



Universidad Internacional SEK

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Tesis para la obtención del título de:

Magíster en derecho procesal y litigación oral

Título: “Admisibilidad Probatoria en Segunda Instancia en Procesos Civiles según el Código Orgánico General de Procesos y cómo se están aplicando en la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial del Guayas, en procesos desde el 22 de mayo de 2016 hasta el 21 de mayo 2019”

Realizado por:

Alisson Michelle Vera Galarza

Tutora de tesis:

Dra. Ana Teresa Intriago Ceballos

Quito, septiembre de 2019

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, Alisson Michelle Vera Galarza, con cédula de ciudadanía 0929286946, 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 normativa institucional vigente.

Alisson Michelle Vera Galarza
C.C. 0929286946

DEDICATORIA

A mi querido abuelo, José Galarza Pizarro

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad y a mis profesores, por los conocimientos compartidos en estos dos años de estudio, a mis compañeros y colegas, por la retroalimentación brindada, a mi tutora Dra. Ana Intriago por su guía y valiosos consejos brindados en el presente trabajo.

ÍNDICE DEL CONTENIDO

DECLARACIÓN JURAMENTADA.....	i
DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
ÍNDICE DEL CONTENIDO.....	iv
LISTA DE TABLAS.....	vi
LISTA DE FIGURAS.....	vi
RESUMEN.....	vii
ABSTRACT.....	viii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I.- APELACIÓN.....	6
1.1. Una o dos instancias.....	7
1.2. Doble conforme – Doble instancia.....	9
1.3. Otros principios de la apelación.....	10
1.4. Objeto de la apelación.....	11
1.5. Tipo de apelación.....	12
1.5.1. Apelación plena.....	12
1.5.2. Apelación limitada.....	13
1.6. Efectos de la apelación.....	13
1.7. Apelación y pruebas.....	13
1.8. Apelación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	15
CAPITULO II.- PRUEBA - HECHO – ADMISIBILIDAD PROBATORIA EN SEGUNDA INSTANCIA.....	17
2.1. La prueba.....	17
2.2. Hecho.....	18
2.3. Hecho nuevo.....	19
2.4. Admisibilidad probatoria.....	21

CAPITULO III.- OPORTUNIDADES PROBATORIAS EN SEGUNDA INSTANCIA CIVIL EN EL ECUADOR SEGÚN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.....	24
3.1. Apelación de pruebas en diligencia preparatoria.....	24
3.1.1. Apelación del auto interlocutorio de negativa a la diligencia preparatoria.....	25
3.1.2. Apelación del auto interlocutorio que acepta la diligencia preparatoria y niega la oposición.....	26
3.2. Apelación del auto interlocutorio de inadmisibilidad probatoria.....	27
3.2.1. Prueba con la apelación de la sentencia.....	28
3.2.2. Prueba sobre hechos nuevos.....	28
3.2.3. Prueba nueva.....	31
CAPITULO IV.- ANÁLISIS DE CASOS OBSERVADOS.....	33
4.1. Universo, población y muestra.....	33
4.2. Procesamiento de datos.....	35
4.3. Resultados.....	35
4.3.1 Admisibilidad Probatoria General en los procesos revisados.....	36
4.3.2 Revisión por Apelación de Diligencias Preparatorias.....	37
4.3.3 Revisión en apelaciones del auto interlocutorio de inadmisibilidad probatoria.....	38
4.3.4 Revisión de admisibilidad probatoria en segunda instancia.....	38
4.4 Análisis Cualitativo.....	44
CONCLUSIONES.....	45
5.1. Admisibilidad probatoria en la apelación de diligencias preparatorias.....	45
5.2. Apelación del auto interlocutorio de inadmisibilidad probatoria.....	47
5.3. Prueba con la apelación de la sentencia.....	48
5.3.1. Prueba que acredite hechos nuevos.....	49
5.3.2. Prueba nueva sobres los mismos hechos.....	50
RECOMENDACIONES.....	54
REFERENCIAS.....	55
ANEXOS – Operacionalización de Variables.....	57

LISTA DE TABLAS

Tabla 1: Universo y Población.....	35
Tabla 2: Admisibilidad probatoria.....	36
Tabla 3: Apelación de diligencias preparatorias.....	37
Tabla 4: Decisión sobre admisibilidad probatoria.....	37
Tabla 5: Apelaciones del auto interlocutorio de admisibilidad probatoria.....	38
Tabla 6: Decisión sobre admisibilidad de pruebas.....	39
Tabla 7: Prueba en segunda instancia con apelación.....	40
Tabla 8: Apelaciones del auto interlocutorio de admisibilidad probatoria.....	41
Tabla 9: Apelaciones del auto interlocutorio de admisibilidad probatoria.....	42
Tabla 10: Apelaciones del auto interlocutorio de admisibilidad probatoria.....	43

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Admisibilidad Probatoria.....	36
Figura 2. Apelación de Auto interlocutorio de Prueba.....	38
Figura 3. Decisión sobre apelación de admisibilidad de pruebas.....	39
Figura 4. Prueba en segunda instancia con apelación de la sentencia.....	41
Figura 5. Segunda instancia.....	42
Figura 6. Prueba Nueva.....	43
Figura 7. Hecho Nuevo.....	43
Figura 8. Prueba en Apelación.....	44
Figura 9. Aceptación de la prueba en segunda instancia.....	45

RESUMEN

En el sistema procesal civil ecuatoriano, desde el 22 de mayo de 2016, con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, cambió sustancialmente la forma en la que se venía actuando y tramitando los juicios, con lo cual los magistrados y abogados enfrentaron la aplicabilidad de la nueva normativa. Uno de los derechos intrínsecos al debido proceso es el derecho a presentar, practicar y contradecir pruebas, siendo este uno de los aspectos que cambió en relación con el sistema anterior.

En ese contexto, el presente trabajo recoge una discusión doctrinaria y normativa de la delimitación y alcance de las oportunidades y parámetros de admisibilidad probatoria en segunda instancia con el Código Orgánico General de Procesos. (Ver capítulo 1 y 2)

Finalmente, este trabajo comprende un estudio de los criterios y parámetros de admisibilidad utilizados en los tres años de aplicabilidad del COGEP, para lo cual, con los fundamentos encontrados en los dos primeros capítulos, se observó los procesos civiles en los que existió un análisis de admisibilidad probatoria por parte del tribunal, desde el 22 de mayo de 2016 hasta el 21 de mayo de 2019. EL objeto de este estudio fueron las sentencias/ resoluciones emitidas por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial del Guayas, respecto los procesos que ingresaron por apelación de la Unidad Judicial Civil de Guayaquil. Los parámetros analizados en este trabajo comprenden la apelación del auto interlocutorio de diligencia preparatoria, apelación del auto interlocutorio de inadmisibilidad probatoria y la prueba con la apelación de la sentencia.

Palabras Claves: Segunda Instancia, Apelación, Prueba, Prueba Nueva, Hecho Nuevo, Diligencia Preparatoria, Admisibilidad.

ABSTRACT

The Ecuadorian civil procedure system, since May 22, 2016, with entry into force of the law from non criminal processes (Código Orgánico General de Procesos) substantially changed in the manner in that theirs were acting and processing the trials, with it which the magistrates and lawyers faced the applicability of the new normative. One of the intrinsic rights to due process is the right to present, practice and contradict evidence, this being one of the aspects that changed in relation to the previous system. In that context, the present work collect a doctrinal discussion and normative of the delimitation and scope the opportunities and admissibility parameters probative in the second instance with the Código Orgánico General de Procesos, (Look chapter 1 and 2).

Finally, this work includes a study of the admissibility criteria and parameters used in the three years of applicability of the COGEP , for which, with the foundations found in the first two chapters, It was observed the civil processes in which there was an analysis of probative admissibility by the provincial court, since May 22,2016 to May 21,2019.

The object of this study was the judgments/decisions issued by specialized civil court of the provincial court of Guayas, regard the processes that entered by appeal of the decisions of the Guayaquil Civil Judicial Unit

The parameters analyzed in this work include the appeal of the interlocutory order of preparatory diligence, the appeal of the interlocutory order of evidentiary inadmissibility and the proof submitted with the appeal of the decision of the first instance.

Key words: second instance, appeal, proof, evidence, new evidence, new fact, preparatory diligence, admissibility.

INTRODUCCIÓN

El principio de doble conforme consiste en la posibilidad que tienen las partes de recurrir el fallo ante un órgano superior. Este derecho se encuentra ampliamente garantizado en el área penal por diferentes convenios y tratados internacionales; y, a pesar de no existir un reconocimiento directo en el área civil, los mismos organismos internacionales han reconocido la aplicabilidad de este principio en ciertas áreas jurídicas, entre ellas, la civil y mercantil.

En las áreas civil y mercantil este principio ha tenido un desarrollo normativo y dogmático que ha ido aumentando y evolucionando de conformidad con la legislación interna de cada país. La mayoría de los países de Iberoamérica reconocen el principio de doble conforme en el área civil y mercantil, mismo que no es amplio, pues las condiciones de acceso varían según la normativa interior. En ese contexto, en el Ecuador el derecho al doble conforme se encuentra garantizado en la Constitución de la República del Ecuador, en la cual se lo incluye como parte del derecho al debido proceso. Este principio converge con otros derechos inherentes al debido proceso, como el derecho a tener acceso y los medios para una adecuada defensa; así, el derecho a la defensa incluye presentar, producir y acceder a las pruebas.

Conforme lo expresado, estos derechos se encuentran garantizados en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Sin embargo, es necesario tener claro que estos no son abiertos, pues tienen delimitaciones normativas, las mismas que constituyen garantía de los principios de preclusión, igualdad y seguridad jurídica.

Según la legislación vigente en el Ecuador, la materialización del principio de doble conforme se tangibiliza con el derecho a recurrir. En materia civil y mercantil, se encuentra contemplado en el Código Orgánico General de Procesos (2015, en adelante COGEP), dentro del derecho a impugnar, e incluye la apelación de autos interlocutorios y de sentencia. La apelación se puede conceder con efecto diferido, no suspensivo y suspensivo.

La mayoría de los juristas concuerdan en que la apelación es el derecho de las partes por medio del cual el tribunal superior puede revisar y ordenar que se corrijan errores del juez de instancia; no obstante, se encuentra en discusión la definición de lo que comprende la apelación. A nivel doctrinario se plantean varios tipos de apelación, la apelación plena que trata al proceso en segunda instancia como un nuevo juicio,

otorgándole al tribunal amplias facultades; y, la apelación limitada, en la cual el tribunal es solo revisor, restringiendo a que la revisión se realice sobre lo actuado ante el juez *a quo*. Como se detalla en la investigación ambos sistemas son antagónicos y en la praxis resultan “tipos ideales”, por lo que algunos ordenamientos jurídicos han optado por la conjugación de ciertas características de ambos sistemas.

Por otro lado, la práctica de la prueba en segunda instancia juega un papel importante ya que la misma podría influir de manera significativa en la resolución del tribunal, sobre todo si se toma el contexto de la apelación como “un juicio nuevo”. En la legislación vigente la admisibilidad de pruebas en segunda instancia puede darse con la apelación de diligencias preparatorias, con la apelación del auto de admisibilidad probatoria o con la apelación de sentencia.

En las diligencias preparatorias se puede apelar, a efecto de que se revise la prueba: i. Del auto que niega la práctica de la prueba aceptando la oposición, esta apelación es en efecto suspensivo, por lo que el superior en audiencia revisa la admisibilidad probatoria, de ser favorable la resolución del superior, dicha prueba será practicada ante el juez *a quo*; ii. Del auto que acepta la diligencia preparatoria y niega la oposición, apelación que es conocida por el tribunal, con posterioridad a la sentencia del proceso principal, lo que implica que, antes de que se conozca de la apelación se practique la prueba, pudiendo influir en el resto de pruebas y en la sentencia, de este modo, cuando el proceso llega a segunda instancia, existe una clara contaminación sobre la objetividad inicial del examen de admisibilidad impugnado, lo que conlleva a un problema de los efectos jurídicos que se tendrían en caso de aceptarse el recurso.

Por otro lado, dentro del proceso de primera instancia, existe la apelación del auto interlocutorio de inadmisibilidad probatoria. En este caso la apelación recae sobre la negación del juez *a quo* a admitir prueba que, a su juicio, no cumplió con los criterios de admisibilidad de primera instancia. Mas para que sea revisada por el tribunal *ad quem*, esta tiene una carga argumentativa adicional, esto es, que debe sustentarse que la misma es trascendental a tal punto de que el resultado pueda variar significativamente.

Posteriormente, con la apelación de la sentencia se puede presentar prueba, esta es considerada como prueba de segunda instancia, puesto que no fue anunciada, ni presentada durante el proceso inicial. En ese contexto, los incisos segundo y tercero del artículo 258 del COGEP disponen que en la fundamentación las partes podrán anunciar prueba únicamente: i. Si se trata de acreditar hechos nuevos, dicho de otra manera, posteriores, teniéndose una carga probatoria y argumentativa al poder dilucidar qué

hechos nuevos podrían ser pertinentes; ii. Si se trata de prueba nueva que solo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia, es decir, prueba sobre los mismos hechos que fueron tratados en primera instancia, lo que implica una carga adicional, debiéndose probar y argumentar la imposibilidad de obtención anterior. Esta norma establece una clara delimitación temporal que deja fuera la prueba que se obtuvo desde la preclusión de la última oportunidad probatoria hasta la sentencia.

En virtud de la problemática antes detallada, se plantea la siguiente hipótesis - existen parámetros de admisibilidad de las pruebas en segunda instancia en los procesos civiles y mercantiles según el Código Orgánico General de Procesos; y, estos parámetros se utilizaron durante los tres años de aplicación del COGEP.

En este contexto, la pregunta de investigación es: ¿Cuáles son los parámetros de la admisibilidad de las pruebas en segunda instancia en procesos civiles según el COGEP, y Cómo se están aplicando en la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial del Guayas?

Para lo cual se realiza la presente investigación con el objetivo general de Determinar cuáles son los parámetros de la admisibilidad de las pruebas en segunda instancia en procesos civiles a nivel doctrinario y según el COGEP, y analizar cómo se están aplicando en la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial del Guayas, respecto procesos del cantón Guayaquil, planteando los siguientes objetivos específicos:

- Analizar cuáles son los parámetros de admisibilidad probatoria en la apelación del auto interlocutorio de inadmisibilidad tanto de diligencias preparatorias, como en el juicio, revisados por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, respecto procesos del cantón Guayaquil y el enfoque práctico utilizado por los profesionales del derecho
- Analizar cuáles son los parámetros de admisibilidad probatoria en la prueba presentada con la apelación de la sentencia, revisados por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, respecto procesos del cantón Guayaquil y el enfoque práctico utilizado por los profesionales del derecho
- Precisar cuáles son los hechos nuevos, y la delimitación de prueba nueva, parámetros y alcance en torno a la prueba en segunda instancia que se deben considerar.

La necesidad de la presente investigación se justifica ya que desde el 22 de mayo de 2016 con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos la configuración del esquema probatorio y de apelación cambió. Desde dicha fecha, hasta la actualidad la implementación de la norma en su praxis ha evidenciado una problemática jurídica, que luego de tres años de aplicabilidad es posible evaluar. Por lo que, este trabajo se centra en las oportunidades probatorias en segunda instancia, tanto las concedidas con efecto diferido, como son las apelaciones de las diligencias preparatorias, del auto interlocutorio de admisibilidad probatorio y de la prueba propia de la apelación de la sentencia, como es la prueba sobre nuevos hechos y la prueba nueva sobre los mismos hechos.

Su importancia para la comunidad académica y doctrinal radica en la elaboración de una herramienta investigativa que plantea y propone soluciones al estudio de este tema y que sirve de base para futuras investigaciones. Al ser una investigación que contempla el ámbito doctrinario, jurídico procesal y práctico, es una herramienta para los profesionales del derecho, ya sea en el libre ejercicio o para los magistrados de la Corte Provincial a fin de que tengan una panorámica clara cuando se enfrenten a estos casos.

Adicionalmente resulta relevante para la comunidad académica pues refleja las sintomatologías reales con una normativa que tiene más de tres años de aplicación. Por otro lado, el presente trabajo tiene relevancia social por cuanto se abordan temas prácticos de derechos que se encuentran garantizados en la Constitución de la República de Ecuador, como son los derechos de Debido Proceso, Doble Conforme, y de Defensa, esenciales en una sociedad para el respeto de la tutela judicial efectiva.

En virtud de la pregunta de investigación se identificó que la variable dependiente es el tratamiento de la prueba en la Segunda Instancia en Procesos Civiles y Mercantiles y la independiente son los parámetros de admisibilidad de la prueba.

La presente investigación parte de un diseño no experimental; es decir, no se manipulan los hechos, por lo que la muestra se estudia tal y como es. Siendo los instrumentos utilizados la recopilación documental, literaria, académica y doctrinal; y, de campo, en el que se realizó la observación mediante el análisis de las resoluciones y sentencias de los casos de la rama de estudio.

Para la presente investigación se empleó el método mixto, por un lado, el deductivo partiendo de lo general de la doctrina y la norma a lo particular. Posteriormente con la evaluación de datos se empleó el método inductivo de lo particular a lo general. El analítico – sintético considerando cada una de las variables que conciernen la aplicación

y validez de los parámetros de admisibilidad de la prueba en segunda instancia para llegar a una conclusión en el ámbito de la aplicación profesional. (Ver operacionalización de variables, anexo A)

Los tres primeros capítulos comprenden la investigación teórica, es el resultado de la revisión bibliográfica, realizándose un estudio investigativo y correlacional con la norma. Así, en el primer capítulo se tratará a la apelación empezando desde un punto de vista conceptual, histórico y doctrinario. Dentro de la cual se plantea la discusión de si es pertinente una o dos instancias, y con ello el derecho de doble conforme, como garantía internacional y constitucional, junto con la conceptualización genérica del resto de principios aplicables a la segunda instancia. Posteriormente, se trata sobre el objeto de la apelación, y con este la discusión de si la apelación comprende un juicio nuevo o si se limita a la revisión de la primera instancia, encontrándose características muy particulares y antagónicas, esto a fin de determinar cuál de ellas y en qué grado encajan en el ordenamiento jurídico vigente. Así también, los efectos de la apelación, en cuanto a su interposición y admisibilidad del recurso. Terminando con el análisis de la apelación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por otro lado, en el segundo capítulo se analizó el esquema conceptual y doctrinario de la prueba, comenzando por el objeto y finalidad, definición de admisibilidad probatoria, pruebas, pruebas nuevas, hechos y hechos nuevos con cada uno de los principios involucrados. Posteriormente, la prueba en segunda instancia, para concluir con el esquema teórico referencial con el capítulo III que trata de la prueba en segunda instancia según el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por último, la presente investigación comprende también, en los capítulos IV y V, un alcance de la revisión práctica de casos de investigación empleándose el estudio de observación, exploratorio, descriptivo, explicativo. El objeto de estudio son las sentencias y resoluciones de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que ingresaron por apelación desde la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil, desde el 22 de mayo de 2016, fecha en la que empezó a regir el Código Orgánico General de Procesos, hasta el 21 de mayo de 2019; en los cuales se observó los casos en los que se admitió prueba, y en estos, se dilucidó los parámetros de admisibilidad probatoria utilizados según el esquema referencial legal y doctrinario anterior. Terminando con un análisis correlacional con una comparativa entre lo expresado en la ley y el resultado obtenido en los casos de estudio.

CAPITULO I APELACIÓN

En este capítulo se analiza la apelación desde su perspectiva conceptual y doctrinaria. La pertinencia de una o dos instancias, y con ello el derecho de doble conforme como garantía internacional y constitucional. Garantía que va en armonía con el resto de los principios aplicables en la apelación. Este desarrollo teórico es el pilar fundamental de la investigación sobre el cual se revisa los diferentes tipos, objeto y efectos de la apelación, para posteriormente entablar la discusión central sobre la prueba en la apelación y cómo está contemplada la apelación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La impugnación como afirma Cabanellas es “objección, refutación, contradicción – en lo procesal- es el acto de combatir, contradecir o refutar una actuación judicial...” (Diccionario Jurídico Elemental, 1997, p. 197). En ciertas épocas y ordenamientos jurídicos se suele mezclar y confundir la figura de la impugnación con la apelación. En el derecho procesal ecuatoriano podríamos decir que existe una diferenciación significativa.

La impugnación es un término más genérico, que plantea la persona agraviada a fin de ampliar, aclarar, reformar, cambiar, revocar, revisar, la decisión, dependiendo del género tiempo y finalidad. A esta puede accederse a través de los diferentes recursos, entre ellos, la apelación, la principal característica de la impugnación es que no siempre es atendida por un juez superior, pudiendo inclusive, dependiendo del tipo de recurso, ser atendida, subsanada y/o resuelta por el mismo juez.

El recurso de apelación es la facultad concedida a las partes para reclamar ante el superior su inconformidad con lo resuelto por el juez de primer nivel. De manera genérica se entiende que el recurso de apelación contempla una revisión “completa” del proceso con el fin de supervisar las acciones realizadas por el juez *a quo*, ordenando que se remedie cualquier tipo de falencia trascendental. No obstante, como se observa más adelante, este alcance puede variar de conformidad con las características propias de cada ordenamiento jurídico.

Apelación proviene del latín *appellatio*, que significa reclamación. En un recuento histórico, podríamos decir que en principio el resultado del juicio, la sentencia, se

encontraba investida de la decisión divina (Rey, Clero, Dios); y, por tanto, era indiscutible y perfecta. Años más tarde y por diferentes circunstancias sociales, territoriales y culturales, los reyes y monarcas, se vieron obligados y empezaron a delegar ciertas facultades sobre ciertos asuntos, con ello, las partes intervinientes y sobre todo la parte afectada, se cuestionaban las decisiones adoptadas, naciendo la necesidad de que se realice una revisión posterior por el superior, el rey.

...las profundas investigaciones de grandes maestros como Orestano y Chioventa, entre otros, verifican que en la etapa de la llamada *cognitio extra ordinem* se producen las condiciones idóneas para la aparición, por primera vez en la historia, de un instrumento jurídico de impugnación de las sentencias civiles ante una instancia judicial superior ... La descentralización del poder vivida bajo el mandato de Augusto obliga a delegar parcelas técnicas, por lo que se crea una jerarquía administrativo-judicial, que conlleva el establecimiento de sistemas de control como la apelación ... (Iglesias, 2011, p. 32)

En la edad media, en el Derecho Canónico, este recurso es nombrado falso juicio que tenía lugar por errores *iudicando*, en donde se impugnaba una sentencia civil por falsa o injusta. Mas adelante en el denominado Fuero Real es donde se regula por primera vez la apelación por razones de fondo con el recurso de alzada.

1.1. Una o dos instancias

Con la posibilidad de apelación, que empiezan a adoptar varios ordenamientos, se discute la problemática de la elección de una única instancia o de dos, esta elección se atribuye a razones políticas, sociales y culturales y no se cierra solo a una discusión teórica.

Que el proceso se desarrolle en una única instancia o que pase bajo la revisión del superior es un tema que doctrinarios llevan discutiendo décadas. Sin embargo, en la medida en que gana terreno en múltiples ordenamientos jurídicos la aplicación de dos instancias, la discusión ha mutado del reconocimiento *per se* a la implementación parcial o total, necesidad versus utilidad, según las características propias de cada tipo de proceso.

El principal fundamento de la única instancia es la celeridad, ya que es absurdo retardar un proceso en múltiples instancias hasta la eternidad. Lo absurdo no se da solo por la imposibilidad lógica, sino porque la aplicabilidad del resultado de dicho proceso puede perder interés, valor y/o eficacia en el tiempo.

Otro importante fundamento de la única instancia es que, el que pierde siempre sentirá que la decisión le causó agravio; porque, en una contienda litigiosa existen dos o más partes que creen tener la razón con fundamentos, en su mayoría, contrarios o confrontados. Por tanto, independientemente de cuántas instancias sean, al final el que obtiene el fallo en contra sentirá igual agravio que el de la única instancia. En ese sentido, “El que triunfa en primera instancia y pierde su pleito en la apelación, no pensará, seguramente, que el tribunal de segunda instancia es el que está en lo cierto y, por lo tanto, no se habrá eliminado la incertidumbre” (Alsina, 1956, p. 133).

Adicionalmente, este concepto de un juez o tribunal revisor puede poner en tela de duda la capacidad del juez de primer nivel, Así Jofre Tomas sostiene: “*No creemos necesario que existan jueces aprendiendo para resolver mal los asuntos, y otros experimentados, encargados de corregir los errores de aquellos*”.(Tomas, p. 43).

Por el contrario, la doble instancia constituye una confirmación de la sentencia, una garantía para que se revisen y corrijan posibles errores del proceso ocasionados por el sistema. Al respecto Ibáñez sostenía: “Nada puede llevar al espíritu del hombre, mayor tranquilidad y sosiego, que saber que sus conflictos serán resueltos por órganos jurisdiccionales sometidos a su vez, a fiscalización de otros cuerpos de más alta jerarquía y de mejor capacidad técnica” (Ibañez, 1957, p. 100).

A pesar de que hoy en día la segunda instancia se encuentra ligada a un derecho constitucionalmente reconocido, la discusión de una o dos instancias no inició como un derecho fundamental. Atendiendo a esto Couture planteó:

las apelaciones no son esenciales para la validez constitucional de un procedimiento; sobre este punto la conclusión es pacífica. Pero se ha sostenido, en cambio, que la apelación es esencial, si la primera instancia se ha desenvuelto en forma tal que priva al litigante de garantías mínimas de la defensa. (Couture, 1959, p. 158)

En relación con las implicaciones, la doble instancia no es solo un derecho sino el canal bajo el cual se garantiza la revisión y tutela de otros derechos fundamentales del proceso, como es el derecho a la defensa y tutela judicial efectiva. La tutela judicial efectiva es:

Aquella decisión que es realizada (ejecutada). No basta con que uno reciba u obtenga una decisión judicial que ponga fin al conflicto. El proceso pues debe cumplir con la finalidad a la cual estaba destinado. No solo la finalidad social ... el dar justicia al caso concreto aplicando el Derecho, sino también una visión evidentemente individual, donde el particular recibe efectivamente lo que solicitó del Estado. (Manrique, 2005, p. 76)

En este contexto el principal cuestionamiento se remonta a la Teoría General del Proceso con las preguntas que durante décadas juristas han debatido en torno a la finalidad de la acción y del proceso: su finalidad es la justicia o simplemente se abstrae a la resolución de la controversia. Un factor importante de la doble instancia es que la simple posibilidad de que se revise la sentencia del primer nivel influye en contrapeso al llamado “poder absoluto del juez” para que actúe con cautela y dentro de las limitaciones legales.

1.2. Doble conforme – Doble instancia

El principio Doble Conforme es la garantía que tiene toda persona que participa en un litigio, de recurrir ante un juez/tribunal superior en caso de inconformidad con la decisión a fin de que se revise el proceso y modifique o anule dicha decisión. En sentido estricto, esta revisión dependerá de las delimitaciones legales de cada ordenamiento jurídico.

El principio de doble conforme se encuentra ampliamente reconocido por instrumentos internacionales y nacionales. Si bien a nivel internacional el *hard law* solo contempla este derecho para los procesos penales (como es el caso del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos), la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que el alcance de este derecho es para todos los procesos, por lo que no se debería entender como limitativo:

En la opinión consultiva 11/90 del 10-8-90, sobre “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)” ... textualmente dijo: “En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal... (Enrique, 2016, p. 1)

Este principio se encuentra ampliamente garantizado en el ordenamiento jurídico del Ecuador. Por un lado, existe en el reconocimiento expreso de los Acuerdos y Tratados Internacionales ratificados en el país; por otro lado, en la Constitución de la República del Ecuador (2008), que en el artículo 76, numeral 7, literal m, como garantía básica del debido proceso, dispone:

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 (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos. (pp.64-66)

La Corte Constitucional ha definido este principio en múltiples sentencias, así:

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 036-15-SEP-CC, caso N° 0508-13-EP: Uno de los remedios procesales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, ante la vulneración de derechos constitucionales cometidos en primera instancia, es la posibilidad de interponer recurso de apelación ante un órgano jurisdiccional superior para que repare o corrija los errores de derechos que se produjeren dentro de la sustanciación del asunto sometido a decisión. (Sentencia N°0110-16-SEP-CC - CASO N°0980-13-EP, 2016)

La Corte Constitucional ha materializado el ejercicio de este principio en el recurso de apelación. No obstante, la misma Corte ha delimitado el alcance de este principio. En ese contexto, la sentencia N.0 007-10-SCN-CC, dictada el 8 de abril de 2010, la Corte Constitucional para el período de transición, señaló que:

No en todas circunstancias este derecho a recurrir las resoluciones judiciales se aplica, sin que aquello comporte una vulneración de la normativa constitucional, ya que existen procesos que por su naturaleza excepcional ameritan una tramitación sumaria sin que medie otra instancia para su prosecución.

Adicionalmente en la Sentencias N.050-13-SEP-CC (P. 8) y N.0 043-14-SEP-CC (P. 8), la Corte Constitucional del Ecuador siguiendo la línea jurisprudencial ha estructurado el derecho a recurrir, así:

el derecho a recurrir de la resolución o el fallo no es un derecho absoluto; es decir, no es posible recurrir o impugnar todas las resoluciones judiciales en cualquier caso, sino solo en aquellos casos en que el legislador haya previsto la posibilidad de ampliación de la deliberación del litigio a través de la impugnación de la resolución, y en casos excepcionales cuando de la gravedad de la vulneración de derechos constitucionales derive la necesidad irresistible de una doble valoración judicial.

Por lo que a pesar de que se encuentra garantizado, su aplicación no es amplia y dependerá del mandato legal expreso que permita el ejercicio de este derecho según el caso. El concepto de apelación y doble conforme se suelen confundir, y a pesar de que una apelación no siempre comprenderá una doble instancia, en el Ecuador, como se ha explicado, el órgano Constitucional Superior ha dilucidado que este principio es tangible a través de la apelación.

1.3. Otros principios de la apelación

El principio de doble instancia converge con el de seguridad jurídica y el debido proceso. Adicionalmente, el recurso de apelación se sostiene sobre otros principios intrínsecos, que son:

Principio Dispositivo. - La apelación la interpone una o todas las partes que se vean afectadas, o se encuentren inconformes con la decisión recurrida; en otras palabras, opera solo a petición y por impulso de parte. Tanto la activación, la aportación de hechos y medios probatorios, como los estímulos procesales son responsabilidad de las partes.

Principio de Preclusión. - la apelación se debe interponer y fundamentar en los momentos procesales oportunos, a riesgo de que, en caso de no hacerlo, pierda el derecho a recurrir. Se fundamenta en el orden en los procesos y en la caducidad de las etapas en los que se desarrolla.

Principio *Mutatis Libelli*. - De manera genérica este principio alude a la prohibición de reformar la demanda. A pesar de que también se entiende como la prohibición de modificar las peticiones.

Principio De Celeridad. - Se deben evitar las dilataciones a los procesos.

1.4. Objeto de la apelación

La apelación es la queja de determinada providencia, auto, resolución, sentencia, interpuesta por una de las partes o por quién se cree afectado por ella a fin de que el superior la revise y subsane u ordene al inferior, a fin de que se corrijan los errores y/o vulneraciones realizadas por el juez *a quo* sobre las cuales se recurrió. El objeto de la apelación es

... la operación de revisión a que queda sometida la sentencia recurrida. El impulso instintivo de desobediencia de parte del perdedor se sustituye en el derecho procesal por un instrumento técnico que recoge esa misma protesta, El alzarse por sublevarse se sustituye por la alzada por apelar. La justicia por mano propia se reemplaza por la justicia de un mayor juez. (Couture, 1959, p. 353)

Diego Cevallos Izquierdo, en su tesis magistral define el objeto del recurso de apelación a partir de la cita contextualizada de Acosta (1990), quién en relación con el recurso de apelación manifestó lo siguiente:

...la apelación es un recurso ordinario, vertical, que tiene por objeto impugnar la sentencia auto o resolución que puso fin a la primera instancia, por considerar que la misma adolece de vicios, para lo cual le solicita al juez (*a quo*) elevar la contienda legal a un tribunal jerárquicamente superior, colegiado, para que esté fiscalice la decisión, dando lugar a una segunda instancia, en la cual se examinando (SIC) si se realizó una correcta valoración de los hechos y una debida aplicación e interpretación del derecho, y proceda a revocarla, reformarla o en su defecto confirmarla. (Cevallos, 2015, p. 102)

La nulidad como corrector de errores en la manera de proceder o *in procediendo* ha tenido una institucionalidad con un desarrollo individual. A pesar de ello, en algunos ordenamientos jurídicos como el vigente en el Ecuador, el recurso de apelación contempla intrínsecamente la revisión de nulidades, debiendo el tribunal, inclusive sin alegación de parte, pronunciarse sobre la existencia de estas.

1.5. Tipo se apelación

1.5.1. Apelación plena.

Se trata de un recurso amplio en donde se pueden realizar nuevas alegaciones, pruebas, etc. Se basa en tres ejes transversales. i. *novum iudicium*. - Nuevo juicio – se lo denomina así porque “la autonomía que tiene el objeto del recurso de apelación en este sistema es casi absoluta” (Chiovenda, 1977, p. 520), el tribunal cuenta con las mismas herramientas y atribuciones, del juez de primer nivel. Se vuelve a plantear el objeto del proceso, la posibilidad de un juicio completo y no solo de una revisión; ii. *Ius novorum*. - Nuevas alegaciones, pruebas y hechos, sin limitación alguna. iii. No devolutiva. - No existe la posibilidad de devolver el proceso al primer nivel para que se emita una nueva sentencia.

Es un poco difícil encontrar un ordenamiento jurídico que contenga la apelación plena total; esto es, con todas las características antes descritas. Así Iglesias, comenta: “otros autores ... consideran que el rasgo citado nunca se ha dado en ningún ordenamiento jurídico, porque todos imponen el principio de preclusión para las nuevas pretensiones” (Iglesias, 2011, p. 56). El límite de esta apelación es el principio *Mutatio Libelli*; es decir, la inmutabilidad de la demanda, porque ello podría implicar inclusive un cambio de acción, respecto este principio se trata con mayor alcance en la segunda parte de esta investigación.

1.5.2. Apelación limitada

Contrario a la anterior, la segunda instancia limitada como su nombre lo indica se basa en los siguientes ejes: i. *Revisio prioris instantiae*. - se configura en la revisión de la instancia inferior, con los elementos ya fijados; ii. *Ius novorum*. - no se aceptan ni pruebas, ni alegaciones, ni hechos nuevos. Prima el principio de preclusión. iii. Revisión en negativo. - Revisa el tribunal la sentencia, existiendo la posibilidad de anularla, en cuyo caso se devuelve al juez inferior para que emita una nueva sentencia.

Pues al revisar ambos sistemas se puede observar que al ser extremistas tienen ventajas y desventajas significativas, y que a pesar de que históricamente la apelación empezó con un sistema pleno y después en algunos países pasaron al sistema de apelación limitada, muchos ordenamientos jurídicos en la actualidad comparten un sistema mixto, basado en una de las dos con características particulares de la otra.

1.6. Efectos de la apelación

Los efectos de la apelación pueden ser: diferido, suspensivo, no suspensivo. Estos aluden al momento en el que se plantea la apelación versus el momento en el que se la conoce.

En el efecto diferido la fundamentación y posterior sustanciación de la apelación se la realiza con la apelación de la sentencia. En cuyo caso para que sea remitida al superior es necesario que también se apele y sustente de la resolución o sentencia.

En el efecto suspensivo se suspende la ejecución del auto, resolución o sentencia impugnada, y pasa a conocimiento inmediatamente del superior a fin de que se resuelva. Una vez resuelto sea el incidente o la apelación de la sentencia *per se*, surte el efecto devolutivo al juez de primera instancia.

En el efecto no suspensivo se continúa con el proceso, causando el cumplimiento del auto o sentencia impugnada. A pesar de ello, de manera paralela sube la apelación.

1.7. Apelación y pruebas

Depende mucho del sistema probatorio, si es pleno, limitado o semipleno, y del tipo de decisión que se apela.

Cuando la apelación versa del auto que negó la prueba, el tribunal revisa primero el examen de admisibilidad probatoria. En este caso, la discusión se centra en si el tribunal realiza solo el examen de admisibilidad y devuelve el proceso al inferior para que se continúe, como en el caso de la apelación del auto que niega la diligencia preparatoria, o

caso contrario si se realiza el examen y se evacúa la prueba ante el tribunal, como en el caso de la apelación del auto interlocutorio de admisibilidad probatorio dentro del proceso.

Por otro lado, está la oportunidad de presentar prueba con la apelación de la sentencia, a este tipo de pruebas es propia de la segunda instancia, son más controversiales ya que podría abrir paso a lo que algunos denominarían “nuevo juicio” llevándonos nuevamente a examinar que tipo de apelación es el que se tiene en el ordenamiento jurídico interno. Al respecto, sobre la posibilidad de presentar pruebas en segunda instancia existen diferentes corrientes doctrinarias, Cristian Contreras, siguiendo la línea doctrinal de Garberí Llobregat, insta:

La posibilidad de que se pueda realizar prueba en segunda instancia borra de un plumazo los beneficios que trae consigo la existencia del control completo que permite llevar a cabo el recurso de apelación... En efecto entre las ventajas del recurso de apelación se cuenta que el solo hecho de que el sentenciador tenga la conciencia de que su labor jurisdiccional puede eventualmente ser sometida a la revisión de su superior jerárquico lo inspira a poner toda su atención y conocimientos en resolver el litigio de la mejor manera posible, lo que obviamente no sucede respecto a las conclusiones fácticas que se alcancen en segunda instancia, donde el tribunal de alzada sabe perfectamente que las decisiones que adopte en esta materia serán definitivas. La aportación de nuevas evidencias provocará una alteración de los equilibrios que existen dentro del acervo probatorio, de modo que se dará paso a una nueva configuración del mérito de convicción del conjunto de las evidencias, especialmente si desde la óptica del juzgador de segundo grado las nuevas pruebas se constituyen en un elemento neurálgico para el establecimiento de los hechos de la causa. (Contreras, 2015, p. 415)

Es propio de la segunda instancia que de la revisión el tribunal pueda confirmar o cambiar la decisión recurrida, no solo a partir de pruebas nuevas, sino que de la misma revaloración de las pruebas existentes.

Puede el tribunal *ad quem* valorar de distinto modo que el tribunal de primer grado (...) y llegar a conclusiones que pueden ser concordantes o discrepantes, total o parcialmente, con las mantenidas en la primera instancia, pues su posición frente a los litigantes ha de ser la misma que ocupó el inferior en el momento de decidir, dentro de los términos en los que el debate se desarrolló. (Contreras, 2015, p. 431)

Naturalmente la prueba en segunda instancia puede llegar a mover un poco la configuración inicial del proceso y se podría decir coloquialmente las reglas del juego fueron trazadas por las partes en primera instancia. Dejar una puerta abierta para que la segunda instancia se trate como un juicio nuevo sería desnaturalizar el objeto del primer juicio. Contreras en su tesis doctoral concluye que el agregar pruebas en esta instancia

causa un cambio en el acervo probatorio analizado respecto a temas de fondo del proceso, así: *“El nuevo material puede alterar los equilibrios probatorios permitiendo la validación de nuevas hipótesis fácticas y descartando las que se habían tenido por correctas en el primer grado”* (Contreras, 2015, p. 431).

Por su parte, como un reflejo de la realidad procesal Ecuatoriana la Dra. Montalvo analiza este punto, así:

En la fundamentación el recurrente puede enunciar prueba que se practicará en la audiencia de segunda instancia. Durante la vigencia del Código se ha producido un abuso de este derecho, pues en casi todos los escritos de fundamentación la parte que recurre anuncia prueba, sin tomar en cuenta que se trata de un derecho limitado únicamente a los casos en que con esos medios se trata de probar hechos nuevos o cuando tratándose de los mismos hechos no se tuvo acceso a la prueba sino con posterioridad a la sentencia. (Montalvo, 2017, p. 81)

1.8. Apelación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Según la legislación ecuatoriana, en materia no penal, el derecho a recurrir se encuentra contemplado en los artículos 256 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos, normativa ecuatoriana que estuvo vigente desde el 22 de mayo de 2016 hasta el 25 de junio de 2019, y disponía:

Art. 256.- Procedencia. El recurso de apelación procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de primera instancia, así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso. Se interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia.

Art. 258.- Procedimiento. Con la fundamentación se notificará a la contraparte para que la conteste en el término de diez días. En materia de niñez y adolescencia el término para contestar será de cinco días.

Tanto en la fundamentación como en la contestación, las partes anunciarán la prueba que se practicará en la audiencia de segunda instancia, exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos.

También podrá solicitarse en las correspondientes fundamentación o contestación la práctica de prueba que, versando sobre los mismos hechos, sólo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia. (COGEP 2015)

El 26 de junio de 2019 entró en vigencia la Ley Orgánica Reformatoria al COGEP, la misma que modificó parcialmente varios aspectos de la norma, entre ellos, el recurso de apelación, quedando así:

Artículo. 258.- Procedimiento. Con la fundamentación se notificará a la contraparte para que la conteste en el término de diez días. En materia de niñez y adolescencia el término para contestar será de cinco días. En este término la

contraparte podrá adherirse fundamentadamente al recurso de apelación. El apelante hará valer sus derechos en audiencia.

Tanto en la fundamentación como en la contestación, las partes anunciarán la prueba que se practicará en la audiencia de segunda instancia, exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos.

También podrá solicitarse en las correspondientes fundamentación o contestación la práctica de prueba que, versando sobre los mismos hechos, sólo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia.

Como se puede observar ciertamente no existe mayor cambio en la normativa citada con el objeto de esta investigación. El recurso de apelación, tal como se colige de la normativa antes referida, se encuentra delimitado por la fundamentación que realicen las partes, debiendo el tribunal revisar únicamente sobre dichos argumentos.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se puede identificar un sistema de apelación cerrado, pues este recurso no es genérico y debe ser expresamente concedido por la norma en cada caso específico; y mixto, pues el sistema como se ha identificado tiene características del sistema pleno y del limitado. Este sistema permite la revisión y práctica de prueba en segunda instancia, tema que se analiza en la siguiente parte de este trabajo.

Adicionalmente, en la apelación, el tribunal *ad quem* debe revisar íntegramente el procedimiento de la instancia inferior, respecto a la validez procesal, licitud y eficacia, pudiendo declarar la nulidad en caso de encontrar que la misma ha sido determinante y ha tenido o podido tener influencia en la decisión del juez a quo. En cuyo caso, se declara la nulidad a partir de acto viciado, devolviendo el proceso al inferior.

CAPITULO II

PRUEBA – HECHO - ADMISIBILIDAD

PROBATORIA EN SEGUNDA INSTANCIA

En este capítulo se trata sobre la prueba, desde su concepto hasta la definición objetiva, con lo cual se analiza a los hechos como objeto de la prueba, y a los hechos nuevos. Posteriormente se analiza la admisibilidad probatoria y los principios relacionados a la misma.

2.1. La prueba

La prueba es el elemento configurativo de la acreditación, demostración material de un hecho presente o pasado. Para Bentham la prueba es:

... algo mágico que tiene el proceso: un hacer reaparecer presente aquello que ha pasado, un hacer tornar inmediato aquello que ha desaparecido en su inmediatez, un hacer representar vivos sentimientos que se han consumido y en general más singular todavía, hacer tornar integra una situación que se ha descompuesto ... El Arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el Arte de Administrar Pruebas... en un sentido lato es un hecho supuesto verdadero que debe servir de motivo de credulidad sobre la existencia o no de otro hecho. (Bentham, 1825, P 15)

Rutilio Mendoza y Omaira De León (2011), han conceptualizado la prueba, con citas de algunos tratadistas como Chiovenda que considera que la prueba consiste en crear el convencimiento del juez, lo que implica suministrarle los medios para tal fin; Silva Melero señala a la prueba como el medio que se emplea en el proceso para establecer la verdad; Sanojo explica que la prueba es un hecho conocido del que se concluye otro del cual cuya existencia se encuentra en discusión, y Bello Tabares que concluye que la prueba es un medio, un vehículo por el que se llevan al expediente los argumentos de la existencia o no de un hecho

Como puede evidenciarse de los conceptos anteriores, las pruebas serían las razones o argumentos que demuestran la existencia o inexistencia de un hecho,

que lleva al convencimiento de quien decide el procedimiento de determinación de responsabilidades que una persona incurrió o no en un hecho generador de responsabilidad administrativa, reparo o multa. Preciado lo anterior, destacamos que los medios de prueba son todos los elementos o instrumentos utilizados por las partes o el titular del órgano de control fiscal, que le suministran las razones o argumentos para decidir. (Mendoza & De León, 2011, p. 25)

Si bien la acepción del término prueba es amplio, en el presente trabajo se lo delimita a la prueba judicial. En ese contexto, la prueba debe seguir las líneas del proceso. Lamentablemente ese contexto nos lleva a la discusión sobre: ¿cuál es el objeto del proceso?; ¿llegar a la verdad?, ¿existe realmente una verdad o simplemente su objeto se basa en resolver un conflicto?

En un sistema procesal como el que tienen la mayoría de los países de Iberoamérica, el principio dispositivo es fundamental, puesto que les corresponde a las partes impulsar el proceso, las actuaciones procesales y aportar los elementos probatorios y, salvo casos muy puntuales que se encuentran normados o bajo reglas jurisprudenciales, se utiliza el principio *onus probandi*¹: «*affirmanti incumbit probatio*» al que afirma le corresponde probar; vale decir, la carga de la prueba.

La prueba se ve intrínsecamente relacionada a los hechos, muchas veces pasados, Carnelutti al respecto sostenía:

El científico del derecho no está en contacto con los fenómenos que debe observar sino normalmente alejado de ellos; frecuentemente, muy lejano: a veces, extremadamente lejos. Lo que cae bajo sus sentidos es algo que, nueve veces entre diez, solo le proporciona el modo de hacer revivir los fenómenos en sí mismos, es decir, en su inteligencia. Para ver tiene necesidad, nueve veces entre diez, de crear de nuevo. Todos sabemos que la misma interpretación es una creación... (Carnelutti, 2006, pp. 50,51)

2.2. Hecho

Es un acontecimiento o acto, cuya versatilidad conceptual dependerá del tipo y temporalidad constitutiva del mismo. Así en el presente contexto, como acertadamente dijo Taruffo el hecho es el objeto de la prueba o su finalidad, fundamental, ya que es el hecho lo que se prueba en el proceso (Taruffo 1992, p. 89). Entendiendo la abstracción de este concepto sin que se entre a definir la verdadera finalidad de la prueba, ni la del proceso.

La prueba dentro del proceso responde al principio de necesidad como se describe en el artículo 162 del Código Orgánico General de Procesos (2015). Así, las partes deben

¹ Excepto Argentina que tiene un importante desarrollo de la carga dinámica de la prueba.

probar todos los hechos que alegan y que tienen que ver con la pretensión o la contradicción, excepto los contemplados en el artículo 163 de la norma *ibidem*. En otras palabras, no se deben probar los hechos que la norma presume o considera como ciertos, ya sea por presunciones legales o por ser hechos notorios. De esta manera, la prueba busca demostrar la existencia de los fundamentos fácticos que coinciden con la premisa de hecho contemplada en la norma. Al respecto, Taruffo ha contextualizado:

Además, en el proceso se demuestran hechos no para satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino para resolver controversias jurídicas acerca de la existencia de derechos: esto es, no se pretende determinar el hecho en sí mismo sino en la medida en que éste es el presupuesto para la aplicación de normas en el caso concreto. (Taruffo, 1992, p. 90)

No solo se suelen probar hechos que cumplan con la hipótesis que determina la norma, sino que además se suelen probar hechos contrarios a los fundamentos fácticos de esta o que desacrediten a dichos argumentos. Con este antecedente, la prueba debe ir encaminada a probar los hechos afirmados por las partes; en razón de que, por principio lógico no se puede probar la negación, la no realización de un hecho, en cuyo caso se aplican las reglas de la inferencia. Así, en lugar de probar que X no estuvo en determinado lugar, es más factible probar que X estuvo a la misma hora en otro lugar; es decir, se sustituye la prueba de la negativa por la prueba de la existencia de otro hecho, que de igual manera logra la desacreditación del primer hecho incoado.

Es necesario tener presente un factor importante en el proceso los hechos en los que establecer la verdad son identificados sobre la base de criterios jurídicos, representados esencialmente por las normas que se consideran aplicables para decidir la controversia específica. Para usar una fórmula sintética: es el que define y determina lo que en el proceso constituye <<el hecho>>. (Taruffo, 1992, pp. 91:92)

2.3. Hecho nuevo

La definición y necesidad de probar un hecho pasado no representada ningún problema, pero lograr definir o conceptualizar hecho nuevo resulta un poco difícil, por cuanto trata de un hecho, que pesar de ser un hecho pasado, en el momento en el que se lo alega, resulta ser un hecho posterior al inicio de la controversia o a la traba de la litis. Dicho de otra forma, para poder conceptualizar un hecho nuevo la delimitación temporal en el que ocurre es de significativa importancia.

El principio sustancial que entra en discusión al hablar de hechos nuevos es el *mutatis libelli*, la inmutabilidad de la demanda, o propiamente desarrollado se podría decir, la inmutabilidad de la traba de la litis, pues es en torno a la misma que van a ir

encaminadas las pruebas, e inclusive las alegaciones de las partes. Dicho de otra manera entorno al objeto de la controversia se va a desarrollar el proceso. En este sentido, Verónica López ha analizado:

... Los hechos, ya sean nuevos, ya sean de nuevo conocimiento -en el sentido antes visto- resulten “de relevancia”, implica una exigencia que la doctrina citada supra interpreta como la necesaria virtualidad del hecho -a primer vista, cuando menos- de “ratificar la pretensión propia, desvirtuar la ajena o combatir el desacierto o evidenciar el acierto de la apreciación que sobre los hechos o la prueba haya efectuado el juez autor de la resolución apelada”. Nótese, por último -y en ello se coincide con ORTELLS (Derecho procesal Civil, p. 560) que lo relevante es la novedad del hecho, no del medio de prueba, de suerte que, a diferencia de lo que pueda entenderse en el resto de supuestos previstos, resulta admisible la práctica por el Tribunal *ad quem* de pruebas ya practicadas o no propuestas ni, por ende, admitidas ni practicadas en la primera instancia, en definitiva, la práctica de nueva prueba tendente al esclarecimiento del hecho acaecido o conocido con posterioridad al momento preclusivo para su aportación en la primera instancia. (López, 2015, p. 25)

Ciertamente la presentación de prueba sobre un hecho nuevo puede actualizar la controversia a la realidad, pero la misma se delimitaría en dos ejes, por un lado, la temporalidad en la que ocurrió, debiéndose abstraer al tiempo en el que precluyó la última posibilidad de presentar hechos nuevos; y, por otro que no podría ser un hecho que modifique el objeto de la *litis*; es decir, “...para la procedencia del hecho nuevo es necesario que tenga una directa relación con las cuestiones planteadas en autos...” (Salgado, 1993, p. 115). No obstante, podría ser un hecho secundario que sirva de prueba al principal, sobre lo cual se trata más adelante. Al respecto, Hitters sostiene:

... Otros tribunales han exteriorizado decisiones similares, indicando que la invocación de nuevos hechos, no entraña la inserción de una nueva pretensión, ni la alteración objetiva de la ya interpuesta, sino el aporte de circunstancias fácticas tendientes a confirmar o completar la causa de su pretensión, no siendo posible variar los términos en los que había quedado trabada la relación procesal ...deben llegar a conocimiento de las partes, con posterioridad a la traba de la *litis*, y además tener relación con la cuestión que se ventila en el litigio... cuando se admite la incorporación del hecho nuevo, el magistrado no prejuzga sobre la valoración que efectuará del mismo al momento de sentenciar. (Hitters & Ferreiro, 2011, p. 4-10)

Como se ha explicado, los hechos nuevos son los de *nova producta*; los que acontecen con posterioridad. “Los hechos nuevos son el conjunto de sucesos que se conectan con la demanda o contestación y la integran, sin transformarla” (Gozaini, 2003, p. 14). En algunas legislaciones se confunde el término de hecho nuevo con el de nueva noticia, *nova reperta*, y en otras legislaciones como en España convergen ambas

circunstancias fácticas en la norma. La diferencia es que mientras uno acontece con posterioridad, el segundo fue anterior, sin embargo, la noticia de este llegó de manera posterior. En ese contexto Ignacio Esteban Monasterio hace la siguiente distinción:

... no parece que la ley pueda exigir algo más que justificar cuando la parte alega un hecho negativo, que a pesar de existir el hecho cuando se presentó la demanda o la contestación, no se conocía su existencia, lo que sin duda supone una dificultad. Por otro lado, mientras que los hechos nuevos suponen causas objetivas que alegadas excepcionan la preclusión, en los de nueva noticia, el que supongan una excepción a la preclusión obedece a una causa subjetiva, pues el hecho ha ocurrido con anterioridad, pero el conocimiento se alega con posterioridad ... (Esteban, 2011, p. 12)

Los hechos nuevos según la doctrina pueden ser modificatorios, que cambian parcial o totalmente el hecho principal; extintivo: que eliminan el hecho principal; constitutivo: que se crean nuevos sin relación al anterior, pudiendo configurar inclusive nuevos efectos legales.

La introducción de hechos nuevos en primera instancia, no constituyen mayor problema, pues los mismos deben introducirse en las oportunidades determinadas en la norma y se debe respetar el derecho a la defensa, a la contradicción y a la prueba. Pero, la introducción de un hecho nuevo en segunda instancia cambia radicalmente la configuración de la litis, pudiéndose entender, dependiendo del hecho, como un “nuevo juicio”. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la norma solo contempla en segunda instancia los hechos nuevos, y no los de nueva noticia. Teniendo en cuenta la preclusión y el principio de inmutabilidad de la traba de la *litis*, se puede establecer que los hechos irían más allá de las acepciones citadas anteriormente, si bien el hecho constitutivo pudo ser el primero en alegarse con la demanda, se trató de un hecho primario. Por lo que un hecho nuevo que pueda introducirse en segunda instancia, debería ser un hecho secundario que acredite o desacredite el hecho primario que fue constitutivo.

2.4. Admisibilidad probatoria

La admisibilidad probatoria es el análisis que realiza el juzgador conforme a los parámetros legales preestablecidos, a fin de permitir o no un elemento de prueba en un juicio.

En el terreno de la admisión de pruebas, que las partes tengan el derecho a probar un hecho significa que tienen la facultad de presentar todos los medios de pruebas relevantes y admisibles para apoyar su versión... Desde el punto de vista de las normas relativas a la admisión de pruebas. Este problema se debe resolver invocando simplemente el principio de relevancia (véase supra apartado1): deben

ser admitidas todas las pruebas positivas y negativas o contrarias relevantes. Las partes no pueden pretender que se admitan pruebas irrelevantes, pero se les debería permitir presentar cualquier medio de prueba relevante. (Taruffo, 2008, p. 57)

La admisibilidad es un proceso fundamental en el proceso oral. En el antiguo procedimiento, procedimiento escrito, no se consideraba como una etapa, por el contrario, se la entendía dentro de la valoración global de la sentencia, mezclando preceptos de admisibilidad con los preceptos de valoración de la prueba. La admisibilidad se rige por los siguientes principios:

Principio de legalidad. - Se funda en que el ejercicio del sistema judicial y de las partes debe realizarse acorde a la ley.

Principio de constitucionalidad. - todo el ejercicio del sistema, poder público, y de las partes debe realizarse bajo la supremacía constitucional.

Principio de utilidad. - Todas las pruebas deben servir en el proceso para el convencimiento del juez, ya sea como prueba directa, indirecta o contraria. Si la prueba es repetitiva o innecesaria, como en el caso de los hechos que no requieren prueba, entonces es inútil.

Principio de pertinencia. - La pertinencia no alude solo al fin de la prueba, sino más bien a la relación; es decir, las pruebas deben estar encaminada a la demostración de los elementos fácticos concordantes con el objeto de la controversia.

Principio de conducencia. - Este principio alude a la idoneidad legal no solo del medio, sino del instrumento probatorio.

Principio *favor probationes*. - Este principio alude a que es preferible incurrir en un exceso de admisión de pruebas a una inadmisión, en ciertos casos se puede contraponer al principio de utilidad.

La admisibilidad es un examen, una calificación, por decirlo de alguna manera, formal y de aptitud de la prueba. Algunos tratadistas igualaban la admisibilidad a la exclusión y aunque tengan algunas similitudes, lo cierto es que la admisibilidad es un examen previo, mientras que la exclusión podría ocurrir con posterioridad a la fase de admisión. Adicionalmente los preceptos que protegen son diferentes, pues la exclusión trata exclusivamente de la legalidad y constitucionalidad de la prueba. Otra clara confusión se suscita con el falso concepto de que en la admisibilidad se valora la prueba, es necesario definir que la admisibilidad no debe analizar el fondo, pues para ello están los preceptos jurídicos y doctrinarios utilizados al valorar las pruebas, sino más bien la

forma. La principal distinción de estos preceptos es que los primeros tratan aspectos formales y procesales, mientras que los segundos se refieren a circunstancias sustanciales. En ese contexto, en la admisibilidad no se valora la prueba, solo se la califica agregándola o desechándola del proceso.

En el Ecuador el artículo 170 del COGEP permite objetar la prueba que sea inconducente, impertinente o inútil. Adicionalmente el artículo 160 del COGEP dispone al juez la observancia de los parámetros de admisibilidad, utilidad, pertinencia y conducencia, y adicionalmente la legalidad y constitucionalidad de la prueba. La admisibilidad probatoria es resuelta en audiencia mediante auto interlocutorio. El auto que permite la práctica de prueba no es apelable, esto debido al principio *favor probationes*, entre más pruebas mejor. Por otro lado, el auto que niega la admisibilidad probatoria es apelable.

Adicionalmente, existen principios básicos que rigen las líneas jurídicas estudiados en el presente trabajo, entre los cuales se tiene:

- Principio de intermediación. - las diligencias fundamentales deberán realizarse mediante audiencia en presencia del juzgador que emitirá la resolución y de las partes, en especial las pruebas.
- Principio de igualdad. - Las partes procesales son tratadas de manera igualitaria, por ende, tendrán las mismas oportunidades para ser escuchadas y para presentar pruebas.
- Principio de contradicción. - las partes tienen el derecho a contradecir todo lo que diga la contraparte, así como a contradecir pruebas.

CAPITULO III

OPORTUNIDADES PROBATORIAS EN SEGUNDA INSTANCIA CIVIL EN EL ECUADOR SEGÚN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.

Las oportunidades probatorias en los cuales el Tribunal realiza el examen de admisibilidad probatoria son:

3.1. Apelación de pruebas en diligencia preparatoria

La diligencia Preparatoria es una actuación judicial previa que se realiza antes de iniciar un proceso, a fin de determinar o completar la legitimación del futuro proceso, o de anticipar la práctica de prueba urgente que pueda perderse. En ese contexto, la admisibilidad de esta prueba está delimitada a ciertos criterios bases:

1. Se debe fundamentar el criterio de urgencia.
2. Al ser pruebas practicadas de manera anticipadas, es necesario que sea pertinente, útil y conducente en relación con el hecho que se desea probar en el proceso principal; esto es, que así sea de manera preliminar cumpla con los criterios básicos de admisibilidad determinados en el artículo 160 del COGEP.

El artículo 122 del Código Orgánico General de Procesos se reformó parcialmente con la Ley Reformativa al Código Orgánico General de Procesos, respecto el inciso 7, ampliándose ahora la declaración testimonial, ya que anteriormente se restringían solo a las declaraciones urgentes, dejando fuera las declaraciones que permitían definir la legitimación del futuro proceso. Actualmente este artículo dispone:

Art. 122.- Diligencias preparatorias. Además de otras de la misma naturaleza, podrá solicitarse como diligencias preparatorias:

1. La exhibición de la cosa mueble que se pretende reivindicar o sobre la que se practicará secuestro o embargo; la del testamento, cuando la o el peticionario se considere la o el heredero, legatario o legatario o albacea; la de los libros de comercio cuando corresponda y demás documentos pertenecientes al comerciante individual, la sociedad, comunidad o asociación; exhibición de los documentos necesarios para la rendición de cuentas por quien se halle legalmente obligado a rendirlas; y en general, la exhibición de documentos en los casos previstos en este Código.
2. La exhibición de los títulos u otros instrumentos referentes a la cosa vendida, por parte de su enajenante en caso de evicción o pretensiones similares.

3. El reconocimiento de un documento privado.
4. El nombramiento de tutora o tutor o curadora o curador para las o los incapaces que carezcan de guardadora o guardador o en los casos de herencia yacente, bienes de la persona ausente y de la o del deudor que se oculta.
5. La apertura de cajas o casilleros de seguridad en las instituciones del sistema financiero.
6. La inspección preparatoria si la cosa puede alterarse o perderse.
7. La recepción de declaraciones testimoniales, en especial, las urgentes de las personas que por su avanzada edad o grave enfermedad se tema fundadamente que puedan fallecer o de quienes estén próximos a ausentarse del país en forma permanente o por un largo período de tiempo.

Con esta premisa, se podría solicitar el reconocimiento de un documento privado, tal como lo determina el numeral 3 del artículo 122 del COGEP y, por ejemplo, se fundaría la urgencia en la pronta salida del país de la accionada. Pero, es necesario saber qué se va a probar con el reconocimiento de ese documento privado; pues, si quiero probar una promesa de compraventa, no bastará con que se realice el reconocimiento de un documento privado, pues la ley prevé que la promesa de compraventa debe realizarse con las mismas solemnidades previstas para la compraventa; es decir, mediante escritura pública, siendo entonces inconducente la prueba solicitada. Bajo ese contexto, cuando se realiza una diligencia preparatoria para anticipar prueba, el juzgador no puede limitarse solo a los parámetros de las diligencias, debiéndose aplicar consecuentemente los parámetros aplicables a la admisibilidad probatoria.

Por otro lado, el artículo 121 del COGEP, dispone:

Art. 121.- Presentación y calificación de la diligencia...La persona contra quien se promueve la diligencia podrá, en el momento de la citación, oponerse a la misma o solicitar su modificación o ampliación. La o el juzgador resolverá lo que corresponda. Si existe agravio, la o el solicitante o la parte contra quien se dicta el acto solicitado, podrá apelar con efecto diferido.

Si la o el juzgador niega la diligencia solicitada, la parte afectada podrá interponer recurso de apelación con efecto suspensivo.

En ese sentido, se puede apelar del auto interlocutorio que acepta la oposición y niega la práctica de la diligencia preparatoria y del auto interlocutorio que niega la oposición y confirma la realización de la diligencia preparatoria. De estas apelaciones se puntualiza:

3.1.1. Apelación del auto interlocutorio de negativa a la diligencia preparatoria

Esta apelación se realiza en la audiencia de la diligencia preparatoria, el efecto es suspensivo por lo que el proceso pasa inmediatamente a conocimiento del tribunal *ad quem*, bajo los mismos criterios determinados en el artículo 120 de Código Orgánico

General de Procesos; Dicho de otra forma, que con esta diligencia se determine la legitimación activa o pasiva para el proceso principal, o que sirva para anticipar la práctica de prueba urgente, debiéndose así justificar el estado de necesidad y urgencia. En segunda instancia el tribunal resuelve permitir o no la práctica de dicha diligencia confirmando o revocando el auto interlocutorio recurrido. En caso de que se permita la práctica de la diligencia, el efecto es devolutivo, ya que el proceso pasa nuevamente a conocimiento del juez a quo para que en primera instancia se practique la prueba.

3.1.2. Apelación del auto interlocutorio que acepta la diligencia preparatoria y niega la oposición

El efecto de la apelación es diferido. De la interpretación de la literalidad normativa surgía la duda de si se debía entender el diferimiento hasta que se realiza la diligencia, o en su defecto si el diferimiento es hasta que exista un pronunciamiento del proceso principal. Ante esto, realizando un análisis comparado tenemos:

CASO 1: Se conoce la apelación diferida inmediatamente después de realizada la diligencia preparatoria.

- Se apela con efecto diferido.
- Se realiza la diligencia – práctica de prueba.
- Se fundamenta la apelación y el proceso pasa a conocimiento de la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia.
- El Tribunal resuelve, en caso de que sea a favor del recurrente, la prueba practicada carece de eficacia, no pudiendo ser usada en el proceso principal.

CASO 2: Se conoce la apelación diferida con la apelación de la sentencia del proceso principal.

- Se apela con efecto diferido.
- Se realiza la diligencia – práctica de prueba.
- Se plantea el proceso principal, actuando como prueba la diligencia preparatoria.
- La prueba tiene efectos en el proceso, en otras pruebas y en la sentencia.
- Se apela de la sentencia, con esta apelación se fundamenta la apelación de la diligencia preparatoria.
- El tribunal conoce de la apelación, empezando a revisar la apelación de la diligencia preparatoria.

El proceso puede encontrarse contaminado con la prueba de la diligencia preparatoria. Debiendo el tribunal realizar una nueva valoración sin esta prueba. Pudiendo cambiar sustancialmente la decisión, en caso de que la diligencia preparatoria tenga gravitación directa sobre la pretensión.

En ese sentido, la Corte Nacional en la Resolución 15-2017, el 2 de agosto de 2017. aclaró que la apelación con efecto diferido no constituye un medio especial de impugnación, sino únicamente una variación del régimen general aplicable al recurso de apelación. Así, la Corte estableció que el efecto diferido debe ser conocido por el Tribunal junto con la apelación del proceso principal. Se entendería que los requisitos que ataca la oposición son los determinados en el artículo 120 del COGEP, así que el tribunal deberá revisar la fundamentación en torno a dichos criterios, pero cuál es el efecto de la aceptación de la oposición, rever el pronunciamiento del inferior respecto a la práctica de esta. En ese contexto el tribunal *ad quem* se encuentra en un verdadero dilema, pues esta prueba ha tenido efectos durante todo el proceso, invalidarla no solo que cambiaría la configuración del proceso, si no que puede dejar al accionante sin el requisito principal para iniciar la acción, por ejemplo, si la prueba recae sobre un título.

Así, esta prueba pudo tener efectos significativos en torno a otros elementos probatorios. Con estos efectos que pudo tener esa prueba en el proceso, el tribunal tendría que analizar no solo sin esta prueba, sino también la gravitación que la misma haya tenido sobre otras pruebas o presunciones legales.

Adicionalmente, no existe delimitación temporal entre la realización de la diligencia y el planteamiento del proceso principal. Pudiéndose realizar una diligencia preparatoria y nunca plantear el proceso principal. La lógica de esto es que la eficacia real de la diligencia preparatoria solo surtirá efecto en el proceso principal.

3.2. Apelación del auto interlocutorio de inadmisión probatoria

Esta apelación se realiza en la audiencia preliminar o única, en la fase de admisibilidad probatoria y debe versar sobre prueba que fue debidamente anunciada e inadmitida, se fundamenta junto a la apelación de la sentencia. Es preciso resaltar que esta apelación constituye un fundamento distinto, por lo que el examen a priori que realiza el tribunal se debe limitar a la admisibilidad. Sin embargo, con la apelación, esta admisibilidad probatoria tiene una connotación adicional a los criterios que observó el juez *a quo* respecto el resto de la prueba en primera instancia, pues el tribunal debe

motivar la admisibilidad con lo dispuesto en el artículo 160 inciso final del Código Orgánico General de Proceso, es decir, que el resultado pueda variar significativamente.

En conclusión, para que tenga lugar: i. Debe tratarse de una prueba medular, en la que se configuren los fundamentos jurídicos sobre los que se trabó la litis. ii. A pesar de que el tribunal crea que el resultado pueda variar significativamente, la admisibilidad de la prueba no debe, bajo ningún concepto, crear un criterio prematuro sobre la decisión final, ya que esto podría vulnerar los derechos de las partes. Por lo que, debería ser la fundamentación argumentativa, sobre cómo se llega a la variación del resultado con la práctica de la prueba inadmitida, que plantee la parte apelante, lo que lleve al tribunal a determinar la posibilidad de un cambio sustancial en la sentencia.

3.3. Prueba con la apelación de la sentencia

Se apela fundamentadamente respecto la sentencia de primer nivel, con lo cual es posible que las partes presenten pruebas, la que es considerada como prueba de la segunda instancia. Resulta importante la lectura integral del artículo 258 del COGEP, por cuanto el mismo contiene dos párrafos de oportunidades probatorias, siendo totalmente diferentes las condiciones que plantean para cada caso. Esta prueba puede darse cuando se trata de acreditar hechos nuevos y cuando se trata de prueba nueva que solo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia. Respecto esta prueba es preciso puntualizar:

3.3.1. Prueba sobre hechos nuevos. -

Con la apelación se puede anunciar prueba exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos, el significado de hechos nuevos, como se ha indicado en la parte inicial de este trabajo, puede ser muy genérico, sobre todo porque la norma no conceptualiza a qué se refiere con hechos nuevos, por lo que la delimitación temporal no es clara.

La naturaleza con la que se tratan los hechos dentro de un proceso es como estos encajan o desvirtúan la configuración fáctica de la premisa normativa, sobre la cual se ha desarrollado el proceso, ingresar hechos nuevos podría cambiar drásticamente esta configuración.

En este concepto uno de los principales conflictos es, qué tipo de hechos serían admisibles, debido a que podrían existir hechos que modifiquen la traba de la Litis, e inclusive la configuración de la normativa aplicable a los fundamentos fácticos, por lo que es necesario, por principio de seguridad jurídica, la aplicación del principio *mutatis libelli*.

En ese sentido, el hecho nuevo debe cumplir dos requisitos:

- a. Por un lado, debe sujetarse al principio de preclusión por lo que, se puede interpretar que este hecho es el ocurrido con posterioridad a la preclusión de la última oportunidad que las partes tuvieron para ingresarlo en primera instancia.

Para el presente análisis, la importancia de definir la oportunidad para introducir un hecho nuevo en primera instancia, radica en la preclusión de esta oportunidad será la delimitación temporal que verifica el Tribunal *ad quem* al momento de evaluar la admisibilidad de prueba sobre hechos nuevos presentados con la apelación.

La oportunidad para ingresar hechos es la demanda y la contestación, excepcionalmente se pueden ingresar hechos nuevos, reformando la demanda y las excepciones. En ese sentido, el texto original del artículo 148 del COGEP, vigente hasta el 25 de junio de 2019 disponía:

Artículo 148.- Reforma de la demanda. La demanda podrá reformarse hasta antes de la contestación por parte de la o del demandado. Si después de contestada sobreviene un hecho nuevo, podrá reformarse hasta antes de la audiencia preliminar...

La norma citada se refería a audiencia preliminar, por lo que se entendía que solo era aplicable a procedimientos ordinarios. Por tanto, la preclusión de la última oportunidad para ingresar hechos nuevos en procesos ordinarios era la audiencia preliminar y en los demás procesos la demanda o contestación. Debiendo ser este el punto de referencia para admitir hechos nuevos con la apelación de la sentencia.

No obstante, el 26 de junio de 2019, mediante la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos, se reformó el artículo citado, en lo pertinente, se agregó después de la frase “audiencia preliminar” lo siguiente: “o única en los procesos de una sola audiencia.”.

Esta reforma resulta un nuevo problema jurídico, pues al referirse a una audiencia única se entendería que es aplicable en los demás procesos que por su naturaleza tienen una sola audiencia. Sin embargo, en dichos procesos existe norma expresa que prohíbe la reforma a la demanda; por ejemplo:

- a. En el procedimiento sumario el artículo 333 del COGEP dispone que no procede la reforma a la demanda;
- b. En el procedimiento monitorio el artículo 359 del COGEP dispone que no procede la reforma a la demanda; y,
- c. En el procedimiento ejecutivo el artículo 355 del COGEP dispone que en todo lo no previsto, serán aplicables las normas del sumario;

Es decir, solo en el procedimiento ordinario se permite la reforma a la demanda.

Se puede entender este cambio en la norma como inaplicable, pues pudiendo hacerlo, la Ley reformativa no cambió ni derogó expresamente los artículos en los que taxativamente se dispone que no procede la reforma a la demanda.

Por otro lado, es necesario entender la ley reformativa en su conjunto. En ese contexto, la norma citada también reformó el artículo 151 del COGEP indicándose que, en caso de reformarse las excepciones, se correrá traslado a la contraparte y las partes podrán presentar prueba nueva. Dicho de otra manera, la norma permite la reforma a la demanda y a las excepciones en todos los procesos, permitiendo inclusive que se ejerza el derecho de presentar prueba. Ya que, al analizar los cambios realizados por la Ley Reformativa, se encuentra una clara antinomia, misma que es resuelta conforme lo dispone el numeral 20 del artículo 7 del Código Civil. Es decir, en caso de dudas en interpretación normativa debe prevalecer la norma procesal posterior.

Otro punto importante es que, si bien los artículos de los procedimientos no ordinarios prohíben la reforma a la demanda, nunca estuvo prohibida la reforma a la contestación. En ese sentido, incluso continúa existiendo norma expresa que permite la reforma a las excepciones, lo cual debe ser materia de análisis, en la aplicabilidad de la reforma, como contrapeso al texto original de la norma, pues las partes deben actuar en igualdad de condiciones.

En ese contexto, con la última reforma al COGEP, el procedimiento ordinario no cambia. Por lo que, como hemos analizado se centra en si se debe entender que los procesos sumarios, ejecutivos y monitorios admiten reforma (oportunidad de introducir hechos nuevos), pues a pesar de existir norma expresa que indica que no se permite reformar dichos procesos, con la reforma del artículo

148 del COGEP tácitamente se estaría cambiando también otras partes de la norma. Esto influye, por cuanto si se entiende que no se puede reformar, entonces los hechos nuevos que se podrían aceptar en segunda instancia son hechos posteriores a la demanda, mientras que, si se entiende que, si se puede reformar, los hechos nuevos que se podrían aceptar en segunda instancia son hechos posteriores a la audiencia preliminar.

Por cuanto en el presente análisis el objeto de estudio observado son los procesos iniciados hasta el 21 de mayo de 2019 y no es aplicable la reforma, no se profundiza sobre la problemática antes planteada, dejando este debate para futuros trabajos de investigación.

- b. Por otro lado, se debe observar la relevancia del mismo hecho; ya que, si es un hecho que no guarda armonía con el objeto de la Litis, o relevancia en el proceso, resultaría inútil su admisión. Por tanto, de aceptarse el hecho y con ello la prueba de este, es necesario que pase los requisitos básicos de admisibilidad del artículo 160 del COGEP.

3.3.2. Prueba nueva

Prueba sobre los mismos hechos que solo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia. En este caso, al tratarse de los mismos hechos se predispone que no se cambia la configuración con la que se trabó la litis, de igual manera esta prueba debe ser obtenida con posterioridad a la sentencia oral, es decir la temporalidad de la obtención de esta es desde la sentencia oral hasta la presentación de la fundamentación de la apelación o adhesión.

La delimitación temporal taxativa en la norma deja una franja de tiempo desde la preclusión de la última oportunidad probatoria. En ese contexto se debe precisar, el artículo 166 del COGEP dispone:

...Se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvención y contestación a la reconvención, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio o única, siempre que se acredite que no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia o que, habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma...

La delimitación temporal del artículo 166 es hasta antes de la convocatoria a audiencia de juicio o única, mientras que en la segunda instancia se puede presentar prueba nueva que solo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia.

Dejando la norma sin oportunidad alguna a la prueba nueva que fue posible obtenerla después de la convocatoria a audiencia de juicio o única y antes de la sentencia. Se han observado casos en los que se veían involucrados derechos de Familia, Niñez y Adolescencia, en los que el tribunal ha permitido como nueva prueba de segunda instancia a esta última, a pesar de la temporalidad, atendiendo a otros principios.

Al mismo tiempo, existe una clara problemática a la verdadera utilidad de esta prueba. En esta prueba existe una carga justificativa adicional que se basa en la temporalidad en la que se tuvo conocimiento o se obtuvo de la prueba, basta solo la alegación para que sea creíble o hace falta también la prueba adicional para demostrar el espacio de tiempo. Otra de las diferencias entre la prueba nueva del artículo 166 del COGEP y la del artículo 258 del COGEP, es que la primera alude a la temporalidad respecto al conocimiento de esta, mientras que la segunda alude a la temporalidad estrictamente en la obtención.

CAPITULO IV.

ANÁLISIS DE CASOS OBSERVADOS

En este capítulo se analizarán los casos que subieron por apelación de la Unidad Judicial Civil de Guayaquil, que conoció y resolvió la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil del Guayas,

4.1. Universo, población y muestra

Al ser una investigación cualitativa se tomó como muestra los casos existentes del 22 de mayo de 2016 al 21 de mayo de 2019.

La investigación práctica comienza con la revisión de procesos desde el 22 de mayo de 2016 (fecha en la que entró en vigencia el COGEP), hasta el 21 de mayo de 2019 (corte referencial de muestra realizado a fin de analizar tres años de la praxis con dicho proceso),

En el 2016, desde 22 de mayo hasta el 31 de diciembre, ingresaron a la Unidad Judicial Civil y Mercantil de Guayaquil 6.169 procesos, de los cuales 255 subieron por apelación a la Sala especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

En el 2017, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre, ingresaron a la Unidad Judicial Civil y Mercantil de Guayaquil 11516 procesos, de los cuales 478 subieron por apelación a la Sala especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

En el 2018, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre, ingresaron a la Unidad Judicial Civil y Mercantil de Guayaquil 14.112 procesos, de los cuales 193 subieron por apelación a la Sala especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

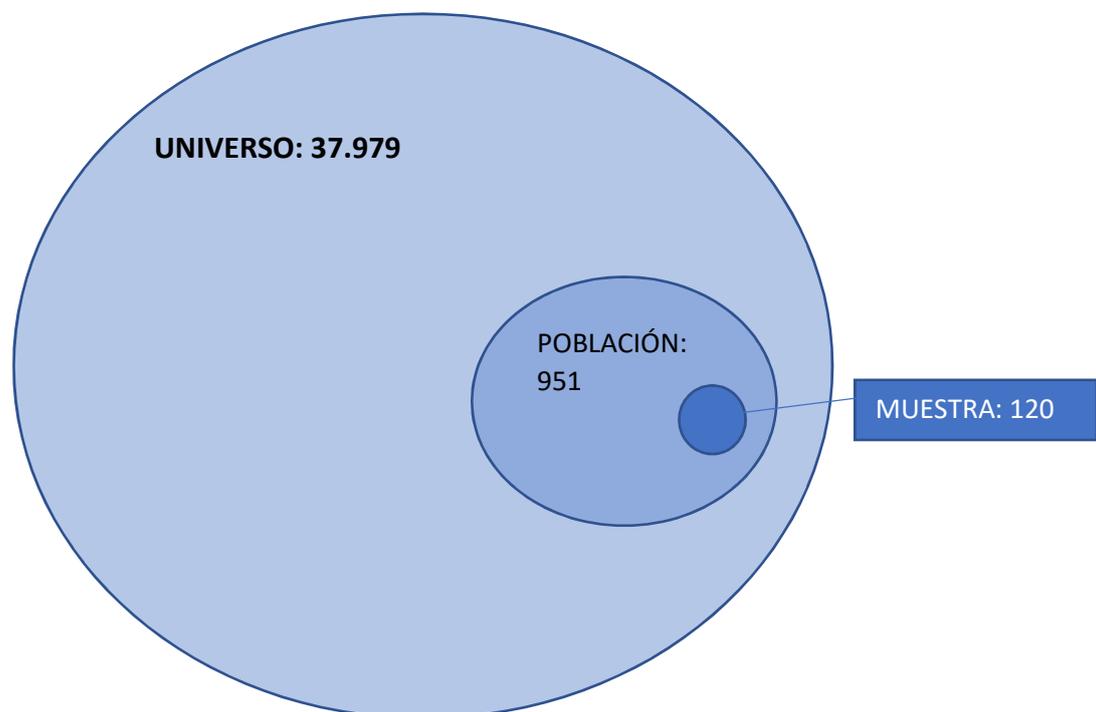
En el 2019, desde 1 de enero de mayo hasta el 21 de mayo, ingresaron a la Unidad Judicial Civil y Mercantil de Guayaquil 6.294 procesos, de los cuales 25 subieron por apelación a la Sala especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

Tabla 1: Universo y población

Año	Universo	Población
Del 22 de mayo a 31 de diciembre de 2016	6169	255
2017	11516	478
2018	14112	193
Del 1 de enero a 21 de mayo de 2019	6182	25
TOTAL	37979	951

Elaborado por autora

La población del estudio, el total de procesos revisados fue de 951 de los cuales se segmentó los que tenían un análisis de admisibilidad probatoria en segunda instancia. Es decir, no se consideraron para el presente trabajo los procesos en los cuales las partes solicitaron prueba en segunda instancia, pero el tribunal no entró al análisis de admisibilidad, ya sea por la terminación anticipada de la instancia en acuerdos, por abandono, o por cuanto aún está pendiente la audiencia o resolución, obteniéndose así una muestra de 120 procesos.



Estas evidencias constituyen la muestra de análisis, a fin de revisar la aplicabilidad de los parámetros de admisibilidad probatoria en segunda instancia y la efectividad que han tenido durante los tres primeros años de vigencia.

4.2. Procesamiento de datos

Los datos procesados son el conjunto de casos, de los cuales mi muestra son los procesos que se encuentren en apelación y han sido resueltos dentro del *lapsus* de tiempo indicado. Posteriormente, se determinó en cuáles de los procesos se admitió o no prueba en segunda instancia y cuáles fueron los parámetros para ellos, diferenciando si la admisibilidad de dicha prueba era por la apelación del auto interlocutorio de diligencia preparatoria, por el de inadmisibilidad probatoria o por prueba propia de la segunda instancia.

El presente análisis es cualitativo y cuantitativo ya que se verificó cuantos casos existen de apelación al auto interlocutorio que negó la diligencia preparatoria y, de ellos, de cuantos se dio paso a la apelación y si los parámetros utilizados para resolver a favor fueron los propios de la diligencia preparatoria, o si adicionalmente se observaron los de inadmisibilidad del artículo 160 del COGEP.

Continuando con la investigación, se revisaron los procesos a fin de determinar cuántas causas de apelación al auto que rechaza la oposición a la diligencia preparatoria existen y, de ellos, cuantos fueron favorables; así también, se analizaron los casos en los que se aceptó la apelación, en los que se revisó la sentencia para determinar cuáles fueron los parámetros sobre los que resolvió el tribunal y con qué efecto, a fin de verificar si se aplicó o no la Resolución 015-2017 de la Corte Nacional

Por otro lado, se revisaron los juicios en los cuales se apeló del auto interlocutorio de inadmisibilidad probatoria. De estas evidencias se revisaron cuántos casos fueron aceptados por el Tribunal y cuáles fueron los criterios normativos y doctrinarios que permitieron evacuar prueba en segunda instancia.

Finalmente se revisaron los casos en los que se haya apeló de la sentencia y con ello se haya solicitado prueba de segunda instancia, de los cuales se segregó cuáles pertenecen a prueba sobre hechos nuevos y cuáles a prueba nueva. De cada uno de ellos se observaron los parámetros utilizados y si se respetó o no la temporalidad determinada en la doctrina y en la norma.

4.3. Resultados

Se revisaron 951 casos que corresponden a los procesos judiciales de la Unidad Judicial Civil, Mercantil e Inquilinato de Guayaquil que ingresaron por apelación a la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial del Guayas, obteniéndose los siguientes resultados:

4.3.1. Admisibilidad Probatoria General en los procesos revisados

De los procesos revisados se segmentó por el siguiente criterio:

- ¿Existen procesos en los que hay sentencia o resolución, y que en esta el tribunal hubiese resuelto sobre la admisibilidad probatoria?, respuestas posibles: si/no

Tabla 2: Admisibilidad Probatoria

PERIODO REVISADO	SI	%	NO	%	TOTAL
22 DE MAYO 2016 - 21 DE MAYO 2017	76	16%	392	84%	468
22 DE MAYO 2017 - 21 DE MAYO 2018	44	12%	335	88%	379
22 DE MAYO 2018 - 21 DE MAYO 2019	0	0%	104	100%	104
TOTAL DE PROCESOS REVISADOS					951

Elaborado por autora

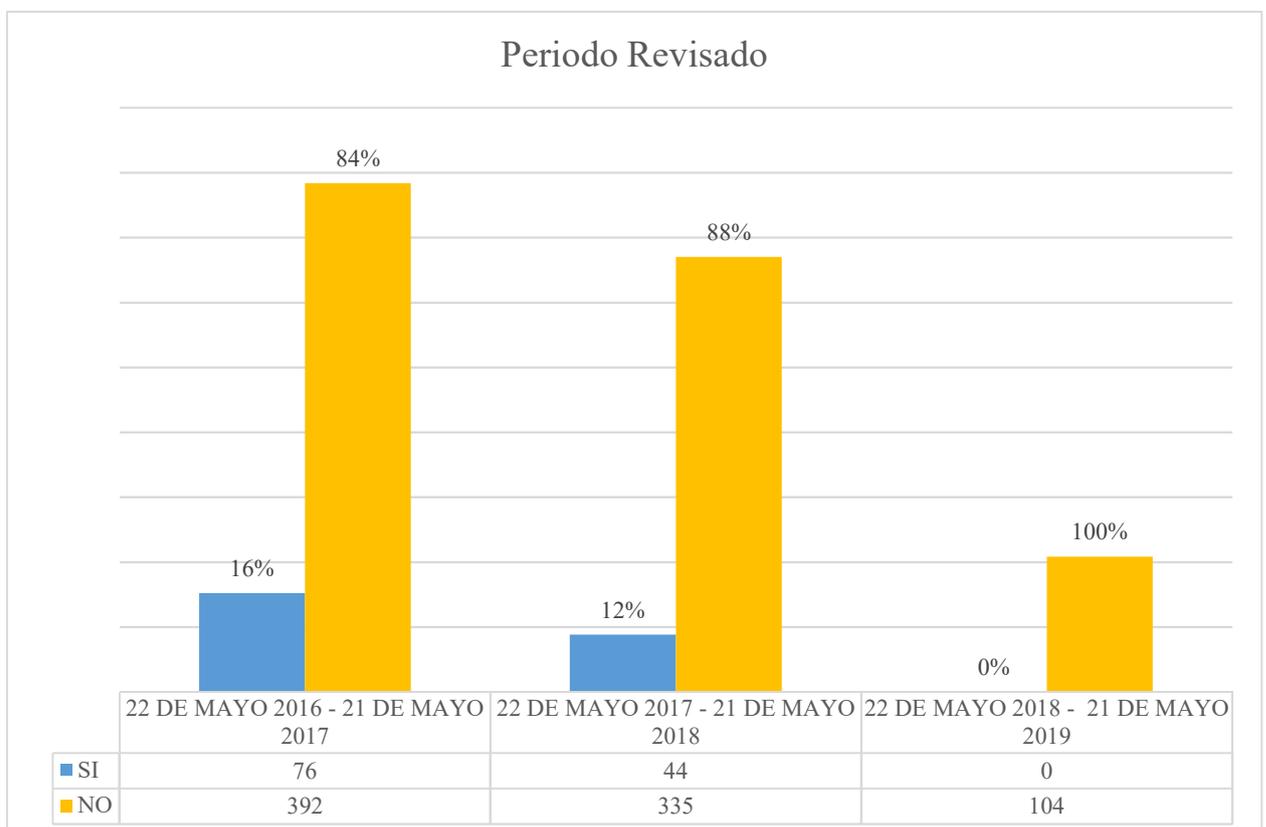


Figura 1. Admisibilidad Probatoria

Elaborado por autora

De la revisión de procesos realizada, conforme la segmentación de procesos en los que consta sentencia o resolución y que en la misma existe un pronunciamiento de la admisibilidad probatoria, se muestran en amarillo los procesos que dieron un resultado negativo, procesos que se descartan de nuestro objeto de observación.

De los 951 procesos revisados el 13% correspondiente a 120 resultaron positivos en el análisis de admisibilidad probatoria, los cuales se graficaron anteriormente con el

color azul; estos procesos se los dividió en 3 períodos de análisis, siendo en el primer período (mayo 2016 a mayo 2017) con 468 casos teniendo positivo 16%, el segundo período (mayo 2017 a mayo 2018) con 379 casos teniendo positivo el 12% y el tercer período (mayo 2018 a mayo 2019) con 104 casos teniendo el 0% positivo. De los 120 encontrados se segmentó por el tipo de apelación, separándose la apelación de diligencias preparatorias, apelación de la admisibilidad probatoria, y la prueba con apelación de sentencia, obteniéndose los siguientes resultados:

4.3.2. Revisión por Apelación de Diligencias Preparatorias

Tabla 3: Apelación de Diligencias Preparatorias

ADMISIBILIDAD PROBATORIA EN APELACIÓN DE DILIGENCIAS PREPARATORIAS		
PERIODO REVISADO	SI	NO
22 DE MAYO 2016 - 21 DE MAYO 2017	1	75
22 DE MAYO 2017 - 21 DE MAYO 2018	1	43
22 DE MAYO 2018 - 21 DE MAYO 2019	0	0
TOTAL	2	118

Elaborado por autora

De los 120 procesos encontrados con admisibilidad probatoria se obtuvo que solo 2 se encontraron con apelación de diligencias preparatorias correspondiente a solo el 2% de los casos analizados en los que se observó:

Tabla 4: Decisión sobre admisibilidad probatoria

DECISIÓN SOBRE LA ADMISIBILIDAD PROBATORIA EN APELACIÓN DE DILIGENCIA PREPARATORIA		
PERIODO REVISADO	ACEPTA	NIEGA
22 DE MAYO 2016 - 21 DE MAYO 2017	1	0
22 DE MAYO 2017 - 21 DE MAYO 2018	0	1
22 DE MAYO 2018 - 21 DE MAYO 2019	0	0

Elaborado por autora

En los procesos revisados del primer periodo se encontró un juicio que cumplía con estas características, en el cual la Sala Especializada de lo Civil aceptó la apelación de la realización de la diligencia, ya que no se trataba de una prueba urgente. Mientras que, en el segundo periodo revisado se observó que el Tribunal negó la apelación realizada ante la aceptación de la negativa de la diligencia, por las mismas consideraciones antes detalladas.

4.3.3. Revisión en apelaciones del auto interlocutorio de inadmisibilidad probatoria.

Tabla 5: apelaciones del auto interlocutorio de admisibilidad probatoria

APELACIÓN DE INADMISIBILIDAD DE PRUEBAS				
PERIODO REVISADO	SI	%	NO	%
22 DE MAYO 2016 - 21 DE MAYO 2017	16	13%	60	50%
22 DE MAYO 2017 - 21 DE MAYO 2018	13	11%	31	26%
22 DE MAYO 2018 - 21 DE MAYO 2019	0	0%	0	0%
TOTAL	29	24%	91	76%

Elaborado por autora

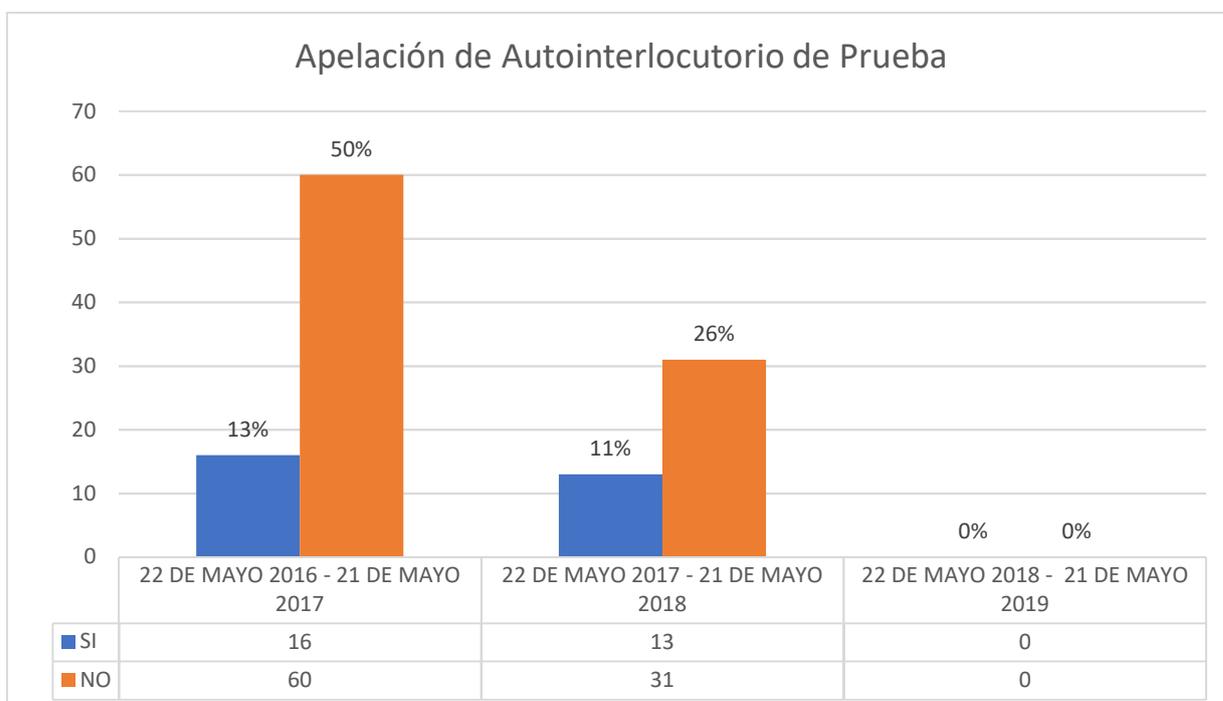


Figura 2. Apelación de Auto interlocutorio de Prueba

Elaborado por autora

En la revisión de las apelaciones realizadas del auto interlocutorio de inadmisibilidad probatoria se obtuvo que el 24% corresponden a 29 casos entre los 120 analizados de los cuales el 13% (16 casos) son del primer período y el 11% (13 casos) corresponden al segundo período analizado, en el tercer período al no encontró ningún caso que cumpliera con estas características. De los 29 casos en los que la Sala revisó la inadmisibilidad probatoria, se tuvieron resultados de aceptación, negación y mixta como se expone en la siguiente tabla:

Tabla 6: Decisión sobre apelación de admisibilidad de pruebas

DECISIÓN SOBRE LA APELACIÓN DE ADMISIBILIDAD DE PRUEBAS						
PERIODO REVISADO	ACEPTA	%	NIEGA	%	MIXTA	%
22 DE MAYO 2016 - 21 DE MAYO 2017	3	10%	9	31%	4	14%
22 DE MAYO 2017 - 21 DE MAYO 2018	3	10%	9	31%	1	3%
22 DE MAYO 2018 - 21 DE MAYO 2019	0	0%	0	0%	0	0%
TOTAL	6	21%	18	62%	5	17%

Elaborado por autora

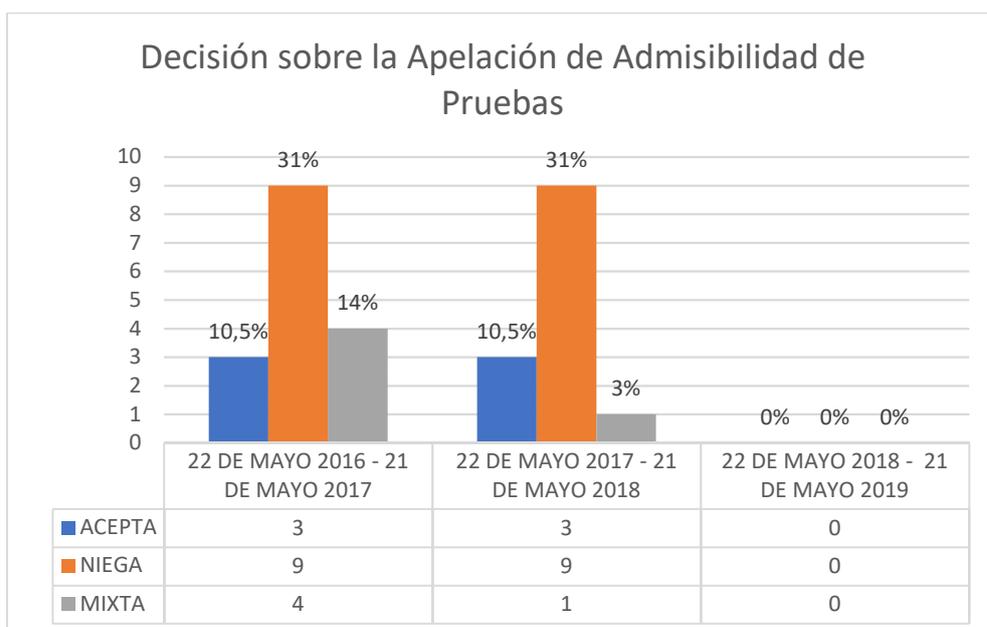


Figura 3. Decisión sobre apelación de admisibilidad de pruebas

Elaborado por autora

De los 29 casos presentados con apelación de admisibilidad de pruebas, solo el 21% fue aceptado, el 62% fue negado y un 17% obtuvo una decisión mixta, siendo mixtos los casos en los que se aceptaron parcialmente las pruebas, los datos en el primer período y segundo período obtuvieron una aceptación y negación similar; es decir, se encontraron 3 casos aceptados y 3 casos negados, existiendo una variación en la decisión mixta, cabe notar que en el tercer período al no existir casos con admisibilidad probatoria, tampoco existieron casos de aceptación o negación.

El fundamento del tribunal para la aceptación de prueba se basa, en su mayoría, en el artículo 160 del COGEP, conducencia, utilidad y pertinencia. En caso de la negación los fundamentos son similares, en su mayoría se basan en los requisitos básicos de la norma citada, sin embargo, se encontró algunas ambigüedades, por ejemplo, en un caso no se admite en la reconvención porque es prueba principal del presupuesto de la demanda por lo no es necesario; en otro la nueva prueba no trata sobre hechos de la contestación, en otros es considerada innecesaria, impertinente e inútil para el proceso y en dos casos se las consideró como no interpuestas al no existir la apelación de este auto en la audiencia ante el juez a quo; mientras que en el caso de las decisiones mixtas la admisión e inadmisión se debe a cuestiones de legalidad.

4.3.4. Revisión de Admisibilidad probatoria en segunda instancia de la prueba presentada con la apelación de la sentencia:

Tabla 7: Prueba en segunda instancia con apelación

SEGUNDA INSTANCIA PRUEBA CON APELACIÓN				
PERIODO REVISADO	SI	%	NO	%
22 DE MAYO 2016 - 21 DE MAYO 2017	64	53%	12	10%
22 DE MAYO 2017 - 21 DE MAYO 2018	36	30%	8	7%
22 DE MAYO 2018 - 21 DE MAYO 2019	0	0%	0	0%
TOTAL	100	83%	20	17%

Elaborado por autora

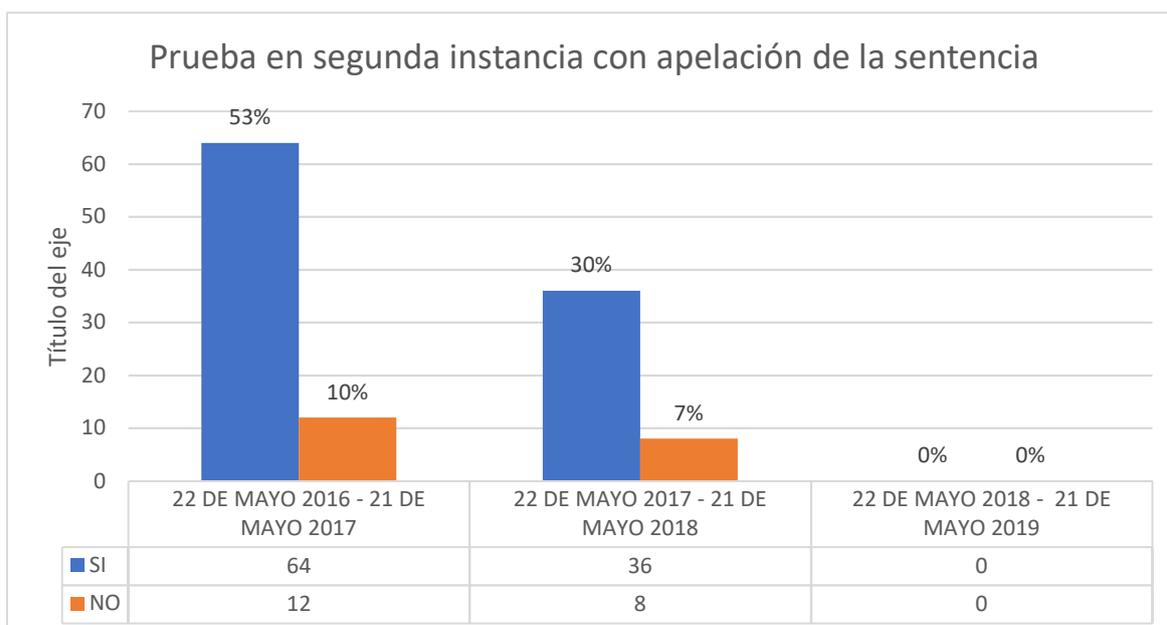


Figura 4. Prueba en segunda instancia con apelación de la sentencia
Elaborado por autora

De los 120 procesos que tuvieron prueba en segunda instancia, en 100 de estos se observó que se presentó prueba con la apelación de la sentencia, 83% de los casos; de los cuales la mayoría se concentraron en el primer período con el 53% de la muestra, mientras en el segundo período se obtuvo un 30%. En los casos en los que se presentó prueba con la apelación de la sentencia existen dos criterios, la presentación de prueba nueva y la presentación de prueba a fin de acreditar un hecho nuevo, como se analiza en la siguiente tabla:

Tabla 8: apelaciones del auto interlocutorio de admisibilidad probatoria

PERIODO REVISADO	SEGUNDA INSTANCIA	
	PRUEBA DE HECHO NUEVO	PRUEBA NUEVA
22 DE MAYO 2016 - 21 DE MAYO 2017	16	56
22 DE MAYO 2017 - 21 DE MAYO 2018	10	31
22 DE MAYO 2018 - 21 DE MAYO 2019	0	0
TOTAL	26	87

Elaborado por autora

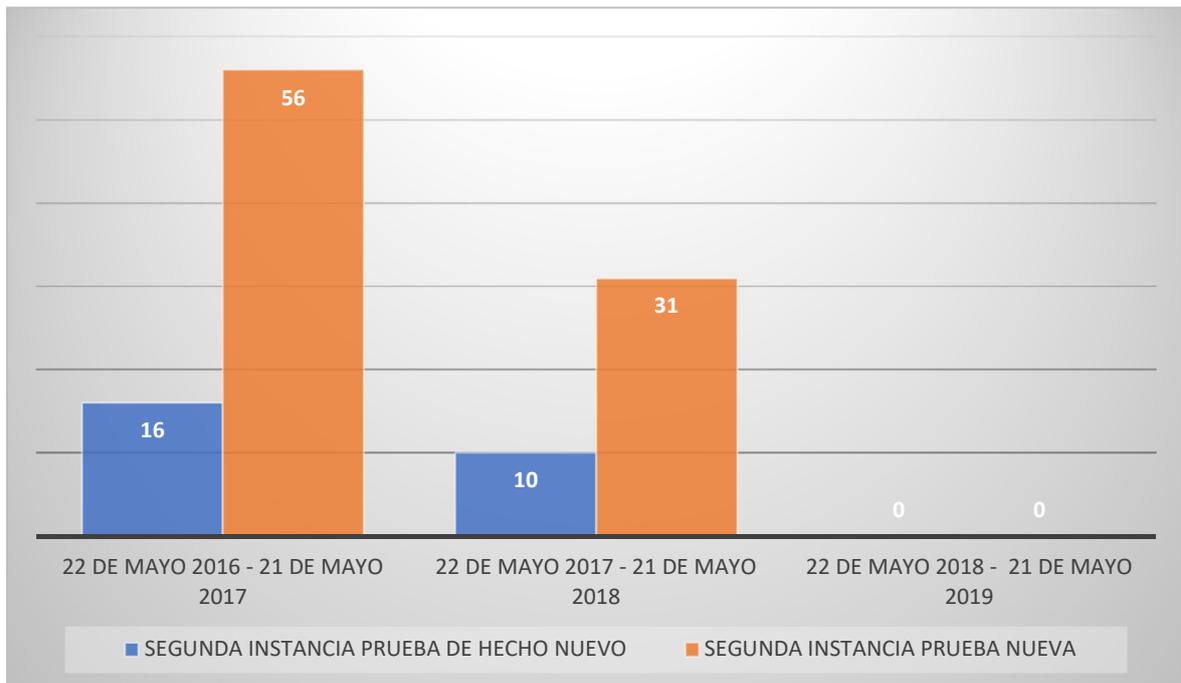


Figura 5. Segunda Instancia
Elaborado por autora

Como se observa en la tabla anterior en los períodos analizados por tipología de prueba en segunda instancia, de los 100 casos encontrados 26 corresponden a hecho nuevo, 16 en el primer período y 10 en el segundo período; y, 87 de los casos analizados corresponden a prueba nueva con 56 en el primer período y 31 en el segundo período; no encontrándose ningún caso con estas características en el tercer período. La decisión obtenida en cada una de las pruebas se presenta en los siguientes gráficos:

Prueba nueva:

Dentro de los 87 casos en los que se encontró un análisis de admisibilidad sobre prueba nueva, se observa si las pruebas fueron admitidas o no por el tribunal:

Tabla 9: apelaciones del auto interlocutorio de admisibilidad probatoria

PERIODO REVISADO	SEGUNDA INSTANCIA - PRUEBA NUEVA	
	ACEPTA	NIEGA
22 DE MAYO 2016 - 21 DE MAYO 2017	2	54
22 DE MAYO 2017 - 21 DE MAYO 2018	1	30
22 DE MAYO 2018 - 21 DE MAYO 2019	0	0
TOTAL	3	84

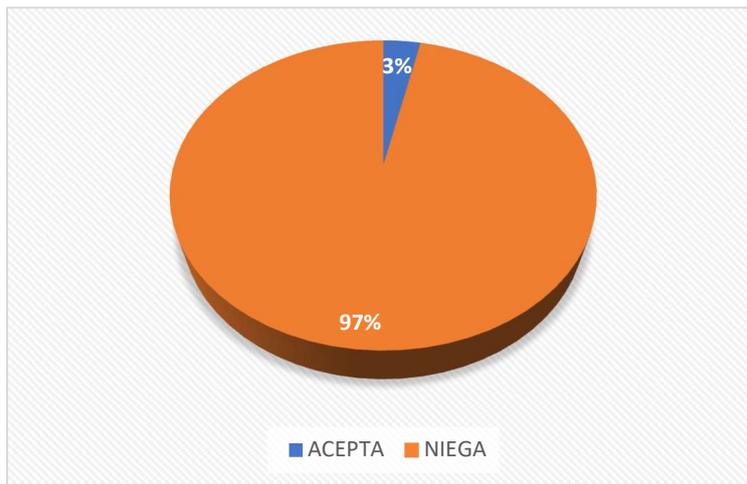


Figura 6. Prueba Nueva
Elaborado por autora

Las pruebas nuevas aceptadas corresponden al 3%, su aceptación se funda en el artículo 258 del COGEP; mientras la negación a esta prueba corresponde al 93% y se fundamenta en los artículos 258, 160, 166 del COGEP en su mayoría, sin embargo, existen casos aislados en donde la negación se funda en la temporalidad de su obtención.

Prueba sobre hecho nuevo:

Dentro de los 26 casos en los que se encontró un análisis de admisibilidad en prueba sobre hechos nuevos, se observa si las pruebas fueron admitidas o no por el tribunal:

Tabla 10: apelaciones del auto interlocutorio de admisibilidad probatoria

PERIODO REVISADO	SEGUNDA INSTANCIA - HECHO NUEVO	
	ACEPTA	NIEGA
22 DE MAYO 2016 - 21 DE MAYO 2017	1	15
22 DE MAYO 2017 - 21 DE MAYO 2018	1	9
22 DE MAYO 2018 - 21 DE MAYO 2019	0	0
TOTAL	2	24

Figura 8. Hecho

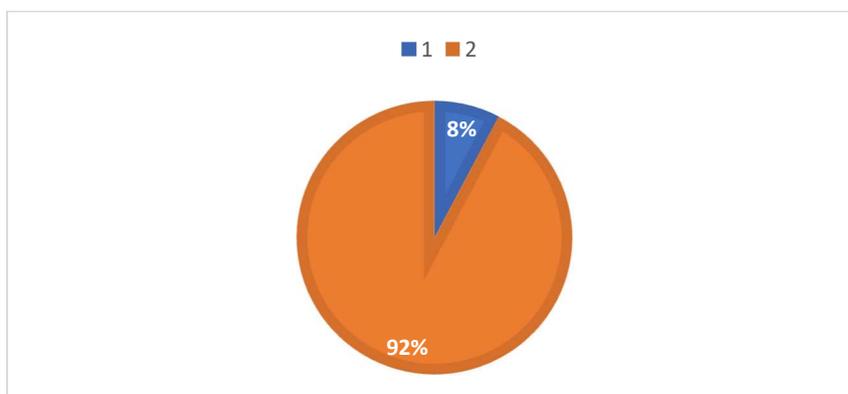


Figura 7. Porcentaje del Hecho
Elaborado por autora

En el caso de los hechos presentados el 92% fueron negados y un 8% aceptados, la decisión se basó en la aplicabilidad de los artículos 160 y 258, y a causas como la temporalidad y la impertinencia del hecho presentado, teniendo en algunos casos la observación de la repetición de esta prueba.

4.4. ANÁLISIS CUALITATIVO

La validez y confiabilidad del estudio teórico está en la recopilación de textos que constituyen doctrina sobre los temas tratados, empleándose un debate de autores, mientras que la validez del estudio práctico se funda en documentos judiciales procesos que han sido resueltos por autoridades competentes de la Sala Especializada de lo Civil Mercantil de Corte Provincial de Justicia de la Provincia del Guayas y la trayectoria de los profesionales y magistrados partícipes en la presente investigación.

En la presente investigación, tal como se ha detallado en la parte inicial, no fue materia de estudio los casos en los que, a pesar de existir apelación con pruebas, la sala no realizó un análisis de admisibilidad debido a que los mismos se encontraban pendiente de resolución o fueron resueltos y/o archivados sin necesidad de conocer el fondo; así por ejemplo fueron segregados de este estudio los casos resueltos por abandono, inhibición, nulidad, entre otros.

En las evidencias encontradas se observa que existe un declive significativo en las pruebas en segunda instancia, ya sea por cualquiera de las vías en que se conoce su apelación, así:



Figura 8. Prueba en Apelación
Elaborado por autora

CONCLUSIONES

De las evidencias se colige que existen procesos en los que convergen dos o tres de los parámetros de apelación aquí detallados, por lo que si contabilizados cada examen de admisibilidad realizado, nuestra muestra de 120 procesos se incrementa a un total de 131 casos observados. De estos 131 casos, solo en el 13% se aceptó la apelación y/o admisibilidad, y en un 87% de los casos se negó, como se muestra en el siguiente gráfico:



Figura 9. Aceptación de la prueba en segunda instancia
Elaborado por autora

Llama la atención que en ninguno de los parámetros revisados se encontró algún caso en el tercer periodo; es decir, desde el 22 de mayo de 2018 hasta el 21 de mayo de 2019, siendo en todos un 0% de la muestra.

En este contexto, como se ha detallado en la tercera parte de este trabajo, la prueba en segunda instancia se encuentra delimitada por las oportunidades que confiere la norma. Para una mejor comprensión de lo observado se analiza cada una de las posibilidades existentes:

5.1. Admisibilidad probatoria en la apelación de diligencias preparatorias

De los 951 casos revisados desde el 22 de mayo de 2016 hasta el 21 de mayo de 2019, 120 trataron prueba en segunda instancia, de los cuales solo en dos casos se observó la apelación de la diligencia preparatoria con oposición.

El primer caso se basó en la apelación de la aceptación de la oposición, y por ende a la negativa a efectuar la diligencia, dicha apelación se realizó con efecto suspensivo, por lo que conoció el Proceso el Tribunal y analizó la excepción de convenio arbitral, rechazando la apelación.

En el segundo caso, la apelación fue interpuesta ante el auto interlocutorio que concedió la diligencia y negó la oposición. En ese contexto la apelación se sustentó con efecto diferido, por lo que se realizó la diligencia solicitada ante el juez *aquo*. Posteriormente, el tribunal conoció la apelación y examinó los criterios de urgencia y necesidad de la prueba, determinando aceptar la apelación.

Este caso observado resulta interesante, pues la solicitud de diligencia preparatoria se presentó en el mes de mayo de 2017. Comparece la parte demandada presentando oposición y el juez a quo resuelve mediante auto del 7 de agosto de 2017 rechazándola y confirmando la práctica de la diligencia. Esta decisión es apelada con efecto diferido, por lo que se realiza la diligencia, es decir ya existe en el proceso un resultado sobre la práctica de la prueba motivo de la acción.

Si bien la norma es clara al determinar que este tipo de apelación es con efecto diferido, como se ha explicado en la primera parte de esta investigación, existen criterios adversos al interpretarlo, pues por un lado se entiende que el diferimiento es solo hasta que concluye la práctica de la diligencia preventiva, mientras que existe la contraposición que interpreta que con dicho efecto la apelación deberá ser conocida por la Sala Especializada con la apelación de la sentencia del proceso principal.

La Corte Nacional de Justicia ha dilucidado esta controversia procesal indicando que el criterio correcto es el segundo, tal como lo ha manifestado en la Resolución 15-2017 emitida el 2 de agosto de 2017. Sin embargo, la aplicabilidad y efectos son los que se analizaron con esta investigación.

En el caso observado se manejó el primer criterio, por lo que la apelación fue conocida por el tribunal inmediatamente después de que se efectuó la diligencia preparatoria, sin que se haya planteado el proceso principal. Y el resultado fue favorable para el recurrente, dejando sin efecto el auto en el que se ordenó la práctica de la diligencia.

Al haberse realizado la diligencia con anterioridad a la decisión, resulta imposible retroceder el tiempo, pero el efecto de la diligencia preparatoria practicada es que no tendría eficacia probatoria, ya que, a pesar de haberse realizado, se la entendería como no efectuada. Por lo que no se contaría con esta prueba en el proceso principal.

Es importante cotejar que en este caso no se cumplió con lo dispuesto en la Resolución 15-2017. En el hipotético de que se hubiese cumplido con el criterio de la Resolución, se hubiese efectuado la diligencia, y concedido la apelación a la negativa con efecto diferido. Posteriormente se hubiese presentado el proceso principal con dicha prueba actuada, la misma que iba a repercutir directa o indirectamente en el resto de las pruebas y en la sentencia.

Si existía apelación de la sentencia, con la misma se hubiese fundamentado la apelación del auto interlocutorio de diligencia preparatoria y recién pasaría al conocimiento del tribunal. Claramente existiría una “contaminación”. Debiendo el tribunal valorar sin esta prueba.

En la investigación encontramos un proceso en el cual se apeló con el segundo criterio. No obstante, el recurrente desistió de la apelación por lo que no formó parte de nuestra segregación de procesos, en razón de que, con el desistimiento, no fue posible conocer el criterio del tribunal al respecto.

De los casos revisados no se han observado en los tres años de aplicabilidad del Código Orgánico General de Procesos, casos en los que el tribunal haya decidido sobre la apelación de la oposición a la diligencia preparatoria con efecto diferido, conforme la Resolución N° 15-2017, por lo que podríamos concluir que esta apelación carece de eficacia, pues al ser resuelta con posterioridad a la tramitación del proceso principal, desnaturaliza las razones de la oposición inicialmente planteadas, debido a que existiría una contaminación del proceso con la prueba pre actuada.

Otra de las conclusiones es que si existe apelación de una diligencia preparatoria y la misma se resuelve a favor del recurrente al final del proceso -con la aplicación de la Resolución 15-2017-, y esta prueba resulta ser principal o fundamental, podría llevar a una sentencia opuesta o en el peor de los casos a una sentencia inhibitoria. Si se llega a una sentencia inhibitoria se está desnaturalizando la celeridad que caracteriza a nuestro sistema procesal vigente.

5.2. Apelación del auto interlocutorio de inadmisibilidad probatoria.

De los 951 casos revisados desde el 22 de mayo de 2016 hasta el 21 de mayo de 2019, en 120 procesos existió admisibilidad de prueba en segunda instancia. De estos, en 29 casos se observó la apelación del auto interlocutorio de inadmisibilidad probatoria, de los cuales en 11 procesos se aceptó la apelación revocando parcial o totalmente el auto inferior, practicándose la prueba en segunda instancia.

Los criterios aplicados, en su mayoría, fueron los determinados en el artículo 160 del COGEP; es decir, pertinencia, utilidad, conducencia, legalidad, constitucionalidad conforme el objeto de la controversia. De estos, los criterios más aplicados fueron utilidad, conducencia y legalidad, estando la revisión del tribunal encaminada a la idoneidad de la prueba.

Adicionalmente, en estos casos el tribunal revisó si la prueba fue anunciada debidamente en la demanda y en la audiencia y solo en uno de los procesos se observó que el tribunal analizó la trascendencia de la prueba; por lo que en la mayoría de los procesos no se evaluó si con la práctica de la prueba el resultado podría variar significativamente.

Por otro lado, se observó en uno de los procesos que a pesar de que se negó la apelación del auto interlocutorio de admisibilidad probatoria, el tribunal valoró dicha prueba. En este caso, se trataba de una prueba en poder de terceros, la misma que fue admitida en primera instancia, pero al no haberse incorporado al proceso la respuesta de la entidad, hasta la audiencia definitiva, el juez a quo no valoró esta prueba. Posteriormente la parte afectada presenta la apelación fundamentada en la admisibilidad de esta misma prueba, por lo que el tribunal hace la distinción de que niega la apelación del auto interlocutorio de inadmisibilidad por cuanto no se apeló de forma oral en la audiencia preliminar, ya que además esta prueba si fue admitida. A pesar de la negativa a la apelación, ante la imposibilidad de la actuación, el tribunal permite que se actúe en segunda instancia.

La revisión de la prueba se realiza de manera individual, pues si bien se encontraron 6 casos en las que se aceptó de manera genérica la prueba apelada, se observaron 5 casos en los que existió una revisión minuciosa en las cuales se aceptó unas y negó otras, en su mayoría por criterios de utilidad y conducencia.

Se concluye que la apelación del auto interlocutorio de inadmisibilidad probatoria cuenta con un análisis detallado del tribunal, en donde se revisa el audio de la audiencia preliminar, el anuncio efectuado, el auto apelado y las alegaciones de la fundamentación.

5.3. Prueba con la apelación de la sentencia

De los 120 procesos en los que se observó un análisis de admisibilidad en segunda instancia, en 100 procesos se encontró la presentación de prueba con la apelación de la

sentencia. Cabe indicar que los parámetros para presentar prueba con la apelación no son excluyentes, pudiendo converger ambos por lo que en total se analizó 113 casos en los que se presentó prueba con la apelación, de los cuales solo se aceptaron 5; es decir, el 4,42%. Ante ello se concluye que la aceptación de prueba con la apelación es remota.

En la búsqueda de evidencia se observó que, a pesar de existir dos parámetros diferentes, para presentar prueba con la apelación de la sentencia, y que los mismos están claramente delimitados en la norma, se encuentra una tendencia a confundir y generalizar estos parámetros, llegando a presentarse sin especificar a cuál de los parámetros se está aplicando. Así también se evidenció que el tribunal realiza un análisis generalizado en el que coteja ambos parámetros, lo cual desnaturaliza la aplicabilidad, pues ambos parámetros contienen premisas diferentes.

Como se explicó en la primera parte de este trabajo, la prueba que se presenta con la apelación de la sentencia debe ser una prueba que no se haya agregado, ni analizado previamente, pues dentro de la primera instancia existieron oportunidades probatorias para presentar, actuar y apelar de la prueba; por tanto, esta prueba, que se presenta con la apelación de la sentencia, se ve limitada en dos ejes normativos contemplados en el artículo 258 del Código Orgánico General de Procesos que son prueba sobre hechos nuevos y prueba nueva. Al respecto es importante hacer la distinción ya que si bien ambas son pruebas que se actúan con la apelación, la temporalidad de los hechos nuevos es mayor, pues se permite la introducción de hechos nuevos desde la última oportunidad que se tiene para introducir hechos, mientras que la prueba nueva solo puede ser agregada cuando ha sido obtenida con posterioridad a la sentencia.

En relación con las implicaciones encontradas en cada uno de los parámetros se puntualiza:

5.3.1. Prueba que acredite hechos nuevos

Se observa que de los 100 casos en los que se presentó prueba en segunda instancia, en 26 casos se intentó actuar prueba sobre supuestos hechos nuevos, de los cuales solo se aceptaron dos casos, lo cual representa un porcentaje mínimo de aceptación con respecto a la muestra. Concluyendo que la aceptación de hechos nuevos es remota, y constituye una excepción y no una generalidad.

Como se ha indicado anteriormente, para definir o “calificar” un hecho nuevo se observa el principio de temporalidad. En ese sentido, se entiende como hechos nuevos, y

se permite su introducción al proceso, los acontecidos con posterioridad a la última oportunidad que se tuvo para introducir dichos hechos; esto es, en procedimientos ordinarios, cuando los hechos nuevos ocurrieron con posterioridad a la audiencia preliminar o única; y, en los demás procedimientos con posterioridad a la presentación de la demandada, lo criterio que se mantuvo hasta el mes de junio en donde fue publicada y entró en vigencia las reformas al COGEP.

De los procesos observados, se concluye que en su mayoría se niega la solicitud de hechos nuevos, por cuanto no constituyen hechos nuevos al ser hechos con anterioridad a la presentación de la demanda. Por otro lado, otro de los criterios de inadmisión es la impertinencia de estos hechos, a consecuencia de que, si bien se tratan de hechos nuevos, no tienen relación con el objeto de la litis.

En ese sentido, se concluye que en su mayoría la negación se debe a que las partes intentan suplir falencias de pruebas no admitidas o no anunciadas en primera instancia. Por otro lado, resultó preocupante que el tribunal en las resoluciones/ sentencias intente aplicar/fundamentar la inadmisibilidad de hechos nuevos, en los parámetros del artículo 166 del COGEP, lo que conlleva a una errónea aplicación, ya que los parámetros de este articulado solo son aplicables en la prueba nueva en primera instancia.

5.3.2. Prueba nueva sobre los mismos hechos

De lo observado, de los 100 casos en los que existió prueba con apelación a la sentencia, 87 fueron con prueba nueva, encontrando en las sentencias/resoluciones algunos puntos que es pertinente analizar:

1. La nueva prueba se encuentra contemplada en el artículo 151 del COGEP y procede solo para la parte actora, la misma que se debe presentar dentro del término de diez días después de calificada la demanda y es prueba sobre los hechos que ha introducido el demandado en su contestación, por lo que para que sea admisible es necesario cumplir con la preclusión, es decir presentarla dentro del tiempo y con los criterios generales de utilidad, pertinencia y conducencia a más de los detallados del 151. Esta prueba es diferente a la prueba nueva. Sin embargo, se evidenció que en muchas sentencias se las confunde a nivel terminológico, citando “nueva prueba”, cuando en realidad se está hablando de “prueba nueva” ocasionando una confusión en la motivación de la sentencia.

2. El COGEP contempla la prueba nueva en primera instancia en el artículo 166, la misma que procede cuando se demuestra que no ha sido de conocimiento de la beneficiaria o habiéndola conocido no pudo acceder a ella. Esta prueba se la debe presentar hasta antes de la convocatoria a audiencia de juicio o única. Si bien se trata de prueba nueva, no es la misma que se puede presentar en segunda instancia. Pues las circunstancias detalladas son diferentes. En ese sentido, se ha observado que en las sentencias se fundamenta la negación de la prueba nueva de segunda instancia con el artículo 166 del COGEP, no siendo aplicable por cuanto contempla parámetros y tiempos diferentes. Hago notar que, si bien se ha evidenciado una incorrecta motivación respecto a la negación de la prueba con el artículo 166 del COGEP, la negación no era errónea, pues el parámetro del artículo 166 es más amplio que el parámetro del artículo 258, por ende tampoco cumplían con el criterio del 258 del COGEP.
3. Otro punto de análisis es la generalidad terminológica con la que se usa la prueba nueva. Como ya se ha explicado el hecho nuevo y la prueba nueva en segunda instancia son dos oportunidades probatorias que contemplan parámetros diferentes. No obstante, en muchas sentencias se tiene el término prueba nueva como la generalidad de la prueba en segunda instancia. Adicionalmente muchos abogados al presentar la solicitud la realizan bajo el paraguas de dicha generalidad, causando que el Tribunal entre al análisis de ambos casos, sin que en efecto se esté concurriendo en ellos.
4. De la revisión de las pruebas nuevas presentadas en segunda instancia se observa que se acepta solo el 3%. La inadmisión corresponde, en su mayoría, a que no se demuestra que solo fue posible obtenerla con posterioridad a la sentencia. Por el contrario, se evidenció que en muchas de las ocasiones se pretende con esta prueba solventar desfases cometidas en primera instancia, presentando prueba que no fue anunciada inicialmente, presentando repetidamente prueba que fue mal agregada o erróneamente practicada; así también se intenta solventar la falta de apelación al auto interlocutorio de inadmisibilidad. Las conclusiones derivadas resultan preocupantes, ya que eso

infiere a que muchos profesionales pretenden utilizar esta prueba a fin de solventar problemas o negligencia en la defensa de primer nivel.

5. Por otro lado, esta prueba tiene una carga argumentativa. Pues si bien la norma dice que debe ser prueba que solo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia, la carga va encaminada a demostrar la “obtención”. En la mayoría de los casos no se observa ningún intento por las partes de fundamentar la imposibilidad anterior de obtención y solo en dos casos se observa que la parte alude la imposibilidad a criterios superficiales no demostrados, como que se le habían olvidado los documentos.
6. Finalmente, se evidenció un caso en el que se admitió como prueba nueva la contestación entregada por una entidad pública. Esta prueba se solicitó y admitió en primera instancia, sin embargo, la respuesta llegó con posterioridad a la sentencia por lo que el juez a quo no la valoró. Por un lado, se podría entender que la prueba es repetitiva y que el problema de esta en primera instancia radicaba en la práctica y no en la admisibilidad, por lo que no cabría nuevamente su introducción. Por otro lado, en efecto se demostró que, si bien se conocía de ella con anterioridad, por lo que se solicitó en primera instancia, no se pudo tener acceso a ella “la respuesta” hasta con posterioridad a la sentencia.

Con lo expuesto se concluye que la prueba en segunda instancia ha tenido una evolución significativa. Es de anotar que, con respecto al anterior procedimiento, la mentalidad de los abogados ha tenido que ir evolucionando, cada vez se observa una mejor comprensión de la distinción de los criterios de admisibilidad y de las preclusiones y formas en las que se debe presentar y anunciar prueba. Esto se evidencia por cuanto en el primer periodo la apelación de prueba en los diferentes parámetros es abundante, mientras que va declinando masivamente a tal punto de no encontrarse prueba en segunda instancia en el último periodo. El cambio procesal ha obligado a los profesionales a preparar con antelación las pruebas y solo ingresar las necesarias.

Así también se evidencia que la prueba en segunda instancia que se presenta, en la mayoría de los casos, no cumple con los parámetros normativos, pues se ingresa solo con el fin de solventar alguna falencia de primera instancia.

En los casos de apelación del auto interlocutorio que niega la oposición de la diligencia preparatoria se concluye que la interpretación dada por la Corte Nacional, respecto el momento procesal en que se debe conocer la apelación diferida, limita el derecho a la doble instancia dando una respuesta tardía, que por la temporalidad y hechos posteriores podría resultar obsoleta.

En cuanto a la apelación del auto interlocutorio de admisibilidad probatoria se observa que los magistrados, en la mayoría de los casos, prefieren no entrar a temas de fondo y por tanto no existe una decisión prematura de la resolución. Por el contrario, revisan el actuar de la inadmisibilidad del inferior y si estuvo ajustado a criterios de legalidad.

En cuanto a la prueba presentada con la apelación de la sentencia, se concluye que existe una terrible confusión en las motivaciones de la sentencia, pues si bien se ha conocido de casos en los que se cierra la brecha normativa extendiendo la temporalidad del artículo 258 del COGEP (después de la sentencia) a la última oportunidad de introducir prueba nueva ante el juez a quo del artículo 166 del COGEP (antes de la convocatoria a audiencia preliminar o única), pues no se puede condicionar a que la prueba nueva de segunda instancia cumpla con los parámetros del artículo 166 del COGEP.

Finalmente se concluye que la tendencia descendente de presentar pruebas en segunda instancia tiene dos aristas, por un lado, los profesionales podrían estar evitando la presentación de esta; en razón de que, como se ha demostrado en la mayoría de los casos es inadmitida. Por otro lado, se debe a una mejor utilización y entendimiento del Código Orgánico General de Procesos.

RECOMENDACIONES

Se recomienda que los legisladores y/o la Corte Nacional revisen la apelación del auto interlocutorio que niega las diligencias preparatorias, pues con la actual interpretación de la aplicación del efecto diferido dado por la Corte Nacional, la apelación de este auto se podría volver un derecho ineficaz.

Se recomienda realizar este estudio a nivel nacional a fin de determinar si la sintomatología encontrada es local o responde a la práctica general. Con lo cual se podría analizar a fin de realizar cambios normativos que mejoren la actividad procesal en el Ecuador.

Se recomienda que los magistrados de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, realice una mayor observancia respecto la correcta aplicación de los artículos 151, 166 y 258 del Código Orgánico General de Procesos, pues, a pesar de no haberse evidenciado vulneración de derechos, la aplicación incorrecta de estos podría devenir en una incorrecta motivación de la sentencia.

Se recomienda que los profesionales del derecho realicen una correcta aplicación del artículo 258 del Código Orgánico General de Procesos, ajustada los principios de buena fe y lealtad procesal.

Se recomienda que la Corte Nacional de Justicia aclare la interpretación que debe darse, con la reforma, al artículo 148 del COGEP, en cuanto a los tipos de procedimientos en los que procede la reforma de la demanda.

Se recomienda que la Asamblea Nacional reforme el Código Orgánico General de Procesos, y que se amplíe la temporalidad del artículo 258, respecto la prueba nueva en segunda instancia.

Se recomienda para futuras investigaciones tratar sobre la prueba admitida en primera instancia y no practicada, ya que constituye un problema jurídico procesal, que como hemos visto en algunos casos el tribunal lo ha solucionado aceptando directamente la práctica con la apelación genérica de la sentencia y, en otros, se ha aceptado como prueba nueva, sin que exista un criterio unificado ni un proceso claro al respecto.

REFERENCIAS

- Alsina, H. (1956). Tratado Teórico Práctico De Derecho Procesal Civil Y Mercantil .
Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores.
- Bentham, J. (1825) Tratado de las Pruebas Judiciales. Paris: Bossange Freres. P.15
- Cabanellas, G. Diccionario Jurídico Elemental. (1997). 197.
- Carnelutti, F. (2006). Metodología Del Derecho. Buenos Aires: Valleta Ediciones.
- Chiovenda. (1977). Principios De Derecho Procesal Civil. Madrid.
- Constitucional, C. (2016). Sentencia N°0110-16-Sep-Cc - Caso N°0980-13-Ep. Corte
Constitucional.
- Couture, E. J. (1959). Fundamentos Del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: De Plama.
- Enrique, T. (11 De Mayo De 2016). Doble Instancia Vs. Doble Conforme. (U. C.
Argentina, Ed.) Diario De Docgrtrina Y Jurisprudencia.
- Frocham, I. (1957). Tratado De Los Recursos En El Proceso Civil. Buenos Aires:
Editorial Bibliográfica Argentina.
- Hitters, J., & Ferreiro, A. (2011). Hechos Nuevos, Hechos Sobrevinientes, Nuevos
Hechos Y Nuevos. Revista Colegio De Abogados De La Plata, 74.
- Iglesias, M. (2011). El Recurso De Apelaci{On Civil Por Cuestiones De Fondo.
- López, V. (2015). La Prueba En Segunda Instancia. Revista Gneral De Derecho Procesal
- Universidad De Alicante, 37.
- Manrique, H. J. (2005). Los Límites Al Derecho De Impugnación En General. Revista
Foro Jurídico , 70-90.
- Mendoza, R., & De León, O. (2011). Extracto Del Libro “Los Principios Los Actos y Las
Pruebas. San Cristobal: Lito Formas.
- Monasterio, I. E. (2011). Tratamiento De La Alegación De Hechos Nuevos O De Nueva
Noticia. Revista Internacional De Estudios De Derecho Procesal Y Arbitraje, 12.

Montalvo Escobar, M. D. (2017). Dialogos Judiciales 6. En Medios De Impugnación (Pág. 76). Quito: Gaceta Judicial.

Salgado, A. J. (1993). Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Astrea.

Taruffo, M. (2008). La Prueba. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales.

Taruffo, M. (1992). La Prueba De Los Hechos. (Págs. 25,26). Milano: Trotta.

Tomas, J. (S.F.). Manual De Derecho . 43.

Referencia Normativa:

Código Civil, publicado en el Registro Oficial Suplemento N°46 de 24 de junio de 2005.

Código Orgánico General de Procesos, publicado en el Registro Oficial N°506 de 22 de mayo de 2015.

Resolución 15-2017, emitida por la Corte Nacional de Justicia, 2 de agosto de 2017.

Ley Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos, publicada en el Registro Oficial Suplemento 517 de 26 de junio de 2019.

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial N°449 de 20 de octubre de 2008.

ANEXOS

ANEXO A.

Operacionalización de Variables

Tabla 1: Operacionalización de Variables

Variable	Concepto	Dimensiones	Indicadores	Técnicas e Instrumentos
Dependiente: Segunda Instancia en Procesos Civiles	Es el tribunal superior de la materia, ante quién se sustenta la apelación.	Fundamentación a la apelación	Percepción y Análisis de Casos	Casos judiciales civiles
		Resoluciones		
		Sentencias		
Independiente: Parámetros de admisibilidad de la Prueba	Son los alcances legales, interpretativos y doctrinarios de los requisitos establecidos en el Código Orgánico General de Procesos para la admisibilidad probatoria en Segunda Instancia.	Diligencia Preparatoria	N° de pruebas negadas y admitidas en segunda instancia con causales. N° de pruebas fundamentales.	Casos judiciales civiles
		Inadmisibilidad de Prueba en Primera Instancia		
		Hecho Nuevo	Temporalidad Preclusión	
		Prueba Nueva	Conocimiento de pruebas sobre los mismos hechos con posterioridad a la sentencia oral.	

Elaborado por autora