



Universidad Internacional SEK

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo de titulación para la obtención del Título de Master en Derecho Procesal
y Litigación Oral

**Título: Tratamiento de las Excepciones Previas en Materia Civil ante la
Ausencia del Demandado.**

Autor: Valeria Elizabeth Vaca Hidalgo

Directora del proyecto:
ANA INTRIAGO, Dra.

Quito, mayo de 2018

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, VALERIA ELIZABETH VACA HIDALGO, con cédula de ciudadanía No. 1003072137, declaro bajo juramento que el trabajo aquí desarrollado es de mi autoría, que no ha sido presentado previamente para ningún grado o calificación profesional, y que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo a la Universidad Internacional SEK Ecuador, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

Valeria Elizabeth Vaca Hidalgo

CC. 1003072137

DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado a mis hijos Ricardo y Antonella, a quienes deseo vean en mí un ejemplo a seguir; que a través del esfuerzo diario, confiando siempre en Dios, se puede cumplir la meta anhelada. Gracias por ser mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

Valeria.

ÍNDICE

RESUMEN	6
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I SISTEMA ORAL EN MATERIA CIVIL.....	14
1.1. La Oralidad	14
1.2. Principios	24
1.3. Actos de Proposición	30
1.3.1. Demanda.....	30
1.3.2. Contestación a la Demanda	38
1.3.3. Reconvención.....	42
1.3.4. Contestación a la reconvención.....	43
1.3.5. El Saneamiento Procesal	44
1.3.6. Presupuestos procesales.....	50
CAPITULO II LAS EXCEPCIONES PREVIAS	53
2.1.- Definición y Naturaleza Jurídica.....	53
2.2. Excepciones subsanables e insubsanables.....	56
2.3.-Incompetencia del Juzgador.....	60
2.4.- Incapacidad de la Parte Actora o de su Representante.....	68
2.5.- Falta de Legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda.....	74
2.6.- Error en la forma de proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones	81

2.6.1 Inadecuación de procedimiento	84
2.6.2 Indebida acumulación de pretensiones	87
2.7. Litispendencia.....	90
2.8.-Prescripción.....	94
2.9.- Caducidad.....	97
2.10.- Cosa Juzgada.....	101
2.11.- Transacción	103
2.12.- Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación.	105
2.12.1 La mediación	105
2.12.2. Compromiso arbitral.....	108
2.13. Momentos para resolver las excepciones previas en los procedimientos previstos	112
2.13.1. Procedimiento ordinario	112
2.13.2. Procedimiento sumario	116
2.13.3. Procedimiento ejecutivo	117
2.13.4. Procedimiento voluntario.	119
2.14- El rol del Juez en el saneamiento	120
CONCLUSIONES.....	129
Bibliografía.....	137

RESUMEN

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, por el cual el sistema procesal en materias no penales debe ser sustanciado mediante el procedimiento oral, hace necesario realizar un estudio sobre el tratamiento que debe darse a las excepciones previas en materia civil, en ausencia del demandado; pues al existir excepciones previas subsanables e insubsanables, cada una tiene efectos jurídicos diferentes si el juzgador resuelve, u omite resolver; de ahí la necesidad de que el juez establezca bajo que consideraciones debe resolver cada una de estas excepciones, de acuerdo al eventual escenario de la ausencia del demandado, considerando que el sistema oral, impone la obligación a las partes procesales de presentarse a la audiencia para la sustanciación oral de los actos de proposición deducidos.

Palabras claves: subsanable, insubsanable, seguridad jurídica, saneamiento procesal, validez procesal.

ABSTRACT

With the entry into force of the General Organic Code of Processes, by which the procedural system in non-criminal matters must be substantiated through the oral procedure, it is necessary to conduct a study on the treatment that should be given to the previous exceptions in civil matters, in the absence of the defendant; since there are previous exceptions that can be rectified and insubstantial, each one has different legal effects if the judge resolves, or fails to resolve; hence the need for the judge to establish under what considerations must resolve each of these exceptions, according to the eventual scenario of the absence of the defendant, considering that the oral system imposes the obligation on the parties to appear at the hearing to the oral substantiation of the acts of proposition deduced.

Keywords: rectifiable, insubstantial, legal security, procedural sanitation, procedural validity.

INTRODUCCIÓN

El anterior sistema procesal escrito, que establecía el Código de Procedimiento Civil, disponía que el demandado debía deducir excepciones junto con la contestación a la demanda; estas excepciones se clasificaban en excepciones dilatorias y perentorias; las primeras que constituyen una oposición procesal temporal, de carácter subsanable; y, las perentorias que tienen por objeto atacar directamente a la pretensión del actor de manera definitiva.

Generalmente en el anterior procedimiento escrito, las excepciones cuando eran dilatorias en algunos casos podían generar autos de nulidad, que obligaban a retrotraerse al momento mismo que se produjo la omisión, e incluso violación de trámite que ha sido advertido por la parte demandada en su contestación a la demanda, pues el juez podía entender que el continuar sustanciado una causa, con omisión de alguna naturaleza podía influir en la decisión final, por no subsanar oportunamente.

Las excepciones perentorias y dilatorias, se debían deducir en la contestación a la demanda, que era el momento procesal oportuno; a efectos de que el juez sustancie dichas excepciones durante todo el juicio y en el momento que tenga que dictar sentencia las resuelva de manera obligatoria.

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, a partir del 22 de Mayo del 2016, el Derecho Procesal Civil en el Ecuador, paso a ser tratado mediante el sistema oral, apartándose de la sustanciación de los procesos de la forma tradicional que se mantenía en el sistema escrito; conservándose actualmente ciertos actos que aun con la implementación del sistema oral, deben presentarse por escrito como son los actos de proposición de la demanda, contestación a la demanda, reconvencción, contestación a la reconvencción, y fundamentación de los recursos de impugnación.

Las excepciones dilatorias y perentorias definidas en el derogado Código de Procedimiento Civil, pasaron con el sistema oral vigente en el actual Código Orgánico General de Procesos a llamarse excepciones previas, que a la vez se clasifican en subsanables e insubsanables; las primeras, con la posibilidad de corregir el error que adolezca la demanda, dentro del término legal; y, las segundas poniendo fin al proceso, su tratamiento se desarrolla en la primera fase de la audiencia preliminar, o en la primera fase de la Audiencia Única, de acuerdo al procedimiento que corresponda.

Uno de los problemas que surge es la actuación del juzgador cuando ha llegado a la fase de saneamiento procesal, previo a declarar la validez procesal; momento en el cual se trata las excepciones previas, y el demandado no está presente para sustentar y confirmar dichas excepciones, sin embargo de haberlas deducido dentro del término legal, en su contestación; es así que el presente trabajo está orientado a determinar cuáles son las excepciones previas que el juzgador puede resolver aun en ausencia del demandado, por ejemplo si existe una excepción previa insubsanable y justificada como la cosa juzgada, el juez de oficio podría resolver dicha excepción, por las características y condiciones de dicha institución jurídica.

Determinar si esta oficiosidad del juez en el caso específico, no es asumida por la parte actora como parcialización, y que el juez está apartándose de la garantía básica del debido proceso, en la cual establece que las partes deben ser juzgados por un juez imparcial; imparcialidad que se reflejaría al no sustanciar dicha excepción por no encontrarse la parte demandada para sustentar o confirmar lo expuesto en su contestación; pero el juzgador podría sostener en su condición de director del proceso, la obligación que tiene el juez de precautelar la garantía constitucional de seguridad jurídica, que aun en ausencia del demandado dicha excepción se debió sustanciar, a

efectos de llegar con un proceso debidamente saneado que alcance validez procesal, y constituya una relación jurídica válida.

Pero esta oficiosidad del juez no se encuentra prevista, ni reglamentada, es decir esta sustentación de las excepciones es atribuida a la parte procesal demandada que deduce excepciones, en tanto que el juez es el director del proceso; y, es justamente lo que está sucediendo en la actualidad en los juzgados, los jueces no están entrando a conocer y resolver las excepciones previas sea cual sea su naturaleza, si el demandado no está presente, y simplemente se están desarrollando las audiencias sujetándose al hecho de que si la parte demandada no se encuentra presente, se produce la pérdida de la oportunidad procesal, relevándose de la obligación de sustanciar y resolver las excepciones previas, sin considerar los efectos jurídicos que aquello puede ocasionar, por no resolver dichas excepciones y proceder el saneamiento procesal.

De esta situación surgen las siguientes preguntas:

1. ¿Debe el juez resolver una excepción previa, cuando la parte demandada no comparece a la Audiencia?
2. ¿Si el juez resuelve una excepción previa en ausencia del demandado, se podría considerar como parcialidad del juez?
3. ¿Si el juez no resuelve una excepción previa por la ausencia del demandado, se podría considerar que vulnera la seguridad jurídica?

Una vez que se desarrolle la investigación, se determinara el tratamiento adecuado que se debe dar a cada una de las excepciones previas determinadas en el Art.153 del Código Orgánico de Procesos, en ausencia del demandado, considerando aquellas que necesariamente deben ser sustentadas y otras que el juez debe actuar de oficio, en

aplicación de la garantía de la seguridad jurídica, aportando al derecho procesal civil, los parámetros por los cuales se deben o no resolver dichas excepciones, y las consecuencias que se derivaran, de la resolución o de la omisión de resolver.

El enmarcar un procedimiento de cómo se debe tratar las excepciones previas, por parte de los administradores de justicia, permitirá que en el sistema oral, previo a declarar la validez procesal de un juicio, aun cuando no haya sustentación directa de la parte demandada que haya alegado; el juez de manera obligatoria deberá resolverlas, a efectos de sustanciar un juicio que tenga vinculo jurídico valido, hasta llegar a una sentencia que resuelva el fondo del conflicto y, surta los efectos legales.

Las partes procesales actor y demandado, también tendrán un escenario claro frente a lo que sucederá cuando se ha deducido una excepción previa sea esta subsanable e insubsanable, aun cuando no esté la parte demandada para sustentar dicha excepción; y la razón del porque el juzgador debe resolverlas o no.

Esta investigación se realizará a través del estudio de casos resueltos por excepciones previas que han concluido con autos interlocutorios y sentencias, que permitirá conocer la realidad procesal del sistema oral, desde la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, en el caso particular de la contestación a la demanda, que es un acto de proposición que ha marcado una nueva forma de sustanciar un proceso en el nuevo sistema oral, pues dependerá de las excepciones previas que se deduzcan y que se prueben, y a las que se sujetara el juzgador en el desarrollo de una audiencia, pudiendo concluir en auto interlocutorio o sentencia, sin llegar a sustanciar la fase probatoria.

La contestación a la demanda en ocasiones se limitaran a contradecir los fundamentos de la demanda; pero se vuelve interesante cuando se han deducido

excepciones previas, pero estas de acuerdo al sistema oral que establece la importancia de la comunicación a través del lenguaje entre el juez y las partes, impone una obligatoriedad de la presencia de las partes, para sustentar sus afirmaciones y sus negativas a tales afirmaciones.

La ausencia del actor a una audiencia, como se encuentra regulado ocasionara el abandono con la consecuencia de impedirle volver a presentar la misma acción en contra de la misma persona. Pero la ausencia del demandado a la audiencia ocasiona la perdida de la oportunidad procesal, es decir si no sustento su negativa que se base en la simple contradicción a la demanda o las excepciones previas determinadas, el juez debería omitir y continuar sustanciando el proceso, hasta llegar a la decisión final.

Pero existen excepciones previas, que el juez debe detenerse y resolver aun cuando el demandado no esté presente en la audiencia, sobre todo cuando las excepciones que al no ser subsanadas y decidir omitir resolverlas generarían sentencias contradictorias, inhibitorias que atentan a la seguridad jurídica, ejemplo la excepción previa de la transacción, la litis pendencia, la cosa juzgada, la falta de legitimación en la causa, la caducidad.

Hay otras excepciones que no producirían el mismo efecto si el juez omite resolverlas si el demandado no se ha presentado en la audiencia a sustentarlas, por ejemplo la prescripción, que como establece el Código Civil el que pretenda beneficiarse de esta institución deberá alegarla porque el juez, no puede declararla de oficio, es decir en este caso no solo bastaría que el demandado lo haya deducido por escrito sino que además debería sustentarlo de manera obligatoria; pero aun en esta excepción deberíamos precisar que debería entender el juez por alegada, si el hecho

que conste por escrito la alegación, o el hecho de que sea sustentado oralmente en audiencia la excepción de prescripción.

En la presente investigación se aplicara el método hipotético deductivo, partiendo de lo amplio a lo general, explicando la hipótesis y deduciendo las consecuencias elementales mediante la verificación de los enunciados con la experiencia; se inicia de la revisión teórica, de donde se obtuvo una hipótesis que luego se sometió a comprobación. La hipótesis que se planteó como principal, es que el juez debe resolver de manera obligatoria ciertas excepciones previas, previo a declarar la validez procesal, aun cuando el demandado no se encuentre presente para sustentar, pues omitir resolver atenta contra la seguridad jurídica.

La elaboración de este trabajo comienza por conceptualizaciones básicas de la oralidad, sus principios, particularmente el de saneamiento procesal, los actos de proposición en el capítulo I. En el Capítulo II se estudiara las excepciones previas, definición y naturaleza jurídica, así como individualmente cada una de ellas, su tratamiento una vez que han sido deducidas, frente a la ausencia del demandado, y el rol del juez en el saneamiento procesal.

La investigación se realizara en los procesos reales presentados por los usuarios de la administración de justicia, sobre las causas resueltas por autos interlocutorios y sentencias, emitidas por los jueces de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Otavalo, desde la vigencia plena del Código Orgánico General de Procesos, hasta el 31 julio del 2017, utilizando la técnica de análisis documental, bibliografía, sentencias, autos interlocutorios, culminando con las conclusiones pertinentes.

CAPÍTULO I

SISTEMA ORAL EN MATERIA CIVIL

1.1. La Oralidad

El Ecuador desde el inicio de su vida republicana, con la aprobación de la Constitución de 1830, estableció en el Título V de la carta magna, al Poder Judicial disponiendo que la Justicia será administrada por una Alta Corte, instaurándose desde ese momento un sistema escrito en su mayor parte, con ciertos actos procesales que se realizaban de manera oral, para luego reducirlos a escritos. El 20 de octubre del año 2008, se publicó la nueva (Constitución de la República del Ecuador , 2008) que en su Art. 168 dispone:

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. (pág. 95)

Bajo este mandato constitucional la administración de justicia deberá sustanciar los procesos judiciales en todas las materias, instancias, etapas mediante el sistema oral; habiendo iniciado este cambio del sistema escrito por el oral, con el Código Orgánico Integral Penal, para posteriormente el 22 de Mayo del 2015, publicar en el Registro Oficial – 506 el nuevo Código Orgánico General de Procesos, aplicable en materia civil, laboral, mercantil, contencioso administrativo, contencioso tributario, inquilinato, es decir materias no penales.

La creación y posterior implementación del Código Orgánico General de Procesos, tiene como antecedente, el Código Procesal modelo para Iberoamérica realizado por los

profesores uruguayos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vescovi, con apoyo de otros procesalistas como Vidal y Torelo; en este código han cambiado la estructura del proceso, otorgando nuevos roles a los sujetos procesales, estableciendo los nuevos procedimientos, las formas de interrogatorio, que son propias del Common Law y que ahora la República del Ecuador acogió a efectos de se implante el nuevo sistema oral; es así que estos procesalistas sostienen que siempre estaremos frente a un proceso mixto, fijando cuales son los actos que se conservaran por escrito (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal , 1988):

La oralidad, por la cual se han inclinado la mayoría de los procesalistas iberoamericanos, no sin alguna discrepancia [12], es entendida en el sentido general [13], aunque, en puridad, se plantea un proceso mixto, porque no se trata de perder los beneficios y virtudes de la escritura. Y es así que, fuera de la prueba documental, cuyo valor resultará tan esencial como establecen los Derechos de fondo, en el proceso planeado, son escritos, la etapa de proposición y la de recursos. Es así que es escrita la demanda, la contestación (en sentido amplio de contradicción, excepciones y defensas) y la reconvenición en su caso, la interposición y fundamentación de los recursos y la contestación a la expresión de agravios (etc.).

Previo a profundizar sobre el nuevo Sistema Oral, instaurado en el Ecuador se debe considerar las definiciones que nos permita comprender qué es el Sistema Oral y cuál va a ser su objetivo principal, así (Couture E. J., 1991) define a la Oralidad: “Por oposición a escritura, dicese del método procesal en el cual la palabra hablada constituye el modo de expresión” (pág. 435)., a partir de esta definición tenemos que la palabra es la expresión oral, que permitirá a las partes procesales al actor, demandado, y al director

del proceso el juez, someter y resolver un conflicto, por la sustentación oral, de sus actos de proposición; hasta llegar a la decisión que de manera oral pronunciará el juzgador, para luego reducirla a escrito.

El Ecuador desde que inició este cambio del sistema escrito, al oral pretende que la justicia se convierta en un verdadero sistema, capaz de otorgar a sus ciudadanos la confianza y la credibilidad del sometimiento de sus conflictos a un Juez, quien escucha de manera directa a las partes procesales, y se sujeta a lo que las partes hayan anunciado y sustentado en sus respectivos actos de proposición, así como la prueba dentro de la audiencia, verificándose la transparencia en la administración de justicia por medio del sistema oral bien entendido; pues el inicio de un proceso es decir la demanda será por escrito, así como la contestación a la demandada, y demás actos procesales de sustanciación; por lo tanto el sistema oral absoluto no existe, siempre requerirá, de cierto actos que constaran por escrito, necesarios e imprescindibles, para que funcione el sistema y quede documentado los procesos judiciales. Para (Palacio, 2000) menciona que:

El principio de oralidad requiere, sustancialmente, que la sentencia se funde tan solo aquellas alegaciones que hayan sido verbalmente expresadas por las partes ante el tribunal de la causa. Pero ello no excluye totalmente la necesidad de la escritura. En los sistemas legales regidos por el principio de oralidad, en efecto deben redactarse por escrito los actos preparatorios del examen de causa (demanda, contestación, excepciones, ofrecimientos de prueba, aunque las declaraciones contenidas en ellas para ser jurídicamente eficaces deben ser oralmente confirmadas en audiencia. (p.67)

El Código Orgánico General de Procesos, que ha transformado la justicia en materia civil, tradicionalmente escrita, establece cinco procedimientos simplificados y una de ejecución, debiendo actualmente los sujetos procesales, sustentar de manera oral cada una de las pretensiones de la demanda y contestación a la demanda, reconvención, contestación a la reconvención, fundamentación de recursos, siendo este el medio más idóneo para que el proceso cumpla su propia finalidad, esto es que se tenga una sustanciación clara, y una resolución inmediata, que permita que los ciudadanos entiendan de manera sencilla y clara, como fue resuelto su conflicto (Jijón Letort) al citar a Vescovi dice “Diremos que cuando el estado decide prohibir la justicia por los particulares, debe organizar una justicia propia a efectos de resolver conflictos que surgen en la sociedad y tutelar las normas jurídicas establecidas.” (p. 68). El sistema oral implementado en los procesos de materias no penales, es la respuesta a una necesidad de los ciudadanos, en la solución de sus conflictos pues en el anterior sistema escrito, se ocasionaba una demora exagerada por los incidentes procesales generados por las propias partes, sumado a ello la congestión procesal en los juzgados con la consecuencia, que los juicios demoraban varios años en resolverse, y una justicia que tarda generalmente no es una justicia oportuna.

Desde la vigencia plena del Código Orgánico General de Procesos, que impone la oralidad en la sustanciación de las causas, se ha hecho posible que el juez pueda efectivizar de manera más adecuada la tutela de las normas y la solución propia del problema legal existente entre ciudadanos, pues permite conocer desde el inicio del proceso, como el juzgador desarrolla el juicio, debiéndose enmarcar en el debido proceso, aplicando el derecho a la seguridad jurídica y los principios constitucionales de

inmediación, concentración, contradicción, dispositivo, imparcialidad, transparencia y publicidad.

Actualmente aun en el Sistema Oral, hay ciertos actos procesales en los que predomina la escritura, estos son la demanda; el auto de calificación por el cual el juez permite que un proceso nazca como tal; inscripciones de medidas cautelares; las razones de citación; la contestación a la demanda; el auto de calificación de contestación a la demanda; momento en el cual ya se ha trabado la litis, la reconvencción; la convocatoria a las audiencias; los diligenciamientos de pruebas no disponibles para las partes; la sentencia; la fundamentación del recurso de apelación, y la concesión del recurso; si bien estos actos procesales constan por escrito, en si conocer las pretensiones, la oposición y el cumplimiento del debido proceso se plasma en la audiencia, cuando las partes sustentan, fundamentan, prueban y obtienen una resolución por parte del juzgador, el procesalista Cappelletti como se citó en (Ramírez, 1992) sostiene que la oralidad: “no es un principio que haga referencia indiscriminada a todos los actos y fases del proceso, sino a la única fase de lo sustancial que comprende principalmente la instrucción probatoria” (p. 169).

El sistema Oral en materia civil se desarrolla bajo principios previamente establecidos, es decir desde el momento de interponer la acción, permitiendo que las partes lleguen al punto de disponer dentro del proceso su derecho sustancial pues interesa únicamente a ellos, dentro de los límites que el proceso permite, siendo el juez el director formal de este proceso, hasta dar la razón a la parte que probó su pretensión llamada actor, o la parte que justificó la oposición con la contestación, o con las excepciones deducidas por la llamada parte demandada como Vélez menciona citado en (Aguirre, 2013) al referirse a las características del sistema oral establece:

Pensar en la oralidad –inmediación es pensar en un complejo de sub-principios que deben estar presentes cuando se examina un proceso oral. Cuando se piensa en proceso oral se pretende el contacto directo del magistrado con las partes y con la prueba del proceso, a fin de permitir la solución más adecuada y depuración más precisa de los hechos de la causa. En este sentido todos los actos procesales deben ejecutarse en presencia del juzgador y las partes, pues el lenguaje oral no es necesario que tenga intermediarios, lo que permite que sean inmediatamente apreciados por el juzgador. Exige que las partes que intervienen dentro del proceso se encuentren, así, tanto al juzgador, como a los defensores, testigos, peritos, se les permite asumir responsabilidades propias. (p. 645)

Actualmente en materia civil, con el sistema oral se plasma el principio de celeridad procesal previsto en el (Art.20 COFJ), pues por el hecho propiamente de concentrar todos los actos procesales de intervención directa de las partes, en una audiencia, permite que sea el juez quien interactúa con las partes, emita con plena conciencia de lo que ha valorado una sentencia, generalmente susceptible de apelación, reduciendo la duración de un proceso; en el sistema escrito, aun cuando las partes se dedicaban a dilatar innecesariamente, el juez podía sancionar tales actos de deslealtad procesal y mala fe de conformidad con el (Art.26 COFJ); facultades que se conservan aun en el desarrollo de la audiencia prevista en el sistema oral, pues el juez va a sentir directamente el comportamiento y proceder de las partes procesales, sancionando de manera inmediata a quien contravenga la buena fe procesal, que debe existir entre las partes durante un proceso judicial.

Desde la vigencia absoluta del sistema oral en materia civil, el juez y las partes están obligados a una preparación más profunda, desde la presentación de los actos de

proposición, la preparación anticipada de la prueba cuando es disponible (Art. 143 COGEP); cuando no lo es anticipando su práctica (Art. 120. 2 COGEP); y del conocimiento jurídico de la institución, sometida ante el juez a efectos de que la resolución no sea apresurada, por errores que puedan cometer las partes, o por sus omisiones.

De la forma que se explica podríamos decir que el sistema oral, es adecuado por existir una mayor transparencia en la sustanciación de un juicio, particularmente la audiencia; esa transparencia se puede sentir por el hecho que los usuarios del sistema judicial conocen en ese preciso momento el porqué de una resolución favorable o desfavorable, lo que conlleva que el sistema durante los primeros años de su implementación, y hasta llegar a comprender su total aplicabilidad no solo como legislación, sino en la mente de los juzgadores quienes deben garantizar que la justicia se realice y sea lo más organizada posible, de fácil entendimiento; y de los profesionales del derecho, que vienen de un sistema escrito que ha predominado por décadas, se obliguen a entrar en un proceso de investigación, y autoeducación, para brindar el mejor servicio a los ciudadanos que requieran del ejercicio de su profesión.

El Sistema Oral ha recibido severas críticas, principalmente por considerar que las decisiones judiciales se dictan de manera oral son apresuradas; el autor (Becerra, 1979) afirma: “Que la base de sustentación del procedimiento oral son los vicios o deficiencia del escrito, que pueden reducirse a: insuficiencia, aridez y demora”(p. 196).; el tratadista mexicano ha sido uno de los grandes críticos del sistema oral, explicando que es un sistema que se dedicará a captar los errores humanos de quienes no son capaces de asimilar la normativa que regule el sistema oral; sin embargo de lo que considera el tratadista, cuando un conflicto se desarrolla de manera oral, este no puede dejar de lado

a los actos escritos que son de importancia fundamental, pues la demanda que además es presupuesto procesal, contiene la pretensión, objeto propiamente del juicio, que aun cuando no se solicite adecuadamente o se omita por parte del profesional en el momento de la audiencia, el juez siempre revisará los actos de proposición, y fijará el objeto de la causa a partir de ahí. Otro de los grandes críticos del sistema oral Oderigo como se citó en (Baca, 1994) refiriéndose como un duro opositor de la oralidad sostiene:

Que las mayores debilidades pueden llevar a decisiones precipitadas, puede producir sorpresas irreparables, que habría que cuidarse de aquellos abogados formados en las escuelas de oradores que pondrían en evidencia a quienes no son y administrativamente exigiría mayor número de personal para el servicio de la función judicial.

Efectivamente como explica el autor las críticas a este nuevo sistema es gran parte de los profesionales del derecho, que se formaron con el sistema escrito tradicional, que no suelen conocer cómo deben sustentar en audiencia; a esto se suma que lo que no fue sustentado en audiencia, o la prueba que no fue practicada, no se considera en la resolución, por la falta de sustentación, asimilando por parte de los referidos profesionales, que por el hecho de presentarlo por escrito el juez ya lo considera para la resolución, lo que actualmente ya no es así.

El sistema escrito, permitió que la administración de justicia llegue a un punto de extrema congestión procesal, retardando la sustanciación y la sentencia, diferencia radical con el sistema oral, que permite una sustanciación rápida y efectiva para la aplicación de la justicia en el ámbito jurisdiccional, Chioventa como se citó en (Blacio, 2013) sostiene:

La experiencia derivada de la historia permite afirmar que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien, garantizando la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente. (p. 70)

Según este criterio se puede establecer que la oralidad implementada en la administración de justicia es la mejor herramienta para resolver un conflicto sometido a un juez, pues el exponer oralmente en una audiencia las partes cual es el conflicto que se ha generado, y la solución que consideran que se debe conceder, para que concluya la contienda, o la oposición que se ha interpuesto para que no se conceda la pretensión, y lo que escucha, entiende, analiza el juez en base a su conocimiento, en el mismo momento y resolver en base a las pruebas aportadas, es lo que hace que este sistema aunque no perfecto, sea más eficiente.

El sistema oral requiere cumplir ciertas actuaciones fundamentales para que el sistema cumpla con su objetivo y se puede establecer las siguientes:

- El contacto directo del juez con los sujetos procesales, y las pruebas que se han incorporado con los actos de proposición. (Art.3 COGEP)
- La continuación de la audiencia hasta que esta concluya con la sentencia emitida de manera oral. (Art.79 COGEP)
- La identificación del juez, no solamente por conocer su nombre, si no que radique en que la misma persona que inicia el proceso sea quien lo concluya. (Art.79 COGEP)
- La valoración de pruebas que permitan determinar la verdad procesal; ahora el juez únicamente debe valorar pruebas anunciadas con el acto de proposición,

que en la fase de admisibilidad se haya justificado la conducencia, pertinencia y utilidad de la misma. Es decir que estas pruebas sean realmente útiles para la decisión que el juez va a tomar. (Arts. 158, 159, 160 COGEP).

- Una actuación excepcional, es aquella en la que el juez dispone la práctica pruebas, a efectos de establecer la verdad, y dictar la resolución; este tipo de disposición es excepcional porque conlleva en cierta forma inclinar la balanza hacia una de las partes, aunque no sea ese el propósito del juzgador, sino al contrario determinar la verdad, es por eso que se requiere de motivación, para justificar porque el juez dispone tal práctica. (Art. 168 COGEP).

Existen características del sistema oral, que explican mejor, como se debe entender y asimilar el autor (Baca, 1994) establece como características de la oralidad las siguientes:

Todos los actos procesales, al menos los fundamentales, deben ejecutarse en presencia del juzgador y de las partes. Teniendo el lenguaje oral la particularidad de ser utilizado sin intermediarios esta virtuosidad se la emplea directamente, de frente, cara a cara, inmediatamente.

Exige la presencia de todos los que intervienen en el juzgamiento: juzgadores, defensores, contendientes, testigos, peritos, curiales. Esto permite asumir responsabilidades de los participantes, someter al análisis directo e inmediato sus afirmaciones o negaciones, pruebas, contrapruebas, peritazgos, informes, alegatos.

Aquello que parece un defecto censurable de la oralidad, en la administración de justicia, se convierte en la más importante virtud: economía del tiempo y

proximidad en el espacio, en virtud de lo primero no se puede dilatar el trámite y hacerle interminable; no se puede abusar de la oralidad para hacer lo que permite el lenguaje escrito: transferir actos procesales fuera de la jurisdicción del juzgador, receptor y cumplir diligencias sin la presencia de este. Esto sin duda es lo más importante de la oralidad. Límite en el espacio y en el tiempo.

Se consolida el proceso impidiendo que los numerosos y distintos actos procesales se sucedan con intervalos largos o que un mismo acto procesal se suspenda para continuarlo luego de semanas o meses. Hay continuidad en el tiempo. En el procedimiento escrito para pasar de un acto procesal a otro puede demorar meses y a veces años. Para citar un ejemplo, para pasar de audiencia de prueba se debe reclamar varias veces por la desesperante mora. Interrumpida una inspección o una audiencia se demora meses en reinstalarla. Las impugnaciones, ampliaciones, apelaciones, aclaraciones, no caben en la forma y modo como ocurre en el procedimiento escrito. La oralidad permite reunir en uno o en poquísimos actos lo que en el escrito se separa artificialmente contrariando la naturaleza propia de un proceso. (p. 195)

Las características que identifica el tratadista, permiten conocer que están cubiertas de principios, que únicamente se reflejan en el sistema oral, porque explica el proceso como este se desarrolla, los papeles que cada parte ejerce, y que nos lleva a un mismo punto, la resolución del conflicto, de manera rápida y efectiva.

1.2. Principios

Los principios tienen una función fundamental en la aplicación del sistema oral, su correcta, interpretación y aplicación durante la sustanciación de un juicio, permitirá que el Sistema Oral vaya perfeccionándose diariamente, hasta llegar a ser un sistema

garantizado de administración de justicia (Palacio, 2000) define a los principios procesales: “Llámense principios procesales las directivas u orientaciones generales en que se inspira cada ordenamiento jurídico procesal” (p. 63).

El Sistema Oral tiene los siguientes principios plenamente identificados, y la ausencia de uno ellos ocasionaría la ausencia de un debido proceso, pues cada uno de ellos va de la mano del otro; de manera sucinta vamos a referirnos a cada uno de ellos:

Principio de Concentración.- Este principio dentro de un procedimiento, se verifica cuando el juez dispone y realiza, todos los actos del proceso en una sola audiencia, en los casos de procedimientos que tiene una sola audiencia, y en el caso del procedimiento ordinario en dos audiencias de acuerdo a nuestro Código Orgánico de la Función Judicial (Art.19); el tratadista (Domínguez, 2007) define: “La concentración como aquel principio en virtud del cual se busca abreviar en el tiempo el desarrollo del proceso, haciendo que sus actos se produzcan en forma continuada, sin interrupciones ni interferencias” (p. 34).; el juez en aplicación de este principio tendrá facultades para realizar todos los actos procesales para que el proceso sin dilaciones de ninguna clase, sea resuelto de manera adecuada, es decir cuando realiza el ejercicio de la admisibilidad y practica probatoria, pues ahora el juez está facultado acoger la prueba realmente útil, conducente, lo que en el sistema escrito no sucedía pues se solicitaba ciertas pruebas que no aportaban en nada a probar las pretensiones u oposición.

Principio de Publicidad.- Una forma por la cual los jueces pueden efectivizar la transparencia de un juicio, es justamente basándose en este principio, permitiendo la participación de las personas que tengan interés, conociendo directamente la sentencia del juez, y esto es a partir de quien ejerce el derecho o por la simple observación (Art.13 COFJ); (Domínguez, 2007) define a este principio como:

El principio de publicidad viene a constituir una verdadera garantía para los ciudadanos, toda vez que la posibilidad de percibir directamente los actos que se realicen en el ámbito judicial permite a la opinión pública controlar las acciones de los jueces y hacer efectiva, en su caso. Su responsabilidad funcionaria. (p. 35)

En materia civil generalmente los procesos son públicos, excepto en ciertas medidas cautelares, por su propia naturaleza de reservadas; esta excepción también se extiende a cierto procesos que se desarrollan en los juzgados de familia, en donde hay actos procesales de total reserva para el público, pero aquello no quiere decir que no se cumple con el principio de publicidad, sino al contrario se protege los derechos de los menores.

Principio de Inmediación.- Este principio es el que más estructurado e implementado que se encuentra en el sistema oral, pues en si constituye la comunicación que el juez tiene con las partes procesales dentro de un juicio desde sus alegaciones, la fijación del objeto, hasta la práctica probatoria, por lo tanto es esencial para la aplicación del sistema oral. (Art.6 COGEP) (Palacio, 2000) define a este principio como: “El principio de inmediación es aquel que exige el contacto directo y persona del juez o tribunal con las partes y con todo el material del proceso, excluyendo cualquier medio indirecto de conocimiento judicial escritos, informes de terceros, etc.”.

Principio de Contradicción.- En el sistema oral este principio es fundamental pues consiste en la oportunidad de conocer y comunicar la pretensión de la parte actora y por el cual la parte demandada presentará el argumento del porque el juez no debe continuar con el proceso o conceder tal pretensión, lo mismo sucede con las pruebas que deben conocer mutuamente las partes, a efectos de que el juez conozca la verdad dentro del juicio; Vallejo como se cita en (Aguirre, 2013) define a este principio como:

Una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo, además establece que en el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio, que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de este sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes. (p. 36)

Este principio se podría considerar como la columna vertebral del proceso para llegar a la resolución, pues en base a este principio es cuando el juez puede conocer a las partes, mirarlas a sus rostros, analizar sus gestos conforme se vayan desarrollando las etapas procesales, sobre todo en la actividad probatoria, que es lo más cercano que el juez puede estar para establecer la verdad, el tratadista (Baca, 1994) nos dice: “una cosa puede ser y no ser a la vez, bajo el mismo aspecto” o de dos juicios contradictorios uno es verdadero y otro falso” (p. 211). (Art. 165 COGEP).

Principio de Celeridad.- Este principio en el sistema escrito prácticamente no conjugaba con el propósito de la administración de justicia; ahora en el sistema oral genera procesos rápidos que permiten solucionar los conflictos; reduciendo al hecho que las partes conocen la decisión del juez en el mismo momento que concluye las fases procesales y no deben esperar meses, y a veces hasta varios años de incertidumbre por la decisión dentro del juicio. Delgado como se cita en (Aguirre, 2013) argumenta:

La especial naturaleza de las relaciones tuteladas hace necesaria una rápida respuesta de la justicia. No puede estarse a trámites lentos y excesivamente formalistas que finalmente conculquen los derechos del justiciable. Que el debido proceso motiva a que la respuesta que los órganos jurisdiccionales

entreguen sea rápida para cumplir con una nota de efectividad. En consecuencia, todas las actuaciones judiciales deberían ser rápidas para que pudiésemos hablar de tutela judicial efectiva. (p. 37)

Con la aplicación del sistema oral en materias no penales, la celeridad dentro de la sustanciación y resolución de los procesos es completamente palpable por los ciudadanos, y los profesionales del derecho (Art. 20 COFJ).

Principio de Preclusión.- En el Código Orgánico General de Procesos, se encuentra estructurada la audiencia, que es donde se va sustentar los actos de proposición; sin embargo estos tienen un cierto tiempo, en un determinado orden para que las partes puedan pronunciarse; así desde el inicio con la instalación de la audiencia; la declaración de la validez procesal, una vez sustanciadas las excepciones previas, y concediendo el recurso de apelación, mencionando el efecto con el cual se concede, en caso de que así suceda; el tratadista (Palacio, 2000) explica el efecto de la preclusión: “Por efecto de la preclusión adquieren carácter firme los actos cumplidos dentro del periodo o sección pertinente, y se extinguen las facultades procesales que no se ejercieron durante su transcurso”(p. 71).; un ejemplo claro sobre la preclusión es la resolución de las excepciones previas, si el juez no acepta la excepción previa deducida; en ese momento la parte demanda podría apelar; si no lo hace y el juez ha declarado la validez procesal; el momento procesal para apelar a precluido.

El Debido Proceso.- Sobre esta garantía en la cual se abarcan todos los principios, se debe tener claro ciertos aspectos importantes, pero previo a referirnos a estos veamos cómo define la (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004):

El debido proceso –due process, de raíz anglosajona, que en algún país se traduce como garantías esenciales del procedimiento-, es una de las más formidables herramientas para la protección de los derechos. Además constituye, el mismo, un derecho y una garantía para el justiciable. Permite o realiza la tutela judicial efectiva. Implica acceso a la justicia formal, como audiencia, prueba y argumento, y material, como cauce para la obtención de una sentencia justa.

De acuerdo a esta garantía, considerado como la herramienta para la protección de derechos, que en definitiva se plasma en el proceso bien llevado o direccionado por el juzgador, que realiza un control estricto desde la presentación de la demanda ordenado el procedimiento que se va dar a esa demanda; disponiendo la citación del demandado, a efectos de ejerza su derecho a la defensa, concediendo los términos previstos para que efectúe la contestación; permitiendo durante el desarrollo de la audiencia, cumpla con cada una de las etapas procesales; emitiendo la sentencia que siempre se sujetara a lo que las partes hayan anunciado como pretensión y oposición en los actos de proposición, a efectos de que esta sea congruente; otorgando los recursos de impugnación que franquee la normativa; cuando el juzgador cumple con cada fase procesal permitiendo que las partes procesales participen en igualdad de condiciones, con las mismas oportunidades se cumple el debido proceso, siendo esta garantía del debido proceso la que abarca a todas las garantías. (Art. 1 COGEP)

En el Sistema oral como se puede observar, cada uno de los principios son indispensables, uno viene unido de la mano de otro; el cumplimiento de estos principios genera un juicio real en que las partes conocen todo, en tiempo real donde pueden

contradecir en base a los hechos que deberán probar durante la sustanciación del juicio, sin escapar de la vista del juez.

1.3. Actos de Proposición

1.3.1. Demanda.

En el sistema oral en materia civil, implementado en el Ecuador encontramos ciertos actos que aún se deben llevar de manera escrita, estos son los actos de proposición, que forman parte de un proceso. El primer acto de proposición con el cual comienza un juicio es la demanda: esta constituye presupuesto procesal, se presenta por escrito, por quien pretenda el reconocimiento de un derecho, o la ejecución de un derecho previamente adquirido; (Baca, 1994) explica:

Es la primera petición y constituye la base del proceso; aquí radica su importancia; todo proceso sea laboral, civil, contencioso administrativo, constitucional, etc., empieza por demanda y en el caso penal- entre otras- por denuncia o acusación; es decir se empieza reclamando solemnemente por escrito, con fórmulas sacramentales lo que ha de ser materia principal del fallo. Hay que demandar, denunciar o acusar o no es posible pedir reparación. TODO POR ESCRITO. (p. 91)

La explicación que realiza el tratadista tiene lógica; sucede que si la demanda no es presentada por escrito, la parte actora podría alterar los hechos y la pretensión, puesto que la mente es frágil, y no es posible que un juez lleve intacto en su memoria todos los juicios sometidos a su competencia.

Una vez que tenemos claro la necesidad de que la demanda sea presentada por escrito, veamos la definición que le da el tratadista (Chioventa G. , 1989) define: “La

demanda es el acto mediante el cual, la parte, afirmando existe una voluntad concreta de ley que le garantiza un bien, declara querer que esa voluntad sea actuada, e invoca a tal fin la autoridad del órgano jurisdiccional”(p. 6).; a través de la definición que se realiza podemos entender que la demanda necesariamente nace de la voluntad de una persona que acude al sistema de justicia, y expone el problema a efectos de que tenga una solución.

La demanda es un acto de proposición que tiene requisitos necesarios y formales, que unidos constituyen la acción, en donde se va a plasmar la pretensión, objeto indispensable para resolución de un conflicto, (Véscovi, 1999) sostiene:

Justamente ese poder de reclamar la tutela jurisdiccional se denomina acción. Consiste en el poder (abstracto) de reclamar determinado derecho (concreto) ante la jurisdicción (el poder judicial, los tribunales). Y ese poder determina la obligación del órgano jurisdiccional de atenderlo, de darle movimiento, de poner en marcha el proceso. Con lo que, en definitiva, quien ejerce el poder tendrá una respuesta: la sentencia.

Es decir, que consiste en reclamar un derecho ante el órgano jurisdiccional y obtener, como resultado, el proceso, que debe terminar con una sentencia. O sea, que la finalidad es tener acceso a la jurisdicción, es el famoso derecho de acceso al tribunal, a ser escuchado, a que se tramite un proceso para dilucidar la cuestión planteada. Naturalmente que con esto se agota ese poder de acción; no significa que la sentencia tenga que ser favorable: esto depende del contenido de la acción, que es lo que se llama la pretensión. (p. 63)

La demanda debe cumplir los requisitos establecidos en el Art. 142 del Código Orgánico General de Procesos, pero además inmerso en estos requisitos debe cumplir con ciertos elementos necesarios a efecto de que el proceso cumpla con su finalidad llegando a la sentencia y esta pueda ser ejecutada por el juez; el tratadista (Chiovenda G.) establece como los elementos de la demanda los siguientes:

- No poder el juez fallar a favor o en contra de personas que no son sujetos de la demanda.
- No poder el juez otorgar o negar cosa distinta a la demanda.
- No poder el juez modificar la causa petendi.- El juez no puede nunca sustituir el hecho constitutivo hecho valer por la parte por un hecho constitutivo diferente. (p. 60)

Configurada la demanda con requisitos y elementos, la demanda es el acto constitutivo de la relación procesal, al margen de que esta sea o no fundada; y una vez presentada el juez tiene la obligación de conocer y resolver. Analicemos cada uno de sus requisitos y la importancia en la formación de una demanda:

El primer requisito se refiere a la designación del juez que pretende que conozca el juicio que se promueve; es de tal importancia dicha designación porque de esta depende la competencia del juzgador, respecto a la materia, a las personas y al territorio. De la designación incorrecta, y la admisión por parte del juzgador será la base para deducir la excepción previa de incompetencia del juzgador y además la nulidad dependiendo el estado procesal, cuando la competencia no sea prorrogable. (Art.142.1 COGEP)

El segundo requisito de la demanda, que es señalar los nombres y apellidos completos, edad, estado civil, profesión, etc., es formal y es necesario a efectos de

conocer quien ha entablado la acción si este es el legitimado para iniciar la acción, goza de capacidad; el que una persona que no tenga esa relación de causalidad presente una demanda, tendrá como consecuencia la deducción de la excepción previa de falta de legitimación en la causa de la parte actora; (Art.142.2 COGEP).

El tercer requisito es de carácter formal, pero no sustancial, aun cuando el legislador ha establecido que el actor debe consignar el número del Registro Único de Contribuyentes, el que la parte actora no haya consignado dicha información, no es justificativo suficiente para ordenar un archivo de demanda, pues en cierta forma se sacrificaría a la justicia por omisión de formalidades. El no consignar dicha información no afecta el real desenvolvimiento de un proceso, ni origina defectos insanables. (Art.142.3 COGEP).

El cuarto requisito que es los nombres y apellidos completos del demandado y la dirección domiciliaria, es un requisito obligatorio, formal y necesario, pues de este depende la continuación del proceso, pues se tiene que establecer la relación de causalidad a efectos de quede establecido el legítimo contradictor; una vez establecido se ordenará la citación que es solemnidad sustancial dentro un proceso; cuando no se conoce la dirección del demandado legítimo contradictor, previa presentación del Certificado emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores de que la persona salió o no del país, y rendido el respectivo juramento, de haber realizado las gestiones necesarias para dar con su dirección se mandara a citar a través de medios de comunicación, de ser el caso (Art.56 COGEP).

El no establecer correctamente al demandado, o establecer a quien es ajeno a la relación de causalidad, provoca falta de legitimación en la causa de la parte demandada, constituyéndose en una excepción previa, que si bien es subsanable, mientras no se

determine correctamente al demandado el juicio no prosperará, por no existir el vínculo jurídico válido de un juicio. (Art. 142.4 COGEP)

La narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a la pretensión, este es un requisito formal y necesario pues el juez debe conocer el problema sometido a su conocimiento de una manera clara, coherente y cronológicamente a efectos de establecer derechos; es en esta parte en donde se debe de manera clara, determinar la relación de causalidad entre el actor y el demandado; y son estos fundamentos los que deberán ser probados. (Art. 142.5 COGEP).

Los fundamentos de derecho que justifiquen el ejercicio de la acción, este es un requisito formal, necesario que la parte actora debe señalar obligatoriamente, pues al encontrarse asistida por un profesional en el derecho, este debe proporcionar al juez los fundamentos legales que le permiten ejercer la acción; si bien se establece que el juez debe suplir las omisiones en derecho, (Art.28 COFJ); si es necesario que quienes ejercen la abogacía, y que conocen del derecho, cumplan con este requisito, pues el código atribuye esta obligación a la parte actora, pues la demanda es acto constitutivo del proceso; cuando el juez suple omisiones en derecho generalmente es durante la sustanciación, en donde no necesita que las partes indiquen o invoquen en cada petición norma legal, para continuar con la sustanciación; el cumplimiento de este requisito facilita la calificación jurídica. (Art. 142.6 COGEP).

El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos, este es un requisito formal y necesario, pues los hechos expuestos en una demanda deben ser probados (Art. 162 COGEP), por cualquiera de los medios probatorios que prevé el Código Orgánico General de Procesos. La ausencia de este anuncio de prueba, deja sin base a la demanda. (Art. 142.7 COGEP).

La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, este es un requisito formal y facultativo de la parte actora, pues en ciertas acciones habrán pruebas que no estén a disposición de las partes, y el juez previo ejercicio de admisibilidad ordenara su práctica; en otras ocasiones simplemente se prescindirá de este requisito por no ser necesario. (Art. 142.8 COGEP).

La pretensión clara y precisa que se exige, requisito formal, necesario e imprescindible, pues es el objeto de la demanda; es lo que la parte actora pretende una vez sometida a juicio la demanda, fijando el límite de lo que el juez va a resolver al dictar la sentencia, no debiendo conceder más de lo se pretende, ni menos de los que se pretende, o algo diferente de lo que se pretende, en aplicación del principio de congruencia. (Art. 142.9 COGEP).

La cuantía del proceso para determinar el procedimiento, este requisito formal y necesario pues de este depende el procedimiento, por ejemplo una letra de cambio que perdió su condición de título ejecutivo, puede ser demandado por procedimiento monitorio si no supera los cincuenta salarios básicos unificados, si es superior debe ser demandado por procedimiento ordinario. (Art. 142. 10 COGEP).

La especificación del procedimiento en que debe sustanciarse la causa, este requisito formal y necesario que debe señalar la parte actora, sin embargo el juez también tiene la obligación de darle el procedimiento determinado, cuando la parte actora se ha equivocado de procedimiento. (Art. 142. 11 COGEP).

La firma de la o del actor o del Procurador, requisito formal y necesario pues una demanda debe siempre llevar la firma que quien ejerce la acción, o la impresión de la

huella digital de ser el caso de la persona que no sepa leer y escribir, es un requisito de responsabilidad por la acción legal que ha iniciado. (Art. 142. 12 COGEP).

La demás requisitos que las leyes de la materia determinen para cada caso, este requisito es formal y necesario en ciertos procesos, y se refiere a los documentos habilitantes de acuerdo a la naturaleza de la causa; por ejemplo el juicio ordinario de prescripción adquisitiva, se debe incluir como requisito, el certificado de gravámenes del inmueble objeto de la prescripción en cumplimiento de lo dispuesto en el (Art. 146 inc. 4 COGEP), inscripción de la demanda que obligatoriamente debe disponer el juez, bajo prevención de sanción al juzgador. (Art. 142. 13 COGEP).

La demanda como se ha explicado necesariamente debe ser presentada por escrito, pues dentro del sistema oral no podríamos decir que este se limita únicamente a la expresión de la palabra; porque este requiere obligatoriamente de actos escritos que las partes están obligadas a presentar; por lo que en el sistema oral no se excluye la necesidad de la escritura, (Chiovenda G. , 1989) explica:

Los escritos cumplen una doble función en el proceso oral. La primera es de preparar la sustanciación de la causa. (...) La segunda función que cumplen los escritos en el proceso oral es la documentación de lo que tiene importancia en juicio, particularmente de lo que ocurre en la audiencia esto tiende tanto en los apuntes que toman los jueces durante la sustanciación de la causa, como, y más especialmente, las actas. (p. 175, 176, 177)

Una vez que la demanda cumple con los requisitos detallados, pasa a ser calificada por el juez en quien haya recaído la competencia por sorteo de ley; esta surte efectos jurídicos sustanciales y procesales que según (Chiovenda G. , 1989) son:

Sustanciales:

- 1) Interrumpe el curso de la prescripción. “aunque sea interpuesta ante juez incompetente, y aunque sea nula por defecto de forma o porque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio.
- 2) Impide la extinción de ciertos derechos sujetos a plazo de caducidad.
- 3) Determina la prestación debida en las obligaciones alternativas cuando la elección de aquella fuere dejada al acreedor.
- 4) Extingue el derecho a intentar ciertas pretensiones cuyo ejercicio queda descartado ante la elección de otras.
- 5) Invalida la venta y la cesión de la cosa o crédito que estuviesen en litigio hecha a los abogados procuradores y funcionarios judiciales que intervengan en el respectivo proceso.

Procesales:

- 1) Hace perder al actor la ulterior posibilidad de recusar al juez sin expresión de causa.
- 2) Prorroga la competencia del juez con relación, al actor en los casos en que la ley admite.
- 3) Determina el objeto de la sentencia, por cuanto si bien esta debe pronunciarse también sobre las defensas del demandado, ellas deben referirse a las cuestiones planteadas en la demanda”. (p. 354,355)

En el Ecuador los efectos de la calificación de la demanda son dos Art.149 (Código Orgánico General de Procesos, 2015):

- 1) La competencia inicial no se alterará, aunque posteriormente se modifiquen las circunstancias que la determinaron.
- 2) Las partes conservarán su legitimación, aunque cambien los hechos en esta se funde.

La demanda como presupuesto procesal, es el que une a las partes en el conflicto y forma el vínculo jurídico; cuando esta carece de requisitos, el juez debe indicar claramente los requisitos que se encuentran ausentes y disponer cumpla con los mismos a la parte actora, dentro del término legal previsto, mediante el respectivo auto de sustanciación mandando a completar o aclarar la demanda (Art.146 COGEP), si la parte actora no cumple con lo ordenado por el juez, la demanda será archivada.

1.3.2. Contestación a la Demanda

Desde la Constitución de la República del Ecuador se garantiza el derecho a la defensa (Art. 76. 7. literales a, b, c, d, e, f. g, h, i, j, k, l, m), a partir de esta garantía básica se tiene que la contestación a la demanda es un acto de proposición (Art. 151 COGEP), consecuencia de la existencia de la demanda, es propiamente el ejercicio del derecho a la defensa o contradicción, de este acto de proposición se ratifica la existencia o no de una relación jurídica válida de un juicio; a partir de estos dos actos demanda y contestación a la demanda se forma el asunto que el juzgador sentenciará.

(Chiovenda G. , 1989) define a la contestación a la demanda:

La contestación a la demanda es el acto mediante el cual el demandado alega, en el proceso ordinario, aquellas defensas que no deban ser opuestas como de previo y especial pronunciamiento, y en los procesos sumarios y sumarísimos, toda clase de defensas que intente hacer vales contra la pretensión procesal.

Cualquiera que sea el tipo de proceso que se trate, dicho acto reviste importancia fundamental por cuanto determina definitivamente los hechos sobre los cuales deberá producirse la prueba y delimita, así mismo el *thema decidendum*, pues la sentencia definitiva solo puede versar sobre las cuestiones planteadas por ambas partes. De allí la afirmación corriente de que con la contestación a la demanda queda integrada la llamada relación jurídica procesal. (p. 377)

A efectos de que se garantice el derecho a la defensa, el juzgador debe cumplir obligatoriamente ciertas fases procesales previas a una audiencia:

- Conceder al demandado el término legal previsto para cada procedimiento, a efectos de que comparezca a juicio.
- Permitir que la parte demandada discuta sobre la pretensión, y cuestiones sobre la relación de la validez procesal.
- Dejar transcurrir los plazos y términos, aun cuando el demandado haya actuado con rebeldía en el proceso.

Cuando se ha ejercido el derecho a la defensa, y se contesta la demanda, esta contestación puede presentarse en tres modalidades de manera individual o conjunta, y el juzgador deberá revisar, analizar y resolver la base de esta constatación: (Monroy Galvez, 2005) establece las siguientes modalidades:

Defensa de fondo.- No es otra cosa que una respuesta u oposición del emplazado a los hechos y el derecho que sustenta la pretensión intentada contra el por el demandante.

Defensa Previa.- Es aquella que sin ser un cuestionamiento a la pretensión y tampoco a la relación procesal, contiene un pedido específico para que el

proceso se suspenda, hasta tanto el demandante no realice o ejecute un acto previo o se produzca un determinado pronunciamiento.

Defensa de forma.- Consiste en el cuestionamiento de la validez de una relación jurídica procesal o de la posibilidad de expedirse un pronunciamiento valido sobre el fondo por defecto u omisión de un presupuesto procesal o de una condición de la acción. (p. 700, 701, 702)

De estas tres modalidades sea de manera conjunta o individual, la contestación a la demanda es el acto de proposición en el cual el sujeto procesal llamado demandado, se pronuncia expresamente sobre el contenido de la demanda, en el orden establecido en el Art. 151 del (Código Orgánico General de Procesos) esto es la veracidad de hechos, autenticidad de pruebas documentales, además de deducir las excepciones previas de las cuales se crea asistido, con el fin de que no se acepte la pretensión de la demanda o no permitir que el juicio continúe; atacando directamente algún vicio, para que no se configure la relación jurídica válida.

La contestación a la demanda es facultativa, pues quien es el demandado puede contestar o no la demanda; puede o no deducir excepciones previas; ocasionando en el primer caso oposición formal a la pretensión de la parte actora; y, en el segundo caso provocando que el juicio no prospere, en caso de que sea aceptada la excepción previa deducida; en este acto de proposición plenamente se manifiesta el principio de contradicción, que consagra la inviolabilidad de la defensa durante un juicio.

Tiene la misma importancia para el demandado su contestación, que la demanda para el demandante. Puede ser escrita u oral, dependiendo del tipo de procedimiento en nuestro caso es escrito; la demanda y la contestación forman la cuestión controvertida,

el asunto que debe resolver el juez, lo que consta en ellas es la delimitación que el juez debe referirse, en su sentencia, a las acciones que se hacen valer en la demanda y a las excepciones y contestación que oponga el demandado.

El demandado que no ha opuesto excepciones previas, no puede ejercerlas posteriormente; la problemática suscitada es sobre la actuación del demandado dentro de un proceso, es cuando este comparece dentro del término legal; y deduce excepciones previas con tendencia a que el proceso no continúe, pero estas excepciones deben ser sustentadas en audiencia, y el demandado no comparece a sustentarlas; en el actual sistema oral la sanción inmediata de quien es demandado y no comparece a juicio es la pérdida de la oportunidad procesal (Art.87.2 COGEP); es decir se conjugan dos momentos, la primera que se trata de la contestación por escrito, dentro del término legal; y la segunda que es la comparecencia de la parte demandada a la audiencia a sustentar su contestación y excepciones. En el sistema escrito la sanción por la falta de comparecencia a juicio, cuando no era dentro del término legal era la rebeldía, teniendo como negativa simple a la demanda. (Art. 103CPC).

El Código Orgánico General de Procesos establece la forma de contestar la demanda (Art.151 COGEP): dos aspectos importantes de la contestación a la demanda la primera que se refiere a “...pronunciarse en forma expresa sobre cada una de las pretensiones de la parte actora, sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de la prueba documental que se haya acompañado, con la indicación categórica de lo que admite y de lo que niega...”; este pronunciamiento es de vital importancia a efectos de que el juez filtre los hechos que realmente son sobresalientes en el conflicto; y en lo que refiere a las pruebas permite que el juzgador pueda conocer

las pruebas que realmente son necesarias admitir y las otras que deben ser excluidas, a efectos de quedar únicamente con prueba útil para el proceso.

Un segundo aspecto importante es aquel en el cual el demandado tiene la facultad de deducir excepciones previas “...Deberá además deducir todas las excepciones de las que se crea asistida contra las pretensiones de la parte actora, con expresión de su fundamento fáctico. Las excepciones podrán reformarse hasta antes de la audiencia preliminar...”; cuando hablamos de facultad es justamente la voluntad del demandado, lo que refleja en la contestación a la demanda y esta no siempre contendrá excepciones previas que resolver, para declarar la validez procesal, hasta llegar al verdadero objeto de la causa materia del conflicto.

1.3.3. Reconvención.

La figura jurídica de la reconvención nace a partir de la existencia de una relación jurídica válida entre el actor y el demandado, es decir que la demanda y contestación a la demanda fueron deducidas por partes legítimas; por lo que la reconvención constituye una segunda demanda dentro de un proceso, que la deduce la parte demandada, y por lo mismo deberá cumplir con los requisitos determinados en el Art. 142 (COGEP). (Monroy Galvez, 2005) define:

La reconvención, llamada también contraprestación a pesar de algunos rasgos distintivos, es el ejercicio del derecho de acción por parte del emplazado, el cual es realizado en el mismo proceso en que ha sido demandado. Ambas se sustentan en el Principio de Economía Procesal, permitiendo que en un mismo proceso se discuta más de una pretensión propuesta por cada una de las partes. (p.712)

En el Código Orgánico General de Procesos en el (Art. 154 COGEP), se establece que la reconvención procede para todos los casos, con excepción de materia de alimentos, y en materia laboral únicamente se admite la reconvención conexas (Art.333.2 COGEP); 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, será treinta días (Art. 291 COGEP) y si es un juicio por procedimiento sumario será un término de 15 días.

Cuando la reconvención es calificada, tiene por propósito que en el mismo juicio se resuelva su pretensión; debiendo el juez en la fase de saneamiento procesal, pronunciarse sobre la validez procesal de cada relación jurídica, la inicial, y la que nace intraprocesalmente, fijando a partir de estos dos procesos simultáneos el objeto de la causa; cuando la reconvención no ha sido calificada por el juez, por incumplimiento de requisitos, no afecta en nada al vínculo jurídico inicial, pues la sustanciación continuara hasta llegar a una sentencia, en lo que respecta a esta primera relación jurídica.

Es necesario señalar que si la parte actora, no llega a presentarse a la audiencia se declara 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.

1.3.4. Contestación a la reconvención.

La contestación a la reconvención, se provoca una vez que el juez califica y ordena se corra traslado a la parte reconvendida (parte actora del proceso inicial); concediéndole el término de acuerdo al procedimiento que se esté sustanciando la causa

inicial (Art. 156 COGEP); en este punto el reconvenido tiene las mismas posibilidades en todos los aspectos que tiene el demandado al realizar la contestación a la demanda (Art. 151 COGEP); pero con una diferencia interesante que si el reconvenido llega a deducir excepciones previas estas cuando son insubsanables, únicamente pone fin a la reconvenición, no así a la causa inicial.

Con este antecedente se advierte que la tramitación simultánea de estos actos de proposición dentro de un mismo juicio, no necesariamente pueden llegar a ser resueltos de manera conjunta el fondo de cada una de ellas, siendo la reconvenición aquella que puede llegar solamente hasta la fase de saneamiento procesal, dependiendo de las excepciones deducidas y de la sustentación, incluso porque en esta parte obligatoriamente el reconvenido tiene que sustentar sus excepciones, pues al ser parte actora de la primera causa, no es posible que esté ausente en la audiencia.

1.3.5. El Saneamiento Procesal

Desde la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, al momento de sustanciar un juicio civil, nos encontramos frente a una fase procesal de gran relevancia dentro de cada uno de los procedimientos que marca definitivamente su validez o invalidez procesal; esta es la fase de saneamiento procesal, momento en el cual el juez resuelve en base a un examen previo y exhaustivo, previa sustentación en audiencia de la parte demandada, y pronunciamiento de la parte actora, cada una de las excepciones previas deducidas, para verificar su procedencia ya sea que esta excepción sea subsanable o insubsanable; luego y una vez superada esta fase de saneamiento debe pronunciarse sobre el asunto de fondo, en caso de que sea pertinente y no haya concluido el proceso, por excepción previa insubsanable (Art. 295.4 COGEP).

(Monroy Galvez, 2005) define:

Esta institución de origen portugués, constituye un avance de considerable importancia en el proceso contemporáneo. Tiene por objeto la obtención de una declaración judicial previa al inicio de la etapa probatoria, en la que el órgano jurisdiccional, luego de revisado lo actuado en la etapa postulatoria, declara la existencia de una relación jurídica procesal válida o, alternativamente, precisa el defecto procesal identificado, concediéndole un plazo al interesado para que sanee la relación si fuera el caso o declara que el proceso ha concluido en tanto el defecto es insubsanable. Lo trascendente de este instituto es que una vez confirmada la declaración de saneamiento procesal, desaparece (salvo situaciones excepcionales o sobrevinientes) del proceso toda discusión sobre el tema, quedando solo la discusión sobre el fondo. (p. 173)

El principio de Saneamiento Procesal es de vital importancia para el desarrollo de un juicio; es atribuible a las partes, es decir que una vez que la parte demandada, anunciado algún defecto subsanable o insubsanable, este debe ser confirmado en audiencia oralmente; situación completamente diferente a la declaración de la validez procesal que es atribuible al juez, si bien la validez procesal se provoca una vez que se resuelve las excepciones previas; también se pronuncia cuando se ha verificado el cumplimiento de las solemnidades sustanciales, que es obligación del juez velar que así se haya cumplido, por lo que en este punto su actuación incluso será de oficio a efectos de que no se provoque nulidad procesal, o se genere sentencias inhibitorias.

El sistema oral exige, que lo que se ha escrito en los actos de proposición, sean confirmados en audiencia, es decir que cuando en la contestación a la demanda, o en la contestación a la reconvencción, se han deducido excepciones previas, éstas deben ser confirmadas oralmente en la audiencia, sin embargo como veremos más adelante hay

ciertas excepciones previas que aun cuando el demandado, no sustente de manera oral en la audiencia, el juez en aplicación del derecho a la seguridad jurídica (Art.82 Constitución), debe resolverlas de oficio, previa contradicción de la parte actora.

La (Enciclopedia Jurídica) define al Principio de Saneamiento como:

Denominado también de expurgación, es aquel en virtud del cual se acuerdan al juez facultades suficientes para resolver, in limine, todas aquellas cuestiones susceptibles de entorpecer el pronunciamiento sobre el mérito de la causa, o de determinar, en su caso, la inmediata finalización del proceso.

Del concepto transcrito se puede establecer que el principio de saneamiento procesal, que es atribuible a las partes cuando se anticipa defectos subsanables e insubsanables, es obligación del juez sustanciar las excepciones previas deducidas dentro del término legal, en la contestación a la demanda, con el único propósito que se establezca una relación jurídica procesal valida, cuando la parte demandada a sustentado en audiencia y confirmado los fundamentos facticos que dan origen a la excepción previa deducida, salvo ciertas excepciones.

Una vez que se tiene claro el propósito de este principio, así como de las excepciones previas, tenemos que las excepciones subsanables retardan el proceso porque conceden un término para subsanar, es decir se debe sanear porque no permite que el juicio llegue a una decisión del fondo del asunto; no sucede lo mismo con las excepciones previas insubsanables, que una vez deducidas deben ser resueltas, porque no tiene objeto continuar con un proceso, que tiene una oposición en derecho liminar, como la cosa juzgada.

Como finalidad del saneamiento procesal podríamos asegurar que el juicio sea declarado válido, a través de la directa intervención del juez, una vez que se encuentra deducido excepciones previas, para obtener una sentencia que resuelva el fondo del asunto.

Con la aplicación del Sistema Oral, encontramos la solución directa a un problema por el cual atravesaban los jueces al momento de sentenciar en un juicio, y los usuarios al momento de recibir su sentencia, que se caracterizaban por durar años en resolver el problema de fondo, donde al momento de sentenciar se debía declarar la validez procesal, encontrando varias dificultades por las cuales se debía declarar la nulidad por vicio de procedimiento, esto ocasionaba pérdida de tiempo y de dinero, debiendo comenzar un juicio nuevamente después de haber tardado años.

Una vez que se ha verificado la validez procesal, se emite un auto interlocutorio, declarando la validez procesal; precluyendo en ese momento la fase de saneamiento procesal, pues se ha declarado la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes, cuando no se ha mandado a subsanar dentro de los términos que faculta el Código Orgánico General de Procesos, (Art. 295. 2, 3).

El saneamiento procesal, se ha convertido un momento de gran importancia para los juzgadores, pues se evita la prosecución de juicios con causales de nulidad y defectos que afectan al vínculo jurídico necesario para dictar sentencia de fondo, ocasionando para el usuario, la inconformidad por la pérdida de tiempo y dinero.

Es una de las instituciones jurídicas fundamentales al momento de sustanciar un juicio, pues si se observa con detenimiento este ejercicio lo realiza el juez desde el mismo momento en que se radica su competencia, con la calificación de la demanda,

pues le otorga el procedimiento, en base a la pretensión y los fundamentos de hecho y de derecho; un segundo momento es cuando manda citar, y se contesta la demanda cuida de que si se encuentran deducidas excepciones estas estén acompañadas de un fundamento factico para calificarlas, y finalmente cuando tiene a las dos partes en audiencia, para que sustenten su deducción y la oposición a la misma.

Cuando el juez ha expurgado un proceso, podemos ver como unos ciertos principios rectores del Sistema oral, como la celeridad y economía procesal, se conjugan y se plasman ampliamente durante la sustanciación de un juicio, pues el juez en mérito de los actos de proposición que se encuentra en sus manos, se pronuncia sobre vicios existentes, anunciados y ordena la subsanación cuando es posible para evitar nulidades y lograr la eficacia de la tutela judicial.

Según (Velásquez, 2017), señala que:

La función de saneamiento, supone la solución de todas las cuestiones susceptibles de resolver, sin tocar el fondo de la causa, abreviando la tarea del juez y evitando la dilación innecesaria del trámite y evitando, también que al final se produzca una declaración de nulidad del proceso o una sentencia inhibitoria.

El Alemán Oscar Von Bulow, quien es representante máximo de la teoría relacionista, citado por (Brodermann, 1868); llego a la conclusión fundamental del cambio que experimenta la relación jurídica material, al pasar a ser discutida dentro de un proceso, en donde se producirá el resultado que se persigue por la petición de justicia al estado.

Bulow nos da a conocer dos tipos de relaciones jurídicas: la de derecho material, que es la que se discute dentro del proceso y de derecho procesal, que es la que

se produce con motivo del proceso mismo, viniendo a representar el continente, es decir, el todo en el que se discute el derecho material. Como ya se sabe en una relación jurídica procesal se tienen tres elementos: Los sujetos (actor, demandado y el Juez), el objeto (la prestación jurisdiccional) y los presupuestos procesales.

Finalmente podemos establecer que el saneamiento procesal, es necesario y obligatorio; necesario para determinar una relación jurídica válida, y obligatorio porque el juez debe garantizar a través de este principio, un proceso limpio que permita emitir la resolución de fondo (Monroy Galvez, 2005):

Recordemos, el proceso se inició con la interposición de la demanda, se calificó está, se admitió y se notificó. El emplazado contestó la demanda. Imaginémos que no dedujo ninguna defensa de forma o excepción. Si esto es así, lo que sigue es función exclusiva del juez que consiste en revisar nuevamente los elementos que conforman una relación procesal- básicamente los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, luego de la cual, deberá expedir una resolución que dependiendo de lo que encuentre podrá ordenar:” (p.739)

Bajo esta explicación podemos decir, que el juez para llegar a declarar la validez procesal, debe volver a revisar las solemnidades sustanciales, y que además constituyan presupuestos procesales, de oficio para llegar a declarar el proceso válido, al margen de que existan o no excepciones deducidas; cumpliendo con el saneamiento procesal obligatorio, como explica Devis Echarandia citado por (Lovato Vargas, 2002) al decir:

El Derecho Procesal, por el mismo hecho de referirse a una de las funciones esenciales del Estado, es un derecho público con todas las consecuencias que

este acarrea, es decir, sus normas son de orden público; no pueden derogarse por un acuerdo entre las partes interesadas; son de imperativo cumplimiento. (p.207)

1.3.6. Presupuestos procesales

Dentro del estudio del tratamiento de las excepciones previas, se encuentra los presupuestos procesales, que son requisitos previos que deben nacer obligatoriamente con la demanda correcta, verificando que se haya constituido la relación jurídica válida, que permite al juez declarar la validez del juicio y posteriormente la continuación de la causa hasta llegar a una sentencia, en estricta observancia a las normas legales; el creador de la teoría de los presupuestos procesales Oskar Von Bullow como se citó en (Canosa, 2006) manifiesta que:

Los presupuestos procesales, lo cual se entiende como “los requisitos indispensables para la formación y desarrollo normal del proceso y para que éste pueda ser decidido en el fondo mediante una sentencia estimatoria”. Son cinco, a saber:

- a) Competencia.
- b) Capacidad para ser parte.
- c) Capacidad procesal.
- d) Demanda en forma.
- e) La adecuación al trámite. Puesto que seguir un proceso por el sendero equivocado es motivo de nulidad procesal insanable y también bien causa de excepción previa. (p. 23, 24)

Cuando nos referimos al primer presupuesto procesal de la competencia, se puede determinar que la demanda debe ser presentada ante juez competente; derecho constitucional a ser juzgado por juez competente de acuerdo a la distribución de la

competencia, su inobservancia ocasiona la nulidad procesal, en los casos que no se encuentre prevista la subrogación de la competencia o su concurrencia (Art.10 COGEP); debe ser observado por el juez de oficio, a efectos de se constituya la relación jurídica válida, ataca al proceso; constituye además solemnidad sustancial.

Respecto a la capacidad para ser parte, es un presupuesto procesal que se refiere a quien tiene la obligación de comparecer a juicio y acatar la resolución o sentencia, y surte en su contra directamente los efectos que surgirán de la resolución, legitimado en la causa (legitimatio ad causam), y su inobservancia genera sentencia inhibitoria, no es subsanable, ataca al fondo del proceso.

Al referirnos a la capacidad procesal, es un presupuesto procesal que se refiere al poder comparecer a juicio (legitimatio ad processum), que puede ser por sí mismos, o por medio de mandato. (Gerente, padre o madre, tutor, curador) y su inobservancia, genera nulidad procesal, pues además es solemnidad sustancial (Art. 107.3 COGEP)

Al referirnos a la demanda en forma, es siempre a la demanda correctamente constituida por los requisitos exigidos por la ley; existen fallos de triple reiteración sobre este tema (Debida Demanda, 1999):

Para que nazca el proceso no basta, la presentación de la demanda, sino que esta tiene que reunir requisitos esenciales señalados por la ley que la doctrina llama presupuestos procesales los cuales son: a) Capacidad jurídica del actor o de su representante legal o su Procurador judicial, según el caso (personería jurídica); b) Jurisdicción del juez, esto es que tenga el respectivo nombramiento y se haya posesionado del cargo; c) Competencia del juez , en razón del territorio, la materia, las personas y el grado; y d) debida demanda que cumpla con los requisitos.....Estos presupuestos procesales están al margen de la voluntad del

juez; pues para que este admita a trámite una demanda y se inicie el proceso es condición sine-qua non la reunión o concurrencia de aquellos presupuestos procesales.

Como se puede establecer este presupuesto procesal, debe ser lo suficientemente claro y el juez debe cuidar que se cumpla con todos los requisitos establecido en la normativa, pues a partir de este presupuesto procesal nace un juicio.

La adecuación al trámite, este presupuesto procesal trata sobre establecer correctamente el procedimiento, lo que antes se conocía en el derogado Código de Procedimiento Civil, como violación de trámite, su inobservancia es insubsanable y produce nulidad procesal, ataca al proceso.

La falta de presupuestos procesales no permite constituir una relación jurídica válida, sin poder llegar a pronunciar sentencia de fondo, debiendo el juez subsanar hasta que se conjuguen todos los presupuestos procesales, y poder declarar la validez procesal. (Calamandrei, 1962) establece las siguientes consecuencias:

La falta de presupuestos procesales o las otras irregularidades del proceso no tienen como efecto la inexistencia o la inmediata extinción de la relación procesal, sino que su consecuencia inmediata es solamente la de hacer desaparecer en el juez el poder-deber de proveer sobre el mérito, mientras sobrevive el poder-deber de declarar las razones por las cuales considera que no puede proveer. (p.353)

Establecidos estos presupuestos procesales, no deben ser confundidos con otros presupuestos de la acción, la pretensión, y de la sentencia.

CAPITULO II

LAS EXCEPCIONES PREVIAS

2.1.- Definición y Naturaleza Jurídica.

Las excepciones previas que actualmente se prevén en el Código Orgánico General de Procesos (Art.153); son las mismas que se preveían en el derogado Código de Procedimiento Civil denominadas como dilatorias y perentorias; estas a diferencia de las excepciones previas ocasionaban el retardo de la resolución de fondo o generaban sentencias inhibitorias por existir defectos procesales, pues eran resueltas en el momento de dictar sentencia, luego de haber sustanciado todo el proceso.

Una definición clara es la de (Chiovenda G. , 1989) que dice : “La excepción en sentido propio es, pues, 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” (p.394), de esta definición se entiende que el demandado o el reconvenido, pueden de manera dilatoria detener el curso del proceso hasta que sea subsanado; o detener de manera definitiva terminando con la demanda o reconvención, sin necesidad de llegar al conocimiento de fondo de la causa sometida a juicio.

Las excepciones previas, son un medio de defensa que puede interponer la parte demandada al deducir la contestación a la demanda (Art.151), o la parte actora al contestar la reconvención (Art.155); estas excepciones son subsanables e insubsanables (Art. 295); Un ejemplo es la excepción de la Prescripción Extintiva o liberatoria; está siendo en el Código de Procedimiento Civil perentoria; se debía sustanciar todo el proceso para determinar su procedencia: lo que no sucede con el actual Código Orgánico General de Procesos pues es una excepción previa insubsanable, que en fase

de saneamiento procesal debe ser resuelta su procedencia, que de llegarse a determinar concluye con sentencia.

En la resolución emitida por la (Corte Nacional de Justicia) Nro.12-2017, en su Art. 4 después de un profundo estudio, se determinó la obligación de que las excepciones previas como la prescripción, caducidad, cosa juzgada, transacción, existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación deben ser resueltas mediante sentencia debidamente motivada, por parte de los jueces, por ser excepciones previas insubsanables, que ponen fin a un proceso.

Como objeto de las excepciones (Canosa, 2006) sostiene:

Las excepciones previas no atacan las pretensiones sino que tienden a sanear o suspender el procedimiento para que el litigio se enderece a una sentencia de fondo que finalice la contienda judicial. De donde se deduce que su objetivo fundamental estriba en la saneación inicial del proceso, ya que por referirse a fallas en el procedimiento por regla general son impedimentos procesales. (p.20)

Un aspecto importante es aquel en el cual hay ciertas excepciones previas que tienen la condición de solemnidad sustancial del proceso; por ejemplo la competencia del juez, por un lado es solemnidad sustancial (Art. 107 COGEP), es excepción previa (Art. 153.1 COGEP), pero también es presupuesto procesal; en los tres casos de acuerdo a como se presente para todas las partes de un juicio, se obtendrá una consecuencia jurídica, por lo tanto la competencia tiene varios escenarios para su tratamiento.

Previo a continuar con el estudio de las excepciones nos referiremos a la finalidad los impedimentos procesales (Canosa, 2006) sostiene:

Los impedimentos procesales tienen doble finalidad: por un lado, tienden a la suspensión del trámite del juicio hasta que se subsane la demanda para que el proceso continúe ante el mismo u otro juez; y por el otro termina el proceso cuando lo sujeto a arreglo comprende la totalidad de las pretensiones de la demanda y de la reconvenición. (p. 20, 21)

Actualmente con la obligación que el juez tiene de resolver las excepciones previas, en la primera etapa procesal (Art.294 numeral 1 COGEP), tenemos como resultado el desarrollo de un proceso sin vicios que afecten su validez posteriormente; permitiendo que se llegue a dictar una sentencia que resolverá el conflicto que se ha sometido, y así tutelar de manera efectiva a los justiciables; por el contrario sucedía con las excepciones dilatorias y perentorias previstas en el derogado Código de Procedimiento Civil (Art. 106), que se resolvían en el momento de dictar sentencia después de haber tramitado todo el proceso, con consecuencias de nulidad procesal, cuando estas eran subsanables, llamadas dilatorias, y en otra circunstancia aceptando la excepción insubsanable o perentoria como decisión final.

(De la Oliva) al referirse a las excepciones dice: “son aquellas alegaciones en las que el demandado pone de manifiesto la falta de algún presupuesto procesal, la existencia del óbice procesal o la falta de requisitos de algún acto procesal en concreto” (p.264).

Cuando se refiere a la falta de algún presupuesto procesal, trae como consecuencia que no se ha formado correctamente el vínculo jurídico, sin posibilidad de que el juez se pronuncie sobre el fondo de la controversia; 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 reconvenición; con el objetivo de oponerse a la pretensión de la parte actora,

indicando el defecto procesal que debe ser subsanado, que podría tener como consecuencia si fuera el primer caso la terminación definitiva del proceso, beneficiando directamente al demandado; y, en el segundo caso la concesión del término para la respectiva subsanación del defecto de la demanda; y que beneficia a las dos partes, pues el juicio culminara con una sentencia que resuelva el conflicto.

(Couture E. , 2002) “La excepción es un medio legal de denunciar al Juez la falta de presupuestos necesarios para la validez del juicio” (p. 91). La falta de estos presupuestos procesales, como ya se ha indicado ocasiona que el proceso no progrese, una vez establecidos correctamente estos presupuestos procesales el juez podrá llegar a dictar una sentencia de mérito.

2.2. Excepciones subsanables e insubsanables

De acuerdo al estudio que se ha realizado, estas se dividen en dos grupos subsanables e insubsanables aquí su clasificación:

Subsanables

Estas excepciones son aquellas que pueden dilatar la continuación del proceso, sin permitir que se llegue a conocer el fondo del asunto; por regla general, están sujetas a un término para su subsanación, se resuelven mediante auto interlocutorio, negando o aceptado; en el primer caso da paso a la declaración de la validez procesal y en el segundo caso da paso a la impugnación y posterior revisión del juez superior ; (Couture E. , 2002) las define: “Constituyen como una especie de eliminación previa de ciertas cuestiones que embarazarían en lo futuro el desarrollo del proceso. Tienen un carácter acentuadamente preventivo en cuanto tienden a economizar esfuerzos inútiles” (p. 94).

Cuando estas excepciones no han sido aceptadas y continua con la sustanciación del juicio, por no encontrar fundamento pueden ser apeladas, el juez concederá el recurso de apelación conforme el (Art. 296.1 COGEP), con efecto diferido es decir que estas excepciones estarán sujetas a una segunda decisión, cuando se eleve a la segunda instancia; si el juez por el contrario encuentra fundamento en estas excepciones que son procesales porque como explica (Calamandrei, 1962) “no excluyen definitivamente la acción... sino que se dirigen simplemente a impedir que sobre la acción se provea en este proceso” (p.356)., el juez debe conceder los términos previstos para cada excepción conforme lo dispuesto en el (Art. 295 COGEP), para que sea subsanadas, vencido el término y una vez cumplida la disposición judicial se dispondrá la continuación del proceso, porque la relación jurídica es válida y así será declarada; si no se cumple la disposición judicial termina el proceso por archivo de la demanda, y no impide que se vuelva a presentar la demanda.

Tenemos como excepciones subsanables las siguientes:

- Incompetencia del Juzgador.- Cuando esta competencia es territorial y es concurrente (Art.162 COFJ), y puede pasar al juez competente sin declarar la nulidad de lo actuado.
- Incapacidad de la Parte Actora o de su Representante. (Art.295.3 COGEP)
- Falta de Legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda. (Art.295.3 COGEP)
- Error en la forma de proponer la demanda (Art.295.2 COGEP)

Insubsanables

Estas excepciones son aquellas que sin necesidad de llegar a practicar pruebas, una vez deducidas, no permite continuar con el juicio y terminan con el proceso liminarmente, por auto interlocutorio y por sentencia de acuerdo a su naturaleza, (Couture E. , 2002) las define como: “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” (p. 95).

Por regla general, éstas cuando no son aceptadas por el juez se resuelven mediante auto interlocutorio, dando paso a la declaración de la validez procesal; habilitando la impugnación con efecto diferido, para su revisión y posterior resolución en segunda instancia; cuando estas excepciones han sido aceptadas por existir el fundamento que son de puro derecho el juez declara concluido mediante auto interlocutorio, y mediante sentencia; sobre estas resoluciones que ponen fin al proceso la apelación, se concederá en efecto suspensivo (Art. 296. 2 COGEP).

Al referirnos a las excepciones perentorias ahora insubsanables las características según (Canosa, 2006) son las siguientes:

1. Por su naturaleza son excepciones perentorias.
2. Es facultativo del demandado proponerlas o bien como excepciones previas o como de fondo o hacerlo simultáneamente.
3. El juez debe reconocerlas oficiosamente si halla probados los hechos que las configuran.
4. El auto que las declara probadas como previas se asimila en sus efectos a una sentencia, pues pone fin al proceso. (p. 40)

Las excepciones insubsanables que se resuelven mediante auto interlocutorio son la Incompetencia del Juzgador, pues cuando se verifica la procedencia de la excepción se declara la nulidad procesal sin derecho a reposición, disponiendo el archivo de la causa, no impide volver a presentar la demanda ante el juez competente; inadecuación de procedimiento, cuando se verifica la procedencia de esta excepción se declara la nulidad procesal sin derecho a reposición, disponiendo el archivo de la causa, no impide volver a presentar la demanda determinando correctamente el procedimiento; Indebida acumulación de pretensiones cuando se verifica la procedencia de esta excepción se declara la nulidad procesal sin derecho a reposición, disponiendo el archivo de la causa no impide volver a presentar la demanda determinando la pretensión que guarda relación directa con el procedimiento; la litispendencia que por su naturaleza, de existir otro proceso previo, que cumple las tres identidades y no encontrarse resuelto; únicamente se limita a resolver por auto interlocutorio, impide volver a presentar la demanda.

Las excepciones previas de Prescripción, Caducidad, Cosa Juzgada, Transacción, Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación; estas excepciones por ser de puro derecho, e instituciones jurídicas debidamente estructuradas y concebidas concluyen con sentencia.

Así con este tenemos como excepciones insubsanables las siguientes:

- Incompetencia del Juzgador.- Cuando esta competencia es excluyente, por la materia, personas y grados. Art.11 (Código Orgánico General de Procesos), ataca al proceso, concluye con auto interlocutorio.
- Inadecuación del procedimiento Arts. 289, 332, 334, 347, 356 (Código Orgánico General de Procesos), la normativa tiene previsto trámite para cada

asunto, y dar un procedimiento distinto al dispuesto no es subsanable, ataca al proceso

- Indebida acumulación de pretensiones Art.147.2 (Código Orgánico General de Procesos), ataca al proceso.
- Litispendencia, ataca al proceso
- Prescripción, ataca lo sustancial.
- Caducidad, ataca lo sustancial.
- Cosa Juzgada, ataca lo sustancial.
- Transacción, ataca lo sustancial.
- Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación, ataca lo sustancial.

2.3.-Incompetencia del Juzgador.

Para iniciar el estudio del tratamiento de la excepción previa de la incompetencia del juzgador, se debe establecer como punto de partida como nace la competencia, su aplicación, y la importancia que tiene como solemnidad sustancial Art.107.2 (Código Orgánico General de Procesos),, como excepción previa Art.153.1 (Código Orgánico General de Procesos); y, como presupuesto procesal.

El Art. 156 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece a la competencia como la distribución de la potestad jurisdiccional entre cortes, tribunales, y juzgados, y a su vez en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados; esta es la forma que nace la competencia, que es por la ley.

(Calamandrei, 2001) define:

La competencia ha sido definida como una determinación de los poderes jurisdiccionales de cada uno de los jueces; pero, como esa limitación de poderes se manifiesta prácticamente en una limitación de las causas sobre las cuales puede ejercerlos cada juez, el concepto de competencia se desplaza así, por un fenómeno de metonimia: de medida subjetiva de los poderes del órgano judicial, pasa a ser entendida, prácticamente, como medida objetiva de la materia sobre la cual está llamado en concreto a proveer el órgano judicial, comprendiéndose de tal modo por competencia de un juez el conjunto de causas sobre las cuales puede ejercer, según la ley, su fracción de jurisdicción. (p.124)

Desde la Constitución de la República del Ecuador se encuentra garantizado el derecho a ser juzgado ante un juez competente (Art. 76. 3); este derecho también se encuentra reconocido en los instrumentos internacionales como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 8.1), dentro de las garantías judiciales; dispuesta desde la Constitución, reconocida por instrumentos internacionales; y, por mandato de la ley, la competencia del juez es una solemnidad sustancial en todos los juicios, por lo tanto es obligación del juez asegurarse su competencia desde el inicio del proceso, porque cuando se ha inobservado las reglas para fijar la competencia, y se ha fijado la competencia indebidamente del juzgador, tiene como consecuencia la declaratoria de nulidad de todo lo actuado en el juicio, cuando no existe prorrogación o concurrencia.

Como solemnidad sustancial, que afecta la validez procesal, debe ser directamente aplicada por el juez, sin necesidad de petición de las partes procesales; cuando el juez observa al momento de calificar la demanda que es incompetente, debe aplicar el auto de inadmisión previsto en el (Art.147.1), declarándose incompetente y disponiendo el

archivo de la causa, pues no existe más actuaciones judiciales realizadas; la consecuencia inmediata pone fin a un proceso, sin generar estado de cosa juzgada material, es apelable con efecto suspensivo.

El (Art. 129.9 COFJ), contempla la figura de la inhibición, facultando al juez que en cualquier estado de la causa, se declare incompetente, y remita al juez competente el juicio con todas las actuaciones jurisdiccionales realizadas hasta ese momento sin declarar la nulidad; cuando el motivo de la incompetencia es por materia, se debe declarar la nulidad de todo lo actuado, disponiendo el archivo, sin derecho a reposición.

De la competencia, aparecen los conflictos de competencia que puede ser positivo y negativo, que es resuelto por la Sala de la Corte Provincial de Justicia (Art.208.5 COFJ), el expediente debe ser remitido a la Sala por el juez provocante del conflicto.

Como excepción previa esta es subsanable e insubsanable; se puede deducir la incompetencia del juzgador por parte del demandado; esta excepción debe resolverse en la primera fase procesal denominada de saneamiento procesal, previo a declarar la validez procesal de un juicio; si la excepción previa es aceptada, debe remitirse al juez competente cuando la competencia es subsanable y se puede remitir sin necesidad de declarar la nulidad procesal, a efectos de que continúe la sustanciación; si no es aceptada se emite un auto interlocutorio motivado que explica la negativa; en todo caso este auto interlocutorio es susceptible de apelación, con efecto diferido; es decir que en segunda instancia, será lo primero que revisaran y resolverán los jueces superiores. (Monroy Galvez, 2005) explica:

Esta excepción constituye el medio para denunciar afectaciones al orden público procesal en la elección del juez realizado por el demandante al proponer su

demanda. El rasgo principal de este cuestionamiento de la competencia es que se propone ante el mismo Juez a quien se considere incompetente. En todos los casos en que la excepción se refiera a afectación al elemento que conforman la llamada competencia absoluta (materia, cuantía, grado y turno) el efecto de la excepción fundada será la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso. (p. 717)

Cuando la incompetencia es insubsanable, el juez debe declarar la nulidad de todo lo actuado sin lugar a la reposición, terminando el proceso (incompetencia por materia); es apelable con efecto suspensivo, y no impide volver a presentar la demanda ante el juez competente. La incompetencia como se verifica puede ser excepción previa subsanable o insubsanable:

- a) En el primer caso por ejemplo, puede referirse a la competencia por territorio, por lo que nos sujetaremos a la regla general de que el demandado debe ser demandado en su lugar de su domicilio; sin embargo el actor presenta el juicio en el lugar donde él vive, entonces presentada como excepción previa la incompetencia, el juez aceptara y se inhibirá del conocimiento de la causa, es subsanable porque se puede trasladar la competencia al juez competente, por medio de auto interlocutorio, en los casos en la competencia no sea prorrogable;
- b) En el segundo caso por ejemplo, puede referirse a la competencia por materia; ejemplo el actor presenta un juicio de partición, ante un juez civil; cuando de acuerdo al Código Orgánico de la Función Judicial los jueces competentes para conocer todos los asuntos previstos en el Libro III del Código Civil, son los Jueces de Familia (Art. 234.1), entonces presentada como excepción previa la

incompetencia, el juez aceptara y mediante auto interlocutorio de conformidad con el Art. 295.1, dispondrá el archivo de la demanda, porque no puede trasladar la competencia, ya que el juez competente debe conocer desde el inicio el proceso, por lo que además debe declarar la nulidad de todo lo actuado y mandar el proceso al tribunal o jueza o juez competente para que dé inicio al juzgamiento, sin que se pueda considerar valido ningún acto procesal del juez incompetente.

La Resolución 12-2017 emitida por la (Corte Nacional de Justicia) establece:

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 distintos Juzgados, Tribunales y Cortes, consiste en un incumplimiento de las normas que lo regulan.

Como presupuesto procesal la competencia, constituye uno de los elementos sine qua non de la relación jurídica válida, es decir que el juez que conozca una causa debe ser competente, para lo cual y previo a prevenir el conocimiento de una causa, el juez debe asegurarse que la competencia que va asumir, cumpla con los requisitos de la cuantía, materia, turno, grado, y territorio, de estos cinco elementos nace la competencia objetiva, funcional, y a su vez la competencia absoluta, y competencia relativa: (Monroy Galvez, 2005) las define de la siguiente forma:

Los dos primeros corresponden al contenido mismo de la pretensión intentada, por eso suele denominárselas criterios o elementos de **competencia objetiva**. El turno y el grado, por su lado, son elementos de la competencia ligados a la

organización interna del servicio de justicia, por eso se les denomina en conjunto **competencia funcional**, Finalmente el territorio está referido al ámbito geográfico respecto del cual cada órgano jurisdiccional puede actuar válidamente. Tanto los elementos de la competencia objetiva como los referidos a la competencia funcional, son exigibles de manera vinculante- vale decir obligatoria- por lo que suele denominárseles también en conjunto **competencia absoluta**. La competencia absoluta es impuesta por la norma con carácter definitivo e inmodificable ni siquiera por acuerdo de partes. Por otro lado el elemento territorial, al regularse como una manera de favorecer el demandado para que su traslado al lugar donde se ha interpuesto la demanda no torne onerosa su actuación, puede ser renunciada por este, tanto tácita como expresamente, por lo que se denomina **competencia relativa**. (p.705)

De lo que se explica tanto en la normativa, como en la Resolución emitida por la Corte Nacional de Justicia, se puede establecer que respecto al tratamiento de la excepción previa de la incompetencia del juzgador deducida, que no ha sido sustentada en audiencia, por la parte demandada, el Juez tiene no obligación de sustanciarla y resolverla, sea para aceptar o negar; pues es una de las obligaciones del juez, previo a declarar la validez procesal del juicio, asegurarse de su competencia como solemnidad sustancial, más aun cuando está siendo advertido en la contestación a la demanda, y omitió en el primer auto inicial inadmitir; el no hacerlo implica inobservar disposición constitucional, y legal.

Cuando se verifica la incompetencia del juzgador luego de declarar valido a un proceso; es decir en plena sustanciación, esta desemboca como nulidad procesal por no cumplir con la solemnidad sustancial determinada en el Art. 107 numeral 2 del Código

Orgánico General de Procesos, pudiendo en ese momento el juez reconocerla de manera oficiosa; y, cuando el proceso ha sido sustanciado en su totalidad y se ha emitida la respectiva sentencia, esta tiene dos posibilidades de ser considerada;

- En un primer momento si esta fue alegada por la parte demandada y no fue aceptada por el juzgador; pero fue apelada, existe la obligación de ser revisada por los jueces superiores en la segunda instancia; (Art.296 COGEP)
- Si esta no fue alegada, porque no se contestó a la demanda, se constituye en la primera causal de nulidad de sentencia, conforme establece el artículo 112 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos.

La incompetencia de un juez puede en ciertos casos volverlo competente, dependerá de la parte procesal que ha sido demandada, sino alega expresamente incompetencia, estamos frente a una prorrogación de competencia. Ejemplo: El acreedor que pretende el cobro de un pagare suscrito en la ciudad de Ibarra, y en la cláusula final consta la renuncia del domicilio del deudor, que tiene en la ciudad de Quito, el acreedor decide demandarlo en Ibarra en este caso existe dos posibilidades:

- a) Que el demandado se someta a la competencia del Juez de la ciudad de la ciudad de Ibarra, que sería el lugar donde se ha sometido expresamente el deudor;
- b) Que el deudor alegue expresamente la falta de competencia y solicite que sea el juez de la ciudad de Quito sea el que conozca el proceso iniciado en su contra, pues es el juez de su domicilio, y el juzgador lo acepta a pesar de existir una cláusula de someterse a otro juez, se ha prorrogado la competencia, a partir de esta última surgen los conflictos negativos y positivos de la competencia.

La Resolución 12-2017 emitida por la (Corte Nacional de Justicia) establece:

Por todo cuanto se ha expuesto, si el juzgador acepta la excepción previa de incompetencia, debería adoptar auto interlocutorio, mediante el cual se inhibe del conocimiento del proceso, ordenando remitirlo al juzgador que le corresponda conocerlo, conforme lo previsto en el artículo 129.9 del Código Orgánico de la Función Judicial. Si se resuelve de acuerdo al artículo 295.1 del Código Orgánico General del Proceso, el juzgador debería acoger la excepción previa mediante auto interlocutorio que declara sin lugar la demanda y ordena el archivo del proceso, aclarando que ésta decisión no genera estado de cosa juzgada material.

Por lo que esta excepción previa goza de dos características de ser subsanable e insubsanable, debe ser resuelta de oficio como solemnidad sustancial, o a petición de parte con o sin sustentación en audiencia, por constituir presupuesto procesal. (Lovato Vargas, 2002) previo a declarar la validez procesal establece: “Previamente a la resolución de la contienda el juez debe asegurarse de la validez del proceso.... Si no es debe declarar la nulidad aunque las partes no la hubieren alegado, aplicando las normas legales correspondientes” (p. 205).

Finalmente sobre la importancia de la competencia la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado, en sentido estricto de la importancia y preferencia con la que se debe observar la competencia;

(Segunda Sala de lo Laboral y Social) Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 220. (Quito, 3 de marzo de 2004), analiza la excepción de la competencia de la siguiente forma:

La competencia o capacidad del Juez para actuar y decidir, constituye el punto cardinal en los procesos judiciales, puesto que es indispensable que el tenga "fuero competente" que le confiere autoridad y potestad. Por esto, en la especie

merece lo relativo a la competencia la primera y preferente atención, tanto más que fue objeto de excepción expresa, y al respecto se debe subrayar: a) Que el Art. 25 del Código de Procedimiento Civil señala: "Toda persona tiene derecho para no ser demandada sino ante el Juez de su fuero". b) El Art. 27 del mismo cuerpo de leyes referido antes, estatuye a su vez: "El juez del lugar donde tiene su domicilio el demandado es el competente para conocer de las causas que contra él se promuevan. (p. 220)

(Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil) Quito, 6 de septiembre de 2001, Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1606

JUEZ COMPETENTE

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. Fijada la competencia de un juez, no se altera por causa superveniente, y queda además, fijada la competencia de los jueces de grado superior. (p. 1606)

2.4.- Incapacidad de la Parte Actora o de su Representante

La excepción previa de incapacidad de la parte actora o de su representante, es subsanable y su objeto es determinar respecto a la intervención de las personas en un proceso, los efectos jurídicos del proceso respecto a la persona, es decir capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones; cabe señalar que al referirnos a la capacidad sobre personas, estas son las naturales y jurídicas, Art.40 (Código Civil), (Monroy

Galvez, 2005) define: “La excepción de la incapacidad del demandante o de su representante como su nombre lo indica está referida directamente a la ausencia de la capacidad procesal sea en el demandante o en su representante” (p. 717).

En el Art. 41 del (Código Civil), se encuentra la definición de persona natural; y en el Art. Art. 564 del (Código Civil), se encuentra la definición de persona jurídica; con este preámbulo se tiene que la capacidad es la aptitud de una persona para ejercer derechos y contraer obligaciones; el Art. 1462 del (Código Civil), dispone: “Toda persona es capaz excepto las que la ley declara incapaces”; esta disposición se refiere tanto a las personas naturales como a las jurídicas, esa es la regla general respecto a la capacidad, y la incapacidad constituye la excepción.

Los hermanos (Mazeud, 1959) al referirse a la capacidad dicen: “que ésta presenta dos aspectos muy diferentes: de una parte, es la aptitud para adquirir un derecho, de ser su titular; por otra parte, la aptitud para ejercer los derechos de que se es titular” (p. 192).

Un concepto más amplio sobre la capacidad, es la que realiza (Pérez, 2015) que dice:

La capacidad es la regla general, la situación normal; la incapacidad es la excepción, por ello, la capacidad de goce o adquisitiva, es decir, la aptitud legal para adquirir derechos, la tiene, por regla general, toda persona por el sólo hecho de serlo, porque precisamente es persona todo ser que es capaz de adquirir derechos, de ser titular de un derecho; por excepción no tiene capacidad de goce el muerto civil que deja de ser una persona relativamente al derecho de propiedad. Mientras que la capacidad de ejercicio no se encuentra en la misma situación que la capacidad de goce; la capacidad de ejercicio, es la que se define,

a las que pueden por sí mismas obligarse a exigir sus derechos. Quienes necesitan el ministerio de otra persona o bien la autorización de otro, tienen la capacidad de goce, pero no pueden por sí mismos ejercitar sus derechos o contraer obligaciones. Deben ser autorizados o representados para actuar.

Una vez que se tiene claro el concepto de la capacidad y la incapacidad, es necesario enlistar brevemente las personas determinadas incapaces, para continuar con el tratamiento de esta excepción; así la incapacidad de las personas se divide en dos grupos: incapacidad absoluta y la incapacidad relativa Art. 1563 (Código Civil) :

Incapacidad absoluta:

- Los dementes
- Los impúberes
- Los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Esta incapacidad absoluta, permite a las personas adquirir derechos, pero a efectos de ejercerlos y contraer obligación, siempre necesitan obligatoriamente de quienes la ley ha determinado para que los represente en este caso tutor, curador, quien ejerce la patria potestad, por lo que sus actos que hayan realizado sin contar con quienes ejercen esa clase de representación son nulos.

Incapacidad relativa

- Los menores adultos
- Los que se hallan en Interdicción de administrar sus bienes
- Las personas Jurídicas

Cuando nos referimos a la incapacidad relativa, estamos refiriéndonos a determinados casos, que los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas se convalidaran por la comparecencia de quienes ejercen la representación legal.

Ahora bien la incapacidad de la parte actora para comparecer a juicio, se ha establecido como excepción previa subsanable, pues cuando esta no puede comparecer por sí sola, existe aquellos llamados a ejercer la comparecencia y representación obligatoria, de acuerdo a cada caso, los curadores o tutores, o representantes legales de las personas jurídicas: Cevallos como se citó en (Cascante) opina:

La capacidad de comparecer en juicio tienen (sic) todas las personas naturales y jurídicas por el hecho de existir” (Troya Cevallos: 297). Se podría vincular las circunstancias requeridas para ser sujeto de derechos con las requeridas para ser parte procesal, y así estar vinculada por los efectos jurídicos del proceso. Sin embargo, pueden concurrir como partes ciertos patrimonios, a pesar de no tener la condición de sujetos de derechos: la herencia yacente o la masa de bienes de la quiebra o concurso.

La falta de esta capacidad, constituye ausencia de un presupuesto procesal, pues siendo la parte actora quien invoca al órgano jurisdiccional y promueve el nacimiento de una relación jurídica, y si no es capaz al momento no tendría un efecto jurídico con la resolución emitida, porque no tendría validez la comparecencia, el mismo efecto produce respecto del incapaz contra quien se inicia un juicio, por ejemplo, si se demanda a una persona muerta, de ahí porque constituye presupuesto procesal, previo a declarar la validez procesal.

La Resolución 12-2017, emitida por la (Corte Nacional de Justicia) al referirse a la excepción de la falta de capacidad se ha pronunciado en el siguiente sentido:

...Falta de capacidad, falta de personería, o incompleta conformación del litisconsorcio.- Debemos asumir que se establecen, en realidad, de tres cuestiones diferentes. En el primer supuesto, no cabe duda, que estamos frente a la excepción previa prevista en el numeral 2 del artículo 153 del COGEP: 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...Por lo expuesto, si el juzgador encuentra procedentes tales excepciones previas, deberá resolverlas mediante auto interlocutorio, dando lugar al procedimiento correspondiente para subsanación. Pero, si luego del tiempo hábil respectivo la parte actora no subsana los defectos, el juzgador deberá tener por no presentada la demanda y ordenar el archivo del proceso mediante auto interlocutorio correspondiente. (p.14)

Finalmente para el tratamiento de esta excepción previa, debe ser deducida dentro del término legal y principalmente debe encontrarse justificada documentadamente, pues existe presunción de capacidad para todas las personas y por ende se admite prueba en contrario; existiendo esta prueba el juez ha sido alertado, por lo debe asegurarse que la relación jurídica se constituya válidamente, y proseguir con el juicio.

El juez ante la ausencia de la parte demandada para sustentar la excepción previa de incapacidad, tiene la forma de subsanar esta excepción pero no vía resolución de

excepción previa, sino con la verificación del cumplimiento de solemnidades sustanciales, pues la incapacidad ocasiona nulidad procesal que permite al juez actuar de oficio retrotrayendo al momento que se produjo, restableciéndose el proceso al momento mismo de esta omisión, que de acuerdo a los procedimientos actuales la reposición es desde el auto de calificación.

(Calamandrei, 1962)

De la capacidad de ser parte se distingue, como ya lo hemos indicado la capacidad procesal o capacidad de estar en juicio; mientras que la primera pertenece a todas las personas, físicas y jurídicas, la capacidad de estar en juicio solo pertenece a las personas “que tienen libre ejercicio de los derechos que en él se hacen valer”, o sea, a las personas que, según la ley sustancial, tienen la capacidad de accionar. (p. 365)

Para ser resuelta esta excepción, en la fase de saneamiento procesal, y mandar a subsanar, debe necesariamente existir, prueba documental que demuestre la incapacidad en el proceso; por ejemplo la comparecencia de un demente, existiendo en el proceso sentencia en la cual se declara su interdicción, a pesar de que ese tenga momento lucidos, es decir este a efectos de que ejerza sus derecho deberá de manera imperativa y obligatoria comparecer con su curador designado, la ausencia del demandado permite al juez realizar el ejercicio de oficio del cumplimiento de solemnidades sustanciales, en este caso particular además constituye presupuesto procesal de la acción, requisito necesario para declarar la relación jurídica válida, que recae en lo que es la ilegitimidad de personería.

2.5.- Falta de Legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda.

La excepción previa de la falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda; es una excepción subsanable (Art. 295. 3); por lo que se concede el término de diez días para la subsanación; la legitimación en la causa, no tiene que ver con los atributos de una persona como sucede con la capacidad, no es parte de la naturaleza de la persona a quien se atribuye los efectos jurídicos del juicio; constituye la necesidad de que entre la persona y el objeto del juicio exista interés que legitime la intervención de la persona, para que la sentencia dictada dentro de un juicio surta plenos efectos jurídicos.

Esta excepción como tal se encontraba prevista en el derogado CPC en el (Art. 100); del mismo modo la legitimidad de personería se consideraba como solemnidad sustancial (Art. 346.3 CPC); en el actual Código Orgánico General de Procesos está prevista como excepción y como solemnidad sustancial Art. 107.3 (Código Orgánico General de Procesos); por lo tanto esta excepción, impide que se constituya una relación jurídica válida, dando como resultado una sentencia inhibitoria cuando, no ha sido subsanada oportunamente.

Para entender mejor esta excepción la Corte Suprema de Justicia en un pronunciamiento que consta en la (Gaceta Judicial). Año CVIII. Serie XVIII, No. 3. Página 864. (Quito, 8 de mayo de 2007), explica el concepto de la legitimidad; “a la legitimidad de personería es la excepción de falta legítimo 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.”

Cuando encontramos los legitimados en la causa debidamente constituido es decir, el actor es quien debe ser, y el demandado también se constituye la relación jurídica válida que es presupuesto procesal, por lo que el juez puede declarar la validez procesal de esa relación jurídica y emitir una sentencia que resuelva el objeto de la causa.

La falta de legitimación en la causa puede afectar tanto al actor como al demandado: en el primer caso es activa y en el segundo pasiva; con el siguiente ejemplo podemos evidenciar como se legitima en la causa:

Patricia D viuda de Betancourt fue llamada, al juicio ordinario, ya por sus propios derechos, ya como representante legal de sus hijos legítimos menores de edad; y, reconocidos, por ambas partes, los hechos relativos así a la viudedad de la demandada, como a su maternidad legítima. De este ejemplo vemos que si bien es cierto los hijos de Patricia, son los legitimados, pasivos, por su minoría de edad, se debe citar a la madre que ejerce, la representación legal de estos menores.

Un ejemplo de falta de legitimación en cambio es la publicada en la (Gaceta Judicial). Año LVII. Serie VIII. No. 2. Pág. 133. (Quito, 27 de febrero de 1952)

El Departamento Médico del Seguro Social, contra el que se dirige la acción, es una dependencia de la Caja del Seguro que funciona, conforme a su reglamento, bajo la dirección del Consejo de Administración de la Caja, y aun cuando goza de relativa autonomía respecto de la administración de sus recursos económicos, no es persona jurídica careciendo, por tanto, de capacidad legal para comparecer en juicio. (p. 133).

En este ejemplo podemos tener más claro cuando se produce esa ilegitimidad, es cuando se actúa sin poder de representación o se cita a una persona que no es el representante legal por ejemplo de una persona jurídica.

(Couture E. , 1998) es más claro al definir legitimación de la causa, de la legitimación procesal:

¿Qué es, pues legitimación procesal? Expresado en las palabras más sencillas, es la posibilidad de ejercer en juicio la tutela del derecho. Se distinguen, siguiendo la línea paralela de la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, dos tipos de legitimación: la legitimación en el derecho sustanciales (*legitimatio ad causam*) y la legitimación en el proceso (*legitimatio ad processum*)

“Legitimatio ad causam” y “Legitimatio ad processum”

La legitimación en el derecho sustancial implica la titulación del derecho que se cuestiona: el propietario en el juicio de reivindicación, el poseedor en la acción posesoria, al acreedor en la acción por cobro de pesos, o la víctima en la acción de responsabilidad civil. No importa, en cuanto a esa aptitud, que se actúe como demandado o como actor. Y cuando esa aptitud, esa condición de titular del derecho, recae sobre un menor o sobre un incapaz, cambiando solamente el legitimado en el proceso. La legitimación procesal incumbe entonces al representante legal, al que presta la asistencia, o al que da la autorización, según veremos de inmediato.

Distinguimos entonces, por un lado la legitimación sustancial, o titularidad del derecho que está cuestionado (parte en sentido sustancial) y por otro el ejercicio directo de ese derecho en el proceso, o legitimación procesal (parte en sentido procesal).

Toda persona humana tiene legitimación *ad causam*; no toda persona humana tiene legitimación *ad processum*. (p. 208, 209)

La Resolución 12-2017 de la (Corte Nacional de Justicia) establece la forma como deberá ser resuelta esta excepción:

- a) ...Falta de capacidad, falta de personería, o incompleta conformación del litisconsorcio.- Debemos asumir que se establecen, en realidad, de tres cuestiones diferentes....Cuando el legislador se refiere a la falta de personería, o incompleta conformación del litisconsorcio se refiere a la excepción previa prevista en el numeral 3 del artículo 153 del COGEP: falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda.

Por lo expuesto, si el juzgador encuentra precedentes tales excepciones previas, deberá resolverlas mediante auto interlocutorio, dando lugar al procedimiento correspondiente para subsanación. Pero, si luego del tiempo hábil respectivo la parte actora no subsana los defectos, el juzgador deberá tener por no presentada la demanda y ordenar el archivo del proceso mediante auto interlocutorio correspondiente. (p. 14)

De esta excepción, podemos entender que la condición para comparecer en juicio son las personas que están en ejercicio de sus derechos civiles (*legitimatío ad processum*); Los mayores de 18 años que no estén comprendidos en alguna de las causas de incapacidad absoluta o relativa; los que no tengan la (*legitimatío ad processum*), deberán comparecer sus representante legítimos o los que deben suplir su incapacidad con arreglo a la ley; este es el caso de las personas jurídicas, y

aquellos que están sujetos a la incapacidad relativa y absoluta.

Esta excepción es subsanable y el juez que la acepte por encontrarla procedente concederá el término de diez días, para que sea subsanado Art. 295.3 (Código Orgánico General de Procesos), cuando el demandado a contestado a la demandada dentro del término legal, y ha comparecido a sustentar en la audiencia; con la consecuencia de que si no se subsana en ese término legal, se tendrá por no presentada la demanda; pero a la vez este auto de archivo, no impide que una vez subsanado se vuelva a presentar nueva demanda, con los legitimados que correspondan.

La deducción de esta excepción previa, no debe ser resuelta por el juez, en ausencia del demandado como tal; pues esta al ser también solemnidad sustancial, el juez mediante revisión de cumplimiento de solemnidades sustanciales, puede de oficio declarar la nulidad de lo actuado, y mandar al actor a que cumpla con determinar al legitimado pasivo, con el término previsto para la el auto de sustanciación con el cual se manda a completar la demanda.

Cuando no estamos frente al legitimado activo o pasivo no permite constituir la relación jurídica válida, y no se podría declarar la validez procesal, y posteriormente obtener una sentencia, razón por la cual además es presupuesto procesal.

(Chiovenda G. , 1989) sobre la capacidad para comparecer en juicio (capacidad procesal) menciona que:

Del mismo modo que se puede ser sujeto de derecho y no tener el ejercicio de los derechos o tenerlo limitado, puede tenerse la capacidad para ser parte en juicio y no tenerse el ejercicio de los derechos procesales. La capacidad para

comparecer en juicio, esto es, para realizar actos procesales con efectos jurídicos en nombre propio o por cuenta de otro, se llama *capacidad procesal* (legitimatio ad processum, que no hay que confundir con la legitimatio ad causam... (p. 318).

Entonces finalmente para entender el tratamiento de esta excepción, se establece que es una solemnidad sustancial (Art. 107. 3 COGEP), presupuesto procesal; y, excepción previa (Art.153.3 COGEP); por lo tanto su tratamiento ante la ausencia del demandado cuando ha deducido esta excepción, en su contestación a la demanda, no es obligatoria resolverla como tal, porque vía revisión de solemnidad sustancial se declara la nulidad y se subsana el proceso.

La incompleta **conformación del litis consorcio**, aun cuando no se encuentra definido dentro de las excepciones previas del Art. 153 (COGEP), si se encuentra prevista dentro del Art. 295 (COGEP) como tal para ser resuelta, (Calamandrei, 1962) define al litisconsorcio como:

El litisconsorcio necesario a la pluralidad de partes no corresponde a una pluralidad de causas: la relación sustancial controvertida es solo una y una sola acción; pero, como la relación sustancial es única para varios sujetos, en forma que las modificaciones de ella, para hacer eficaces tienen que operar conjuntamente en relación a todos ellos, la ley exige que al proceso en que hay que decidir de esa única relación sean llamados necesariamente todos los sujetos de ella, a fin de que la decisión forma estado de orden a todos ellos. (p. 310)

Bajo esta definición se entiende que el litisconsorcio es parte de la excepción previa del Art. 153. 3 (COGEP) que es la falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de

la demanda, es decir que esa legitimación conjunta es necesaria y obligatoria, pues los efectos jurídicos que se desencadenan de la acción, no solo atañen a una sola persona, sino a dos o más quienes deben comparecer a juicio, y a quienes directamente surtirán efectos jurídicos del objeto del juicio. (Calamandrei, 1962) manifiesta que: “En todos estos casos en que la legitimación compete conjuntamente y no separadamente a varias personas el litisconsorcio de ellas es necesario” (p.311).

A partir de este punto se entiende que la incompleta conformación del litisconsorcio, provoca las sentencias inhibitorias, cuando no se ha subsanado oportunamente dentro de un proceso, al respecto (Canosa, 2006) se refiere a esta excepción como:

Ocurre esta excepción cuando la demanda se refiere a situaciones jurídicas sustanciales, sobre las cuales no es posible hacer un pronunciamiento de fondo fragmentariamente o sólo referido a algunos de los sujetos que hacen parte del negocio jurídico correspondiente, porque la sentencia que deba dictarse los afecta a todos. Como ejemplo podríamos citar la imposibilidad de declarar un contrato nulo en relación con unos demandados, y válido respecto de otros. (p. 154)

En el litisconsorcio necesario como se puede evidenciar la relación jurídica válida debe constituirse con todos aquellos que tienen relación directa con el objeto de la causa a efecto de que se genere una relación sustancial única y una sentencia única que surta plenos efectos jurídicos.

(Canosa, 2006) al referirse al litisconsorcio necesario manifiesta:

El *litisconsorcio necesario* se impone por la clase o naturaleza del contrato y por la exigencia de que la sentencia afecte a todos los que intervienen en la

relación jurídica sustancial, mientras que el *litisconsorcio facultativo* o voluntario se origina en la voluntad de los litigantes, sustentada en el principio de la economía procesal. (p. 154)

Cuando hablamos de litisconsorcio necesario este se puede presentar en la parte actora, y el litisconsorcio es activo; en la parte demandada y el litisconsorcio es pasivo, cuando en ambos casos se requiere de litisconsortes necesarios esta es mixta y se provoca al inicio del proceso, pero también puede presentarse en el transcurso del mismo para el tratamiento como excepción este siempre será de litisconsorcio inicial.

Cuando el juez ha sido advertido, en la contestación a la demanda de la ausencia del litis consorcio necesario, sea en la parte actora o en la parte demanda, el juez debe ordenar la integración del contradictorio; sino lo ordena existe una sola consecuencia (Calamandrei, 1962): “El litisconsorcio necesario, la sentencia si se la pronunciara sin la presencia en causa de todos los litisconsortes, sería defectuosa” (p. 311); entonces estamos frente a la eventual sentencia inhibitoria.

2.6.- Error en la forma de proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones.

Esta es una excepción subsanable, conforme lo prevee el Art. 295.2 (Código Orgánico General de Procesos), que se verifica directamente en la demanda y se relaciona entre los requisitos que la forman, es decir hay incoherencia entre dos requisitos o más, que pueden ser los fundamentos de hecho; con los fundamentos de derecho; el procedimiento; y la pretensión.

(Gonzáini, 2007) sobre el defecto legal en el modo de proponer la demanda nos dice:

La excepción de defecto legal se apoya en el principio de legalidad de las

formas, pero trasciende ese reducto al proyectarse sobre el derecho de defensa del demandado. Por eso, si bien es cierto que no se refiere al fondo de la pretensión que se plantea, al quedar limitada en las solemnidades que debe revestir el escrito de demanda cuando no satisface las exigencias y solemnidades legales para permitirle un eficaz ejercicio de ese derecho; también lo es que esa oscura o deficiente redacción le impide al accionado contestar adecuadamente la pretensión, al no tener suficientemente expuestos los hechos de la demanda o las pretensiones reclamadas.

La defensa denominada, también, de “oscuro libelo”, impide el progreso de una acción que no está fácticamente configurada o de una petición que carece del grado de determinación compatible con la exigencia impuesta al juzgador para resolverla. (p. 269).

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 previstos en el Art.142 (COGEP), pero además la redacción de la misma debe ser tan clara que no exista duda entre los fundamentos de hecho 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.

(Canosa, 2006) menciona que:

Esta excepción procede en dos supuestos: 1) Cuando la demanda no contiene los requisitos de forma contemplados en los arts. 75 y 76 del C. de P.C., y 2) Cuando la demanda contempla una acumulación de pretensiones indebida o contradictoria, aunque el juez al interpretar la demanda puede decidir el fondo

del litigio, puesto que “la torpe expresión de las ideas no puede ser motivo de repudiación del derecho cuanto éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición de ideas del demandante”. (p. 134, 135)

Con esta explicación se entiende la importancia y relevancia del primer acto de proposición, que da inicio a la actividad procesal, en el órgano 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, esta no es parcialización del juez pues su actuación se limita atender, una excepción que para la parte demandada es necesaria su observación y subsanación.

La Resolución 12-2017 de la (Corte Nacional de Justicia) establece:

a. Defecto en la forma de proponer la demanda.- Si bien, se advierte una diferencia de redacción, en cuanto el artículo 295.2 se refiere a defecto, y por su parte, el artículo 153.4 se refiere a error, podemos concluir, a efectos del proceso, que se trata de una misma cuestión.

Por tanto, cuando el legislador se refiere a la subsanación del defecto en la forma de proponer la demanda (Art. 295.2), se aceptará la excepción previa de error en la forma de proponer la demanda prevista en la primera parte del numeral 4 del artículo 153 del COGEP.

El error en la forma de proponer la demanda, surge de la actuación de la parte actora, es por ello que cuando se acepta esta excepción, concediendo un término para subsanar (seis días); a la parte demandada se le concede un término mayor (diez días), para que reemplace su contestación, pues la primera se sujetó a la demanda que adolecía de error. Art. 295.2 (Código Orgánico General de Procesos).

2.6.1 Inadecuación de procedimiento

La inadecuación del procedimiento, es una de las excepciones previas insubsanables, que afecta gravemente la sustanciación de un proceso tramitado con norma contraria a la prevista, pues constituye el apartamiento de las disposiciones legales; (Lovato Vargas, 2002) nos dice:

La ley señala cuales son los procedimientos que se han de seguir para cada clase de litigios o para obtener determinadas declaraciones judiciales, sin que en les sea permitido a los particulares ni aun existiendo acuerdo entre todos los interesados en el caso, modificarlos o permitir, salvo cuando expresamente la misma ley autoriza hacerlo. (p.207)

Es poco frecuente encontrar procesos con inadecuación de procedimiento, pues como se había establecido anteriormente, el juez desde la misma calificación de la demanda, realiza un examen, por lo tanto en un primer momento, el juez debería mandar a determinar correctamente el procedimiento, mediante auto de sustanciación que complete la demanda Art.146 (Código Orgánico General de Procesos), pues se entendería que si la parte actora, solicita de forma equivocada un procedimiento, el juez está ahí, para direccionar correctamente el procedimiento desde su inicio, debiendo en el respectivo auto de archivo, explicar cuál es el procedimiento correcto, en caso de que no complete.

(Canosa, 2006) sobre la excepción previa denominada haberse dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde menciona que:

Esta excepción previa también es motivo de nulidad procesalCon el advenimiento de esta causal....., se quiso acabar con el *antiprocesalismo* existente en la legislación anterior, que admitía la nulidad constitucional por

simples irregularidades procesales. Es así como al estatuir como motivo de nulidad cuando la demanda se tramite por procedimiento distinto al que corresponda, se puso cortapisa al desorden que reinada en el procedimiento civil, cuyo fundamento se encuentra en el art. 29 de la Carta, según el cual “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. (p. 147)

Con esta explicación se entiende que la inadecuación de procedimiento cuando ha sido deducida como excepción previa, y el demandado no comparece a sustentar en audiencia, el juez debe subsanar de oficio la inadecuación de procedimiento, disponiendo el respectivo auto interlocutorio de archivo de la causa, pues en nuestra legislación actualmente la violación de trámite ya no es solemnidad sustancial en el cual se puede declarar nulidad procesal por retrotraerse a una nueva calificación de la demanda, hasta que sea deducida por el procedimiento correcto.

La Resolución 12-2017 de la (Corte Nacional de Justicia) establece la forma en como debe ser resuelta dicha excepción:

El numeral 4 del artículo 153 establece como excepción previa, entre otras, la inadecuación del procedimiento.- Como es bien conocido, el justiciable para acceder a los diferentes órdenes jurisdiccionales no tiene un único cauce procesal, sino varios (ahora notablemente disminuidos mediante la unificación que ha realizado el legislador a través del Código Orgánico General de Procesos); por tanto, 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.

De acuerdo al Código Orgánico General de Procesos, cada procedimiento comprende una regulación propia y exclusiva que rigen los actos de proposición: término para contestar la demanda y deducir la reconvencción, tiempo para contestar la reconvencción, anuncio de prueba nueva sobre los hechos expuestos en la contestación; término para convocar a la audiencia; de manera que, si un asunto se ha sustanciado conforme las reglas de un procedimiento (que no correspondía), tal cuestión no es susceptible de subsanar. Ello ha de entenderse así porque la Constitución reconoce que el derecho a la seguridad jurídica que se fundamenta en el respecto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras públicas y aplicadas por las competentes (Art. 82 CRE); y, el legislador, en ejercicio de su función constitucional de legislar, ha establecido los presupuestos y requisitos que deben observar y aplicarse para sustanciar de las controversias en un específico procedimiento (en base a ciertos hechos).

También si tenemos en cuenta que las normas procesales determinan cuál es el procedimiento adecuado en que debe sustanciarse un asunto, y tales normas son indisponibles para las partes; o dicho en otras palabras, porque el procedimiento en que debe sustanciarse un determinado asunto ante los juzgados o tribunales no es una cuestión voluntaria de las partes sino un mandato de la ley.

Además, la Constitución, dentro de las garantías del derecho al debido proceso, establece que “sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (parte final, numeral 3 del artículo 76 CRE); de manera que, constituye una garantía constitucional del derecho al debido proceso, el ser juzgado con la observancia

del trámite propio de cada procedimiento, lo cual implica –aunque sea implícitamente– una remisión a las normas legislativas procesales. Así por ejemplo, si un asunto debió sustanciarse en procedimiento ordinario pero, en realidad, se tramitó en procedimiento sumario, los términos son distintos cuestión que podría tener incidencia incluso en el derecho a la defensa, en la faceta del derecho a contar con el tiempo adecuado para la preparación de la defensa (Art. 76.7.b CRE).

Ahora bien, la naturaleza de la inadecuación del procedimiento radica en una cuestión exclusivamente procesal, por lo que conforme el artículo 88 del Código Orgánico General de Procesos, el juzgador debe acogerla mediante auto interlocutorio, con los efectos previstos en el artículo 295.1.

2.6.2 Indebida acumulación de pretensiones

La indebida acumulación de pretensiones es una excepción previa insubsanable, que pone fin al proceso, ataca al presupuesto procesal de la acción; para continuar con el estudio de esta excepción es importante establecer cuando se puede en una misma demanda proponer diversas pretensiones de manera correcta:

- Que el juez sea competente para conocer y resolver todas estas pretensiones.
- Que las pretensiones no sean contrarias ni incompatibles entre si
- Que el procedimiento aplicado sirva para sustanciar todas las pretensiones.

(Alsina, 2001) sobre el concepto de acumulación manifiesta que:

En primer lugar, nada impide que un mismo proceso sea utilizada para más de una litis, siempre que ellas reúnan determinadas condiciones; por el contrario, un elemental principio de economía procesal lo aconseja, pues no hay razón para

que, pudiendo evitarlo, se obligue a los sujetos a iniciar para cada una de ellas un proceso separado. Es por lo que se permite al actor deducir conjuntamente todas las acciones que tenga contra su demandado, en cuyo caso se dice que la acumulación es *objetiva*, y que el demandado pueda a su vez promover en el mismo proceso las acciones que tenga contra el actor, lo cual toma el nombre de *reconvención*. Por la misma circunstancia pueden varios sujetos vinculados por la litis, actuar como actores o demandados en un solo proceso, son sujeción desde luego, a ciertos principio, diciéndose entonces que la acumulación es *subjetiva*. (p. 268)

Lo contrario de estas características constituye la indebida acumulación de pretensiones (Canosa, 2006) sobre la indebida acumulación de pretensiones señala que:

De conformidad con los postulados rectores del derecho adjetivo, para la invocación de cada pretensión pueden adelantarse juicios separados; no obstante, por economía procesal, resulta mejor encauzar varias pretensiones independientes en una misma demanda (acumulación objetiva), o reunir varios procesos en uno solo para que en él se decidan todas las pretensiones (acumulación subjetiva). Empero, esta facultad no es omnímoda del demandante, pues está limitada por la incompatibilidad que las varias pretensiones o procesos tengan entre sí, por eso el art. 82 de C. d P.C. advierte que el demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que el juez sea competente para conocer de todas; sin embargo, podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía.

2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.
3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

Lo anterior nos enseña que la incompatibilidad de las pretensiones puede ser *material o procesal*. El primer caso se presenta cuando los efectos jurídicos son excluyentes; el segundo se da cuando el juez no es competente para conocer de todas y cada una de las pretensiones reunidas, o cuando no les corresponde el mismo trámite. (p. 139, 140)

Respecto al tratamiento de la indebida acumulación de pretensiones la Resolución de la (Corte Nacional de Justicia) Nro. 12-2017 establece:

El numeral 4 del artículo 153 también establece como excepción previa, entre otras, la indebida acumulación de pretensiones.- Esta excepción previa, puede estar relacionada con la anterior.

Con la finalidad de garantizar el principio constitucional de economía procesal, el legislador ha permitido que la parte actora pueda demandar en un mismo proceso diversas pretensiones (dos o más); no obstante, establece también la posibilidad de excepcionar la indebida acumulación de pretensiones, cuestión que puede estar fundada en la importancia cualitativa de cada pretensión, la incompatibilidad de contenido entre unas y otras, o por la especificidad de cada pretensión.

En todo caso, cuando las pretensiones planteadas en una misma demanda son contradictorias o incompatibles no procede sustanciarse en un mismo proceso. Piénsese por ejemplo, en una demanda que contenga la pretensión de pagar las remuneraciones al trabajador, así como la indemnización por despido

intempestivo, pero la demanda se ha presentado en procedimiento monitorio.

Si bien el artículo 147.2 del Código Orgánico General de Procesos, establece como causa de inadmisión en la primera providencia 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 una decisión de inadmisión. Y, dado que la indebida acumulación de pretensiones, es una cuestión exclusivamente procesal, el juzgador debería acogerla mediante auto interlocutorio.

En efecto, la indebida acumulación de pretensiones está prevista como causal de inadmisión Art.47.2 (Código Orgánico General de Procesos); 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; pero si este error se ha calificado, y una vez alegado por la parte demandada, el juez aun en ausencia de la misma debe resolver, porque ya tendrá un fundamento fáctico al cual sujetarse aun cuando no haya sido sustentada por la parte demandada en audiencia, el no hacerlo vulneraría la garantía de la seguridad jurídica, por lo tanto al ser insubsanable se resolverá por auto interlocutorio, declarando sin lugar la demanda por indebida acumulación de pretensiones.

2.7. Litispendencia

La litispendencia es una excepción previa insubsanable; según Pérez como se citó en (Maekelt, 2010) dice que: “La litispendencia es una institución que favorece la

economía procesal ya que tiende a evitar sentencias contradictorias dictadas por dos tribunales distintos, ante los cuales se tramitan causa idénticas” (p.279).

Esta excepción se deduce únicamente cuando existe en trámite otro juicio donde intervengan las mismas partes, y que soliciten la misma cosa, cantidad o hecho; pero se debe diferenciar como se establece la Litis Pendencia, y es con la existencia de dos juicios, que estén trabados la Litis, es decir que se haya producido la citación, y no solamente la presentación de la demanda.

Según (Maekelt, 2010) dice que la finalidad se resume en tres objetivos:

La finalidad de la litispendencia puede resumirse en tres objetivos: garantizar una tutela judicial uniforme; evitar el riesgo de decisiones inconciliables entre sí; y evitar los perjuicios que, para la administración de justicia se derivan de los costos procesales innecesarios que aparecen asociados a dobles procesos.

La litispendencia, una vez que ha sido deducida por la parte demandada como excepción previa, el juez debe resolver de oficio, aun cuando la parte demandada no se encuentre para sustentar en la audiencia, pues el omitir resolver ocasionaría un caos en el aparato judicial tramitándose dobles procesos, con posibles sentencias contradictorias. Un ejemplo claro de Litis pendencia es la que consta en la Serie III Nro.44, de las sentencias dictadas por la Ex - Corte Suprema de Justicia; que a pesar de transcurrir muchos la institución jurídica no ha sufrido modificación. “En un juicio ejecutivo hay litis pendencia cuando existe otro juicio ejecutivo entre las mismas personas, apoyado en el mismo título de crédito.”

En este mismo sentido existe un ejemplo claro de lo que no constituye litispendencia que consta en la Serie VII Nro.3, pág. 238, de las sentencias dictadas por la Ex -Corte Suprema de Justicia.

En el juicio de divorcio no es aceptable la excepción de litis pendencia, porque aunque sea idéntica en ambos litigios la acción de divorcio y las mismas personas que litigan, es diversa la cuestión de derecho o punto controvertido; si en la demanda anterior se solicita el divorcio por mutuo consentimiento, y en la nueva demanda se solicita por abandono de hogar.

Para que se configure la litispendencia esta debe concurrir simultáneamente los requisitos señalados, (Canosa, 2006) sobre la excepción previa de pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto menciona que:

Se funda esta excepción en la imposibilidad que existe de adelantar dos procesos entre unas mismas partes y con idénticas pretensiones, ya que con ello se corre el riesgo de sentencias contradictorias a que conducirían la cosa juzgada viciada o defectuosa.

Esta excepción, denominada también *litispendencia o litiscontestatio*, para que se configure requiere que se estructura simultánea y concurrentemente los siguientes requisitos:

1. Identidad de partes.
2. Identidad de causa.
3. Identidad de objeto.
4. Identidad de acción.
5. Existencia de dos procesos.

Si falta uno cualquiera de estos requisitos, la excepción no se configura y debe decidirse negativamente para el excepcionante, como ocurriría si en un proceso se pretende que el vendedor cumpla con su obligación de entregar y en el otro se pretende no que el contrato se cumpla sino que se resuelva por falta de pago del

precio estipulado, en cuyo caso no podría negarse que uno y otro proceso se originaron por circunstancias presentadas en razón de un contrato de compraventa, y que efectivamente hay dos procesos en curso trabados entre las mismas partes que suscribieron el dicho documento. Empero, no se refiere a la misma *causa petendi*, pues en un proceso se pretende el cumplimiento y en otro la resolución, súplicas que siendo incompatibles no se refieren al mismo asunto, y bien podrían ser motivo de fallos separados, sin que estos fueran contradictorios, que es precisamente lo que pretende evitar la *litispendentia*. (p. 162, 163)

Bajo esta explicación el tratamiento que el juzgador debe dar a la excepción previa de litispendencia cuando cumple simultáneamente los requisitos, aun en ausencia del demandado, cuando este ha deducido la contestación a la demanda, es de oficio, pues esta excepción, pertenece al derecho público, y cuando se encuentra justificada en el proceso el juez simplemente no puede omitir resolver, pues vulneraría la seguridad jurídica, no se considera parcialización del juez pues este únicamente cumple con sus funciones; lo resolverá mediante auto interlocutorio, a pesar de ser insubsanable, esta no puede ser resuelta por sentencia, pues existe causa pendiente de resolver, y el propósito de esta excepción 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, entre las mismas partes.

La Resolución de la (Corte Nacional de Justicia)Nº 12-2017 establece:

Como excepción, litispendencia significa la existencia concreta de un proceso pendiente; lo cual implica que, una cuestión que está siendo sustanciada y

conocida por un juzgado o tribunal, no pudiendo ser conocida por otro órgano jurisdiccional.

Es claro nuestro Código Orgánico de la Función Judicial en establecer que, entre juzgadores de igual clase de una sección territorial, una jueza o juez excluye a los demás por la prevención (Art. 159 COFJ); y, entre los modos de prevención establece que, en todas las causas donde haya pluralidad de juzgados, ésta se produce por sorteo o por la fecha de presentación de la demanda (Art. 160.1 COFJ). Por tanto, habiéndose presentado la demanda, se produce un efecto procesal por el que se excluye la posibilidad de plantear otra demanda (que genere un nuevo proceso); y, en ese sentido, busca impedir que se tramite simultáneamente más de un proceso.

Desde luego, se trata de una cuestión de naturaleza exclusivamente procesal, por lo que en aplicación del artículo 88 del Código Orgánico General de Procesos, el juzgador debería aceptarla mediante auto interlocutorio. (p.22)

2.8.-Prescripción

La prescripción es un derecho potestativo, que debe ser alegada expresamente por quien pretenda beneficiarse de ella es decir el prescribiente (Art.2393 CC); ya sea por acción que constituye la prescripción adquisitiva, o por excepción que constituye prescripción extintiva o liberatoria; cuando nos referimos a la prescripción prevista en el artículo 153 numeral 6 del Código Orgánico General de Procesos estaremos siempre refiriéndonos a la prescripción extintiva o liberatoria de obligaciones.

(Suarez, 2005) al citar a José Puig Brutau sostiene:

La prescripción extintiva tiene su fundamento en la necesidad de poner término a las situaciones de incertidumbre en el ejercicio de los derechos y en la presunción de abandono de su titular. La inactividad, silencio o falta de ejercicio del derecho constituye el fundamento de la prescripción extintiva por ser contrario al interés social una prolongada situación de incertidumbre jurídica.

La excepción previa de la prescripción extintiva como tal debe reunir ciertos requisitos indispensables para que se configure como excepción y son las siguientes:

- El tiempo conforme lo previsto en el (Art.2415 CC)
- La inacción del titular del derecho conforme lo previsto en el (Art.2414 CC).

Una vez que se conjugan estos requisitos, nos encontramos frente a la prescripción extintiva, aunque esta no tenga fundamento en la ética propiamente, pues aparta al deudor del cumplimiento de la obligación (Hinestrosa, 2000) al citar a Carnelutti dice: “es una especie de milagro por el cual el derecho se convierte en no derecho y viceversa”; cuando ha sido alegada esta excepción previa dentro del término legal, en la contestación a la demanda, el juez deberá sustanciar previa confirmación de manera oral en audiencia por parte del demandado, pues el sistema oral tiene su base justamente en la confirmación verbal que realizan las partes en audiencia, sobre sus actos de proposición.

Es una excepción insubsanable que pone fin al proceso judicial; siempre que no haya sido desvirtuado por la actora a quien perjudica tal alegación, y compruebe que existió interrupción sea esta civil o natural; refiriéndonos a la interrupción natural prevista en el (Art. 2418 CC); esta existe por el reconocimiento de la obligación sea de manera expresa o tácita por parte del deudor; cuando se refiere a la interrupción civil prevista

en el (Art. 2418 CC), se refiere a la acción judicial entablada por el acreedor, siempre y cuando se haya verificado la citación legal al deudor, es decir no solamente se debe presentar la demanda para interrumpir.

El momento procesal que deberá ser resuelta esta excepción en el caso de juicio ordinario es en la primera fase de audiencia preliminar; y en los casos de audiencia única en la primera fase de saneamiento procesal, esta excepción se resuelve mediante sentencia conforme lo dispuesto en la Resolución número 12-2017 emitida por la (Corte Nacional de Justicia) que dice: “no cabe duda que la excepción previa de prescripción debe ser resuelta mediante sentencia, no sólo porque la prescripción extintiva se refiere a una cuestión sustancial del proceso, sino también por los efectos derivados de su declaratoria”.

Esta excepción previa insubsanable al ser resuelta favorablemente para la parte que haya alegado, tiene como consecuencia una sentencia anticipada que ahorra el tiempo en un proceso judicial resolviendo en audiencia sin necesidad de llegar a realizar practica probatoria que justifique los fundamentos de hecho de la demanda propuesta.

En el anterior Código de Procedimiento Civil esta excepción se encontraba dentro de las excepciones perentorias previstas en el artículo 99 y 101 del CPC, para resolver esta excepción necesariamente se debía tramitar todo el proceso judicial demorándose varios meses y hasta años para finalmente aceptar esta excepción cuando efectivamente no se entablo las acciones dentro de los tiempos previstos en la ley; con el nuevo Código General de Procesos deducida la excepción de prescripción bajo el principio de economía procesal este se resuelve como asunto sustancial del proceso y por no cambiar la naturaleza de la decisión.

La prescripción como tal a efecto de que pueda ser aprovechada por el demandado debe ser alegada; esta alegación consta por escrito en la contestación a la demanda, pero además por ser derecho potestativo según la conveniencia de quien lo alega, debe ser confirmada de manera oral en audiencia por parte del demandado, el no hacerlo dejaría a su alegación como un simple enunciado, y por el cual el juez no puede resolver de oficio dicha excepción si el demandado no ha comparecido a la audiencia, aun cuando se encuentre alegado por escrito en la contestación a la demanda.

(Rioseco, 1994) menciona:

La prescripción extintiva es una institución que produce sus efectos propios con absoluta independencia de la voluntad de las partes, con la sola salvedad de la necesidad de que sea invocada, y concurriendo dicha alegación sólo se requiere de cierto lapso, como lo dispone el art. 2514 del Código Civil. (p.40)

Con esta explicación se confirma la obligatoriedad del demandado de sustentar en audiencia su excepción; pues el juez no puede resolver esta excepción previa de oficio, cuando el demandado no comparece a sustentar; esta se convierte en una obligación natural, y no atenta contra la seguridad jurídica; pues a pesar de pertenecer al derecho público, el resolver si se consideraría como parcialización, pues hay una continuación de las obligaciones y es la natural.

2.9.- Caducidad

La caducidad prevista en el artículo 153 numeral 7 del Código Orgánico General de Procesos es una excepción previa insubsanable; (Monroy Galvez, 2005) la define:

La caducidad es una institución del derecho material referida a actos, instituciones o derechos, siendo en este el último caso su uso más común e

interesante para el proceso. Precisamente en lo referido a los derechos materiales se caracteriza porque los extingue como consecuencia del transcurso del tiempo sin que su titular haya ejercido su titularidad. Si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que previamente devino en caduco, entonces la pretensión en estricto no tiene fundamento jurídico por lo que ya no puede ser intentada. (p. 721)

La resolución número 12-2017 emitida por la (Corte Nacional de Justicia) define a la caducidad como: “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.” (p.23)

Esta es una institución jurídica, que pertenece al derecho público, por lo que el juez debe declararla de oficio; esto nos permite establecer que esta excepción previa puede ser resuelta de dos formas: la primera mediante auto de inadmisión, cuando la demanda no ha sido presentada dentro del término, es decir no está invocada como excepción previa, la responsabilidad de presentar se atribuye directamente a quien debe ejercer la acción; cuando la demanda ha sido admitida a trámite, y la parte demandada deduce como excepción previa, aun cuando esta no sea sustentada oralmente, se deberá resolver mediante sentencia; la resolución número 12-2017 emitida por la (Corte Nacional de Justicia) establece:

Conforme lo expuesto, no cabe duda que la o el juzgador debe declarar la caducidad en la primera providencia, e inadmitir la demanda. No obstante, cuando la caducidad se ha planteado como excepción previa, asumimos que la demanda se admitió a trámite, dando lugar al cumplimiento de los actos de proposición; por lo que no puede dictarse auto de inadmisión sino que debe

resolverse como una cuestión sustancial del proceso, por lo tanto el juzgador debe acogerla mediante sentencia.

La institución jurídica de la caducidad es en mayor parte tratada en materia contencioso administrativa y tributaria; en el ámbito civil no es común, pero en materia laboral si, conforme se encuentra en la Resolución emitida por la Corte Nacional de Justicia Nro.05-2016 que analiza:

La acción por despido ineficaz busca garantizar la permanencia de la persona trabajadora en su puesto de trabajo en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, así como de aquellas que ejercen funciones de dirigentes sindicales, es decir, que aun cuando se hubiere producido un despido intempestivo, este no surta efectos. Por esta característica, debe surtir efectos oportunos en el tiempo, por lo que se requiere de una acción inmediata de quienes se consideran amparados... La caducidad de la acción, consiste en la extinción de un derecho por el transcurso del tiempo expresamente concedido en la ley para su ejercicio.

En el Código de Trabajo encontramos el tiempo que la ley concede a efectos de que el trabajador ejerza su derecho accionar por despido ineficaz. “Art.195.2.- “Acción de despido ineficaz. Una vez producido el despido, la persona trabajadora afectada deberá deducir su acción ante la Jueza o el Juez del Trabajo de la jurisdicción correspondiente al lugar donde este se produjo, en el plazo máximo de treinta días.”

Esta excepción es de derecho, por lo tanto no requiere discutir el asunto de fondo, porque la acción ha perdido la eficacia, por el transcurso del tiempo.

Se suele confundir la caducidad de las acciones, con la prescripción extintiva de las

acciones por los efectos jurídicos que suelen ser similares, pues terminan el proceso, sin entrar a conocer el fondo del asunto, aquí las diferencias:

- La prescripción extintiva solo puede alegar la persona contra quien se ejerce la acción.
- La caducidad puede ser declarada por el juez, y afecta directamente a la persona que quiere ejercer la acción fuera del término establecido.
- La prescripción extintiva es susceptible de interrupción civil y natural.
- La caducidad no es susceptible de interrupción.
- La prescripción extintiva debe declararse en sentencia.
- La caducidad debe declararse en cualquier instancia del proceso, incluso con la calificación de la demanda, si es por auto de inadmisión o por sentencia, termina el proceso.

Deducida esta excepción su tratamiento en el proceso como explica (Monroy Galvez, 2005) es el siguiente: “Le concede al Juez el derecho de declarar la caducidad y la consecuente improcedencia de la demanda sin necesidad de pedido de parte, si advierte la caducidad de solo el examen de la demanda al momento de su calificación inicial” (p. 721).

La caducidad puede ser observada de oficio o a petición de parte (Rioseco, 1994) menciona que: “La caducidad es la pérdida de la facultad de hacer valer un derecho como consecuencia de la expiración de un plazo fatal.”, generalmente este plazo es breve, y se extingue *ipso jure*” (p.43). Deducida esta excepción el juez puede y debe resolver de oficio aun en ausencia del demandado que no sustenta su excepción; aquello es una facultad, y no implica parcialización, al contrario omitir resolver aun cuando los plazos establecidos ya están fijados en la ley, esto si atentaría a la garantía de la seguridad jurídica, por lo tanto debe ser resuelta por sentencia.

2.10.- Cosa Juzgada.

La excepción previa de la cosa juzgada es insubsanable y ataca directamente al fondo del proceso; la Constitución de la República del Ecuador en su Art.82 garantiza a todos los ciudadanos el derecho a la seguridad jurídica que se verifica por el respeto a las 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...”

Desde el ámbito constitucional podemos entender que las sentencias en la forma dispuesta en el Art. 99, 101 del COGEP establece las normas jurídicas previas y claras sobre lo que tendremos como cosa juzgada: que son los siguientes casos:

- Cuando los procesos no sean susceptible de recurso
- Cuando las partes acuerdan darle ese efecto.
- Cuando se deja transcurrir los términos para interponer un recurso sin hacerlo.
- Cuando los recursos interpuestos han sido desistidos declarados desiertos, abandonados o resueltos, y no existen otros previstos en la ley (Art. 99 COGEP)

En los casos descritos estamos hablando de la autoridad de cosa juzgada que se puede dar en los autos interlocutorios y en las sentencias, de aquí nace la cosa juzgada material y lo cosa juzgada formal.

La cosa juzgada formal no resuelve el fondo del asunto sino únicamente excepciones dilatorias; la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 506, Primera Sala, R.O. 2, 13-VIII-96. ha definido a la Cosa Juzgada Formal.

Cosa juzgada formal.- Es la imposibilidad jurídica de acceder a recursos ante determinado resultado procesal; la cosa juzgada formal no resuelve el fondo del proceso, el objeto mismo de la litis sino únicamente las excepciones dilatorias, aquellas excepciones que extinguen en todo o en parte la pretensión a que se refiere la demanda. Nada impide que subsanadas dichas excepciones pueda tratarse nuevamente la causa de fondo de la litis en un nuevo proceso.

La cosa juzgada material resuelve el fondo del asunto, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia - Expediente No. 435-99, Primera Sala, R.O. 274, 10-IX-99, define la cosa juzgada material

Cosa juzgada material es la inatacabilidad indirecta o mediata de un resultado procesal, el cierre de toda posibilidad de que se emita, por la vía de apertura de un nuevo proceso, ninguna decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esta clase de autoridad., la cosa juzgada material, resuelve el asunto de fondo.

Finalmente (Caicedo, s.f.) define:

Podemos definir a esta institución como la imposibilidad de discutir en un procedimiento judicial un asunto que previamente ya fue resuelto en otro proceso anterior, para que este enunciado general sea válido y encontrarnos frente a un verdadero caso de cosa juzgada son necesarios los elementos.

La cosa juzgada para que se verifique como tal, debe tener identidad subjetiva e identidad objetiva. La Resolución número 12-2017 emitida por la (Corte Nacional de Justicia) establece:

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. (p. 24)

De acuerdo a esta resolución, entendemos que el establecimiento de la cosa juzgada se fundamenta en la garantía constitucional de la seguridad jurídica (Art. 82 CRE); el que no se permita volver a conocer un proceso resuelto judicialmente, tiene por objetivo evitar un caos, con procesos indefinidos y múltiples; finalmente esta resolución dispone que cuando el juzgador acepte la excepción previa de cosa juzgada deberá resolver mediante sentencia.

Por la importancia que tiene esta excepción, para la seguridad jurídica, esta debe ser resuelta, aun en ausencia del demandado en la audiencia. (Couture E. , 2002) explica la aplicación de esta excepción; “Para que la cosa juzgada pueda hacerse valer como excepción debe reunir las siguientes condiciones: “La cosa demandada debe ser la misma; la demanda debe ser fundada sobre la misma causa; la demanda debe ser entre las mismas partes...” (p. 337, 338). Esta regla es la llamada tradicionalmente de las tres identidades.

2.11.- Transacción

La transacción es una excepción previa insubsanable, nuestro (Código Civil) lo define: Art. 2348 C.C. “La transacción es un contrato mediante el cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio, o precaven un litigio eventual.”

La transacción es extrajudicial y judicial, depende del momento en que se produzca; así si el acuerdo es anterior al conflicto, se denomina transacción judicial, y se constituye en título ejecutivo; si el acuerdo es dentro del conflicto y se provoca la transacción, este se convierte en título de ejecución, Art. 363.6 (COGEP).

Al realizar la transacción las partes generan un vínculo jurídico en sustitución de aquellos que extinguían; para convertirse en una situación cierta e incontrovertible; para en caso de ser necesario proceder a la ejecución forzosa; se debe tener claro que cuando se deduce la excepción previa de la transacción esta es aquella que se puede aplicar directamente a la ejecución forzosa, mas no la que se constituyó como título ejecutivo; la transacción debidamente realizada tiene forma de resolución, es por ello que se procede directamente a la ejecución, es decir tiene los efectos de cosa juzgada, es por eso que el juzgador deberá aceptar la transacción mediante sentencia.

Bigot-Prémeneu como se citó en (De Gasperi, 1964) manifiesta que: “La similitud esencial que entre la transacción y la cosa juzgada consiste en que ambas no pueden ser rescindidas por error de derecho... Otro parecido entre ellas es que las dos producen efectos declarativos” (p. 313).

Deducida y justificada la excepción previa de la transacción, dentro del término legal, esta debe ser sustanciada en la audiencia aun cuando el demandado, no comparezca a la sustentación oral, pues 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. Por lo que el juez siempre requerirá que se encuentre justificado en el proceso el documento de la transacción para que sirva de base para su resolución mediante sentencia.

(De Gasperi, 1964) explica:

La transacción como obra que es de la común intención de las partes, las cuales al avenirse a una renuncia recíproca de derechos se entiende que quisieron el

todo y no partes aisladas del acto, es indivisible, de donde viene que no pueda anularse por partes y convalidársela por el resto. (p. 317)

Por lo tanto la transacción no es susceptible de indivisibilidad.

El efecto jurídico es la extinción de derechos y obligaciones que las partes hubiesen pronunciado y tienen para con ellos la autoridad de la cosa juzgada por lo que pone fin al pleito y es obligatorio para las partes. Art.1583 numeral 4 Código Civil

La transacción vista como un acto jurídico es sujeta de 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 sustentación de un juicio en donde llega a un acuerdo en base a concesiones recíprocas es decir, transigiendo, tiene efecto de cosa juzgada Art. 2362 (Código Civil) por lo que eventualmente la parte interesada podrá concurrir al juez únicamente para la ejecución de lo convenido.

2.12.- Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación.

2.12.1 La mediación

La mediación se encuentra reconocida desde la Constitución, en la Sección Octava de Medios Alternativos de Solución de Conflictos, específicamente en el Art. 190 que manda:

Art. 190.- 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. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

El convenio de mediación, 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. Volpe y Bahn como se cita en (V. Olczak, 1996) lo definen “como un proceso de intervención a corto plazo, orientado a una tarea, participativo en que los contendientes acuerdan trabajar voluntariamente con una tercera parte para lograr un acuerdo mutuamente satisfactorio equilibrado” (p.194).

Este convenio es exclusivamente voluntario, reservado al público pero con efectos definitivos que se realiza sobre materia transigible. El Art. 43 de la (Ley de Arbitraje y Mediación) textualmente dice:

Art. 43.- La mediación 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.

Las características de la mediación son: Voluntariedad; Confidencialidad; Agilidad; Eficacia.

La mediación se aplica casi todas las materias.

- En materia civil, en todas sus partes mientras sea entre personas naturales y sus derechos sean de libre disposición.
- En materia penal, estrictamente en contravenciones que no implique lesiones permanentes en la víctima.

- En materia societaria, mientras no contravenga la norma, y se encuentren dentro de sus potestades.
- En materia de Familia, a casi todas áreas incluido lo que corresponde a la fijación de pensión alimenticia: siempre y cuando este acuerdo de mediación no implique renuncia de derechos, disminución, o extinción derechos, esto en aplicación al Principio de Interés Superior del Niño.
- En materia de violencia intrafamiliar, no existe mediación.
- En materia administrativa del sector público, siempre y cuando se encuentre facultado por la ley a mediar podrá hacerlo, y cuando no contravenga el derecho público.
- En materia laboral, siempre y cuando ni implique la renuncia de derechos laborales, pues estos se encuentran protegidos desde la Constitución norma suprema del Ecuador.

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 siguiendo la vía de apremio, lo que significa que no son juicios de conocimiento sino de ejecución.

Deducida la excepción previa de existencia de convenio de mediación, este debe ser resuelta por el juez, aun en ausencia del demandado, pues es insubsanable, por el efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, pertenece al derecho público y omitir resolver atenta contra la garantía de seguridad Jurídica, cabe manifestar que el demandado tiene la obligación en su contestación a la demandada de adjuntar el documento en el que se verifique el convenio de mediación a efectos de que sirva como sustento para el juez; la Resolución número 12-2017 emitida por la (Corte Nacional de Justicia) 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).

El convenio de mediación, cuando se han registrado, ha resuelto una cuestión sustancial del proceso por tal razón se debe aceptar dicha excepción, mediante sentencia cuando es deducido oportunamente en la contestación a la demanda, y aparejado a dicha contestación, pues el juez a diferencia de las otras excepciones, no puede tener acceso o conocimiento, si no es a través de las partes procesales, es por eso que esta excepción debe justificarse, para poder resolver.

El convenio de mediación puede existir previo al inicio del proceso judicial, en cuyo caso será resuelto por el Órgano Jurisdiccional mediante su Inhibición, pues esa es la voluntad de las partes; cuando no se ha deducido como excepción previa ese convenio o acuerdo puede presentarse durante el desarrollo de la audiencia por lo cual el Juez podrá derribar a un centro de medición acreditado y poner fin al proceso.

2.12.2. Compromiso arbitral

La existencia del compromiso o convenio arbitral, es una excepción previa insubsanable, que concluye con sentencia conforme a lo previsto en la Resolución Nro.12-2017; y, (Madrid Martínez, 2010) la define como:

En efecto, el arbitraje puede definirse como un mecanismo de heterocomposición procesal; como una forma de dirimir controversias que, al ser establecida por las partes en un contrato, presenta carácter voluntario, y confiere

la facultad de decisión a simple particulares llamados árbitros. En virtud de este acuerdo, las partes, en una relación contractual o extracontractual, o los litigantes en un juicio, acuerdan someter sus diferencias a la decisión de un árbitro, obligándose a cumplir con la decisión contenida en el laudo que al efecto se dicte. Definido así, el arbitraje se presenta como una posibilidad de sustraer un conflicto a la jurisdicción ordinaria respectiva, por efecto de la determinación voluntaria de las partes. (p. 697, 698)

El compromiso arbitral es una institución jurídica reconocida desde la Constitución de la República, y 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 resuelva el conflicto que se ocasione; esta institución tiene reconocimiento y preferencia desde nuestra (Constitución de la República del Ecuador, 2008) que dispone:

Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

A partir de la norma constitucional referida, el arbitraje se encuentra regulado en la Ley de Arbitraje y Mediación, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, y en donde se establece, que en el convenio arbitral la obligación de someter al arbitraje el litigio, es obligación de hacer como explica (Silva Romero, 2005) :

El litigio someter al arbitraje es una obligación de hacer.- La comprensión de una obligación necesita, dejando de lado el tema del “vinculo jurídico”, el entendimiento y análisis de los dos elementos esenciales , esto es, los elementos subjetivo y objetivo. El elemento subjetivo de la obligación de hacer (someter la controversia a la solución mediante arbitraje) resultante del contrato de arbitraje está compuesto por la partes de dicha obligación, esto es, su acreedor y su deudor...(p.307)

Los requisitos para celebrar un convenio arbitral como lo señala Reglero Campos citado por (Lacruz Mantecon, 2011) son: “1, la capacidad general de obrar, y 2, la libre disposición del derecho que es objeto del convenio. (p.110), bajo estos requisitos, el primero constituiría la forma en que puede manifestar su voluntad, de someter el conflicto al tribunal arbitral, es gozando de capacidad, quien no goce de dicha capacidad ocasionaría que el convenio sea nulo; y la segunda que aquello por lo cual van a convenir sea de libre disposición de las partes, es decir que aquello debe estar libre de la voluntad de terceros; unidos estos dos requisitos fundamentales dan paso a que se celebre el convenio arbitral, apartando al órgano jurisdiccional para resolver un conflicto eventual entre las partes. (Barona Vilar, 2011) menciona que:

Los dos componentes que permiten categorizar el arbitraje como tal son la autonomía de la voluntad y la libertad de los ciudadanos, por una parte, y el ejercicio de la función de los árbitros y la eficacia de dicha función, por otra.

Así, por un lado, el arbitraje encuentra su base en la libertad y en la autonomía de la voluntad, de modo que si los ciudadanos son titulares de verdaderos derechos subjetivos privados, de los que disponen; si la autonomía de la voluntad es el elemento integrante de las relaciones jurídicas entre esos

ciudadanos –lo que les permite realizar, modificar, extinguirlas-, y si ese reconocimiento de la libertad y de la autonomía de la voluntad jurídicas se halla en la Constitución, no existe óbice alguno que impida a los titulares de esos derechos optar por resolver sus diferencias por medios distintos de la jurisdicción, entendida ésta como potestad de la que el Estado y sus órganos judiciales tienen el monopolio.

Es necesario en este punto especificar que el laudo arbitral tiene efecto de cosa juzgada como lo diferencia Claros Alegría citado por (Lacruz Mantecon, 2011):

Esta clásica distinción entre cosa juzgada formal y material, diferencia el aspecto según el cual el laudo firme estará revestido de la autoridad formal de cosa juzgada... En lo que hace a la cosa juzgada formal, el laudo firme será inatacable a través de la única vía reconocida para tal fin, la acción de anulación....En cuanto al aspecto material, el laudo firme sobre el fondo del asunto impedirá que se promueva un nuevo procedimiento sobre el mismo asunto, tanto arbitral como judicial: este es el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material. (p.243, 244)

Es decir bajo este efecto se provoca la imposibilidad de resolver sobre el asunto contenido en dicho convenio, pero esto no es conocido para el juzgador, sino hasta el momento mismo en que vía excepción deducida en la contestación a la demanda, establece la existencia de la inhibición de jurisdicción; imposibilitando que los jueces conozcan sobre los hechos y resuelvan las pretensiones. Una vez que se ha deducido como excepción previa la existencia del convenio arbitral, el juez ante la ausencia del demandado, debe resolver de oficio dicha excepción, por pertenecer al Derecho público, y omitir resolver ocasionaría la vulneración a la garantía de la seguridad jurídica.

(Fernández Ballesteros, 2011) explica:

La existencia de un convenio arbitral válido es suficiente para excluir del conocimiento de los jueces civiles la controversia sometida a arbitraje. Éste es uno de sus efectos más característicos y es de extrema importancia práctica. La exclusión de la jurisdicción ordinaria no es, sin embargo, un efecto necesario o inexorable de todo convenio arbitral válido, sino contingente y sometido a la subsistencia de la voluntad favorable al arbitraje de al menos una de las partes signatarias del convenio arbitral. O dicho de otro modo: la existencia de un convenio arbitral no es por sí sola, causa de admisibilidad de la demanda; ni produce *ipso jure* la falta de jurisdicción de los jueces civiles. La inadmisión de aquella y la exclusión de estos solo es posible *ope exceptiones*, a través de un acto procesal de denuncia del demandado, ejercitable de un breve plazo y sometido a una férrea preclusión. (p. 151, 152).

En este sentido lo que se explica es que necesariamente, el juez para resolver la excepción previa de existencia de convenio arbitral, debe constar en el proceso dicho convenio documentado, pues es el sustento para determinar que ataca lo sustancial en un proceso y concluir con una posterior sentencia.

2.13. Momentos para resolver las excepciones previas en los procedimientos previstos

2.13.1. Procedimiento ordinario

El Código Orgánico General de Procesos, ha previsto cinco procedimientos para resolver los distintos conflictos, de orden civil, mercantil, inquilinato, laboral, contencioso tributario, contencioso, administrativo, etc., y uno de ejecución; al referirnos al procedimiento ordinario, este es aplicable para los juicios de conocimiento, al que nos encontramos sometidos todos los ciudadanos del país: (Velasco, 1996)

define: “el juicio ordinario es una vía en la que se discute y se investiga el derecho incierto; y que las partes tienen igualdad frente al proceso y una amplitud casi ilimitada en la búsqueda de una solución pacífica de sus problemas” (p.20).

El Procedimiento ordinario constituye la columna vertebral, para el resto de procedimientos del Código Orgánico General de Procesos, en los cuales se replica todas las fases previstas para el procedimiento ordinario, diferenciándose los términos, (Velasco Célleri, 2005) menciona que:

Es aquel, donde se trata de cuestiones jurídicas, en forma extensa, sin limitaciones a las manifestaciones de las pretensiones y de las defensas, de manera que, sean resueltos todos los puntos de litigio, por parte del Juez mediante declaración inequívoca al respecto. (p. 22)

El procedimiento ordinario se forma de dos audiencias preliminar y de juicio, conjugado los momentos procesales en el orden establecido el procedimiento ordinario cumple con su objeto conforme (Velasco Célleri, 2005) manifiesta:

Llamados también juicios cognoscitivos o de lato conocimiento, tienen por objeto resolver con trámites más extensos y solemnes, los litigios relativos a cosas de importante valor o relacionadas con derechos que no cabe estimarlos pecuniariamente y también los que se refieren a derechos, exenciones, paternidad y demás, que tengan relación con el estado civil y la condición de las personas. Se lo conoce, también con el nombre de juicio declarativo, ya que tiene por objeto la resolución sobre hechos dudosos y controvertidos, que deben ser resueltos por el Juez, “*mediante declaración inequívoca al respecto*”. Cabe indicar, que la calificación de declarativo se la hace, por cuanto establece el fin

al cual se dirige el pleito, o sea, la declaración de un derecho, bien en la cosa o a la cosa, objeto de la demanda.

Aparte, de que el juicio ordinario es un juicio eminentemente declarativo, persigue sentencias constitutivas y de condena, como acontece con la acción de dominio y reivindicación. En resumen, en el juicio ordinario se persigue la investigación del derecho incierto. (p. 22)

Bajo esta definición el Art. 289 del Código Orgánico General de Procesos, establece que bajo este procedimiento se tramitaran todas las causas que no tengan previsto un trámite especial; lo que permite que el procedimiento ordinario garantice el desarrollo de un juicio como lo manifiesta (Calamandrei, 1962)

Las normas jurídicas que regulan las formas procesales disciplinan no solamente la estructura exterior de los actos singulares del proceso, considerados cada uno como unidad aislada, sino también el orden y la relación de tiempo y de lugar que se verifican entre unos y otros, o sea la posición de cada uno de ellos debe tener en la serie de qué forma parte. Para disciplinar la estructura exterior de cada acto procesal considerando en sí mismo, el derecho procesal establece por quien puede ser cumplido cada acto (por los órganos judiciales, o por las partes, o por tercero), que medios de expresión deben ser empleados (idioma oficial; forma escrita o forma oral; publicidad o secreto; que condiciones del lugar o tiempo); deben ser observadas para cada uno de ellos. (p.324)

Con esta explicación sobre la forma en que se constituye el proceso, y del cual se deriva el procedimiento se establece que el procedimiento ordinario en materia civil es para las siguientes acciones:

Colusorias, aquellas que priven del dominio, posesión o tenencia de algún inmueble o de algún derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre, o anticresis constituido sobre un inmueble o de otros derechos que legalmente pertenecen a un tercero. (Art. 290 COGEP).

El idioma oficial es el castellano (Art. 79 COGEP); se garantiza a las partes como en la fase probatoria a testigos la asistencia de un traductor; (Arts. 79, 174 COGEP).

En el procedimiento ordinario los actos de proposición, como la demanda, contestación a la demanda, reconvención, contestación a la reconvención, que son actos atribuido a las partes es por escrito; la sustentación de estos actos de proposición, como el ejercicio probatorio, interposición de recursos de impugnación es oral.

Los autos de sustanciación del juez como la calificación, inscripción de medidas cautelares, convocatoria a la audiencia, sentencia, concesión de recurso, fase ejecución son por escrito.

El tratamiento que reciben las excepciones previas en este procedimiento se verifica desde el momento en que se deducen que es dentro del término legal previsto en el Art. 291 (COGEP), en la constatación a la demanda y en el caso que así lo requieren deben ser acompañadas de prueba, que se justifiquen los fundamentos fácticos de cada una de ellas; la sustentación de estas excepciones son orales; se resuelven en audiencia preliminar, una vez que se escucha a las dos partes procesales; y de acuerdo a la naturaleza de la excepción cuan son aceptadas, unas concluyen con auto interlocutorio, concediendo termino para subsanar o poner fin al proceso, y otras terminaran con sentencia, conforme lo previsto en el Art. 295 (COGEP); y, la resolución emita por la Corte Nacional Nro. 12-2017; estas decisiones son susceptibles de apelación en los efectos previsto en el Código Orgánico General de Procesos.

2.13.2. Procedimiento sumario

El procedimiento sumario previsto en el Art. 332 del Código Orgánico General de Proceso, es un procedimiento de conocimiento, simplificado, es decir su tramitación se reduce a tal punto que debe resolverse el conflicto en audiencia única, diferente al juicio ordinario que se resuelve en dos audiencias.

(Velasco Célleri, 2005) menciona que:

El objeto de este juicio es la declaración de un derecho mediante la tramitación abreviada; con rapidez superior y simplificación de formas (con respecto al juicio ordinario) pero sin llegar a la celeridad extrema. En proyección sustantiva o de fondo; y más en concreto como tecnicismo procesal se lo ventila, casi exclusivamente de palabra, en otros países, pero en el nuestro predomina lo escrito y no la oralidad. El juicio verbal sumario tiene analogía con el juicio ordinario porque puede ser un juicio de cognición o declarativo; y, viene a ser un procedimiento intermedio entre el ordinario y el ejecutivo con autonomía procesal, siendo su tipicidad la restricción del procedimiento, la oralidad, la eliminación de la reconvención, salvo las excepciones legales, como las cuestiones laborales y las de inquilinato, se eliminan también los incidentes de toda clase, la intervención de tercero, el trámite en segunda y tercera instancia, es por el mérito de los autos; y, por último las controversias sujetas al trámite verbal sumario están taxativamente invocadas en el Art. 843 del Código de Procedimiento Civil. (p. 24)

El procedimiento sumario, guarda las mismas características que el procedimiento ordinario, con la radical diferencia, que todo se resuelve en una sola audiencia, y el tratamiento que se le da a las excepciones previas, es en la primera fase procesal de

saneamiento, previo a declarar la validez procesal cuando en la contestación a la demanda se han deducido excepciones, dentro del término legal.

Estas excepciones al igual que en el procedimiento ordinario, cuando son subsanables se concederán el término para la subsanación de acuerdo a la naturaleza de la misma; si por el contrario la excepción es insubsanable concluirá con el proceso mediante sentencia o auto interlocutorio de acuerdo a la naturaleza de la excepción; cuando la excepción previa además tiene la calidad de solemnidad sustancial se resolverá por la vía de la nulidad por auto interlocutorio que puede retrotraer al proceso al momento mismo que se omitió el cumplimiento de dicha solemnidad; si por el contrario es de esas nulidades sin derecho a reposición terminara con auto interlocutorio disponiendo el archivo de la causa.

2.13.3. Procedimiento ejecutivo

El procedimiento ejecutivo tiene por objeto resolver 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, constituye para este procedimiento presupuesto procesal obligatorio. (*Velasco Célleri, 2005*) menciona que:

Es aquel, que tiene por objeto otorgar los derechos que una persona tiene o derechos fundados en títulos de crédito, debidamente documentados, ya sean estos de carácter privado o público. En éste se persigue la condena a una prestación de dar, hacer o no hacer. (p. 22).

Este procedimiento se desarrolla en una sola audiencia, con dos fases procesales, la primera que es la de saneamiento procesal, fijación de los puntos de debate y conciliación y la segunda de prueba y alegatos Art. 354 (COGEP); la primera fase que

es la que interesa a efectos de establecer el momento procesal en que se resuelve las excepciones previas, tiene características especiales que son necesarias especificar. El Art. 353 del COGEP, establece las excepciones que se pueden deducir dentro de este procedimiento:

Artículo 353.- Excepciones. En el procedimiento ejecutivo la oposición solamente podrá fundarse en estas excepciones:

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, en el que la parte demandada del procedimiento ejecutivo figure como acusadora particular o denunciante del proceso penal y el actor del procedimiento ejecutivo sea el procesado. En caso de que el auto de llamamiento a juicio sea posterior a la contestación a la demanda, la o el demandado podrá adjuntarlo al proceso y solicitar su suspensión.
5. Excepciones previas previstas en este Código.”

De la norma transcrita tenemos que además de las excepciones previas establecidas en el Art. 153 del mismo cuerpo legal aparecen estas que son propias de este procedimiento ejecutivo; se diferencian unas de las otras porque las excepciones previas del Art. 153, se resuelven en la primera fase procesal de la audiencia única, pueden dar fin al proceso, dependiendo del tipo de excepción si es subsanable o no; 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.

El objeto del juicio ejecutivo como explica (Velasco Célleri, 2005) es:

El objeto de este juicio es el que, sin entrar en la cuestión de fondo de las relaciones jurídicas, se trata de hacer efectivo, lo que consta en el título, es decir, que persigue la condena a una prestación, prestación que puede consistir en las obligaciones de dar, hacer o no hacer. (p. 23)

Es decir que en este procedimiento además de las excepciones previas que puedan afectar la validez procesal, existen las otras excepciones que tienden a desvanecer la pretensión como tal.

2.13.4. Procedimiento voluntario.

Este procedimiento es aquel que por su naturaleza jurídica no tiene oposición, aun cuando se ordena la citación de aquellas personas que puedan mostrar algún tipo de interés; se aplica para los juicios de consignación, rendición de cuentas, divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo acuerdo; inventario, partición, autorización de venta de bienes de menores y personas sometidas a guarda; otorgamiento de autorizaciones o licencias; en razón del estado de las cosas se resuelven sin contradicción. Art. 334 (COGEP).

Este tipo de procedimiento tiene la estructura del procedimiento sumario, se realiza en una sola audiencia, que se convoca en un término no menor a diez días, ni mayor a veinte días, una vez cumplida la citación; con la diferencia que el demandado interesado en el objeto de la causa, puede oponerse hasta antes de que se convoque a la audiencia,

y su oposición constituirá la contestación a la demanda, concediendo el juez un término de quince días para los anuncios de prueba. Art.336 (COGEP).

Las excepciones previas que lleguen a deducirse en la oposición formal y fundamentada, admitida a trámite; se resolverán en la primera fase de saneamiento procesal, y dependiendo de la naturaleza de la excepción se resolverá conforme a lo dispuesto en el Art. 295 (COGEP) y la Resolución Nro. 12-2017, con los recursos de impugnación franqueados por la ley, con los efectos previstos de acuerdo al tipo de excepción previa; previo a declarar la validez procesal.

2.14- El rol del Juez en el saneamiento

El sistema oral en materia civil, establece el principio de dirección judicial, y se encuentra establecido en el Art. 3 del (Código Orgánico General de Procesos) que dispone:

Art. 3.-Dirección del proceso. La o el juzgador, conforme con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias. En función de este principio, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas. (p. 7)

De la norma transcrita se advierte que el juez tiene un papel fundamental, direccionando el proceso, desde el mismo momento que inicia con la calificación a la demanda, hasta que culmina con la audiencia en la cual se dictara la respectiva sentencia; y la posterior ejecución de la sentencia.

De acuerdo con (Cabanellas, 2001) define: “Juez.- El que posee autoridad para instruir, tramitar, juzgar, sentenciar y ejecutar el fallo en un pleito o causa...” (p.216).;

de la definición anterior de juez, se entiende que cuando un proceso es puesto a su conocimiento, es su deber ejercer la jurisdicción que por ley le ha conferido ese poder, que se va plasmando conforme se sustancia el proceso, hasta culminar con la ejecución de la sentencia.

Una explicación más clara sobre los poderes ejercidos por el juez mediante actos adecuados es el autor (Echandia , 1994) quien establece:

Naturalmente el ejercicio de esos poderes se hace mediante actos adecuados, que pueden ser de gobierno y de composición. Los actos de gobierno procesal del juez son las órdenes, y los de composición procesal, las decisiones. Los actos decisorios del juez están contenidos en las providencias que dicta y se clasifican entre nosotros en dos categorías autos y sentencias”. (p.459)

El juez durante la sustanciación va ejerciendo su poder estableciendo desde el inicio del proceso autos que van direccionando el juicio, hasta llegar a la audiencia, sancionando a la parte procesal, cuya ausencia afecte al normal desenvolvimiento de la audiencia, en el caso de la parte actora, con un auto interlocutorio de abandono por su falta de comparecencia, con la consecuencia inmediata de no poder volver a presentar una nueva demanda por la misma causa, y en contra de las mismas personas (Art. 87.1 COGEP) ; en cambio en la parte demanda la sanción es menos drástica pues se limita a la pérdida de la oportunidad procesal(Art. 87.2 COGEP, es decir la parte demanda puede presentarse en cualquier fase de la audiencia, y se sujetara a la parte en la cual se encuentre la audiencia, considerando la preclusión de las etapas procesales, como la sustanciación de excepciones previas, declaración de la validez procesal: la fijación del objeto de la causa; la actividad probatoria, admisibilidad y exclusión de prueba; y, finalmente el derecho de impugnar ante una ausencia absoluta.

El juez que actualmente se desenvuelve en el nuevo Sistema Oral, debe cumplir con ciertas condiciones obligatorias y necesarias, que permitan entender su función dentro de un juicio, estableciendo una responsabilidad directa a las partes frente a la ausencia en la audiencia donde se resolverá el conflicto sometido al sistema judicial; entonces podemos observar que ante la ausencia de la parte actora la sanción impuesta por el juez es definitiva, pero en el caso de la parte demandada puede presentarse varios escenarios, uno que realmente amerita es sobre la contestación a la demanda, deducida dentro del término legal, con la deducción de excepciones previas, ante la ausencia del demandado en la audiencia para la sustentación.

Inicialmente el juez debe ser imparcial, es decir este no podrá favorecer a una parte más que a otra, constituyéndose en injusto; debe aplicar el principio de igualdad de las partes, si el juez es imparcial y mira a las partes en condiciones de igualdad, es decir las partes intervendrán con el mismo tiempo; con libertad absoluta de practicar las pruebas admitidas previa contradicción; de impugnar las decisiones que no favorezcan sus intereses, y que el juez en base a lo establecido concederá los recursos que franquea la ley; hacer lo contrario implicaría un menoscabo en sus derechos procesales.

El Art. 169 de la Constitución, nos establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, consagrando principios que permitan hacer efectivo la garantía del debido proceso, entre estos principios por supuesto está el principio de saneamiento procesal indispensable para sustanciar un proceso limpio, y sea declarado válido y poder obtener una decisión que resuelva el conflicto.

Cuando el juez asume la dirección del proceso, por las consideraciones expuestas, estamos frente a una posible contradicción entre la alegación y la sustentación oral, pues bastaría con que la parte demandada deduzca excepciones por escrito sin necesidad de

sustentarlo de manera oral; situación que por la actividad de oficio que debe realizar juez para sanear un proceso, y poder declarar la validez procesal, se creería que está actuando en favor directa del demandado; pues el juez aun así deberá resolver ciertas excepciones de orden público, que atentan contra la seguridad jurídica y la ausencia del demandado, no le exime de la obligación de sanear el proceso para declarar su validez procesal, y esta actuación es la que aparentemente afecta el equilibrio e igualdad que debe existir entre las partes, y que el juez debe garantizar; (De la Oliva) manifiesta:

No es igual quien ataca, por así decirlo, que quien en principio, es atacado. No es igual ni le corresponde en consecuencia, jugar en el proceso igual papel. ¿Cómo no entender la radical diferencia que existe, por ejemplo, entre quien siendo actor o demandante en el orden jurisdiccional civil, tiene en sus manos nada menos que iniciar el proceso, que hacerlo pasar de la potencia al acto, y quien, sólo por voluntad de otro, el actor, se encontrará demandado? La expresividad del término “actor” y de la diferencia semántica entre el participio de presente y de pasado se han de recoger con un pleno acierto y como casi espontánea manifestación de la diversidad. (p.55)

De esta cita el autor establece, que el actor es quien más poder tiene en un juicio, pues por su voluntad somete a quien es demandado, considerando que este último es quien tiene una carga procesal mayor; deberá preparar una defensa, basándose en un término, cosa que el actor no debe afrontar pues cuenta con el tiempo ilimitado para encontrar las pruebas que sustentara su acción, lo que en el caso del demandado no sucede, por lo que a criterio de este autor el demandado es quien debe ser tutelado, hasta conseguir la igualdad de condiciones con la parte actora; pero si consideramos que hasta el momento de llegar a la audiencia esa igualdad ha quedado equiparada, pues a partir

de este momento la exposición que se debe hacer ante el juez será en igualdad de condiciones, al margen de los términos que el código estable para las partes.

La (Constitución de la República del Ecuador , 2008) en su artículo 76 establece al Principio de Igualdad, como un principio que asegura el debido proceso:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:....c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones...

De la norma constitucional que nos hemos referido tenemos ser **“escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”**; desde la Constitución, hasta la norma establecida en un Código, mantiene la obligación de que a efectos de ejercer el derecho a la defensa la parte deberá expresar los argumentos de su defensa, por lo que debe estar presente en las diligencias, audiencias y que el juez escuche el argumento de su defensa, oposición.

Un principio que no se debe dejar de lado es el de la imparcialidad, que el juzgador que conoce la causa debe conservar durante todo el proceso que ha sido puesto a su conocimiento, sin embargo si el juzgador resuelve las excepciones aun en ausencia del demandado que no se presenta a sustentar, se implementaría la costumbre jurídica de que no es necesario que la parte demandada comparezca a la audiencia, sino basta solamente que las excepciones previas las presente por escrito.

El rol del juez entonces además de los que las leyes establecen, es de procurar la igualdad entre las partes y no asumir una defensa ajena, de quien no le interesa

defenderse, y afectar el derecho de quien se presentó a la vía jurisdiccional a que se tutelén sus derechos.

(Chiovenda G. , 1989) establece como deberes fundamentales las siguientes:

- a).- El deber de fallar sobre el fondo de la demanda cuando la relación procesal esta normalmente constituida.
- b).- El deber de declarar la razón por que no puede pronunciarse sobre el fondo, cuando la relación procesal haya sido irregularmente constituida por defecto de presupuestos procesales.
- c).- El deber de realizar, ya legalmente requerido para ello, ya de oficio, cuando la ley así lo impone, todo lo necesario para colocarse en situación de resolver.
- d).- El deber de actuar, en toda circunstancia, con rectitud e imparcialidad, incluyendo en este el deber de abstenerse en los casos previstos en la ley. (p.57)

De estos deberes fundamentales que debe realizar el juez, ya legalmente requerido para ello, ya de oficio, cuando la ley así lo impone, todo lo necesario para colocarse en situación de resolver; al referirse al oficio que puede asumir el juez podría justificar ahí resolver las excepciones previas aun en ausencia del demandado en la audiencia; pues se trata de resolver una causa en base a la relación procesal normalmente constituida, jurídicamente valida, y debidamente saneada.

Límites del Poder del Juez: (Chiovenda 1954), al referirse a los límites del poder del juez establece tres:

El primero se refiere a la necesaria correspondencia entre lo pretendido y lo fallado; este es, por consiguiente, un límite absoluto, que ha de determinarse por las reglas de la identificación de las acciones.

El segundo respecto a la formación del material de conocimiento. No solo el juez debe mantenerse en los límites de la demanda, sino que debe incluso abstenerse de apreciar de oficio determinados hechos, aun no implicando modificación de la demanda: *secundum allegata et probata partium indicare debet*. Podemos decir, pues que en aquello que está prohibido a la parte apartarse de la demanda inicial, le está prohibido con mayor razón, al juez....

El juez dentro del proceso civil realiza el ejercicio inherente al poder jurisdiccional, hasta dictar la sentencia basándose, en la pretensión que consta en la demanda, frente a la oposición que existe en la contestación a la demanda, realizando todos los actos procesales desde el inicio hasta el final, incluso cuando la audiencia se tiene que suspender, esta se debe volver a reinstalarse con el mismo juzgador; admitiendo o excluyendo prueba que nos sea pertinente, conducente y útil, practicando la referida prueba, previo la contradicción, escuchando los alegatos tanto el inicial como el final, y en ese preciso momento emitir su pronunciamiento, sin dilación alguna, que provoque duda en las partes procesales.

Una de las principales actuaciones del juez se enmarca siempre en las pruebas que las partes deben obligatoriamente adjuntar en su contestación a la demanda cuando deducen ciertas excepciones como lo manifiesta (Redenti, 2001):

La mayoría de las veces la discusión o la contienda versara sobre datos de hecho que el juez ignora oficialmente, y respecto de los cuales no tenga tampoco

poderes de iniciativa. Corresponde a las partes proveerle en tiempo útil elementos de convicción al respecto, y solo de ellos puede servirse. (p.53)

El juez deberá de manera obligatoria como lo especifica Sentis “en las medidas específicas del juez para evitar que se produzcan nulidades....debe entenderse que unos medios encaminados a tal fin están autorizados...”; es aquí que podemos entender que el juez debe y tiene que actuar de oficio, previo a declarar la validez procesal; procediendo al saneamiento procesal, pues cuando el juez califica la demanda del actor, únicamente se conoce los hechos que ahí constan hasta ese momento, pero cuando en efecto contesta el demandado y adjunta prueba que anticipa defectos, que no permiten de ninguna forma constituir la relación jurídica válida, la actuación del juez debe ser de oficio, al margen de que sea o no sustentado, (Galvez, 2005) establece la obligación de saneamiento de la relación procesal por parte del juez.

Este objetivo está referido al deber que tiene el juez, después de haber recibido la contestación de la demanda o vencido el plazo para que aquello ocurra y cuando este no haya alegado una defensa de forma (excepción), de volver a revisar la relación procesal, y, de oficio, expedir una resolución declarando la validez de la relación o el saneamiento del proceso- lo que es lo mismo. (p.731)

De la cita se establece que el juez cuando ha recibido la contestación a la demanda, en donde se han deducido excepciones previas, que dilatan o terminan el proceso liminarmente debe en todo caso en las excepciones que constituyan solemnidades sustanciales y además presupuestos procesales, de oficio atender y resolver sobre la validez, no como excepciones sino está el demandado para sustentar, si no como cumplimiento de solemnidades sustanciales; cuando existen excepciones de puro derecho, el juez debe resolverlas de oficio como excepciones previas, salvo cierta

excepción, porque omitir resolverlas ocasionaría, atentar contra la garantía de seguridad jurídica.

CONCLUSIONES

1.- La excepción previa de la incompetencia del juzgador, es una excepción previa que tiene la condición de subsanable, e insubsanable; subsanable cuando se puede remitir al juez competente todas las actuaciones sin declarar la nulidad procesal, no es apelable porque no pone fin al proceso, se resuelve por aceptación de competencia del juez natural, su negativa da origen al conflicto negativo de competencia que es resuelto por la Corte Provincial.

Es insubsanable cuando la competencia ha sido fijada indebidamente, y el juez debe declarar la nulidad de todo lo actuado y terminar con el proceso; es apelable con efecto suspensivo; y no le impide a la parte presentar nueva demanda ante el juez competente.

La excepción previa de la incompetencia del juzgador, cuando ha sido deducida en la contestación a la demanda, dentro del término legal, y el demandado no se presenta a la audiencia para sustentar, el juez no debe resolver la excepción previa; pues si bien la constatación sirve de alerta para el juzgador sobre su incompetencia, este se encuentra facultado a revisar su competencia de oficio previo a declarar la validez procesal, mediante la verificación del cumplimiento de solemnidades sustanciales que se encuentran ligadas a los presupuestos procesales, entonces ese paso previo es de oficio; y no se considera a esta revisión de cumplimiento de solemnidades sustanciales, como parcialidad del juez; el omitir realizar esta revisión de la solemnidad sustancial de la competencia si vulnera el derecho a la seguridad jurídica, pues se resolvería un juicio con un juez incompetente.

2.- La incapacidad de la parte actora o de su representante, es una excepción previa subsanable; constituye presupuesto procesal, y solemnidad sustancial, reuniendo estas tres condiciones fundamentales; cuando ha sido deducida en la contestación a la

demanda, dentro del término legal, y el demandado no se presenta a la audiencia para sustentar, el juez no debe resolver la excepción previa como tal; pues la contestación a la demanda sirve de alerta para el juzgador sobre la incapacidad; por lo cual el juez se encuentra facultado a revisar de oficio, previo a declarar la validez procesal, mediante la verificación del cumplimiento de solemnidades sustanciales que se encuentran ligadas a los presupuestos procesales, entonces ese paso previo es de oficio; y no se considera a esta revisión de cumplimiento de solemnidades sustanciales, como parcialidad del juez, sino al contrario cumplimiento de sus obligaciones; el omitir realizar esta revisión de la solemnidad sustancial de la incapacidad de la parte actora si vulnera el derecho a la seguridad jurídica, pues se iniciaría un juicio con la comparecencia de un incapaz, quien no tiene capacidad procesal. Si bien tratada como excepción previa esta falta capacidad existe termino (10 días) para subsanar; con la declaratoria de nulidad procesal se repone al momento en que se produjo, esto es al auto de calificación, concediendo los tres días para que complete se demanda; cumplido este requisito se constituirían la relación jurídica valida.

3.- La excepción de falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda es una excepción es subsanable; el juez ante la ausencia del demandado que ha deducido esta excepción no debe resolverla como tal; alertado y justificado que ha sido en la contestación a la demanda, debe resolverla bajo la revisión de solemnidades sustanciales, y a través de estas declarar la nulidad retrotrayendo el proceso al momento de la calificación a la demanda, disponiendo que el actor cumpla con el llamado al legitimado pasivo en la causa, y una vez verificado su cumplimiento, sustanciar el proceso hasta llegar declarar la validez procesal, pues ya se encuentra constituido la relación jurídica valida, pues es además presupuesto procesal; resuelto de esta forma no

se consideraría parcialización del juez sino cumplimiento de sus funciones y atribuciones, el no hacerlo vulneraría la garantía de la seguridad jurídica.

4.- La excepción prevista como error en la forma de proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones; es subsanable e insubsanable:

Subsanable respecto al error en la forma de proponer la demanda; el juez ante la ausencia del demandado en la audiencia debe resolverla de oficio, pues constituye además presupuesto procesal necesario para constituir la relación jurídica válida la demanda clara, disponiendo que la parte actora subsane dentro del término previsto, y además concediendo el término para que el demandado remplace su contestación; la oficiosidad del juez no constituye parcialización, pues únicamente está mandando a subsanar una demanda y no está realizando un pronunciamiento de fondo, y en vista de no se puede sacrificar la justicia por la omisión de formalidades, el juez puede hacer uso de esta facultad.

Insubsanable respecto a la inadecuación de procedimiento, cuando esta ha sido deducida en la contestación a la demanda, el juez debe resolverla de oficio, aun en ausencia del demandado, pues el no hacerlo contrariando norma expresa, vulnera la garantía de la seguridad jurídica; entonces el juez al ser garantista del proceso, debe velar por sustanciar procesos, bajo el procedimiento previsto para cada uno de ellos, no se considera parcialización la actividad oficiosa del juez, pues al contrario disponiendo el archivo de la causa, declarando sin lugar la demanda, le permite a la parte actora volver a presentar la demanda con el procedimiento correcto.

Insubsanable respecto a la indebida acumulación de pretensiones, cuando el demandado ha deducido esta excepción, en la contestación a la demanda, y no se ha

presentado a sustentar en la respectiva audiencia, el juez de oficio, debe resolver dicha excepción, porque ataca al presupuesto procesal de la pretensión, impidiendo que se constituya la relación jurídica válida; por lo tanto auto interlocutorio, declara sin lugar la demanda y dispondrá su archivo; no constituye parcialización del juez, pues este cumple con sus deberes y atribuciones de velar por el saneamiento procesal del juicio, y como este no constituye pronunciamiento de fondo, el demandado puede volver a presentar la demanda corregida; el no resolver vulnera la seguridad jurídica, pues se encuentra claramente establecido mediante normas previas los requisitos para la acumulación de pretensiones.

5.- La excepción previa de litispendencia es insubsanable y se verifica con la existencia de un proceso pendiente, que debe cumplir simultáneamente los requisitos, de identidad de persona, causa, objeto; cuando el demandado ha contestado la demanda dentro del término legal, y ha deducido esta excepción, adjuntando las copias certificadas del proceso pendiente de resolver; y, no ha comparecido a la audiencia a sustentar el juez debe de oficio resolver mediante auto interlocutorio dicha excepción, insubsanable, disponiendo el archivo de la causa; esta resolución no implica parcialidad del juez, y su omisión por el contrario atenta directamente a la garantía de la seguridad jurídica, pues existiría dobles procesos, entre las mismas partes, con sentencias contradictorias.

6.- La excepción previa de la prescripción es insubsanable, ataca lo sustancial dentro de un proceso judicial, razón por la cual concluye con sentencia; cuando esta excepción ha sido deducida por la parte demandada dentro el término legal, obligatoriamente debe ser sustentada de manera oral en la audiencia, la ausencia en la audiencia de la parte demandada, evita que el juez pueda resolver esta excepción, a pesar que se encuentre anunciada, pues quien busca el beneficio debe alegarla para beneficiarse, y el momento

procesal en que el juzgador toma contacto con las partes es en la audiencia, de ahí la obligación de que la parte demandada sustente, pues el juez no puede resolver de oficio, pues consideraría parcialización del juez, pues si no está el demandado para sustentar tiene un siguiente volviéndole una obligación natural; y no vulnera la seguridad jurídica.

7.- La excepción previa de caducidad es la única que el juez puede declararla de oficio, sin necesidad, de que sea alegada, y dependiendo del momento procesal que se verifique terminara, con auto de inadmisión o sentencia. Deducida esta excepción el juez puede y debe resolver de oficio aun en ausencia del demandado que no sustenta su excepción; aquello es una facultad, y no implica parcialización, al contrario omitir resolver aun cuando los plazos establecidos ya están fijados en la ley, esto si atentaría a la garantía de la seguridad jurídica, por lo tanto debe ser resuelta por sentencia.

8.- La excepción previa de la cosa juzgada cuando ha sido deducida dentro de la contestación a la demanda, y justificada con el respectivo documento; debe ser resuelto por el juez, aun en ausencia del demandado; pues esta excepción está vinculada a la seguridad jurídica, por lo tanto el juez debe precautelar que no se desarrollen juicios, que ya tienen una sentencia que les ha definido el conflicto a las partes; esta resolución, no se considera parcialización, al contrario el juez cumple con sus deberes y obligaciones, y concluirá resolviendo esta excepción mediante sentencia.

9.- La excepción previa de la transacción es insubsanable y al ser deducida dentro del término legal en la constelación a la demanda y justificada con el documento, aun en ausencia del demandado que no comparezca a la audiencia el Juez debe resolver dicha excepción por los efectos que de esta surge como es la cosa juzgada material existiendo la triple identidad como es las mismas partes, el mismo objeto de la causa y

el mismo proceso, por lo tanto pertenece al derecho público y omitir resolver atenta al derecho a la seguridad jurídica; esta resolución concluye con sentencia y no es de ninguna forma parcialización del juez hacia la parte demandada ausente.

10.- La existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación., es una excepción previa insubsanable; que el juez únicamente conoce de la existencia en el momento procesal de la contestación a la demanda, con la respectiva deducción de esta excepción y acompañado el documento en el cual se plasmen el convenio arbitral o la acta de mediación; cuando el demandado no se ha presentado a la audiencia a la sustentación para sustentar la existencia de cualquiera de estos dos convenios que ha deducido; el juez debe resolver de oficio como excepción previa, pues tanto el convenio de arbitraje y el convenio de mediación pertenecen al derecho público y omitir resolverlas atenta contra la seguridad jurídica, su resolución se realizar mediante sentencia pues los dos convenio ataca lo sustancial de un proceso, conforme lo ha dispuesto la Corte Nacional en la Resolución Nro. 12-2017.

11.- El rol del juez sobre el tratamiento de las excepciones previas, señaladas en el Art. 153 del Código Orgánico General de Procesos, que han sido deducidas en la contestación a la demanda, dentro del término legal, y el demandado no ha comparecido a sustentarse en audiencia deben ser resueltas por el juzgador efectos de que se constituya una relación jurídica válida y pueda declarar la validez procesal de la siguiente manera:

a) Las excepciones previas que constituyen además solemnidades sustanciales para todos los juicios; no deben ser resueltas como excepciones, sino como solemnidades sustanciales, pues bajo esta figura legal se le permite al juez de oficio, proceder a sanear, en cuyo caso dictara los respectivos autos de nulidad, que le permitirán retrotraer el proceso al momento en que se omitió el cumplimiento de dicha

solemnidad, en los casos que la ley permita subsanar; en los casos que no, deberá declarar la nulidad sin reposición, por defectos insubsanables que amerita vuelva a presentar correctamente la demanda, sin la omisión que ocasiono la nulidad.

b) Las excepciones previas como la Litispendencia, Caducidad, Cosa Juzgada, Transacción, Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación, que hayan sido deducidas dentro del término legal en la contestación a la demanda, y justificadas, deben ser resueltas de oficio, por pertenecer al Derecho público, y la omisión de resolverlas ocasionaría la vulneración a la garantía de seguridad jurídica. Deberán terminar con sentencia conforme lo prevee la resolución Nro. 12-2017 emitida por la Corte Nacional de Justicia; la excepción de Litis pendencia concluirá con auto interlocutorio, por existir causa pendiente, no siendo procedente dictar sentencia.

c) La excepción de la prescripción extintiva, siendo una excepción previa insubsanable, no debe ser resuelta por el juez en ausencia del demandado, aun cuando esta pertenezca al Derecho Público, pues omitir resolverla no afecta la garantía de la seguridad jurídica; si el demandado no se encuentra presente para sustentar su excepción, el proceso debe continuar, porque finalmente esta obligación pasaría a constituirse en una obligación natural.

12.- Finalmente de estudio de los casos resueltos por excepciones previas que han concluido con autos interlocutorios y sentencias, en ausencia del demandado sobre las causas resueltas por jueces de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Otavalo, desde la vigencia plena del Código Orgánico General de Procesos, 22 de Mayo del 2016 hasta el 31 julio del 2017, se basa en los siguientes datos: han ingresado 400 causas, de las cuales 218 se encuentran en trámite, siendo resueltas por sentencia 70, por

autos interlocutorios 109, y tres de ellos mediante abandono; de estos casos ninguno lleva la resolución de una excepción previa en ausencia del demandado.

Bibliografía

- Aguirre, P. (2013). *El Principio de Oralidad en la Administración de Justicia* . Ecuador: Imprenta de la Gaceta Judicial .
- Alsina, H. (2001). *Fundamentos de Derecho Procesal*. México: Editorial Jurídica Universitaria S.A.
- Baca, W. (1994). *Hacia la Oralidad en la Administración de Justicia en el Ecuador*. Universitaria.
- Barona Vilar, S. (2011). Introducción. En J. Montero Aroca, C. Esplugues Mota, V. Guzmán Fluja, R. Verdera Server, G. Palao Moreno, J. Olavarría Iglesia, . . . S. Barona Vilar, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. España: Civitas.
- Becerra, J. (1979). *El Proceso Civil en México*. México: Porrúa S.A.
- Blacio, G. (24 de Agosto de 2013). *El Debido Proceso y la Oralidad en Materia Penal*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/el-debido-proceso-y-al-oralidad-en-materia-penal>
- Brodermann, L. A. (1868). *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigadores Jurídicas de la UNAM*. Obtenido de <http://www.juridicas.unam.mx/bjv/libros/9/4250/16.pdf-procesales>
- Cabanellas, G. (2001). *Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta.
- Caicedo, D. (s.f.). *Derecho Ecuador*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/COSA-JUZGADA-Ab>
- Calamandrei, P. (1962). *Derecho Procesal Civil* (Vol. I). (S. Sentis Melendo, Ed., & S. Sentis Melendo, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa America.

- Calamandrei, P. (2001). *Derecho Procesal Civil Tomo II* (Biblioteca Clasicos del Derecho ed.). México D.F.
- Canosa, F. (2006). *Las Excepciones previas*. Bogota: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Cascante, L. (s.f.). *Ley derecho* . Obtenido de <http://ecuador.leyderecho.org/capacidad-de-las-personas-juridicas/>
- Chiovenda, G. (1989). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Tomo I* (Vol. III). México: ECD.
- Chiovenda, G. (1989). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Tomo II*. México: Cardenas Editor y Distribuidor.
- Chiovenda, G. (1989). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Volumen III*. Mexico DF: CED Cardenas Editor Distribuidor.
- Chiovenda, G. (s.f.). Actos del Juez y Prueba Civil. En S. Satta, *Los Poderes del Juez*. Congreso Nacional. (24 de Junio de 2005). Código Civil.
- Congreso Nacional del Ecuador . (14 de Julio de 2006). Ley de Arbitraje y Mediación.
- Constitución de la República del Ecuador . (20 de Octubre de 2008).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi vs Ecuador (7 de Septiembre de 2004).
- Corte Nacional de Justicia . (s.f.). Resolución 12-2017 .
- Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, Serie XVII No.6 (6 de Septiembre de 2001).
- Couture, E. (1998). *Estudios de Derecho Civil Tomo III*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Couture, E. (2002). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Montevideo Uruguay: B de F Ltda.

- Couture, E. J. (1991). *Oralidad en el proceso* . Buenos Aires: Depalma. Obtenido de <http://www.revistajuridicaonline.com/2010/10/oralidad-en-el-proceso/>
- De Gasperi, L. (1964). *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina.
- De la Oliva, S. A. (s.f.). Derecho Procesal Civil.
- Debida Demanda, Resolucion Nro.3-99 (Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema 1999).
- Delgado. (2011). En P. Aguirre, *El Principio de oralidad en la Administración de Justicia* (pág. 37). Ecuador: Gaceta Judicial.
- Domínguez, J. (2007). *El Principio de oralidad en la Administración de Justicia* . Ecuador: Gaceta Judicial.
- Echandia . (1994). *Compendio de Derecho Procesal* .
- Ecuador, A. N. (22 de Mayo de 2015). Código Orgánico General de Procesos. Quito, Ecuador: Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Enciclopedia Jurídica . (s.f.). *Enciclopedia Jurídica*. Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/principio-de-saneamiento/principio-de-saneamiento.htm>
- Fernández Ballesteros, M. (2011). Convenio Arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal . En J. Alonso Puig, Ó. Alzaga Villaamil, J. Cadarso Palau, L. Díez Picazo, M. Fernández Ballesteros, J. Gonzáles Soria, . . . M. Rivero González, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje* (págs. 151, 152). Pamplona: Aranzadi, SA.
- Gaceta Judicial , Seri VIII. No. 2 (27 de Febrero de 1952).
- Gaceta Judicial , Serie XVIII No.3 (8 de Mayo de 2007).

- Galvez, J. M. (2005). *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogota: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre.
- González, O. (2007). *Defensas y Excepciones*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Hinestrosa, F. (2000). *La Prescripción Extintiva*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Hitters, J. (2001). *Revisión de la Cosa Juzgada*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal . (1988). *Venezuela Procesal*. Obtenido de <http://www.venezuelaprosesal.net/codigomodelo.htm> Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal - Secretaría General - El Código Procesal Civil modelo para Iberoamerica -historia - antecedentes - exposicion de motivos- texto del anteproyecto - montevideo 1
- Jijón Letort, R. (s.f.). *Apuntes sobre la Oralidad en el Proceso Civil Ecuatoriano*. Quito: Corporación Latinoamericana para el Desarrollo.
- Lacruz Mantecon, M. L. (2011). *La Impugnación del Arbitraje*. Madrid: Reus, S.A.
- León, M. (2008). El buen vivir: objetivo y camino para otro modelo. Nueva Constitución. Análisis. *Revista La Tendencia*, 136-151.
- Lovato Vargas, J. (2002). *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Madrid Martínez, C. (2010). El Acuerdo de Arbitraje como excepción al ejercicio de la Jurisdicción. En T. De Maekelt, H. Barrios, Z. Marín Vargas, & M. Méndez Zambrano , *Derecho Procesal Civil Internacional* . Caracas: Serie Estudios .
- Maekelt, T. (2010). La Litispendencia. En Y. Pérez, H. Barrios, Z. Marín Vargas, & M. Méndez Zambrano , *Derecho Procesal Civil Internacional* (pág. 279). Caracas: Serie Estudios 88.

- Mazeud. (1959). *Lecciones de Derecho Civil* . Buenos Aires: Jurídicas Europa-América.
- Monroy Galvez, J. (2005). *La Postulación del Proceso- XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogota, Colombia: Departamento de Publicaciones- Universidad Libre.
- Palacio, L. E. (2000). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Pérez, A. (2015). *Capacidad* . Obtenido de <http://ecuador.leyderecho.org/capacidad/>
- Ramírez, D. M. (1992). *Revistas Pucp*. Obtenido de revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/download/2060/1992
- Redenti, E. (2001). Actos del Juez y Prueba Civil . En F. Quiceno Alvarez, *Estudios de Derecho Procesal Civil* (pág. 53). Bogota, Caracas, Panama, Quito: Editorial Juridica Bolivariana.
- Rioseco, E. (1994). *La Prescripción extintiva ante la Jurisprudencia*. Chile: Juridica de Chile.
- Segunda Sala de lo Laboral y Social , Serie XVIII. No. 1 (3 de Marzo de 2004).
- Silva Romero, E. (2005). La Autonomia del Contrato de Arbitraje. En E. Silva Romero, *El Contrato de Arbitraje* (pág. 77). Legis Editores S.A.
- Suarez, U. C. (2005). Comentarios sobre algunos aspectos de la Prescripcion Extintiva. En U. Libre, *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (pág. 584). Bogota: Departamento de Publicaciones , Universidad Libre.
- V. Olczak, P. (1996). La Resistencia a la Mediación - Un Analisis Socio Clinico. En K. Grover Duffy, J. W. Grosch, & P. V. Olczak, *La Mediacion y sus Contextos de aplicacion* (pág. 193). Barcelona: Ediciones Paidós Iberica S.A.
- Vallejo. (2000). En P. Aguirre, *El Principio de oralidad en la Administracion de Justicia* (pág. 36). Ecuador: Gaceta Judicial.

- Velasco Célleri, E. (2005). *Sistema de Práctica Procesal Civil Tomo V*. Quito: Pudeleco Editores S.A.
- Velasco, E. (1996). *Teoría y práctica del Derecho - Sistema de Práctica Procesal Civil*. Pudeleco.
- Velásquez, P. (17 de Agosto de 2017). *Derecho Ecuador*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/saneamiento-procesal->
- Vélez, P. (2009). Las marcas del Proceso Oral y Escrito diseñado en el Proyecto de Nuevo CPC Chileno. En P. Aguirre, *El Principio de Oralidad en la Administración de Justicia* (pág. 33). Ecuador: Gacela Judicial.
- Vélez, P. (2013). Las marcas del Proceso Oral y Escrito diseñado en el Proyecto del Nuevo CPC chileno. En P. Aguirre Suarez, *El Principio de Oralidad en la Administración de Justicia* (pág. 33). Ecuador: Imprenta de la Gaceta Judicial .
- Vescovi, E. (1984). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis.
- Véscovi, E. (1999). *Teoría General del Proceso* (Segunda ed.). Bogotá: Temis.