación que plasmará el acuerdo al que llegaron las partes, mismo que puede ser total o parcial; de la misma manera exige que en esta acta, se debe indicar las situaciones fácticas, que dieron lugar precisamente al conflicto; por otra parte, se debe establecer y enlistar con claridad las obligaciones a las que se sujetan cada una de las partes, y que terminará con la suscripción de las partes y del mediador.

Pero surge la interrogante, ¿Qué fuerza y validez tiene este acuerdo o acta de mediación?

Para ello, nos referiremos a la parte final de la disposición, que señala: “El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia (…)” (Nacional C. , 2018)

Finalmente, el artículo 47 regula el supuesto en el que no se llegue a ningún acuerdo, en este caso, la disposición indica que, procede la suscripción del acta de imposibilidad de mediación, firmada por las partes y el mediador, sin embargo, esta acta, podrá ser presentada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista

en estos procesos. Es importante advertir que, pese al suplir esta acta determinados actos o diligencias procesales, es lógico que no se puede privar de algunos que son fundamentales, por el artículo 47 señala "Se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda" y se cita de manera ejemplificativa en el juicio verbal sumario.

Por último, sabemos que dentro de la materia de Mujer, Niñez, Adolescencia, es común que el juzgador remita al centro de mediación, precisamente por tratarse de temas que giran alrededor del interés superior del menor, regulado en la Constitución de la Republica y en el Código de la Niñez y Adolescencia, siempre se tenga esa tendencia, a buscar una manera alternativa de solución de conflictos, es por esta razón, que al llegar un acuerdo las partes, señala el artículo 47 *"*En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales (…)" (Nacional C. , 2018).

De todo lo expuesto, se colige que el acta de mediación, goza de los efectos de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, y se entiende que su ejecución será similar a una sentencia de última instancia, es decir, que no se iniciaría un proceso de conocimiento en el que se discute el derecho sustancial, sino lo contrario, simplemente se va a ejecutar aquello que ya se estipuló en el convenio de mediación.

Adéntranos a la parte medular, es decir, cuando al existir un acuerdo o convenio de mediación, es deducida como excepción previa, efectivamente este debe ser resuelta por el juez, aun en ausencia del demandado, dado que goza del efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, y al pertenecer al derecho público, el juzgador no puede omitir resolverla, ya esto se traduciría a un atentado a la garantía de seguridad Jurídica, pero en la práctica realmente resulta materialmente

imposible que el juzgador conozca de aquella situación, si no es advertido por el demandado, mediante su contestación a la demanda, y es por eso que hemos de recalcar, que este tiene la obligación de adjuntar el documento en el que se verifique el convenio de mediación, a efectos de que sirva como sustento para el operador de justicia.

Nuevamente traemos a colación la parte final del artículo 46, señala que:

> El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones (…). Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales (Nacional C. , 2018)

Para concluir, el juzgador cuando deba resolver esta excepción, que sabemos se caracteriza por ser dilatoria e insubsanable, por lo tanto aquí lo que genera es la incompetencia del juzgador, pues al existir una suerte de convenio de mediación, se deja a lado la jurisdicción judicial y prima la jurisdicción convencional, por lo que no se podría declarar sin lugar la demanda, ni tampoco dictar sentencia.

2.10.2. COMPROMISO ARBITRAL.-

En primer lugar nos corresponde analizar todo lo que implica el compromiso arbitral, para dicho efecto, es necesario referirnos a su origen. Una parte de la doctrina manifiesta que este instrumento nace en el derecho moderno, bajo la denominación tradicional de cláusula compromisoria, que según el autor Fernando Vidal Ramírez lo concibe como: “Una estipulación contractual en virtud de la cual los contratantes se comprometían a someter a arbitraje los

conflictos que en el futuro pudieran surgir entre ellos, sustrayéndolos de la jurisdicción ordinaria (Ramírez).

Esta cláusula contractual era una especie de estipulación preliminar con la finalidad de prevenir cualquier conflicto futuro, y si se daba efectivamente, se tenía que suscribir un compromiso arbitral. Se trataba de un convenio, que era pactado con el carácter de preliminar para el caso de conflicto, pues si este se presentaba debía entonces celebrarse el compromiso arbitral.

Esta misma idea es plasmada por el tratadista, Carlos Alberto Soto Coaguila, que habla del principio de separabilidad, dado que se distinguía entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral. Este autor indica que la cláusula compromisoria es:

> Un acuerdo de las partes de someter cualquier controversia futura a solución mediante el uso del arbitraje"; mientras que el compromiso arbitral "se refiere precisamente al acuerdo posterior de las partes de someter una o más disputas ciertas y actuales a arbitraje. (Coaguila, 2011).

De lo expuesto se colige entonces, que la cláusula compromisoria es aquel acuerdo cuya finalidad es prever una controversia inserta en un contrato, para que frente a la eventualidad de suceder esa controversia, someter a arbitraje aquellos conflictos. En cambio, el compromiso arbitral se caracteriza por ser autónomo pero específico, a diferencia de la cláusula compromisoria, pues esta es abstracta e incierta; entonces, en el compromiso quedan determinados los sujetos, el objeto y la causa.

Y en propias palabras de Vidal Ramírez:

> El compromiso arbitral venía a ser el convenio definitivo que se celebraba en cumplimiento de la cláusula compromisoria. Era la convención en virtud de la cual las partes decidían encargar la solución del litigio a los árbitros escogidos por ellas (Ramírez).

Bajo la perspectiva de nuestra Constitución de la República, el compromiso arbitral es una institución muy importante y novedosa, que entre sus objetivos esta permitir que las personas, capaces con libre administración de lo suyo, pacten sobre la solución de conflictos suscitados entre ellos, en manos de un tribunal arbitral, es decir excluyen toda posibilidad de que el órgano jurisdiccional, es decir, la justicia ordinaria, resuelva el conflicto que se ocasione.

Hay que tener presente el artículo 190 ibídem, que indica en su parte pertinente, se reconocen y se garantizan como medios de solución de conflictos, al arbitraje, a la mediación, entre otros, siempre y cuando la naturaleza de la controversia, sea transigible. Desde el reconocimiento de la Carta Magna, el arbitraje, mediación y demás métodos alternativos, se regulan también en la Ley de Arbitraje y Mediación, y en su primera disposición dice:

> Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes. (Nacional C. , 2018)

Sobre el convenio de arbitraje, el artículo cinco, señala:

> El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. (Nacional C. , 2018)

En base a lo expuesto por parte de la doctrina y base a la normativa legal, es necesario hacer hincapié respecto a los requisitos básicos que deben suscitarse para que efectivamente se

pueda someter una determinada controversia, ya se arbitraje o a mediación. Se dice por la doctrina que, cuando de métodos alternativos de conflicto se trata, se debe dejar a lado la idea de aquella relación judicial procesal, pues ya no se guiarán por las reglas de la justicia ordinaria, sino más bien, por las reglas del arbitraje, y tal es el caso, que se habla de dos clases de requisitos o exigencias, que serían la subjetiva y la objetiva. Partiendo de que existe una obligación, es decir, aceptar que la controversia de ha de someter a arbitraje, obligación entonces que recae en las partes, por esta razón se hablaría entonces del elemento subjetivo, mientras que el elemento objetivo, hace alusión precisamente a la controversia que nace, misma que ha de ser resuelta conforme al acuerdo previo y abstracto al que llegaron las partes.

En base a la Ley de Arbitraje y Mediación, se refiere a los requisitos generales como tal para sujetarse al arbitraje, y son:

- La capacidad general de obrar,
- La libre disposición del derecho que es objeto del convenio.

En cuanto, al primero, no es más que regla básica en el derecho, que responde a la aptitud legal de actuar por sí mismo, por lo tanto, basándose en la libre voluntad para someterse a un Tribunal Arbitral y resolver un determinado conflicto, dejando claro que cuando interviene un incapaz, ocasionaría que el convenio sea nulo. Sobre el segundo requisito, ataña precisamente la naturaleza de la discusión, del derecho, es decir, en otras palabras aquello por lo cual van a convenir sea de libre disposición de las partes, por lo que su estipulación, renuncia, o cualquier otra determinación sobre ese derecho no se encuentre prohibida, perjudica a terceros, o general se trate de un asunto de interés público.

¿Cuál es la naturaleza de una resolución en arbitraje?

El profesor Roque J. Caivano, sin duda uno de los mejores exponentes y conocedores de todo este ámbito de la mediación y arbitraje, expresa:

> El laudo hace cosa juzgada respecto del fondo de las cuestiones que fueron sometidas a arbitraje y resueltas en él, de la misma forma que las sentencias de los tribunales ordinarios. (…) las decisiones que contiene devienen irrevisables, no pudiendo las partes volver a plantearlas ante ningún otro tribunal, ni judicial ni arbitral. Adquieren la firmeza propia de un acto jurisdiccional, con eficacia para las partes (Caivano, El Arbitraje: Nociones Generales).

Acorde lo manifestado en el párrafo anterior, nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 32, que en su parte pertinente expone: "Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia (…)" (Nacional C. , 2018).

De lo expuesto se colige que, la resolución que nace de un proceso de arbitraje, goza de la imposibilidad de resolver en cualquier otra instancia judicial, sobre el asunto contenido en dicho convenio; hay que dejar claro que, para que efectivamente se presente el supuesto que el juzgador no pueda conocer sobre dicha controversia, debe darse precisamente que cualquier de las partes, a pesar de que ya se haya resuelto en arbitraje, pretenda burlar ese compromiso e intente ejercitar la vía judicial, es ahí entonces en que la parte demandada, deberá deducir la excepción prevista en el numeral decimo del artículo 153, es decir, existencia de compromiso arbitral, siempre y cuando demuestre documentadamente la existencia de dicho compromiso, el juzgador deberá inhibirse de conocer esa causa, por los motivos antes expuesto, esto es, porque la existencia de un convenio arbitral valido, es suficiente para excluir del conocimiento de los jueces, pero se dice por la doctrina que el convenio arbitral no constituye independientemente causa de inadmisibilidad de la demanda

de manera directa, sino por lo contrario, como se sabe, toda excepción debe ser probada, es por eso que es fundamental que el demandado, comparezca al proceso, y deduzca esta excepción, y del ser el caso el juzgador deberá resolver de la misma manera cuando exista convenio de mediación, es decir, no se declarará sin lugar la demanda, ya que esto daría lugar a que se entienda que se está resolviendo sobre el fondo del asunto, sino lo contrario, aquí el operador de justicia, se ve forzador a inhibirse, dado que su jurisdicción se encuentra supedita por la jurisdicción de arbitral, impidiendo conocer y resolver aquello que ya se encuentra en un convenio de mediación o compromiso arbitral, por lo tanto debiendo poner fin el proceso, al declarar su incompetencia mediante auto.

Como hemos visto a lo largo de este capítulo segundo, dentro de nuestro ordenamiento jurídico y específicamente dentro de nuestro Código Orgánico General de Procesos, existe un vacío enorme dentro del sistema de resolución de las excepciones previas, provocando la existencia de verdaderas incertidumbres y contradicciones, tales por ejemplo, en qué momento deben ser resueltas, mediante qué pronunciamiento deben ser resueltas, cuándo y cómo deben ser probadas, todas estas inquietudes que aparentemente se resuelven mediante la Resolución de la Corte Nacional de Justicia, misma que será estudiada a profundidad en el capítulo siguiente

CAPITULO III.

SISTEMA DE RESOLUCION DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS.

3.1 OPORTUNIDAD PARA RESOLVER LAS EXCEPCIONES PREVIAS EN LOS DIFERENTES PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.-

Para comenzar el estudio de este acápite hemos de recordar nuevamente que en mayo del 2016, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, fue sujeto a un cambio radical en la forma en cómo se sustanciaba las causas judiciales y en definitiva la forma de administración de justicia, dado que con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, cuerpo que al recoger todas aquellas normas procesales dispersas en los diferentes cuerpos legales, logra unificar las normas en un solo cuerpo adjetivo, adoptando un sistema basado en los principios de oralidad, concentración, contradicción, economía procesal, celeridad y publicidad.

En cuanto a los trámites, es necesario recordar que antes de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, el cuerpo legal vigente hasta ese momento era el Código de Procedimiento Civil que contemplaba tres trámites generales, que básicamente eran el ordinario, el verbal sumario y el ejecutivo. Sin embargo, también hay que tener presente que existían varios trámites dispersos, que se les denominaban tramites sumarios especiales, cuyo fin era encaminar o determinar los supuestos que debían seguirse para lograr un determinado resultado que servirá para la sustanciación de la causa principal. Sin lugar a duda, son un gran número de trámites que se pueden ejemplificar, pero tendremos presente algunos de ellos, expuestos por el Doctor Olmedo Piedra, como en el trámite sumario especial de inventario, trámite que se debía realizar para obtener un alistamiento y avalúo de los bienes de un determinado patrimonio; pensemos de igual

manera para una partición de bienes sucesorios, era necesario la obtención de una resolución judicial mediante la cual se adjudique a cada copropietario la parte que le correspondía de aquellos bienes que se hallaban indivisos.

En cambio, con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, y con su supuesta intención de unificar y simplificar los trámites, en base a los principios procesales, se crean nuevos procedimientos, entre estos lo que ya existían anteriormente, como el proceso ordinario, sumario, ejecutivo y algunos nuevos como el monitorio y el voluntario, recogiendo en este último algunos que si se preveían en el CPC, como el inventario, partición, divorcio consensual, rendición de cuentas, entre otros. Hay que advertir que algunos trámites, se han depositado arbitrariamente en manos de la Función Notarial y otros tantos, quedando en la penumbra, sin ninguna regulación en base a normas claras, previas, publicas, generando cierta inseguridad jurídica. Pero si debemos dejar claro, que a pesar estar sujeto a la discrecionalidad del juzgador los tramites, existen casos en que los ciudadanos no poseen de los mecanismos correctos para efectivizar sus derechos e intereses, y en este caso el Doctor Olmedo Piedra, expone un claro ejemplo y en sus propias palabras, indica:

> Pensemos en el caso de la designación de administrador común que era aplicable tanto en las sucesiones hereditarias como en cualquier otro caso de indivisión y que posibilitaba impedir que uno o unos pocos condueños se beneficien en detrimento de los demás; es una figura y un trámite que simplemente no está previsto, como no está prevista la forma de designar curador para los menores púberes y muchas otras situaciones más (Piedra Iglesias, 2017).

Finalmente, es necesario dejar sentando un aspecto importante para evidenciar un craso error que los legisladores emplean en este catálogo procesal, y es básicamente que tras su vigencia, se adopta el término procedimiento para en realidad referirse a los trámites que deben seguirse en

cada uno de los casos. Resulta inconcebible que este cuerpo adjetivo al ser el único que recoge una amplia regulación de todo el aparataje jurídico-procesal, no sepa diferenciar correctamente los términos a emplear, por consiguiente el término correcto que debía ser utilizado, es tramite, que en apego a la doctrina y a derecho, este no es más que aquel sendero, que se constituye por una serie continua de actos, cuyo cumplimiento son fundamental para cada caso en concreto y de esta manera obtener la resolución o fallo del juzgador, misma que deberá producir los efectos legales esperados. En cambio, el término procedimiento, mal empleado por los legisladores, se refiere a la manera y forma que deben configurarse los actos jurídicos que constituyen el proceso, y el orden en cómo se han de ejecutar dentro de la causa.

Por esta razón, coincidimos con la definición antes expuesta, y con la conclusión por parte del Doctor Olmedo Piedra, al concluir que:

> El procedimiento más bien hace relación al estudio de la validez procesal, de los actos y del proceso. Lo dicho determina que está expresión utilizada en el COGEP para referirse a los diferentes trámites no sea la adecuada debiendo puntualizar que la designación correcta sería pues trámites (Piedra Iglesias, 2017).

3.1.1PROCEDIMIENTO ORDINARIO.-

Hernando Davis Echandia, manifiesta que:

> Esta clasificación responde a las distintas funciones del proceso. Los procesos de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva tienen como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica, (…). En todos ellos

el juez regula un conflicto singular de intereses, y determina quién tiene el derecho, es decir, el juez es quien ius dicit (Echandia, 2013).

La razón del por qué nos referimos al tratadista anteriormente citado, es precisamente debido a que cuando del procedimiento ordinario se trata, este siempre va a ser de conocimiento, y sabemos que estamos frente a un proceso de conocimiento, cuando se habla y se discute sobre el derecho, es decir, se tiene que comprobar en base a los alegatos, medios probatorios y actuaciones y diligencias judiciales, a quien corresponde el derecho; por lo tanto existiendo una verdadera contienda judicial.

Lino Enrique Palacio al analizar las clases de procesos, parte desde el punto de vista estructural y sostiene que se diferencian procesos ordinarios y los especiales, de tal manera que el proceso ordinario lo define:

> El proceso ordinario (que es siempre contencioso y de conocimiento) está estructurado atendiendo a que la ley le asigna la posibilidad de que en él se planteen y decidan, en forma definitiva, la totalidad de las cuestiones jurídicas que pueden derivar de un conflicto entre partes (Palacio, Capitulo III. Distintas Clases de Procesos, 2003).

Para el catedrático y profesional en derecho el Doctor Olmedo Piedra Iglesias, explica que, cuando el Código Orgánico General de Procesos trata al procedimiento ordinario, lo hace manteniendo como idea rectora que este es el procedimiento modelo en materia civil, igual que ocurría en el Código anteriormente derogado, pero el motivo del por qué es el primero que se trata en diferentes cuerpos legales de todos los ordenamientos jurídicos, sin ser la excepción en el nuestro, es precisamente porque constituye el juicio civil típico, y es ahí en donde encuentra su importancia, dado que se configura como la piedra angular, dicho por otros autores, como la

columna vertebral para los demás procedimientos existentes, pensemos así en el sumario, monitorio, voluntario y ejecutivo, en los cuales se replica todas las fases previstas para el procedimiento ordinario, pero teniendo en cuenta las peculiaridades y los objetivos que persigue cada uno de estos trámites, hoy en día procedimientos.

El procedimiento ordinario se caracteriza por ser el que mayor número de condiciones, requisitos y etapas goza, exigiendo varias formalidades que se deben cumplir, pero a su vez es el que mayor número de facultades y prerrogativas concede a las partes para el ejercicio de sus derechos. Pensemos así por ejemplo, en cuanto a los términos para citar, para contestar la demanda, para que se efectúen las audiencias respectivas, siempre serán los más amplios; también se permite la posibilidad de reformar la demanda, la contestación, la reconvención e incluso en cuanto a las posibilidades de impugnación, se permite interponer tantos recursos horizontales como verticales, pensemos como el de aclaración, ampliación, apelación y casación.

Como se mencionó anteriormente, la doctrina indica que en esta clase de trámites, se han de sustanciar aquellas controversias en las que se discute la titularidad del derecho, en las que la controversia misma hace referencia a la existencia o no del derecho, y esto corresponde a la clasificación de los procesos por la tutela jurídica que persiguen las acciones, que en base a los procesos declarativos como a los constitutivos, surgen los procesos de conocimiento, pero aquí surge una interrogante entonces, ¿Qué clases de acciones o causas deben sustanciarse por el procedimiento ordinario? Para ello, hemos de citar el artículo 289 del COGEP, que hace referencia a la procedencia de este trámite, y en su parte pertinente dice: “Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación” (Nacional A. , 2015)

De la normativa se desprende que, se sustanciaran las causas expresamente señaladas en la ley por ejemplo las acciones colusorias, las que priven el derecho de dominio, posesión, tenencia, entre otras, pero sobre todo aquellos asuntos que no tienen un procedimiento específico, precisamente en razón de que, dada la naturaleza jurídica de este trámite, es el que de mejor manera posibilita el ejercicio del derecho de defensa de las partes procesales.

Una vez ya analizado en que consiste el mal llamado procedimiento ordinario, es fundamental referimos a las etapas en que se constituye, ya que esto nos servirá para dar con la respuesta, ¿En qué momento deben ser resueltas las excepciones previas previstas en el artículo 153 del COGEP?

Hay que tener presente los artículos 294 y 297 del cuerpo legal, en que indican respectivamente la procedencia de cada parte o etapa procesal, aclarando entonces, que el procedimiento ordinario se caracteriza por gozar de dos etapas, la primera llamada etapa preliminar y la segunda que sería la etapa de juicio, ambas constituyéndose en una audiencia oral y contradictoria. Resultaría innecesario y engorroso trasladar taxativamente lo expuesto en cada uno de los artículos, pero si hemos decir brevemente, que una vez trabada la litis, corresponde llevar a cabo la primera parte denominada preliminar, en la que se resolverá sobre la validez procesal; el saneamiento de la causa; la determinación del objeto de la controversia; la conciliación, y la resolución sobre los medios de prueba admisibles. Y la segunda audiencia, es decir, la de juicio, destinada a la actuación de los medios de prueba, alegatos de apertura, como los de clausura o finales, y por último la sentencia.

De la misma manera, conocemos que el momento procesal oportuno para que la parte demanda deba presentar o mejor dicho deducir las excepciones que crea ser asistido, es precisamente en su contestación, así lo expresa el artículo 151 del COGEP, pero aquí nuevamente

podemos observar un vacío legal, que incluso es reconocido por los mismos jueces de la Corte Nacional de Justicia, en la resolución que ha sido estudiada a lo largo de este trabajo de investigación, dado que manifiestan que los legisladores absurdamente no han hecho referencia de manera expresa al momento exacto para deducir las excepciones previas, vacío que parecía ser resuelto en base a un análisis contextual del cuerpo legal, por consiguiente se deduce que la oportunidad procesal, es en la contestación a la demanda o la contestación de la reconvención del ser el caso; pero aquello por más que sea lo correcto, es decir, la oportunidad de deducir las excepciones, es sin lugar a duda en la contestación a la demanda, pero resulta inconcebible que nuestro Código procesal no lo regule de manera correcta y dicho sea de paso, nos veamos en la necesitad de basarnos en métodos de interpretación y sobre todo en las actuaciones del día a día, para esclarecer dudas como la que podemos observar en este momento.

A lo largo del estudio del segundo capítulo, al analizar cada excepción previa, se ha dicho que estas se han de resolver en la audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única, pero es aquí realmente el momento de encontrar el motivo de aquella afirmación.

(Corte Nacional de Justicia, 2017) En su resolución sobre las excepciones previas, frente a la pregunta ¿En qué momento se deben resolver?, recoge la corriente y de manera acertada, la cual indica que siempre estas deberán resolverse en la audiencia preliminar. A lo largo de su estudio y sobre todo desde su origen, han existido ciertas dudas o incertidumbres, en cuanto a su concepción, debido a que, si se le consideraba literalmente la expresión “preliminar”, daría entender que se refiere a una etapa o a una audiencia, que debería efectuarse antes de todo el proceso propiamente dicho, es decir, una audiencia a priori, sin embargo, tras la evolución del derecho y la doctrina, no hubo mayor esfuerzo, en aclarar y establecer que, cuando se habla de audiencia preliminar, esta no es más que la primera fase o etapa dentro del proceso concretamente,

en la que gozara de sus propias reglas y entre esas, la oportunidad para resolver las excepciones previas.

¿Cuál es el motivo o la finalidad de la audiencia preliminar?

Frente a esta interrogante, hemos de decir que esta etapa tiene el objetivo de resolver todas aquellas cuestiones que de una u otra forma impiden o que podrían impedir, obstaculizar o retardar el conocimiento y la resolución del fondo del asunto, es decir, discutir sobre el derecho sustancial controvertido. Por lo tanto, una vez resuelta la fase de saneamiento y validez procesal, corresponde establecer de manera conjunta el objeto de la controversia y anunciar los medios de prueba que han de practicar, mismos que han de servir como lineamientos para que se sustancie la audiencia de juicio o la segunda etapa de la audiencia única.

Hay que recordar que las excepciones previas tienen como objetivo depurar ciertos errores, estas siempre deberán de ser examinadas, probadas y resueltas por la o el juzgador competente en la audiencia preliminar. Por eso nuestro COGEP, en el artículo 294 ya indicando anteriormente, que trata sobre las reglas de la audiencia preliminar, dice en su numeral primero, "Instalada la audiencia, la o el juzgador solicitará a las partes que se pronuncien sobre las excepciones previas propuestas. De ser pertinentes, serán resueltas en la misma audiencia*"* (Nacional A. , 2015).

Antes que nada, nuevamente se observa un vestigio e incertidumbre que ataca a la seguridad jurídica, pues la parte final del mencionado numeral, expone que "de ser pertinente estas se resolverán en la misma audiencia", esto es totalmente absurdo, obviamente que deben ser resueltas en la misma audiencia, en base a los principios de concentración, contradicción, celeridad, economía procesal, entre otros. Pues si entendemos estrictamente lo manifestado por la disposición, se entendería acaso que el juzgador debe programar otra especie de audiencia o etapa

para resolver la excepción, acaso debe crear otro proceso para resolver sobre la excepción previa. Pensares que son ilógicos y erróneos, y dando lugar por este motivo y otras tantas inconsistencias, para que la Corte Nacional de Justicia se vea obligada a emitir una resolución exclusivamente sobre el sistema de resolución de las excepciones previas.

3.1.2PROCEDIMIENTO SUMARIO.-

Lino Enrique Palacio, en su obra Manual de Derecho Procesal Civil, al analizar las clases de procesos, entiende a los procesos sumarios como:

> Todos aquellos procesos judiciales contenciosos (de conocimiento, de ejecución y cautelares) que se hallan sometidos a trámites específicos, total o parcialmente distintos a los del proceso ordinario. Se caracterizan por la simplificación de sus dimensiones temporales y formales, y, en consecuencia, por la mayor celeridad con que son susceptibles de sustanciarse y resolverse (Palacio, Capitulo III. Distintas Clases de Procesos, 2003).

La definición anteriormente citada es correcta y suficiente para comprender que efectivamente el tramite sumario, se le concibe como aquel proceso que se caracteriza por ser en primer lugar un proceso de conocimiento, pero que todas sus etapas o instancias son simplificadas y rápidas, pero por la naturaleza de sus acciones que se han de sustanciar en esta vía, es precisamente la razón del por qué el procedimiento sumario, siempre va a ser corto, eficaz y sin un gran número de formalidades o exigencias engorrosas.

Anteriormente en el Código de Procedimiento Civil, establecía el juicio verbal sumario como un proceso sencillo y rápido, el cual se sustanciaba de manera verbal y en la menor cantidad de actos posibles, acortando los términos y formalidades innecesarias. Tras la vigencia del

COGEP se sustituye el trámite verbal sumario, por el sumario, con una sustanciación breve, empero manteniendo el objetivo, fundamentos y naturaleza del referido trámite verbal sumario, en el que se busca resolver asuntos de conocimiento empero con una sustanciación breve, rápida.

Retomando el asunto, cuando hablamos del mal llamado procedimiento sumario, se dice entonces, que este siempre tendrá como finalidad aparentemente la sustanciación de una determinada causa, mediante una tramitación abreviada, simplificando las formalidades, pero obviamente sin que esto se traduzca a una violación de la normas del debido proceso, se dice aparentemente, porque en la realidad jurídica realmente no se sustancian de manera rápida y eficaz, sino todo lo contrario, se presentan obstáculos para su sustanciación, pensemos por ejemplo, en la lentitud al momento de efectuar las citaciones, al convocar a la audiencia única, entre otras situaciones. Hay que tener presente que el tramite sumario tiene su base en el proceso ordinario, dado que este a su vez podrá ser constitutivo o simplemente declarativo, en definitiva de conocimiento, de tal manera que este proceso, sería la evolución simplificada del trámite ordinario, pensemos así en los términos para citar con la demanda, para su contestación, son sumamente cortos; solo se permite la reconvención conexa; no se permite la reforma de la demanda, entre otras situaciones.

Cuando estudiábamos al procedimiento ordinario, se indicó que en este se han de sustanciar todas aquellas acciones que no tiene un trámite especial designado, en cambio, cuando nos referimos al procedimiento sumario, este se caracteriza por tener de manera taxativa las causas que se deberán sustanciar en esta vía. En el artículo 332 del COGEP, enlista las diferentes acciones, pensemos así las acciones posesorias y acciones posesorias especiales, acción de obra nueva, las acciones referentes a la constitución, modificación o extinción de servidumbres; los asuntos

de alimentos y sus incidentes; el divorcio contencioso; las controversias relativas a incapacidades y declaratoria de interdicción y guardas, etc.

Hay que referirnos a la característica fundamental del procedimiento sumario, siendo a su vez la diferencia más importante respecto al procedimiento ordinario, esto es, en cuanto a sus etapas, aquí hemos de ver que se ha de sustanciar el proceso en una sola audiencia, misma que gozara de dos etapas, la primer etapa que según el artículo 333 numeral cuarto, se constituye por la fase de saneamiento, fijación de los puntos del debate y conciliación y la segunda etapa de la audiencia única, que se constituye por la práctica de los medios de prueba, alegatos y obviamente la resolución o fallo del órgano judicial. Hay que tener claro que tras la reforma de junio del 2019, en unas de sus disposiciones, se ordena agregar a la primera etapa de la audiencia única, la fase del debate probatorio, que no es más que el anuncio de los medios de prueba que se pretenden practicar en la segunda etapa, para que sean debatidos por las partes procesales, pues en esta instancia se discutirá sobre su pertinencia, utilidad y conducencia, para que finalmente puedan ser o no admitidos por el operador de justicia, y ser practicados en la segunda etapa de la audiencia única.

Finalmente, al momento en el que se han de resolver las excepciones previas, hemos de referirnos a la Resolución 12/17 de la Corte Nacional de Justicia, dado que nuevamente tiene que emprender un análisis contextual de la normativa procesal, ya que expresan que las excepciones previas, si bien por su naturaleza deben resolver en una primera etapa del proceso, pero para concluir que las excepciones previas se han de resolver en la primera etapa de la audiencia única, emplean una interpretación normativa, al decir que como en las reglas relativas a la audiencia preliminar, reglas propias para el trámite ordinario, las excepciones se resuelven en la primera etapa de esta audiencia, lo mismo debe suceder cuando de las excepciones se trata en la audiencia

única, sin embargo, atacando claramente el principio de seguridad jurídica y el de legalidad, pues no existe de manera correcta la norma expresa en la que indique efectivamente que las excepciones previas se han resolver en la primer fase de la audiencia única, estrictamente al momento de resolver cuestiones referentes al saneamiento y validez procesal.

3.1.3PROCEDIMIENTO EJECUTIVO.-

Nuestra Carta Magna, en su artículo 169, consagra que:

> El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia.- Las normas procesales consagraran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, se harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades (Constituyente, 2008).

La norma antes citada, es el motivo e impulso jurídico para que el legislador haya creado procedimientos compendiados, que persiguen evitar o simplificar formalidades e instancias engorrosas y así lo podemos observar en el trámite ejecutivo.

(Alvarado Velloso, 1989) En su obra Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Tomo I, al referirse al proceso ejecutivo, explica que en este se han de resolver aquellas pretensiones que buscan tener una ejecución de un derecho o el cumplimiento de una obligación, que ya se encuentra reconocido en un título ejecutivo, en virtud del cual la ley le otorga el carácter de fidedigno, es decir, que hace fe por sí mismo. Por tal motivo concluye que, para que el acreedor pueda lograr su pretensión, las leyes procesales acuerdan un procedimiento ejecutivo, que generalmente se sustancia de una manera más rápida, a diferencia del trámite civil por excelencia, en el cual

corresponde probar y posteriormente declarar la existencia de un derecho o de una relación jurídica como tal, piénsese así el ordinario o sumario.

Por consiguiente hemos de dejar sentado que en el procedimiento ejecutivo, siempre tendrá por objeto resolver el derecho de una persona que tiene por sustento un título, para obtener como pretensión el cumplimiento de la obligación; el acompañamiento del título ejecutivo a la demanda o aquel documento que la ley otorga el carácter de mérito ejecutivo, constituye para este procedimiento, requisito fundamental, así lo indica la parte final del artículo 349 del COGEP, al decir que:

> La demanda deberá reunir los requisitos previstos en las reglas generales de este Código y se propondrá acompañada del título que reúna las condiciones de ejecutivo. La omisión de este requisito no será subsanable y producirá la inadmisión de la demanda (Nacional A. , 2015).

En el artículo 347 del COGEP, indica cuales son considerados títulos ejecutivos y entre ellos están la declaración de parte hecha con juramento ante una o un juzgado competente; la copia y la compulsa auténticas de las escrituras públicas; letras de cambio; pagarés a la orden; Testamentos, etc., y por último los demás a los que otras leyes otorguen el carácter de títulos ejecutivos.

Es fundamental referirnos al artículo 348, que hace alusión a la procedencia de la acción, y expresa que: "La obligación contenida en el título deberá ser clara, pura, determinada y actualmente exigible. Cuando la obligación es de dar una suma de dinero debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética" (Nacional A. , 2015).

En cuanto a estos requisitos indispensables, hay que tener presente lo expuesto por el doctor Olmedo Piedra Iglesias, que explica cada una de ellas:

1. Una obligación es **CLARA** cuando contiene una condición jurídica inequívoca tanto en la relación con la obligación misma como respecto de las personas que intervienen en la celebración del instrumento, además cuando de manera expresa se determina ¿Quién es el deudor y el acreedor?
2. Una obligación es **DETERMINADA** respecto de las obligaciones que pueden ser de género o de especie, con las obligaciones de género se debe una determinada cantidad de individuos.
3. Una obligación **LÍQUIDA,** cuando la cantidad está fijada en el mismo documento, o liquidable cuando puede cuantificarse con simples operaciones aritméticas cuyas bases constan en el instrumento.
4. Una obligación es **PURA**, cuando no está sujeta a condición a menos que se encuentre en los casos previstos en el Art. 348 del Código Orgánico General de Procesos.
5. Una obligación es de **PLAZO VENCIDO**, sabiendo que plazo es la época que se fija para el cumplimiento de una obligación y que este debe ser cumplido (Piedra Iglesias, 2017).

El COGEP representa una nueva forma de Administrar Justicia basado en la oralidad que busca obtener una resolución de manera ágil y eficiente para que no existan situaciones que busquen dilatar los procesos, de manera que se acelere su desarrollo y se despache con prontitud estas causas, por lo tanto sujetándose el procedimiento ejecutivo a la reglas de la audiencia única, compuesta por una primera fase de saneamiento, validez, conciliación, debate probatorio, y la segunda etapa, los alegatos, practica de medios de prueba y finalmente la sentencia. Una particularidad muy importante y propia del proceso ejecutivo, que se presenta únicamente en este, es en cuanto a sus propias excepciones y mismas que están dirigidas atacar al derecho sustancial latente en dicho título ejecutivo o pretenden también atacar a las formalidades o requisitos del título como tal. Estas excepciones se encuentran previstas en el artículo 353, en las que se recoge a más de las excepciones previas del artículo 153, cuatro excepciones propias de este trámite, y estas son:

1. Título no ejecutivo.

2. Nulidad formal o falsedad del título.

3. Extinción total o parcial de la obligación exigida.

4. Existencia de auto de llamamiento a juicio por delito de usura o enriquecimiento privado no justificado (…) (Nacional A. , 2015).

Finalmente, concluimos y en base a la norma transcrita tenemos que, además de las excepciones previas comunes a todos los tramites, existen cuatro excepciones que son propias de este trámite ejecutivo; sin embargo, respecto a su resolución, hemos de dejar claro que si en la contestación, se deduce algunas de las excepciones previas, estas han seguir las reglas para la resolución de excepciones previas en la audiencia única, es decir, se han de resolver en la primera fase, que es la de saneamiento y validez procesal; en cambio las excepciones del Art. 353 del COGEP pasan a ser uno de los puntos de debate, con lo que formalmente se ataca a la pretensión y al título, a partir de estas se forma el objeto de la causa, y se resuelven en sentencia.

3.1.4 PROCEDIMIENTO MONITORIO.-

Para comprender el origen de este procedimiento, es necesario referimos a su terminología, para ello consultamos al Diccionario de la Real Academia Española, y establece que el término monitorio, significa: “avisar, amonestar y advertencia dirigida a alguien” (Diccionario de la Real Academia Española, 2020). Trasladando este concepto encontramos la razón del proceso monitorio, mismo que consistiría básicamente en el requerimiento de pago que ordena el órgano jurisdiccional que conoce la causa, en contra del demandado, comunicándole con la misma, la

obligación a su cargo bajo la advertencia del riesgo de obtener una sentencia desfavorable que declare de manera judicial su obligación de pagar.

Consecuentemente, nos encontramos frente a un trámite rápido, eficaz, sencillo, que aparentemente estaría cumpliendo los principios rectores que recoge nuestro actual Código Orgánico General de Procesos, tales como el de celeridad, concentración, y contradicción como lo veremos más adelante. Lo peculiar y así lo expresa el propio artículo 356 del mismo cuerpo legal, es que se trata de un procedimiento que permite ejecutar por parte de los acreedores, obligaciones dinerarias, contractuales, exigibles, determinadas, que no constan en un título ejecutivo como tal, sin la necesidad de acudir a un proceso de conocimiento.

Resulta menester emprender un análisis breve pero certero para conocer qué se sustancia y cómo se sustancia este trámite; para ello nos hemos de referir en primer lugar, a la procedencia del trámite monitorio, en base al artículo 356 del COGEP.

(Nacional A. , 2015) Esta disposición señala que se sustanciara en esta vía, aquella pretensión de cobro de obligación dineraria, que cumpla los requisitos de ser una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, que no conste en título ejecutivo, pero que se demuestre que esta deuda se vea inmersa alguna de las formas siguientes:

- Mediante documento, ya sea público o privado, en el que se evidencia la firma, rubrica, o cualquier otra marca o sello, del deudor.
- Mediante facturas o documentos, así mismo en el que se evidencie la firma del deudor o comprobante de entrega, documentos electrónicos, que demuestren dos situaciones, primero la existencia de la obligación, del crédito como tal, y segundo que demuestre la relación a priori entre el acreedor y deudor.

- La tercera forma, en cuando se trata de obligaciones que nacen en base al cobro de servicios y membresías de cuerpos colegiados, pensemos así, el pago de la alícuota en un condominio, el pago de la membresía de un club, el pago de la mensualidad de un centro educativo, entre otros.
- Canon arrendaticio, cuando el arrendador justifique en base al contrato o de ser el caso mediante una declaración juramentada, que el arrendatario se encuentra en mora de los pagos de arrendamiento, siempre y cuando este se encuentre en uso del bien inmueble.
- Por último, asuntos laborales respecto al pago o falta de pago de las remuneraciones mensuales o adicionales no hayan sido pagadas oportunamente, aquí lo sustancial es exigir el cumplimiento de los pagos o remuneraciones, mas no la pretensión de dar por terminado la relación laboral.

Ahora, en cuanto su procedimiento hemos de decir de antemano que aquí se prohíbe tanto la reforma a la demanda como la reconvención; en todo caso, en base a los artículo 357 y 358, señalan que este procedimiento iniciará mediante el primer acto de proposición que es la demanda, cumpliendo con sus requisitos generales del artículo 142 y específicos, como por ejemplo indicar el origen y cantidad de la deuda; adjuntar el documento que prueba la deuda. Entonces, una vez admitida a trámite, el juzgador que por sorteo conoce la causa, concederá el término de quince días, al demandado para que cumpla con el mandamiento de pago, recordando un aspecto importante, que la citación con la demanda y el mandamiento de pago, siempre van a interrumpir la prescripción que beneficia al deudor.

¿Qué sucede si el demandado no comparece, o simplemente lo hace sin ejercer su derecho de contradicción?

En este caso, la propia norma del artículo 358, señala que:

> El auto interlocutorio al que se refiere el inciso primero quedará en firme, tendrá el efecto de cosa juzgada y se procederá a la ejecución, comenzando por el embargo de los bienes de la o del deudor que la acreedora o el acreedor señale en la forma prevista por este Código (Nacional A. , 2015).

¿Qué sucede si el demando presenta oposición?

Para ello, hay que referirnos al artículo 359, que señala si el deudor presenta contestación y deduce alguna excepción, el juez tiene la obligación de convocar a audiencia única, por lo tanto, observando nuevamente que es aquí el momento procesal oportuno para que se justifique y se resuelva sobre las excepciones previas, es decir, en la primera fase de la audiencia única. Posteriormente, se continuará con las reglas en base a la audiencia única, permitiendo anunciar medios de prueba, practicarlos, presentar alegatos y finalmente concluyendo con la sentencia.

3.1.4 PROCEDIMIENTO VOLUNTARIO.-

Lino Enrique Palacio, expone toda una catedra cuando trata al proceso voluntario, al respecto manifiesta que:

> El objeto del proceso voluntario está constituido por una petición extra contenciosa, que es el acto en cuya virtud se reclama ante un órgano judicial, y en interés del propio peticionario,

la emisión de un pronunciamiento que constituya, integre o acuerde eficacia a determinado estado o relación jurídica privada. (Palacio, Capitulo III. Distintas Clases de Procesos, 2003)

De esta definición que tiene una correcta aplicación en nuestro derecho interno, hemos de decir entonces que en el proceso voluntario tiene ciertas peculiaridades que lo caracterizan, pensemos así respecto a la pretensión y la oposición, constituyen actos necesarios, entendidos como supuestos previos que deben emplearse para activar al órgano jurisdiccional, pues desde ya diremos que en nuestro COGEP, al tratar al procedimiento voluntario, en el capítulo IV, en una de sus disposiciones a las reglas de como se ha sustanciar el mismo, manifiesta que el proceso se iniciaría en base a la solicitud planteada, y de manera expresa el Código indica que esta ha de cumplir los requisitos generales de la demanda, es decir, del artículo 142, por consiguiente para iniciar este proceso, lo que se debe presentar es una demanda como tal, recordando que a pesar de encontrarnos en un sistema predominantemente oral, existen ciertos actos, como los de proposición, que necesariamente deben ser escritos, como la demanda y la constatación a la misma, entre otros. También resulta adecuado caracterizarla como una declaración de voluntad petitoria, la cual a diferencia de lo que ocurre con la pretensión, no persigue una decisión entre dos partes, sino solo en relación con el sujeto o sujetos que reclaman el ejercicio de la actividad judicial en el caso concreto, es decir, del peticionario o los peticionarios.

Queda claro que este procedimiento goza de una naturaleza jurídica no controvertida, por lo que en sentido estricto, no debería existir oposición, pero con el afán de cumplir los lineamientos del debido proceso, y de esta manera garantizar los principios de contradicción, oportunidad, oralidad, y en general el de defensa, se ordenará la citación de aquellas personas que puedan mostrar algún tipo de interés; pero surge una interrogante ¿Qué sucede si dentro de un proceso voluntario, existe oposición y contradicción respecto a la solicitud y petición de la parte actora?.

Aquí de manera correcta nuestro Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 336, referente a la oposición, explica que cualquier persona que tenga interés en aquella solicitud, que en si es una demanda, podrá presentar oposición, misma que será por escrito y que deberá de la misma manera cumplir con los requisitos generales de la contestación a la demanda, pero dejando claro que esta también debe ser calificada a trámite, caso contrario se inadmitiría y se seguirá sustanciando en la vía voluntaria, pero lo que nos importa, es ¿Qué sucede si se admite a trámite la oposición?. En ese caso, el trámite se volverá contencioso, y de conformidad a la norma antes indicada, manifiesta que se dejará de sustanciar en esa vía, y pasará la causa para que se sustancie en base a las reglas del procedimiento sumario, siendo el mismo juez que debe conocer la causa, y permitir a las partes, anunciar medios de prueba y luego convocar a audiencia única.

¿Qué asuntos de han de sustanciar en la vía voluntaria?

El artículo 334 del COGEP, enlista cuales son los asuntos que se puede resolver, pensemos así en el pago por consignación; rendición de cuentas; uno importante es el divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes, entre otros. Dicho sea de paso, parecería ser que la disposición enlista de manera taxativa cuales son los únicos casos que han de sustanciar en este procedimiento, sin embargo, deja una especie de campo abierto, al decir, en su parte final y de manera textual:

> También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción (Nacional A. , 2015).

En cuanto, a las etapas o fases de un proceso voluntario, hemos de indicar que, por la forma en cómo se encuentra redacta el inciso final del artículo 335, referente al procedimiento, que indica: "(…). En dicha audiencia, escuchará a los concurrentes y se practicarán las pruebas que sean pertinentes. A continuación, aprobará o negará lo solicitado (Nacional A. , Código Civil Ecuatoriano, 2015).

De la norma antes expresada, se colige entonces, que existe una sola audiencia, es decir, estaríamos frente a la audiencia única, que también se observa en los demás tramites, excepto en el ordinario. Sin embargo, como se indicó en líneas anteriores, si existe oposición a la solicitud del peticionario, que sería la parte actora, se dejará se sustanciarse en la vía voluntaria y pasa a ser un trámite sumario y contencioso. Entonces, al encontrarnos en esta situación, no hay duda que las excepciones previas se han de resolver en la primera fase de la audiencia única, de conformidad al único artículo previsto en el COGEP, y es el 294 y en base a la Resolución del Corte Nacional de Justicia N° 12-17, misma que surgió, por las varias inconsistencias en el cuerpo adjetivo, y sobre todo por los diferentes criterios y dudas de los juzgadores al momento de cómo resolver las excepciones previas, resolución que de cierta manera intenta dar solución y brindar un camino para que los juzgadores conozcan y resuelvan correctamente, sin embargo, todavía existiendo ciertas vestigios e inconsistencias que serán observados y exhibidos en el acápite siguiente.

3.2. RESOLUCIÓN N° 12-17 DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA Y SU EFICACIA TRAS SU VIGENCIA.

En junio del año 2017, la Corte Nacional de Justicia se vio en la necesidad jurídica de emitir una resolución, cuyo cumplimiento es obligatorio por todos los administradores de justicia

del Ecuador. La resolución persigue la finalidad de resolver aquellas inquietudes y vacíos jurídicos que se presentaban al momento de conocer y resolver las excepciones previas deducidas por el demandado dentro de la sustanciación de una determinada causa. Adentrándonos a los puntos que analiza la Corte Nacional de Justicia, el primer punto que trata, es sobre los antecedentes, y establece que el motivo concreto de su emisión, se debe por las inconsistencias respecto al momento procesal oportuno en las que deben resolverse, es decir, en qué fase de la audiencia única o de la audiencia preliminar, y el segundo motivo, que es el principal, es cómo han de ser de ser decididas, es decir, mediante auto o a través de sentencia que ponga fin al proceso.

La Corte Nacional de Justicia, emprende su análisis resaltando en primer lugar, el cambio transcendental que vivió el ordenamiento jurídico ecuatoriano con la introducción del sistema oral en la administración de justicia, tras la vigencia del Código Orgánico General de Procesos. Recalcando que a pesar de adoptar este nuevo sistema, basado en los principios de concentración, contradicción, celeridad, oralidad, publicidad, economía procesal, entre otros, todavía se mantiene ciertos actos que necesariamente deben ser escritos, resaltando principalmente los actos de proposición que es la demanda y la contestación a la demanda. De la misma manera, advirtiendo que estos instrumentos son los medios idóneos para la materialización de la acción y correlativamente de la excepción, debiendo observar los requisitos generales y específicos, caso contrario, no se podría establecer aquella relación jurídica-procesal valida, que permita sustanciar la causa cumpliendo los lineamientos del debido proceso, para culminar en una sentencia que produzca los efectos esperados.

Posteriormente la Corte Nacional de Justicia, pasa a resolver la inquietud, ¿Qué momento procesal se deben resolver las excepciones previas?

Para ello en primer lugar, tiene presente que tras la vigencia del COGEP, se configura la creación de cinco procedimientos, que como sabemos son el ordinario, sumario, ejecutivo, monitorio y voluntario, cada uno de estos gozando de sus propias particularidades. Como es de pleno conocimiento, el procedimiento ordinario, es el juicio civil por excelencia, que se han de sustanciar mediante dos audiencias, la primera siendo la audiencia preliminar y la segunda la de juicio. Sin embargo, respecto a los demás procedimientos, ellos al ser el fiel reflejo de la finalidad del COGEP, es decir, buscar una simplificación, celeridad, eficacia, economía procesal, y evitar el gasto en vano de la administración de justicia así como de las partes procesales, se establece que en estos cuatro procedimientos, se han de sustanciar en una sola audiencia, que se compone de la misma manera, por una fase preliminar y una fase o etapa de juicio, caracterizándose esta audiencia por llevarse a cabo en un solo momento procesal, a diferencia de lo que sucede en el proceso ordinario, que para la sustanciación de la audiencia preliminar y de la de juicio ha de mediar un término previsto por la ley.

La Corte Nacional de Justicia concluye que efectivamente las excepciones previas se han de resolver en la audiencia preliminar estrictamente en la primera fase referente al saneamiento procesal, o en la primera etapa de la audiencia única. Lo expuesto por la Corte Nacional es correcto, incluso comparándose a la realidad de muchos ordenamientos jurídicos, pensemos así en el de Colombia, Chile, Argentina, sin embargo, de algo estamos seguros, no es en apego a nuestro derecho, ni nuestra realidad procesal, dado que el Tribunal se ha visto en la obligación de emprender un análisis contextual y analógico de la normativa, pues como ya lo hemos dicho cuando tratamos en el acápite anterior, existe una sola disposición, es precisamente en el numeral primero del artículo 294 del COGEP, que se refiere a las reglas generales de la audiencia preliminar, en la que se indica que una vez instalada la audiencia preliminar, el juzgador que

conoce la causa, ha de resolver las excepciones propuestas por el demandado. Pero esta regla, solo sería para la sustanciación en aquellos procesos ordinarios, que gozan de dos audiencias, más no respecto aquellos procesos de audiencia única, pero en todo caso estaríamos sujetos a aquella especie de regla, que todo aquello en lo cual no exista regulación específica, se tendrá que aplicar las reglas generales del proceso ordinario, algo que sin lugar a duda constituye una barbaridad, pues no podemos tener un ordenamiento jurídico, que frente a la duda y la falta de regulación normativa, siempre se deba emplear métodos de interpretación, y no dar una correcta resolución al problema, que es la pésima regulación de los legisladores al momento de la promulgación del Código Orgánico General de Procesos.

A partir del numeral segundo, emplea todo un estudio respecto a la interrogante de ¿Cómo han de ser decididas las excepciones previas?; aquí se ven en la necesidad de abordar a cada una de ellas, y someterlas a un análisis dogmático, sin embargo, resultaría absurdo volver a plasmar lo mismo, pues cada institución que descansa detrás de cada excepción ha sido analizada a profundidad en el capítulo segundo.

Entonces lo que nos interesa es, ¿Cómo han de ser resultas las excepciones previas?

En primer lugar, sabemos que la oportunidad que tiene la parte demandada para deducir las excepciones con las que se crea asistido, es estrictamente en la contestación a la demanda o en la contestación a la reconvención, mismas que deberán ser alegadas y fundamentadas en la audiencia preliminar o del ser el caso en la primera etapa de la audiencia única, esto de conformidad al artículo primero, emitido en la Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Partiendo de esta instancia, el supuesto que no tiene mayor complejo para su resolución, es la interrogante, ¿Qué sucede si el juzgador no cree que se encuentra correctamente probada la excepción?; en este caso deberá rechazar las excepciones mediante auto interlocutorio, pues así lo

expresa el numeral primero del artículo 296, que en su parte pertinente manifiesta, “el auto interlocutorio que rechace las excepciones previas, solo será apelable con efecto diferido” (Nacional A. , 2015). La norma antes indicada, esta direccionada a tratar sobre los efectos con los que se concede los recursos, más no de manera expresa se regula correctamente la forma en cómo se ha de rechazar la excepción previa, pero volviéndose ya una costumbre, lo que hace la Corte Nacional, es volver a emplear un análisis contextual de la normativa para deducir que se debe realizar en base a un auto interlocutorio.

El artículo segundo, pretende dar respuesta a la interrogante, ¿Cómo se han de resolver las excepciones previas que si son subsanables?; la Corte Nacional de Justicia, indica que estas deben ser resueltas en base a un auto interlocutorio, y sujetándose al procedimiento previsto en el numeral segundo y tercero del artículo 295 del COGEP. Los mencionados numerales, después de indicar el término que cada una de las partes goza ya sea subsanar tal defecto o por la otra parte, aclarar o reforma la contestación, anunciar nuevos medios de prueba y demás, se indica que de no hacer en el término correspondiente se entenderá como no presentada la demanda y ordenará su archivo, pero en este punto la Corte si nos aclara que para ello se lo hará mediante un auto definitivo. Concluyendo la Corte Nacional de Justicia, que son excepciones previas subsanables las siguientes:

- Incapacidad o falta de personería de la Parte Actora o de su Representante.
- Falta de Legitimación en la causa o incompleta conformación de Litis consorcio.
- Error en la forma de proponer la demanda.

Es fundamental realizar una digresión en este punto, debido que la resolución de la Corte Nacional de Justicia, tanto como los legisladores en el Código Orgánico General de Procesos, se

equivocan al momento de tratar tanto a la Legitimatio Ad Processum y a la Legitimatio Ad Causam, mismas que han sido estudiadas en el capítulo anterior a profundidad, sin embargo, rápidamente diremos que la primera, hace alusión a esa condición que necesitan las partes para poder intervenir dentro de una causa por sí mismas, o representación de otras, por tal razón, al momento de resolver esta excepción, se debería resolver mediante auto interlocutorio, y declarando la nulidad y el archivo de la causa. Mientras cuando hablamos de la Legitimatio Ad Causam, no es más que aquella condición de una persona a ser titular del derecho sustancial controvertido, permitiendo resolver el asunto de fondo controvertido, en este caso la forma en la que debe resolver el juzgador, si efectivamente el demandado a deducido esta excepción, y no ha sido convalidado por el actor o no puede ser convalidado por ningún caso, es resolver mediante sentencia y no mediante auto interlocutorio.

De la misma manera debemos recodar, cuando estudiamos en el capítulo anterior, el error existente en el Código Orgánico General de Procesos, y la omisión por parte de la Corte Nacional de Justicia, respecto al tratamiento de la excepción de inadecuación de procedimiento, pues como observamos la misma es considera como no subsanable, y simplemente deberá ser resuelta mediante auto interlocutorio, por ser dilatoria, y de conformidad al numeral primero del artículo 295, declarando sin lugar la demanda, y ordenando su archivo. Sin embargo, lo manifestado, es totalmente incorrecto, puesto que la excepción de inadecuación de procedimiento, es una verdadera excepción subsanable, pues nada impide al actor que convalide en su escrito de demanda, el tramite correcto en el que se deberá sustanciar la causa que plantea, ya que esto se traduciría como el fiel reflejo de la finalidad estricta de una excepción previa dilatoria.

En el artículo tercero, resuelve de manera independiente la excepción de incompetencia, y en cuanto a su forma de ser resuelta, la Corte explica que se lo hará en base al artículo 129 numeral

nueve del Código Orgánico de la Función Judicial, y en el artículo 13 del Código Orgánico General de Procesos, que expresa que si se evidencia incompetencia, a excepción por la materia, cuyo efecto es la nulidad; se deberá dictar el auto de inhibición, remitiendo al juzgador competente para conocer la causa, sin declarar nulo lo actuado, y continuando la sustanciación de la causa.

El artículo cuarto de la Resolución de la Corte Nacional, constituiría sin lugar a duda la respuesta al paradigma jurídico, sobre el problema que existe en nuestro Código Orgánico General de Procesos, en cuanto a, ¿Cómo han de ser resueltas las excepciones previas que no son subsanables por parte de los operadores de justicia?.

Al respecto este artículo dice:

> (…) Si acepta las excepciones previas que se refieran a cuestiones exclusivamente procesales; esto es, inadecuación del procedimiento, indebida acumulación de pretensiones o litispendencia, resolverá mediante auto interlocutorio. Si acepta las excepciones previas que se refieran a una cuestión sustancial del proceso; esto es prescripción; caducidad; cosa juzgada; transacción; existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación, aceptará mediante sentencia (Corte Nacional de Justicia, 2017).

De la misma manera debemos indicar en este momento, que la resolución de la Corte Nacional de Justicia, incurre en algunos desaciertos, la primera la resaltamos anteriormente, debido a que la excepción de inadecuación de procedimiento, si bien es una excepción dilatoria, si es subsanable, debiendo concederle un término para que la parte actora subsane tal defecto, y permitir continuar la sustanciación de la causa, caso contrario, si acogerla mediante auto interlocutorio.

El segundo error es en cuanto a la excepción de existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación, pues recordaremos que se trata de una excepción, de una u otra

manera, impide que determinada controversia, se sustancie por la justicia ordinaria, ya sea que el asunto de fondo se resolverá o se encuentra resolviendo a través de un Centro de Mediación y Arbitraje, por lo tanto si el demandado fundamenta su excepción demostrando que efectivamente el asunto se encuentra resuelto o en la mayoría de los casos, este todavía se encuentra latente en algún Centro de Mediación o Arbitraje, resulta totalmente absurdo que el juzgador resuelva la excepción mediante sentencia, pues de conformidad al artículo 88 del COGEP, la sentencia es aquella decisión que el órgano judicial pronuncia al resolver el asunto sustancial o principal dentro de un proceso, y con una deducción lógica, el operador de justicia, frente a la excepción de existencia de convenio de mediación o compromiso arbitral, lo único que hace es inhibirse de conocer tal asunto e imposibilitado de resolver sobre el fondo del asunto, deberá de manera correcta, resolver mediante auto interlocutorio y no mediante sentencia.

No podemos dejar a lado, un supuesto que si bien lo prevé el numeral 4 del artículo 295 del COGEP, que se refiere a los asuntos de puro derecho, y simplemente indica que se ha escuchar a las partes sus alegaciones, en base al principio de igualdad y contradicción, el juzgador ha de emitir su resolución mediante la sentencia; sin embargo, nada más se dice al respecto, por tal motivo, la Corte Nacional, en la presente resolución, manifiesta que hay que tener cuidado en confundirlas con las excepciones insubsanables, ya que se dice por la doctrina que estamos frente a cuestiones de puro derecho, cuando abarcan ciertas peculiaridades, y dicho por la Corte, ciertas características que solo se manifiestan sobre ese único proceso, es decir, por su naturaleza solo en este han de resaltar. Es necesario advertir que, determinar si una cuestión es o no de puro derecho, lamentablemente descansa en el criterio y voluntad del operador de justicia

(Corte Nacional de Justicia, 2017). El tribunal manifiesta que cuando se trata de asuntos de puro derecho, respecto a su tratamiento, jamás implicará una decisión anticipada del proceso,

simplemente en base a la imposibilidad de discutir sobre el derecho sustancial controvertido; sino todo lo contrario, la Corte Nacional de Justicia, señala, que cuando el operador de justicia deba resolver sobre asuntos estrictamente de derecho, conlleva sin lugar a duda una resolución sobre el fondo de la causa, justificando que se evidencia hechos que no pueden se demostrados en base a ningún medio de prueba.

Una vez analizado cada aspecto que recoge esta Resolución emitida por la Corte Nacional de Justicia, hay que reconocer y mal podríamos negar, que de cierta manera ha servido como un verdadero camino para los operadores de justicia pues concede las pautas para resolver la diferentes excepciones previas, sin embargo, si debemos aclarar que la Corte Nacional ha llegado a diferentes conclusiones en base a diferentes métodos de interpretación, pretendiendo aplicar por analogía algunos supuestos que se encuentran regulados de manera expresa para ciertos procedimientos, a los vacíos e inconsistencias que existen en los demás, pensemos así, en el momento en que se deben deducir las excepciones previas; en qué momento se han de resolver las excepciones; la confusión entre excepciones dilatorias y perentorias; otorgando una aparente resolución, pero subsistiendo en el fondo las mismas inconsistencias y barbaridades que en el Código Orgánico General de Procesos.

Concordamos con la crítica empleada por el Doctor Olmedo Piedra, en cuanto a la Resolución de Corte Nacional, pues constituye una violación al principio de legalidad. La crítica descansa en la incertidumbre de cómo es posible que pretenda resolver temas jurídicos-legales en base resoluciones, que claro no podemos negar que estas son de obligatorio acatamiento por los operadores de justicia, pero sin perjuicio de lo mencionado, esta no es la forma correcta de resolverlas, sino mediante ley, es decir, en base a una regulación expresa y positiva en el cuerpo adjetivo por parte de los legisladores; pero en todo caso hay que responder a nuestra realidad

jurídica, y es precisamente que al existir esta Resolución de la Corte Nacional de Justicia, los administradores de justicia tienen que encontrar la motivación de sus decisiones, en base a esta resolución, pero hay que advertir que en la misma, todavía adolece de respuestas sobre ciertos aspectos fundamentales, como por ejemplo con el tema de los requisitos para la actuación de los medios de prueba, pensemos así que para recibir declaraciones testimoniales es necesario notificar al testigo con tres días de anticipación y esta notificación no está prevista si no para la audiencia de juicio, y no para la preliminar, peor para la práctica de medios de prueba para fundamentar las excepciones previas. De igual manera existen otros requisitos que deben cumplirse para la práctica de los medios de prueba, que la norma no prevé y que tampoco están incluidos en esta resolución de la Corte Nacional, atacando el debido proceso y dejando nuevamente en la vida práctica, que cada juez actué de acuerdo a su entender, provocando una verdad inseguridad e incertidumbre, para quienes se sujetan a su decisión, dado que si sujetamos al criterio y discreción del operador de justicia, quedaremos en la cuerda floja, en que en unos casos se permita que se actúen los medios de prueba para las excepciones previas, cumpliendo los requisitos legales y en otros, provocando o generando a cualquiera de las partes una indefensión, consecuentemente deviniendo en una nulidad procesal.

3.3. EL ROL DEL JUEZ EN EL SANEAMIENTO Y RESOLUCIÓN DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS.

Eduardo Couture, sobre el juzgador dice:

> En la búsqueda de la verdad, el juez actúa como un verdadero historiador. Su labor no difiere fundamentalmente de la que realiza el investigador de los hechos históricos: compulsa

documentos, escucha testigos de los sucesos, busca parecer de los especialistas en determinadas ramas de las ciencias afines, saca conclusiones de los hechos conocidos construyendo por conjetura los desconocidos. En este sentido, el magistrado es el historiador de los hechos que han dado origen al juicio (Couture, 2002).

De esta idea se colige que, el operador de justicia goza de una autoridad para sustanciar y juzgar el asunto controvertido de fondo, sobre cual versa el pleito o causa, dicho sea de paso, esto no es más que la traducción de la conceptos básicos de jurisdicción y correlativamente de la competencia, que en términos del Doctor en Jurisprudencia, Olmedo Piedra, expresa:

> La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, así como autorizar los actos que requieren de solemnidad judicial, como el inventario de bienes, venta de los bienes de los menores, entre otros. Y la competencia es: la porción de jurisdicción que le corresponde a cada juez, por eso todo juez tiene jurisdicción, pero no todo juez tiene competencia (Piedra Iglesias, 2017).

Recordando que el juzgador, podrá administrar justicia estrictamente en aquellos casos en los que se encuentra inmersa esa porción de competencia que le permita conocer y sustanciar el pleito; y esta porción de competencia, se fijará de acuerdo a lo que en derecho se conoce como, los limites relativos de la jurisdicción, que no es más que aquellos puntos que fijan la parte o porción de jurisdicción que corresponde a cada operador de justicia; entre estos límites tenemos el de territorio, personas, grados y la materia.

En mayo del 2016, el sistema jurídico ecuatoriano, se sujetó a un cambio transcendental procesalmente, no solo en la unificación y simplificación en un solo cuerpo normativo de todos los procesos existentes, a excepción de la materia constitucional, electoral, y penal; sino también

en la forma de conocerlos y sustanciarlos, pues se llegó adoptar un sistema predominantemente oral, por lo que implicaba que todas las diligencias y actuaciones judiciales, debían realizarse en un espacio que permita garantizar los principios básicos, por lo tanto, surgiendo la obligación de sustanciarlos en audiencias orales, públicas y contradictorias, dejando al acervo histórico, aquellas formas de sustanciar los procesos, que por encontrarse vigente el sistema escrito, se resolvían en el despacho del juez, mismos que eran de cierta manera ocultos para el público en general, y realmente complejos al momento de garantizar el derecho de defensa y contradicción.

A la mano de que se adopta este nuevo sistema, conlleva a su vez un cambio fundamental en el rol del juzgador, mismo que como veremos, adopta una posición de director del proceso, incluso así lo manifiesta específicamente en el artículo 3, que en su parte pertinente señala, "La o el juzgador, conforme con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias" (Nacional A. , 2015).

De esta disposición, se observa que el operador de justicia, cumple un deber fundamental dentro proceso, ya que en base a sus directrices, se podrá sustanciar correctamente las etapas procesales, para que de esta manera, se pueda culminar en la fase resolutiva, que no es más que la emisión del fallo o resolución y posteriormente la ejecución de esta.

Hay que tener presente que el juzgador ha de actuar en base a sus atribuciones, deberes y facultades, para ello se ha promulgado un cuerpo especifico que contempla toda una extensa regulación sobre la Función Judicial, y entre esas disposiciones, hay que referirnos específicamente en el Título III, Órganos Jurisdiccionales, Capítulo I sobre las reglas generales, Sección I, que a partir del 129 hasta el artículo 132 del Código Orgánico de la Función Judicial, recoge las facultades tanto positivas como negativas, es decir, sancionadoras y deberes que deben cumplir todos los jueces y juezas. Entre estas tenemos, por ejemplo el deber principal de aplicar la

normativa legal y constitucional pertinente; de la misma manera ser un juzgador pro, es decir a favor siempre del desarrollo progresivo de los derechos fundamentales, permitiendo aplicar incluso instrumentos internacionales sobre la normativa ordinaria, cuando estos sean más favores a aquellos derechos humanos. De la misma forma, el juzgador goza de facultades sancionadoras frente a la incorrecta o indebida actuación de las partes procesales a lo largo de la sustanciación del proceso, pensemos así por ejemplo, cuando la parte actora, que sabemos es quien promueve inicialmente al aparataje judicial, de manera intencional y sin causa legal, no comparece a alguna de las fases de la audiencia, esto daría lugar entonces, a que el juzgador imponga un sanción al abogado quien ejerza la defensa técnica, y declarando mediante auto, el abandono y el archivo de la causa, y aplicando los efectos que se regulan en el artículo 87 del COGEP. Pero vemos que no solo el juzgador ha de aplicar sanciones a las partes procesales, es decir, a la parte actora, demandada, sino también a los testigos, peritos, e incluso al público que concurra a la audiencia, cuando de cierta manera impliquen actitudes que no permitan el desarrollo de la diligencia, se puede solicitar que se retiren de la misma e incluso aplicando sanciones más drásticas del ser el caso; o en el caso de los peritos, que no concurran ya sea por ejemplo a posesionarse a su cargo o no comparezcan a la audiencia cuando sean requeridos, el juzgador podrá sancionarlo con una multa pecuniaria o solicitar que el Consejo de la Judicatura, observe su conducta y si considera necesario, revoque su acreditación como perito calificado.

Ya hemos observado que el rol del juzgador descansa inicialmente en base a los deberes y facultades que la ley le otorga, es decir, gracias a la jurisdicción y a esa porción de competencia, que gozan por ser jueces, pero también deben cumplir con ciertas condiciones que permitan cumplir correctamente su función dentro del proceso, debido a que el juzgador deberá cumplir y hacer cumplir los lineamentos legales que deben observarse en todo juicio, sin embargo, tras este

sistema predominantemente oral, un principio que resalta en esta instancia, es el principio dispositivo, que se lo regula en el artículo 5 del COGEP, y no es más que el deber de impulsar el proceso, descansa en la obligación de las partes, pues en base a sus escritos y peticiones concretamente, el juzgador podrá impulsar la sustanciación de la causa, es decir, prohibiendo que juzgador actué de oficio, que de cierta manera se observaría como una suerte de ventaja o parcialidad a alguna de las partes.

Correlativamente a este principio surge otro, que es de transcendental importancia, esto es, el de imparcialidad del juzgador.

José Ovalle Favela, dice al respecto:

> La imparcialidad es una condición esencial para el ejercicio de la función jurisdiccional, que debe satisfacer no al órgano en sí, sino la persona o las personas que sean titulares de aquel. Para que el juez y los magistrados puedan dirigir el proceso con pleno respeto al principio de la igualdad de las partes y decidir el litigio con apego al derecho y a la justicia, es preciso que posean, en cada caso particular, la condición fundamental de la imparcialidad (Favela, 2005).

El tratadista Piero Calamandrei, indica que:

> El juez es un tercero extraño a la contienda, que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y con desapego; es un tercero inter partes, o mejor aún, supra partes (Calamandrei, 1960).

En teoría, los operadores de justicia tienen la obligación de ser imparciales y aún más, no responder a cuestiones o presiones externas, tanto sociales como políticas, aplicando entonces de la misma manera, el principio de igualdad, garantizando un proceso eficaz, rápido y permitiendo que ambas partes litiguen en igualdad de condiciones, dicho comúnmente en derecho, en igualdad

de armas. Por ejemplo, que ambas partes tengan el momento procesal oportuno para presentar sus alegatos, anunciar y posteriormente practicar sus medios de prueba, tener el mismo tiempo perentorio para ser escuchados por el juzgador, permitirles la oportunidad de pronunciarse sobre cada punto alegado o sustentado por la contra parte, y en fin permitir que exista una verdadera administración de justicia al cual se refiere el artículo 169 de la Constitución de la Republica.

Por lo tanto, el juzgador deberá adecuar su conducta a derecho y en si a los lineamientos del debido proceso, y en base a los fundamentos facticos, alegados por las partes procesales, a los fundamentos de derecho, y sobre todo a los medios de prueba practicados, deberá aplicando la sana crítica, encontrar la motivación correcta para emitir su fallo o resolución, otorgando a cada quien lo que le corresponda.

Nos corresponde en este momento observar la actuación del juzgador en la fase de saneamiento y validez procesal. Recordaremos que todo proceso inicia con la presentación de la demanda y respectivamente con la contestación de la misma, pues en base a los fundamentos de hecho y derecho alegados en ambas piezas procesales, se traba la Litis, es decir, el momento exacto en el cual se concreta el asunto de fondo controvertido, y en base a este, se ha seguir la tramitación de la causa. Consecuentemente, en la primera fase de la audiencia preliminar o primera etapa de la audiencia única, en la que se llevará acabo la fase de saneamiento y validez procesal, es la oportunidad procesal, en el cual las partes han de alegar cualquier vicio referente a cuestiones de procedimiento, validez o competencia, que pueda originar en alguna nulidad procesal. Por ejemplo, cuando no se ha citado correctamente a la parte demandada, un caso típico, es cuando la parte demandada, no se encuentra dentro de la circunscripción territorial ecuatoriana, pero pese a tener conocimiento de aquello la parte actora, y conociendo que tiene la obligación de poner en conocimiento al juzgador, para que ordene la citación mediante publicaciones en el consulado del

país en el que se encuentre, sin embargo, omite maliciosamente esta circunstancia y lograr realizar una citación a algún familiar del demandado dentro del estado ecuatoriano, a pesar que esa persona no ningún interés u obligación para actuar dentro de este proceso, observando un claro ejemplo en el que se transgrede los principios del debido proceso y derechos fundamentales, por lo tanto, aquí el juzgador ha de aplicar el contenido del artículo 294, numeral segundo, que en su parte pertinente señala: "La nulidad se declarará siempre que pueda influir en la decisión del proceso o provocar indefensión" (Nacional A. , 2015).

Dentro de esta etapa, parecía ser una excepción a los principios de director del proceso y el principio dispositivo, que conllevaba que el juzgador no pueda en ningún momento actuar de oficio, pues atacaría incluso al principio de imparcialidad e igualdad, sin embargo, sabemos que el juzgador siempre debe adecuar su conducta a derecho, por lo que implicaría el deber de evitar por parte de este, cualquier tipo de nulidad, que si no es declarada en esta etapa procesal, produciría efectos irreversibles en lo posterior. Por lo tanto, en esta etapa de saneamiento, si bien corresponde a primera vista a las partes alegar cualquier vicio o defecto, existiría un segundo filtro, que recae en el juzgador que conoce la causa, que previo a declarar la validez del proceso y continuar con las siguientes etapas procesales, se deben ordenar la convalidación de aquel vicio o defecto legal, caso contrario declarar la nulidad procesal, siempre y cuando cumpla con la condición que exige la ley.

Finalmente, en cuanto al rol del juzgador para conocer y resolver las excepciones previas, efectivamente si el demando deduce excepciones que dilatan o concluyan el proceso, estas deben ser fundamentadas en audiencia, sujetándose a la reglas y el criterio que el juzgador crea que son las correctas; pues nada dice nuestra normativa procesal, peor aún la resolución de la Corte Nacional de Justicia, para que finalmente resuelva según su naturaleza, es decir, si estas son o no

subsanables, permitiendo su convalidación mediante auto o dando por terminado el proceso si se trata de excepciones insubsanable, resolviéndolas mediante sentencia o auto interlocutorio. Pero hemos dejar sentando que, cuando analizamos cada una de las excepciones previas, habíamos indicado que algunas de estas gozan también de otras calidades, o sus efectos irradian no solo sobre las partes interesadas, en definitiva, algunas de estas eran también solemnidades sustanciales, presupuestos procesales o que sus efectos, tendrían injerencia sobre el orden público, porque lo que el juzgador debería actuar de oficio y resolverlas, caso contrario provocaría una violación de principios fundamentales como el de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, interés general sobre el interés particular, entre otros; sin embargo, lo expresado en líneas anteriores realmente queda inmerso en un aspecto deontológico, pues en la práctica los juzgadores realmente se limitan solo a resolver lo que las partes aleguen o soliciten, y en este caso frente a la ausencia del demandado para fundamentar las excepciones que dedujo en el escrito de su contestación, simplemente lo inadmiten y continúan con la sustanciación de la causa.

3.4 ANÁLISIS DE CASO PRÁCTICO.

En este momento es menester extraer un caso práctico y resaltar sus aspectos importantes en torno a cómo resuelve una excepción previa el operador de justicia, y por consiguiente, solventar algunas interrogantes, tales como: ¿En qué momento se resuelve la excepción previa?; ¿El juzgador permite que se fundamente la excepción?; ¿Permite que se practiquen medios probatorios?; ¿El juzgador emplea un análisis de la institución que descansa detrás de la excepción?; ¿Se aplica la Resolución de la Corte Nacional de Justicia?; ¿Se resuelve mediante auto interlocutorio o mediante sentencia?

Este caso es sustanciado en el Complejo Judicial del Consejo de la Judicatura de la ciudad de Cuenca, en la Unidad Judicial de lo Civil, dentro proceso N° 01333-2019-04716. Los fundamentos facticos que dan motivo a esta acción judicial, es precisamente la exigencia de cumplimiento de un contrato privado, celebrado en el 6 de mayo de 1981, cuyo objeto era la compraventa de un lote de terreno, contrato que a más de sus cláusulas ordinarias como los comparecientes, el objeto del contrato, el precio, etc., resaltaba una, que preveía una condición, misma que consistía en la obligación que recaía sobre el vendedor, de modo que una vez cumplida, permitiría que se perfeccione el contrato, con la respectiva celebración de la Escritura Pública. La obligación del vendedor consistía en la obtención de la autorización de venta otorgado por la institución pública, "IERAC", requisito fundamental para la venta de bienes que forman parte del patrimonio de tierras rurales, hoy en día vigente la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, y estipulando que en el caso que el vendedor no consiguiera tal autorización, las cosas volverían a su estado anterior, corriendo por parte del mismo la obligación de responder por los daños y perjuicios ocasionados a los compradores y restituyendo el valor pagado por la venta.

Efectivamente, el vendedor no consigue dicha autorización, y quedando en el olvido su obligación, sin embargo, por tratarse de ciudadanos de escasos conocimientos en derecho, mantenían la convicción de que por el solo hecho de entregar el inmueble, objeto de la compraventa, y los compradores de entregar el dinero, es suficiente para comprender que ahora ellos son los nuevos propietarios, circunstancia que obviamente es incorrecta. La necesidad de plantear la acción judicial, descansa, que en los últimos años se han presentado confrontaciones entre partes, dado que el vendedor al asesorarse jurídicamente en un momento dado, tuvo pleno conocimiento, que no se ha perfeccionado ninguna compraventa, lo que implica que el cuerpo de terreno siga bajo el dominio del mismo, siendo este el amo y señor de su lote de terreno, y empleado

actos que solo el dominio puede otorgarle, obviamente actuando de la mala fe, pues niega en todo momento la existencia de aquel contrato privado, que incluso fue realizado por costumbre en aquellos años, ante el teniente político de las zonas rurales, en este caso, ante el Teniente Político de la parroquia de Cumbe, y de la misma negando la existencia del pago por la supuesta venta del terreno.

Todas estas circunstancias, motivó a la parte perjudicada a presentar una demanda ante un juez de lo civil, cuya pretensión es básicamente el cumplimiento del contrato; una vez presentada la demanda, misma que cumpliendo con los lineamientos del debido proceso, fue calificada y admitida a trámite por la juzgadora que por sorteo conoció la causa, constatando de antemano, cualquier vicio existente que ataca alguna solemnidad sustancial, y en lo posterior ordenando la citación al demandado con el contenido de la demanda, y concediéndole el termino previsto en la ley a la parte demanda para que presente su contestación y deduzca las excepciones con las que se crea asistido.

Transcurrido el término legal y perentorio para que presente la contestación la parte demandada, el operador de justicia, convoca a audiencia preliminar, pues recordaremos que estamos frente a una acción que se sustancia en la vía ordinaria. En base a las reglas generales para la audiencia preliminar, en primer lugar, la operadora de justicia resuelve respecto a su competencia, y se declara competente para conocer el mismo, en base a los términos de los Arts. 159 y 160 del Código Orgánico de la Función Judicial. En segundo lugar, en base al debido proceso, y con el afán de evitar cualquier tipo de dilaciones o incidentes, la juzgadora, abre la etapa procesal, para que el demandado fundamente las excepciones con la que se cree asistido, en este caso, el demandado ha deducido las excepción de error en la forma de proponer la demanda, inadecuación de procedimiento; indebida acumulación de pretensiones y la prescripción de la

acción ordinaria. Antes de observar el análisis que emplea la juzgadora respecto a las excepciones, hemos de hacer un hincapié sobre la forma en la que se ejerce la defensa de la parte demandada, sin lugar a duda, la forma en lo que hace, constituye como se diría coloquialmente, un champús de excepciones, dado que a pesar de ser una realidad en los juzgados del Ecuador, lo que se hace es emprender una defensa paupérrima, sin la suficiente preparación, pues lo que hace el abogado, es lanzar una serie de excepciones dilatorias y perentorias, con el único afán de que por lo menos una de estas sea acogida por el órgano judicial, ya sea para retardar el proceso o de tener suerte, poner fin al mismo con una excepción insubsanable; circunstancia que debería ser corregida desde la aulas de las facultades de jurisprudencia, pues es deber el abogado siempre emplear una defensa apegada a derecho, correcta y jamás pretendiendo obtener ventajas en base a mecanismo incorrectos o actuaciones vagas, sin ningún sentido legal. Lo manifestado es fiel reflejo en este caso en específico, pues al no deducir una excepción que de verdad se ajuste a las situaciones fácticas, como a los fundamentos de derecho, sino más bien deduce excepciones, entre más mejor, para que luego al momento de sustentarlas, ver cuál de estas podría ser acogidas por el órgano judicial.

Retomando el asunto, hemos advertido que la juzgadora al momento de conceder la palabra para que fundamente y pruebe las excepciones previas el demandado, simplemente abre un espacio procesalmente hablando, para que el demandado alegue las razones para que procedan sus excepciones, y si tiene algún medio probatorio lo practique, y luego de su intervención, concederle la oportunidad para que se pronuncie a la parte actora; entonces, observando dos aspectos fundamentales, el primero, que todo recae al criterio y discreción del juzgador al momento de conceder la oportunidad para fundamentar una excepción, pues al no existir ninguna norma expresa que indique como se ha practicar algún medio probatorio para fundamentar una excepción,

esto se lo haría simplemente bajo una actuación consuetudinaria, es decir, el demandado alega su excepción, si tiene algún medio de prueba, lo practique; luego de poner en conocimiento al juzgador y entregarle al actor para que lo revise y se pronuncie del mismo y todo esto, basado en la formula "en base al debido proceso y al derecho de defensa y contracción", pero aquello, constituye una barbaridad puesto que solo por pronunciar aquel adagio, se puede crear, modificar instancias o etapas procesales, y todo en torno a la discrecionalidad del juzgador.

De lo mencionado, se deduce el segundo punto, esto es, si efectivamente existe el deber de probar una excepción previa, se debería mediante norma expresa, practicar cada prueba, pensemos un documento, una grabación, la declaración de un testigo, debido a que todas estas reglas solo están previstas para la práctica de medios de prueba para las audiencias de juicio. Y el motivo de todo lo expuesto en líneas anteriores, es el fiel reflejo en este caso en específico, dado que la juzgadora, otorgó un tiempo perentorio para que el demandado fundamente sus excepciones, en base a lo que este crea correcto y de la misma forma con la parte actora, y una vez escuchada a ambas partes, resolvió y acogió solo una excepción, que a mi aparecer era la forma más fácil y menos complicada de resolver el caso, es decir, solamente hizo alusión a la excepción de prescripción, dejando a lado las excepciones de error en la forma de proponer la demanda, inadecuación de procedimiento e indebida acumulación de pretensiones y al respecto dice:

> En el caso que se examina, la prescripción, conlleva el reconocimiento de ese derecho, que habiendo existido real y verdaderamente, se extinguió por no haberse ejercido la respectiva acción dentro del lapso señalado por la ley. La prescripción comprueba la existencia del derecho por ella extinguido sin que por ello se reconozca su exigibilidad actual; y no solamente lo anterior, si no que la excepción de prescripción debe ser dilucidada de manera prioritaria, en la

etapa de saneamiento, pues, de ser aceptada esta y teniendo el carácter de insubsanable, desplaza a los demás medios de defensa. (Cumplimiento de Contrato, 2019)

La jueza analiza los hechos narrados por ambas partes y sostiene que efectivamente han transcurrido ya más de 30 años, tiene en cuenta el artículo 64 numeral 4 del COGEP, referente a la interrupción de la prescripción con la citación de la demanda, y manifesta que incluso, si se aplicará esta disposición, ya han trascurrido más de 10 años, por lo que no tiene cabida. Posteriormente hace alusión al debido proceso reconocido en el artículo 76 de la Constitución de la Republica, y resalta los principios dispositivo, concentración y preclusión, indicando que un proceso judicial, no puede quedar latente de manera indefinida, hasta el deseo de las partes y trae a colación al tratadista Chiovenda, que su obra "Instituciones de Derecho Procesal Civil", que una facultad procesal precluye:

> 1. Por no haber observado los plazos perentorios o la sucesión legal de las actividades y de las excepciones; 2. Por haber realizado una actividad incompatible con el ejercicio de la facultad, como la proposición de una excepción incompatible o el cumplimiento de un acto incompatible con la intención de impugnar una sentencia; y, 3. Por haber ejercitado válidamente antes la facultad.

Por lo tanto, explica que la prescripción es una facultad sancionadora, a quien teniendo el deber de actuar y exigir tal derecho, no lo hace y fundamentando lo alegado en disposiciones del al Código Civil, una de ellas el artículo 2393, que se refiere al deber de alegar la prescripción, por quien quiere beneficiarse de la misma. Así mismo el artículo 2414, en el siguiente tenor "La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible". (Nacional A. , 2015)

El artículo 2415 establece: “Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias. La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco” (Nacional A. , Código Civil Ecuatoriano, 2015)

Por lo tanto, concluye la juzgadora que, la excepción de prescripción se ha demostrado cabalmente, y después de dicha motivación, pasa a resolver simplemente en base al único artículo existente dentro del COGEP, esto es, el artículo 295, en su numeral primero, que indica que cuando se acogido alguna excepción insubsanable, se declara sin lugar la demanda, y se ordena a su archivo mediante sentencia. En ningún momento hizo alusión a la Resolución de la Corte Nacional de justicia.

Finalmente, de este caso podemos observar ciertas peculiaridades estrictamente al sistema de resolución de excepciones previas. Se evidencia claramente que las excepciones previas son deducidas en el escrito de contestación. A su vez estas son alegadas y sustentadas en la primera fase de la audiencia preliminar. Efectivamente se observa que la forma y los medios para probar las excepciones quedan totalmente a la discrecionalidad de la parte demandada, debido a que el operador de justicia simplemente concede el espacio sin dar ninguna pauta respecto a cómo se practicará algún medio probatorio, sino más bien una vez terminada la intervención del demandado, le concede la palabra a la parte actora para que se pronuncie respecto a las excepciones y todo esto siempre bajo la fórmula “ garantizando el derecho a la defensa y contradicción”. Pero quedando en la penumbra, como se debería actuar la declaración de algún testigo, la reproducción y exhibición de algún documento, por lo tanto, si se llegará a dar este supuesto, el juzgador debería actuar bajo su criterio y con la intención de permitir que se practiquen dichos medios de prueba, intentar no transgredir garantías del debido proceso.

3.5 CONCLUSIONES.-

Finalizado el análisis doctrinario y normativo de las Excepciones Previas previsto en el Sistema Procesal ecuatoriano en relación a su forma en cómo deben ser resueltas, se han llegado a las siguientes conclusiones que a continuación se detallan:

- La acción es la facultad que tiene todo ciudadano para recurrir ante el órgano competente, cuando han sido vulnerados sus derechos, acción que se materializa mediante la demanda. Frente a este requerimiento judicial, el demandado podrá oponerse frente a las afirmaciones y pretensiones del actor a través de la contestación a la demanda; y a su vez se encuentra facultado de proponer excepciones, ya sean estas tendientes a depurar el proceso o dar por terminado de manera anticipada el proceso.

- Las excepciones previas, tanto dilatorias y perentorias, son tasadas y se encuentran previstas dentro del Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 153. La primera de ellas, tiene un especial tratamiento, y es cuanto a la excepción de incompetencia del juzgador, que actualmente no pone fin al proceso, pues en base al artículo 13 del COGEP, en concordancia al artículo 129.9 del COFJ, el juez deberá pronunciar su auto de inadmisión, y deberá remitir al juzgador correspondiente, sin declarar la nulidad de lo actuado, constituyente de esta manera la regla general; sin embargo, la única excepción, es en el caso de que se evidencie incompetencia, en razón a un límite relativo de la jurisdicción, estrictamente al de la materia, en este caso, se deberá declarar la nulidad procesal y dar por terminado el proceso, sin perjuicio que el actor decida proponer la demanda nuevamente ante el juzgado competente.

- Las excepciones previas que son subsanables, son la excepción de error en la forma de proponer la demanda; falta de capacidad o incompleta conformación de litisconsorcio, deberán resolverse en la forma que señalan los numerales dos y tres del artículo 295 del COGEP, y mediante auto interlocutorio, ya sea para aceptarlas o rechazarlas. Sin embargo, la excepción de Falta de Legitimación o Legitimario Ad Causam, debe resolver mediante sentencia, cuando no es posible subsanar o validar. Debemos también dejar sentando que la excepción de inadecuación de procedimiento, debería ser considera subsanable y conceder un término para que el actor convalide tal defecto y se continúe con la sustanciación de la causa. Debiendo resolverse en todo caso mediante auto interlocutorio.

- Las excepciones que no son subsanables, deberán ser acogidas mediante auto interlocutorio o mediante sentencia, según sea su naturaleza, misma que dependerá si estas son aquellas que se refieren a cuestiones netamente procesales o por el contrario, si atacan al derecho sustancial controvertido. Deberán ser acogidas mediante auto interlocutorio, las excepciones de indebida acumulación de pretensiones, litispendencia y existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación

- Las excepciones de Prescripción; Caducidad; Cosa Juzgada, Transacción, son excepciones que están dirigidas a atacar cuestiones de fondo, imposibilitando al juzgador conocer y resolver la causa, por lo que al ser debidamente fundamentadas y probadas por

el demandado, el operador de justicia, no deberá más que aceptarlas mediante sentencia, concluyendo de esta manera el proceso.

- La falta de regulación normativa, en apego a derecho y a doctrina, respecto a las excepciones previas y resolución, generó la necesidad que en el año 2017, un año tras la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, el más alto Tribunal de Justicia en el Ecuador, tuvo que emitir una resolución, cuyo carácter es de obligatorio cumplimiento por los operadores de justicia, pretendiendo resolver inquietudes, como: ¿En qué momento se deben deducir las excepciones previas?; En qué etapa o fase procesal, deben ser fundamentadas y resueltas?; ¿Qué excepciones son dilatorias y perentorias?; ¿Cuáles son subsanables y no subsanables?; ¿Cuáles deben ser resueltas por auto interlocutorio o sentencia?. En fin, una serie de interrogantes que lo único que realizó la Corte Nacional de Justicia fue emplear un análisis interpretativo de la norma adjetiva, para intentar resolver algunas de esas inconsistencias legales, pero dejando todavía ciertos vestigios que lamentablemente deberán ser resueltas por el operador de justicia, bajo su criterio y discrecionalidad en cada caso en concreto.

- Por todo lo expuesto, creemos que la forma para solventar los vacíos existentes al momento de resolver sobre las excepciones previas, es que exista una reforma, aunque resulta tedioso manifestar aquello, es necesario que los puntos que de una u otra manera ha intentado resolver la Corte Nacional de Justicia, mediante la Resolucion12-17, se encuentre expresamente recogidos en las diferentes disposiciones dentro del Código Orgánico General de Procesos, para que de esta manera se respeten los principios del

debido proceso, y el juzgador cumpla verdaderamente con el principio de director del proceso, y no deba de cierta manera aplicar su discrecionalidad y criterio para pretender resolver los vacíos que se presenten en cada caso en concreto, generando inseguridad en que unos casos, el juzgador ha de resolver de una determinada manera, y otra juzgador de otra forma, garantizando uno más derechos que el otro, sino más bien, no tener duda alguna, que si se presenta la excepción por ejemplo de litispendencia, inadecuación de procedimiento, existencia de convenio de mediación, estas se resuelvan correctamente mediante sentencia o auto respectivamente, respetando entonces la verdadera naturaleza jurídica que descansa detrás de casa excepción previa, y que todos los operadores de justicia sigan el mismo criterio para su tramitación.

- Finalmente sugerimos que, mediante la función legislativa, se agregue de manera expresa en el Código Orgánico General de Procesos, la forma en cómo se han de practicar los medios de prueba estrictamente para fundamentar las excepciones previas en audiencia preliminar o única, pensemos por ejemplo, el termino necesario para notificar a un testigo; la práctica de una prueba documental, en fin determinar de manera correcta el medio probatorio idóneo para probar cada una de las excepciones. Por lo antes expuesto, creemos necesario que en el COGEP, se establezca reglas o pautas que guíen al operador de justicia a garantizar correctamente los lineamientos del debido proceso y los derechos constitucionales en cada caso en concreto, evidenciando el respeto a los principios de igualdad, objetividad, defensa, oportunidad y concentración, pues de algo estamos seguros, que cuando se habla de libertad probatoria, esto no significa libertinaje probatorio, lo que implica que si bien las partes procesales pueden practicar cualquier

medio probatorio que crean necesario, pero estos deben ser pertinentes, útiles y conducentes, con el fin de demostrar la excepción previa y llevar al convencimiento al órgano judicial.

Bibliografía

012-14-SEP-CC (Corte Constitucional 15 de Enero de 2014).

064-14-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 09 de Abril de 2014).

005-16-SEP-CC (Corte Constitucional 06 de Enero de 2016).

213-16-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 06 de Julio de 2016).

0108-16-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador. 06 de abril de 2016).

0123-2016 (Sala de lo Civil, Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. 10 de Junio de 2016).

117-2018-SEP-CC (Corte Constitucional 28 de Marzo de 2018).

01333-2019-04716. (UNIDAD JUDICIAL CIVIL DEL CANTON CUENCA 05 de diciembre de 2019).

Alvarado Velloso, A. (1989). *Introducción al Estudio del Derecho Procesal-Tomo 1.* Rubinzal-Culzoni Editore.

Angelis, D. B. (1975). *La Audiencia Preliminar.* Uruguay: Revista Uruguaya de Derecho Procesal.

Barney, O. C. (2015). *Defensa a la Defensa y Abogadecia en Mexico.* Mexico.: Instituto de Investigación Jurídicias.

Benabentos, O. (1998). Capítulo II: Excepciones Previas. En *Excepciones y Defensas Procesales* (pág. 40). Rosario-Argentina: Editorial Juris.

Benabentos, O. A. (1998). En *Excepciones y Defensas Procesales.* (págs. 21-22). Rosario: Editorial Juris.

Bermejo, P. (1995). *La Audiencia Preliminar en el Proceso Civil.* Madrid : Revista de Colegio de Abogados de la Plata.

Cabanellas Torres, G. (2003). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III.* Buenos Aires-Argentina: Editorial Heliasta.

Caivano, R. J. (2015). El Contrato de Arbitraje y su Autonomía respecto del Contrato que lo contiene. En R. J. Caivano, *Derecho y Ciencias Sociales* (págs. 13-39). Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica.

Caivano, R. J. (03 de marzo de 2020). *El Arbitraje: Nociones Generales.* Obtenido de Derecho Ccomerical: http://www.derecho-comercial.com

Calamandrei, P. (1960). *Proceso y Democracia.* Buenos Aires: EJEA.

Calamandri, P. (2006). *Intituciones de Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires : Editorial Leyer .

Carnelutti, F. (1994). *Sistema de Derecho Procesal Civil.* Barcelona-España: Editorial Hispano América.

Chiovenda, G. (1989). *Instituciones de Derecho Procesa Civil Tomo II.* México: Cárdenas Editor y Distribuidor.

Coaguila, C. A. (2011). *Tratado de Derecho Arbitral.* Bogotá- Colombia: Colección Estudios.

Conde, F. J. (2015). *Manual de Derecho Proceso Civil, Tomo I Teoría General del Proces.* España-Murcia: Murcia: DM.

Constituyente, A. (2008). *Constitución de la República del Ecuador.* Quito: Ediciones Legales.

Convención Americana de Derechos Humanos. (03 de Febrero de 2020). *Departamento de Derecho Internacional*. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Corte Nacional de Justicia. (2017). *Resolucion 12-2017.* Quito.

Cortés, F. P. (2015). ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DE LAS PRETENSIONES Y EXCEPCIONES COMO ELEMENTOS ESENCIALES DEL PROCESO Y DE LA SENTENCIA JUDICIAL. *Revista Publicana* , 153-170.

Couture, E. (2002). *FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL.* Montevideo: B de F Ltda.

Cumplimiento de Contrato, 01333-2019-04716 (Unidad Judicial de lo Civil del cantón Cuenca 23 de Junio de 2019).

Diccionario de la Real Academia Española. (11 de junio de 2020). *Real Academia Española*. Obtenido de https://dle.rae.es/acci%C3%B3n

Echandia, H. D. (2013). Teoría General del Proceso. Buenos Aires-Argentina: Editorial Universidad.

F.Canosa. (2006). *Excepciones Previas.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Falconí, J. G. (2017). *Manual de Derecho Procesal Civil y Penal.* Quito: Graficorp.

Favela, J. O. (2005). *Teoría General del Proceso.* . México: Colección Textos Jurídicos Universitarios .

Hernández, M. d. (2003). La Mediación en la Resolución de Conflictos. *Universidad de Barcelona. Departament MIDE*, 125-136.

Impugnacion de Paternidad, Resolucion 107-2014 (Corte Nacional de Justicia-Sala de la Familia, Mujer, Niñez , Adolescencia y Adolescentes Infractores 09 de Junio de 2014).

Judicial, G. (2007). *Resolucion Series XVIII. N°3.* Quito.

Mercantil., C. S. (2001). Quito: Gaceta Judicial .

Nacional, A. (2006). *Código de Procedimiento Civil.* Quito.: Corporacion de Estudios y Publicaciones.

Nacional, A. (2015). *Código Civil Ecuatoriano.* Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones.

Nacional, A. (2015). *Código Orgánico General de Procesos.* Quito: Corporaciones de Estudios y Publicaciones.

Nacional, C. (2018). *Ley de Arbitraje y Mediación.* Quito: COMISION DE LEGISLACION Y CODIFICACION.

Osterling Parodi , F., & Castillo Freyre, M. (27 de febrero de 2020). Obtenido de La Transacción: https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/122_La_Transaccion.pdf

Palacio, L. E. (2003). Capitulo III. Distintas Clases de Procesos. En *Manual de Derecho Procesal Civil* (págs. 77-78-79). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Palacio, L. E. (2003). Capitulo XVI: La Defensa. En *Manual del Derecho Procesal Civil* (pág. 377). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Piedra Iglesias, O. (2017). *Apuntes sobre Derecho Procesal Civil.* Cuenca: Universidad del Azuay.

Plana, J. C. (1999). *Las Excepciones Dilatorias y Perentorias en el Proceso Civil* . Madrid-España: Dykinson.

Ramírez, F. V. (s.f.). El Compromiso Arbitral. Lima-Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Resolucion del Tribunal de Jueces Superiores., 00448-2010-0-2601-JR-CI-01 (Sala de Jueces Superiores. 09 de septiembre de 2010).

Rivas, D. M. (2015). El Principio Pacta Sunt Servanda y la Cláusula Rebus Sic Stantibus en el Sistema Normativo Mexicano, Iusinternacional y Comparado. *Tohil- Revista Jurídica de la Facultad de Derecho*, 07-40.

Rocco, U. (1970). *Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen I.* Bogotá: Editorial Temis.

Romero, L. G. (2012). *Teoría General de Proceso.* Ciudad de Mexico: Red Tercer Milenio S.A.

Rozenmblum de Horowitz, S. (1998). *Mediación en la Escuela.* Buenos Aires: Aique.

Tribunal Supremo, S. d. (2015). *Resolución 79/2015.* Madrid.

Troya, A. (1978). *Elementos del Derecho Procesal Civil.* Quito: Universidad Católica.

Universojus- Diccionario de Derecho. (16 de Diciembre de 2019). Obtenido de http://universojus.com/definicion/thema-decidendum

Vaca, F. J. (2011). En F. J. Vaca, *Derecho Procesal Civil. Teoría y Clínica.* (pág. 109). Mexico: Oxford University Press México, S.A de C.V.

Véscosi, E. (1986). *El proyecto de Código procesal civil uniforme para América Latina.* Bogotá: Revista del Instituto Colombiano del Derecho Procesal.

Vial, F. R. (1998). *Los Bienes* . Chile: Lexis Nexis.

Villalobos, S. S. (2013). Saneamiento Procesal y Fijación de Puntos Controvertidos para la Adecuada Condunción del Proceso. *IUS ET VERITAS*, 220-234.

Vodanovic, A., Alessandri, A., & Somarriva , M. (2015). *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General.* Chile: Dislexia Virtual.