

CRITERIOS

SOBRE INTELIGENCIA
Y APLICACIÓN DE LA LEY

MATERIAS NO PENALES



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

*Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta*

EDITOR
CARLOS RAMÍREZ ROMERO

Crterios

sobre inteligencia
y aplicacin de la ley

Materias No Penales

Carlos Ramírez Romero
Editor



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA
Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta

Criterios sobre inteligencia y aplicación de la ley

Materias No Penales

Diciembre 2017

Corte Nacional de Justicia

Criterios inteligencia y aplicación de la ley. Materias no penales.

Diciembre 2017. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017.

540p.: 17cm x 23cm

Derecho de autor: 052658

ISBN: 978-9942-22-220-6

*1. Criterios inteligencia y aplicación de la ley. Materias no penales.
Ecuador. Corte Nacional de Justicia.*

Corte Nacional de Justicia

Editor

Carlos Ramírez Romero

Autores

Carlos Ramírez Romero

María Paulina Aguirre Suárez

Raúl Mariño Hernández

Alejandro Miranda Calvache

Manuel Chamba Chamba

Marco Tello S.

Vinicio Cueva Ortega

Coordinador

Carlos García Torres

Diseño y diagramación

Javier Leiva Espinoza

Impresión

Santiago Aráuz Ríos

Jefatura de Biblioteca,

Gaceta y Museo de la CNJ

Primera edición, diciembre 2017

Quito, Ecuador

Índice

Presentación El derecho vivo y la Corte Nacional de Justicia	17
--	----

Introducción Facultad de la Corte Nacional de Justicia sobre inteligencia y aplicación de las normas	23
--	----

CAPÍTULO 1 CONSULTAS PROCESALES	35
---	----

	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL	38
1.	Procedimientos especiales en el Código de Procedimiento Civil	38
2.	En cuanto al abandono del juicio con sentencia ejecutoriada existen criterios divididos.	39
3.	Citación de la demanda por la prensa y ejecución de la sentencia en los juicios de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio.	40
4.	La o el administrador de justicia puede recabar información relacionada con el dinero que posee el condenado en instituciones financieras para efectos del embargo	44
5.	Si no se fundamenta el recurso de apelación ni se pide la devolución al juzgado de origen, cabe que se dicte sentencia.	45
6.	Cabe o no desistimiento en los juicios de divorcio por causal	46

7.	Cabe otorgar mayor término para justificar imposibilidad de determinar la individualidad o residencia de la o el demandado	47
8.	Valor de la información sumaria	48
9.	Quién es el juez competente en razón de la materia para conocer la acción de nulidad del reconocimiento voluntario de hija o hijo.	50
10.	Cabe o no ordenar la prohibición de enajenar de un vehículo	53
11.	Juez o jueza compete para conocer las controversias de los abogados o abogadas y sus clientes por honorarios.	55
12.	Juez o jueza competente en los procedimientos de partición entre condóminos.	58
13.	Notificación o citación del desahucio	60
14.	El cobro de tasas elevadas en las notarías para los juicios de divorcio sin hijos menores de edad o bajo dependencia, afecta o no a la gratuidad de la justicia.	61
	CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS	62
1.	Cabe citar al demandado que no ha sido posible individualizar	62
2.	Abandono en los juicios de concurso de acreedores (insolvencia)	64
3.	Si la situación de los menores fue discutida en una junta de menores y no en la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, causarí a o no nulidad.	65
4.	El proceso de inventarios debe tramitarse ante el mismo juez del divorcio o disolución de la sociedad conyugal en cuaderno separado o como incidente de estos procesos.	66
5.	COGEP norma supletoria del COIP	69
6.	Término para interponer el recurso extraordinario de casación	71
7.	Cuando se embargue dinero debe o no intervenir un agente de la Policía Nacional, el depositario judicial designado y elaborarse el acta respectiva.	74
8.	En la declaración de parte puede la contraparte formular preguntas o rendir el testimonio a través de un interrogatorio del abogado del declarante?	76

Índice

9.	Procedimiento para la declaratoria de interdicción provisional	77
10.	Forma en la que deben fijarse los carteles en el consulado para la citación en el exterior de quien consta que ha salido del país.	80
11.	Las o los jueces se abstienen de tramitar la demanda por no presentar el certificado del Ministerio de Relaciones Exteriores en el término de tres días.	81
12.	Procedimiento en el COGEP para los juicios de adoptabilidad y adopción	84
13.	Cabe declarar el abandono por falta de comparecencia del recurrente a la audiencia en segunda instancia?	86
14.	Si no se ha presentado reconvenición al contestar la demanda, cabe que se lo haga en el desarrollo de la audiencia preliminar	87
15.	Si las partes mantienen la inacción del proceso antes y después de la vigencia del COGEP, cuando se debe declarar el abandono	89
16.	La o el juez como prueba de oficio puede solicitar al perito que incorpore el avalúo real del predio según la plusvalía que haya generado	90
17.	Notificación a herederos a los herederos del litigante que llegare a fallecer	91
18.	Que el procedimiento monitorio no tiene término o plazo máximo para que se lleve a efecto la audiencia única	92
19.	Qué sucede si se ha fijado fecha para el remate con el Código de Procedimiento Civil, pero no se ha llevado a efecto dicho remate, encontrándose actualmente vigente el COGEP	94
20.	A efectos de la aplicación de la Disposición Transitoria Primera del COGEP, ¿cuándo el proceso se encuentra en trámite?.	95
21.	A efectos de la aplicación de la Disposición Transitoria Primera del COGEP, cuando concluye o termina el proceso	100
22.	Calificación del recurso de casación	104
23.	Respecto de la fase de ejecución	105

24.	Respecto de la apelaci3n de los autos de archivo dictados al amparo del COGEP	109
25.	Respecto de los documentos para acceder al procedimiento monitorio y el reconocimiento de documentos privados	111
26.	Prescripci3n del procedimiento monitorio	128
27.	Tarjeta de credito en procedimiento monitorio	137
28.	Principio dispositivo e impulso oficioso	141
29.	Convocatoria a las audiencias	142
30.	Rehabilitaci3n de la declaratoria de muerte por desaparecimiento	146
31.	Informes de presidencia de corte nacional de justicia	148
32.	Competencia del procedimiento de partici3n	150
33.	Procedimiento por negativa de inscripci3n del registrador de la propiedad	153
34.	Procedimiento de la recuperaci3n de los ni1os, ni1as y adolescentes	156
35.	Procedimiento de las medidas de protecci3n de los ni1os, ni1as y adolescentes	156
36.	Diferimiento de audiencias	160
37.	La ilegitimidad de personería	161
38.	Tercerías excluyentes de dominio	162
39.	Procedimiento para la demarcaci3n de linderos de predios urbanos	165
40.	La acumulaci3n de procesos	167
41.	Procedimiento de la interdicci3n provisional y definitiva	169
42.	Procedimiento concursal	171
43.	Providencias preventivas	174
44.	Declaraci3n que acepta la pretensi3n	175
45.	Procedimientos del cheque	178
46.	Procedimiento de los contratos mercantiles de prenda y reserva de dominio	181
47.	Diligencias preparatorias en materia de inquilinato	183

Índice

48.	Procedimiento de la recusación	187
49.	Acta transaccional y transacción extrajudicial	189
50.	Acciones previstas en normas procesales derogadas	194
51.	Declaratoria de la presunción de insolvencia	198
52.	Providencias preventivas en la etapa de ejecución	200
53.	Requerimiento notarial	201
54.	Procedimiento de controversias en asuntos de inquilinato	202
55.	Legitimación en causa de personas jurídicas extinguidas	204
56.	Retiro de la demanda	207
57.	Sentencia como título de ejecución	208
58.	Autos de sustanciación	210
59.	Informes periciales de ADN	213
60.	Intereses en materia laboral	214
61.	Constitución de procuración y comparecencia a través de procurador judicial	215
62.	Excepciones	217
	CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	219
1.	Que el Art. 58 reformado de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contradice la Constitución de la República respecto a lo que implica el juicio de expropiación.	219
2.	Acción de nulidad de sentencia	221
3.	Expediente administrativo y su presentación ante los órganos jurisdiccionales	224
4.	Procedimiento en excepciones a la coactiva en la jurisdicción contencioso tributaria	228
5.	Excepciones a la coactiva ante la jurisdicción contencioso administrativa	230
	CONSTITUCIONAL, PROCESAL CONSTITUCIONAL, DEFENSA DEL CONSUMIDOR	234
1.	Constitucional	234

2.	Se puede o no suspender la audiencia fijada de acuerdo a la Ley de Defensa del Consumidor para la práctica de la confesión judicial	237
3.	Cuál es el juez competente para conocer los daños y perjuicios iniciados como consecuencia de una sentencia condenatoria en materia de defensa del consumidor	238

CAPÍTULO II INSTITUCIONES JURÍDICAS	241
---	-----

	ABANDONO	243
1.	Cabe citar al demandado que no ha sido posible individualizar	243
2.	Abandono en los juicios de concurso de acreedores (insolvencia)	244
3.	Si la situación de los menores fue discutida en una junta de menores y no en la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, causarían o no nulidad.	245
4.	El proceso de inventarios debe tramitarse ante el mismo juez del divorcio o disolución de la sociedad conyugal en cuaderno separado o como incidente de estos procesos.	246
	ACTOS DE PROPOSICIÓN	250
1.	Calificación de la reconvencción conexa	250
2.	Naturaleza del auto de inadmisión	253
3.	Solicitud de diligencias preparatorias	253
4.	Auto de sustanciación que ordena aclarar o completar la contestación a la demanda	254
5.	Procuración judicial de personas jurídicas	258
6.	La cuantía de la demanda ejecutiva	260
7.	Ilegitimidad de personería del ente estatal	262
8.	Notificación al testigo	264
9.	Devolución de documentación	267
10.	La cuantía indeterminada	268

Índice

	ADOLESCENTES INFRACTORES	269
1.	Aplicación de la Resolución No. 08-2013, R.O.- SN 176 de 4 de febrero de 2014 en cuanto a los delitos de adolescentes infractores.	269
2.	Cómo resolver las controversias en la ejecución de la reparación integral en materia de adolescentes infractores.	271
3.	Trámite del recurso de apelación en adolescentes infractores	272
	ALIMENTOS	274
1.	Clases de intereses y tasas de interés en materia de alimentos	274
2.	El menor de edad que se emancipa por el matrimonio tiene o no derecho a seguir percibiendo alimentos.	276
3.	Rendición de cuentas de pensiones alimenticias mayor a un salario básico unificado.	277
4.	No se reconocen los pagos realizados en las instituciones educativas porque no constituyen pensiones alimenticias.	279
5.	Cuando la resolución de primera instancia es modificada, la liquidación desde cuándo se debe realizar y qué pasa con las pensiones ya pagadas.	281
6.	Reforma para que la parte actora tenga una defensa técnica y cuente con la prueba de cargo y descargo.	283
7.	La madre sabe que el demandado no es el verdadero padre y está pasando una pensión alimenticia, sin embargo no se presenta al examen de ADN solicitado y ordenado.	284
8.	Existen varios casos en los que se debería suspender el derecho de alimentos, pero que el CONA no contempla la figura de la suspensión.	286
9.	Si el alimentante cumplió con el tiempo del apremio personal sin cancelar la totalidad de lo adeudado por pensiones alimenticias, procede o no la orden de libertad inmediata.	287
10.	Cuando la parte actora no presta la colaboración para citar al demandado o exprese la voluntad de no continuar con la causa, ¿qué sucede con la pensión alimenticia fijada?	288
11.	Trámite para el cese de los alimentos para mujer embarazada	290

12.	Contradicción de normas respecto al derecho de alimentos para mujer embarazada.	293
13.	Consecuencias de la fijación provisional de la pensión alimenticia cuando la o el demandado no es el padre o madre para quien se pide alimentos.	294
14.	Pensiones alimenticias provisionales y definitivas	296
15.	Fijación de alimentos a un obligado bajo dependencia de en un país extranjero	297
16.	En qué tiempo procede un nuevo apremio personal si el demandado no ha pagado los alimentos.	297
17.	Sin haberse citado oportunamente al demandado se pide liquidación de las pensiones alimenticias y el apremio personal.	298
18.	Cuando la madre reclama alimentos a los ocho meses de gestación, se vulnera o no el derecho del demandado al aplicar la ley con efecto retroactivo y mandar a pagar desde la concepción.	300
19.	En los casos de alimentos para mujer embarazada, sin que haya prueba suficiente para llegar a la convicción sobre la paternidad del demandado, y no comparecen los litigantes a la audiencia, la pensión provisional queda como definitiva, por tanto, se sugiere una reforma en el sentido de que debe ser declarada sin lugar la demanda por falta de prueba.	301
20.	Obligados subsidiarios que no tienen recursos para subsistir peor para pagar una pensión alimenticia.	303
21.	Que no se debería citar al demandado o demandada con el incidente de rebaja o aumento de pensión alimenticia porque ya tiene señalado en el proceso casilla judicial y correo electrónico, por lo que se propone una reforma.	304
22.	La jueza o juez en ningún caso puede fijar una pensión menor al valor que se determine de cuerdo a la Tabla de Pensiones Mínimas.	305
23.	Procede o no desistimiento en los juicios de alimentos	306
24.	Responde o no de las pensiones alimenticias el obligado subsidiario cuando fallece el obligado principal	307

Índice

25.	Si fallece el obligado principal y hay garante, quien debe seguir pagado los alimentos	308
26.	Fallece el obligado principal y no se ha demandado a los subsidiarios	309
27.	En la consignación voluntaria de alimentos, cabe ordenar apremio personal y tramitar incidentes	309
28.	En los procesos de alimentos, visitas, patria potestad, autorización de salida del país, cuyo procedimiento es sumario y no cabe abandono, como cierra la causa el juez.	310
29.	Aplicación de criterios para el pago de las dos pensiones alimenticias adicionales que establece el artículo innumerado 16 del CONA	311
30.	Para el cómputo de las pensiones alimenticias se debe considerar los descuentos del seguro e impuesto a la renta	312
31.	Legitimados en el proceso de alimentos en caso de medidas de protección	314
32.	Debe incluirse una disposición que obligue al administrador de pensiones alimenticias a rendir cuentas	316
33.	Que los juicios de alimentos se resuelven en audiencia única, en consecuencia, procedería suspender la audiencia y efectuar un segundo señalamiento para la confesión, o en su defecto declarar confeso al ausente	317
34.	En base a la garantía de acceso a la justicia se debe eximir o no el pago del examen de ADN	319
35.	Durante qué tiempo puede reclamar el derecho de alimentos la mujer embarazada	321
36.	Es procedente o no la indexación de pensión a los obligados subsidiarios	322
37.	Fijación de pensión en divorcio por causal	323
38.	La extinción de las pensiones alimenticias es de oficio o a petición de parte	324
39.	Si el demandado en los juicios de alimentos no anuncia como prueba las partidas de nacimiento de sus otros hijos, puede hacerlo o no en la audiencia	325
40.	Debe que se aplicar el principio “non reformatio in peius” en materia de alimentos	326

41.	Indexación de pensiones alimenticias	328
42.	Personas con discapacidad	329
43.	Alimentos para mujer embarazada	331
44.	Rendición de cuentas en alimentos	332
45.	Procedimiento de pensiones alimenticias voluntarias	334
46.	Citación en alimentos	337
47.	Pensión alimenticia provisional y régimen de visitas	338
	APELACIÓN	338
1.	Apelación en audiencia	338
2.	Verificación de solemnidades sustanciales en segunda instancia	341
3.	Fundamentación de la apelación	342
4.	Apelación del auto de archivo	343
5.	Apelación del auto de abandono	344
	ATRIBUCIONES EXCLUSIVAS DEL NOTARIO	345
1.	Divorcio mutuo sin hijos de competencia exclusiva de los notarios	345
2.	Constitución de sociedades civiles y mercantiles	346
3.	Los poderes mercantiles	348
4.	Extinción del usufructo, uso y habitación	349
5.	La extinción del patrimonio familiar	351
	CITACIÓN	352
1.	Naturaleza jurídica de la comisión y el deprecatorio	352
2.	Citación por los medios de comunicación	354
3.	Citación en consulados	356
4.	Citación a herederos	360
5.	Citación por boletas	362
6.	Citación por comisión	362
7.	Requisitos de las actas de citación	364
8.	Citación en concurso necesario	366

Índice

	COMPETENCIA	368
1.	Prorrogación de competencia	368
2.	Contrato de arrendamiento de ente público	372
3.	Conflicto de competencia	373
4.	Debe prevalecer o no el principio de especialidad para determinar la competencia del juez de familia o de lo civil.	374
	DAÑO MORAL	377
1.	Que el Art. 2232 del Código Civil da a entender que para que proceda la indemnización por daño moral, debe proceder primero el enjuiciamiento penal en el que se determine la existencia y sanción del delito.	377
	DERIVACIÓN	378
1.	Momento procesal de la derivación	378
2.	Ejecución de las actas de mediación	379
	EJECUCIÓN	381
1.	Corrección del error de cálculo	381
2.	Competencia para ejecución de actas laborales	383
3.	Actuación oficiosa del juzgador en la etapa de ejecución	384
	EMBARGO, REMATE	384
1.	Momento procesal en que se ordena el embargo	384
2.	Auto de calificación de posturas	388
3.	La temporalidad en remates judiciales	389
4.	Remate anticipado de los bienes embargados	391
5.	Temporalidad de los informes periciales	392
	NIÑEZ Y FAMILIA	393
1.	Adopción plena y semiplena. Antinomia de normas	393
2.	Trámite para las medidas de protección y recuperación de menor	396
3.	Trámite para las autorizaciones de salidas del país	397
4.	Que se establezca trámite para los casos de recuperación de menores	398

5.	Se debe o no mantener las medidas de protección en casos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar, cuando ha sido ratificado el estado de inocencia del procesado.	400
6.	Procedimiento que debe darse para los casos de vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes	400
7.	El juez que ratifica las medidas de protección podría ser el mismo que conozca el recurso de apelación, por lo que podría en ciertos casos estar adelantando criterio	401
8.	El abandono como causal de divorcio	403
9.	Cabe o no desistimiento en los juicios de divorcio por causal	404
	PRUEBAS	406
1.	Documentos digitales	406
2.	La exhibición	409
3.	El acceso a la pruebas	413
4.	La declaración de parte como título ejecutivo	417
5.	Momento procesal para ordenar el acceso a las pruebas	421
6.	Demostración de la imposibilidad de acceso a la prueba	421
7.	La grabación de la audiencia	422
8.	En la fase de ejecución cabe que la o el juez a petición de parte disponga que se recabe información relacionada al deudor	423
9.	Impugnación de la prueba de ADN	424
10.	Práctica del examen de ADN al demandado que vive en el extranjero	425
	SENTENCIA	429
1.	Ejecutoria de la sentencia	429
2.	Legitimación en causa de las acciones ejecutivas	431
	SUBROGACIÓN Y CONFUSIÓN	433
1.	Confusión de figuras jurídicas	433
	TÍTULOS EJECUTIVOS	435
1.	Cobro de intereses sobre intereses por uso de tarjetas de crédito	435

2.	Trámite para la acción cambiaria	436
3.	Se considera que hay contradicción entre la prescripción que establece el Código de Comercio, el Código Monetario y Financiero y el Código Civil	436
4.	Vencimientos diferentes de los títulos ejecutivos	438

CAPÍTULO III MATERIAS LABORALES

	PRIMER BLOQUE	448
1.	Apelación en materia laboral	448
2.	Despido ineficaz	449
3.	Procedimiento sumario en materia laboral	450
4.	Trámite del despido ineficaz	451
5.	Contestación de demanda de despido ineficaz	453
6.	Comparecencia del abogado sin su cliente	454
7.	Confesión ficta	455
8.	Pago del triple recargo	456
9.	Competencia de jueces laborales	457
10.	Excepciones de incompetencia	458
11.	Recusación de jueces laborales	461
12.	Publicidad de la etapa de conciliación	462
13.	Participación de los jueces en la conciliación	463
14.	Apelación en materia laboral	464
15.	Confesión judicial en materia laboral	465
16.	Competencia de los jueces de trabajo para juzgar a los servidores públicos no amparados en la legislación laboral	466
17.	Diferencias en la interpretación sobre el cálculo de jubilaciones Art. 216 del Código de Trabajo	467
18.	Norma sobre apelación de providencias que aprueban liquidaciones	470
19.	Caducidad de la acción de despido ineficaz	471

20.	Cuantía en el despido ineficaz	472
21.	Término para contestar en despido ineficaz	473
22.	Excusa de jueces laborales	474
23.	Pago de la indemnización del despido intempestivo	475
24.	Derechos laborales y condición migratoria	476
25.	Medidas cautelares en materia laboral	478
26.	Defensa judicial de personas con discapacidad	479
27.	Medidas cautelares en la etapa de ejecución	479
28.	Impugnación de la resolución de un visto bueno y acta de finiquito	480
29.	Embargo en un acuerdo conciliatorio	481
30.	Confesión judicial de Presidente y Ministros	482
31.	Desistimiento en materia laboral	482
32.	Mandatos 2 y 4	483
33.	Responsabilidad del liquidador frente a los trabajadores	485
34.	Triple recargo	487
35.	Legítimo contradicтор dentro de un juicio	488
36.	Abogado en patrocinio de las partes	489
37.	Personalidad jurídica y personería de las Empresas Públicas	491
38.	Responsabilidad laboral del Directorio de las empresas públicas	494
39.	Fondo global de jubilación	497
40.	Acciones diversas e incompatibles	499
41.	Reconvención en despido ineficaz	500
42.	Pago de triple recargo	501
43.	Confesión ficta	502
44.	Nulidad en juicios contra empresas públicas	503
45.	Despido intempestivo de servidores de empresas públicas	504
46.	Inspección Judicial	505
47.	Inadecuada asistencia legal	506
48.	Juramento deferido	506

Índice

49.	Régimen aplicable según la actividad	507
50.	Abandono	508
51.	Remates judiciales	510
	SEGUNDO BLOQUE	511
1.	Facultad del Juez para ejecutar las pruebas de oficio	511
2.	Poder y ratificación de gestiones	512
3.	Patrocinio de abogado en materia laboral	512
4.	Porcentaje de servicios como parte de la remuneración	513
5.	Liquidación en empresas públicas	514
6.	Procedencia de despido intempestivo	515
7.	Diligencias laborales en rebeldía	516
8.	Medidas cautelares con sentencia condenatoria	517
9.	Pruebas recogidas en la sentencia	518
10.	Cláusula expresa para transigir	519
11.	Exención de condena al empleador moroso	521
12.	Posibilidad de inspección judicial en materia laboral	521
13.	Contrato realidad	522
14.	Cálculo de pensiones jubilares y jubilaciones globales	523
15.	Apelación de providencias que aprueban liquidaciones	525
16.	Posibilidad de mediación	526
17.	Perito liquidador de planta	526
18.	Determinación del último trimestre adeudado	527
19.	Justificación de enfermedad	528
20.	Exoneración para artesanos	529
21.	Despido a mujer embarazada y contrato a plazo fijo	530
22.	Responsabilidad solidaria de los municipios	531
23.	Responsabilidad solidaria de miembros del directorio de empresas públicas	532
24.	Acumulación de acciones	533
25.	Horas suplementarias	533
26.	Discriminación por período de vacaciones	534

27.	Condici3n de gestaci3n o maternidad	535
28.	Citaci3n en materia laboral	536
29.	Citaci3n personal	536
30.	Plazo de la audiencia en el despido ineficaz	537
31.	Condici3n de maternidad de la mujer	537
32.	Diferencia entre la calificaci3n de maestro de taller y los beneficios de la Ley de Fomento Artesanal	539

PRESENTACIÓN

El derecho vivo y la Corte Nacional de Justicia

Dr. Carlos Ramírez Romero
Presidente de la Corte Nacional de Justicia

A lo largo de los últimos años la Corte Nacional de Justicia, cumpliendo lo dispuesto por el artículo 126 del Código Orgánico de la Función Judicial, ha mantenido estrecho contacto con jueces de todos los niveles y de todas las provincias del Ecuador en un afán de absolver, de forma orientativa, las dudas que pudieran suscitar los nuevos cuerpos legales y aún las instituciones jurídicas que tienen larga raigambre en el país.

El fruto de este esfuerzo es una abundante colección de preguntas y respuestas que constituyen una revisión amplia del derecho ecuatoriano. Este escrutinio, como lo pueden comprobar los lectores, se lo ha hecho desde perspectivas históricas, doctrinarias y jurisprudenciales dando una visión completa de las varias materias que han suscitado inquietudes en la administración de justicia.

Creemos que el trabajo de la Corte Nacional de Justicia crea, día tras día, un derecho vivo que afinsa sus raíces y se nutre de las necesidades y los cambios de la vida social. La norma que el legislador ofrece no tiene verdadera existencia sí es que no recibe el “soplo de vida” que el juez le infunde a través de sus sentencias vinculándola con la realidad y con las necesidades y reclamos concretos de los ciudadanos. Ahora bien, para realizar este trabajo tan delicado e importante se requiere, entre otras muchas cualidades, una consagración total al estudio del derecho y un compromiso inamovible con los derechos de los ciudadanos, cuya defensa constituye el primer deber del Estado.

Una condición ineludible de la democracia es la cercanía entre las funciones del Estado y el ciudadano. En el aspecto procesal llamamos *inmediación* a esa necesidad de contacto entre la autoridad, el sujeto procesal y las circunstancias que lo rodean. Podríamos decir que otra forma de acercamiento democrático son estas inquietudes y estas respuestas que tienen el vigor y la vitalidad de la cotidianidad, de la vida diaria que traspasa las normas y las dota de efectividad. En efecto, nuestros jueces, al igual que los pretores romanos, deben salir de la esfera ideal de la norma y enfrentar la siempre cambiante realidad. Los pretores, en su momento histórico, debieron enfrentar la realidad de la pobreza y la injusticia a la que estaban sometidos los plebeyos y los peregrinos de la antigua Roma. Para hacer su trabajo contaban sólo con las normas del *Ius Civile* que, precisamente, estaban dirigidas a favorecer a los patricios mediante la consagración sempiterna de las injusticias. Así pues, la conciencia moral de estos primeros jueces los obligó a suplir las normas civiles con otras normas de carácter pretoriano que surgían de los casos que se sometían a su consideración y que reflejaban verdades bien distintas de aquellas que se discutían en los Comicios y en el Senado. Veinte siglos después las obligaciones de los jueces son similares a aquellas de la antigua Roma, todavía los administradores de justicia tienen el deber de dar vida al Derecho, de crear aquel Derecho vivo que busca la justicia en todos los casos y que no puede ver la luz sin la intervención del juez que es el mediador entre la norma y los derechos de los ciudadanos.

Por supuesto en la misma noción de pregunta y de respuesta como método para alcanzar el conocimiento o para descubrir la verdad encontramos un trasfondo socrático que nos hace pensar en la dimensión dialógica del Derecho, es decir, en la antigua idea de que la confrontación de opiniones y de reflexiones lleva, necesariamente y en todos los casos, a un resultado favorable. Esa idea de diálogo como forma de avance del pensamiento se encuentra ya en el Derecho romano y en el mismo Digesto y las Institutas que plantean problemas jurídicos con diversas respuestas posibles y que recogen la opinión del jurisconsulto que parece más razonable. Si continuamos

con esta línea de reflexión filosófica nos encontramos con que la dialéctica hegeliana es la heredera de esta forma de pensamiento siendo de utilidad en el sentido jurídico dado que postula que existe una evolución constante de todas las cosas y que esta evolución se realiza por la firme colisión de ideas diversas que germinan en un estado superior de conocimiento. Así, de la discusión jurídica, de la confrontación de ideas, encontramos el verdadero sentido de las normas y nos alejamos de una dogmática que, durante siglos, ha hecho mucho daño a la administración de justicia. Es precisamente este choque de opiniones el que da origen a ese derecho vivo al que hemos aludido en párrafos anteriores y que se caracteriza por salir del anquilosamiento de la norma para internarse en el espacio de los derechos y de los principios

A partir de este razonamiento podemos entender que el formalismo jurídico que caracterizó a nuestro país hasta el año 2008 tiene relación directa con una actitud sofística condescendiente con subterfugios jurídicos que, en el marco jurídico actual, bajo los principios del Código Orgánico General de Procesos, ya no tienen cabida. Se impone por tanto una visión de la administración de justicia que refleje el Estado de Derechos y Justicia en el que nos encontramos y que tome en cuenta la obligación de hacer efectivos los derechos ciudadanos según el mandato inapelable de la norma constitucional.

Así pues quien deba administrar justicia debe alejarse del dogma y acercarse a la argumentación, a la aplicación de la razón, amparada por principios y derechos, a un caso dado, antes que a la ciega aplicación de un añejo artículo. El mismo Hegel, en su "Filosofía del Derecho" enmarcaba el Derecho dentro de lo que dio en llamar "la vida ética objetiva" que no definía sino como un "sistema racional de instituciones sociales" haciendo énfasis en que el individuo sólo puede aceptar este ordenamiento sí es consciente de su racionalidad. La lectura y aplicación irreflexiva de una norma es, por tanto, contraria a la idea misma de Derecho que tiene sus fundamentos filosóficos últimos en la razón y en la lógica.

Las muchas consultas que se han resuelto en estos años abarcan tal cantidad de asuntos que ha constituido motivo de reflexión la forma como podrían clasificarse. Dado que el propósito principal de este texto es el de servir a los profesionales del derecho y a los usuarios del sistema de administración de justicia, hemos considerado que debía hacerse una primera gran división entre las materias penales y las no penales, de forma que cada una ocupa un tomo separado. En cuanto a las materias no penales, dada su gran variedad, encontramos que existen consultas que se refieren a cuestiones procesales mientras otras revisan diversas instituciones jurídicas. Así este primer tomo consta, inicialmente, de dos capítulos bien definidos, el primero que ordena las consultas de acuerdo al cuerpo normativo procesal sobre el que tratan y el segundo que, alfabéticamente, recoge las instituciones jurídicas que han suscitado mayor interés y, por tanto, mayor cantidad de consultas. Un tercer capítulo se consagra exclusivamente a la materia laboral dado su especial carácter.

Los editores esperamos que, en este marco, el presente texto contribuya al conocimiento y desarrollo del Derecho ecuatoriano.

INTRODUCCIÓN

Facultad de la Corte Nacional de Justicia sobre inteligencia y aplicación de las normas

Manuel Agustín Chamba
Asesor de la Corte Nacional de Justicia

La Constitución de la República –como todas las Constituciones de las sociedades democráticas– ha previsto, como parte de la estructura del Estado ecuatoriano, la Función Judicial (Capítulo Cuarto), cuya organización y funcionamiento (Sección Cuarta) comprende órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos (Art. 177 CRE). Dentro de los órganos jurisdiccionales, que de acuerdo con el principio de unidad jurisdiccional ejercen la función de administración de justicia ordinaria (Art. 168.3 CRE), la Corte Nacional de Justicia (Art. 178.1 CRE) ostenta el estatus de máximo órgano. Considerando su naturaleza y posición en la estructura institucional, el constituyente no sólo ha establecido algunas funciones que podríamos denominar esenciales, debido a que se ha ocupado de regularlas en el propio texto constitucional sino que también ha habilitado expresamente al legislador para establecer a la Corte funciones o facultades adicionales; que otra finalidad, sino esa, podría tener el que la Constitución prescriba que “[s]erán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley” (Art. 184 CRE).

El legislador, en ejercicio de su facultad constitucional (Art. 120.6 CRE), ha promulgado el Código Orgánico de la Función Judicial. En dicho cuerpo normativo, ha previsto funciones adicionales a las ya establecidas en la Constitución, entre las que cabe destacar,

la facultad de la Corte Nacional de Justicia para «expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que ser3n generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley» (Art. 180.6 COFJ). Pero no s3lo eso, sino que ha regulado la estructura de la Corte Nacional de Justicia (el Pleno, las salas especializadas, la Presidenta o Presidente de la Corte Nacional de Justicia, la Presidenta o Presidente de Sala; y, las conjuetas y los conjuetes; Art. 178 COFJ); as3 como tambi3n ha especificado la forma en que la Corte Nacional de Justicia debe ejercer sus funciones, tanto aquellas establecidas en el texto de la Constituci3n como las incorporadas por el legislador.

De las funciones previstas tanto en la Constituci3n como en el C3digo Org3nico de la Funci3n Judicial, el desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteraci3n (Art. 184.2 CRE), presentar proyectos de ley relacionados con el sistema de administraci3n de justicia (Art. 184.4 CRE); y, expedir resoluciones generales y obligatorias en caso de duda u oscuridad de las leyes corresponde al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, (Art. 180 numerales 2, 4 y 6 COFJ). Por su parte, conocer los recursos de casaci3n o revisi3n (Art. 184.1 CRE), as3 como conocer las causas que se inicien contra servidoras y servidores p3blicos que gocen de fuero (Art. 184.3 CRE) es una funci3n que corresponde a las Salas Especializadas en raz3n de la materia (Art3culos 185, 186, 189, 190, 191, 192, 194 y 195 COFJ).

Desde una perspectiva general, podemos se3alar que el objetivo esencial de estas funciones de la Corte Nacional de Justicia, que deben ser ejercidas por el Pleno o a trav3s de sus salas especializadas, son garantizar la seguridad jur3dica y la tutela efectiva y expedita de los derechos e intereses de las personas en el marco del Estado constitucional (Art3culos 75 y 82 CRE). Recordemos que el respeto a la Constituci3n es una faceta del derecho a la seguridad jur3dica, lo cual debe ser entendido en dos perspectivas: por una parte, como garant3a de protecci3n de los derechos; y, por otra, como certeza respecto de la aplicaci3n de las normas constitucionales

que son básicas y fundamentales para toda decisión (debido a la calidad de norma jurídica superior del que goza la Constitución); pero también, que dicha exigencia de seguridad, denota la garantía en la previsibilidad de las decisiones, así como la unificación de los criterios de interpretación de las normas que integran el ordenamiento jurídico.

A ello precisamente se orientan la mayoría de funciones de la Corte Nacional de Justicia. Salvo las funciones de juzgar a los miembros de la Corte Constitucional por responsabilidad penal de acción pública y conocer las causas que se inicien contra servidoras y servidores públicos que gocen de fuero (Artículos 184.3 CRE y 180.1 COFJ) donde la Corte Nacional de Justicia ejerce jurisdicción originaria, ya sea a través del Pleno o mediante sus Salas Especializadas; las demás funciones despliegan sus efectos en una doble línea: por un lado, aquellas encaminadas a garantizar la aplicación uniforme del derecho en el marco del ejercicio de la jurisdicción que corresponde a juezas y jueces (Artículos 184 numerales 1 y 2 CRE; y, 180 numerales 2, 3 y 6 COFJ); y, desde otra perspectiva, adecuar la legislación a las cambiantes necesidades de la sociedad actual (Artículos 184 numeral 4 CRE y 180 numeral 4 COFJ).

Establecidos estos criterios, debemos ahora centrarnos en la facultad del Pleno de la Corte nacional de Justicia para expedir resoluciones generales y obligatorias. De acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico de la Función Judicial, las juezas y jueces tiene reconocido como facultad genérica, el «presentar, por la vía correspondiente, consultas sobre la inteligencia de las leyes así como anteproyectos de ley o reformas legales que tengan directa relación con la jurisdicción y competencia que ejercen» (Art. 129.8 COFJ). El legislador ha precisado la forma en que debe ejercerse esa facultad consultiva, cuando prescribe que «las juezas y jueces enviarán a las cortes provinciales respectivas, y éstas a la Corte Nacional de Justicia, en el primer mes de cada semestre, un informe acerca de la administración de justicia en su territorio con la anotación de los vacíos de los códigos las dudas suscitadas sobre la inteligencia

y aplicación de las leyes, y las reformas que deban hacerse, con expresión de las razones en que se funden» (Art. 126 COFJ).

Del contenido de estas normas, debemos distinguir por un lado la facultad de juezas y jueces para remitir consultas, que puede dar lugar a la promulgación de una resolución general y obligatoria por parte del Pleno de la Corte Nacional de Justicia (también los anteproyectos de ley); y, por otra, la remisión de informes sobre la situación de la administración de justicia. Una correcta comprensión del artículo 126 del Código Orgánico de la Función Judicial permite distinguir la obligatoriedad de la remisión de informes relacionados con la situación de la administración de justicia, respecto las consultas sobre vacíos de los códigos, las dudas sobre la inteligencia y aplicación de las leyes (o la presentación de proyectos de ley). Tal distinción resulta necesaria, en lo fundamental, para comprender que la obligación semestral radica en la remisión de informes; y, que las consultas o proyectos de ley no vienen determinados por el tiempo sino cuando se evidencia la necesidad; pues, bien podría ocurrir, que la o el juzgador no remita consulta alguna si no ha encontrado problemas o dificultades en la aplicación de las normas.

Tanto las consultas formuladas por juezas y jueces como la presentación de proyectos de ley deben cumplir un procedimiento. Las juezas y jueces de primera instancia deben remitirlas al Presidente de la Corte Provincial de Justicia respectiva; quien, a su vez, deberá remitirlas al Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Las juezas y jueces provinciales pueden presentar sus consultas directamente a la Corte Nacional de Justicia.

Recibida la consulta en la Corte Nacional de Justicia, de acuerdo con el artículo 3 de la Resolución aprobada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 20 de mayo de 2009, que inteligencia sobre la aplicación de los artículos 126, 129.8, 180 numerales 4 y 6; y, 199.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, «el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, en forma previa a poner la

consulta o el anteproyecto de ley, en consideración del Pleno de dicho Organismo, dispondrá que la Asesoría Jurídica de la Corte Nacional de Justicia, presente un informe motivado acerca de la consulta o anteproyecto de ley».

Con el informe presentado por Asesoría Jurídica, corresponde al Presidente de la Corte Nacional de Justicia «poner en consideración del Pleno, para su resolución, las consultas formuladas por las juezas y jueces sobre la inteligencia y aplicación de las normas» (Art. 199.4 COFJ).

Respecto de los requisitos, tanto la consulta como los proyectos de ley deben remitirse «debidamente motivadas». Esto significa que las y los jueces no deben limitarse a plantear preguntas sobre un determinado artículo o sugerir la reforma de otro, sino que deben, luego de exponer los problemas concretos que han evidenciado, realizar un análisis jurídico sustentado, utilizando los diferentes métodos de interpretación. Ello se ha de entender así, si consideramos que el objeto de las consultas es la duda, obscuridad o ininteligencia en la aplicación de las normas; es decir, que la consulta no comprende meros problemas de aplicación que enfrentan los jueces en el cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales en el ámbito de un proceso judicial. Si bien, en el marco del ejercicio de la jurisdicción, las juezas y jueces pueden experimentar múltiples problemas de aplicación conforme los hechos sometidos a su conocimiento (antinomias, por ejemplo); tales cuestiones deben ser solventadas por los propios jueces en el ámbito del ejercicio de su facultad jurisdiccional considerando el principio de obligatoriedad de administrar justicia (Art. 28 COFJ), o incluso la prohibición de denegación de justicia (Art. 18 Código Civil).

De ahí que, el legislador no ha establecido la consulta como mecanismo para determinar la interpretación y aplicación en el marco de los hechos concretos sino como medio para evidenciar y solventar problemas de carácter estructural que pueden advertirse respecto de la aplicación del ordenamiento jurídico que surgirían,

por ejemplo, de diversas interpretaciones sobre una norma; en fin, problemas derivados de la aplicación de las normas en sí mismas. Esa distinción, entre problemas de aplicación jurisdiccional de las normas en el marco de unos hechos concretos y la facultad de consulta que pueden ejercer los jueces ordinarios, resulta necesaria y esclarecedora pues, debemos recordar que al administrar justicia ordinaria, juezas y jueces deben aplicar la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley (Art. 172 CRE); por ello, precisamente, una de las manifestaciones más importantes del ejercicio de la jurisdicción que le corresponde al juez es, dado el abandono del modelo monista, es administrar justicia interpretando y dando sentido a las normas que integran el ordenamiento jurídico conforme la exigencia de los hechos concretos.

CAPÍTULO I

CONSULTAS PROCESALES

Código de procedimiento civil

1. Procedimientos especiales en el código de procedimiento civil

CONSULTA

De acuerdo con el Art. 666 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, el juicio de demarcación de linderos se configura inicialmente como un procedimiento especial, pero cuando hay oposición se torna ordinario, por lo que, cuenta con dos etapas conciliatorias y dos etapas probatorias, incluso obliga a contener dos demandas y dos contestaciones, lo que no es adecuado, ya que este procedimiento no permite ser eficaces en la administración de justicia en este tipo de procesos y atenta el principio de celeridad procesal garantizado en la Constitución de la República y recogido en el Art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial.

CONTESTACIÓN

Como la consulta está hecha con base en la normativa del Código de Procedimiento Civil, es necesario referirnos a ella en la respuesta, por lo tanto, cabe indicar que de acuerdo a la normativa de dicho cuerpo legal, el juicio de demarcación y linderos no presenta ninguna obscuridad o dudas en cuanto al trámite, puesto que este juicio como otros, de acuerdo a su naturaleza empieza con un trámite especial con la finalidad de que las partes lleguen a un acuerdo o que el juzgador pudiera hacer la demarcación fijando los límites por la simple inspección o con las pruebas producidas durante la diligencia, y sólo si no hay arreglo entre las partes o el juez no pudiera realizar la demarcación de linderos, se sustanciará el juicio ordinario, en consecuencia, la única demanda y contestación a la demanda relacionadas en el juicio propiamente, son aquellas que las partes presentan cuando han sido oídas simultáneamente con las declaraciones, documentos e informe pericial practicadas en la diligencia inicial de demarcación y linderos, y por lo tanto, no existen dos términos de prueba ni dos juntas de conciliación, ya que al inicio del procedimiento especial son documentos que se presentan en la

diligencia para el posible acuerdo de las partes o la fijación de límites que pueda hacer el administrador de justicia, consecuentemente, no se trata de un término de prueba, mismo que sí lo hay en la sustanciación del juicio de conocimiento.

Por otro lado, según la normativa del COGEP la demarcación de linderos se debe tramitar en procedimiento sumario en caso de oposición, de acuerdo al Art. 332.2 *ibídem*, en consecuencia, tampoco presenta oscuridad o duda alguna en el procedimiento.

CONCLUSIÓN

Ni con la normativa del Código de Procedimiento Civil ni con la del COGEP hay oscuridad o duda en el procedimiento del juicio de demarcación de linderos.

2. En cuanto al abandono del juicio con sentencia ejecutoriada existen criterios divididos

CONSULTA

Existe división de criterios, al considerar unos jueces que no cabe el abandono del juicio con sentencia ejecutoriada, puesto que la ley no prevé el abandono fuera de las instancias y que el juicio concluye con la sentencia, conforme a la definición del Art. 57 del Código de Procedimiento Civil; en tanto que los jueces que consideran que si cabe el abandono se sustentan en el hecho de que, existiemientras no se ejecute la sentencia, no ha concluido el juicio, y que ha ello se refiere el Art. 388 del Código Procesal Civil; además del perjuicio que causa el mantener indefinidamente vigente un proceso, más aún si existen medidas cautelares.

ANÁLISIS

La jurisprudencia ha establecido que el abandono del procedimiento “constituye una sanción de carácter procesal al demandante, que encontrándose en la obligación del impulso procesal a fin de que el juicio prosiga, hasta su conclusión, no realiza gestiones para ello. El reproche que se imputa al actor es a consecuencia de no realizar gestiones útiles para dar curso progresivo a los autos, por lo tanto deben

existir en el proceso actuaciones pendientes que hagan necesaria la intervención de la parte.

Cabe mencionar que con la publicación en el Registro Oficial del Código Orgánico General de Procesos, entre otras normas, se encuentran vigentes las relacionadas con el abandono, esto es, del Art. 245 al 249 del COGEP. Al efecto, de acuerdo con el Art. 247.3 *ibídem*, no cabe abandono en la etapa de ejecución, pues, para llegar a la etapa de ejecución debe encontrarse ejecutoriada la sentencia, consecuentemente, existiendo sentencia ejecutoriada, misma que permite el paso a la fase o etapa de ejecución, no procede el abandono del juicio.

En relación al tema de la consulta, es importante observar los criterios y pronunciamientos de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y de la Sala Civil de la Corte Provincial de Tungurahua, cuyos textos en la parte pertinente dicen lo siguiente:

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, 20 de enero de 2014 a las 16h59. VISTOS (484-2011) "...Por lo tanto el abandono es una figura que pone fin a una instancia o recurso por la falta de seguimiento en su trámite. Ello implique que, para declarar el abandono, aún debe existir controversia, debe estar pendiente de resolver la instancia, entendida como la "prosecución del juicio, desde que se propone la demanda hasta que el juez la decide o eleva los autos al superior, por consulta o concesión de recurso. Ante el superior la instancia empieza con la recepción del proceso, y termina con la devolución al inferior, para la ejecución del fallo ejecutoriado" (Art. 58 del Código de Procedimiento Civil). Cuando se dicta y ejecutoria la sentencia, finaliza la controversia y procede la etapa de ejecución de la misma, en esta fase simplemente se debe cumplir con la resolución del juez, sin que sea posible la declaratoria de abandono, puesto que no nos encontramos frente a una instancia ni un recurso...". (Resolución 0046-2014: Juicio No. 484-2011).

CONCLUSIÓN

De acuerdo con que establece el Art. 247.3 COGEP, no cabe abandono en la etapa de ejecución, pues, para llegar a esta etapa debe encontrarse ejecutoriada la sentencia, consecuentemente, existiendo sentencia ejecutoriada, misma que permite el paso a la fase de ejecución, no procede el abandono del juicio.

3. Citación de la demanda por la prensa y ejecución de la sentencia en los juicios de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio

CONSULTA

Existe un frecuente problema en relación a lo que establece el Art. 301 del Código de Procedimiento Civil frente a los juicios de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio cuando se ha citado a los demandados por la prensa como un mecanismo para que no conozcan la demanda, lo que se evidencia con la demostración del parentesco o la vecindad, puesto que, una vez obtenida la sentencia, sólo queda la protocolización e inscripción, lo que se realiza en forma inmediata y cuando se enteran los afectados, la sentencia ya se ha ejecutado, por lo tanto, en los casos como el citado, esa norma produce resultados injustos, y en tal virtud se pide que de considerar fundada la inquietud, se emita una resolución aclaratoria al mencionado artículo.

ANÁLISIS

Si bien la consulta tiene sustento en una norma del Código de Procedimiento Civil, misma que ya no está vigente para los procedimientos iniciados posterior a la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, sin embargo, los casos materia de la consulta son frecuentes hasta la actualidad, razón por la cual es importante hacer el siguiente análisis al respecto:

La citación con la demanda por la prensa es una forma extraordinaria de citar a la parte demandada, prevista en la ley, y si se llegare a evidenciar que la citación por la prensa ha sido utilizada como un mecanismo para que la parte demandada no conozca la demanda

como manifiestan los consultantes, las juezas y jueces están en el deber de velar por la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho constitucional a la defensa que tiene la parte accionada, por lo tanto, existiendo el vicio anotado, la o el juzgador tiene en el mismo proceso la obligación de aplicar el artículo 346.4 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el Art. 349 *ibídem*. Por el contrario, si la citación con la demanda a la parte demandada se ha practicado en forma correcta y cumple con los requisitos que exigen las normas legales, la jueza o juez debe pronunciarse resolviendo la litis.

Circunstancia distinta se presenta cuando se ha protocolizado e inscrito en el Registro de la Propiedad la sentencia ejecutoriada que concede la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, sin que la parte demandada haya conocido del proceso porque se le citó por la prensa, pese a existir parentesco o vecindad con la parte actora, en cuyo caso de conformidad con el numeral 1 del Art. 301 del Código de Procedimiento Civil, se considera ejecutada la sentencia, y en tal virtud no habría lugar a la acción de nulidad. Sin embargo, cabe anotar que de acuerdo con el Art. 1 de la Constitución de la República, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, mientras que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, al tenor de los que establece el Art. 169 *ibídem*. Esto significa que la Constitución de la República privilegia los derechos individuales y colectivos, es decir, hace realidad esos derechos, y por consiguiente sus gobernantes, instituciones y autoridades deben estar al servicio del ser humano, deben actuar para que la persona alcance la plena realización de sus derechos fundamentales, y tengamos una sociedad justa.

El Estado constitucional se basa en que los actos públicos y privados están sometidos a la Constitución, incluso la ley y las sentencias, garantizados a través del control de constitucionalidad y el rol activo y creativo de los jueces, en contraposición al pasado Estado meramente legalista. En un Estado de derechos, tanto el Estado como el derecho del que este emana están sometidos a los derechos de las personas que no deben ser vulnerados por acto alguno; pues, es de principio general, recogido por nuestro Código Civil, que es nulo

todo “acto o contrato” a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo “acto o contrato”. Además, nadie puede beneficiarse de su propio dolo o error.

En un Estado de derechos uno de los objetivos es la efectividad de los derechos fundamentales, el paso de la simple consagración formal a un reconocimiento efectivo, útil y garantista que encuentre reflejo de protección por medio de los mecanismos constitucionales creados para tal fin. Este principio general encuentra una manifestación especialmente significativa en el acceso a la administración de justicia, pues una parte nuclear del mismo en un Estado Constitucional de derechos que, además de respetar las garantías establecidas en el desarrollo del proceso, su resultado tenga eficacia en el mundo jurídico, no siendo una manifestación formal y eminentemente declarativa, sino, asegurando que la resolución que pone fin al proceso produzca todos los efectos a que está destinada; sin este elemento, las garantías procesales perderían toda su significación sustancial, ya que serían el desarrollo de actuaciones sin ninguna consecuencia en el aseguramiento de la protección y eficacia de otros derechos, convirtiéndose en una simple declaración, desprovista de significado material dentro del ordenamiento jurídico, en cuanto inoperante para la protección real de los derechos fundamentales de las personas.

Así mismo, el Estado de justicia, se entiende a partir del nuevo diseño de la administración de justicia que convierte a los jueces en creadores de derecho y garantes de los derechos, a quienes corresponde un análisis judicial individual eficiente (justicia restaurativa) y la preeminencia del litigio con incidencia social (justicia distributiva). El Estado de derecho y justicia hace referencia a la obligación estatal de garantizar el acceso formal y material a la justicia.

En virtud de lo todo lo expresado se debe tener muy en cuenta que, al haber vulneración de derechos consagrados en la Constitución, de conformidad con el Art. 11.3 de la Constitución de la República, en relación con el Art. 5 del Código Orgánico de la Función Judicial, procede la aplicación directa de las normas y principios constitucionales que protejan esos derechos, como es el derecho a la defensa, cuando se evidencia que en un proceso ha existido dolo o mala fe

procesal (actitud sancionada por la ley), puesto que las partes y sus abogados tienen la obligación ineludible de observar una conducta ética y actuar de buena fe; por lo tanto, no habiendo en el proceso que generó la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada, esa acción de buena fe procesal y existiendo vulneración de derechos constitucionales, la o el juzgador debe hacer justicia aplicando de forma directa las normas y principios constitucionales que garanticen efectivamente el goce de esos derechos, incluso que se garantice la seguridad jurídica que contempla el Art. 82 de la Carta Fundamental.

Estos criterios basados en normas y principios constitucionales vigentes, también serían aplicables una vez que entró en vigencia el Art. 112.4, inciso tercero Código Orgánico General de Procesos, puesto que así mismo dicha norma legal establece que no procede la acción de nulidad cuando la sentencia haya sido ejecutada o expedida por las salas de la Corte Nacional de Justicia, sin perjuicio de las acciones que prevé la propia Constitución en estos casos.

CONCLUSIÓN

De haberse citado a la parte demandada por la prensa, razón por la cual no tuvo conocimiento nunca del proceso, pese a existir parentesco o vecindad con la parte actora (acto de mala fe procesal), llegando por lo mismo a inscribir la sentencia en el Registro de la Propiedad y quedando ejecutada la sentencia, no habiendo por lo tanto lugar a la acción de nulidad de sentencia; sin embargo de lo cual, se debe tener en cuenta que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, mientras que el sistema procesal es un medio para la realización de esa justicia, lo que implica que los derechos de las personas están por encima de cualquier acto violatorio de derechos constitucionales de las personas. Además, es nulo todo acto que falte los requisitos que la ley prescribe para su validez; tanto más que nadie puede beneficiarse de su propio dolo o error.

4. La o el administrador de justicia puede recabar información relacionada con el dinero que posee el condenado en instituciones financieras para efectos del embargo

CONSULTA

De acuerdo con lo que dispone el Art. 439 del Código de Procedimiento Civil, se plantean la siguiente problemática: “En el proceso de ejecución de la sentencia condenatoria ejecutoriada por infracciones a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, cabe o no que el juez de contravenciones disponga a petición de parte, recabar información con relación al dinero que posee el condenado en las instituciones del sistema financiero, cuando según la disposición citada, le corresponde al acreedor señalar los bienes que deban ser embargados”.

ANÁLISIS

El Art. 439 que mencionan los administradores de justicia, se refiere al Código de Procedimiento Civil, norma que en la actualidad ya no está vigente para los procedimientos que deben ejecutarse conforme al Código Orgánico General de Procesos, por lo tanto, la ejecución de la sentencia deberá efectuarse como manda el Art. 366 y siguientes del COGEP, tomando en cuenta si se trata de obligaciones de dar, hacer o no hacer, y al respecto el Art. 365 *ibídem* dispone: “La o el juzgador tendrá la facultad de acceder de oficio o a petición de parte, a los registros públicos de datos de la o el ejecutado, para recabar información relacionada con sus bienes. Además brindará a la o el ejecutante todo el apoyo y facilidades para la realización de los actos necesarios dentro de la ejecución”. En virtud de esta norma legal, no cabe duda que la jueza o juez tiene facultad de recabar información, de oficio o a petición de parte, que sea necesaria y pertinente para la cabal ejecución de la sentencia.

CONCLUSIÓN

Encontrándose vigente la normativa del COGEP, la o el administrador de justicia si tiene facultad para recabar información necesaria tendiente a la cabal ejecución de la sentencia.

5. Si no se fundamenta el recurso de apelación ni se pide la devolución al juzgado de origen, cabe que se dicte sentencia

CONSULTA

¿En los juicios que suben por apelación si no fundamenta el recurso y tampoco piden que se devuelva al juzgado de origen, es pertinente dictar sentencia sobre lo actuado?

ANÁLISIS

Primeramente, es oportuno establecer que según el Código de Procedimiento Civil, en segunda instancia únicamente los juicios ordinarios tienen trámite, y por lo mismo, la ley establece que se fundamente el recurso de apelación, pues, en los demás juicios se resuelve o dicta sentencia por el mérito de los autos, por lo que no es necesario fundamentar recurso alguno.

En el caso de los juicios ordinarios, si no se fundamenta el recurso y la otra parte procesal pide que se lo declare desierto, así se debe proceder; aclarando que, si quien apeló fundamenta el recurso fuera del término de diez días que concede la ley y la otra parte no solicita la deserción del recurso, la fundamentación es procedente, conforme a la Resolución de la ex-Corte Suprema de Justicia, de fecha 28 de junio de 1989, publicada en el Registro Oficial No. 230, de 11 de julio de 1989. En el caso de que no se fundamente el recurso ni dentro ni fuera de los diez días, la Sala de la Corte no podría de oficio continuar con el trámite del proceso, pues que, pese al principio de celeridad que establece la ley, existen actos procesales que les corresponde actuar únicamente a las partes litigantes de conformidad con el principio dispositivo; en cuyo caso no habrá resolución alguna y podría aplicarse lo que dispone el Art. 245 del COGEP si se cumplen sus presupuestos.

Ya con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, según el Art. 257 el recurso de apelación se debe fundamentar en el término de diez días de notificada la resolución, salvo en materia de niñez y adolescencia que se fundamentará en el término de cinco días; mientras que de acuerdo con el inciso final del Art. 258 *ibídem*, la

apelación y la adhesión no fundamentada será rechazada de plano, teniéndose por no deducido el recurso.

CONCLUSIÓN

Con el Código de Procedimiento Civil, sólo en los juicios ordinario se debía fundamentar el recurso de apelación, en los demás se debe dictar sentencia por el mérito de los autos. Con la vigencia del COGEP si no se fundamenta el recurso en el término establecido, se tendrá como no deducido dicho recurso.

6. Cabe o no desistimiento en los juicios de divorcio por causal

CONSULTA

En las sentencias de divorcio, pese a existir desistimiento, surten efecto no sólo con relación a los ex-cónyuges sino respecto de terceros, por lo tanto se consulta lo siguiente: ¿Es viable o no conceder desistimiento dentro de los juicios de divorcio por causal?.

ANÁLISIS

Por cuanto la consulta se realizó aun estando vigente el Código Procesal Civil, cabe señalar que los efectos del desistimiento eran claros al establecer el desistimiento de la demanda o desistimiento de la instancia o recurso. En el primer caso, cuando se desistía de la demanda, las cosas volvían al estado anterior; en cambio, en el desistimiento de la instancia o recurso, quedaba ejecutoriado el auto o resolución de que se reclamó. En tal virtud, las normas que tratan del desistimiento no hacían excepción alguna, y por lo mismo, una vez que se cumplían los requisitos de procedencia y no se encontraba en los casos de prohibición que establecía el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, no existía razón jurídica alguna para denegar el desistimiento en los juicios de divorcio por causal, ya sea de la demanda, de la instancia o recurso.

Según el Código Orgánico General de Procesos, el desistimiento es una de las formas extraordinarias de conclusión del proceso. Igualmente, en cualquier estado del proceso antes de sentencia de primera instancia puede la parte actora desistir de su pretensión, cuyo

efecto es que las cosas vuelven al estado anterior y no puede volver a presentar nueva demanda. Pero, también se puede desistir del recurso o de la instancia mientras no se dicte sentencia definitiva (se refiere a la segunda instancia), en cuyo caso queda en firme la providencia o resolución impugnada, salvo que la otra parte también haya recurrido.

CONCLUSIÓN

En los juicios de divorcio por causal cabe el desistimiento de la pretensión, del recurso o de la instancia; pues, lo que no cabe es desistimiento de la pretensión, del recurso o de la instancia, una vez que se haya dictado sentencia en primera o segunda instancia.

7. Cabe otorgar mayor término para justificar imposibilidad de determinar la individualidad o residencia de la o el demandado

CONSULTA

¿La jueza o juez puede otorgar un término mayor a los tres días que dispone el Art. 69 del Código de Procedimiento Civil, para que la parte actora demuestre documentadamente su afirmación de que es imposible determinar la individualidad o residencia de quien va a ser citado?

ANÁLISIS

No era procedente que la o el juzgador conceda un término mayor al establecido en el Art. 69 del Código de Procedimiento Civil (actualmente derogado), para que la parte actora justifique documentadamente la imposibilidad de establecer la individualidad o residencia de quien va a ser citado, puesto que al tratarse de un término legal, sólo se puede hacer lo que la ley dispone, salvo que las partes lo soliciten conjuntamente conforme al Art. 314 *ibídem*. Si la demanda contiene la declaración con juramento de que es imposible determinar la individualidad, el domicilio o residencia de la o el demandado y que se han efectuado todas las diligencias necesarias para ubicar a quien se pide citar, dicha demanda reúne los requisitos de ley y debe ser calificada, pero si la jueza o juez considera procedente, además disponer que se presenten los justificativos para la citación a la parte

demandada por la prensa, el término que conceda ya no es un término legal sino judicial, por lo tanto, puede ser mayor a los tres días que señala la norma legal citada.

En los artículos 75 y 76 del Código Orgánico General de Procesos también se establecen los términos legal y judicial, consecuentemente, si es la o el juzgador quien otorga un término para un determinado acto o diligencia, se trata de un término judicial no legal, y por lo mismo, puede ser el necesario para cumplir el mandato o diligencia; lo que es inalterable e irrenunciable es el término legal.

CONCLUSIÓN

El término legal no se puede alterar o cambiar, pero el término judicial debe ser el necesario para cumplir el mandato o la diligencia judicial.

8. Valor de la información sumaria

CONSULTA

¿Qué valor probatorio corresponde a la información sumaria que prueba el mal estado de los bienes del deudor, en el juicio ejecutivo?

ANÁLISIS

Por sumario se entiende el procedimiento sumamente restringido ante la necesidad de una resolución rápida de determinado asunto, o como dicen algunos autores, por la escasa importancia de la cuestión debatida. También se considera como la investigación que, por la naturaleza o calidad del negocio, hace el juez brevemente y sin las solemnidades que se observan regularmente en las demás informaciones jurídicas.

Se tiene en cambio por información a la versión que se dé por parte de quienes conocen determinados hechos. En consecuencia, información sumaria es una actuación escrita que sirve para justificar ciertos hechos o acontecimientos que establece la propia ley, conforme estatuye el Art. 64.4 del Código de Procedimiento Civil, en cuyo caso no se necesita citación previa al tenor de lo que dispone Art. 119 *ibídem*.

2.- En nuestro Derecho Civil y Procesal Civil se requiere de información sumaria para los casos de los Arts. 674, 695, 812 y 717 del Código de Procedimiento Civil., así como de los Arts. 133 y 1619 del Código Civil, a más de los casos que establecen otros cuerpos legales. En el juicio ejecutivo como tal no se requiere de información sumaria para probar el mal estado de los bienes del deudor, porque este proceso se sustancia con el título ejecutivo que se debe acompañar a la demanda; es por lo tanto, para la procedencia de las providencias preventivas (Art. 897 C.P.C) que pueda una persona solicitar antes de presentar la demanda o en cualquier estado del juicio, como el secuestro o la retención, que se necesita justificar que los bienes del deudor se hallan en tal mal estado que no alcanzaría a cubrir la deuda, o que puedan desaparecer u ocultarse, o que el deudor trate de enajenarlos. Aunque el Art. 899, numeral 2 del Código Adjetivo Civil no establece expresamente como requisito la información sumaria para demostrar tales hechos, en la práctica con este instrumento se prueba los mismos.

3.- En tal virtud, la información sumaria que es de jurisdicción voluntaria no tiene valor probatorio respecto de lo que es materia del litigio en el juicio ejecutivo, perteneciente a la jurisdicción contenciosa; es decir, no tiene valor de prueba por cuanto no se practica con notificación a la parte contra quien se pretende hacer valer, para que pueda contradecir oportunamente, y en este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 204. Quito, 21 de septiembre de 2004).

CONCLUSIÓN

La información sumaria que es de jurisdicción voluntaria no tiene valor probatorio respecto de lo que es materia del litigio en el juicio ejecutivo, solo tiene valor para las providencia que se solicitare.

9. Quién es el juez competente en razón de la materia para conocer la acción de nulidad del reconocimiento voluntario de hija o hijo

CONSULTA

Con sustento en lo que dispone el Art. 250 del Código Civil que dice: “El reconociente podrá impugnar el acto de reconocimiento por vía de nulidad para demostrar que al momento de otorgarlo no se verificó la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez”, y con fundamento en lo que establece el Art. 76 de la Constitución de la República, especialmente en lo relacionado a las garantías básicas de los numerales 1 y 3, así como en los Arts. 233 y 234, numeral primero del Código Orgánico de la Función Judicial, expresa que los asuntos relacionados con la nulidad de los actos están comprendidos en el Libro IV, artículo 1697 y siguientes del Código Civil, por lo tanto fuera del ámbito de las atribuciones previstas para los jueces de la familia, por lo que se consulta: “¿quién es el competente en razón de la materia, el Juez de lo Civil o el Juez de la Familia?”.

ANÁLISIS

Sobre el tema consultado se determina los siguientes criterios jurídicos:

La constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial, al establecer y desarrollar la administración de justicia especializada, han introducido reformas en lo concerniente a la jurisdicción y competencia en materia patrimonial y contractual, así como también en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia.

El Art. 234 del Código Orgánico de la Función Judicial, entre otras atribuciones y deberes, establece que deben conocer y resolver las juezas y jueces de la familia, mujer, niñez y adolescencia; mientras que el Art. 240 del mismo Código determina las atribuciones y deberes de las juezas y jueces de lo civil, y entre otras atribuciones, están las de conocer y resolver en primera instancia los asuntos contenciosos y de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento no está atribuido a otra autoridad.

La acción para impugnar el acto de reconocimiento voluntario de hija o hijo vía nulidad del acto, es un asunto contencioso que no ha sido atribuido a las juezas y jueces de familia, mujer y adolescencia, por lo que de acuerdo a la materia que corresponde conocer y resolver en estos casos y, en base al principio de especialidad que contempla la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial, analizaremos si es de competencia de los jueces de familia o de los jueces de lo civil.

El Art. 250 numeral 2, incisos segundo y tercero del Código Civil, establecen: "...El reconociente podrá impugnar el acto de reconocimiento por vía de nulidad para demostrar que al momento de otorgarlo no se verificó la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez".

"La ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido, no constituye prueba para la impugnación de reconocimiento en que no se discute la verdad biológica".

Así mismo de conformidad con el Art. 1461 del Código Civil, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

1. Que sea legalmente capaz;
2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio (error, fuerza, dolo);
3. Que recaiga en un objeto lícito; y,
4. Que tenga una causa lícita.

Esto implica que en el acto de reconocimiento no habría la condición de voluntario, si dicho acto se encuentra viciado o tiene causa u objeto ilícito, o ha sido realizado por persona capaz, casos en los cuales el acto de reconocimiento carece de validez por no existir los requisitos indispensables exigidos por la ley. Como podemos apreciar, lo que se debe demostrar en estos juicios no es materia de familia, mujer, niñez y adolescencia.

El Art. 48, inciso tercero, de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, dispone que el reconocimiento puede ser impugnado y se estará a lo dispuesto en el Código Civil, es decir, lo relacionado con los requisitos necesarios para que los actos y declaración de voluntad sean válidos, contemplados en el Art. 1461 y siguientes, así como la nulidad del acto y sus causas que determina el Art. 1697, y siguientes, normas que se encuentran en el Libro Cuarto del Código Civil, materia que es de competencia de las y los jueces civiles.

Es importante también señalar que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resolución No. 05-2014, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 346 de 02 de octubre de 2014, resuelve lo siguiente: El reconocimiento voluntario de hijos e hijas tiene el carácter de irrevocable, y que el legitimado activo del juicio de impugnación de reconocimiento es el hijo/a y/o cualquier persona que demuestre interés actual en ello, excepto el reconociente, quien solo puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad del acto, acción que ha de prosperar, en tanto logre demostrar que, al momento de otorgarlo, no se ha verificado la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez...". En esta resolución se deja en claro que la impugnación del reconocimiento voluntario lo puede hacer el hijo o hija o cualquier persona que demuestre interés en ello, menos el reconociente, impugnación que solo se lo puede realizar mediante la acción de nulidad del acto de reconocimiento, a fin de demostrar que dicho acto no fue hecho por persona capaz, que adolece de algún vicio, que no ha recaído sobre un objeto lícito o que el acto no tiene una causa lícita. Pues, por ello el Art. 1697 del Código Civil estatuye que, es nulo todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que le ley prescribe para el mismo acto o contrato; en este caso el acto de reconocimiento voluntario.

Así mismo, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No. 03-2014, publicada en el Registro Oficial No. 295, de 23 de julio de 2014, resuelve que la competencia corresponde a las juezas y jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia para el reconocimiento y resolución de las acciones por negativa a la inscripción tardía de nacimientos, matrimonios y defunciones, así como las de

reforma o rectificación y la de anulación de partida de estado civil. Las acciones de reforma o rectificación y de anulación de partida de estado civil, son distintas a la nulidad de acto de reconocimiento voluntario de hija o hijo, ya que en las primeras se mira que la partida de estado civil no cumple con los requisitos de filiación que exige la ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, anulación que puede ser administrativa o judicial, según el caso (Arts. 83 y 84), mientras que en la segunda, se tiene como fundamento los presupuestos del Art. 1461 del Código Civil para demostrar la nulidad del acto de reconocimiento voluntario.

Finalmente, cabe también destacar que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resolución No. 04-2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 513 de 02 de junio de 2015, considera que el Art. 11 del Código Orgánico de la Función Judicial establece el principio de especialidad en la administración de justicia, señalando que "...la potestad jurisdiccional se ejerce por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la competencia".

CONCLUSIÓN

Por cuanto la impugnación del reconocimiento voluntario solo se lo puede realizar mediante la acción de nulidad del acto de reconocimiento, y de acuerdo al principio de especialidad, correspondería a los jueces de lo civil.

10. Cabe o no ordenar la prohibición de enajenar de un vehículo

CONSULTA

En base a lo que disponen los Arts. 421, 422, 426 y 427 del Código de Procedimiento Civil, se manifiesta que las medidas cautelares de prohibición y "embargo" son para los bienes inmuebles, mientras que el secuestro y la retención son para los bienes muebles, razón por la cual se plantea la siguiente inquietud: "¿Debe el administrador o administradora de justicia conceder la medida cautelar de prohibición de enajenar de un vehículo pese a ser un bien mueble?"

ANÁLISIS

En términos generales diremos que las medidas cautelares son aquellas dictadas mediante providencias judiciales, con el fin de asegurar que los derechos puedan hacerse efectivo en el caso de un litigio en el que se reconozca la existencia y legitimidad de ese derecho.

Si bien es cierto que el Art. 126 del Código Orgánico General de Procesos, una vez que entró en vigencia, así como los Arts. 421 como el Art. 900 del derogado Código de Procedimiento Civil, tratan de la prohibición de enajenar bienes inmuebles o raíces, no es menos cierto que la ley no impide que se pueda ordenar la prohibición de enajenar bienes muebles. Al efecto, el Art. 66, numeral 29, letra d) de la Constitución de la República que se refiere a los derechos de libertad, estatuye: “Que ninguna persona puede ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”, mandato éste que tiene relación con lo que dispone el Art. 8 del Código Civil que establece: “A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley” (Negritas son fuera del texto). Lo que sucede es que, para ordenar la prohibición de enajenar se debe justificar necesariamente que los bienes son de propiedad del deudor o demandado, lo cual se puede fácilmente demostrarse con el certificado del Registro de la Propiedad en el caso de los bienes inmuebles, pero en el caso de los bienes muebles resulta bastante difícil, porque en la mayoría de los casos no tienen un registro que acredite la propiedad al ser contratos consensuales que se perfeccionan con la entrega de la cosa; no obstante, en algunos casos como los vehículos si se puede justificar la propiedad con la certificación que otorgue la Comisión Nacional de Tránsito o sus órganos desconcentrados, conforme dispone el inciso segundo del Art. 102 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (hoy incorporada al COIP en canto al procedimiento), en cuyo caso, existiendo petición de parte no hay impedimento legal para ordenar judicialmente la prohibición de enajenar de un vehículo; tanto más que el Art. 234 del Reglamento a la mencionada Ley, establece el registro de la medida cautelar o la prohibición de enajenar vehículos ordenadas por el juez. Por otro lado, las o los administradores de justicia tienen el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva contemplada en el Art. 75 de la Constitución de la República y Art. 23 del Código Orgánico de la Función judicial.

CONCLUSIÓN

Por cuanto en algunos casos, como es el de los vehículos si se puede justificar la propiedad con la certificación otorgada por la Comisión Nacional de Tránsito o sus órganos desconcentrados, es procedente que a petición de parte se ordene la prohibición de enajenar vehículos.

11. Juez o jueza compete para conocer las controversias de los abogados o abogadas y sus clientes por honorarios

CONSULTA

Que existen criterios contradictorios respecto a la interpretación y aplicación del Art. 847 del Código de Procedimiento Civil, puesto que unos jueces radican la competencia del juicio de honorarios ante el juez de lo civil, por considerar que un juez penal carece de competencia conforme al Art. 224 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 27 del Código de Procedimiento Penal, a pesar de que la controversia se suscita en un proceso penal; mientras que otros jueces, han resuelto que la competencia se radica en el mismo juez que tramitó el juicio principal sin importar la materia, debiendo tramitar en cuaderno separado y en juicio verbal sumario, puesto que se considera que la competencia la otorga el Art. 224 No. 8 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 27 No. 10 del Código de Procedimiento Penal.

ANÁLISIS

Cuando aún se encontraba vigente la disposición del Art. 847 del Código de Procedimiento Civil, las controversias entre el abogado y su cliente, se tramitaban en juicio verbal sumario, sin embargo, a partir del 22 de mayo de 2016 en que entró en vigencia íntegramente el Código Orgánico General de Procesos, las controversias relativas a honorarios profesionales (honorarios de todo profesional no solo de abogados), se tramitan y resuelven en procedimiento sumario, cuando la pretensión no sea exigible en el procedimiento monitorio; por lo tanto, a partir de la vigencia del COGEP, ya no se aplica el Art. 847 del Código Procesal Civil.

En razón de que pueden existir causas que se estén tramitando con fundamento en el Art. 847 del Código Adjetivo Civil, por el pago de honorarios y que la consulta se basa en dicha norma, se realiza el siguiente análisis: Se entiende que la “controversia” ocurre en un juicio concreto y ante un juez concreto, ya que de no ser así, para qué la mencionada norma determinaría que: “oirá la jueza o el Juez, en cuaderno separado y en juicio verbal sumario, a la parte contra quien se dirija la reclamación”, sino porque la voluntad de la ley, la intención del legislador, era que se mantenga la necesaria unidad procesal entre el juicio principal y el de honorarios.

Por otra lado, el Art. 41 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador se remite a la disposición procesal objeto de análisis y extiende el derecho para que el abogado pueda reclamar los honorarios, no sólo por patrocinio en juicio, sino también por asesoramiento legal, por intervención en actos y contratos y en gestiones administrativas; y, para que no quede la menor duda sobre la competencia que tiene el juez de la causa principal para conocer también el juicio sobre reclamación de honorarios del abogado por su patrocinio en aquel juicio, dicha norma legal en el inciso segundo establece: “Cuando el honorario que se reclama no fuere causado por patrocinio en juicio, la demanda se presentará conforme al inciso anterior, ante uno de los señores jueces provinciales (hoy jueces de la unidad civil) competentes, según las reglas del Código de Procedimiento Civil, sin consideración a la cuantía ni a la materia”. En consecuencia, el texto de este segundo inciso, nos clarifica totalmente la idea de que, los honorarios causados por patrocinio en juicio, el juez competente es el de la causa principal, y para el reclamo de los honorarios no causados en patrocinio de juicio, el competente es la jueza o el juez de lo civil, competencia que obviamente se radicará por el sorteo respectivo.

Lo expresado se corrobora con lo constante en la sentencia dictada en tercera instancia por la ex-Corte Suprema de Justicia el 6 de septiembre de 1965, publicada en la Gaceta Judicial No. 11, serie X, págs. 3585-3589, cuando en la parte pertinente dice: “...No puede haber la menor duda de la aplicación del trámite señalado en el Art. 917 (hoy 847) del C. de P. Civil, que dice: “Al suscitarse controversia entre el abogado y su cliente por el pago de honorarios, oirá

el Juez en cuaderno separado y en juicio verbal sumario a la parte contra quien se dirija la reclamación” porque es claro el espíritu, propósito y alcance de la disposición transcrita, cuando establece que esta controversia ha de seguirse en cuaderno separado, en juicio verbal sumario, cuaderno separado que presume un juicio principal, cualquiera que hubiera sido su naturaleza y procedimiento...”. “... Propiamente, la disposición invocada se refiere al caso en que no hay acuerdo sobre la cuantía del honorario, no sobre el derecho a percibirlo, que consta del juicio principal en que ha hecho su defensa el abogado demandante”. Así mismo, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex-Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso de casación, en sentencia de fecha 9 de febrero de 2004, publicada en la Gaceta Judicial No. 13, serie VII, Págs. 4214-4215, refiriéndose al tema y en la parte sustancial manifiesta: “...Quedando establecido que el juez competente en el juicio de honorarios causados en el patrocinio de un juicio es aquel que conoce el mismo”.

De igual manera, la sentencia de casación publicada en el Registro Oficial N° 452 del 1 de junio de 1994, en el considerando cuarto dice: “... El demandante en su libelo inicial, (...) al tenor de lo preceptuado en el Art. 862 del Código de Procedimiento Civil (hoy 847), esto es por haberse suscitado controversia entre el Abogado y su cliente, sobre el pago de honorarios, se presenta para que, previa tramitación indicada en aquella norma de Procedimiento Civil, se ordene el pago de esos honorarios, pero lo hace ante el Juez del Trabajo por cuyo motivo, la parte demandada, al contestar a la demanda, opone entre otras excepciones, la de incompetencia del Juzgado en razón de la materia cabalmente porque se quiere dar aplicación al Art. 862 del Código de Procedimiento Civil, y basándose, a la vez en lo que prescribe el Art. 42 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, norma que, igualmente, habla del cobro de honorarios, mediante el procedimiento establecido en el antes artículo 917, ahora, artículo 862 del Código de Procedimiento civil; (...) 3. Se ha dado el trámite como si se tratase de un juicio laboral, sin serlo, (...) arrogándose, por lo mismo, el Juez del Trabajo, competencia, a pesar de que el actor, en su demanda, expresa diáfanoamente que lo que persigue es el cobro de los honorarios pactados con el cliente, y si bien es cierto que en el Art. 862 del Código Adjetivo Civil se indica que “en

cuaderno separado”, el reclamo de tales honorarios se tramitará en juicio verbal sumario, no es menos cierto que no se trata, al referirse al juramento, al deferido del que habla el Art. 569 (590) del Código del Trabajo, que es aplicable únicamente cuando ha existido el nexo jurídico laboral entre las partes y que ha iniciado el consiguiente juicio para el cobro de prestaciones e indemnizaciones de carácter laboral ...”.

En virtud de lo manifestado, hay que tener muy en cuenta que cuando se trata de un incidente respecto de los honorarios, el juez competente es el mismo que conoce el juicio principal, cuyo trámite se dará en cuaderno separado y en juicio verbal sumario. Pero, si se tratara de una reclamación para el pago de honorarios ya establecidos convencionalmente o para determinar el derecho a percibir honorarios profesionales, no cabe aplicar el Art. 847 del Código de Procedimiento Civil.

CONCLUSIÓN

Para la reclamación de los honorarios causados por patrocinio en juicio, el juez competente es el de la causa principal, sin consideración a la materia, en cuaderno separado, y la reclamación para el pago de honorarios establecidos convencionalmente o para determinar el derecho a percibir honorarios profesionales que no sea en un juicio concreto, la competencia es de la jueza o el juez de lo civil, misma que se radicará por sorteo.

12. Juez o jueza competente en los procedimientos de partición entre condóminos

CONSULTA

La partición se encuentra en el Libro Tercero del Código Civil; y, conforme a lo establecido en el Art. 234.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, son atribuciones de las juezas y jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia (...) “sobre las materias del Código Civil comprendidas desde del título del Matrimonio hasta la correspondiente a la Remoción de Tutores y Curadores, inclusive; así como las materias comprendidas en el Libro Tercero de dicho

Código, sin perjuicio de las atribuciones que en éstas materias posean también las notarias y notarios”. Por lo tanto, la consulta está enfocada a quien tiene la competencia en el juicio de partición de condóminos.

ANÁLISIS

En virtud del principio de especialidad, así como en aplicación de las facultades y atribuciones contempladas en el numeral 1 del Art. 234 del Código Orgánico de la Función Judicial, las juezas y jueces de la familia, mujer, niñez y adolescencia son competentes para conocer en primera instancia los procesos de partición sobre los bienes de la sociedad conyugal o unión de hecho y hereditarios, por tratarse de materias comprendidas en los Libros Primero y Tercero del Código Civil.

De otro lado, en aplicación de las facultades y atribuciones constantes en el numeral 2 del Art. 240 del Código Orgánico de la Función Judicial, a las juezas y jueces de lo civil les corresponde conocer y resolver los procesos de partición sobre los bienes comunitarios o indivisos, adquiridos o provenientes de contratos de compraventa, contratos de sociedad civil o mercantil y cuasicontrato de comunidad, que son materias del Libro Cuanto del Código Civil, para lo cual debe observarse las reglas de la partición sucesoria, conforme a los Arts. 2019 y 2213 del Código Civil.

Se aclara que este asunto está siendo motivo de estudio por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia para una resolución.

CONCLUSIÓN

La partición sobre asuntos sucesorios, sociedad conyugal y de unión de hecho serían de competencia de las juezas y jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia y, los asuntos provenientes de contratos de compraventa, contratos de sociedad civil o mercantil y cuasicontrato de comunidad serían de competencia de las o los jueces de lo civil.

13. Notificación o citación del desahucio

CONSULTA

La notificación efectuada hoy en día en los desahucios por transferencia de dominio realizada por los Notarios conforme a los Arts. 31 y 48 de la Ley de Inquilinato, debe ser considerada como citación, pues la norma señala que el inquilino debe ser citado.

ANÁLISIS

La notificación del desahucio significa el aviso que da el arrendador a su arrendatario, en el sentido de que es su voluntad de dar por terminada la relación contractual por la causal en la que funde su pretensión. Este aviso debe realizarse conforme determina la normativa del COGEP que se encuentra vigente. La propia jurisprudencia mencionada por el consultante establece al desahucio como el: "... aviso auténtico por el Juez, que cuando tiene por objeto terminar un contrato de arrendamiento sobre inmuebles urbanos, se lo debe dar en la forma establecida en el Art. 1050 del Código de Procedimiento Civil" (hoy Art. 997 CPC). Sin embargo, el procedimiento de aviso del desahucio que consta en la norma citada del Código de Procedimiento Civil, no está vigente actualmente al tenor de la Disposición Final Segunda del COGEP, puesto que las normas relacionadas con la citación entraron en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial, es decir, desde el 22 de mayo de 2015.

El legislador ha establecido en forma expresa en la ley que la o el notario disponga la notificación de la solicitud de desahucio a la o el desahuciado, según la parte final de la atribución 35 del Art. 18 de la Ley Notarial. Esto se entiende, puesto que al no ser la o el notario un funcionario judicial (jueza o juez) y no tratarse esta notificación de un procedimiento jurisdiccional, no cabe que disponga la citación, sino la notificación; pues, de acuerdo con el Art. 53 del Código Orgánico General de Procesos, "La citación es el acto por el cual se hace conocer a la o el demandado el contenido de la demanda o la petición de una diligencia preparatoria y de las providencias recaídas en ellas". En el caso del desahucio no se trata de una demanda ni petición de diligencia preparatoria, sino de una solicitud de desahucio,

a la que se exige únicamente prueba de la pretensión. Esta solicitud que debe ser notificada por la o el notario, de haber oposición tampoco es necesario citación, puesto que la o el desahuciado en dicho escrito señalará domicilio judicial y correo electrónico, en cuyo caso, la jueza o juez procederá conforme al inciso segundo del Art. 53 del COGEP.

CONCLUSIÓN

El aviso que realiza la o el notario a través del desahucio es una notificación, puesto que la o el notario no es juez, y por lo tanto, no cabe que ordene la citación con dicho aviso; así como tampoco dicha notificación es un procedimiento jurisdiccional.

14. El cobro de tasas elevadas en las notarías para los juicios de divorcio sin hijos menores de edad o bajo dependencia, afecta o no a la gratuidad de la justicia

CONSULTA

“Con relación a las atribuciones exclusivas que se asignó a los notarios, mediante la disposición reformativa Décima Quinta del Código Orgánico General de Procesos, se reformó el artículo 18 de la Ley Notarial que dice: “Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia (...)”; quedando con la reforma, de conocimiento exclusivo para los Notarios, esto significa que los Jueces de Familia debemos inhibirnos de conocer esas causas. Sin embargo existe una negativa de los abogados defensores indicando que las tasas en las notarías para divorcios son muy costosas, y, en donde está la gratuidad de la justicia...”

ANÁLISIS

Al haberse establecido mediante las reformas legales respectivas, las atribuciones exclusivas de las y los notarios, mal pueden en esos caso, ser también competentes los jueces de derecho, caso contrario se diría que igualmente puede un juez elevar a escritura pública un contrato o realizar cualquier otro acto de los otorgados por ley a los notarios. El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y

el ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial; en tanto que los servicios notariales son públicos, cuyas tasas que deben satisfacer los usuarios, son reguladas por el Consejo de la Judicatura, conforme establecen los Arts. 199 de la Constitución de la República y 296 del Código Orgánico de la Función Judicial, consecuentemente, no existe vulneración al principio o norma que contempla la gratuidad de la administración de justicia, puesto que la propia Constitución contempla el pago de tasas al usuario, mismas que son reguladas por el Consejo de la Judicatura en base a la ley.

CONCLUSIÓN

Las tasas por el servicio notarial están establecidas en la Constitución y son reguladas por el Consejo de la Judicatura de acuerdo a la ley, por lo tanto, no hay vulneración al principio de gratuidad para el acceso a la administración de justicia.

Código Orgánico General de Procesos

1. Cabe citar al demandado que no ha sido posible individualizar

CONSULTA

En ciertos juicios de prescripción adquisitiva de dominio, se encuentran tres aspectos importantes que juntos causan problemas al momento de conocer el juicio: 1.- “El bien, fue adquirido por el propietario hace más de 50 años e inscrito en el Registro de la Propiedad; 2.- En la escritura pública de compra venta, consta únicamente un nombre y un apellido del comprador, y se omitió hacer constar su número de cédula; 3.- El Registro Civil certifica que el comprador, cuyo nombre consta en la escritura pública y en el Registro de la Propiedad, no existe. En base a estos antecedentes se realiza la siguiente consulta: ¿Cómo se cita a alguien que no es posible individualizar?

ANÁLISIS

Es obligación de la parte actora señalar los nombres y apellidos completos de la o las personas demandadas en un determinado

procedimiento judicial, conforme establece el numeral 2 del Art. 142 del COGEP, caso contrario, la jueza o juez mandará a completar o aclarar la demanda, y de no hacerlo ordenará el archivo, por lo tanto, es responsabilidad de la parte accionante la individualización de la o las personas que demanda, a fin de que se practique correctamente el acto de citación. El citador por su parte es quien debe cerciorarse que se cite a quien consta como demandado, o en su defecto debe sentar la razón respectiva de que esa persona no existe en el lugar señalado, y por lo mismo no puede citársele. En las escrituras públicas se incorporan como documentos habilitantes las copias de las cédulas de ciudadanía de los compradores y vendedores, documentos en los que se puede verificar si alguno de los contratantes tiene un solo nombre y un solo apellido, y el hecho de que no conste el número de cédula de uno de ellos en la escritura, no es impedimento para que se le cite con la demanda que cumpla con los requisitos de ley, pues, ese hecho puede tratarse de una acción distinta. No es competencia ni facultad de la jueza o juez antes de que se cite a la parte demandada, averiguar si existe o no el demandado en el Registro Civil, puesto que eso se demostrará en el proceso, si quien es demandado alegare que él no es el titular del derecho de dominio y con las pruebas que en el momento oportuno les corresponda anunciar y practicar a las partes de acuerdo al principio dispositivo. La ex-Corte Suprema de Justicia en fallos de triple reiteración determinó que se debe demandar a quien consta como titular del derecho de dominio en el certificado del Registro de la Propiedad, certificado que si debe constar en autos y la o el juzgador cerciorarse de tal hecho.

CONCLUSIÓN

Es obligación de la parte actora de establecer con claridad los nombres y apellido de la parte demandada, esto es, individualizarlo e indicar con precisión el lugar en dónde debe ser citado; en tanto que es obligación del juzgador verificar que se cumpla con los requisitos que exige la ley para que la demanda sea calificada, no le corresponde realizar actos de oficio que son exclusivos de las partes procesales.

2. Abandono en los juicios de concurso de acreedores (insolvencia)

CONSULTA

La mayoría de los procesos de insolvencia se encuentran en estado de abandono, por lo tanto, qué se debe hacer cuando se encuentran abandonados por más de tres años, sin que se hayan impulsado; procede el abandono o no; en el caso de que no proceda, por qué no procede, ya que de este tipo de procesos existen muchos y se encuentran como carga represada en estado activo.

ANÁLISIS

De acuerdo al Art. 247.3 del Código Orgánico General de procesos, no cabe abandono en la etapa de ejecución, consecuentemente, siendo el juicio de concurso de acreedores un proceso de ejecución universal, no es procedente el abandono, y por lo mismo, no se advierte que haya oscuridad de la ley en tal sentido. Por otro lado, respecto del abandono, el inciso tercero del Art. 430 del COGEP dispone: “También se rehabilitará a la o el fallido, persona natural contra quien haya seguido el proceso, si se encuentra en estado de abandono por más de diez años, siempre que no se haya dado antes la declaración de fraudulencia. En este caso se procederá previo aviso al público y las o los acreedores podrán oponerse únicamente con la prueba de que ha continuado el proceso dentro de los últimos diez años o de que exista declaración de fraudulencia de parte de la o del fallido”, lo que significa que no existe otro lapso de tiempo para que se produzca la declaratoria de abandono, pues, transcurrido los diez años opera el abandono del proceso, y como consecuencia de aquello la rehabilitación de la o el fallido, siempre que no se haya declarado antes la fraudulencia, caso contrario, tampoco procederá el abandono y la rehabilitación.

CONCLUSIÓN

Según el Art. 430 del COGEP, si estos juicios se encuentran abandonados por más de diez años, cabe la rehabilitación del fallido, siempre que no haya declaración de fraudulencia; es decir, el abandono se produce cuando han transcurrido más de diez años.

3. Si la situación de los menores fue discutida en una junta de menores y no en la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, causaría o no nulidad

CONSULTA

“Según la derogatoria Única del Código Orgánico General de Procesos, se deroga entre otros artículos el 125 del Código Civil, lo que implica que la situación de los hijos menores de edad procreados en el matrimonio debe resolverse en la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, conforme lo establece el artículo 115 *ibídem*”.

“Si en aquellas causas tramitadas con anterioridad al COGEP a partir del 19 de junio del 2015, en que entró en vigencia la Ley Reformatoria del Código Civil, la situación de los hijos menores de edad fue discutida y/o resuelta en una junta de menores, conforme lo establecía el artículo 125 del Código Civil, hoy derogado, y no en la misma audiencia de conciliación y contestación a la demanda, ¿existiría violación de trámite en razón de la naturaleza de la causa, y por ende la nulidad?”

ANÁLISIS

El Art. 125 del Código Civil, que se refiere a la extinción de la acción de divorcio por ruptura de las relaciones conyugales, fue derogado mediante la Disposición Derogatoria Única de la Ley Reformatoria al Código Civil, publicada en el Registro Oficial 526 de 19 de junio de 2015, por lo tanto, no fue derogado por el Código Orgánico General de Procesos.

El texto del Art. 115 del Código Civil se encuentra vigente, puesto que no ha sido derogado, por lo tanto, en las causas que se tramitan con la normativa o procedimiento anterior a la vigencia del COGEP, si no había conciliación de los litigantes en la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, luego de sustanciar el juicio de divorcio, la jueza o juez antes de dictar sentencia debe convocar a otra audiencia denominada “de menores” para que los padres resuelvan

la situación económica de los hijos menores de edad; en consecuencia, de haberse dado este procedimiento en las causas tramitadas con anterioridad al COGEP a partir del 19 de junio del 2015, en que entró en vigencia la Ley Reformatoria del Código Civil, no existe violación de trámite ni causa de nulidad.

CONCLUSIÓN

En las causas tramitadas con anterioridad al COGEP, en que se haya discutido y arreglado la situación de los menores en una “junta de menores”, no existe violación de trámite ni causa de nulidad.

4. El proceso de inventarios debe tramitarse ante el mismo juez del divorcio o disolución de la sociedad conyugal en cuaderno separado o como incidente de estos procesos

CONSULTA

“...Conforme a los Arts. 113 y 191 del Código Civil, una vez culminado el proceso, debe continuarse con el inventario por cuaderno separado ante el mismo juez que sustanció el divorcio o la disolución de la sociedad conyugal; no obstante hay tendencia a confundir al inventario con el incidente (conexos e inconexos), cuando hay doctrina, jurisprudencia y el Art. 165 numeral 3 del Código Orgánico de la Función Judicial que indica que no es sobre el mismo proceso, porque no cabe modificar la sentencia ejecutoriada y ejecutada. Que esta circunstancia ocurre tanto por los abogados/as que presentan como incidentes como por los jueces/as que se inhiben; lo que requiere reformas claras a fin de evitar procesos nulos que atenten contra la seguridad jurídica”.

ANÁLISIS

El artículo 113 del Código Civil corresponde al párrafo “De la terminación del matrimonio”, del Título “Del matrimonio”; mientras que el artículo 191 *ibídem* corresponde al párrafo “De la disolución de la sociedad conyugal, y de la partición de gananciales”, del título “Obligaciones y derechos entre los cónyuges”. En el Art. 113 existe un mandato expreso en el sentido de que, cualquiera de los cónyuges tiene derecho a solicitar que “en el mismo juicio de

divorcio” se liquide la sociedad conyugal, y que además se fije la cantidad que corresponda a la quinta parte de los bienes del otro cónyuge, cuando aquel carece de lo necesario para su congrua sustentación, salvo que sea el causante del divorcio. Lo que significa que no se trata de otro juicio independiente, sino que en el mismo proceso de divorcio debe continuarse con la liquidación de la sociedad conyugal, siempre y cuando exista pedido de cualquiera de los cónyuges, empezando por mandar a formar el inventario y tasación de los bienes. Se debe tener en cuenta que el procedimiento para el inventario y avalúo de los bienes, por su naturaleza es de jurisdicción voluntaria y sólo se puede volver controvertido en el caso que hayan observaciones a dicho inventario, incluso así lo determina el Art. 341 y siguientes del COGEP; además, la resolución con la que se aprueban los inventarios no controvertidos puede ser un auto interlocutorio, mientras que los inventarios que han merecido observaciones se vuelven controvertidos y se los aprueba en sentencia, por lo tanto, no puede haber modificación de la sentencia de divorcio ejecutoriada y ejecutada, puesto que la sentencia dictada en el juicio de divorcio disuelve únicamente el vínculo matrimonial. Sobre el tema de consulta, la ex-Corte Suprema de Justicia, en varias oportunidades se ha pronunciado sentando los siguientes criterios jurídicos:

“Indudablemente que, por el ministerio de la ley, dentro del mismo juicio de divorcio se pueden inventariar los bienes pertenecientes a la extinta sociedad conyugal, y después liquidarse”. Entonces, por expreso mandato establecido en el Art. 112 del Código Civil (hoy 113), en relación con el Art. 195 ibidem, la liquidación debe producirse en el mismo juicio de divorcio. Eso es, el juez del divorcio tiene jurisdicción, y por tanto competencia privativa para conocer sobre la liquidación, objetivo final que se propone la actora en este juicio, supuesto que lo anunció en su primera petición. TERCERO.- De ahí que, en casos como en el presente sea indispensable una solución de continuidad en la siguiente forma: divorcio, inventario, liquidación de la sociedad conyugal. Lo cual no puede producirse, en la forma que ha sido planteada la demanda, ante Juez diferente de aquel que dictó la sentencia de divorcio; y, peor todavía con las verdaderas violaciones de procedimiento, cometidas por el Juez de Origen”.

Gaceta Judicial. Año LXXXV. Serie XIV. No. 7. Pág. 1719. (Quito, 2 de octubre de 1984)

En el mismo sentido se ha pronunciado en otro fallo, cuyo texto es el siguiente:

“c) en el Art. 7o. de las mencionadas reformas se dispone también que, cuando el divorcio debe ser declarado por sentencia judicial, en el mismo juicio la mujer tendrá derecho a solicitar se liquide la sociedad conyugal y se fije la cantidad que se le ha de entregar en razón de esa quinta parte. Aunque las palabras “en el mismo juicio” origina alguna confusión, no se la puede entender en el sentido de que esto se ha de verificar en el mismo trámite sumario que declara el divorcio, sino el mismo proceso, ante el mismo Juez; pues, dada la naturaleza de la sociedad conyugal, sería absurdo liquidarla antes de que se disuelva”.

Gaceta Judicial. Año LI. Serie VII. Nro. 3. Pág. 251 (Quito, 1 de Julio de 1946)

Esta última resolución transcrita se hace una interesante aclaración, cuando dice que la liquidación de la sociedad conyugal no se debe entender que es en el mismo juicio, es decir, conjuntamente con el trámite del divorcio, sino en el mismo proceso, lo que implica que la liquidación de la sociedad conyugal debe tramitarse luego de la sentencia de divorcio, pero en el mismo proceso y ante el mismo juez, si alguno de los cónyuges así lo solicita.

Cabe tener en cuenta que, de acuerdo con el Art. 139 del Código Civil, por el hecho del matrimonio celebrado conforme a las leyes ecuatorianas, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges; mientras que al tenor de lo que establece Art. 189 *ibídem*, la sociedad conyugal se disuelve: 1) Por la terminación del matrimonio; 2) Por sentencia que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; 3) Por sentencia judicial, a pedido de cualquiera de los cónyuges; y, 4) Por la declaración de nulidad del matrimonio. Por lo tanto, cuando existe sentencia de divorcio, se disuelve tanto el vínculo matrimonial como la sociedad conyugal (sociedad de bienes); mientras que al

producirse la disolución de la sociedad conyugal, subsiste el vínculo matrimonial, es decir, no se disuelve el matrimonio. En el primer caso, generalmente existe un apremio económico de quien se queda a cargo de los hijos, que casi siempre es la madre, hasta que se fije una pensión alimenticia; en tanto que, en el segundo caso, esto es, en la disolución de la sociedad conyugal, que solo se refiere a la separación de bienes, se mantiene el vínculo matrimonial, y en la mayoría de los casos, la manutención de los hijos y del hogar no sufre alteración alguna. Estas son las razones por las que al producirse el divorcio, y a consecuencia de ello también la disolución de la sociedad conyugal, la liquidación de ésta pueda solicitarse en el mismo proceso (juicio), incluyendo la fijación de la quinta parte a que tiene derecho de los bienes del otro cónyuge, aquél que carece de lo necesario para su congrua sustentación, salvo que sea el causante del divorcio.

CONCLUSIÓN

De conformidad con el Art. 113 del Código Civil que se encuentra vigente, la liquidación de la sociedad conyugal no se debe entender que es en el mismo juicio, es decir, conjuntamente con el trámite del divorcio, sino en el mismo proceso, luego de la sentencia de divorcio, pero en el mismo proceso y ante el mismo juez, si alguno de los cónyuges así lo solicita. Esto no impide que se accione en procedimiento independiente, tanto más que en la actualidad según el COGEP, el inventario es de procedimiento voluntario y sólo si hay oposición se sustanciará en el sumario.

5. COGEP norma supletoria del COIP

CONSULTA

“Con la derogatoria del Código de Procedimiento Civil, no existe norma procesal que permita resolver los pedidos de aclaración y ampliación de sentencias, por lo cual no sería aplicable el Art. 253 del COGEP, ni su Disposición Reformatoria Primera.” La Disposición General Primera del Código Orgánico Integral Penal, establece una regla de supletoriedad, ya que determina que en lo no previsto en el COIP, se deberá aplicar el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código de Procedimiento Civil, de ser aplicables con la naturaleza

del proceso penal acusatorio oral; consecuencia de aquello, cuando las partes procesales solicitaban aclaración o ampliación, la base legal era el Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, norma que se encuentra derogada por el COGEP.

ANÁLISIS

El tema se lo tratará desde la visión histórica, y es así que desde la entrada en vigencia el COGEP, esto es, el 23 de mayo del 2016, rige su Disposición Reformatoria Primera, que señala: *“En todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, sustitúyase en lo que diga: 1. “Código de Procedimiento Civil”; “Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” y “Ley de Casación”, por “Código Orgánico General de Procesos”.* (...)

El 23 de septiembre del 2016, la Corte Nacional de Justicia, emite la RESOLUCIÓN No. 04-2016, Suplemento del Registro Oficial No. 847; sobre la duda en relación a la Disposición General Primera del Código Orgánico Integral Penal, una vez entrado en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, resolviendo:

“ARTÍCULO ÚNICO.- En lo no previsto en el Código Orgánico Integral Penal, se deberá aplicar de manera supletoria lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial y en el Código Orgánico General de Procesos, si es aplicable con la naturaleza del proceso penal acusatorio oral. En materia penal esta regla será aplicable a todo proceso que se encuentra actualmente en sustanciación”.

Finalmente en el Art. 253 del COGEP, se describe los escenarios aplicables a los recursos horizontales de aclaración y ampliación, en los siguientes términos: *“La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.”*

CONCLUSIÓN

Al existir resolución general y obligatoria del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, desde la entrada en vigencia del Código Orgánico

General de Procesos, deberá ser observado como norma supletoria por defecto del Código Orgánico Integral Penal.

Por lo que, para resolver sobre la aclaración y ampliación de sentencias en juicios penales en trámite, se aplicarán las normas del COGEP.

6. Término para interponer el recurso extraordinario de casación

CONSULTA

Existen criterios contradictorios en la interpretación del inciso tercero del artículo 266 del COGEP, puesto que en la Corte Provincial del Guayas se admiten los recursos tomando en cuenta el término de 13 días, mientras que en otras cortes como la de Pichincha, lo admiten tomando en cuenta el término de 10 días, por lo que elevan en consulta al Plano de la Corte Nacional de Justicia para que se aclare esta duda con un criterio unificador.

ANÁLISIS

De acuerdo a lo que establece el inciso tercero del Art. 266 del Código Orgánico General de Procesos, el recurso de casación se lo debe interponer dentro del término de diez días posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niega o acepta su ampliación o aclaración. Es decir, debemos primeramente determinar cuándo se ejecutaría un auto o sentencia.

Al respecto, la doctrina considera que existe sentencia ejecutoriada cuando ya no admite recurso judicial alguno, y produce además el efecto jurídico de cosa juzgada; es decir, la consecuencia jurídica de la ejecutoria de la sentencia o auto definitivo es la cosa juzgada, que es la calidad que adquieren las sentencias o resoluciones definitivas de los jueces, cuando se han agotado todos los recursos destinados a impugnarlas, y se tornan irrevocables. La sentencia implica un mandato, que cuando adquiere la autoridad de cosa juzgada, se torna inmutable.

Por lo tanto, resulta importante definir lo que constituye cosa juzgada, y en específico cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La

cosa juzgada formal es aquella que implica la imposibilidad de que una determinada resolución judicial sea recurrida, es decir, la improcedencia o cierre de los recursos procesales contra ella; en cambio, la cosa juzgada material, es aquella que implica la inatacabilidad de la sentencia a través de un nuevo juicio, eliminando por lo tanto la posibilidad de cualquier modificación o alteración de la resolución que es objeto de la cosa juzgada.

De lo expresado se denota una cierta relación entre la sentencia ejecutoriada y la cosa juzgada formal, pues, como vemos, la sentencia ejecutoriada es aquella que no admite recurso judicial alguno, en tanto que la cosa juzgada formal implica la imposibilidad de que la resolución judicial sea recurrida, o sea, en los dos casos se entiende que no cabe recurso judicial alguno, desde luego se refiere a recursos ordinarios, no recursos extraordinario como el de casación. De allí que el Art. 99 del COGEP establece que las sentencias y autos interlocutorios pasarán en autoridad de cosa juzgada en los siguientes casos:

1. Cuando no sean susceptibles de recurso;
2. Si las partes acuerdan darle ese efecto;
3. Si se dejan transcurrir los términos para interponer un recurso sin hacerlo; y,
4. Cuando los recursos interpuestos han sido desistidos, declarados desiertos, abandonados o resueltos y no existen otros previstos por la ley.

En tal virtud, una sentencia o auto interlocutorio se ejecutaría si dentro del término de tres días de notificada por escrito, no se ha presentado recurso alguno, y en tratándose de sentencia o auto interlocutorio en segunda instancia si no se ha presentado recurso horizontal de ampliación o aclaración, o si presentado alguno de estos recursos, se niega o acepta la ampliación o aclaración solicitada. De ahí que según el Art. 100 del COGEP, una vez pronunciada y notificada una sentencia, no se la puede modificar en parte alguna, pero se la puede aclarar o ampliar a petición de parte, dentro del término que establece el Código, término éste que de acuerdo al Art. 255 *ibídem* es de tres días siguientes a la notificación.

Ahora bien, el Art. 255 del Código Orgánico General de Procesos, se refiere a las resoluciones dictadas fuera de audiencia, en cuyo caso la petición de aclaración o ampliación se lo debe hacer por escrito dentro del término de tres días, por lo que se entiende que en cambio las resoluciones dictadas en audiencia, la petición de aclaración o ampliación se lo debe realizar en la misma audiencia y serán resueltas de inmediato. Pero, al tratarse de resoluciones de fondo o de mérito en un determinado procedimiento, en la audiencia lo que se dicta es el veredicto, tomando en cuenta los parámetros del Art. 94 del COGEP, puesto que la sentencia debidamente motivada se expide fuera de audiencia para ser notificada por escrito en el término de hasta diez días, y por lo tanto, según el inciso tercero del Art. 250 del Código Orgánico General de Procesos, los términos para la impugnación de las sentencias y autos definitivos no dictados en audiencia correrán a partir de la notificación por escrito, razón por la cual, según el último inciso del Art. 255 del mismo cuerpo legal, en caso de solicitarse aclaración o ampliación de la sentencia o auto definitivo, los términos para interponer los recursos que procedan, correrán desde el día siguiente al de su notificación, cuyo texto tiene relación con lo que establece el Art. 79 del COGEP, que en la parte pertinente establece: "...Para la interposición de recursos, los términos se contarán a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito".

En conclusión, dictada y notificada por escrito la sentencia o auto interlocutorio en segunda instancia, cabe que dentro del término de tres días se planteen recursos horizontales de ampliación o aclaración, y una vez resuelta la ampliación o aclaración solicitada, comenzará a correr el término de diez días para la interposición del recurso extraordinario de casación, según el inciso tercero del Art. 266 del COGEP; pero también puede suceder que no se pida ni ampliación ni aclaración de la sentencia o auto que se dicte en segunda instancia, en cuyo caso el término de diez días para la interposición del recurso de casación se deberá contar una vez que hayan trascurrido los tres días desde la notificación de la sentencia o auto por escrito conforme al numeral 3 del Art. 99 del Código Orgánico General de Procesos (se ejecutaría).

CONCLUSIÓN

Los criterios expresado en la respuesta coinciden con la Resolución No. 11-2017, de fecha 26 de abril de 2017 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, por la que resuelve que el recurso extraordinario de casación se interpondrá dentro del término de diez días desde que se ejecutoria el auto o sentencia, esto es, vencido el término para interponer los recursos de aclaración o ampliación, sin haberlo hecho, o si se interpuso estos recursos, los mismos hayan sido resueltos, en cuyo caso los diez días correrán desde la notificación del auto que niegue o acepte la ampliación o aclaración.

7. Cuando se embargue dinero debe o no intervenir un agente de la Policía Nacional, el depositario judicial designado y elaborarse el acta respectiva

CONSULTA

Teniendo como antecedente lo que disponen los Arts. 387, 388 y 391 del Código Orgánico General de Procesos, así como la Disposición Transitoria Segundo del COGEP y el Art. 1007 del Código de Procedimiento Civil, la institución financiera (banco) consulta lo siguiente: "...si tratándose de embargo de dinero de nuestros clientes es procedente requerir la participación de un agente de la Policía Nacional y del Depositario Judicial designado, así como el levantamiento de la correspondiente acta por la realización de la diligencia de embargo?".

ANÁLISIS

En cuanto a la práctica del embargo, el Art. 387 del COGEP establece las funciones de la Policía Nacional en el embargo, cuando dispone: "La policía Nacional ejecutará el embargo dentro del término señalado por la o el juzgador. La o el juzgador podrá disponer: ...4. La aprehensión de bienes objeto del embargo...". Por otro lado, el Art. 314 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: "Las depositarias y los depositarios judiciales intervendrán en los embargos, secuestro de bienes y otras medidas legales y se harán cargo de éstas en la forma que conste en el acta respectiva". Así mismo, el Art. 388 del Código Orgánico General de Procesos, determina la

obligatoriedad de la Policía Nacional (miembro policial) que practique el embargo, levantar un acta de la diligencia de embargo, que será suscrita además por la o el depositario judicial, incluso señala lo que esa acta debe contener, y así mismo la obligatoriedad de que la Policía Nacional, es decir, el o los miembros policiales que practiquen el embargo con la intervención de la o el depositario judicial, tan pronto se extienda el acta de embargo, debe entregarse a la o el juzgador para que se inscriba en el registro correspondiente, cuando tenga que realizarse esta diligencia.

Si bien de acuerdo con el Art. 378 del Código Orgánico General de Procesos, en el embargo de dinero de la o el deudor, la o el juzgador debe ordenar la transferencia o depósito en la cuenta de la judicatura respectiva, sin embargo, debe practicarse el acto del embargo por la Policía Nacional, con la intervención de la o el depositario judicial y levantar el acta correspondiente para que sea suscrita por el miembro policial que practicó el embargo y por la o el depositario judicial que intervino en el mismo, es decir, practicado el acto del embargo como disponen las normas legales señaladas, en el acta de embargo se deberá hacer constar que se realizó la transferencia o depósito a la cuenta de la judicatura, así como los demás datos exigidos por la ley, para que dicha acta sea suscrita por el miembro policial y la o el depositario judicial, acta que debe incorporarse al proceso para constancia de que se practicó el embargo ordenado. En otras palabras, el embargo de dinero no cabe que se practique únicamente mediante una comunicación de la jueza o juez a la institución bancaria, en la que conste que se ha ordenado el embargo y se dispone la transferencia o depósito de cierta cantidad de dinero del deudor o deudora a la cuenta de la respectiva judicatura, puesto que no habría constancia del acto de embargo, ni se cumpliría lo que en forma expresa disponen los Arts. 387 y 388 del Código Orgánico General de Procesos, así como el Art. 314 del Código Orgánico de Función Judicial.

Es importante también destacar que embargo es la declaración judicial por la que determinados bienes o derechos de contenido o valor económico quedan afectados o reservados para extinguir con ellos una obligación pecuniaria ya declarada, y en tratándose de embargo

de dinero, éste se realiza mediante la aprehensión como dispone el Art. 378 del COGEP, término que entre otros significados implica prendimiento, sujeción, captura física de lo ordenado en el embargo, y esta aprehensión lo practica únicamente la Policía Nacional conforme al Art. 387 numeral 4 *ibídem*, consecuentemente, no se podría practicar una aprehensión de dinero simplemente con la comunicación de la orden de embargo con la disposición de transferencia o depósito a la cuenta de la judicatura. Cuando la norma establece que si se aprehende dinero el juzgador ordenará que sean transferidos o depositados en la cuenta de la judicatura respectiva, significa que ese dinero no será entregado al depositario como en otros casos de embargo, sino que el dinero aprehendido debe transferirse o depositarse en la cuenta de la judicatura, y así debe constar en el acta respectiva como ya quedó analizado.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con las normas del Código Orgánico General de Procesos y el Código Orgánico de la Función Judicial, en la práctica de embargo de dinero debe intervenir la Policía Nacional para ejecutar el embargo, así como el depositario judicial designado, levantándose una acta que será suscrita por el miembro policial y el depositario judicial, dinero que debe luego transferirse a la cuenta de la Judicatura.

8. En la declaración de parte puede la contraparte formular preguntas o rendir el testimonio a través de un interrogatorio del abogado del declarante?

CONSULTA

Según el Art. 187 del Código Orgánico General de Procesos, “Declaración de parte es el testimonio acerca de los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho rendido por las partes. La declaración de parte es indivisible en todo su contenido, excepto cuando exista otra prueba contra la parte favorable del declarante”. Surge la inquietud al ser un testimonio, puede la parte contraria formular preguntas, o debe rendir su testimonio a través de un interrogatorio que formule el abogado defensor del declarante?

ANÁLISIS

Al estar la declaración de parte dentro del capítulo de la prueba testimonial, significa que se la tiene que practicar de acuerdo a las reglas generales establecidas para la prueba testimonial. Es decir, se lleva a cabo mediante interrogatorio de quien la propone y el conainterrogatorio de la contraparte, dentro de audiencia.

El Art. 188 del Código Orgánico General de Procesos dispone: “La declaración de parte se practicará en la audiencia de juicio, salvo que se trate de una declaración urgente conforme con lo dispuesto en este Código”. Esto implica que la declaración de parte se la practicará oralmente en la audiencia de juicio, debiendo realizar el interrogatorio en forma oral la parte que anunció como prueba dicha declaración, y el conainterrogatorio de la otra parte procesal o de terceros aceptados en el juicio. En conclusión, por el principio de contradicción, la contraparte puede formular el conainterrogatorio en forma oral en la audiencia a quien rinde la declaración de parte.

CONCLUSIÓN

La declaración de parte se llevará a cabo en audiencia, mediante interrogatorio de quien la propone y el conainterrogatorio de la contraparte.

9. Procedimiento para la declaratoria de interdicción provisional

CONSULTA

“La interdicción de una persona tiene el procedimiento sumario contemplado en el Art. 332.5 del COGEP, en este caso el peticionario debe adjuntar la pericia donde tiene el diagnóstico para declarar o no la interdicción, según el Art. 142.7 del COGEP? o el juez debe ordenar la práctica de la pericia con dos facultativos de su elección en aplicación al Art. 225 del COGEP?. El Código Civil en el Título XXIII, establece las reglas especiales relativas a la curaduría, y señala que el juez debe decretar la interdicción provisional oídos los parientes y hecho el reconocimiento del supuesto demente. Es decir el usuario debe solicitar en procedimiento sumario la interdicción provisional y luego de cumplido lo señalado en el Art. 468 del Código Civil, solicitar en procedimiento sumario la interdicción definitiva?”

ANÁLISIS

El Art. 332 del Código Orgánico General de Procesos establece lo siguiente: “Se tramitarán por el procedimiento sumario: ...5. Las controversias relativas a incapacidades y declaratoria de interdicción y guardas...”. Esto implica que la declaratoria de interdicción sin lugar a dudas se debe tramitar en el procedimiento sumario. Por lo tanto, conforme al procedimiento establecido por el COGEP para el sumario, la audiencia única debe efectuarse en dos fases: la primera de saneamiento, fijación de los puntos de debate y conciliación, y la segunda, de prueba y alegatos.

Por otro lado, el Art. 467 del Código Civil dispone: “Mientras se decide la causa, podrá el juez, a virtud de los informes verbales de los parientes o de otras personas, y oídas las explicaciones del supuesto disipador, decretar la interdicción provisional”. Esta norma legal que trata sobre las reglas relativas a la curaduría del disipador, ebrio consuetudinario y toxicómano, es también aplicable a la curaduría del demente de acuerdo con el Art. 483 del propio Código Civil. En consecuencia, como estas disposiciones no están en contradicción con las normas del COGEP, son aplicables a las curadurías, y por lo mismo, con la diligencia preparatoria o el informe médico que la o el demandante haya realizado en forma particular de la nómina de peritos del Consejo de la Judicatura, o en virtud de los informes verbales de los parientes o de otras personas, una vez oídas las explicaciones de quien se pide sea declarado interdicto, la jueza o juez decretará la interdicción provisional, mientras se decide la causa, auto que debe ser inscrito en el Registro de la Propiedad, y además debe notificarse al público por un periódico de la ciudad o el cantón, en caso de haberlo, y por carteles que se fijarán al menos, en tres de los parajes más frecuentados de la ciudad o cantón, como manda el Art. 468 *ibídem*.

Queda igualmente claro que, mientras se decida la causa en el procedimiento sumario sobre la interdicción demandada, en base a las pruebas que se aporten, la jueza o juez debe declarar la interdicción provisional y obviamente la designación del curador provisional, auto que se ordenará la inscripción en el Registro de la Propiedad, y la notificación al público mediante la publicación en un periódico,

conforme se establece en el párrafo anterior. Estos actos se resolverán y dispondrán en audiencia, previo a la convocatoria de la audiencia única del procedimiento sumario.

El fundamento legal para que proceda la convocatoria a una audiencia previa para la declaratoria de la interdicción provisional, lo tenemos en el último inciso del Art. 87 del COGEP que textualmente dice: “Si la o el juzgador dispone de oficio la realización de una audiencia la proseguirá debiendo resolver lo que corresponda conforme con el objeto para el cual la convocó”. Además de que la norma legal señalada permite de oficio la realización de una audiencia con un objetivo determinado, la Corte Nacional de Justicia ha establecido ya un precedente en la Resolución No. 10-2016, de fecha 21 de diciembre de 2016, en la cual se establece una audiencia previo a la convocatoria de cualquier otra audiencia, según el tipo de proceso, con la finalidad específica de escuchar al niño, niña o adolescente, para que opine sobre el curador/a que le represente; esta audiencia previa si bien no está contemplada en el COGEP, se considera necesaria para el ejercicio del derecho del niño, niña o adolescente, por lo tanto, al tratarse de asuntos de familia tanto la designación del curador/a que represente al menor de edad como la declaratoria de interdicción, por analogía y mirando la importancia del caso, cabe proceder de la misma manera en el caso de las curadurías.

CONCLUSIÓN

Para la declaratoria de interdicción, de conformidad con el Art. 467 del Código Civil, mientras se decida la causa en el procedimiento sumario, únicamente con los informes verbales de los parientes u otras personas, o con el informe médico que el demandante haga con un perito médico especializado de la nómina del Consejo de la Judicatura, y que se adjunte a la demanda, la jueza o juez puede convocar a una audiencia previa para resolver sobre la declaratoria de la interdicción provisional. De decretarse la interdicción provisional, se ordenará la inscripción en el Registro de la Propiedad y la notificación al público en un periódico, si lo hubiere, y por carteles que se fijarán, al menos en tres, de los parajes más frecuentados. Cumplido lo cual se convocará a la audiencia única del procedimiento sumario, en donde se practicarán las pruebas aportadas, incluso sobre la

oposición en caso de haberla, el reconocimiento del administrador de justicia a quien se pretende declararlo interdicto y la sustentación del informe médico por parte del perito respectivo, para con ello resolver en sentencia la declaratoria o no de la interdicción definitiva, procediendo igualmente como manda el Art. 468 del Código Civil en caso de declaratoria de interdicción definitiva.

10. Forma en la que deben fijarse los carteles en el consulado para la citación en el exterior de quien consta que ha salido del país

CONSULTA

“El Art. 56 numeral 2 párrafo 2 del Código Orgánico General de procesos señala: (...) “Para el caso anterior se adjuntará además la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores que indique si la persona salió del país o consta en el registro consular. Si se ratifique que es así, se citará mediante carteles fijados en el consulado en el que se encuentra registrado” Aquí surge la inquietud, cuantos carteles deben ser fijados, quien debe dar fe que se cumplió con esta diligencia, en qué tiempo debe realizarlo. Aquí también el Ministerio de Relaciones Exteriores debe entregar el certificado de movimiento migratorio ya que eso actualmente entrega el Ministerio del Interior”

ANÁLISIS

Se trata de la citación mediante carteles fijados en el consulado en el que se encuentre registrado quien va a ser citado con la demanda, en consecuencia, es oportuno transcribir lo que al respecto establece el Art. 3 del **“Instructivo para la certificación y citación conforme lo determina el artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos”**, expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, publicado en el Registro Oficial No. 636, de fecha 26 de noviembre de 2015, cuyo artículo 3 textualmente estatuye lo siguiente:

“Art. 3.- Citación en oficinas consulares: Recibida la orden de citación emitida por autoridad competente las Coordinaciones Zonales, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos, remitirán, por cualquier medio, la citación

a la Oficina Consular correspondiente o a la Oficina Consular que tenga jurisdicción en la ciudad donde se habría trasladado el ciudadano al salir del Ecuador.

Las Oficinas Consulares deben publicar la citación en sus carteleras o paneles de difusión ubicados en un lugar visible de sus instalaciones. En caso de que la Oficina Consular cuente con información de contacto como correo electrónico o número de teléfono del ciudadano demandado, se procederá a informarlo de la existencia de esta citación. El Jefe de la Oficina Consular o Cónsul dejarán constancia de lo actuado con un registro fotográfico y remitirá en el término de 3 días una certificación de la diligencia a la Coordinación Zonal respectiva, para que la misma sea entregada a la autoridad competente”.

Como podemos observar, la juez o juez cumple con remitir legalmente el exhorto o carta rogatoria a la oficina consular para la citación de la o el demandado que se encuentre registrado, conforme dispone el Art. 56, numeral, párrafo 2 del COGEP, y es el personal de estas oficinas consulares que debe dar cumplimiento a lo establecido en el mencionado instructivo.

CONCLUSIÓN

La fijación de los carteles para la citación en el exterior de quien ha salido del país, se realiza conforme determina el “Instructivo para la certificación y citación conforme lo determina el artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos”, expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

11. Las o los jueces se abstienen de tramitar la demanda por no presentar el certificado del Ministerio de Relaciones Exteriores en el término de tres días

CONSULTA

En referencia a lo que dispone el Art. 56 del Código Orgánico General de Procesos, la mencionada jueza manifiesta que en la práctica se han presentado varios inconvenientes por cuanto el Ministerio de Relaciones Exteriores no está confiriendo la certificación, a menos

que sea con orden judicial, vulnerado el derecho constitucional de petición, por lo que previamente a calificar la demanda, se requiere a dicho Ministerio la certificación en el que indique si la persona salió del país o consta en el registro consular, lo cual debe ser gestionado por el actor dentro de tres días que tiene para completar la demanda, conforme al Art. 67 del Código de Procedimiento Civil, pero que no se está cumpliendo con el requerimiento por la demora del trámite en el Ministerio de Relaciones Exteriores, lo cual da lugar a que los jueces de instancia tengan que abstenerse de tramitar la demanda; Por lo tanto, es necesario regular este particular, a fin de garantizar la correcta aplicación de las disposiciones legales y por ende la seguridad jurídica de los usuarios.

ANÁLISIS

El Art. 169 de la Constitución de la República dispone: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”. Esta norma constitucional está en relación con lo que establece el Art. 18 del Código Orgánico de la Función Judicial.

De acuerdo con el Art. 56, numeral 2, incisos dos, tres y cuatro del Código Orgánico General de Procesos, para la citación por la prensa a la parte demandada, a más de la declaración de que es imposible determinar la individualidad, el domicilio o la residencia de la o del demandado y que se han efectuado todas las diligencias necesarias, para tratar de ubicar a quien se pide citar de esta forma, se debe también adjuntar la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores que indique si la persona salió del país o consta en el registro consular. Sin la presentación de esta certificación, la jueza o juez no admitirá a trámite la solicitud o demanda, salvo que de manera motivada y de acuerdo con los principios de independencia y responsabilidad decida admitirla a trámite, en uso de la facultad que le concede la misma norma legal en el numeral 2, inciso cuarto; por lo tanto, dicha certificación debe ser obtenida por la parte interesada con anterioridad a fin de ser presentada junto con la demanda. Además, la

citación por la prensa será procedente cuando en la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores conste que la persona a ser citada no ha salido del país, puesto que de haber salido o constar en el registro consular, deberá cumplirse con la fijación de carteles como establece el COGEP.

Sin embargo, si la jueza o juez decide por su cuenta previamente “requerir” al Ministerio de Relaciones Exteriores la certificación (Al requerir no se está mandando a completar la demanda), no cabe exigir que la parte actora gestione en tres días la obtención de dicho documento, pues, se estaría interpretando erradamente el mandato legal, en cuyo caso la o el administrador de justicia debería esperar la contestación del Ministerio al requerimiento que ha realizado y no abstenerse de tramitar la demanda por el hecho de no haber entregado en el término de tres días el documento requerido.

Es importante también señalar que actualmente existe ya el “Instructivo para la certificación y citación conforme lo determina el artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos” expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, publicado en el Registro Oficial No. 636, de jueves 26 de noviembre de 2015, en cuyo artículo 2 numeral 2 se dispone: “El Servicio de Consejería Virtual del Viceministerio de Movilidad Humana, a través de sus funcionarios, procederá a verificar en los sistemas de consulta de información y registro que posee el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana la información solicitada y elaborará la respuesta en la que indique si la persona salió del país o consta en el registro consular ecuatoriano...”.

De igual manera en el numeral 3 del mencionado artículo se establece lo siguiente: “La respuesta será reasignada en el término de 48 horas mediante el sistema Quipux o su equivalente, a la Coordinación Zonal que recibió la solicitud a fin de que el Coordinador Zonal o su delegado procedan a suscribir la certificación correspondiente”.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con el mencionado instructivo ya no es necesario que haya orden judicial para que el Ministerio de Relaciones Exteriores

y Movilidad Humana otorgue la certificación en el que se indique si la persona que va a ser citada por la prensa salió del país o consta en el registro consular, puesto se ha establecido un trámite para dar respuesta a las solicitudes en tal sentido.

12. Procedimiento en el COGEP para los juicios de adoptabilidad y adopción

CONSULTA

Con relación a los juicios de “adaptabilidad” y adopción, tomando en consideración la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, es necesario que se clarifique cuál es el procedimiento a seguir, teniendo en cuenta la naturaleza especial de dichos juicios.

ANÁLISIS

Es importante primeramente aclarar que se trata del procedimiento de “adoptabilidad” no de “adaptabilidad” como dice el consultante, puesto que según el Art. 284, inciso segundo (reformado) del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, una copia del juicio de declaratoria de adoptabilidad se debe incluir a la demanda de adopción. El Art. 1 del Código Orgánico General de Procesos establece que éste Código regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, por lo tanto, no pueden existir procedimientos especiales distintos a los establecidos en dicho Código; más aún que de acuerdo a la Disposición Derogatoria Cuarta del COGEP se derogan las disposiciones de igual o inferior jerarquía que se opongan a lo dispuesto a este Código, por lo tanto, en la actividad procesal los administradores de justicia podrán aplicar las normas de igual o menor jerarquía en beneficio de las niñas, niños y adolescentes, siempre que no se opongan a las disposiciones del COGEP.

Los únicos procedimientos para la actividad procesal que establece el Código Orgánico General de Procesos son: Procedimiento ordinario, sumario, voluntario, ejecutivo y monitorio; además de las diligencias preparatorias y providencias preventivas que tienen su propio trámite.

En cuanto al procedimiento o trámite de los procesos de adoptabilidad y adopción, el Art. 332 del Código Orgánico General de Procesos dispone que, se tramitarán por el procedimiento sumario: "...3. La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes..." (Negrillas son fuera del texto). Cuando este numeral se refiere también a los asuntos previstos en la ley de la materia, se entiende que se trata de los asuntos previstos en el Código de la Niñez y Adolescencia, en donde están inmersos los asuntos de adoptabilidad y adopción, pues, no podría referirse a otra ley, puesto que los alimentos están contemplados en el mismo Código como derecho de alimentos no como una ley aparte. En consecuencia, los asuntos o procedimientos de adoptabilidad y de adopción según esta norma tendrán el trámite sumario, tomando incluso en cuenta que este procedimiento está concebido para ser rápido y eficaz, es decir, una tramitación rápida de los casos en que la naturaleza de la acción requiera esta condición para su eficacia o de ciertos asuntos determinados por el legislador en los que resulta necesario y conveniente una resolución pronta, pero sin omitir principios fundamentales del debido proceso y la seguridad jurídica, que es lo que requieren especialmente los asuntos de los niños niñas y adolescentes; sin embargo de aquello, los administradores de justicia podrían aplicar el procedimiento voluntario en los casos que amerite, cuando sea en beneficio de los niños, niñas y adolescentes, puesto que en este procedimiento, de haber alguna oposición igual pasaría a tramitarse en el procedimiento sumario.

CONCLUSIÓN

El procedimiento para los juicios de adoptabilidad y adopción según el COGEP es el sumario, pudiendo los administradores de justicia aplicar las normas del procedimiento voluntario cuando el caso lo amerite y sea en beneficio de niños, niñas y adolescentes.

13. Cabe declarar el abandono por falta de comparecencia del recurrente a la audiencia en segunda instancia?

CONSULTA

¿Cabe declarar el abandono por la falta de comparecencia de la o el recurrente del recurso de apelación, a la audiencia convocada en segunda instancia conforme señala el Art. 260 del COGEP?

ANÁLISIS

El abandono de que trata el Art. 245 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos, se encuentra dentro del Título III que se refiere a las formas extraordinarias de conclusión del proceso, esto es, del abandono cuando todas las partes que están en el proceso han cesado en su prosecución durante el término de ochenta días. El efecto del abandono en primera instancia es que no se puede volver a presentar nueva demanda sobre lo mismo en ese procedimiento; pero, de acuerdo al inciso final del Art. 249 del COGEP, el abandono en segunda instancia o en el recurso extraordinario de casación, se lo debe tener como desistimiento de la apelación o del recurso de casación, cuyo efecto es dejar en firme la resolución recurrida, es decir, el efecto es diferente; por lo tanto, de acuerdo con el Art. 240 del mismo Código Orgánico General de Procesos, los que no pueden desistir son:

1. Quienes no pueden comprometer la causa en arbitraje;
2. Quienes intenten eludir, por medio del desistimiento, el provecho que de la prosecución de la instancia pudiera resultar a la otra parte o a un tercero.
3. Quienes represente al Estado y no cuenten con la autorización del procurador General del Estado, en los términos previstos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.
4. Quienes sean actores en los procesos de alimentos.

En tal virtud, estableciendo la relación de que el abandono en segunda instancia o en el recurso extraordinario de casación, se lo debe tener como desistimiento, sólo en el caso del proceso de alimentos no pueden desistir los actores, pero en los demás procesos,

al declarar el abandono se entenderá por desistida la apelación o el recurso extraordinario de casación. En consecuencia, debiendo en segunda instancia proceder conforme a las reglas generales para las audiencias previstas en el COGEP, al no comparecer una de las partes procesales a la audiencia, se tienen que aplicar las reglas del Art. 87 del Código Orgánico General de Procesos, es decir, si la parte que apeló no comparece a la audiencia en segunda instancia, se considerará como desistida la apelación y se declarara el abandono del recurso, quedando en firme la resolución apelada, salvo que se trate de un proceso de alimentos y no concurra a la audiencia la o el apelante, en cuyo caso no cabría que se considere como desistida la apelación y se declare el abandono, puesto que hay prohibición legal expresa, por lo tanto, se debería practicar la audiencia con la parte que concurra y resolver lo que corresponda aplicando las sanciones a las que haya lugar conforme al Código Orgánico de la Función Judicial, ya que no se puede suspender una audiencia o dejar de practicarla, a no ser que haya razones de absoluta necesidad o por caso fortuito o fuerza mayor, según el Art. 82 del Código Orgánico General de Procesos.

CONCLUSIÓN

El abandono en segunda instancia o en el recurso extraordinario de casación, se lo debe tener como desistimiento de la apelación o del recurso de casación, cuyo efecto es dejar en firme la resolución recurrida, salvo que se trate de un proceso de alimentos, en cuyo caso no cabe considerar como desistimiento ni declarar el abandono.

14. Si no se ha presentado reconvencción al contestar la demanda, cabe que se lo haga en el desarrollo de la audiencia preliminar

CONSULTA

Tomando en cuenta lo que disponen los Arts. 289, 291 y 294.3 del Código General de Procesos, normas legales que entrarán en vigencia partir del 22 de mayo de 2016, se plantea la siguiente consulta: "...si el actor tiene treinta días para contestar la reconvencción, y, si la reconvencción es presentada en el desarrollo de la Audiencia Preliminar, el Juez de la causa debe conceder, suspendiendo la misma,

igual término para que se conteste la reconvencción, conforme al Art. 291 del COGEP; y, si es procedente que el demandado, no habiendo presentado reconvencción al momento de contestar la demanda, pueda reconvenir al actor en el desarrollo de la Audiencia Preliminar”.

ANÁLISIS

Conforme establecen los Arts. 155 y 291 del Código Orgánico General de Procesos, la o el demandado tiene treinta días para contestar la demanda, por lo tanto, dentro de estos treinta días la parte demandada puede reconvenir a la parte actora, quien a su vez tiene treinta días para contestar la reconvencción, en consecuencia, no puede existir otro momento procesal en que la o el demandado plantee reconvencción, puesto que se estaría contraviniendo lo dispuesto en el inciso final del Art. 291 del propio Código Orgánico General de Procesos, el principio de eventualidad y el derecho a la defensa, ya que la parte actora no tendría el tiempo suficiente en la audiencia preliminar para contestar la reconvencción, lo cual viola lo dispuesto en el literal b), numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República. Además, de existir contradicción entre dos normas jurídicas del mismo rango, se debe aplicar la norma tomando en cuenta uno de los métodos de interpretación constitucional como es la evolutiva o dinámica, esto es, a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarles contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

Del texto del Art. 291 del COGEP se evidencia con claridad que, previo a desarrollarse la audiencia preliminar debe estar ya calificada por la jueza o juez la reconvencción, mandato que no se cumpliría si la o el demandado recién reconviene al momento de fundamentar la contestación a la demanda, vulnerándose el principio de eventualidad o preclusión.

En el procedimiento oral que contempla el COGEP se tiene una etapa o momento para la contestación a la demanda (30 días), lapso de tiempo en el que también puede la parte demandada reconvenir, en cuyo caso la o el juzgador debe conceder el término así mismo de treinta días para que la parte actora conteste la reconvencción, para posteriormente pasar a otra etapa que es la audiencia preliminar, no siendo por

lo tanto lógico ni legal que estando el proceso en una etapa se regrese a la anterior para actuar actos procesales que ya precluyeron.

CONCLUSIÓN

La o el demandado tiene treinta días para contestar la demanda, término dentro del cual puede reconvenir a la parte actora, consecuentemente, no puede haber otro momento procesal en el que la o el demandado plantee reconvenición, puesto que se estaría contravieniendo lo dispuesto en el inciso final del Art. 291 del propio Código Orgánico General de Procesos, el principio de eventualidad y el derecho a la defensa.

15. Si las partes mantienen la inacción del proceso antes y después de la vigencia del COGEP, cuando se debe declarar el abandono

CONSULTA

“a) Si el mandato normativo ordena que se produce el abandono cuando las partes cesan en la prosecución del proceso durante el término de ochenta días, y la resolución 07-2015, en plena concordancia con este mandato, en sus artículos 1 y 2 así lo reconoce; para el evento, si las partes no han actuado en el proceso, en un período anterior a la vigencia del COGEP, y con posterioridad a ella, esto es al 22 de mayo de 2015, han transcurrido más de ochenta días sin que se produzca intervención alguna de parte ¿Procede la declaratoria de abandono?; o, b) A efectos de contar el término para el abandono ¿debemos hacerlo exclusivamente desde la fecha de emisión de las providencias o de la realización de actuaciones procesales que se hayan dado con posterioridad a la fecha en que entró en vigencia el COGEP, según lo establecido en el artículo 3 de la resolución?; lo cual nos lleva a la pregunta también: ¿Qué pasa si las partes, cuya inacción se produce antes de la publicación del COGEP, mantiene su inacción dentro del proceso con posterioridad a su vigencia ¿Cuándo debería declararse el abandono?”.

ANÁLISIS

En los procesos abandonados antes de la vigencia del COGEP y que ya han transcurrido dieciocho meses, procede declarar el abandono

sin esperar que transcurran los ochenta días; en los procesos en los cuales no se ha dado ningún impulso por las partes sin que se haya cumplido dieciocho meses antes de la vigencia del período de abandono establecido por el COGEP, procedería la declaratoria de abandono una vez transcurridos los ochenta días, término que se contará a partir del 22 de mayo de 2015, aplicando para el efecto las normas del Código Orgánico General de Procesos, en la forma que establecen los Arts. 245 y 246, así como el inciso segundo del Art. 3 de la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia; y, si con posterioridad a la vigencia del COGEP se ha dictado providencia o sustanciado el proceso, el término de ochenta días se deberá contar desde el día siguiente de la última notificación de la última providencia recaída en alguna gestión útil para el decurso del proceso o de ser el caso desde el día siguiente de la última actuación procesal.

CONCLUSIÓN

Si han transcurrido 18 meses antes de la vigencia del COGEP, cabe el abandono sin esperar los 80 días; si no se ha impulsado el proceso antes del COGEP pero tampoco se ha cumplido 18 meses, cabe el abandono una vez que ha transcurrido los 80 días; y, si posterior a la vigencia del COGEP se ha dictado providencia, los 80 días se contará de la última notificación de la última providencia recaída en alguna gestión útil.

16. La o el juez como prueba de oficio puede solicitar al perito que incorpore el avalúo real del predio según la plusvalía que haya generado

CONSULTA

“¿Podemos los jueces aplicando el Art. 130.10 del C.O.F.J, solicitar al perito que además de todo lo que solicitan las partes incorpore el avalúo real del predio según la plusvalía que haya generado, el sector donde se encuentra ubicado el inmueble; para así considerar que la vía ha sido la correcta?.

ANÁLISIS

La facultad jurisdiccional de la jueza o juez de ordenar pruebas de oficio, conforme dispone el Art. 130 No. 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, en relación con lo que estatuye el Art. 118 del Código de Procedimiento Civil, decisión que deberá ser motivada, es únicamente con la finalidad de esclarecer la verdad, pues, con ese propósito es que el Art. 169 de la Constitución de la República establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, es decir, si la o el juzgador ejerce esta facultad legal a pedido de una de las partes o no cumple el propósito de esclarecer la verdad, no cabe la prueba de oficio. Además, la o el juez como director del proceso tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y los instrumentos internacionales, debiendo formarse un criterio que le permita expedir una sentencia o resolución con plena certeza. Como ya se manifestó, la atribución del administrador de justicia es para esclarecer alguna duda que todavía exista sobre algún hecho o punto controvertido, es decir, la actuación del juez resulta subsidiaria con el fin exclusivo de esclarecer la verdad, mas no con el propósito de reemplazar la actividad de las partes procesales que tienen la obligación de probar lo que afirman en la demanda, contestación o reconvencción.

CONCLUSIÓN

De acuerdo a las facultades jurisdiccionales la o el juez, puede disponer prueba solo para esclarecer la verdad, pero no para suplir la obligación que tienen las partes de presentar sus pruebas.

17. Notificación a herederos a los herederos del litigante que llegare a fallecer

CONSULTA

Las normas sobre la citación del Código Orgánico General de Procesos se encuentran vigentes por la disposición final segunda de aquel cuerpo legal, sin embargo ni en aquellas disposiciones, ni en las de la notificación, se trata sobre la notificación a los herederos del litigante fallecido. Con este antecedente se consulta: para el caso de

fallecer un litigante se debe aplicar la “citación” conforme al Art. 58 del COGEP.

ANÁLISIS

Conforme al texto de los Arts. 53 y 65 del Código Orgánico General de Procesos, que tratan en su orden de la citación y la notificación, tenemos que partir del hecho de que, el juez consultante al referirse a la “notificación de los herederos del litigante fallecido”, se está refiriendo a que el litigante ya fue citado con la demanda antes del fallecimiento, por ello hay que notificar a los herederos, pues, mal se podría hablar de citación o volver a citar a los herederos si ya fue citado inicialmente con la demanda quien actualmente ha fallecido. Si se tratara de recién citar con la demanda a los herederos, se debe aplicar lo que dispone el Art. 58 del Código Orgánico General de Procesos; pero, si se trata de notificar a los herederos, debemos tener en cuenta lo que dispone la última parte del inciso segundo del Art. 67 *ibídem*. En consecuencia, la notificación al heredero o herederos del litigante fallecido, que llegan a ser parte procesal, se lo debe realizar en los correspondientes domicilios, o en caso de conocerse se lo hará en el casillero judicial, domicilio judicial electrónico o correo electrónico, conforme a la disposición legal señalada.

CONCLUSIÓN

A los herederos del litigante que llegare a fallecer se los debe notificar de acuerdo con las normas del Código Orgánico General de Proceso, es decir, la notificación se practicará de la forma que se practica la citación.

18. Que el procedimiento monitorio no tiene término o plazo máximo para que se lleve a efecto la audiencia única

CONSULTA

En los procedimientos ordinarios la audiencia de juicio se realizará en el término máximo de 30 días, a partir de la culminación de la audiencia preliminar, conforme al Art. 297 del COGEP; en el procedimiento sumario, la audiencia única se realizará en el término máximo de 30 día a partir de la contestación a la demanda, de

acuerdo con el Art. 333 del COGEP, y el procedimiento ejecutivo recibe el mismo tratamiento por disposición del Art. 355 del COGEP, pero para el procedimiento monitorio no existe término o plazo a fin de que se lleve a cabo la audiencia única, por lo que considera que el Art. 359 del COGEP debe ser reformado y establecer el término o plazo en que se realizará la audiencia única en el procedimiento monitorio.

ANÁLISIS

El Libro IV del COGEP trata de los “PROCESOS”, y por lo tanto, el Título I se refiere a los “PROCESOS DE CONOCIMIENTO, mientras que el Título II se refiere a los “PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS”, título éste que comienza con el capítulo I sobre el “Procedimiento Ejecutivo, en tanto que el capítulo II de este mismo Título trata sobre el “Procedimiento Monitorio”; es decir, el Título II del Libro IV comprende el procedimiento ejecutivo y el procedimiento monitorio, en consecuencia, este título no solo abarca el procedimiento ejecutivo sino también el procedimiento monitorio. En tal virtud, lo dispuesto en el Art. 355 del Código Orgánico General de Procesos que dice: “En todo lo no previsto en este Título serán aplicables las normas del procedimiento sumario”, es también aplicable al procedimiento monitorio, puesto es parte del Título II. Al constar ya una disposición como la del Art. 355 que se refiere a todo el título II, no es necesario que conste lo mismo en el capítulo del procedimiento monitorio. Incluso por analogía se debería aplicar la disposición del Art. 355 del COGEP al procedimiento monitorio que es parte de los procedimientos ejecutivos.

CONCLUSIÓN

Lo dispuesto en el artículo 355 del COGEP es también aplicable al procedimiento monitorio, es decir, lo relacionado con el término del procedimiento ejecutivo se debe aplicar al monitorio.

19. Qué sucede si se ha fijado fecha para el remate con el Código de Procedimiento Civil, pero no se ha llevado a efecto dicho remate, encontrándose actualmente vigente el COGEP

CONSULTA

Que actualmente se encuentra vigente la normativa del Código Orgánico General de Procesos, que hace referencia al remate de bienes muebles e inmuebles, remate que se realiza en la página web del Consejo de la Judicatura, razón por la que se consulta lo siguiente: ¿qué sucede en los procesos que han sido tramitados con anterioridad, en los que se ha dictado el auto fijando fecha para el remate con fundamento en el Código de Procedimiento Civil, normativa que difiere notablemente de lo previsto en el COGEP?.

ANÁLISIS

Desde que entraron en vigencia las normas legales y reglamentarias para el remate en línea, a través de la plataforma única de la página web del Consejo de la Judicatura, esto es, desde el 22 de noviembre de 2015, y según lo que disponen los Arts. 375, inciso tercer y 399 del COGEP, no cabe que se realicen los remates de ninguna otra forma a lo previsto en dicha normativa, por lo tanto, si se trata de un segundo señalamiento para el remate, se debe disponer que el perito suba en digital a la página web del Consejo de la Judicatura el informe pericial. Si el informe pericial ha sido elaborado por un perito acreditado por el Consejo de la Judicatura como exige la normativa actual, aunque el informe haya sido presentado antes del 22 de noviembre del 2015, la jueza o juez lo que debe es disponer que el perito suba en digital a la página web del Consejo de la Judicatura el informe pericial, siempre que el informe se encuentre ya aprobado, caso contrario, debe primero aprobar el informe, incluso disponer la actualización del mismo, de ser el caso; pero si el informe hubiera sido presentado por un perito no acreditado por el Consejo de la Judicatura, la jueza o juez está en la obligación de designar un perito acreditado y dar cumplimiento con el procedimiento que establece la normativa del Código Orgánico General de Procesos referente al remate, así como del Reglamento del Sistema de Remates Judiciales en Línea de la Función Judicial.

Es importante también señalar que, un proceso concluye con la resolución de los recursos ordinarios y extraordinarios que se hayan interpuesto oportunamente, por lo tanto, la fase de ejecución debe sustanciarse conforme a la normativa del Código Orgánico General de Procesos, y los remates con la aplicación de las normas inherentes desde su vigencia.

CONCLUSIÓN

Encontrándose vigente el COGEP el peritaje y el nuevo señalamiento para el remate deben de estar en conformidad con la normativa del COGEP

20. A efectos de la aplicación de la Disposición Transitoria Primera del COGEP, ¿cuándo el proceso se encuentra en trámite?

CONSULTA

La señora jueza y los señores jueces provinciales consultan:

¿En qué momento se considera que un proceso se encuentra en trámite, si al presentarse la demanda o al momento de que ésta se encuentra calificada?

ANÁLISIS

En su acepción común, *proceso* significa acción, ir hacia delante, desenvolvimiento; y, por ello se dice que proceso es el «conjunto de fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial». Desde esa perspectiva, el proceso comprende una serie de actividades, acciones o eventos interrelacionados con la finalidad de obtener un resultado específico y predeterminado.

Se trata de una expresión de variado significado y por ende multifacética: se dice que existen procesos físicos, químicos, informáticos, empresariales; y, claro está, jurídicos. En el ámbito del derecho, cuando usamos el término proceso nos referimos a los diversos actos que deben cumplirse para resolver una controversia; y, en tal sentido es un mecanismo que se utiliza para obtener la aplicación de las normas a un caso concreto y particular. Los procesalistas italianos de la Edad Media se referían al proceso usando las expresiones *judicium*

*est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei*¹; incluso, en la actualidad, el significado de tal término es múltiple no sólo en la doctrina², sino también en el ámbito de la propia legislación procesal, donde generalmente, el término proceso se usa como sinónimo de expediente y también de juicio³.

Con la proscripción de la justicia privada, el proceso se instituye como instrumento a través del cual se recaba la protección del Estado⁴. En tal perspectiva, el proceso como una «abstracción de la ley»⁵ es el medio por el cual se ejerce la función jurisdiccional y se garantiza la seguridad y la paz social; se trata, en definitiva, de un mecanismo artificial ideado por el legislador para desarrollar un conjunto de actos progresivos cuya finalidad concreta es la decisión de una controversia sometida a decisión de los jueces del Estado.

En ese sentido, tanto la doctrina clásica como la contemporánea son coincidentes en identificar el objeto del proceso judicial. En sentido clásico, el proceso es “una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante una

¹ Rafael de Piña y José Castillo Larrañaga, *Instituciones del Derecho Procesal Civil* (México: Porrúa, 29na edición, 2007) 196.

² La doctrina procesalista, desde hace muchísimo tiempo, había destacado que el proceso es una entidad jurídica compleja que presenta diversas acepciones: “En nuestro idioma también se llama proceso al expediente judicial, al *dossier*, a los papeles escritos que consignan los actos judiciales de las partes y de los órganos de la autoridad. [...] En la primera acepción del proceso como secuencia, éste constituye una acción humana que se proyecta en el tiempo; es una situación análoga a la que existe entre el ser y el devenir; los actos procesales *devienen* proceso. En su segunda acepción, en tanto relación jurídica, el proceso es un fenómeno intemporal e inespacial; un concepto, un objeto jurídico ideal, construido por el pensamiento de los juristas. En su tercera acepción, como expediente o conjunto de documentos, el proceso es un objeto físico; ocupa un espacio en el mundo material; es una cosa”: Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Depalma, 1958) 123

³ Sólo con fines ilustrativos cabe destacar que el COGEP usa el término proceso muchas veces, aunque en diferentes sentido; por ejemplo, se dice que corresponde a la o el juzgador, ejercer la dirección del proceso (Art. 3); que el impulso del proceso corresponde a las partes (Art. 5); que la información de los procesos sometidos a la justicia es pública (Art. 8); que mientras dure el conflicto de competencia el proceso principal estará suspendido (Art. 14 inc. 6); que la acumulación de procesos se podrá ordenar hasta en la audiencia preliminar (Art. 16)

⁴ Sobre el tema, véase a Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial* (Buenos Aires: Ediar, Parte General, 2da edición, 1956) 399 y ss.

⁵ Jorge Clariá Olmedo, *Derecho Procesal* (Buenos Aires, Depalma, tomo I, 1992) 126.

decisión de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión”⁶; y, en la actualidad, la doctrina especializada lo concibe como “el medio para resolver jurisdiccionalmente los conflictos intersubjetivos, disciplinado jurídicamente por un conjunto de normas y principios”⁷. De ello, cabe concluir que el proceso comprende un conjunto normado de actos que tienen por objeto la decisión de un conflicto o litigio.

La idea misma de proceso sugiere la existencia de un punto de partida y un acto final; más aún, en el ámbito del Derecho y en el marco del Estado Constitucional, donde la garantía de seguridad jurídica que pesa sobre el Estado (Art. 82 CRE) determina la necesidad de delimitar las conductas a partir de las cuales el ciudadano tenga la confianza y certeza sobre una determinada situación.

Se consulta determinar cuando el proceso se considera en trámite, si al presentarse la demanda, o al momento de calificar la misma. La necesidad de establecer tal cuestión surge de lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del COGEP, cuyo tenor literal es el siguiente:

Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación.

Si bien, el legislador usa las expresiones «los procesos que se encuentran en trámite», estableciendo una especie de condición para determinar la ley procesal aplicable en el marco del régimen de transición; una discusión de esa naturaleza carece de objeto y sustantividad, si consideramos que el propio legislador en la parte final de

⁶ Eduardo Couture, Fundamentos... 122. En el mismo sentido, Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 17ma edición, 2003) 52.

⁷ Joan Picó i Junoy, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en *Aspectos prácticos de la prueba civil* (Barcelona: Bosch, 2006) 21.

la misma Disposición Transitoria establece de forma concluyente: las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del COGEP se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación. Así, toda discusión sobre si deben aplicarse las leyes procesales antiguas o el COGEP queda relegada, ya que se ha determinado el acto específico que determina la ley procesal aplicable: la interposición de la demanda.

Ello resulta también una consecuencia lógica. Si consideramos que a través del COGEP, el legislador no sólo se limita a reformar los procedimientos existentes sino a institucionalizar un nuevo sistema procesal, cuya sustanciación y ritualidad es completamente distinta. En tal perspectiva, la previsión del legislador de que las demandas presentadas bajo un régimen procesal continúen sustanciándose bajo ese régimen normativo hasta su conclusión, resulta no sólo prudente sino también racional, si tenemos en cuenta, por ejemplo, que los requisitos de la demanda han variado: no sólo respecto de la obligatoriedad de presentar, anunciar o solicitar el acceso judicial a las pruebas (Art. 142 numerales 7 y 8 COGEP) sino también respeto de la precisión y detalle que se exige a la narración de los hechos (Art. 142.5 COGEP); pues de lo contrario, una demanda presentada antes de la implementación del COGEP y calificada luego de su total vigencia, obviamente no cumpliría los requisitos que la nueva legislación procesal exige.

Más aún, la Disposición Transitoria Primera del COGEP es necesaria visto desde el prisma de los derechos constitucionales. Resulta claro, que la finalidad del legislador es preservar el derecho de tutela judicial (Art. 75 CRE), tanto en su faceta de acceso a la jurisdicción como el su faceta a obtener una decisión fundada en derecho; así como el derecho al debido proceso (Art. 76 CRE), esencialmente en la garantía de legalidad del procedimiento (Art. 76.3, parte final CRE), así como el derecho a presentar las pruebas y argumentos (Art. 76.7.h CRE); pues, si para determinar la aplicación de la ley procesal antigua o el COGEP no se considerara la presentación de la demanda, los requisitos del régimen procesal nuevo serían exigibles a demandas presentadas con anterioridad a su total vigencia.

Pero si lo señalado no se considera suficiente, resulta oportuno anotar que nuestra legislación procesal establece en forma clara que «todo proceso comienza con la presentación de la demanda, a la que podrán precederle las diligencias preparatorias» (Art. 141 COGEP); norma que claro está no constituye una innovación del COGEP, sino que ya se encontraba en el derogado Código de Procedimiento Civil (Art. 64 CPC)⁸; es decir, por regla general, el acto por el cual se inicia el proceso es la presentación de la demanda.

Ello viene respaldado por las normas reguladoras de la fijación de la competencia del juez. Dice el legislador que «entre juezas y jueces de igual clase de una misma sección territorial, una jueza o juez excluye a los demás por prevención» (Art. 159 COFJ); y, a continuación regula los *modos de prevención*, estableciendo que «en todas las causas, la prevención se produce por sorteo en aquellos lugares donde haya pluralidad de juzgados, o por la fecha de presentación de la demanda, cuando exista un solo juzgador» (Art. 160.1 COFJ). A continuación regula los casos en que una demanda se haya presentado varias veces, determinando que «será competente la jueza o juez al que le haya correspondido el libelo presentado primero, en la oficina de sorteo, constatando fecha y hora» (Art. 160.1 inciso 2 COFJ); y, en todo caso, se establece que «si de hecho se presentaren varias demandas con identidad subjetiva, objetiva y de causa, que hubieren sido sorteadas a diversos juzgados, será competente la jueza o el juez a cuyo favor se haya sorteado en primer lugar» (Art. 160.1 inciso 3 COFJ).

CONCLUSIÓN

A efectos de la aplicación de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos, la presentación de la demanda es el acto por el cual el proceso se encuentra en trámite; es decir, las demandas presentadas antes del 23 de mayo de 2016 deberán seguir sustanciándose de acuerdo a las normas procesales vigentes al momento de su presentación.

⁸ El Código de Procedimiento Civil decía “Art. 64.- Todo juicio principia por demanda; pero podrán preceder a ésta los siguientes actos preparatorios:”

21. A efectos de la aplicación de la Disposición Transitoria Primera del COGEP, cuando concluye o termina el proceso

CONSULTA

La señora jueza y los señores jueces de la Sala Civil consultan:

¿Cuándo se entiende que concluye el proceso, con la sentencia ejecutoriada, con la finalización de la respectiva instancia, o con la conclusión de la etapa de ejecución?

¿En un juicio iniciado mientras se encontraba vigente la Codificación del Código de Procedimiento Civil, y una vez que ya ha entrado en total vigencia el Código Orgánico General de Procesos, es acertado calificar el recurso de casación acorde a las normas de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, según la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos, o debe según la resolución 06–2015 aplicarse el Código Orgánico General de Procesos?

ANÁLISIS

La consulta plantea establecer cuando concluye o termina el proceso. Resulta claro que tal planteamiento surge también de lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del COGEP, puesto que dicha norma establece que «los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose *hasta su conclusión* conforme con la normativa vigente al momento de su inicio». Debemos destacar que el presupuesto previsto para la aplicación de la ley procesal antigua (frente a la implementación del GOCEP) es la conclusión del proceso.

El término *conclusión* tiene varias acepciones: acción y efecto de concluir; fin y terminación de algo; así como, «resolución que se ha tomado sobre una materia después de haberla ventilado». Esa variedad del significado puede evidenciarse en el propio texto de la legislación procesal; así por ejemplo, refiriéndose a los días y horas hábiles se dice que las diligencias iniciadas podrán continuar «incluso en las horas inhábiles hasta su conclusión o suspensión, de así

decidirlo el juzgador» (Art. 78 COGEP); que «las audiencias se desarrollaran de forma continua hasta su conclusión» (Art. 81 COGEP); que en el informe pericial «las conclusiones deben ser claras, únicas y precisas» (Art. 224 COGEP); que existen «formas extraordinarias de conclusión del proceso»; que una vez acreditada la extinción de la obligación «se declarará la conclusión de la ejecución y el archivo del proceso» (Art. 395 COGEP).

Claro que, aquí no hacemos referencia a la conclusión de una diligencia como sería el caso de las audiencias, o a las conclusiones que deben contener los informes periciales; sino a la conclusión del proceso a efectos de la aplicación de las leyes procesales antiguas o del COGEP.

El COGEP establece que las juezas y jueces «se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos» (Art. 88 inc. 1 COGEP); siendo los autos interlocutorios y de sustanciación. Nuestra legislación procesal establece de forma expresa que el auto interlocutorio «resuelve cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento» (Art. 88 inc. 3 COGEP); mientras que el auto de sustanciación «es la providencia de trámite para la prosecución de la causa» (Art. 88 inc. 4 COGEP); y, de su parte, la sentencia «es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso» (Art. 88 inc. 2 COGEP).

Cierto es, que cuando la o el juzgador adopta una decisión mediante auto interlocutorio o sentencia pone fin al asunto sometido a su conocimiento; sin embargo, esto no significa que el proceso concluya con la adopción de un auto interlocutorio o sentencia. En lo esencial, porque el sistema procesal establecido por el COGEP comprende la primera instancia, la segunda instancia para los casos en los que se haya previsto el recurso de apelación, así como la posibilidad de interponer el recurso de casación. Así, el artículo 256 del COGEP prevé el recurso de apelación «contra las sentencias y autos interlocutorios dictados dentro de primera instancia así como contra las providencias con respecto de las cuales la ley conceda expresamente este recurso»; y, el artículo 298 del COGEP determina que la

admisión «del recurso de apelación oportunamente interpuesto da inicio a la segunda instancia»; es decir, existen procesos cuya sustanciación comprenden dos instancias.

Además, conforme los casos y motivos previstos en el COGEP, procede el recurso de casación «contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo» (Art. 266 COGEP); es decir, puede recurrirse en casación, tanto las sentencias dictadas en apelación (Art. 265 COGEP), así como las decisiones pronunciadas por las y los juzgadores de lo contencioso administrativo o tributario, que actúan como órganos jurisdiccionales de única instancia (Art. 302 COGEP).

En tal perspectiva, sin bien el COGEP establece que la o el juzgador decide los asuntos sometidos a su conocimiento mediante autos y sentencias, ello no significa que la sola adopción de un auto interlocutorio o sentencia implique la conclusión del proceso; fundamentalmente, porque de acuerdo a lo previsto en la legislación procesal, los recursos forman parte del mismo proceso.

Ello resulta claro en la posición adoptada por nuestro máximo órgano de justicia ordinaria, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en la Resolución No. 06/2015, que establece:

Hasta cuando el Código Orgánico General de Procesos entre en vigencia en su totalidad, *para la interposición, sustanciación y resolución de los recursos de casación, se aplicará la Ley de Casación*, salvo en lo relativo a la competencia para calificar la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos, que se regirá por la Disposición Reformatoria Segunda.4 del COGEP (cursivas fuera del original)⁹.

Si bien, la citada resolución establece la aplicación inmediata de la norma que establece el órgano competente para calificar la admisión del recurso de casación; tal aplicación inmediata está fundada en la

⁹ Pleno de la Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 06/2015, de 25 de mayo de 2015, publicada en el Registro Oficial No. 517, de 8 de junio de 2015.

reforma de las normas que regulan la competencia de los Conjuces de la Corte Nacional de Justicia; más no, en la consideración de que el COGEP como ley procesal nueva es inmediatamente aplicable. Esto resulta claro cuando en uno de los considerandos de la referida Resolución se expone de forma clara:

Que del contexto de las disposiciones legales citadas, se desprende que la intención del legislador es que en la Corte Nacional de Justicia, las normas relativas a la competencia para la calificación de la admisibilidad de los recursos de casación, sean aplicadas en forma inmediata, inclusive para los procesos que se encuentran en trámite a la fecha de publicación del COGEP en el Registro Oficial;

Hay que recordar que, en el año 2009 con la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial, una de las funciones de los Conjuces de la Corte Nacional de Justicia era “Integrar, por sorteo, el Tribunal de tres miembros para calificar, bajo su responsabilidad, la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos que corresponda conocer a la sala especializada a la cual se le asigne y para conocer y resolver las causas cuando sea recusada la sala por falta de despacho” (Art. 201.2 COOFJ)¹⁰; función que según el numeral 4 de la Disposición Reformatoria Segunda del COGEP se sustituye en la siguiente forma: “2. Calificar, bajo su responsabilidad, la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos que corresponda conocer a la sala a la cual se le asigne e integrar por sorteo el tribunal de tres miembros para conocer y resolver las causas cuando sea recusada la sala por falta de despacho”.

En tal perspectiva, la Resolución No. 06/205 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia no hace otra cosa más que ratificar que, cuando se interponga el recurso de casación en procesos iniciados con anterioridad a la implementación del COGEP es aplicable la Ley de Casación; es decir, lo que determina la ley procesal aplicable, aún para la sustanciación del recurso de casación, es el tiempo de presentación de la demanda, con la variación de las normas reguladoras

¹⁰ Suplemento del Registro Oficial Nro. 544, de 9 de marzo de 2009.

de la competencia en fase de admisión del recurso de casación en la Corte Nacional de Justicia que, por reforma del numeral 2 del artículo 201 del Código Orgánico de la Función Judicial deberá hacerse por un Conjuetz y ya no por el Tribunal de Conjuettes como se venía haciendo desde el 2009.

En tal perspectiva, en caso de deducirse recurso de casación en los procesos cuyas demandas se hayan interpuesto antes de la implementación del COGEP (antes del 23 de mayo de 2016), el recurso de casación deberá interponerse, sustanciarse y resolverse conforme la Ley de Casación. Así, a efectos de la Disposición Transitoria Primera del COGEP ha de considerarse que el proceso concluye con la resolución de los recursos ordinarios y el extraordinario de casación, en caso de haberse interpuesto.

CONCLUSIÓN

A efectos de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos, ha de considerarse que el proceso concluye con la resolución de los recursos ordinarios y el extraordinario de casación, en caso de haberse interpuesto.

22. Calificación del recurso de casación

CONSULTA

¿En un juicio iniciado mientras se encontraba vigente la Codificación del Código de Procedimiento Civil, y una vez que ya ha entrado en total vigencia el Código Orgánico General de Procesos, es acertado calificar el recurso de casación acorde a las normas de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, según la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos, o debe según la resolución 06–2015 aplicarse el Código Orgánico General de Procesos?

ANÁLISIS

De conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos y la Resolución 06/2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, cuando se haya deducido recurso

de casación en los procesos iniciados antes de la implementación del COGEP, el recurso deberá interponerse, calificarse, sustanciarse y resolverse conforme las normas de la Ley de Casación.

CONCLUSIÓN

Cuando se haya deducido recurso de casación en los procesos iniciados antes de la implementación del COGEP, el recurso deberá interponerse, calificarse, sustanciarse y resolverse conforme las normas de la Ley de Casación.

23. Respeto de la fase de ejecución

CONSULTA

Se plantea la siguiente consulta:

¿En los juicios en los que existe resolución ejecutoriada dictada en aplicación de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, si la etapa de ejecución se inicia o reinicia luego de la entrada en total vigencia del COGEP, deben aplicarse a dicha etapa de ejecución las normas del CPC o del COGEP? Por ejemplo: una sentencia dictada el 20 de mayo de 2016, es decir antes de la entrada en total vigencia del COGEP, se ha ejecutoriado luego de los recursos horizontales respectivos el 30 de junio del 2016 y se solicita el inicio de la ejecución el 1 de julio del 2016, en estos casos, corresponde aplicar a la etapa de ejecución y por ende al remate como parte de ésta las normas de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, o las normas del Código Orgánico General de Procesos?

ANÁLISIS

Si ya hemos establecido que el proceso concluye con la resolución de los recursos ordinarios y extraordinarios que se hayan interpuesto oportunamente, debemos señalar que la fase de ejecución debe sustanciarse conforme el nuevo régimen procesal. Ciertamente es, que conforme lo previsto en el artículo 75 de nuestra Constitución, el cumplimiento de las resoluciones judiciales forma parte del derecho de tutela judicial, cuestión que resulta sobradamente reiterada por una abundante doctrina y jurisprudencia constitucional, e incluso por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

así como también resulta pacífico que el ejercicio de la jurisdicción «consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (Art. 150 COFJ). Sin embargo, no es menos cierto que la ejecución de lo juzgado constituye un auténtico derecho sólo cuando la decisión ha adquirido cierta certeza conforme las normas procesales pertinentes.

La doctrina procesalista, tempranamente, había señalado que el objeto del proceso es «el examen del derecho (pretensión) del actor contra el Estado a obtener tutela jurídica»¹¹; y, si a ello le agregamos que el fin del proceso es la solución de una controversia, no cabe duda que la ejecución no forma parte del mismo proceso. De hecho, la ejecución tiene como presupuesto que el resultado del proceso sea favorable; es decir, para que exista un derecho a ejecutar lo decidido se requiere una sentencia favorable susceptible de ejecución forzosa.

Así, resulta innegable que el proceso de conocimiento y la ejecución coinciden en la finalidad esencial de procurar la tutela plena de los derechos; sin embargo, resulta importante destacar que ambos representan distintos momentos o etapas dentro de la actividad jurisdiccional. Por eso mismo, ya Calamandrei dejaría expuesto que «... [e]l derecho del ciudadano a obtener de los órganos del Estado la forma especial de tutela jurídica que constituye la ejecución forzada en su favor (acción ejecutiva), no nace sino para quien esté, provisto anteriormente de una declaración de certeza dotada de determinados requisitos sustanciales y formales»¹²; de manera que, «con un parangón algo burdo pero muy claro, se puede considerar [al proceso declarativo o de conocimiento] como la llave indispensable para abrir la puerta a la ejecución o mejor con la tarjeta de entrada»¹³.

De su parte, Carnelutti había destacado con claridad la diferencia entre el proceso de conocimiento y la ejecución, poniendo especial

¹¹ James Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Labor S. A., 1936, trad. de Leonardo Prieto) 2.

¹² Piero Calamandrei, *El procedimiento monitorio* (Buenos Aires: Editorial E.J.E.A, Trad. De Sentis Melendo, 1946) 22 y ss.

¹³ *Ibidem*.

atención en el elemento preponderante en la actividad jurisdiccional, señalando al respecto:

No sería temerario subrayar esta diferencia mediante la antítesis entre la *razón* y *fuerza*: en realidad, aquélla es el instrumento del proceso jurisdiccional (de conocimiento), y ésta, el del proceso ejecutivo. De ese modo se comprende también la subordinación normal del segundo al primero: hasta que no se haya establecido la razón, no debe ser usada la fuerza.

Esta concepción parece ser coincidente con lo previsto en nuestro ordenamiento procesal, pues el COGEP determina que la ejecución «es el conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución» (Art. 362 COGEP)¹⁴; y, entre los títulos de ejecución se establece a la sentencia ejecutoriada (Art. 363.1 COGEP). Es más, cuando el legislador se refiere a las facultades del juzgador y las partes prevé que «la ejecución se circunscribirá a la realización o aplicación concreta de lo establecido en el título de ejecución», así como que «las partes actuarán en plano de igualdad, pero se limitaran exclusivamente al control del cumplimiento del título de ejecución, conforme con la ley» (Art. 364 COGEP).

En tal perspectiva, el proceso y la fase de ejecución son cuestiones distintas, aunque coincidan en una finalidad común: el derecho de tutela judicial. Ello puede evidenciarse también en las normas que regulan algunas formas extraordinarias de conclusión del proceso. Así por ejemplo, puede «declararse el abandono del proceso en primera instancia, segunda instancia o casación» (Art. 245 COGEP), pero no declararse el abandono de la etapa de ejecución (Art. 247.3 COGEP); es decir, se tiene claro que puede abandonarse tanto la instancia como los recursos (sean ordinarios o extraordinarios) con sus consecuentes efectos, precisamente porque se parte del supuesto de que la ejecución es una fase posterior a la conclusión del proceso.

¹⁴ Libro V del COGEP.

CONCLUSIÓN

La ley procesal aplicable para sustanciar la ejecución de la sentencia ejecutoriada es la ley vigente al tiempo de iniciarse la fase de ejecución.

24. Respecto de la apelación de los autos de archivo dictados al amparo del COGEP

CONSULTA

¿Es procedente el recurso de apelación sobre los autos de archivo dictados en la causa, cuando se ha estimado que la demanda no cumple con los requisitos previstos en el COGEP?

¿Es procedente admitir a trámite el recurso de apelación interpuesto contra autos interlocutorios en donde se dispone el archivo del proceso, por no completar la demanda?

ANÁLISIS

El Código Orgánico General de Procesos regula la impugnación en el Título IV, dentro del Libro Tercero denominado “Disposiciones Comunes a todos los procesos”. Dentro de las reglas generales que rigen la impugnación de las decisiones judiciales establece:

Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad. La aclaración, ampliación, revocatoria y reforma serán admisibles en todos los casos, con las limitaciones que sobre la impugnación de las sentencias y autos prevé esta Ley. (Art. 250 inciso 2 COGEP).

De acuerdo con esta disposición, el sistema procesal establece dos reglas que deben observarse en materia de recursos. La primera, es que en materia de recursos verticales el legislador se ha orientado por una opción cerrada, lo cual significada que se puede interponer recurso de apelación, recurso de casación y recurso de hecho sólo si el legislador ha previsto expresamente tal posibilidad; y, la segunda, es que los denominados recursos horizontales como son la

aclaración, ampliación, revocatoria y reforma pueden interponerse en todos los casos, con las limitaciones que prevé el COGEP respecto de las sentencias y autos. Dentro de los recursos horizontales que no son posibles interponer (*limitaciones*) contra las sentencias y autos están la revocatoria y la reforma.

Por otro lado, el COGEP establece que puede «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» (Art. 256 inciso 1 COGEP).

Ahora bien, no cabe duda que si consideramos literalmente el inciso segundo del artículo 250 del COGEP los denominados recursos verticales, por los cuales el proceso se pone en conocimiento de órgano jurisdiccional distinto, proceden únicamente ante la previsión expresa del legislador. De ahí que, el artículo 256 del COGEP no hace otra cosa que reiterar que las sentencias o autos, y en general toda providencia, es recurrible en apelación únicamente cuando el legislador haya establecido el recurso. En virtud de lo expuesto, no procede el recurso de apelación contra el auto de archivo pronunciado por la o el juzgador al no haberse completado la demanda.

Ello ha de entenderse así, sobre todo si consideramos que la interpretación de una norma debe ser acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece; es decir, una disposición no puede ser entendida de forma aislada del conjunto que forma parte sino considerando su articulación con las demás normas.

Tal comprensión tiene mayor sentido, si tomamos en cuenta que el legislador se ha ocupado exhaustivamente de señalar las decisiones objeto del recurso de apelación; pues, de lo contrario, el hecho de que el legislador haya ido señalando expresamente las decisiones contras las que procede el recurso de apelación carecería de sentido. Por otra lado, debemos tener en cuenta que no estamos ante la inexistencia del recurso de apelación en contra de una decisión definitiva, como sería el caso de una sentencia o auto que acoge una excepción previa; pues, al contrario el auto de archivo de la demanda

por no haberse completado la misma, no excluye la posibilidad de volver a presentar la demanda.

Por lo demás, si el constituyente ha establecido como función privativa de la Asamblea Nacional: expedir, codificar, reformar y derogar las leyes (Art. 120.6 CRE); resulta claro que el establecimiento de los recursos en la legislación procesal es una cuestión que atañe a la libertad del legislador en uso de sus competencias, como se ha admitido tanto por la jurisprudencia constitucional como por la doctrina. Así, nuestra Corte Constitucional ha establecido que “[...] aun cuando el derecho a un doble pronunciamiento es un derecho constitucional, esto no significa que el legislador deba establecer recursos en todo proceso”¹⁵.

Tal cuestión ha sido también abordada por la jurisprudencia comparada, que ha determinado que el legislador “[...] puede instituir recursos diferentes al de apelación para la impugnación de las decisiones judiciales o establecer, por razones de economía procesal, las circunstancias y condiciones en las que proceden y la oportunidad procesal para incoarlos y decidirlos, e incluso definir cuándo no procede ningún recurso”¹⁶, así como ha establecido que “[...] también hace parte del poder de configuración legislativa en materia procesal, con relación a los recursos contra las decisiones judiciales, precisamente el no consagrarlos.”¹⁷. Por su parte, la jurisprudencia constitucional española lo ha identificado como el derecho al recurso previsto por la ley¹⁸.

Obviamente, ello resulta más categórico cuando, como en el presente caso, no se trata de la imposibilidad de recurrir una decisión definitiva sino tan sólo una decisión provisional, puesto que como ya hemos anotado, el COGEP no impide la presentación de una nueva

¹⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 008-13-SCN-CC; reiterado en sentencia 009-14-SCN-CC.

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-005-1996, de 18 de enero.

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-203-2011, de 24 de marzo.

¹⁸ El Tribunal Constitucional español, desde su temprana sentencia 20/1991, de 31 de enero ha venido sosteniendo tal posición, habiéndose reiterado en múltiples ocasiones: 133/1991, de 17 de junio; 177/1991, de 19 de septiembre; sentencia 170/1996, de 29 de octubre; entre otras.

demanda. Conforme con lo expuesto, las normas existentes en el COGEP son claras, sin que se advierta duda, obscuridad o ininteligencia de la ley que motive el conocimiento de la misma por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con las normas que regulan el recurso de apelación y las reglas generales de la impugnación previstas en el Código Orgánico General de Procesos, el auto de archivo que adopta la o el juzgador por no haberse completado la demanda no es susceptible de recurso de apelación.

25. Respetto de los documentos para acceder al procedimiento monitorio y el reconocimiento de documentos privados

CONSULTA

¿Es suficiente para iniciar un proceso monitorio, únicamente presentar un documento que constituye copia química de un documento, o una copia simple, con el sello de la parte que se presume deudora, sin necesidad de que aparezca la firma original de ésta?

¿Si un documento presentado a la parte deudora para su reconocimiento, esta se niega a reconocerlo, se acoge al derecho al silencio o simplemente no lo impugna de forma alguna, ello genera el efecto de que se tenga por reconocido a dicho instrumento?

ANÁLISIS

Estas cuestiones se plantean, en realidad, como dos consultas distintas; no obstante, se trata de temas interdependientes y relacionados, lo cual hace necesario tratarlo en forma conjunta. En la primera consulta, se plantea la cuestión de si una copia química de un documento o una copia simple resultan suficiente para iniciar el proceso monitorio; y, en la segunda se expone, si la parte deudora se niega a reconocer un documento, se acoge al derecho al silencio o simplemente no lo impugna de forma alguna, ello implica que se lo tenga por reconocido.

Conforme lo expuesto, parece inferirse que la cuestión esencial de las consultas formuladas es el valor que ha de atribuirse a determinadas

pruebas, con la finalidad de adoptar una determinada decisión. Para establecer si existe duda, obscuridad o ininteligencia de la ley sobre estas cuestiones, lo que habilitaría el ejercicio de las facultades del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, procederemos en primer lugar con un análisis del proceso monitorio.

Monitorio es una palabra que proviene del latín *monitorius*, que significa avisar o *amonestar*; y, desde el punto de vista lingüístico su significado no varía. Pero, en su acepción jurídica, el término monitorio no significa lo mismo que desde el punto de vista gramatical, puesto que mediante ese procedimiento no sólo se avisa o amonesta a un deudor; sino que se instituye un procedimiento especial para hacer efectivas determinadas obligaciones, más concretamente para el cobro de una deuda.

Según ha identificado la doctrina, “[...] el proceso monitorio tuvo su origen en las ciudades itálicas, a finales del siglo XIV o principios del siglo XV; ciudades en las que, ante la necesidad de agilizar el tráfico mercantil, se creó este proceso con el fin de evitar el siempre largo, costoso y demasiado formalista proceso ordinario entonces existente, el *solemnis ordo iudiciarius*”¹⁹. Así, la evolución de este procedimiento da cuenta que en el derecho italiano se estableció el «procedimiento d’ingunzione», que los franceses institucionalizaron la «procedure d’injonction», y que en el derecho alemán existió la institución del «Mahnverfahren»²⁰.

Obviamente, como es fácil advertir, el procedimiento monitorio no se trata de una creación exclusiva de nuestra legislación, pues un juicio de esa naturaleza existía hace ya algún tiempo en Europa. Incluso, ya Calamandrei destacaría la estructura del procedimiento monitorio, así como sus diferentes manifestaciones en la legislación austriaca y alemana; y, más concretamente señalaría los antecedentes que, en el caso de Italia, se remontan al Real Decreto No. 239,

¹⁹ Francisco Tomás y Valiente, “Estudio histórico jurídico del proceso monitorio”, *Revista de Derecho Procesal*, 1960, 33-132

²⁰ José Roca Martínez, *La tutela judicial del crédito*, Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2013, 33.

de 20 de marzo de 1913, sobre el artículo 239 del Código de Procedimiento Civil²¹.

La doctrina ha establecido que la naturaleza monitoria de un procedimiento está determinada porque se trata de un “proceso especial plenario rápido, que tiende, mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, a la rápida creación de un título ejecutivo con plenos efectos de cosa juzgada”²². Claro que, cuando la doctrina refiere que la finalidad del procedimiento monitorio es obtener un título ejecutivo, hemos de entender que conforme nuestro ordenamiento jurídico, no nos referimos a los documentos previstos el artículo 347 del COGEP; sino propiamente a una decisión judicial que una vez que haya alcanzado estado sea susceptible de ejecución forzosa; es decir, la demanda monitoria pretende una decisión judicial (sentencia ejecutoriada) que constituya título de ejecución en los términos del artículo 363 del COGEP. En esa línea, la doctrina al definir al juicio monitorio dice que es “aquel proceso de declaración especial en el que el acreedor solicita al Juez que requiera al deudor para que pague totalmente o formule oposición, con la advertencia de que, en caso contrario, se despachará ejecución sin más trámites”²³.

En nuestro país, el Código Orgánico General de Procesos como la mayoría –sino todas– de leyes procesales alrededor del mundo establece los procedimientos que han de observarse para la sustanciación de los diferentes asuntos, así como las normas que regulan la proposición, admisión, práctica y valoración de la prueba en el proceso judicial. Por lo tanto, lo que podríamos denominar teoría general de la prueba en el ámbito jurisdiccional está supedita a la regulación establecida por el legislador.

Respecto del procedimiento monitorio, éste se encuentra regulado en los denominados “Procedimientos Ejecutivos” del Título II, Libro

²¹ Piero Calamandrei, *El procedimiento monitorio*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, trad. de Santiago Santis Melendo, 1946, 24 y ss.

²² Juan Pablo Correa, *El proceso monitorio*, Barcelona, Bosch, 1998, 211.

²³ José Bonnet Navarro, *La reclamación judicial de los gastos de comunidad*, Madrid, Edisofer, S.L., 2004, 43.

IV (Procesos) del COGEP; particularmente en el Capítulo II cuyo inciso primero del artículo 356 prescribe:

La persona que pretenda cobrar una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, que no conste en título ejecutivo, podrá iniciar un procedimiento monitorio, cuando se pruebe la deuda de alguna de las siguientes formas: (resaltado fuera del original).

De acuerdo con esta norma, para que una demanda sea sustanciada mediante el procedimiento monitorio existen varios presupuestos: a) Que la parte actora pretenda cobrar una deuda de dinero; b) Que la deuda sea líquida, exigible y de plazo vencido; c) Que el monto de la deuda (obligación) no exceda los cincuenta salarios básicos unificados (límite de cuantía); d) Que la obligación no conste en título ejecutivo; y, finalmente, e) Que la deuda se pruebe por algunas de las formas que ha previsto expresamente el legislador.

Ahora bien, además de tales prepuestos el legislador ha establecido requisitos específicos que debe contener la demanda que pretenda sustanciarse en el procedimiento monitorio; pues conforme con lo previsto en el artículo 357 del COGEP, la demanda monitoria no sólo debe cumplir con los requisitos generales de toda demanda (establecidos en el artículo 142 del COGEP), sino que también deberá contener «la especificación del origen y cantidad de la deuda»; así como «se acompañará el documento que prueba la deuda» (Art. 357 COGEP).

Cierto es, que el legislador usa las expresiones «*cuando se pruebe la deuda de algunas de las siguientes formas*» como presupuesto de procedencia al procedimiento monitorio, así como establece que como requisito de la demanda «*se acompañará el documento que prueba la deuda*»; no obstante, tales preceptos han de ser comprendidos en sus justos términos a fin de evitar errores o exageraciones, que desnaturalice la voluntad legislativa. Además debemos considerar que el artículo 358 del COGEP establece que «*la o el juzgador una vez que declare admisible la demanda concederá el término de quince días para el pago y mandará que se cite a la o el deudor*».

En esa perspectiva, si bien el COGEP establece que a la demanda monitoria se acompañe el documento que pruebe la deuda, otorgándole a ese documento no sólo el carácter de requisito de la demanda sino también de presupuesto para acceder al procedimiento; ello no significa que el documento que se adjunte a la demanda se convierte en prueba una vez que se haya declarado admisible la demanda. Dicho en otras palabras, si bien la o el juzgador para “calificar la demanda” y conceder el término de pago conforme el artículo 358, debe considerar si el medio probatorio resulta idóneo para acceder a la vía procesal eso no significa que se autorice al juzgador establecer si la deuda está probada; es decir, la o el juzgador para declarar admisible la demanda debe considerar si el documento adjunto reúne los requisitos y condiciones que exige la ley, por ello precisamente se ha determinado la regulación concreta de los documentos que dan lugar a demandar en el procedimiento monitorio en los cinco numerales del artículo 356 del COGEP.

Por lo demás, declarada admisible la demanda y concedido el término para el pago, el COGEP es claro en determinar que “[s]i la o el deudor no comparece dentro del término concedido para el efecto o si lo hace sin manifestar oposición, el auto interlocutorio al que se refiere el inciso primero quedará en firme, tendrá el efecto de cosa juzgada y se procederá a la ejecución” (Art. 358 inciso final COGEP). En tal perspectiva, resulta claro que el COGEP instituye una carga procesal a la parte demandada (deudora), en el sentido de que no es suficiente comparecer al proceso sino que también es necesario manifestar oposición.

Tal cuestión no es nueva, pues no sólo que la doctrina hace mucho tiempo había señalado que uno de los elementos determinantes de la naturaleza del procedimiento monitorio es la «*inversión de la iniciativa del contradictorio*» sino que es una cuestión que se encuentra con facilidad en la legislación comparada, prácticamente desde sus orígenes. Pero ha de tenerse claro que, tanto en nuestra legislación como en la legislación comparada e incluso en la doctrina, la inversión (o alteración de régimen común de cargas procesales) afecta únicamente a la iniciativa del contradictorio; es decir, la única carga invertida en el juicio monitorio es la iniciativa de oponerse a las pretensiones de la demanda. De ahí que, resulta esclarecedor que

el COGEP prevea la posibilidad de que el demandado manifieste su oposicin a la demanda, en cuyo caso se da lugar al juicio; as lo prescribe el artculo 359: “[s]i la parte demandada comparece y formula excepciones, la o el juzgador convocar a audiencia nica, con dos fases, la primera de saneamiento, fijacin de los puntos en debate y conciliacin y la segunda, de prueba y alegatos”.

Respecto de la inversin de la iniciativa del contradictorio; es decir, el establecimiento de una carga procesal a la parte demandada (deudora) en la iniciativa de contradecir y oponerse, ha de entenderse justificada si se considera que la finalidad del procedimiento es la bsqueda de tutela, que como exige nuestra Constitucin, ha de ser efectiva y expedita del crdito (Art. 75 CRE). En esa lnea, la doctrina haba sealado, en sus orgenes, que “la finalidad de llegar con celeridad a la creacin de un ttulo ejecutivo [de ejecucin conforme el COGEP] se alcanza desplazando la iniciativa del contradictorio del actor al demandado”²⁴. De hecho, en Europa el Parlamento y el Consejo de la Unin Europea adopt, el 29 de junio del ao 2000, la Directiva 2000/35/CE por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en la que insta a los Estados miembros a instituir en las legislaciones nacionales procedimientos que garanticen una justicia pronta²⁵.

Tambi en el mbito de la legislacin comparada se ha entendido que la naturaleza del proceso monitorio, encuentra justificada la

²⁴ Piero Calamandrei, *El procedimiento...*, 25.

²⁵ En el caso de Espaa, recuerda Roberto Gonzlez Lpez: “La introduccin en nuestro derecho positivo del proceso monitorio se debe a la Unin Europea, a travs de la recomendacin de 12 de mayo de 1995 que dicta la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo por el que se proponen determinadas directrices de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles, medidas entre las que se cita la introduccin de un proceso judicial gil y rpido que articule la reclamacin al deudor, sistema que ya exista en la mayor parte de los pasajes europeos, en algunos ordenamientos jurdicos extranjeros operando desde hace dcadas as vgr. le *procdure d’injonction de payer* del derecho francs, el *Mahnverfahren* del derecho germnico, el procedimiento d’*ingiunzione* del derecho italiano o el *Mandatsverfahren* austraco ; en otros resulta de reciente implantacin como la *injunção portuguesa* instaurada a finales de 1993 [1] o ms recientemente la *aco monitoria* en el derecho brasileo [2] en todos ellos el trmino monitorio que significa advertencia, admonicin, exhorto, se configura como un instrumento jurdico en virtud del cual se advierte al deudor que pague o conteste al requerimiento so pena de decretar ejecucin sobre sus bienes”: “Sobre la debatida naturaleza jurdica del proceso monitorio”, *Boletn Aranzadi Civil-Mercantil*, No. 38, 2002.

inversión de la iniciativa del contradictorio, en la finalidad de otorgar tutela efectiva del crédito dinerario. Por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil española promulgada en el año 2000, en su exposición de motivos expone la naturaleza del proceso monitorio, en unos términos que merecen ser reproducidos:

En cuanto al proceso monitorio, la Ley confía en que, por los cauces de este procedimiento, eficaces en varios países, tenga protección rápida y eficaz el crédito dinerario líquido de muchos justiciables y, en especial, de profesionales y empresarios medianos y pequeños. En síntesis, este procedimiento se inicia mediante solicitud, para la que pueden emplearse impresos o formularios, dirigida al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del deudor, sin necesidad de intervención de procurador y abogado. Punto clave de este proceso es que con la solicitud se aporten documentos de los que resulte una base de buena apariencia jurídica de la deuda. La ley establece casos generales y otros concretos o típicos. Es de señalar que la eficacia de los documentos en el proceso monitorio se complementa armónicamente con el reforzamiento de la eficacia de los genuinos títulos ejecutivos extrajudiciales.

Si se trata de los documentos que la ley misma considera base de aquella apariencia o si el tribunal así lo entiende, quien aparezca como deudor es inmediatamente colocado ante la opción de pagar o «dar razones», de suerte que si el deudor no comparece o no se opone, está suficientemente justificado despachar ejecución, como se dispone. En cambio, si se «dan razones», es decir, si el deudor se opone, su discrepancia con el acreedor se sustancia por los cauces procesales del juicio que corresponda según la cuantía de la deuda reclamada. [...].

Si el deudor no comparece o no se opone, se despacha ejecución según lo dispuesto para las sentencias judiciales. En el seno de esta ejecución forzosa cabe la limitada oposición prevista en su lugar, pero con la particularidad de que se cierra el paso a un proceso ordinario en que se reclame la misma deuda o la devolución de lo que pudiera obtenerse en la ejecución derivada del monitorio. Este cierre de las posibilidades de litigar es conforme y coherente con la doble

oportunidad de defensa que al deudor le asiste y resulta necesario para dotar de eficacia al procedimiento monitorio.

De tales reflexiones merece destacarse, la alusión a la buena apariencia jurídica de la deuda que ha de desprenderse de los documentos que se adjunten a la demanda monitoria. La doctrina ha dejado claro la existencia de clases de procedimiento monitorio, pues ya Calamandrei había dejado expuesto la existencia de un procedimiento monitorio puro y otro denominado documental: en el primero (puro), para que el juzgador dicte la orden de pago al deudor no se requiere acompañar ningún medio de prueba, siendo suficiente la sola afirmación del acreedor²⁶; por el contrario, en el proceso monitorio documental el juzgador sólo despacha la orden de pago si los hechos alegados por el acreedor son probados por medio de documentos concretos que se acompañan a la demanda²⁷. Obviamente, el establecer una u otra especie de procedimiento monitorio es una facultad del legislador, como se ha hecho en nuestro caso a través del COGEP.

El COGEP parece acoger esta segunda clase de procedimiento monitorio, con la particularidad de que los documentos que sirven para fundar la pretensión del acreedor han quedado determinados por el propio legislador, conforme lo establecen los cinco numerales del artículo 356. Expuesta la naturaleza que debe atribuirse al procedimiento monitorio, resulta imprescindible establecer cuándo los documentos alcanzan el valor de prueba, aún en el proceso monitorio. Hemos de reiterar, como ya hemos dicho, que en el procedimiento monitorio existe la inversión de la carga de contradicción en cabeza de la parte demandada o deudora. De ahí que, si la demanda reúne los requisitos y se adjunta los documentos conforme el artículo 356 del COGEP, el juzgador declara admisible la demanda y concede

²⁶ En el procedimiento monitorio puro, no recaer sobre el acreedor la carga de probar, sino solamente la carga de afirmar los elementos de hecho de los cuales resulta que el crédito es idóneo: Piero Calamandrei, *El procedimiento...*, 122.

²⁷ De hecho el proceso monitorio documental se encontraba en el proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que en su artículo 321.1 establecía que para demandar en procedimiento monitorio se requerirá “documento autentico o autenticado judicialmente en la etapa preliminar”.

el término para el pago. Las actitudes de la parte demandada (deudora) pueden ser diversas: 1) no comparecer, 2) comparecer pero no oponerse a la pretensión; en ambos casos, la orden de pago se perfecciona, alcanzando el estado de cosa juzgada; y, dando lugar a la ejecución forzosa. Pero existe una tercera opción, que es comparecer oponiéndose, en cuyo caso hay lugar a la audiencia única.

Ahora bien, para establecer *las normas que rigen la valoración de las pruebas* resulta necesario revisar, aunque sea sucintamente, la regulación de la prueba en el COGEP.

Al regular los actos de proposición el COGEP establece como requisito de la demanda «el anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos» (Art. 142.7). En ese sentido, la ley específica que se debe acompañar la nómina de testigos con la indicación de los hechos sobre los cuales declararán; o para los casos de solicitud de inspección judicial, exhibición, informes de peritos u otras diligencias se debe señalar los objetos sobre los cuales versarán las diligencias; y, cuando se trate de pruebas documentales o periciales sobre las que la parte actora no tenga acceso se deberá describir su contenido, indicando de forma precisa el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas para su práctica. También, el COGEP establece como requisito de la demanda «la solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es el caso» (Art. 142.8 COGEP); y dispone, entre los documentos que se deben acompañar a la demanda «los medios de probatorios de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda información que sea necesaria para su actuación» (Art. 143.5 COGEP).

No obstante, tales disposiciones no deben ser malentendidas. Si consideramos que el propio artículo 142.7 del COGEP establece como obligación de la parte actora el *anuncio* de la prueba, y si tomamos en cuenta que el propio legislador, cuando regula los actos de proposición, se refiere únicamente a los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos; podemos sostener que la interpretación más asertiva determina que la prueba ha de ser valorada luego de que los medios probatorios debidamente anunciados se hayan practicado, en un eventual, juicio.

Si por *anuncio* hemos de entender el *aviso o información* respecto de algo; el anuncio de la prueba no es otra cosa que hacer conocer a la parte demandada aquellos mecanismos que se pretende hacer valer, eventualmente, en el juicio para probar los hechos expuestos en la demanda. Luego, si la propia ley habla de medios de prueba, ello se debe fundamentalmente a que los elementos probatorios que se adjuntan o los que se solicitan en la demanda, no alcanzan el valor de prueba sino únicamente luego de haberse practicado en el juicio oral. Precisamente debido a ello, es que el COGEP establece el criterio de oportunidad dentro de las normas de las reglas generales de la PRUEBA previstas en el Título II, más no dentro de la norma sobre la calificación de la demanda; así como también establece las normas reguladoras de la admisibilidad de las pruebas (Arts. 160 a 162 COGEP) dentro de las reglas generales del Título II del Libro III, ya que de lo contrario tales normas deberían estar previstas en las normas sobre la calificación de la demanda:

Art. 159. Oportunidad. La prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, salvo disposición en contrario.

La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código.

Todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código.

La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio. Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley.

Resulta ilustrativo que el COGEP establezca los momentos procesales en que debe adjuntarse la prueba, y lo denomine *oportunidad*,

señalando los momentos procesales en que tanto la parte actora y la parte demandada deben anunciar sus medios de prueba: demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción. Si consideramos que el significado etimológico de tal término *oportunidad* (*opportunitas*) hace referencia a lo *conveniente* de un contexto, así como a la confluencia de un *espacio y tiempo apropiado para obtener un provecho o cumplir un objetivo*.

Por ello, interpretando de forma razonada y en términos generales las normas reguladoras de las prueba, podemos asegurar que la parte actora al presentar su demanda debe: a) adjuntar los medios probatorios que estén en su poder; b) anunciar los medios probatorios que requiera y no estén a su disposición; y, c) y, solicitar al juzgador que autorice el acceso a los medios probatorios que así lo requiera. Pero se trata de una *obligación* en términos de *oportunidad*, en el sentido de que posteriormente no podrá hacerlo.

Para comprender más adecuadamente esta cuestión, resulta útil la doctrina que ha referido que quienes intervienen en el proceso judicial tienen deberes, obligaciones y cargas procesales²⁸. Por deber, se ha entendido aquello que es imperativo respecto del proceso mismo, por ejemplo la calificación de la demanda o el dictar sentencia; por obligación, en cambio ha de entenderse como un mandato inexorable que corresponde a una de las partes, la doctrina señala que el ejemplo por excelencia de esta categoría suele ser el pago de costas. Si bien cada una de estas cuestiones son sumamente relevantes para el proceso, nos vamos a ocupar detalladamente aquí.

A nosotros nos interesa el tema de las cargas procesales. Por carga procesal hemos de entender una situación jurídica instituida por la ley, que consiste en la realización facultativa de una conducta en interés propio y cuya omisión implica una consecuencia gravosa,

²⁸ Puede encontrarse reflexiones sobre este tema en, Eduardo Couture, *Estudios de derecho procesal civil* (Buenos Aires: Depalma, Tomo II, 1998) 254; también a Isidoro Eisner, *La Prueba en el Proceso Civil* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964) 49 y ss.; y otros. Véase también Francisco Carreta Muñoz, "Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de obediencia", en *Revista de Derecho*, No. 1, 2008, 101 y ss.

poniéndolo en situacin de desventaja frente a la contraparte. La carga de la prueba (*onus probandi*) no es otra cosa que una especie del género de las denominadas cargas procesales, que cumple una doble funcin: a) la primera, impone a las partes la responsabilidad respecto de demostrar, mediante la práctica de prueba, que los hechos propuestos en su demanda son verdaderos; y, b) la segunda, establece una regla para el juzgador cuando en el proceso no aparecen pruebas suficientes (o simplemente no exista ninguna) que conduzcan a la certeza sobre los hechos²⁹. De manera que, a través de la carga de la prueba «se distribuye el riesgo de la falta de prueba de un hecho afirmado, siendo la consecuencia de dicha falta de prueba recaerá en aquella parte que tenía la carga de aportarla y no lo hizo»³⁰.

Sobre esta cuestin la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha precisado:

Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisin le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa³¹. (cursiva fuera del original).

Volviendo al escenario de nuestra legislacin procesal, la distincin entre deberes, obligaciones y cargas procesales resulta útil para ilustrar que, si bien el anuncio de la prueba (adjuntar los medios probatorios que estén en poder de la parte actora, solicitar la práctica de diligencias que no estén a su alcance, o solicitar autorizacin judicial de determinado medio probatorio) es requisito de la demanda; esto no significa que el juzgador deba “valorar” si los medios probatorios

²⁹ Véase entre otros a Leo Rosenberg, *La carga de la prueba* (Montevideo-Buenos Aires: Editorial B DE F, 2da edicin, trad. de Ernesto Krotoschin) 32 y ss.

³⁰ Walter Campos Murillo, “Aplicabilidad de las teorías de las cargas probatorias dinámicas al proceso peruano. Apuntes iniciales”, en *Revista Oficial del Poder Judicial*, Año 6-7, 2012-2013, 201 y ss.

³¹ Corte Constitucional de Colombia, entre muchas otras, sentencias C-1512 de 2000, de 8 noviembre; C-279 de 2013, de 15 de mayo; y reiterada últimamente en la sentencia C-086/16, de 24 de febrero.

señalados en la demanda se estiman suficientes para probar los hechos que sustentan su pretensión, al momento de calificar la misma. Dicho en otras palabras, la obligación que el COGEP impone a la parte actora debe entenderse desde la perspectiva de la carga procesal y en términos de oportunidad (en el sentido de que luego de los actos que señala la ley no se puede agregar o solicitar ninguna prueba).

Así, lo que debemos tener claro es que el momento procesal que tiene la parte actora para anunciar (comunicar o informar) a la parte demandada los medios probatorios que pretende hacer valer en el juicio es la demanda; lo cual significa que, no se puede introducir medios probatorios en otro momento procesal (como sería luego de la citación con la demanda en el caso del actor, o en la audiencia preliminar, etc.), y si de hecho así se procediese, tal prueba carecería de eficacia y no podría ser valorada. Tal limitación, de anunciar sus medios probatorios en el momento oportuno, está fundado en una exigencia –constitucional eso sí– de someter a contradicción, y evitar la sorpresa procesal, con la finalidad última de que el derecho constitucional a la defensa de la parte contraria no se vea disminuido y goce de total plenitud.

Además, hay que considerar que de acuerdo con el sistema oral (Art. 168.6 CRE), «la práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio» como lo dispone la parte inicial del inciso final del artículo 159 del COGEP. Incluso, se establece que «para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código» conforme lo previsto en el inciso primero del artículo 164 del COGEP. De ahí que, como es conocido, por la interpretación sistemática, las normas jurídicas no pueden ser comprendidas fuera del contexto al que pertenecen; es decir, para determinar el significado más adecuado que se debe atribuir a una norma, puede resultar necesario considerar otras normas del mismo cuerpo legal.

Así, la interpretación de una norma no puede producir efectos aislados carentes de sentido respecto de las demás normas de un cuerpo legal. Por ello, para una adecuada comprensión del denominado

“requisito” de anuncio de los medios probatorios (adjuntar pruebas que estén en poder de la parte actora, solicitar la práctica de diligencias que no estén a su alcance, o solicitud de autorización judicial de determinado medio probatorio) debe tomarse en cuenta que el legislador lo establece como oportunidad; pero además ha de tomarse en cuenta que las normas establecen cuándo un determinado medio se constituye en *PRUEBA*.

Desde luego, este régimen que se ha previsto con carácter general para todo procedimiento ha sido variado por el propio legislador en el procedimiento monitorio, en el sentido de que el documento que prueba la deuda debe adjuntarse a la demanda, así como instituyendo una inversión de la iniciativa de contradicción, como ya hemos explicado; pero ello no significa que se haya alterado el sistema sobre la práctica y valoración probatoria, que en el procedimiento monitorio debe hacerse en audiencia única, cuando la parte demandada comparezca oponiéndose a la demanda monitoria.

Por último, sólo los medios probatorios que han sido debidamente anunciados, admitidos y practicados en la audiencia de juicio pueden ser valorados por el juzgador (Art. 164 inciso primero COGEP). Si por valoración de la prueba entendemos la actividad mental que realiza el juzgador para determinar la eficacia que se otorga a los medios probatorios practicados en la formación de su decisión; obviamente, estaremos de acuerdo en que se trata de una actividad de gran relevancia, ya que la acreditación de ese valor tiene incidencia directa en la decisión que adopte el juzgador en el caso sometido a su conocimiento y resolución. Por ello la doctrina dice:

[...] el juez debe realizar una operación intelectual que consiste en realizar un análisis crítico del contenido y resultado de las pruebas rendidas. A partir de ello buscará establecer el peso, mérito o valor de convicción que cada una de las evidencias aportadas, así como el conjunto de ellas, tiene para adoptar una decisión acerca de la ocurrencia o no de los hechos que han motivado la controversia. De esta manera, al fijar el peso relativo de cada prueba se pretende determinar cuál de las hipótesis que las partes han presentado al juez acerca de los hechos es la más probable o debe ser tomada por verdadera,

de modo que respecto de ella se apliquen las normas que resulten pertinentes y se resuelva la contienda de forma adecuada [...] ³².

Como resulta conocido, ya la clásica doctrina procesalista habían identificado dos sistemas de valoración de la prueba que rigen la actividad del juzgador. Así por ejemplo, Echandía decía que “[l]as legislaciones y, en ausencia de éstas, las costumbres judiciales, han regulado esta materia, en una u otra forma, desde tiempos antiquísimos, y lo han hecho, ora sujetando al juez a reglas abstractas pre-establecidas, que le señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia o por la ausencia de determinados medios de prueba (que es el sistema conocido como tarifa legal), ora otorgándole, por el contrario, facultades para que haga una valoración personal y concreta del material probatorio” ³³.

El COGEP, también dentro de las reglas generales que deben observarse respecto de la prueba (Capítulo I del Título II) establece las normas que rigen su valoración, en los siguientes términos:

La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. (Art. 164 inciso segundo COGEP).

De acuerdo con la norma anotada, es indudable que el legislador ha optado por un sistema de libre valoración de la prueba; es decir, corresponde al juzgador establecer el peso, grado de convicción, fuerza o determinación que un medio probatorio (documento, testimonio, pericia u observación directa) ha tenido para adoptar su decisión.

En otras palabras, a quien corresponde asignar el valor que merezca una prueba es al juzgador del proceso ante quien se practicó, como claramente lo señala el artículo 6 del COGEP cuando establece que,

³² Cristian Contreras Rojas, *La valoración de la prueba de interrogatorio* (Madrid: Marcial Pons, 2015) 84.

³³ Hernando Davis Echandía, *Compendio de la Prueba Judicial* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores) 64.

por el principio de inmediación, «la o el juzgador celebra las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso» (Art. 6 COGEP). Ello viene reforzado por la exigencia de inmediación como principio que forma parte del derecho de tutela judicial del artículo 75 de la Constitución, una exigencia que es característica básica, y a la vez fundamento, del juicio oral.

En el contexto de las consultas planteadas hemos de precisar lo siguiente. Cuando el inciso primero del artículo 356 del COGEP prescribe que “la persona que pretenda cobrar una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, que no conste en título ejecutivo, podrá iniciar un procedimiento monitorio, cuando se pruebe la deuda de alguna de las siguientes formas”, no establece que el juzgador determine si la deuda está probada para iniciar el proceso, o más concretamente para calificar la demanda sino únicamente si el documento, adjunto a la demanda, reúne los requisitos y condiciones previstas en la ley; es decir, tiene buena apariencia jurídica para declarar admisible la demanda y conceder el término de pago, pues la deuda ha de ser probada en la parte correspondiente al juicio en la audiencia única, cuando el deudor haya comparecido al proceso formulando oposición.

Sobre la cuestión de si un documento, bajo determinadas circunstancias (se niega a reconocerlo o guarda silencio o no lo impugna) tiene o no la suficiencia para ser considerado prueba, es una cuestión, que como todo hecho, corresponde determinar al juzgador que conoce el proceso. Ciertamente es, que la Constitución de la República reconoce un derecho «a acogerse al silencio» (Art. 77.7.b CRE) como parte del derecho a la defensa, pero ha de aclararse que el mismo se encuentra establecido como parte de las garantías básicas aplicables «a todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona»; de manera que, no puede sostenerse que existe un derecho a acogerse al silencio en todo proceso judicial sino únicamente en el proceso penal conforme lo establece expresamente la Constitución.

Y respecto de la falta de impugnación de un medio de prueba, ha de considerarse que es una carga procesal que ha de hacerse valer por quien pretenda beneficiarse de ella, estando demás señalar que el COGEP reconoce expresamente tal posibilidad, cuando dice que en la contestación de la demanda deberá pronunciarse, entre otras cosas, sobre la «autenticidad de la prueba documental que se haya acompañado» (Art. 151 COGEP); así como cuando se prevé que la contraparte podrá impugnar y contradecir la idoneidad probatoria del documento defectuoso (Art. 197 COGEP).

En tal perspectiva, las normas previstas en el COGEP establecen como facultad exclusiva del juzgador la valoración de la prueba, sin que ningún órgano del Estado tenga facultad para establecer una especie de valor a uno u otra prueba; no habiéndose previsto en nuestro sistema procesal la denominada prueba tasada, y por ende, al Corte Nacional de Justicia ni puede, ni debe, establecer un catálogo sobre el valor que corresponda otorgar a una u otra prueba.

Por lo expuesto, resulta claro que no existe duda, obscuridad o ininteligencia de la ley respecto de las normas que regulan el acceso al procedimiento monitorio, ni respecto de las normas sobre la valoración de la prueba; ya que, de acuerdo con nuestra ley procesal esas determinaciones corresponden exclusivamente al juzgador que conoce.

CONCLUSIÓN

Para acceder al proceso monitorio la o el juzgador no debe determinar si la deuda está probada; sino únicamente si el documento adjunto a la demanda reúne los requisitos y condiciones previstas en la ley, teniendo buena apariencia jurídica para declarar admisible la demanda y conceder el término de pago, pues la deuda debe probarse en la fase correspondiente al juicio en la audiencia única, cuando el deudor haya comparecido al proceso formulando oposición.

Respecto del valor de los documentos u otros medios de prueba, conforme las reglas de valoración de las pruebas establecidas en el COGEP, corresponde al juzgador ante quien se practicó la prueba determinar si constituye o no prueba suficiente para acreditar

los hechos. En lo fundamental, porque el legislador ha establecido un sistema de libre valoración de la prueba; lo cual implica, que no se puede vía interpretativa, menos aún vía resolución general y obligatoria, establecer el valor que corresponde a una determinada prueba.

26. Prescripción del procedimiento monitorio

CONSULTA

¿Se puede presentar en procedimiento monitorio, una letra de cambio que no cumpla los requisitos para ser considerada título ejecutivo, o cuya acción ejecutiva está prescrita?, ¿cabe inadmitir en el primer auto una demanda presentada en procedimiento monitorio a la cual se adjunta un título ejecutivo?, y ¿En qué tiempo prescribe la acción monitoria?

ANÁLISIS

Todo título ejecutivo lo es tal, por reunir los requisitos formales constitutivos de su creación, así:

- a) Es título ejecutivo la declaración de parte, cuando reúna 2 requisitos: que haya sido realizada ante un Juez competente, y que se la haya receptado con juramento del declarante;
- b) La Letra de Cambio, es título ejecutivo cuando reúne los requisitos del Art. 410 del Código de Comercio;
- c) El pagaré a la orden cuando cumple los requisitos del Art. 486 del Código de Comercio;
- d) El cheque lo es cuando reúne los requisitos del Art. 479 del Libro I, del Código Orgánico Monetario y Financiero.

Se ha descrito a modo de ejemplo 4 títulos ejecutivos, debiendo recordar que la condición de título ejecutivo, es distinta de la obligación que lo contiene, pues de acuerdo al Art. 347 del COGEP, el título ejecutivo debe contener obligación de dar o hacer. Esto lo podemos comprender cuando el Art. 348 del COGEP, indica que *“Para que proceda el procedimiento ejecutivo, la obligación contenida en el título deberá ser clara, pura, determinada y actualmente exigible.*

Cuando la obligación es de dar una suma de dinero debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética. (...)

Por tanto, es título ejecutivo, el documento al cual la ley dotándolo del tal carácter, ha impuesto condiciones constitutivas de su creación; es ejecutiva la obligación cuando la contraprestación es de dar o hacer, clara, pura, determinada, actualmente exigible, y líquida o liquidable si es de dar una suma de dinero.

El Art. 356 del COGEP, en relación al procedimiento monitorio, expresa que: *“La persona que pretenda cobrar una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, que no conste en título ejecutivo, podrá iniciar un procedimiento monitorio, cuando se pruebe la deuda de alguna de las siguientes formas: 1. Mediante documento, cualquiera que sea su forma y que aparezca firmado por la deudora o el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente de dicha deudora o dicho deudor (...)*”

Hay que recordar que los títulos ejecutivos son los que están expresamente señalados en la ley, es decir, se aplica el principio de legalidad, no de otra forma se entiende el texto del Art. 347 del COGEP, cuando al describir ejemplificativamente los títulos ejecutivos, en el numeral 8 dice: *“Los demás a los que otras leyes otorguen el carácter de títulos ejecutivos.”*

Así, la letra de cambio debe contener los requisitos descritos en el Art. 410 del Código de Comercio, siendo algunos de ellos subsanales de acuerdo al Art. 411 del mismo cuerpo normativo; mas de carecer la cambial del nombre de la persona a quien o a cuya orden debe efectuarse el pago, no es título ejecutivo, pero por contener la firma de la persona que se obliga, podría exigirse su pago mediante procedimiento monitorio, si cumple el resto de las condiciones exigidas en el Art. 356 del COGEP, como son: *“deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, (...)*”

De tratarse de documento que constituyendo título ejecutivo, haya sido presentado en procedimiento monitorio, corresponderá la inadmisión de la demanda por manifiestamente inadmisibles (Art. 147 inciso final); basado en que la vía procesal no es la correcta, ya que se incumplió los presupuestos de admisibilidad previstos en el Art. 356 del COGEP.

Ya que una letra de cambio pueda demandarse en procedimiento ejecutivo dentro de los 3 años desde su vencimiento (Art. 479 Código de Comercio) o hasta los 5 años (Art. 461 Código de Comercio).

En el derecho público rige el principio de que sólo puede hacerse lo que está expresamente permitido en la ley.

Al tratar la teoría de las normas procesales, y describir las permisivas, prohibitivas e imperativas, Barrios de Angelis³⁴, dice:

Un tema iniciado en la literatura es el de las implicaciones normativas, resulta enteramente inédito, que sepamos, el de las correlaciones. Las reglas de implicación podrían formularse así: toda prohibición implica una imperativa y, recíprocamente, toda imperativa una prohibitiva; en tanto que toda imperativa o prohibitiva incluye una permisiva; y, toda permisiva implica imperativas y prohibitivas. Para comprenderlas, digamos que la implicación es una relación que se da entre una especie normativa expresa y otras implícitas en ella. Y distingamos, además, entre la implicación interna –respecto del mismo destinatario– y la implicación externa –respecto de otros sujetos–; esta segunda forma la denominaremos correlación. Para no extendernos excesivamente, daremos dos ejemplos; la prohibición de ser depositario judicial (art. 85, C.P.C.) implica la imposición de adoptar la conducta contraria a la prohibida y el permiso de no efectuar la prohibida, así como el de realizar la impuesta; el permiso de solicitar una medida precautoria implica la prohibición de hacerlo fuera de los límites fijados por el legislador y la imposición de hacerlo –en el caso de que ocurra tal solicitud– dentro de dichos límites.

³⁴ Dante Barrios de Angelis, *Teoría del proceso*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial IB de f, 2da. Edición, 2005, págs. 85.

Por lo que, partiendo del criterio dado por este autor, podemos decir que el Art. 356 del COGEP, al señalar entre los presupuestos de admisibilidad del procedimiento monitorio, que la deuda “*no conste en título ejecutivo*”; es la vez, una norma imperativa, pues contiene una orden positiva, y es norma prohibitiva, por contener una prohibición. Así podemos ejemplificar que: la prohibición de demandar un título ejecutivo en procedimiento monitorio (norma imperativa prohibitiva), implica la obligatoriedad de presentarlo en procedimiento ejecutivo (norma imperativa permisiva).

El Código Civil, clasifica a la prescripción en 2 clases, según el Art. 2392:

1. La primera es un modo de adquirir las cosas ajenas por haberlas poseído durante el tiempo que la ley prevea y de cumplirse los demás requisitos que ella los contempla; y,
2. La segunda como modo de extinguir las acciones y derechos ajenos, por no haberlos ejercido durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción.

La segunda clase de prescripción, como extintiva de acciones y derechos, es la que trataremos de desarrollar en este análisis, y para ello, es necesario establecer la diferencia entre caducidad y prescripción. Mientras que por la caducidad se pierde el derecho al ejercicio de la acción, por la prescripción se termina la exigibilidad del derecho material; existe un común denominador que las identifica, y es el transcurso del tiempo, esto es, hay un lapso claramente definido por el ordenamiento legal que hace fenecer el derecho material.

La Corte Nacional de Justicia en la Resolución 05-2016, relativo a la caducidad de la acción del despido ineficaz, ha dicho:

La caducidad de la acción, consiste en la extinción de un derecho por el transcurso del tiempo expresamente concedido en la ley para su ejercicio. En el caso de la caducidad de la acción estamos frente a la pérdida de la oportunidad para acudir ante la administración de justicia con una determinada pretensión,

debido a que aquella no ha sido ejercida dentro del plazo o término que específicamente, en cada caso, la ley ha considerado pertinente establecer un tiempo perentorio; en tanto que en la prescripción, lo que se extingue es el derecho que ya no puede ser exigido.

En el caso de la caducidad, aquella opera de pleno derecho, por mandato expreso de la ley, sin que por tanto se puedan discutir en el juicio el asunto de fondo; no es necesario que se trabé la litis, se actúen pruebas y alegatos, así como una sentencia de mérito; pues lo que ocurre es que la acción ha perdido total eficacia por el transcurso del tiempo sin que el titular del derecho a accionar la haya ejercitado.

La prescripción extintiva de las acciones y la caducidad de la acción son similares en cuanto a sus efectos, pero difieren en sus características y condiciones. Así la prescripción solo puede ser alegada como excepción por la persona contra quien se ejerce la acción, en tanto que la caducidad puede y debe ser declarada de oficio por el juzgador, pues opera de pleno derecho; la prescripción se la interrumpe en forma civil o natural, la caducidad no es susceptible de interrupción, pues sólo condiciona el ejercicio de la acción en un determinado tiempo; la prescripción extintiva debe declarársela en sentencia en tanto que la caducidad puede ser declarada por el juez en cualquier instancia del proceso, incluso al momento en que ha de calificar la demanda.

Esta resolución es obligatoria y vinculante, en relación a la caducidad de la acción del despido ineficaz en materia laboral; sin embargo, para visualizar de mejor manera estas dos instituciones jurídicas, para el resto de materias, es adecuado entenderla como doctrina jurisprudencial, entendida ésta como el criterio judicial seguido por las Altas Cortes, de carácter persuasivo y no vinculante, pero marcador de un derrotero a seguir por los jueces inferiores.

Se identifica entonces, de acuerdo al enfoque que nos trae la citada Resolución, ciertas características y condiciones entre la caducidad y la prescripción, a decir:

- a) La caducidad es la extinción del derecho por no haber ejercitado la acción dentro del tiempo establecido en la ley; es declarada de oficio por el juzgador; no es susceptible de interrupción; es declarada al inicio del proceso o en su decurso.
- b) Por la prescripción el derecho material ya no puede ser exigido, por haber transcurrido el tiempo previsto en la ley; es alegada como excepción contra quien ejerce la acción; se interrumpe civil o naturalmente; se la declara en sentencia.

En efecto, el Art. 2393 del Código Civil, señala que la prescripción no opera de pleno derecho, esto es, el juzgador no podría declararla de oficio, sino a petición de parte.

El Art. 1486 del mismo cuerpo normativo, dice que *“Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles, las que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales, las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que, cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas. Tales son: (...) Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción”*.

Devis Echandía, al abordar el concepto de excepción, dice:

El caso de la prescripción es especial, y de ahí que nuestro Código exija que se alegue por el demandado, debido a que si bien extingue la obligación civil, deja vigente la obligación natural, y esta da derecho al acreedor para recibir el pago; por tanto, si el demandado no propone la prescripción, debe entenderse que está dispuesto a cumplir su obligación natural. Lo mismo sucede con la compensación, porque tiene cierto sentido reconventional y debe ser reclamada³⁵.

Ahora, se tratará un asunto que merece cierta definición en lo que tiene relación con la posibilidad de demandarse en procedimiento ordinario, un título ejecutivo que ha sido declarado prescrito en el procedimiento ejecutivo.

³⁵ Hernando Devis Echandía, *Nociones generales del derecho procesal civil*, Segunda Edición, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2009, pág. 594.

Al respecto, en el juicio No. 154-2011, mediante resolución de fecha 2 de octubre de 2012, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, tiene el siguiente criterio jurídico:

CUARTO.- Motivación: 4.2.2. (...) En los juicios ordinarios para el cobro de una deuda, los documentos tales como cheques, letras de cambio, pagarés a la orden u otros, no son elementos constitutivos autónomos de una obligación, pues por alguna razón han perdido el carácter de títulos ejecutivos, por ello, es necesario que el accionante demuestre la existencia de la obligación acudiendo a otros medios probatorios adicionales al documento.- La acción civil ordinaria de enriquecimiento injustificado, es eminentemente civil y no ejecutiva, se trata de un juicio de conocimiento pues, busca la declaración de un derecho, como es la existencia de una obligación, no ejecutiva, se la debe intentar en la vía ordinaria a diferencia de las demás acciones que se pueden intentar para conseguir el pago de un documento cambiario, de naturaleza meramente mercantil, por ser el último recurso que una persona intenta para que se cumpla con una obligación, se transforma en una acción civil, no solo porque la vía en la que la contienda se decidirá es la ordinaria, y no la verbal sumaria o ejecutiva, que es la regla para demandar la ejecución o el cumplimiento de la obligación pecuniaria contenida en un título de crédito, sino porque se trata de establecer la existencia de una deuda sin recurrir solamente al principio de literalidad del título de crédito, el cual por sí solo no constituye prueba de la obligación, sino un principio de prueba por escrito, ya que en la acción ordinaria de enriquecimiento injustificado el actor debe probar tanto la existencia de una obligación como, que ésta tenga los requisitos necesarios para que persista, como es: objeto lícito, causa lícita, capacidad de las partes y que tal declaración no adolezca de ningún vicio de consentimiento, puesto que al haber operado la caducidad o prescripción de las acciones cambiarias, corresponde establecer el nexo causal, que dio origen a la obligación.

En el juicio No. 175-2007, mediante resolución de fecha 26 de marzo de 2012, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, se expone el siguiente razonamiento:

QUINTO.- (...) En el presente caso si bien la acción ejecutiva fue desechada por contener dos vencimientos, aquello no obsta para que se pueda reclamar el pago del dinero en la vía ordinaria, ya no en base al título ejecutivo, sino a la acción de enriquecimiento injustificado, por una parte existe un incremento patrimonial en desmedro del patrimonio de otra persona sin una causa o justificación alguna, como es la demanda ejercida por el actor. Sobre este tema la doctrina y jurisprudencia se llama acción de enriquecimiento incausado, indebido o injusto, concepto que comprende o envuelve la idea de un daño patrimonial resultante del desplazamiento ilegítimo, injusto, sin sustento jurídico, de un bien en provecho de una persona y en perjuicio o desmedro de otra. En nuestro Código Civil, aunque no aparece reconocido como fuente autónoma generadora de obligaciones, sin embargo, se infiere, de los preceptos, entre otros, los siguientes: Arts. 291, 693, 697, 703, 704, 972, 973, 974, 1510, 1732, 2217, 2218, 2219, 2222, etc., del Código Civil. Tales disposiciones registran verdaderas aplicaciones del principio prohibitivo del enriquecimiento injusto, indebido o incausado. Por tanto, no es, no puede ser, la acción de enriquecimiento injusto (acción de in rem verso), desconocida para el foro nacional como para que pueda ser confundida e identificada con el delito derecho penal tipificado como enriquecimiento ilícito (Gaceta Judicial, Año XCII, Serie XV, No. 13, p. 3933, Quito, 22 de octubre de 1991).

Del criterio vertido en estos fallos, sí se puede demandar en procedimiento ordinario (acción de enriquecimiento injustificado) el cobro de un título ejecutivo prescrito; pero el documento por sí solo no prueba la obligación, sino que tendrá que demostrarse con otras pruebas el nexo causal que dio origen a la obligación.

Se ha consultado además, en qué tiempo prescriben las acciones que actualmente se demandan en procedimiento monitorio; al respecto, cabe indicar que en nuestra legislación sustantiva al tratar de la prescripción de la vía procesal, se refiere únicamente a las ordinarias y a las ejecutivas; es así que el Art. 2415 del Código Civil, señala que: *“Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias. La acción ejecutiva se convierte*

en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco.”

Sin que conste tampoco en el Código Orgánico General de Procesos, la prescripción del procedimiento sumario ni la del monitorio; para lo cual deberá aplicarse las reglas sobre prescripción de corto tiempo, a la cual va unida el derecho sustancial pretendido, por lo cual, en referencia a las pretensiones que pueden plantearse por procedimiento monitorio, tenemos como ejemplo:

- a) Prescriben en 3 años, los honorarios de abogados, de procuradores, de médicos, de cirujanos, de directores o profesores de colegios y escuelas, de ingenieros; y en general, de los que ejercen cualquiera profesión liberal, y siempre que no estén comprendidos dentro de las disposiciones del Código del Trabajo. (Art. 2421 Código Civil)
- b) Prescriben en 2 años, las acciones de los mercaderes, proveedores y artesanos, por el precio de los artículos que despachan al menudeo. La de toda clase de personas, por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente a excepción de los que se hallan regulados en el Código del Trabajo. (Art. 2422 Código Civil)
- c) Prescriben en 3 años, las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo, sin perjuicio de los demás casos de prescripción de corto tiempo, especialmente contemplados en el Código del Trabajo (Art. 635 Código del Trabajo)
- d) Prescriben en 6 meses, las acciones y derechos del arrendatario contra el arrendador y titular del inmueble, para el reintegro de lo indebidamente pagado por pensiones de arrendamiento y percepción de las sanciones establecidas en la ley de Inquilinato; de tratarse de pensiones de arrendamiento que no excedan de dos mil sucres, la prescripción será la de 2 años. (Art. 50 Ley de Inquilinato)

CONCLUSIÓN

Un documento, es título ejecutivo, por cuanto la ley lo ha dotado de tal carácter, imponiendo condiciones constitutivas en su creación. A manera de ejemplo, si la letra de cambio tiene aún acción ejecutiva no procede ser tramitada en procedimiento monitorio, sino en procedimiento ejecutivo, correspondiéndole al juez inadmitir su cobro por vía monitoria en el primer auto.

Al estar prescrito un título ejecutivo, se tiene dos vías procesales:

1. El procedimiento ordinario ejerciendo la acción de enriquecimiento injustificado, debiendo en ese proceso demostrarse con otras pruebas, como la declaración testimonial (Art. 1728 Código Civil), el nexo causal que dio origen a la obligación;
2. El procedimiento monitorio, donde a más de agregar a la demanda el título prescrito (principio de prueba por escrito que hace verosímil el hecho litigioso) se acompañará prueba documental preconstituida que demuestre la deuda; como una transferencia bancaria o el documento de entrega de mercadería.

Corresponde tramitarse por procedimiento monitorio aquellos documentos que por deficiencia formal no constituyen títulos ejecutivos, pero que cumplen con los demás requisitos del Art. 356 del COGEP, esto es, que contengan deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido; y, que cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general.

La prescripción de las acciones que se tramitan en procedimiento monitorio, depende del derecho sustancial pretendido.

27. Tarjeta de credito en procedimiento monitorio

CONSULTA

¿Se puede demandar en procedimiento monitorio, el pago de una tarjeta de crédito, pidiendo el capital, gastos de cobranza, intereses y adicionales?

ANÁLISIS

El monitorio, es un: “Proceso judicial sumario dirigido al cobro de una deuda dineraria vencida y exigible”³⁶.

Piero Calamandrei, identificó al monitorio con la denominación de inuucción, noción cuyas bases dogmáticas se sostienen en tres aspectos principales, a saberse, el primero que establece la naturaleza jurisdiccional o declarativa de este instituto en el régimen civil de los juicios, el segundo verifica la naturaleza monitoria que no es propiamente correspondiente a la esfera de los procedimientos ejecutivos, y el tercero establece que constituye una sustancia sumaria cualificada o una acción calificada de condena a un deudor³⁷.

Este procedimiento está previsto para cobrar una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, que no conste en título ejecutivo (Art. 356 COGEP).

Siempre que se prueba la deuda de cualesquiera de las formas determinadas en la referida norma, siendo aplicable a la tarjeta de crédito la numerada como 2, que dice: *“Mediante facturas o documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o comprobante de entrega, certificación, telefax, documentos electrónicos, que sean de los que comprueban la existencia de créditos o deudas que demuestren la existencia de la relación previa entre acreedora o acreedor y deudora o deudor.”*

El legislador ha previsto que se someterán a este procedimiento el cobro de deudas menores, esto es, que no excedan de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, estableciendo las siguientes características:

³⁶ Real Academia Española <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=UFbxsxz>

³⁷ Piero Calamandrei. El Procedimiento Monitorio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p.18

- a) Se dicta el mandamiento de pago inaudita altera parte,
- b) En base a una prueba documental,
- c) Existe posibilidad de oposición,
- d) Con inversión de carga del contradictorio, y
- e) Es de estructura simple, a decir de Barrios de Angelis³⁸, *“El objeto del juicio monitorio documental, en cambio, implica un grado de certeza que corresponden a una menor de la estructura. (...) según la cual, a menor cuestión, menor estructura. O, del mismo modo, y teniendo en cuenta que la reducción de la cuestión obedece a un momento de la evidencia, o a una mayor evidencia, podría decirse que la estructura se halla en razón inversa a la evidencia del objeto.”*

Se ha previsto que en el primer auto se dicte el mandamiento de pago de la deuda, concediéndose al deudor el término de 15 días para su pago u oposición. Ante lo cual tiene las siguientes opciones:

1. En caso de no pagar u oponerse, el auto interlocutorio queda en firme, con el efecto de cosa juzgada y se procederá a la ejecución (Art. 358)
2. En caso de pagar, extingue la obligación y se ordena el archivo de la causa (Art. 361)
3. En caso de oponerse hay audiencia, en la cual se dictará sentencia (Art. 359), y a continuación el Art. 360 establece que la deuda devengará el máximo interés convencional y de mora legalmente permitido, desde que se cite el reclamo.

Del análisis de las normas del procedimiento monitorio, se puede concluir que al permitirse al deudor pagar la deuda (sólo capital) dentro de los 15 días de citado con el petitorio y el mandamiento de pago, lo animaba a no crear contradicción, porque le era desventajoso oponerse ya que ello posiblemente le implicaba pagar intereses convencionales y moratorios.

³⁸ Dante Barrios de Angelis, Teoría del proceso, Montevideo-Buenos Aires, Editorial IB de f, 2da. Edición, 2005, págs. 35.

Además, está previsto en nuestra norma procesal que en el procedimiento de ejecución, el juzgador designará una o un perito para la liquidación de capital, intereses y costas; salvo los procesos laborales, en los cuales el mismo juzgador tiene la obligación de liquidar (Art. 371). Luego de lo cual dictará el mandamiento de ejecución (Art. 372). Lo que no sucede en el procedimiento monitorio, en el cual el mandamiento de pago, se convierte en mandamiento de ejecución, ante la ausencia de pago u oposición del deudor.

Por otro lado, somos del criterio expresado por Devis Echandía, que en el procedimiento voluntario, la legitimación en causa y el interés en el obrar deben examinarse al inicio del proceso; criterio aplicable al procedimiento monitorio, debido a que es el único momento procesal para hacerlo en el caso de inexistencia de oposición:

En Colombia y España, en los procesos ordinarios, por lo general, es en la sentencia cuando el juez estudia la legitimación en la causa. En cambio, el juez tiene el deber de examinarla para la admisión de la demanda, y ello ocurre por lo común cuando debe pronunciarse sobre el fondo de lo pedido, en el mismo auto admisorio o posteriormente, pero sin debate probatorio previo. (...) Otras veces existe etapa probatoria, pero la admisión de la demanda está condicionada no solamente a que se cumplan los presupuestos procesales de la acción y de la demanda –como sucede en todos los juicios–, sino, además, a que aparezca la prueba de la debida legitimación del demandante y su interés para obrar. Así ocurre en los juicios de jurisdicción voluntaria (...) Es decir, en los juicios especiales se examina siempre la legitimación en la causa y el interés para obrar que tienen el demandante y el demandado, si lo hay, para la admisión de la demanda. Sin duda, esto es un acierto, pues así se evitan procesos inútiles y pérdidas de dinero al Estado y a las partes, y de tiempo a estas y a los jueces³⁹.

³⁹ Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2da. Edición, 2009, pág. 365 a 366.

CONCLUSIÓN

De demandarse el pago de lo adeudado por tarjeta de crédito en procedimiento monitorio, se agregará a la demanda el contrato de emisión de la tarjeta de crédito y el estado de cuenta que refleje el saldo deudor. Pero en este procedimiento sólo será exigible el pago del capital, debido ya que en este procedimiento la deuda genera intereses convencionales y de mora, sólo desde la citación del petitorio, siempre y cuando haya sentencia.

28. Principio dispositivo e impulso oficioso

CONSULTA

¿En el nuevo sistema procesal ecuatoriano, el impulso procesal corresponde a las partes procesales o al juez?

ANÁLISIS

El Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, en relación al principio dispositivo, dice: “Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley. (...)”

En relación a este principio, la doctrina procesal, ha establecido las siguientes reglas:

- a) El juzgador no puede dar iniciativa a un proceso de oficio (*reza nemo iure sine actore*);
- b) El juzgador no puede valorar hechos ni medios de prueba que no hayan sido introducidos al proceso por las partes (*quod non est in actis non est in mundo*);
- c) El juzgador debe tener certidumbre sobre aquellos hechos que han acordado las partes en conflicto (*ubi partis sunt concordēs nihil ab iudiciē*);
- d) El juez debe atenerse estrictamente a lo alegado y probado por las partes (*secundum allegata et probata*); y,

- e) El juez no puede condenar por fuera de lo pedido por el actor en el libelo de su demanda (*ne eat ultra petita partium*)⁴⁰.

Por lo cual, por el principio dispositivo, corresponde a las partes procesales en materias no penales, dar inicio al procedimiento mediante sus actos de proposición; y, durante el proceso hacer uso de los mecanismos extraordinarios de conclusión del proceso, como el retiro de la demanda, el desistimiento, el allanamiento, la conciliación, la transacción, o el abandono.

Teniendo presente que en el desarrollo del procedimiento hay ciertos imperativos jurídicos, identificados como deberes, obligaciones y cargas procesales.

Para Couture, **deberes** son los impuestos en interés de la comunidad, diseñados para una adecuada realización del proceso, no imponen su ejecución forzosa pero sí formas de coacción moral o intimidación; así el deber de comparecencia del testigo, a quien se le impone arresto si se rehúsa a comparecer, o el deber del magistrado de residir en el lugar donde presta sus servicios, sancionándole funcionalmente con la pérdida, la postergación o la suspensión del empleo. **Obligaciones** son las impuestas en interés del acreedor con ocasión del proceso, como la que surge de la condena en costas, así como las obligaciones económicas frente al Erario, derivadas de los tributos que se pagan con ocasión del proceso. Las **cargas** están establecidas en interés del propio sujeto, consisten en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, cuya omisión trae aparejada un perjuicio o consecuencia gravosa para él. Como la carga de la contestación a la demanda, la carga de la prueba, la carga de la conclusión; el riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones⁴¹.

⁴⁰ ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Segunda Edición, Parte General, Tomo I, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires – Argentina, 1963, p. 101 y 102.

⁴¹ Eduardo Couture: Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Roque de Palma Editores, Tercera Edición, Buenos Aires, 1958, págs. 209-214.

En cambio por el principio de celeridad, “una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario” (Art. 20 Código Orgánico de la Función Judicial).

CONCLUSIÓN

Por lo que, existen actos procesales que se le atribuyen a la iniciativa de los justiciables, como es la presentación de la demanda, retiro de la demanda, desistimiento, conciliación, transacción, allanamiento, abandono.

Hay cargas procesales con consecuencias gravosas a la parte procesal omisa, como la contestación a la demanda, proposición probatoria, utilización de los recursos.

El principio de celeridad le impone al juzgador proseguir el trámite una vez iniciado a petición de parte, hasta su conclusión con la sentencia, salvo que en aplicación del derecho dispositivo (Art. 5 COGEP), las partes procesales decidan terminar el proceso utilizando una de las formas de conclusión extraordinaria.

29. Convocatoria a las audiencias

CONSULTA

¿Cuál es el término para convocar a la audiencia, dentro del procedimiento ejecutivo, sumario y monitorio? puesto que en el procedimiento ejecutivo si el demandado se opone formulando excepciones distintas a las previstas en el Art. 353 del COGEP, la norma ordena que se dicte sentencia.

ANÁLISIS

Sobre este tema, es importante recordar que nuestro Código Orgánico General de Procesos, distingue entre términos legales y judiciales, señalando el Art. 75 que los primeros se caracterizan por ser irrenunciables e improrrogables; mientras que los judiciales se definen en el Art. 76, indicándose que son los señalados por el juez, siempre y

cuando la ley no lo haya previsto, además que las partes de común acuerdo pueden reducir, suspender o ampliarlos con la aprobación del juzgador.

Los términos señalados en los procedimientos para convocar a audiencias, son legales, por lo que no pueden renunciarse o prorrogarse, salvo el diferimiento de audiencia ya fijada, de haber común acuerdo, así lo dispone el inciso 2 del Art. 293 del COGEP, que dice: *“Las partes, por una sola vez y de mutuo acuerdo, podrán diferir la audiencia y se fijará nuevo día y hora para su celebración”*.

En el procedimiento ejecutivo el Art. 354 señala que: *“Si se formula oposición debidamente fundamentada, dentro del término de tres días se notificará a la contraparte con copia de la misma y se señalará día y hora para la audiencia única, la que deberá realizarse en el término máximo de veinte días contados a partir de la fecha en que concluyó el término para presentar la oposición o para contestar la reconvencción, de ser el caso”*.

En relación al término para convocar a la audiencia en el procedimiento monitorio, se debe observar que el Libro IV, Título II del COGEP, trata de los procedimientos ejecutivos, y que dentro del Título II, se encuentran 2 capítulos, el primero se refiere al procedimiento ejecutivo, y el segundo capítulo es del procedimiento monitorio; que el Art. 355, dice lo siguiente: *“En todo lo no previsto en este Título serán aplicables las normas del procedimiento sumario”*; por lo que si no existe norma que haya previsto el término para convocar a la audiencia del procedimiento monitorio, debemos remitirnos a las normas del procedimiento sumario.

En el procedimiento sumario, el Art. 333, sobre el tema en referencia, señala que *“Esta audiencia se realizará en el término máximo de treinta días a partir de la contestación a la demanda”*.

El Art. 358 establece que: *“Si la o el deudor no comparece dentro del término concedido para el efecto o si lo hace sin manifestar oposición, el auto interlocutorio al que se refiere el inciso primero quedará en firme, (...)”*; y, el Art. 359, señala que: *“Si la parte demandada*

comparece y formula excepciones, la o el juzgador convocará a audiencia única, (...)”.

De igual manera sucede en las situaciones procesales previstas en el Art. 352, esto es, si el demandado dentro del respectivo término no cumple la obligación, ni propone excepciones o si las excepciones propuestas son distintas a las permitidas en este Código para este tipo de procesos; en los supuestos 1 y 2, esto es, de no cumplirse la obligación o no haberse propuesto excepciones dentro del término, obviamente se debe esperar el vencimiento del mismo para sentenciar; pero en el supuesto 3, es decir, si las excepciones propuestas son distintas a las previstas en el Art. 353 del COGEP, la duda surge en el siguiente sentido, qué sucede si el deudor formula excepciones permitidas al cuarto o quinto día de haber sido citado; se debe esperar que el término venza, para dictar sentencia o no.

CONCLUSIÓN

En el procedimiento sumario y monitorio el juzgador señalará la audiencia, en un término máximo de 30 días a partir de la contestación a la demanda (sumario) o del escrito de oposición con excepciones (monitorio).

Por lo que, en el procedimiento ejecutivo, la convocatoria audiencia será en un término máximo de 20 días desde la conclusión del término para oponerse a la demanda, de tal manera que si el ejecutado ha contestado la demanda antes de los 15 días que tiene para ello, no significa que el juzgador deba inmediatamente convocar a la audiencia, pues el legislador ha establecido imperativamente la obligación de esperar que venza en su totalidad el término para convocarla; esto tiene relación con la posibilidad prevista en el Art. 351 del COGEP, ya que el demandado hasta el vencimiento del término (15 días), pese a haber contestado la demanda, puede “pagar o cumplir con la obligación”.

Desde luego que el juzgador, consultada su agenda, puede señalar la fecha de audiencia en un término menor a los 20 días, para el ejecutivo (pero siempre a partir del vencimiento del término para contestar la demanda); y, en un término menor a los 30 días, en el sumario y monitorio (a partir de la contestación u oposición, respectiva).

Si las excepciones propuestas por el deudor al contestar la demanda son distintas a las previstas en el Art. 353 del COGEP, se tendrá que esperar el fenecimiento del término para sentenciar, ya que pese a que se contestó la demanda antes, le queda al deudor la posibilidad de pagar o cumplir la obligación (15 días).

30. Rehabilitación de la declaratoria de muerte por desaparecimiento

CONSULTA

¿En qué procedimiento corresponde rehabilitar a la persona sobre la cual se declaró la muerte por desaparecimiento?

ANÁLISIS

El Código Civil establece dos declaratorias de muerte por desaparecimiento, una provisional y la definitiva.

En la Declaración Provisional de Muerte por Desaparecimiento.- A más de cumplir con los otros requisitos descritos en el Art. 67 del Código Civil, se demostrará que han transcurrido por lo menos 2 años desde la fecha de las últimas noticias sobre la existencia del desaparecido, se fijará como día presuntivo de la muerte, el último del primer año, y transcurridos 3 años desde la misma fecha, se concederá la posesión provisional de sus bienes, con la declaratoria de disolución de la sociedad conyugal. Los poseedores provisionales, procederán a formar el inventario solemne de los bienes; representarán a la sucesión en las acciones y defensas contra terceros; podrán vender en pública subasta una parte o todos los muebles, si el juez lo creyere conveniente; no podrán enajenarse ni hipotecarse los bienes raíces, sino por causa necesaria o de utilidad evidente declarada por el juez, en pública subasta; prestarán caución de conservación y restitución, y hará suyos los respectivos frutos e intereses.

En la Declaración Definitiva de Muerte por Desaparecimiento.- Se obtendrá transcurridos que sean 10 años, desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese, a la expiración de dichos diez años la edad del desaparecido, si viviere. Se procederá a la distribución de sus bienes y se cancelarán las cauciones; se da por terminado

el matrimonio; se abre la sucesión si no hubiere precedido posesión provisional; los propietarios y fideicomisarios de bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios y en general cuantos tengan derechos subordinados a la condición de muerte de aquél, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte.

Primera Excepción a la Declaración Provisional de Muerte por Desaparecimiento.- Sin haberse concedido la declaración provisional, puede directamente declararse la muerte presunta definitiva, cuando una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces 6 meses, fijará el juez como día presuntivo de la muerte, el de la acción de guerra, naufragio o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

Segunda Excepción a la Declaración Provisional de Muerte por Desaparecimiento.- El juez concederá la posesión definitiva, en lugar de la provisional, si, cumplidos los 3 años, se probare que han transcurrido 80 años desde el nacimiento del desaparecido.

El Código Civil en su Art. 79 expresamente señala: *“El decreto de posesión definitiva podrá revocarse a favor del desaparecido, si volviere, o de sus legitimarios habidos durante el desaparecimiento, o de su cónyuge por matrimonio contraído en la misma época”*.

Y de la misma manera el Art. 80 del cuerpo sustantivo en mención, manifiesta:

“En la revocatoria del decreto de posesión definitiva se observará las reglas que siguen: 1. El desaparecido podrá pedir la revocatoria en cualquier tiempo que se presente, o que haga constar su existencia; 2. Las demás personas no podrán pedirla sino dentro de los respectivos plazos de prescripción, contados desde la fecha de la verdadera muerte; 3. Este beneficio

aprovechará solamente a las personas que por sentencia judicial lo obtuvieren; 4. En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes, en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos; 5. Para toda restitución serán considerados los demandados como poseedores de buena fe, a menos de prueba contraria; y, 6. El haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe.”

El Art. 289 del Código Orgánico General de Procesos, señala que: “Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación.”

CONCLUSIÓN

La revocatoria de la declaratoria provisional o definitiva de muerte por desaparecimiento, debe ser tramitada en procedimiento ordinario.

31. Informes de presidencia de corte nacional de justicia

CONSULTA

¿Es vinculante el informe que se contiene en el oficio No. 018-AJ-PC-NJ-2017, de 5 de Enero de 2017, del Director Técnico de Asesoría Jurídica y Cooperación Judicial de la Corte Nacional de Justicia, de ser así, cómo proceder en la ejecución de juicios que se tramitaron con el Código de Procedimiento Civil?

ANÁLISIS

En relación a la primera interrogante de los consultantes, si el informe de la Dirección Técnica de Asesoría Jurídica y Cooperación Judicial de la Corte Nacional de Justicia, es vinculante o no.

Se debe recordar que según el Art. 126 del Código Orgánico de la Función Judicial y la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 20 de mayo de 2009, publicada en el Registro Oficial No 614 de 17 de junio de 2009; los jueces de primera instancia deben enviar las consultas al Presidente de la Corte Provincial respectiva,

este remitirá al Presidente de la Corte Nacional de Justicia, quien dispone a la Asesoría Jurídica que presente un informe motivado acerca de la consulta o anteproyecto de ley.

De merecer ser acogida la consulta, con el respectivo informe, se presentará al Pleno de la Corte Nacional de Justicia para su aprobación y resolución; que será generalmente obligatoria, mientras no se disponga lo contrario por la ley, de conformidad con lo prescrito en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En el caso de que la consulta no amerite una resolución, se indicará este particular en el informe de Asesoría Jurídica y por tanto, al no ser el informe obligatorio, se convierte no obstante en una orientación, ponencia o criterio, que nutre la doctrina jurídica sobre los temas planteados.

Sobre la segunda interrogante, esto es, en relación a los procesos que se tramitan con normas procesales anteriores al COGEP, la impugnación deberá regirse por las mismas leyes procesales aplicables el momento de su tramitación, esto es, Código de Procedimiento Civil, Ley de Inquilinato, Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; en aplicación de la Disposición Transitoria Primera del COGEP.

“Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación.”

Entendiéndose que el proceso concluye con la resolución de los recursos ordinarios y el extraordinario de casación.

Por otro lado, los procesos que se sustanciaron con el Código de Procedimiento Civil, Ley de Inquilinato, Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; si la etapa de ejecución empieza a partir del 23 de mayo del 2016 (fecha de la entrada en vigencia del COGEP), deben tramitarse con la nueva norma procesal.

El COGEP determina que en la ejecución, el juzgador debe circunscribirse a la realización concreta de lo establecido en el título, limitándose las partes procesales al control del cumplimiento del título de ejecución (en este caso la sentencia).

El proceso de conocimiento que tuvo el juez antes de dictar la resolución, es distinto de la ejecución del fallo. Mientras en el primero ejerce potestad pública para decidir sobre los derechos subjetivos que se encuentran en disputa, utilizando las reglas de la sana crítica; en el segundo su deber es realizar todo el conjunto de actos procesales para llevar al cumplimiento de la sentencia.

CONCLUSIÓN

En consecuencia, en los procesos tramitados con norma procesal anterior al COGEP, si la etapa de cognición no ha terminado, la norma aplicable para la impugnación, será la anterior.

Por otro lado, si el proceso tramitado con norma anterior al COGEP, ha merecido sentencia ejecutoriada, la ejecución de la misma, a partir del 23 de mayo del 2016, deberá ser con el COGEP.

32. Competencia del procedimiento de partición

CONSULTA

Que se indique el Juez competente para conocer el juicio de partición, ¿cuál es el trámite a seguir en el procedimiento voluntario de partición, cuál es el procedimiento de exclusión de bienes incluidos en la partición?, y si previo aprobar una partición, es necesario contar con el informe favorable del municipio.

ANÁLISIS

La partición de bienes hereditarios consensual podrá ser solemnizada por la o el notario, conforme al numeral 37 del Art. 18 de la Ley Notarial.

La partición de bienes no hereditarios, o de bienes hereditarios sin consentimiento previo, se tramitará en procedimiento voluntario, de acuerdo a los Arts. 334, 335 y 336 del COGEP.

Según determina el Art. 234.1 del mismo Código Orgánico de la Función Judicial, las juezas y jueces de la familia, mujer, niñez y adolescencia tienen competencia para conocer las materias comprendidas en el Libro Tercero del Código Civil, sin perjuicio de las atribuciones que en estas materias posean también los Notarios.

El Art. 2204 del Código Civil, define el cuasicontrato de comunidad como: *“La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato”*. Esta comunidad termina de acuerdo con el Art. 2212 *ibídem*: *“...3. Por la división del haber común”*.

Art. 2213 del mismo cuerpo sustantivo, dispone: *“La división de las cosas comunes y las obligaciones y derechos que de ella resulten, se sujetarán a las mismas reglas que la partición de la herencia”*.

Refiriéndose al procedimiento voluntario de inventario, el inciso final del Art. 346, dice al respecto: *“Los reclamos sobre propiedad o dominio de los bienes incluidos en el inventario se sustanciarán ante la misma o el mismo juzgador, en procedimiento ordinario separado”*.

El Art. 1348 del Código Civil, señala que: *“Las cuestiones sobre la propiedad de objetos en que alguno alegue un derecho exclusivo y que, en consecuencia, no deben entrar en la masa partible, serán decididas judicialmente, y no se retardará la partición por ellas. Decididas a favor de la masa partible, se procederá como en el caso del Art. 1365. Sin embargo, cuando recayeren sobre una parte considerable de la masa partible, se podrá suspender la partición hasta que se decidan, si el juez, a petición de los asignatarios a quienes corresponda más de la mitad de la masa partible, lo ordenare así.”*

El Art. 18 del Código Civil, señala que Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley, para lo cual describe las reglas de interpretación judicial de la ley, entre las cuales para contestar la pregunta formulada, es relevante la regla 4, que dice: *“El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas*

ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

Por otro lado, el COOTAD, en su Art. 473 dice: *“En el caso de partición judicial de inmuebles, los jueces ordenarán que se cite con la demanda a la municipalidad del cantón o distrito metropolitano y no se podrá realizar la partición sino con informe favorable del respectivo concejo. Si de hecho se realiza la partición, será nula. En el caso de partición extrajudicial, los interesados pedirán al gobierno municipal o metropolitano la autorización respectiva, sin la cual no podrá realizarse la partición.”*

CONCLUSIÓN

De acuerdo al numeral 1 del Art. 234 del Código Orgánico de la Función Judicial, las juezas y jueces de la familia, mujer, niñez y adolescencia son competentes para conocer en primera instancia los procesos de partición sobre los bienes de la sociedad conyugal o de los hereditarios, por tratarse de materias comprendidas en los Libros Primero y Tercero del Código Civil. Acorde con el numeral 2 del Art. 240 del Código Orgánico de la Función Judicial, a las juezas y jueces de lo civil les corresponde conocer y resolver en primera instancia los procesos de partición sobre los bienes comunitarios o indivisos, cuyo título provenga sea de contratos como por ejemplo el de compraventa, el de sociedad civil o mercantil; o de un cuasicontrato como el de comunidad.

En el Código Orgánico de Organización Territorial y Descentralización, el Art. 473 ordena a los jueces que conozcan una causa de partición judicial de inmuebles, la obligatoriedad de citar al Municipio o Distrito Metropolitano, así como a contar con el informe favorable del respectivo concejo; sancionando su incumplimiento con la nulidad de todo el procedimiento.

En relación al trámite que debe observarse dentro del procedimiento voluntario jurisdiccional de la partición, cabe indicar que en la Disposición Final Primera del Código Orgánico General de Procesos, se contempla que en todo lo no previsto en este cuerpo legal, debe

aplicarse el Código Civil como norma supletoria. En el Código Civil, Libro III, Título X, desde el Art. 1338 al 1369, se describe la institución de la partición de bienes. En caso de oposición se tramitará en procedimiento sumario.

La exclusión de bienes incluidos en la partición, se debe tramitar ante el mismo juzgador, en procedimiento ordinario.

33. Procedimiento por negativa de inscripción del registrador de la propiedad

CONSULTA

Existe duda en cuanto al trámite que debe darse a la negativa de inscripción del Registrador de la Propiedad, unos jueces estiman que se debe tramitar en ordinario y otros en voluntario.

ANÁLISIS

La Ley de Registro en su art. 11, establece que son deberes y atribuciones del Registrador:

- a) Inscribir en el Registro correspondiente los documentos cuya inscripción exige o permite la Ley, debiendo negarse a hacerlo en los casos siguientes:
 1. Si la inscripción es legalmente inadmisibles, como en el caso de no ser auténtico el título que se presente o no estar conferida la copia en el papel del sello correspondiente;
 2. Si los impuestos que causan la celebración del acto o contrato o su inscripción no han sido pagados de acuerdo con la Ley;
 3. Si el inmueble a que se refiere el acto, contrato o mandato judicial que debe inscribirse no está situado dentro del Cantón;
 4. Si el título o documento que se trata de inscribir tiene algún vicio o defecto que lo haga nulo;
 5. Si el título o documento no contiene los requisitos legales para la inscripción; y,
 6. Si no se ha dado al público el aviso que previamente a la inscripción de un título o documento prescribe la Ley.

En caso de negativa a inscribir, el Registrador expresará con precisión y claridad las razones en que se funde, debiendo contener su decisión la debida motivación, conforme lo manda el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República.

La Ley de Registro en el Art. 11 además describe el trámite a seguir por el interesado que ha obtenido una negativa de inscripción: *“De la negativa del Registrador se podrá ocurrir al Juez competente, quien luego de examinar la solicitud del interesado y las causas de la negativa, dictará su resolución, la que será notificada al Registrador en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil. Si la resolución ordena la inscripción, no será susceptible de recurso alguno. Si el Juez negare la inscripción, el interesado podrá interponer el recurso de apelación para ante la Corte Superior correspondiente, de cuya resolución no habrá recurso alguno”*.

El Código de Procedimiento Civil fue derogado expresamente por la Disposición Derogatoria Primera del COGEP, que dispuso: *“Deróguese el Código de Procedimiento Civil, codificación publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005 y todas sus posteriores reformas”*; además, la Disposición Reformatoria Primera del Código Orgánico General de Procesos, ordenó lo siguiente: *“En todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, sustitúyase en lo que diga: 1. “Código de Procedimiento Civil”; (...), por “Código Orgánico General de Procesos”*.

El Art. 334 del COGEP, describe a modo de ejemplo los procedimientos voluntarios jurisdiccionales, señalando en la parte final que: *“También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción”*.

Sobre las reglas de proporción de los sistemas del proceso, Barrios de Angelis⁴², enseña que:

⁴² Dante Barrios de Angelis, *Teoría del proceso*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial IB de f, 2da. Edición, 2005, págs. 35.

El objeto del juicio ordinario se considera institucionalmente desprovisto de certeza; el juez no puede decidir en contra ni en favor de la pretensión, por más que desde el inicio le resulte evidente la solución. No habrá pronunciamiento sobre el fondo hasta que el juicio se haya desarrollado en su totalidad. El objeto del juicio monitorio documental, en cambio, implica un grado de certeza que corresponden a una menor de la estructura. Lo mismo puede apreciarse cuando en un juicio ordinario, la inicial confesión lisa y llana posibilita una decisión inmediata, es decir, una reducción de la estructura. En principio, toda relación es una ley, y podría hablarse aquí de una ley de proporción entre la medida de la cuestión y la de la estructura; según la cual, a menor cuestión, menor estructura. O, del mismo modo, y teniendo en cuenta que la reducción de la cuestión obedece a un momento de la evidencia, o a una mayor evidencia, podría decirse que la estructura se halla en razón inversa a la evidencia del objeto.

Hay que tener presente que en los procesos voluntarios, la legitimación en causa y el interés en el obrar, deben examinarse al inicio del proceso; esto es, al admitir la solicitud, puesto que es el único momento procesal para hacerlo en el caso de inexistencia de oposición, así lo señala Devis Echandía:

En Colombia y España, en los procesos ordinarios, por lo general, es en la sentencia cuando el juez estudia la legitimación en la causa. En cambio, el juez tiene el deber de examinarla para la admisión de la demanda, y ello ocurre por lo común cuando debe pronunciarse sobre el fondo de lo pedido, en el mismo auto admisorio o posteriormente, pero sin debate probatorio previo. (...) Otras veces existe etapa probatoria, pero la admisión de la demanda está condicionada no solamente a que se cumplan los presupuestos procesales de la acción y de la demanda –como sucede en todos los juicios–, sino, además, a que aparezca la prueba de la debida legitimación del demandante y su interés para obrar. Así ocurre en los juicios de jurisdicción voluntaria (...) Es decir, en los juicios especiales se examina siempre la legitimación en la causa y el interés para obrar que tienen el demandante y el demandado, si lo hay, para la admisión de la demanda. Sin duda, esto es un acierto, pues así se evitan procesos inútiles

y pérdidas de dinero al Estado y a las partes, y de tiempo a estas y a los jueces⁴³.

CONCLUSIÓN

Que el procedimiento más adecuado de acuerdo a la naturaleza del proceso y al objeto a resolver, negativa de inscripción (asunto documental) en el cual debe contarse con el Registrador de la Propiedad del cual provino la negativa, es el voluntario.

34. Procedimiento de la recuperación de los niños, niñas y adolescentes

CONSULTA

Con respecto a la recuperación de menor, el COGEP establece que corresponde ser tramitada en procedimiento sumario, pero la duda se genera por no estar derogado el Art. 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

ANÁLISIS

Con el Código Orgánico General de Procesos, existen disposiciones normativas que dejaron de tener vigencia, sea por derogatoria expresa o tácita, una de las derogatorias tácitas es la del Art. 125 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que en los momentos actuales es inaplicable.

El trámite para la recuperación del menor, es sumario conforme el Art. 332.3 del COGEP, la demanda debe cumplir los requisitos del Art. 142 del mismo cuerpo legal, en el auto inicial se deben ordenar las medidas provisionales que tiendan a proteger la integridad física y emocional del menor, se dispondrá la citación e investigación a la oficina técnica, a la DINAPEN y a la Fiscalía.

En caso de ausencia a la audiencia, como es evidente que se debe hacer comparecer al menor de edad con la persona que lo retiene,

⁴³ Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2da. Edición, 2009, pág. 365 a 366.

se dispondrá su comparecencia con apremio personal, debiendo ejecutarla la DINAPEN, inclusive con allanamiento ordenado por el juzgador; así lo dispone el Art. 130.7 del Código Orgánico de la Función Judicial: *“Disponer la comparecencia de las partes procesales, testigos y peritos, cuya presencia sea necesaria para el desarrollo del juicio, por medio de la Policía Nacional. Esta medida no podrá tener una duración superior a veinticuatro horas, pero podrá reiterarse cuantas veces sea necesario hasta que se dé cumplimiento a la orden de comparecencia, sin perjuicio de que la jueza o el juez imponga la multa de dos salarios básicos unificados del trabajador en general, salvo caso fortuito o fuerza mayor”*;

Apremio que cesará conforme lo dispuesto en el Art. 139 del COGEP: *“Cesación del apremio personal. La orden de apremio personal cesará cuando: 1. Se conduzca a la persona apremiada ante la o el juzgador competente para dar cumplimiento a la orden judicial. (...)”*

CONCLUSIÓN

El procedimiento para la recuperación del menor, es sumario, la audiencia debe señalarse lo más pronto que sea posible, el juzgador debe ordenar las medidas provisionales que tiendan a proteger la integridad física y emocional del menor, y la entrega debe realizarse en audiencia.

35. Procedimiento de las medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes

CONSULTA

¿Qué procedimiento corresponde aplicar en las medidas de protección, CONA o COGEP? Las mismas que se encuentran enmarcadas en el Título VI, Capítulo I, del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, estas pueden ser administrativas o judiciales.

ANÁLISIS

El procedimiento relacionado a la remisión de las medidas de protección dictadas por las juntas cantonales de Protección de Derechos de la Niñez y Adolescencia está establecido en el numeral 6 del

Art. 217: “(...) 6. La custodia de emergencia del niño, niña o adolescente afectado, en un hogar de familia o una entidad de atención, hasta por setenta y dos horas, tiempo en el cual el Juez dispondrá la medida de protección que corresponda. Son medidas judiciales: el acogimiento familiar, el acogimiento institucional y la adopción.”

El Art. 218 *ibídem*, sobre la competencia para dictar las medidas de protección nos dice: “Son competentes para disponer las medidas de protección de que trata este título, los Jueces de la Niñez y Adolescencia, las Juntas Cantonales de Protección de Derechos y las entidades de atención en los casos contemplados en este Código. Las medidas judiciales de protección sólo pueden ser ordenadas por los Jueces de la Niñez y Adolescencia. Las medidas administrativas pueden ser dispuestas indistintamente, por los Jueces de la Niñez y Adolescencia y las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, según quien haya prevenido en el conocimiento de los hechos que las justifican. Las entidades de atención sólo podrán ordenar medidas administrativas de protección, en los casos expresamente previstos en el presente Código. De las medidas dispuestas por las Juntas Cantonales de Protección de Derechos y las entidades de atención puede recurrirse ante los Jueces de la Niñez y Adolescencia, contra cuya resolución en esta materia no cabrá recurso alguno.”

Esta remisión, es actualmente al Juez de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia por su competencia del Art. 234. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial: “**ATRIBUCIONES Y DEBERES.**- Las juezas y jueces de la familia, mujer, niñez y adolescencia conocerán y resolverán, en primera instancia, las siguientes causas: (...4. Todo lo relativo a los derechos de niños, niñas y adolescentes de conformidad con la Constitución de la República, los convenios internacionales, el Código de la Niñez y la Adolescencia y más disposiciones legales vigentes...”

El juzgador al tener conocimiento de la medida administrativa dada del Art. 217.6 del CONA, por una de las juntas cantonales de Protección de Derechos de la Niñez y Adolescencia, debe pronunciarse sobre esta medida; la que podría ser modificada, sustituida o revocada dándole una medida judicial, que puede ser ordenada en el auto inicial.

Cuando la remisión es por impugnación a la resolución de las medidas administrativas dadas, de acuerdo al numeral 2 Art. 241 del CONA: “(...) 2. De apelación, ante el Juez de la Niñez y Adolescencia con jurisdicción correspondiente al órgano que pronunció el fallo o denegó a trámite la petición. La apelación debe interponerse en el término de tres días contados desde que se dictó la resolución impugnada o se denegó la reconsideración, según el caso...”, siendo competente para conocer de este recurso el juzgador de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia para resolver por apelación las medidas administrativas determinadas en el Art. 217 del CONA.

Al analizar el procedimiento que se debe dar a estas medidas, de acuerdo al COGEP, tenemos 2 disposiciones, que ocasionan una confusión de aplicación, siendo:

1. La derogatoria décima cuarta que reza: “Quedan asimismo derogadas, a la entrada en vigencia de la presente Ley, otras disposiciones de igual o inferior jerarquía que se opongan a lo dispuesto en la misma.”
2. Y la Disposición Final Primera del mismo cuerpo legal que dice: “En todo lo no previsto en el Código Orgánico General de Procesos, se observarán, de forma supletoria, las disposiciones vigentes del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia...”. Siendo esta norma supletoria, en parte sustantiva y en otra adjetiva, como ocurre en el Art. 241 del CONA, donde se indica la tramitología a seguir en sede jurisdiccional por la remisión por impugnación dada a la resolución de las medidas administrativas adoptadas por las juntas cantonales de protección de derechos de niñas/os y adolescentes.

CONCLUSIÓN

Las medidas de protección imponen al Estado, sus funcionarios y empleados o cualquier particular, incluido los progenitores, parientes, personas responsables de su cuidado, maestros, educadores y el propio niño, niña o adolescente, determinadas acciones con el objeto de hacer cesar el acto de amenaza, restituir el derecho que ha sido vulnerado y asegurar el respeto permanente de sus derechos. El COGEP establece en su Art. 332.3 que los asuntos de la materia

(Niñez y Adolescencia) se tramitarán por procedimiento sumario, involucrando inclusive a las medidas de protección administrativas. Por lo que, la remisión que hagan de las Juntas Cantonales de Derechos, por custodia emergente seguirá el trámite del procedimiento sumario.

Cuando se trate de la remisión por apelación de la resolución administrativa, se procederá de acuerdo al Título IV, capítulo III, libro III, del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Las medidas de protección pueden ser sustituidas, modificadas o revocadas por la autoridad judicial que las impuso; siendo su responsabilidad, hacer el seguimiento, revisión, evaluación y de ser necesario su revocatoria (Art. 219 CONA).

36. Diferimiento de audiencias

CONSULTA

Si el diferimiento de audiencias, que está permitido en el procedimiento ordinario, también es aplicable para el procedimiento sumario, ejecutivo y monitorio.

ANÁLISIS

El Código Orgánico General de Procesos, distingue entre términos legales y judiciales, señalando el Art. 75 que los primeros se caracterizan por ser irrenunciables e improrrogables; mientras que los judiciales se definen en el Art. 76, indicándose que son los señalados por el juez, siempre y cuando la ley no lo haya previsto, además que las partes de común acuerdo pueden reducir, suspender o ampliarlos con la aprobación del juzgador.

Por lo que, si bien es cierto en el procedimiento ordinario, se puede diferir la audiencia ya fijada, de haber común acuerdo, así lo dispone el inciso 2 del Art. 293 del COGEP, que dice: *“Las partes, por una sola vez y de mutuo acuerdo, podrán diferir la audiencia y se fijará nuevo día y hora para su celebración”*; esta regla también es aplicable al procedimiento sumario, ejecutivo y monitorio.

CONCLUSIÓN

Aplicando el Art. 18 del Código Civil, en cual se señala que los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley, para lo cual describe las reglas de interpretación judicial de la ley, entre las cuales es relevante la regla 7, que dice: “A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”.

Por lo cual, aplicando por analogía las reglas del procedimiento ordinario (Art. 293 COGEP), en los procedimientos ordinarios, sumarios, ejecutivos y monitorios; las partes de mutuo acuerdo y por una sola vez, pueden diferir la audiencia que haya sido ya fijada, debiendo el juzgador señalar nuevo día y hora para su realización.

37. La ilegitimidad de personería

CONSULTA

¿La ilegitimidad de personería pasiva es solemnidad sustancial o excepción previa? Ya que el Art. 153.2 establece como excepción previa, la “Incapacidad de la parte actora o de su representante.”, y no se establece como excepción previa la incapacidad de la parte demandada.

ANÁLISIS

Si el legislador ha previsto que sea considerada como excepción previa la incapacidad de la parte actora o de su representante, mas no la incapacidad de la parte demandada, es porque resulta obvio que las excepciones previas fueron diseñadas como mecanismos de defensa para ser utilizados por la parte demandada, entonces, ella misma no podría intervenir por ejemplo con un poder diminuto y auto excepcionarse aduciendo incapacidad procesal por falta de poder.

Es por ello que la legitimidad de personería de las partes procesales, sea actor o demandado, consta como solemnidad sustancial en el Art. 107.3 siendo obligación del juzgador declararla de oficio en el momento en que la omisión de la solemnidad sustancial se haya producido,

dando como efecto el retrotraer el proceso al momento procesal anterior a aquel que se dictó el acto nulo (Arts. 109 y 110 COGEP).

CONCLUSIÓN

Al dictar el auto de nulidad por omisión de solemnidades procesales, es deber del juzgador calificar si el provocante de la nulidad, litigó o no en forma abusiva, maliciosa, temeraria o con deslealtad, para sancionar o no en costas por el retroceso del proceso; ya que de acuerdo al Art. 287 *ibídem*, “*Cuando la o el juzgador, debiendo declarar la nulidad no la declare pagará las costas ocasionadas desde que pronunció el auto o sentencia en que debió ordenar la reposición del proceso.*”

38. Tercerías excluyentes de dominio

CONSULTA

¿Cómo deben tramitarse las tercerías excluyentes de dominio?, y ¿Cuál es el papel del juzgador en la etapa de ejecución?

ANÁLISIS

En los procesos cuya fase cognitiva se sustanció con el Código de Procedimiento Civil, Ley de Inquilinato, Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; si la etapa de ejecución inicia a partir del 23 de mayo del 2016 (fecha de la entrada en vigencia del COGEP), su tramitación debe ser con la nueva norma procesal.

El COGEP determina que en la ejecución, el juzgador debe circunscribirse a la realización concreta de lo establecido en el título, limitándose las partes procesales al control del cumplimiento del título de ejecución (en este caso la sentencia).

El proceso de conocimiento que tuvo el juez antes de dictar la resolución, es distinto de la ejecución del fallo. Mientras en el primero ejerce potestad pública para decidir sobre los derechos subjetivos que se encuentran en disputa, utilizando las reglas de la sana crítica; en el segundo su deber es realizar todo el conjunto de actos procesales para llevar al cumplimiento de la sentencia.

Esto se evidencia en las formas de conclusión extraordinaria del proceso, como el desistimiento, abandono, allanamiento, retiro de la demanda; que no son aplicables a la ejecución, porque en ésta ya no se discute sobre la existencia o no de un derecho (posibilidad jurídica), sino que ya hay certeza de que ese derecho le corresponde al que obtuvo sentencia favorable.

En el Código de Procedimiento Civil, la tercería excluyente de dominio, era propuesta en el juicio ejecutivo, desde que se decretaba el embargo de bienes hasta tres días después de la última publicación para el remate (Art. 498 CPC); suspendía la vía de apremio sobre la cosa que era materia de ella y se sustanciaba ordinariamente (Art. 503 CPC).

Mientras que en el COGEP, la tercería excluyente de dominio en los procedimientos de ejecución, se la propondrá desde la convocatoria a audiencia de ejecución hasta su realización (Art. 48 COGEP); y, si está fundada exclusivamente en un título inscrito, la o el juzgador deberá resolver sobre su admisibilidad y de creerla justificada dispondrá que se mantenga el embargo del bien hasta que se resuelva sobre la tercería en el procedimiento ordinario, dejado a salvo el derecho de la o del acreedor de solicitar el embargo de otros bienes de la o del ejecutado (Art. 394 COGEP).

De lo cual se deduce que, desde la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, la etapa de ejecución de los procesos iniciados con norma procesal anterior, no es aplicable la Disposición Transitoria Primera de dicho cuerpo normativo, que dice: “Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación”.

Una norma es imperativa, cuando contiene una orden positiva; es norma prohibitiva, la que contiene una prohibición; y, es norma permisiva, la que permiten una actuación determinada.

Cuando se dice que los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio, tenemos una **norma imperativa**, impidiendo que aquellos procesos puedan tramitarse con el COGEP, **norma prohibitiva**.

Del mismo modo cuando dicha disposición transitoria, dice que las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación, tenemos una **norma imperativa**, impidiendo que aquellos procesos puedan tramitarse con el COGEP, **norma prohibitiva**; pero al mismo tiempo implícitamente preceptuando que las demandas interpuestas una vez vigente el Código Orgánico General de Procesos (23 de mayo del 2016), se tramitarán con la nueva norma procesal, **norma imperativa**.

Es facultad del juzgador acceder de oficio a los registros públicos de datos del ejecutado, con el fin de recabar información sobre sus bienes, según el Art. 365 del COGEP.

Sabiendo el juez que en esta clase de procedimientos no cabe ordenar el abandono del proceso, por expresa disposición del Art. 247 *ibídem*⁴⁴.

Por el principio de celeridad, que se encuentra en el Art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, los jueces de cualquier materia, una vez iniciado un proceso *“están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario.”*

CONCLUSIÓN

El Art. 392.5 del COGEP, que norma la audiencia de ejecución, dispone que en ella se resuelva sobre la admisibilidad de las tercerías y

⁴⁴ “Improcedencia del abandono. No cabe el abandono en los siguientes casos: (...) 3. En la etapa de ejecución.”

sobre reclamaciones de terceros perjudicados; y, el Art. 394.1 indica que si la tercería es excluyente de dominio, se resolverá en procedimiento ordinario.

De lo cual, se puede concluir que desde el 23 de mayo del 2016, toda demanda de tercería excluyente de dominio, de ser admisible, deberá tramitarse en procedimiento ordinario con normas del COGEP.

En la etapa de ejecución, el juez deberá realizar todas las actividades jurisdiccionales que esté a su alcance para dar con los bienes del ejecutado, sin esperar petición de parte.

39. Procedimiento para la demarcación de linderos de predios urbanos

CONSULTA

¿Cuál es el procedimiento para los asuntos sobre demarcación de linderos de predios urbanos?

ANÁLISIS

De acuerdo al Art. 18 numeral 21 de la Ley Notarial, corresponde como atribuciones exclusivas del notario: *“Autorizar los actos de amojonamiento y deslinde en sectores rurales, que a petición de las partes, siempre que exista acuerdo, tengan por objeto el restablecimiento de los linderos que se hubieren oscurecido, desaparecido o experimentado cualquier cambio o alteración, o en que se deban fijar por primera vez la línea de separación entre dos o más inmuebles, con señalamiento de linderos.(...)”*

El inciso final de citado artículo señala que de existir controversia, se demandará por vía sumaria, acorde con el Art. 332.2 del COGEP, norma que preceptúa el procedimiento sumario, para: *“Las acciones posesorias y acciones posesorias especiales, acción de obra nueva, así como la constitución, modificación o extinción de servidumbres o cualquier incidente relacionado con una servidumbre ya establecida, demarcación de linderos en caso de oposición y demanda de despojo violento y de despojo judicial.”*

En el Código Civil, se divide a las servidumbres legales en 2, las relativas al uso público y las relativas a la utilidad de los particulares (Art. 875), describiéndolas en el Art. 877 a las segundas: “de demarcación, cerramiento, tránsito, medianería, acueducto, luz y vista.”

Señalándose desde el Art. 878 al 882 del Código Civil, las reglas que deben seguirse para la demarcación, amojonamiento y cerramiento de los predios⁴⁵.

En la obra del Dr. Galo Espinosa, consta el siguiente fallo:

DEMARCAACION Y LINDEROS. Procedencia de la acción demarcatoria. Para que sea procedente la demanda de fijación de linderos, no basta que los dos predios sean colindantes, sino que es, además, absolutamente necesario que se justifique la propiedad de la parte actora y de la demandada, atendiendo a la naturaleza jurídica de esta clase de acciones reales y a su principal finalidad, cual es la de establecer una servidumbre positiva predial, mediante la demarcación y cerramiento. (1^a. Sala, 12 de noviembre de 1942)⁴⁶.

Como se observa, los asuntos sobre demarcación, amojonamiento y cerramiento de los predios son servidumbres legales positivas; y,

⁴⁵ Art. 878.- Todo dueño de un predio tiene derecho a que se fijen los límites que lo separan de los predios lindantes, y podrá exigir a los respectivos dueños que concurran a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes.

Art. 879.- Si se ha quitado de su lugar alguno de los mojones que deslindan predios vecinos, el dueño del predio perjudicado tiene derecho para pedir que el que lo ha quitado lo reponga a su costa y le indemnice de los daños que de la remoción se le hubieren originado, sin perjuicio de las penas con que las leyes castiguen el delito.

Art. 880.- El dueño de un predio tiene derecho para cerrarlo o cercarlo por todas partes, sin perjuicio de las servidumbres constituidas a favor de otros predios. El cerramiento podrá consistir en paredes, fosos, cercas vivas o muertas.

Art. 881.- Si el dueño hace el cerramiento del predio a su costa y en su propio terreno, podrá hacerlo de la calidad y dimensiones que quiera. Y el propietario lindante no podrá servirse de la pared, foso o cerca, para ningún objeto, a no ser que haya adquirido este derecho por título o por prescripción de diez años, contados como para la adquisición del dominio.

Art. 882.- El dueño de un predio podrá obligar a los dueños de los predios lindantes a que concurran a la construcción y reparación de las cercas divisorias comunes. El juez, en caso necesario, reglará el modo y forma de la concurrencia; de manera que no se imponga a ningún propietario un gravamen ruinoso. La cerca divisoria construida a expensas comunes, estará sujeta a la servidumbre de medianería.

⁴⁶ Galo Espinosa M, La más práctica enciclopedia jurídica, Volumen III, Quito, Imprenta Don Bosco, 1999, pág. 373.

acorde al Art. 332.2 se tramitarán en procedimiento sumario la *“la constitución, modificación o extinción de servidumbres o cualquier incidente relacionado con una servidumbre ya establecida”*.

El inciso final del Art. 334, en relación al procedimiento voluntario, se dispone que: *“También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción.”*

CONCLUSIÓN

Por lo que, de existir acuerdo, en los asuntos sobre amojonamiento y deslinde de predios rurales, corresponde conocer al Notario.

De existir acuerdo, en las acciones sobre amojonamiento y deslinde de predios urbanos, conocerá al Juez Civil, en procedimientos voluntario.

De no existir acuerdo, en las acciones sobre amojonamiento y deslinde de predios urbanos y rurales, conocerá al Juez Civil, en procedimientos sumario.

40. La acumulación de procesos

CONSULTA

¿En qué momento procesal corresponde acumular de procesos, hasta antes de la audiencia preliminar o en ella?

ANÁLISIS

Por regla general, los casos en los cuales se puede ordenar la acumulación de procesos están señalados en el artículo 16 del COGEP y los requisitos que debe cumplirse para que proceda la acumulación están establecidos en el artículo 18 del mismo cuerpo normativo.

Identificamos dos momentos procesales, el primero cuando el juzgador de oficio o a petición de parte ordena que se proceda a la

acumulación de ciertos procesos, notifica a las partes procesales, y verifica que se cumplan uno o más de los supuestos del Art. 16, a decir:

1. Que la sentencia que vaya a dictarse en uno de los procesos, pueda producir en otro, excepción de cosa juzgada.
2. Que haya proceso pendiente sobre lo mismo que sea objeto del que se haya promovido después.
3. Que en los procesos, propuestos separadamente, exista identidad de personas, cosas y acciones.
4. Que de seguirse los pleitos por separado, se puede dividir la continencia de la causa.

El segundo momento será en la audiencia, cuando se dictará la resolución de acumulación de procesos, una vez que se cumplan los requisitos del Art. 18 del COGEP, esto es:

1. Que la o el juzgador que pretende acumular los distintos procesos sea competente para conocerlos todos.
2. Que todos los procesos se encuentren sometidos al mismo procedimiento o que las partes acepten someterse a la misma vía procesal.
3. Que los procesos que se pretende acumular no estén en diversas instancias.

En la resolución, deberá determinarse el estado procesal en que quedará cada uno de los procesos, según el caso, cuáles se suspenderán en la tramitación, qué actos procesales deberán realizarse nuevamente a fin de incorporar las particularidades de los procesos acumulados, o si es necesario realizar cualquier otra actuación para su sustanciación conjunta. En el caso de negarse la acumulación, los procesos se seguirán sustanciando independientemente.

En el procedimiento concursal voluntario y necesario, el juzgador en el primer auto, ordenará la acumulación de procesos que contienen obligaciones pendientes de los que forme parte la o el fallido; con el claro propósito de evitar la iniciación de otro procedimiento concursal (Art. 423.7 COGEP). En estos procesos, según el Art. 21 de la misma norma procesal, podrán además acumularse los asuntos en materia laboral pero con sentencia ejecutoriada.

CONCLUSIÓN

El juzgador, para decidir sobre la acumulación de procesos, primero de oficio o a petición de parte ordena que se procederá a la acumulación de ciertos procesos, identificándolos (Art. 16); luego en la audiencia preliminar en el caso del procedimiento ordinario, o en la primera fase de los procedimientos de audiencia única, resolverá su acumulación o no (Art. 18).

41. Procedimiento de la interdicción provisional y definitiva

CONSULTA

¿Cuál es el procedimiento para declarar la interdicción provisional y definitiva?

ANÁLISIS

El Art. 332.5 del Código Orgánico General de Procesos establece que tramitarán por el procedimiento sumario, las controversias relativas a incapacidades y declaratoria de interdicción y guardas.

Al reglar el Código Civil, la Curaduría del disipador, ebrio consuetudinario, toxicómano y demente, señala en el Art. 467 lo siguiente: *“Mientras se decide la causa, podrá el juez, a virtud de los informes verbales de los parientes o de otras personas, y oídas las explicaciones del supuesto disipador, decretar la interdicción provisional.”*

El peticionario, si está en disposición de la prueba realizará con un perito la experticia médica del presunto interdicto, caso contrario solicitará al juez en el acto de proposición el acceso a la prueba. Para la declaratoria de la interdicción provisional, el juzgador convocará a una audiencia de oficio, en base al inciso final del Art. 87 del COGEP, que dice:

Si la o el juzgador dispone de oficio la realización de una audiencia la proseguirá debiendo resolver lo que corresponda conforme con el objeto para el cual la convocó.

Al tratarse de un asunto de carácter social y de interés general, el juzgador dentro de sus facultades jurisdiccionales, dispondrá esta audiencia. Tomando en cuenta que la Corte Nacional de Justicia, en la Resolución No. 10-2016, de 21 de Diciembre de 2016, en otro asunto de naturaleza similar (curador ad-lítem), instrumentó como obligatoria la convocatoria de una audiencia previa a cualquier otra audiencia, con la finalidad específica de escuchar al niño, niña o adolescente, para que opine sobre el curador que le represente.

En esta audiencia, se escuchará a los parientes y a otras personas que tenga interés en la causa, se examinará al presunto interdicto, incluso es facultad del juzgador actuar oficiosamente; concluyendo con el auto de interdicción provisional y designación de Curador provisional, que debe ser inscrito en el Registro de la Propiedad, notificarse al público por un periódico de la ciudad o el cantón, y por carteles que se fijarán al menos, en tres de los parajes más frecuentados de la ciudad o cantón. (Art. 468 Código Civil)

Cumplido lo cual, se convocará a la audiencia única del procedimiento sumario, en donde la oposición en caso de haberla, se practicarán las pruebas, y se resolverá declarando la interdicción definitiva, o desestimando la pretensión. La sentencia también debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad, notificarse al público por un periódico de la ciudad o el cantón, y por carteles que se fijarán al menos, en tres de los parajes más frecuentados de la ciudad o cantón.

La Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en su Art. 10, dispone: *“La Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación solemnizará, autorizará, inscribirá y registrará, entre otros, los siguientes hechos y actos relativos al estado civil de las personas y sus modificaciones: (...) 23. La interdicción de las personas y su rehabilitación.”*

Por lo que, el juzgador tanto en el auto de interdicción provisional como en la sentencia deberá ordenar, que además se inscriba en el Registro Civil, Identificación y Cedulación, correspondiente.

La Ley Notarial, en el Art. 18, describe las atribuciones exclusivas de los notarios, constando como número 25, la siguiente: “Tramitar la petición de declaratoria de interdicción para administrar los bienes de una persona declarada reo por sentencia ejecutoriada penal; para el efecto se adjuntará la sentencia ejecutoriada. En el acta que establezca la interdicción, se designará un curador;”

CONCLUSIÓN

Las controversias relativas a declaratorias de interdicción del sordomudo, demente, disipador, ebrio consuetudinario y toxicómano, se tramitarán ante el Juez, en procedimiento sumario, disponiendo una audiencia oficio para escuchar a los parientes y terceros interesados; y examinar al supuesto fallido (reconocimiento).

En la audiencia del sumario, se conocerá la oposición de existir, la práctica de la prueba (informe periciales), y se resolverá.

La declaratoria de interdicción del reo por sentencia ejecutoriada penal, es atribución exclusiva del notario.

42. Procedimiento concursal

CONSULTA

¿Se puede demandar a varios deudores en un solo procedimiento concursal, o es necesario presentar varias demandas?, y ¿Cuál es el juez competente?

ANÁLISIS

En el auto inicial del concurso voluntario y necesario, el juzgador ordenará la acumulación de todos aquellos procesos que contienen obligaciones pendientes del fallido (Art. 423 COGEP), así como las sentencias ejecutoriadas en materia laboral (Art. 18 COGEP).

El Art. 35 de la misma norma procesal, señala que el insolvente será representado en los derechos patrimoniales por el síndico, debiendo representar además a la masa concursal (Art. 433).

En el COGEP, existen varias disposiciones normativas que se refieren al fallido o concursado, en sustantivo singular, esto es, una sola persona, así tenemos:

“Art. 419.- Solicitud de concurso preventivo. En su solicitud de inicio del concurso preventivo, **la o el deudor** además de cumplir los requisitos formales de una demanda, expresará: (...)”

“Art. 420.- Procedimiento del concurso preventivo. (...) Si se trata de **una o un deudor comerciante**, asumirá la administración conjunta del negocio hasta que se reúna la junta de acreedores.”

“Art. 421.- Procedimiento del concurso voluntario. **La o el deudor** que solicite el concurso (...)”

“Art. 424.- Auto inicial en el concurso necesario. (...) 1. Citar en su domicilio a la o al deudor (...)”

“Art. 425.- Oposición al concurso voluntario. Si **la o el deudor** ha pedido el concurso estarán legitimados las o los acreedores para oponerse a su declaración.”

“Art. 427.- Junta de acreedores. (...) concordato que la o el juzgador aprobará en sentencia en la misma audiencia, quedando **la o el deudor** obligado a cumplirlo estrictamente. (...) **La o el fallido** deberá concurrir personalmente y solo por causas que la o el juzgador apruebe, podrá ser representado por una o un apoderado.”

“Art. 430.- Rehabilitación. Si los bienes alcanzan para pagar la totalidad de los créditos, la o el juzgador declarará extinguida la obligación y rehabilitará a **la o al deudor**. (...) También se rehabilitará a **la o al fallido**, persona natural contra quien haya seguido el proceso, (...)”

En la obra de Galo Espinosa, se ha transcrito un fallo sobre la necesidad que el concurso se tramite contra un solo deudor (desde luego que deberá leerse con las debidas reservas, ya que se refiere al Código Procesal derogado).

CONCURSO DE ACREEDORES. Concurso seguido contra dos o más personas. La universalidad del juicio concursal contra el fallido y la necesidad de examinar su insolvencia

en la integridad de su patrimonio, a efecto de pagar los créditos de sus acreedores, concede al procedimiento un carácter personalísimo, en virtud del cual no puede ser sino uno y un solo individuo el concursado. Comprender en el auto inicial a dos sujetos comporta una antinomia procesal inadmisibles, por más que se trata de deudores solidarios. A efecto, no pueden ser más claras las reglas de los Arts. 614 y 615 (actuales Arts. 586 y 587) del Código de Procedimiento Civil. La primera expresa que el acreedor, por obligaciones suscritas, endosadas o garantizadas solidariamente por personas que luego hayan quebrado, será admitido en todas las quiebras con el valor total de sus créditos, lo cual significa que siendo varios los deudores, cualquiera que sea la naturaleza de su deuda, deberán iniciarse sendos concursos y que en cada uno de ellos el acreedor solidario tiene derecho de intervenir son poder cobrar más de lo que legítimamente se le deba, como se prescribe en el mismo precepto. Las opiniones vertidas por los comentaristas tampoco dejan duda sobre la individualidad de este proceso. Federico Puig Peña, reputado investigador del Derecho, en su “Tratado de Derecho Civil Español”, dice: “El concurso de acreedores puede considerarse desde el punto de vista del Derecho Sustantivo como el estado de insolvencia legalmente reconocido del deudor, y desde el punto de vista del Derecho Adjetivo o Procesal, como un procedimiento especial establecido por la ley para la realización colectiva de los créditos cuando el deudor no pueda cumplir sus obligaciones corrientes”. Alvaro Puelma Accorsi, en su “Curso de Derecho de Quiebra”, al tratar de los sujetos pasivos de la quiebra, anota que puede ser declarada en quiebra toda persona natural o ente que tenga el beneficio de la personalidad jurídica”, y añade que la ley pretende que en un solo procedimiento y ante un solo juez se ventilen todos los asuntos relativos a los bienes de un fallido y al pago de sus obligaciones. En el caso que se analiza, se ha solicitado al Juez Provincial (hoy de lo civil) que se abra en un mismo proceso el concurso de los acreedores solidarios que no acataron el mandamiento de ejecución recaído en el juicio ejecutivo, y el juez, con evidente error, acoge el pedimento y dicta el auto inicial dando paso a la apertura del concurso de dos personas en un solo cuaderno, lo cual es inadmisibles, porque viola el procedimiento del concurso en forma que influirá de modo necesario en su resolución,

ocasionando así la nulidad de todo lo actuado. (2ª. Sala, 18 de febrero de 1975)⁴⁷.

Por otro lado, el Art. 418 del COGEP, dice: *“La o el juzgador del domicilio de la o del deudor será competente para conocer el procedimiento concursal, ordenará se deje constancia de las ejecuciones y se las acumule.”*

CONCLUSIÓN

En consecuencia, no puede presentarse demanda concursal contra varios deudores, sino contra uno. De manera que, si son varios deudores, se iniciarán concursos individuales por cada uno de ellos.

Además, el juez civil del domicilio del deudor, es el competente para conocer el procedimiento concursal (Art. 418 COGEP).

43. Providencias preventivas

CONSULTA

¿Cómo se piden medidas cautelares al juez de primera instancia, cuando la causa se encuentra ante la corte provincial, si el juez inferior perdió competencia?

ANÁLISIS

El Art. 124 del Código Orgánico General de Procesos, indica que: *“Cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito. El secuestro o la retención se solicitará a la o al juzgador de primera instancia, aun cuando la causa se halle ante la corte provincial.”*

A diferencia de las diligencias preparatorias, en las cuales el juzgador que las conoce, será el competente para juzgar la causa principal

⁴⁷ Galo Espinosa M., *La más práctica enciclopedia jurídica*, Volumen III, Imprenta Don Bosque, Quito, 1999, págs. 299 a 300.

(Art. 123); en las providencias preventivas, el juzgador que las ordene, no radica la competencia para conocer del asunto principal.

Por lo que bien pueden ser solicitadas, sortearse y conocerse por un juez, y luego al presentar la demanda en lo principal, sea sorteado otro juez para su conocimiento.

Las providencias preventivas tienen el carácter instrumental, autónomo y provisional.

La instrumentalidad la encontramos en el Art. 124 ya relatado, ya que sirven para asegurar la cosa litigiosa o de los bienes que aseguren la satisfacción del crédito, debiendo proponerse la demanda principal dentro del término de 15 días de ordenadas o de que se hizo exigible la obligación (Art. 133).

Son de carácter autónomo porque independientemente del proceso principal, pueden interrumpirse cuando el deudor haya caucionado (Art. 128), y son apelables en efecto suspensivo (Art. 132).

Son provisionales ya que caducan en el caso de no haberse propuesto la demanda dentro de los 15 días de ordenadas o de haberse hecho exigible la obligación (Art. 132).

CONCLUSIÓN

Por ello es que, el legislador ha previsto que el secuestro o la retención, puede solicitarse a cualquier juez de primera instancia (no al mismo juez que conoció la causa en lo principal), aun cuando el proceso se encuentre en conocimiento de la Corte Provincial.

44. Declaración que acepta la pretensión

CONSULTA

Si la declaración legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda termina el proceso, ¿en qué momento procesal opera y quien debe rendirla, el actor, demandado o un tercero?

ANÁLISIS

El Art. 183 del COGEP, dice: *“La declaración legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda termina el proceso”*.

Esta norma se refiere a la declaración de la parte demandada, puesto que es la única capaz de terminar el proceso de aceptarse la verdad de la pretensión; además esa declaración debe ser legítima, esto es, que dicha parte procesal tenga legitimación en causa y capacidad procesal.

Esta declaración, puede acontecer en dos momentos procesales, el primero como declaración anticipada, cuando se trate de personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio (Art. 181). El segundo cuando se la practique en la audiencia de juicio (Art. 188).

Cabe aquí, hacer ciertas diferencias y semejanzas, con la institución procesal del allanamiento (Arts. 241 a 244)

Diferencias:

- a) Mientras la declaración de parte demandada sobre la verdad de la pretensión, se la recepta en dos momentos procesales (anticipada y en audiencia de juicio); el allanamiento cabe en cualquier momento procesal antes de sentencia.
- b) Mientras el allanamiento de uno o varios demandados, sobre una obligación común divisible, no afecta a los otros y el proceso continuará con quienes no se allanaron; la declaración de parte demandada sobre la verdad de la pretensión, debe provenir de todos los demandados o de su procurador judicial o común.
- c) Mientras que en el allanamiento parcial o condicional se sigue el proceso respecto a lo que no ha sido aceptado; la declaración de parte demandada sobre la verdad de la pretensión, no puede ser parcial o condicional por que no es capaz de terminar el proceso.

Semejanzas:

- a) No caben cuando se trate de derechos indisponibles.
- b) Ambas terminan el proceso.
- c) Si la obligación es indivisible, deberá provenir de todos, o de su procurador judicial o común.
- d) Son ineficaces:
 - Cuando el demandado sea incapaz, excepto cuando se trate de personas jurídicas.
 - Cuando los hechos admitidos no puedan probarse por medio de la declaración de parte.
 - Cuando la sentencia deba producir efecto de cosa juzgada con respecto a terceros.
- e) El juzgador aprobará mediante sentencia, la que causará ejecutoria.

CONCLUSIÓN

Por lo que, la declaración de la parte demandada, es capaz de terminar el proceso de aceptarse la verdad de la pretensión. Siempre que cumpla estas condiciones:

1. Legítima, esto es, hecha por la parte demandada que ostente la legitimación en causa;
2. Realizada por quien tenga capacidad procesal;
3. Que no se trate de derechos indisponibles;
4. Si la obligación es indivisible, deberá provenir de todos, o de su procurador judicial o común;
5. Si los hechos admitidos pueden probarse únicamente por medio de la declaración de parte; y,
6. Si la sentencia no produzca efecto de cosa juzgada con respecto a terceros.

Si la declaración de parte sobre la verdad de la demanda, cumple con estas condiciones, el juzgador dictará sentencia, la que causará ejecutoria.

45. Procedimientos del cheque

CONSULTA

Si los cheques que no cumplen con el requisito de ejecutividad, se podrá tramitar en la vía monitoria de conformidad con el Art. 356 del COGEP, ya que el Código Orgánico Monetario y Financiero en su artículo 516 expresa: *“Título ejecutivo.- El cheque no pagado por falta o insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación, constituye título ejecutivo, así como el comprobante a que se refiere el inciso tercero del artículo 497. En los demás casos, salvo disposición legal en contrario, el pago de un cheque podrá reclamarse en juicio verbal sumario”*; que por la Disposición Reformatoria Primera numeral 2 del Código Orgánico General de Procesos, se sustituye la denominación de juicio verbal sumario por procedimiento sumario, es decir, que cuando el cheque no cumpla los requisitos para ser considerado título ejecutivo, deberá procederse por la vía sumaria.

ANÁLISIS

El Art. 479 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro 1, señala los requisitos que debe contener el cheque para su validez, y son: *“1. La denominación de cheque, inserta en el texto del documento y expresada en el idioma empleado para su redacción; 2. El mandato puro y simple de pagar una suma determinada de dinero; 3. El nombre de quien debe pagar o girado; 4. La indicación de la fecha de pago; 5. La indicación del lugar de la emisión del cheque; y, 6. La firma de quien expide el cheque o girador. El cheque en el que falte alguno de los requisitos indicados no tendrá validez como cheque”*.

El Art. 516 dice que: *“El cheque no pagado por falta o insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación, constituye título ejecutivo. Igualmente constituye título ejecutivo el comprobante a que se refiere el inciso tercero del artículo 497. En los demás casos, salvo disposición legal en contrario, el pago de un cheque podrá reclamarse en juicio verbal sumario. La acción civil intentada para el pago de un cheque, no perjudica la acción penal correspondiente”*.

El Art. 478 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro 1, describe al cheque, como: *“medio de pago escrito mediante el cual una persona llamada girador, con cargo a los depósitos que mantenga en una cuenta de la que es titular en una entidad financiera, ordena a dicha entidad, denominada girado, que pague una determinada cantidad de dinero a otra persona llamada beneficiario”*.

La Disposición Reformatoria Primera del COGEP, dice: *“En todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, sustitúyase en lo que diga:... 2. “Juicio verbal sumario” por “procedimiento sumario”*.

El Art. 332 del mismo cuerpo adjetivo señala que: *“Se tramitarán por el procedimiento sumario: 1. Las ordenadas por la ley...”*.

El Art. 356, en relación al procedimiento monitorio, expresa que: *“La persona que pretenda cobrar una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, que no conste en título ejecutivo, podrá iniciar un procedimiento monitorio, cuando se pruebe la deuda de alguna de las siguientes formas: 1. Mediante documento, cualquiera que sea su forma y que aparezca firmado por la deudora o el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente de dicha deudora o dicho deudor (...)”*.

CONCLUSIÓN

Las vías procesales para el cobro del cheque, según el COGEP, son:

1. Procedimiento Ejecutivo, cuando el cheque no ha sido pagado por falta o insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación, o el comprobante de pago parcial;
2. Procedimiento Sumario, cuando el cheque no siendo título ejecutivo, además no cumpla con las condiciones de ser deuda determinada, líquida, exigible y de plazo vencido. A modo de ejemplo, son los casos descritos en el Art. 495 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro 1: *“... El girado deberá retener el importe del cheque revocado hasta que un juez resuelva lo*

conveniente, o hasta que el girador deje sin efecto la revocatoria, o hasta el vencimiento del plazo de prescripción de seis meses, contados desde la expiración del plazo de presentación, o hasta cuando se declare sin efecto el cheque por sustracción, deterioro, pérdida o destrucción, de conformidad con las normas de carácter general dictadas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.”; y,

3. Procedimiento Monitorio, cuando: a) El cheque no sea título ejecutivo, b) su monto no rebase los 50 salarios básicos unificados del trabajador en general; y, c) contenga deuda determinada, líquida, exigible y de plazo vencido.

Es importante tener en cuenta que el cheque a diferencia de la letra de cambio o del pagaré; no constituye título ejecutivo por el solo hecho de cumplir con los requisitos formales de su creación, que están indicados en el Art. 479 del Libro I, del Código Orgánico Monetario y Financiero⁴⁸, pues según el Art. 516 *ibídem*, constituye título ejecutivo el cheque “*no pagado por falta o insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación*”.

Por lo que, a modo de ejemplo, si un cheque que cumpliendo los requisitos de su creación, no ha sido protestado; por no constituir título ejecutivo, puede ser presentado al cobro por vía monitoria, siempre que se cumplan los demás presupuestos de esta vía procesal, como los de cuantía y exigibilidad de la obligación.

⁴⁸ Art. 479.- Contenido y validez del cheque. El cheque deberá contener:

1. La denominación de cheque, inserta en el texto del documento y expresada en el idioma empleado para su redacción;
2. El mandato puro y simple de pagar una suma determinada de dinero;
3. El nombre de quien debe pagar o girado;
4. La indicación de la fecha de pago;
5. La indicación del lugar de la emisión del cheque; y,
6. La firma de quien expide el cheque o girador.

El cheque en el que falte alguno de los requisitos indicados no tendrá validez como cheque.

46. Procedimiento de los contratos mercantiles de prenda y reserva de dominio

CONSULTA

¿Qué procedimiento se debe aplicar a los contratos con reserva de dominio y prendarios, las del COGEP o las del Código de Comercio?

ANÁLISIS

Los contratos de prenda ordinaria, prenda especial de comercio, prenda agrícola o industrial; y, compraventa con reserva de dominio, se encuentran insertos en su parte sustantiva y adjetiva en el Código de Comercio; mas con la entrada en vigencia del COGEP, si bien la parte sustantiva se mantiene, lo adjetivo o procedimental, tiene que ser adaptado al nuevo Código Procesal en materias no penales, conforme la Disposición Derogatoria Décima Cuarta del citado cuerpo legal⁴⁹.

Las instituciones procesales anteriores a la entrada en vigencia del COGEP, que no hayan sido derogadas expresa o tácitamente, deben ser adaptadas a los nuevos procedimientos que nos trae la aplicación de los principios procesales de oralidad, intermediación, celeridad, contradicción, concentración, simplificación, uniformidad, eficacia, etc.; convirtiéndose el Código de Comercio en norma supletoria del COGEP según la Disposición Final Primera⁵⁰.

Debemos establecer la diferencia entre embargo preventivo del embargo de ejecución, el primero lo tenemos en el Art. 351 del COGEP⁵¹; mientras el embargo de ejecución se presenta en los siguientes escenarios:

⁴⁹ “Quedan asimismo derogadas, a la entrada en vigencia de la presente Ley, otras disposiciones de igual o inferior jerarquía que se opongan a lo dispuesto en la misma”.

⁵⁰ “En todo lo no previsto en el Código Orgánico General de Procesos, se observarán, de forma supletoria, las disposiciones vigentes del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia; Código Orgánico Tributario; Código Civil, Código del Trabajo y Código de Comercio”.

⁵¹ “(...) También podrá pedirse embargo de los bienes raíces, siempre que se trate de crédito hipotecario”.

- a) De haberse ordenado providencias preventivas (secuestro, retención, prohibición de enajenar o arraigo), al no cubrirse el mandamiento de ejecución dentro del término legal, Art. 375 COGEP⁵², corresponde el embargo de ejecución.
- b) De existir título de ejecución, entre otros, los contratos prendarios y el de compraventa con reserva de dominio, el juzgador designará perito para la liquidación de capital, intereses y costas, luego se expedirá el mandamiento de ejecución, de no cumplirse con la obligación, se ordenará el embargo de ejecución.

Por lo que, el COGEP ha previsto que sólo en el procedimiento ejecutivo existiendo hipoteca de bienes raíces, se ordenará el embargo preventivo; y, que cuando exista título de ejecución, siempre se dictará embargo de ejecución.

Se debe tener presente que, el juzgador en la etapa de ejecución se circunscribirá a la realización concreta de lo establecido en el título de ejecución⁵³; por ejemplo: si el acreedor en un contrato de compraventa con reserva de dominio, pide la aprehensión y entrega, el juzgador lo ordenará en la forma prevista en el Art. 366, esto es:

(...) el juzgador dictará mandamiento de ejecución ordenando que la o el deudor lo entregue en el término de cinco días. Salvo oposición fundamentada del tercero, la o el juzgador ordenará que la entrega se haga con la intervención de un agente de la Policía Nacional, pudiendo inclusive descerrajar el local donde se encuentre (...).

Caso contrario, si se pide el embargo y remate de la cosa vendida con reserva de dominio, se aplicará el Art. 367, que dice:

⁵² "Falta de cumplimiento del mandamiento de ejecución. De no cumplirse con la obligación, la o el juzgador ordenará que se publique en la página web de la Función Judicial el mandamiento de ejecución para conocimiento de terceros, a fin de que, todos aquellos que tengan interés en la ejecución concurren a la audiencia con todas las pruebas necesarias para hacer efectivos sus derechos. Adicionalmente se ordenará el embargo de los bienes de propiedad de la o del ejecutado conforme con la documentación certificada proporcionada por la o el ejecutante o la obtenida por la o el juzgador, los que se entregarán a la o al depositario de acuerdo con la ley. (...)".

⁵³ "Facultades de la o del juzgador y de las partes. La ejecución se circunscribirá a la realización o aplicación concreta de lo establecido en el título de ejecución. (...)".

Obligaciones de dar dinero o bienes de género. Cuando se trate de una obligación de dar dinero, se procederá conforme con lo previsto en este capítulo. Cuando se trate de deuda de género determinado, la o el juzgador dictará mandamiento de ejecución ordenando que la o el demandado, consigne la cantidad de bienes genéricos o deposite el importe de dichos bienes a su precio corriente de mercado a la fecha que se lo dictó, bajo prevenciones de proceder al embargo de bienes suficientes en la forma prevista por este Código.

CONCLUSIÓN

De presentarse demanda acompañada de los siguientes títulos de ejecución: contrato de compraventa con reserva de dominio, contrato de prenda ordinaria, contrato de prenda especial de comercio, o contrato de prenda agrícola o industrial; deberá procederse así:

1. El juzgador califica la solicitud;
2. Se designa perito para la liquidación de capital, intereses y costas;
3. Se dicta el mandamiento de ejecución (obligación de entrega del bien o pago de dinero) para que el ejecutado lo cumpla en el término de 5 días de notificado en persona o por 3 boletas, de conformidad con las reglas previstas en el COGEP;
4. Si el mandamiento de ejecución no es cumplido se lo publica en la página Web de la Función Judicial, se ordena el embargo y el avalúo del bien para el remate;
5. Se pone en conocimiento el informe pericial de avalúo, y se convoca a la audiencia de ejecución;
6. Se fija fecha y hora para la realización del remate electrónico.

47. Diligencias preparatorias en materia de inquilinato

CONSULTA

Se necesita determinar el trámite para las diligencias preparatorias en materia de inquilinato, así como la inscripción de los contratos menores a 1 salario básico unificado, la citación a los desahuciados, inscripción de los contratos anticréticos, la competencia para conocer en procedimiento sumario en caso de oposición, el pago por consignación y la declaración juramentada.

ANÁLISIS

El trámite que debe darse a la solicitud de la diligencia preparatoria, se encuentra especificado en el artículo 121 del COGEP. La petición debe contener los nombres, apellidos y domicilio de la persona contra la que se promoverá el proceso, el objeto del mismo y la finalidad concreta del acto solicitado.

Si el juzgador califica la petición de procedente, cita a la persona a quien se la pide, quien podrá oponerse en ese momento o solicitar su ampliación o modificación, se señala día y hora para la diligencia. En caso de que el juez niegue la diligencia, el afectado podrá interponer el recurso de apelación con efecto suspensivo.

Respecto a los requisitos de las diligencias preparatorias, el artículo 122.6 del COGEP, ha previsto que procede la inspección preparatoria si la cosa puede alterarse o perderse.

Por otro lado, la Ley de Inquilinato, establece en el Art. 19 lo siguiente: “SANCIONES POR COBRO DE PENSIONES EXCESIVAS.- (...) Esta acción se tramitará en procedimiento sumario, por cuerda separada La acción para demandar la devolución de lo cobrado en exceso y el derecho a recabar dicha devolución, prescribirá en dos años.”

El Art. 46 dice que *“Las reclamaciones relativas a los preceptos contenidos en los artículos 3, 4, 5 y, en general, todas las relacionadas con la privación de servicios y con las condiciones de idoneidad del local arrendado, así como las controversias derivadas de la relación de vecindad exclusivamente en inmuebles sometidos al régimen de la propiedad horizontal, se tramitarán en procedimiento sumario.”*

Los Arts. 3, 4 y 5 tratan sobre las condiciones de los locales de arrendamiento y las obligaciones de arrendador en ese sentido.

En el Registro Oficial No. 913, Sexto Suplemento, de 30 de diciembre de 2016, se expide la Ley Reformatoria de la Ley Notarial, por la cual se sustituye el numeral 35 del Art. 18, por el siguiente: *“Solemnizar el desahucio, de acuerdo con lo previsto en la Ley de Inquilinato y el*

Código Civil. La o el interesado en el desahucio dirigirá una solicitud a la o al notario, acompañando prueba de su pretensión. Recibida la solicitud y los documentos que se acompañan a ella, la o el notario notificará a la o al desahuciado de conformidad con las reglas para la citación personal o por boletas previstas en el Código Orgánico General de Procesos.”

Del mismo modo el numeral 36, se sustituye por el siguiente: *“Inscribir contratos de arrendamiento para lo cual cada notaría llevará un archivo numerado y cronológico.”*

En relación a los contratos de anticréticos, el Art. 62 de la Ley de Inquilinato, está vigente, el cual reza: *“El contrato de mutuo anticrético relativo a un inmueble destinado para vivienda, o vivienda y taller, o comercio, celebrado o que se celebrare privadamente, deberá ser registrado dentro del plazo de noventa días de celebrado, bajo pena de multa equivalente al 50% del valor de las pensiones de un año, que será impuesta por el Juez que conociere del incumplimiento. Tal obligación corresponde al titular del inmueble.”*

Además, se sustituyó el último párrafo del Art. 18 de la Ley Notarial, por el siguiente: *“En estos casos y en el previsto en el artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de existir controversia, las y los interesados podrán demandar sus pretensiones por vía sumaria. Para el efecto, la o el notario a petición de parte, protocolizará y entregará en el plazo de tres días las copias de todo lo actuado.”*

Por otro lado, en el COGEP, se establece al pago por consignación como procedimientos voluntario jurisdiccional, esto es, de competencia exclusiva de los jueces⁵⁴.

⁵⁴ “Art. 338.- Pago por consignación. La solicitud del pago por consignación se presentará y tramitará conforme con la ley. La o el juzgador convocará a audiencia en la que además ordenará la presencia del acreedor para recibir la cosa ofrecida, para lo cual, el solicitante deberá haber puesto a órdenes de la o del juzgador la cosa ofrecida. Si la o el acreedor comparece y acepta la oferta, se le entregará la cosa, se sentará el acta y quedará concluido el procedimiento; si no comparece se dictará sentencia declarando hecho el pago y extinguida la obligación. Si el acreedor se opone, se sustanciará la petición en procedimiento sumario.”

Asimismo de acuerdo al Art. 47 de la Ley de Inquilinato, el arrendador está obligado a presentar con su demanda, el contrato de arrendamiento registrado, y en caso de no tenerlo la declaración juramentada, que se *“realizará en cualquier momento ante Notario”*⁵⁵.

Con esta reforma a la Ley de Inquilinato, queda suprimida tácitamente la competencia conferida al Juez de Inquilinato en la Disposición Transitoria Primera de dicha ley⁵⁶.

De igual manera, en el mentado Registro Oficial No. 913, Sexto Suplemento, de 30 de diciembre de 2016, que contiene la Ley Reformatoria de la Ley Notarial, reza en su Disposición General Segunda, lo siguiente: *“En todos los casos en que se autorice ante una o un Notario contratos, actos de voluntad y otras diligencias de las que se generen derechos y obligaciones para dos o más partes, la o el notario de forma obligatoria hará constar la dirección del domicilio, el número telefónico fijo o móvil y de existir, el correo electrónico de cada parte, en el que podrán ser notificados en caso de controversia.”*

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, en materia de inquilinato, depende de la solicitud o requerimiento del interesado, se tramitará por ejemplo: por procedimiento voluntario el pago por consignación de pensiones arrendaticias; o, por procedimiento sumario la suspensión o privación de los servicios básicos, obviamente con la posibilidad de pedir como diligencia preparatoria la inspección preparatoria. En el caso de declaración juramentada se deberá concurrir ante el Notario.

⁵⁵ Registro Oficial No. 913, Sexto Suplemento, de 30 de diciembre de 2016, expide la Ley Reformatoria de la Ley Notarial, Disposición Reformatoria Única.

⁵⁶ “Los arrendadores que al momento no tuviesen contrato escrito con su inquilino podrán acudir al Juez de Inquilinato o quien hiciere sus veces en la correspondiente jurisdicción para hacer una declaración juramentada, la que admitirá prueba en contrario y que establecerá lo siguiente: El inmueble materia de la declaración, nombres de arrendador y arrendatario, fecha en que comenzó el arriendo, duración prevista del mismo, canon inicial y actual de arrendamiento y la circunstancia de no existir contrato escrito. Esta declaración debidamente registrada servirá como documento habilitante para cumplir con el requisito establecido en el párrafo segundo del Art. 47 de esta Ley, por lo que el Juez de Inquilinato que conozca de la demanda la tramitará.”

Corresponde inscribir en la Notaria, todo contrato de arrendamiento sin importar su cuantía, así como los contratos anticréticos.

El desahucio corresponde hacerlo con las reglas para la citación y no como simple notificación.

Con las reformas a la Ley Notarial, quedan definidas las atribuciones exclusivas del Notario, su ámbito de competencia en cuanto a las diligencias notariales, consistirá en realizarlas, protocolizarlas y entregar copias de lo actuado, correspondiendo al interesado, iniciar el trámite sumario en caso de oposición.

48. Procedimiento de la recusación

CONSULTA

Pide absolver lo siguiente: ¿Qué se entiende como obligación pendiente de pago y cuál es el trámite para la recusación?

ANÁLISIS

Para abordar el primer tema relativo a lo que se entendería por obligación pendiente, es preciso conocer la Resolución No. 166-2015-F, emitida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, sobre la “norma que regula la definición y las acciones que comprenden la emisión y la operación de tarjetas de crédito, débito, pago y prepago para el sector financiero popular y solidario”; que en su Art. 9 dispone:

El contrato a celebrarse entre las entidades emisoras de tarjetas de crédito con los tarjetahabientes, además de lo establecido en el artículo precedente deberá contener lo siguiente: (...) c) La estipulación que cuando el pago realizado corresponda al “mínimo a pagar” o se realice un pago parcial que exceda el “mínimo a pagar”, se cobrará el interés normal únicamente sobre los valores pendientes de cancelación; d) El acuerdo de que si vencido el periodo de gracia el tarjetahabiente no ha cubierto los valores pendientes de cancelación, la entidad emisora u operadora de tarjetas de crédito tendrá derecho a cobrar intereses normales desde la fecha de consumo hasta el

vencimiento del periodo de gracia, e intereses de mora a partir del vencimiento del periodo de gracia; (...) i) El plazo dentro del cual el tarjetahabiente debe manifestar la inconformidad con los saldos contenidos en el estado de cuenta. Dicho plazo no podrá ser menor de quince (15) días.

El Código Civil en el Art. 1567, determina que: *“El deudor está en mora: 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, (...)”*

Sobre el segundo tema relativo al trámite del procedimiento de recusación, éste se encuentra desarrollado en los Arts. 27 y 28 del COGEP⁵⁷.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, el juzgador debe excusarse de conocer una causa, cuando la obligación pendiente esté en mora, esto es, cuando vencido el término de su vencimiento y requerido su pago, no ha cubierto negligentemente los valores pendientes.

Sobre el trámite de la recusación, el propio texto de los Arts. 27 y 28 del COGEP, señala la siguiente forma:

1. Una vez presentada la demanda, el juez previo a calificar, ordenará al actor que dentro del término de 3 días rinda caución;
2. Consignada la cantidad determinada como caución, el juez tiene 5 días para calificar la demanda;
3. Se ordenará citar al juez recusado;
4. Una vez citado convocará a audiencia, la que se realizará en el término de 5 días, donde emitirá su decisión oral; y,

⁵⁷ “Art. 27.- Caución. Presentada la demanda, dentro del término de tres días, la o el juzgador fijará una caución de entre uno y tres salarios básicos unificados del trabajador en general, que será consignada por la o el actor. Sin este requisito, la demanda no será calificada y se dispondrá su archivo. Exceptuase del pago de la caución antedicha al Estado. En materias de niñez y adolescencia y laboral, no se exigirá esta caución.

Art. 28.- Audiencia. La audiencia se realizará en el término de cinco días y conforme las reglas previstas en este Código. Negada la recusación, se ordenará la ejecución de la caución. Si se suspende provisionalmente la competencia, se ordenará la devolución del proceso.”

5. La sentencia motivada por escrito se notificará en el término de hasta 10 días.

49. Acta transaccional y transacción extrajudicial

CONSULTA

¿Cuál es la diferencia entre las actas transaccionales y la transacción extrajudicial?

ANÁLISIS

Sobre la transacción extrajudicial el Código Civil, en el Art. 2348 la define como: *“un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”*.

En el COGEP la transacción extrajudicial constituye título ejecutivo, y debe ser presentada ante el juzgador para ser tramitada en procedimiento ejecutivo, que merecerá su examen de procedibilidad y admisibilidad siempre y cuando preste mérito ejecutivo, esto es, que tanto el título como la obligación sean ejecutivas; se somete a la eventual oposición de la parte procesal contra la que se quiere ejecutar, y en la audiencia el juzgador resolverá lo que corresponda, de emitir sentencia favorable a la pretensión, se procederá a su ejecución.

En el Art. 347 del COGEP se describe los títulos ejecutivos, entre los cuales consta numerado como 7, la *“Transacción extrajudicial”*; por otro lado, en el Art. 363 se señala a los títulos de ejecución, y consta con el número 6, las *“actas transaccionales”*.

El Art. 233 del mismo cuerpo legal, señala la oportunidad para conciliar: *“Las partes podrán conciliar en cualquier estado del proceso. Si con ocasión del cumplimiento de la sentencia surgen diferencias entre las partes, también podrán conciliar. La conciliación se regirá por los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad.”*

El Art. 234 *ibídem*, indica que la conciliación se realizará en audiencia ante el juzgador, conforme a estas reglas: *“1. Si la conciliación*

se realiza en audiencia preliminar o de juicio, el juez la aprobará en sentencia y declarará terminado el juicio. 2. Si la conciliación se presenta con ocasión del cumplimiento de la sentencia, la o el juzgador de la ejecución señalará día y hora para la realización de la audiencia en la que resolverá la aprobación del acuerdo. 3. Si la conciliación recae sobre parte del proceso, este continuará con respecto a los puntos no comprendidos o de las personas no afectadas por el acuerdo.”

Y el Art. 235 dispone que: “La transacción válidamente celebrada termina el proceso y el juez autorizará la conclusión del proceso cuando le sea presentada por cualquiera de las partes. Tratándose de transacción parcial, se estará a las reglas que sobre la conciliación parcial prevé el artículo anterior. En caso de incumplimiento del acta transaccional podrá ejecutarse forzosamente, según lo dispuesto en el Artículo 363.”

Por otro lado, el Art. 496 del Código del Trabajo, se refiere a lo que debe entenderse por acta transaccional en materia laboral, cuando dice: *“En ningún caso se suspenderá la ejecución de una sentencia o acta transaccional que ponga fin a un conflicto colectivo; y por lo tanto, el embargo y remate de los bienes del deudor o de los deudores, seguirá su trámite ante la autoridad de trabajo que se encuentre conociendo, salvo el caso en que aquél o aquellos efectúen el pago en dinero en efectivo o cheque certificado.”*

Por lo que el acta transaccional en materia laboral, es la resolución emanada del Tribunal de Conciliación y Arbitraje en un conflicto colectivo de trabajo.

De igual manera el Art. 253 del Código Orgánico de la Función Judicial, atribuye a los jueces de paz, la competencia para: *“1. Conocer y resolver, sobre la base de la conciliación y la equidad, los conflictos individuales, comunitarios, vecinales y obligaciones patrimoniales de hasta cinco salarios básicos unificados del trabajador en general, que se sometan a su conocimiento, de conformidad con lo previsto en la ley de la materia. 2. Serán competentes para conocer las contravenciones que no impliquen privación de la libertad (...)”*

El 30 de septiembre de 2014, el Pleno del Consejo de la Judicatura, emite la RESOLUCIÓN No. 252-2014, que contiene el “Reglamento para la Organización y Funcionamiento del Sistema de Justicia de Paz en el Ecuador”; en cuyo Art. 19 se dispone que la competencia de los jueces en relación al conocimiento de las contravenciones, se exceptúan las de tránsito; y, desde los Arts. 28 al 32 se describe el procedimiento, indicando que se convocará a una audiencia de conciliación, en la cual de llegar a un acuerdo se reducirá a escrito o se resolverá en equidad, que si las partes no cumplieren el acuerdo conciliatorio, el juez emitirá una resolución en equidad.

Tenemos entonces que es título de ejecución, el acuerdo conciliatorio o la resolución en equidad dictada por el juez de paz, pues se adecúa al concepto de acta transaccional; mas no se ejecutará como todo título de ejecución, sino que el mismo juez de paz la llevará a cumplimiento mediante una solución en equidad.

Muy importante es tratar el tema de la diferencia entre títulos ejecutivos y títulos de ejecución, ante lo cual, la doctora Vanesa Aguirre⁵⁸, opina que no existe uniformidad en la doctrina respecto al uso de estos términos; pero advierte que en el proyecto del Código Procesal Civil del 2009, proponía distinguirlos entre títulos de ejecución a los que producen efectos de cosa juzgada como los laudos arbitrales y las actas transaccionales aprobadas u homologadas, los que darían vía directa a la ejecución, y títulos ejecutivos a los que requerían la sustanciación de un juicio ejecutivo. En la página 456 de la obra referida, cita textualmente lo siguiente:

“De este modo –ilustra Fernández Ballesteros–, “Los acuerdos y transacciones judiciales tienen forma de resolución y sustancia de pacto”. (La ejecución forzada..., p.180). En la redacción del proyecto 2009, a la acertada sugerencia del tempranamente fallecido profesor guayaquileño Ernesto Salcedo Verduga, se estimó que las actas transaccionales no aprobadas ni homologadas judicialmente no podían constituirse en

⁵⁸ Aguirre, Vanesa: *Tutela Jurisdiccional del Crédito en el Ecuador*, Ediciones Legales, Primera Edición, Quito, 2012, págs. 454 a 458.

títulos de ejecución, ya que si bien las partes, dentro de los límites reconocidos a la autonomía de la voluntad privada, pueden hacerse las concesiones que a bien tengan, se trata de documentos cuya fiabilidad resulta, por razones de esencial prudencia, menor, al no contar con esa aprobación de autoridad que rebasa la órbita del “simple” documento privado, para transformarle en un título de ejecución, con todos los efectos que de ello se derivan. Se sigue pues las líneas de la LAM, la cual establece en su art. 47 que el acta de mediación en que consta el acuerdo “tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación”. La mediación en estos términos, habrá de solicitarse a los Centros de Mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados (art. 44 ejusdem).”

En la obra del Dr. Manuel Tama, se lee un fallo que nos clarifica el pronunciamiento del juzgador cuando aprueba un acuerdo transaccional dentro de un procedimiento:

“(1998) Transacción y sentencia; no procede juicio de nulidad de sentencia que aprueba el acuerdo transaccional de las partes. (...) CUARTA. Es necesario precisar que el proceso de inventarios o liquidación de la sociedad conyugal seguido por MERP en contra de SGGB, no ha terminado por el acuerdo normal, que es la sentencia, sino por el modo anormal de la transacción. La providencia dictada por el Juez... no resolvió sobre litis pendencia alguna sino se limitó a aprobar la transacción celebrada entre la partes, o en otras palabras, mediante la transacción las partes sustituyeron la sentencia que el Juez hubiera tenido que dictar y extinguió su jurisdicción. En un fallo pronunciado por la Corte Suprema de Justicia se manifiesta: “La transacción en el criterio doctrinario y jurisprudencial es un contrato civil que sustituye a la sentencia porque pone fin a un pleito con efecto de cosa juzgada para los debatientes (Código Civil y Leyes Conexas, Tomo III, Ediciones Legales, tercera edición, Corporación Mil, Quito, 1998, Pág. 744). Además, no hay que perder de vista, que la providencia que aprueba una transacción técnica y jurídicamente no es una

sentencia sino un auto interlocutorio y homologatorio, porque no contiene una decisión del Juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio sino es una aprobación que da el Juez, previo control legal, a un consenso al que han llegado las partes. Una providencia judicial constituye una sentencia o un auto de acuerdo a su contenido, no por la sola utilización de la fórmula “Administrando Justicia en nombre de la Republica y por Autoridad de la ley.”⁵⁹

CONCLUSIÓN

Por lo tanto, en base al momento en el cual se efectúa el acuerdo de las partes para solucionar un posible conflicto o una controversia dentro de un procedimiento, se observa que:

- a) Si el acuerdo es anterior al conflicto, y sirve para precaver un litigio eventual, se lo denomina transacción extrajudicial (título ejecutivo);
- b) Si el acuerdo se efectúa para terminar un litigio pendiente, esto es, una vez iniciado un procedimiento, pueden darse esta hipótesis:

Conciliación.- si el acuerdo arribado es en audiencia ante un juzgador (Art. 234 COGEP), y resuelve todos los asuntos de la controversia (título de ejecución), pero si es parcial continuará el proceso en relación a lo que no fue materia del acuerdo.

Transacción.- si las partes llegan a un acuerdo directo, en cuyo evento pondrán en conocimiento del juzgador para que se autorice la conclusión del proceso (Art. 235 COGEP) si han resuelto todos los asuntos de la controversia (título de ejecución) y si es parcial continuará el proceso en relación a lo que no fue materia del acuerdo.

El inciso final del Art. 235 del COGEP, dice que: “En caso de incumplimiento del acta transaccional podrá ejecutarse forzosamente, según lo dispuesto en el Art. 363”

⁵⁹ Tama, Manuel, Defensas y Excepciones en el Procedimiento Civil, Edilex SA Editores, Segunda Edición, Guayaquil, 2012, págs. 996 a 998.

50. Acciones previstas en normas procesales derogadas

LAS CONSULTANTES MANIFIESTAN

El Art. 448 del Código de Procedimiento Civil fue derogado por el COGEP, esta norma establecía la posibilidad al ejecutado de iniciar un procedimiento ordinario, ¿con la vigencia del COGEP este derecho desapareció?

ANÁLISIS

El Art. 289 del COGEP, manifiesta que: *“Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación”*.

La Disposición Derogatoria Primera del COGEP, dispuso: *“Deróguese el Código de Procedimiento Civil, codificación publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005 y todas sus posteriores reformas”*.

Es necesario recordar que cuando estuvo vigente el Código de Procedimiento Civil, eran aplicables los fallos de Triple Reiteración, relativo al tema de la Acción de Nulidad en Juicio Ejecutivo⁶⁰, y que constan en la Recopilación de 1998, donde la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, se pronunció en el siguiente sentido:

Según la doctrina, el proceso ejecutivo no es en rigor un juicio, sino más bien un conjunto de trámites o reglas de apremio encaminadas a dar eficacia a un derecho preexistente y ya declarado en el título ejecutivo. En nuestra legislación procesal no se la da autoridad de cosa juzgada material a la sentencia dictada en juicio ejecutivo, puesto que el Artículo 458 del Código de Procedimiento Civil faculta al deudor vencido para proponer contra el ejecutante juicio ordinario, para que dentro de este se discuta, con ciertas limitaciones, el asunto debatido en el juicio ejecutivo. Por lo dicho, dada la naturaleza del

⁶⁰ “Resolución No. 250-1998, Juicio No. 59-1997, R.O. No. 319 de 18 de mayo de 1998; Resolución No. 146-2000, Juicio No. 100-1999, R.O. No. 65 de 26 de abril del 2000; Resolución No. 36-2001, Juicio No. 88-1998. R. O. No. 289 de 21 marzo del 2001”

juicio ejecutivo no procede la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada dictada en este juicio; cualquier alegación de nulidad debe hacerse dentro del juicio ordinario previsto en el Artículo 458 del Código de Procedimiento Civil.

Desde la entrada en vigencia del COGEP, de la sentencia dictada en procedimiento ejecutivo es viable ejercer la acción de nulidad de sentencia⁶¹, situación que no contemplaba la legislación procesal anterior.

El COGEP establece en el Art. 353, taxativamente las excepciones que pueden plantearse en el procedimiento ejecutivo, siendo éstas: *“1. Título no ejecutivo. 2. Nulidad formal o falsedad del título. 3. Extinción total o parcial de la obligación exigida. 4. Existencia de auto de llamamiento a juicio por delito de usura o enriquecimiento privado no justificado, en el que la parte demandada del procedimiento ejecutivo figure como acusadora particular o denunciante del proceso penal y el actor del procedimiento ejecutivo sea el procesado. En caso de que el auto de llamamiento a juicio sea posterior a la contestación a la demanda, la o el demandado podrá adjuntarlo al proceso y solicitar su suspensión. 5. Excepciones previas previstas en este Código”*.

La Disposición Reformatoria Décimo Tercera del COGEP, reformó la Disposición General Décimo Primera del Libro 2 del Código Orgánico Monetario y Financiero (Ley Mercado de Valores), quedando el texto así: *“De las características de los valores.- Los valores a que*

⁶¹ “Art. 112.- Nulidad de sentencia. La sentencia ejecutoriada que pone fin al proceso es nula en los siguientes casos: 1. Por falta de jurisdicción o competencia de la o del juzgador que la dictó, salvo que estas se hayan planteado y resuelto como excepciones previas. 2. Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes, salvo que esta se haya planteado y resuelto como excepción previa. 3. Por no haberse citado con la demanda a la o el demandado si este no compareció al proceso. 4. Por no haberse notificado a las partes la convocatoria a las audiencias o la sentencia, siempre y cuando la parte no haya comparecido a la respectiva audiencia o no se haya interpuesto recurso alguno a la sentencia. Las nulidades comprendidas en este artículo podrán demandarse ante la o el juzgador de primera instancia de la misma materia de aquel que dictó sentencia, mientras esta no haya sido ejecutada. No podrán ser conocidas por la o el juzgador que las dictó. La presentación de la demanda de nulidad no impide que se continúe con la ejecución. La nulidad de la sentencia no podrá demandarse cuando haya sido expedida por las salas de la Corte Nacional de Justicia y se dejará a salvo las acciones que franquee la Constitución de la República”

se refiere el artículo 2 de esta Ley, tienen el carácter de títulos valor, en consecuencia, incorporan un derecho literal y autónomo que se ejercita por su portador legitimado según la ley, constituyen títulos ejecutivos para los efectos previstos en el Código Orgánico General de Procesos. Se presume, salvo prueba en contrario, su autenticidad así como la licitud de su causa y la provisión de fondos. (...)”

Por lo que, si bien es cierto existe un catálogo de excepciones que pueden plantearse al procedimiento ejecutivo, sin embargo, de tratarse de títulos ejecutivos que sean títulos valores, como por ejemplo: la letra de cambio, el pagaré o el cheque; pueden plantearse además las excepciones de: falta de autenticidad del título, ilicitud de causa y falta de provisión de fondos.

Por otro lado, cabe citar la sentencia dictada dentro del Juicio No. 175-2007, resolución de fecha 26 de marzo de 2012, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que en relación al enriquecimiento injusto dice:

QUINTO.- (...) por una parte existe un incremento patrimonial en desmedro del patrimonio de otra persona sin una causa o justificación alguna, como es la demanda ejercida por el actor. Sobre este tema la doctrina y jurisprudencia se llama acción de enriquecimiento incausado, indebido o injusto, concepto que comprende o envuelve la idea de un daño patrimonial resultante del desplazamiento ilegítimo, injusto, sin sustento jurídico, de un bien en provecho de una persona y en perjuicio o desmedro de otra. En nuestro Código Civil, aunque no aparece reconocido como fuente autónoma generadora de obligaciones, sin embargo, se infiere, de los preceptos, entre otros, los siguientes: Arts. 291, 693, 697, 703, 704, 972, 973, 974, 1510, 1732, 2217, 2218, 2219, 2222, etc., del Código Civil. Tales disposiciones registran verdaderas aplicaciones del principio prohibitivo del enriquecimiento injusto, indebido o incausado. Por tanto, no es, no puede ser, la acción de enriquecimiento injusto (acción de in rem verso), desconocida para el foro nacional como para que pueda ser confundida e identificada con el delito derecho penal tipificado como enriquecimiento ilícito (Gaceta Judicial, Año XCII, Serie XV, No. 13, p. 3933, Quito, 22 de octubre de 1991).

CONCLUSIÓN

El Art. 8 del Código Civil, establece que *“A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley”*.

Por lo que, si cabe puede demandar en procedimiento ordinario, la acción de enriquecimiento injustificado (acción de in rem verso), la devolución de lo pagado en procedimiento ejecutivo, cuando el incremento patrimonial del acreedor realizado en desmedro del patrimonio del deudor, se ha realizado sin una causa o con causa ilícita, produciendo un daño patrimonial ilegítimo e injusto.

Además, en el procedimiento ejecutivo, el deudor puede tomar las siguientes actitudes procesales:

- a) Pagar o cumplir con la obligación;
- b) Oponerse acompañando la prueba, con excepciones previas (Art. 153 COGEP) y/o excepciones de fondo;

De tratarse de títulos ejecutivos que no sean títulos valores, como por ejemplo testamento o transacción extrajudicial, las excepciones de fondo serán únicamente las tasadas del COGEP (Art. 353 de la 1 a la 4).

De tratarse de títulos ejecutivos que sean títulos valores, como por ejemplo la letra de cambio o el pagaré, las excepciones de fondo aplicables son las del COGEP (Art. 353 de la 1 a la 4), y las previstas en la Disposición Reformatoria Décimo Tercera del COGEP, que reformó la Disposición General Décimo Primera del Libro 2 del Código Orgánico Monetario y Financiero (Ley Mercado de Valores), estas son: falta de autenticidad del título, ilicitud de causa y falta de provisión de fondos;

- c) Rendir caución para suspender la providencia preventiva;
- d) Reconvenir al actor con otro título ejecutivo.

51. Declaratoria de la presunción de insolvencia

CONSULTA

¿Existe o no sentencia del insolvente, y la designación de síndico corresponde hacerla al calificar la demanda o una vez citado el demandado?

ANÁLISIS

El COGEP en su Art. 416 dice que se presumirá la insolvencia y como tal se declarará con lugar el concurso de acreedores o la quiebra, cuando: “1. Requerido la o el deudor con el mandamiento de ejecución, no pague ni dimita bienes. 2. Los bienes dimitidos sean litigiosos. No estén en posesión por la o el deudor. Estén situados fuera de la República, o consistan en créditos no escritos o contra personas de insolvencia notoria. 3. Los bienes dimitidos sean insuficientes para el pago, según el avalúo practicado en el mismo proceso o según las posturas hechas al tiempo de la subasta. Para apreciar la insuficiencia de los bienes, se deducirá el importe de los gravámenes a que estén sujetos, a menos que se haya constituido, para caucionar el mismo crédito.”

En tanto que, los Arts. 423 y 424 del mismo cuerpo adjetivo de materias no penales, se dispone que tanto en el concurso voluntario como en el necesario, el juzgado debe: “6. Ordenar la publicación en la página web del Consejo de la Judicatura del auto que declara la insolvencia o quiebra de la o del fallido.”

De la misma manera el Art. 430 indica: “Rehabilitación.(...) También se rehabilitará a la o al fallido, persona natural contra quien haya seguido el proceso, si este se encuentra en estado de abandono por más de diez años, siempre que no se haya dado antes la declaración de fraudulencia.(...)”

El Art. 35 del COGEP, señala que: “La o el insolvente será representado por la o el síndico en todo lo que concierne a sus bienes, pero tendrá capacidad para comparecer por sí mismo en lo que se refiere exclusivamente a derechos extra patrimoniales o en las diligencias permitidas en la ley.”

Además, el Art. 423 del COGEP, indica que en el auto inicial del concurso voluntario (comprendiendo también el concurso necesario), el juzgador, dispondrá: “3. *Designar síndica o síndico, quien será depositaria o depositario de los bienes.*”

CONCLUSIÓN

De lo cual se colige que en el auto inicial de los procedimientos concursales necesarios y voluntarios, se presume la insolvencia del fallido, situación procesal en el cual puede permanecer hasta 10 años, siempre y cuando antes no se haya declarado la insolvencia como fraudulenta por actos maliciosos en perjuicio de los acreedores.

Por tanto, no existe en materia civil, sentencia de declaratoria de insolvencia; pero en materia penal una vez declarada la insolvencia como fraudulenta, podría merecer sentencia, de acuerdo a los tipos penales previsto en el COIP⁶².

Por ser el síndico, el representante del insolvente en los procedimientos concursales necesario y voluntario, es necesaria su comparecencia desde el inicio del proceso, esto es, deberá ser designado en el auto de calificación.

⁶² “Art. 205.- Insolvencia fraudulenta.- La persona que a nombre propio o en calidad de representante legal, apoderada, directora, administradora o empleada de entidad o empresa, simule, por cualquier forma, un estado de insolvencia o quiebra para eludir sus obligaciones frente a sus acreedores, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Igual pena tendrá la persona que en calidad de representante legal, apoderada, directora, administradora, conociendo el estado de insolvencia en que se encuentra la persona jurídica que administra, acuerde, decida o permita que esta emita valores de oferta pública o haga oferta pública de los mismos. Si se determina responsabilidad penal de personas jurídicas, se impondrá la pena de clausura definitiva de sus locales o establecimientos y multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.

Art. 206.- Quiebra.- La persona que en calidad de comerciante sea declarada culpable de alzamiento o quiebra fraudulenta, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Art. 207.- Quiebra fraudulenta de persona jurídica.- Cuando se trate de la quiebra de una sociedad o de una persona jurídica, toda o todo director, administrador o gerente de la sociedad, contador o tenedor de libros que coopere en su ejecución, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”

52. Providencias preventivas en la etapa de ejecución

CONSULTA

En un procedimiento de ejecución, ¿es posible o no decretar una providencia preventiva de acuerdo al Art. 124 del COGEP?

ANÁLISIS

El Artículo 124 del COGEP establece la procedencia de las providencias preventivas, determinándose que *“cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito. El secuestro o la retención se solicitará a la o al juzgador de primera instancia, aun cuando la causa se halle ante la corte provincial”*.

El inciso final del Art. 363 del COGEP, contempla la posibilidad de ejecutar providencias preventivas ordenadas por los tribunales de arbitraje nacionales o internacionales.

Es así que en el Art. 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se contempla la posibilidad que los árbitros puedan dictar medidas cautelares, *“para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste”*.

Esto implica que dichas medidas, ahora denominadas providencias preventivas, pueden ser ordenadas como provisionales, esto es, antes de emitirse el laudo; debiendo, desde luego, tramitarse conforme lo previsto en el Art. 127 del COGEP.

Por otro lado, en el Código de Comercio, refiriéndonos al contrato de compraventa con reserva de dominio, el Artículo Innumerado agregado por Decreto Supremo No. 548-CH, publicado en Registro Oficial 68 de 30 de Septiembre de 1963, señala lo siguiente:

Art. ...- El vendedor puede oponerse al embargo o secuestro de las cosas vendidas con reserva de dominio que hubieren solicitado los acreedores del comprador o un tercero, presentando el contrato de venta debidamente registrado, y un certificado

otorgado por el Registrador, del que aparezca que el contrato no ha sido cancelado y subsiste la obligación.

En los contratos de prenda especial de comercio, se dice:

Art. 575-V.- Si sobre la cosa dada en prenda recayere orden de retención, secuestro o embargo, el vendedor demandará el remate de la prenda, pidiendo además que se cancelen las medidas asegurativas o preventivas. (...)

En los contratos de prenda agrícola e industrial, se expresa:

Art. 594.- (...) el acreedor podrá pedir el secuestro de la finca o inmueble, o que el juez lo entregue en anticresis judicial o prenda pretoria, para administrarlo y pagarse con sus frutos. La concesión del secuestro y de la prenda pretoria se registrará por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil sobre secuestro (...)

Conforme estas normas, sobre las cosas objeto de compraventa con reserva de dominio, o prendadas, el juez a pedido de un tercero, si puede disponer providencias preventivas.

CONCLUSIÓN

Por lo que, en el procedimiento de ejecución, sí se puede disponer providencias preventivas; más aún cabe ordenarlas cuando sea el propio acreedor quien ostenta el título de ejecución, quien las solicite.

53. Requerimiento notarial

CONSULTA

¿En relación al requerimiento judicial en el COGEP en caso de oposición el trámite debe darse en procedimiento sumario?

ANÁLISIS

En el Registro Oficial No. 913, Sexto Suplemento, de 30 de diciembre de 2016, se expide la Ley Reformativa de la Ley Notarial, por la cual se sustituye el último párrafo del Art. 18, por el siguiente: “En

estos casos y en el previsto en el artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de existir controversia, las y los interesados podrán demandar sus pretensiones por vía sumaria. Para el efecto, la o el notario a petición de parte, protocolizará y entregará en el plazo de tres días las copias de todo lo actuado.”

Además, en el Art. 18 de la Ley Notarial, existen dos requerimientos: el numerado como número 18 *“Practicar mediante diligencia notarial, requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato como para la entrega de cosa debida y de la ejecución de obligaciones”*; y, el numerado con el 31 *“Requerir a la persona deudora para constituir la en mora, de conformidad con el artículo 1567 del Código Civil.”*

De igual manera, en el mentado Registro Oficial No. 913, Sexto Suplemento, de 30 de diciembre de 2016, que contiene la Ley Reformatoria de la Ley Notarial, reza en su Disposición General Segunda, lo siguiente: *“En todos los casos en que se autorice ante una o un Notario contratos, actos de voluntad y otras diligencias de las que se generen derechos y obligaciones para dos o más partes, la o el notario de forma obligatoria hará constar la dirección del domicilio, el número telefónico fijo o móvil y de existir, el correo electrónico de cada parte, en el que podrán ser notificados en caso de controversia.”*

CONCLUSIÓN

Por lo cual, en el caso consultado, con las reformas a la Ley Notarial, queda definido que el Notario, es competente para realizar la diligencia, protocolizar y entregar las copias de lo actuado. Luego de existir controversia, el interesado presentará su demanda en procedimiento sumario ante el juez competente.

54. Procedimiento de controversias en asuntos de inquilinato

CONSULTA

¿Qué procedimiento debe darse en materia de inquilinato? Puesto que la Disposición Reformatoria Décima del COGEP al referirse a la Ley de Inquilinato sobre el trámite de las controversias indica que

serán en procedimiento sumario, pero existe la duda sobre el trámite que debe aplicarse a los juicios antes de la vigencia del COGEP, toda vez que no se encontraba aún en vigencia el procedimiento sumario.

ANÁLISIS

La disposición Reformatoria Primera del Código Orgánico General de Procesos, entró en vigencia el 23 de mayo del 2016⁶³. Sólo la Disposición Final Segunda, está vigente desde el 23 de mayo del 2015, es decir, *“las normas que reforman el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Notarial y la Ley de Arbitraje y Mediación y aquellas que regulan períodos de abandono, copias certificadas, registro de contratos de inquilinato y citación, que entrarán en vigencia a partir de la fecha de publicación de esta Ley”*.

De acuerdo a la Disposición Transitoria Primera, *“Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación.*

CONCLUSIÓN

Por lo cual, en los procesos antes de la vigencia del COGEP (23 de mayo del 2016), se continuarán aplicando las normas vigentes a aquella época, es decir la Ley de Inquilinato y el Código de Procedimiento Civil en su parte pertinente; mientras que los que se presenten con posterioridad a dicha fecha, será aplicable el Código Orgánico General del Procesos.

⁶³ “En todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, sustitúyase en lo que diga: 1. “Código de Procedimiento Civil”; “Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” y “Ley de Casación”, por “Código Orgánico General de Procesos”. 2. “Juicio verbal sumario” por “procedimiento sumario”

55. Legitimación en causa de personas jurídicas extinguidas

CONSULTA

“El COGEP nada dice con relación al legítimo contradictor en caso de cooperativas de vivienda disueltas o liquidadas.” Es necesario contar con el legítimo contradictor en los procesos, como en la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, no sólo con el Municipio sino alguien que represente a la persona jurídica privada que se ha extinguido.

ANÁLISIS

El Art. 33 del COGEP claramente establece: *“Representación de personas jurídicas en el proceso. Cuando la parte sea una persona jurídica, deberá ser representada en el proceso por su representante legal o judicial. En el caso de las acciones laborales estas podrán dirigirse contra cualquier persona que a nombre de sus principales ejerza funciones de dirección y administración, aun sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común.”*

La citada norma se refiere a la representación legal de las personas jurídicas activas pero no a las extinguidas, sobre éstas nos referiremos más adelante.

En la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, se establece que el Gerente es el representante legal, judicial y extrajudicial de la Cooperativa, que luego mientras esté activa la institución, puede suceder situaciones jurídicas como la intervención, en cuyo evento se nombrará en interventor quien la representará durante este proceso; como también puede acontecer la liquidación de la misma, en cuyo evento será el liquidador su representante.

Una vez concluida la liquidación, *“el saldo del activo, si lo hubiere, se destinará a los objetivos previstos en el estatuto social o resueltos por la Asamblea General y se cancelará su inscripción en el Registro Público”*, dice el Art. 64 de la Ley mentada.

Por tanto, se parte del supuesto que para declarar la extinción de la personería jurídica de una Cooperativa, y disponer su cancelación en el registro correspondiente, no debe existir saldo activo.

Por otro lado, en la Ley de Compañías, su Art. 9 dice: *“Las compañías u otras personas jurídicas que contrajeren en el Ecuador obligaciones que deban cumplirse en la República y no tuvieren quien las represente, serán consideradas como el deudor que se oculta y podrán ser representadas por un curador dativo, conforme al Art. 512 del Código Civil.”*

El Código Civil, señala en su Art. 372, que es curador de bienes el que se da a los bienes del ausente; que toca a este curador el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus representados (Art. 511); que pueden provocar este nombramiento, además de otras personas, los acreedores del deudor que se oculta (Art. 495); que procede el nombramiento cuando: 1. no se sepa de su paradero, o que a lo menos haya dejado de estar en comunicación con los suyos, y de la falta de comunicación se originen perjuicios graves al mismo ausente o a terceros; y, 2. Que no haya constituido procurador, o sólo le haya constituido para cosas o negocios especiales. Cesando por la extinción o inversión completa de los mismos bienes. (Art. 494). Previo el discernimiento, que es el decreto judicial que autoriza al curador a ejercer el cargo, deberá rendir fianza o caución (Arts. 398 y 399)

En la Gaceta Judicial, Año LXXXII, Serie XIII, No. 14, Pág. 3341, existe un fallo de 28 de octubre de 1981, en el cual se dice:

“TERCERO. Si bien por lo dispuesto en el Art. 9 de la Ley de Compañías cuando estás u otras personas jurídicas extranjeras que contrajeren en Ecuador obligaciones que deben cumplirse en su territorio y no tuvieren quien les represente, podrán ser representadas por un Curador Dativo, designado por el Juez acorde con el Art. 399, del Código Civil lo cual es procedente siempre y cuando se cumplan los preceptos, determinados entre otros por el Art. 512 del Código Civil, cuyas circunstancias componentes deben demostrarse conforme a la Ley. CUARTO. Puntualizados estos antecedentes, la Sala procede a analizar el juicio en cuestión, constatando que, de manera inopinada

se hace caso omiso de la Ley y atropellando procedimientos se nombra al Abogado Jorge Alvear Macías, para el cargo de Curador Dativo de la Empresa demandada. Pues no hay constancia procesal del discernimiento que no es otra cosa que el decreto judicial por el que el Juez autoriza al Curador Dativo para el ejercicio de las funciones, con lo cual se ha incumplido con lo dispuesto por el Art. 416, del Código Civil. Tampoco se ha exigido al Curador Dativo la consiguiente fianza o caución como así lo manda el Art. 417 *ibídem*. Omisiones que indudablemente acarrearán la nulidad de todos los actos realizados por el supuesto Curador conforme determina el Art. 420, que desde luego no hay otro acto en el proceso, que el acta de posesión constante de fs. 10 y el escrito de fs. 11, en el que se da por citado con la demanda, ya que no concurrió a contestarla en la junta de conciliación fs. 12 vta. y por ende no dedujo excepciones; tampoco actuó prueba alguna ni recurrió de la sentencia y, en definitiva no ejerció ninguna defensa de los intereses de la Empresa demandada, de la cual se decía su representante. QUINTO. En no habiendo la autorización judicial es ilegítima la intervención del Abogado Jorge Alvear Macías y por tanto no se ha realizado la citación con la demanda a la Empresa Azoexport Export Import o Danubiana; el juicio se ha seguido y terminado con ésta irregularidad que no produce otro efecto que el de la nulidad procesal, no solamente de la citación sino también de la sentencia ejecutoriada, esto es, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal tercero del Art. 320, del Código de Procedimiento. Por lo que antecede la omisión anotada anula el proceso y atenta contra la garantía de defensa universalmente reconocida, al haberse prescindido de la parte demandada en el pleito, despojándola del derecho consignado en el ordinal tercero del Art. 99 *ibídem*.”

En el Código Orgánico General de Procesos, se estipula en su Art. 120 que: *“Todo proceso podrá ser precedido de una diligencia preparatoria, a petición de parte y con la finalidad de: 1. Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso. (...)”*; y, en el Art. 122, que además de otras de la misma naturaleza, es diligencia preparatoria: *“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”*.

Ahora el punto a dilucidar consiste en la posibilidad de existencia de bienes o activos de las Cooperativas o Compañías extintas, que no se incluyeron en el proceso de liquidación, y de los cuales se pretende demandar, la pregunta surge ¿contra quién se dirige la demanda?, ya que la persona jurídica extinta carece de capacidad jurídica.

CONCLUSIÓN

De lo dicho se puede deducir que para determinar la legitimación pasiva de la Cooperativa o Compañía extinta, se debe solicitar al juez de la materia que en el futuro conocerá la causa en lo principal, como diligencia preparatoria el nombramiento de un curador de bienes de la persona ausente.

El juzgador deberá calificar la petición y oficiar a la Superintendencia respectiva, con el propósito que estas entidades sugieran el nombre de un curador; si el ente regulador no lo indica, será el juez quien designe a una persona de reconocida honorabilidad.

De acuerdo al caso propuesto en la pregunta, esto es, prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio contra una Cooperativa extinta, la demanda deberá plantearse contra el Curador Dativo y el GAD respectivo; y, notificarse al Procurador General del Estado.

56. Retiro de la demanda

CONSULTA

Se plantea la siguiente inquietud: ¿A las causas anteriores al COGEP puede aplicarse el retiro de la demanda? En vista de que en los procesos sustanciados por el Código de Procedimiento Civil, no existe la posibilidad del retiro de la demanda, se puede aplicar las normas del COGEP en base al Art. 18.7 del Código Civil, en el que se establece que a falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos y no habiéndolas se ocurrirá a los principios del derecho universal.

ANÁLISIS

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, 23 de mayo de 2016, se deroga el Código de Procedimiento Civil,

codificación publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005 y todas sus posteriores reformas.

La Disposición Transitoria Primera del nuevo cuerpo adjetivo, señala: *“Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación.”*

CONCLUSIÓN

Por lo que ante la posibilidad de aplicar la institución del retiro de la demanda a procesos que se sustancian con el Código de Procedimiento Civil, se recuerda que la ley por principio general tiene efectos para futuro, esto es, no es retroactiva (salvo las excepciones previstas en el Art. 7 del Código Civil), no encontrándose en esas excepciones la hipótesis planteada por el consultante.

57. Sentencia como título de ejecución

CONSULTA

¿Cómo proceder en sentencia que no tiene obligación clara y determinada? El Art. 363.1 del COGEP señala que la sentencia ejecutoriada es título de ejecución, pero debería aclararse que no toda sentencia tiene las condiciones de contener obligación clara y determinada, por lo cual se hace necesario considerar que la sentencia que carezca de estos requisitos, no sea título de ejecución.

ANÁLISIS

Sobre el tema propuesto, es preciso conocer la clasificación de las sentencias, y con ello el muy esclarecedor análisis que de cada una de ellas realiza el maestro Couture:

Pero cuando Se trata de determinar los distintos tipos de sentencia en consideración al derecho sustancial o material que ellas ponen en vigor, entonces la clasificación se divide en

otros tipos: sentencias declarativas, de condena, constitutivas y cautelares. (...)

Son sentencias *declarativas*, o de *mera declaración*, aquellas que tienen por objeto la pura declaración de la existencia de un derecho. (...) Sentencia de declaración es la sentencia absolutoria que desestima la demanda, ya que en definitiva ella declara la inexistencia del derecho que el actor pretende como suyo. (...) En general la doctrina admite que todo estado de incertidumbre jurídica, que no tenga otro medio de solución que el de un fallo judicial, justifica una acción de mera declaración y una sentencia de esta naturaleza.

Son *sentencias de condena* todas aquellas que imponen, el cumplimiento de una prestación, ya sea en sentido positivo (dar, hacer), ya sea en sentido negativo (no hacer, abstenerse). Este tipo de sentencias surge de numerosas circunstancias del comercio jurídico. Unas veces nace a raíz de una lesión del derecho ajeno, como en los casos de responsabilidad civil, de pérdida de la propiedad, de privación de la herencia. Otras, como consecuencia del incumplimiento de una obligación mediante omisión del deudor, como en las situaciones de insatisfacción de los derechos del acreedor, falta de pago, etc. Otras, como consecuencia de acciones por parte de aquellos que se han comprometido a abstenerse, situación relativamente frecuente en las obligaciones de no realizar determinada propaganda, de no implantar cierta industria, de no instalar un comercio en determinado radio, etc. (...)

Se denominan *sentencias constitutivas* aquellas que, sin limitarse a la mera declaración de un derecho y sin establecer una condena al cumplimiento de una prestación, crean, modifican o extinguen un estado jurídico. (...) Pertenecen a esta clase, en primer término, aquellas sentencias que crean un estado jurídico nuevo, ya sea haciendo cesar el existente, ya sea modificándolo, ya sea sustituyéndolo por otro. La demanda que tiene por objeto provocar la rescisión del contrato de arrendamiento por incumplimiento del arrendatario, antes del plazo pactado, tiene por objeto lograr que el juez declare el incumplimiento pero además que resuelva el contrato antes del vencimiento del plazo, creando en favor del arrendador la facultad de lanzar al arrendatario y de volver a disponer del inmueble. En segundo lugar, integran esta clase de sentencias aquellas que deparan

efectos jurídicos de tal índole que no podrían lograrse sino mediante la colaboración de los órganos jurisdiccionales: el divorcio, la separación de cuerpos, la separación de bienes, etc.

Junto a las sentencias declarativas, constitutivas y de condena, la doctrina más reciente hace aparecer, como categoría autónoma de decisiones judiciales, a las resoluciones cautelares. La terminología que rige respecto de ellas es muy variada. Se les llama, indistintamente, providencias cautelares, medidas de seguridad, medidas precautorias, medidas de garantía, acciones preventivas, medidas cautelares, etc.⁶⁴

Nuestro Código Orgánico General de Procesos, ha previsto desde los Arts. 366 al 369, la forma de proceder para dar cumplimiento a las sentencias, y según la clasificación ya referida, el legislador ha seguido el marco de la sentencia de condena, es así que las ha dividido de acuerdo a la pretensión reclamada, en: a) Obligaciones de dar especie o cuerpo cierto, b) Obligaciones de dar dinero o bienes de género, c) Obligaciones de hacer, y d) Obligaciones de no hacer.

Obviamente que hay sentencias constitutivas que se ejecutan con su inscripción en los registros públicos, como en el caso del divorcio; o, en las cautelares con la inscripción de la prohibición de enajenar.

Pero hay sentencias mera declarativas que es necesario seguir otro proceso (procedimiento ordinario) para obtener la determinación de la prestación, como en el caso de las sentencias que únicamente declaran con lugar los daños y perjuicios pero no los cuantifican. Obviamente que este tipo de sentencias ya no está concebido que se presenten en el nuevo esquema procesal ecuatoriano, a partir de la entrada en vigencia del COGEP, por cuanto el Art. 98 dispone: *“El juzgador fijará en la sentencia o auto interlocutorio el importe de daños y perjuicios que deberá pagar la parte condenada a la contraparte, si aquellos han sido objeto de la demanda. De no ser posible esta determinación, establecerá las bases sobre las cuáles deberá practicarse la liquidación.”*

⁶⁴ Couture, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Roque de Palma Editores, Tercera Edición, Buenos Aires, 1958, págs. 314-321.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, el legislador ha previsto la forma en que debe procederse para dar ejecución a las sentencias, cualesquier sea la pretensión deducida, no de otra manera se comprende la redacción del Art. 372, cuando señala que el mandamiento de ejecución debe cumplir con ciertos requisitos, entre otros: “2. *La determinación de la obligación cuyo cumplimiento se pretende, adjuntando copia de la liquidación, de ser el caso.*”

Además, refiriéndose a las sentencias no dinerarias inejecutables, la Dra. Vanesa Aguirre Guzmán, señala:

En ocasiones, no es posible el cumplimiento in natura de lo dispuesto en las sentencias. A diferencia con lo que sucede con la ejecución dineraria, donde el interés del acreedor se repara mediante la entrega de un bien fungible por excelencia, en la ejecución no dineraria esa satisfacción a veces no es posible, sea porque el deudor ya no dispone del bien específico que debía entregar, porque no quiere ejecutar la conducta debida o bien porque ha realizado lo que, precisamente le estaba prohibido. En estos casos, la solución al derecho infringido debe hallarse –bien lo explica Moreno Catena– en el cumplimiento por equivalencia, es decir, mediante la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios que se han ocasionado al acreedor. (...)

Lo fundamental, en consecuencia, es que se cumpla a plenitud con el principio de la restitutio in integrum. Sin embargo, puede decirse que, hasta cierto punto, el cumplimiento compulsivo por equivalencia pecuniario asume el papel de una verdadera indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento, cuando la ejecución, por diversas circunstancias que deberán ser apreciadas por el tribunal que la ordena, no pudo llevarse a cabo en sus propios términos.”⁶⁵

Advertía la autora que, si bien es cierto el Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano (hoy derogado), trataba el tema como indemnización

⁶⁵ Aguirre, Vanesa: *Tutela Jurisdiccional del Crédito en el Ecuador*, Ediciones Legales, Primera Edición, Quito, 2012, págs. 151-152.

compensatoria, en el Art. 440, era incompleto porque no establecía por ejemplo las medidas para la ejecución no dineraria.

En nuestra nueva norma procesal, Código Orgánico General de Procesos, tenemos en forma detallada, la manera como el juzgador debe proceder al cumplimiento de este tipo de sentencias, es así que el Art. 366, en relación a las obligaciones de dar especie o cuerpo cierto, dice: “Si la especie o cuerpo cierto no puede ser entregado a la o el acreedor por imposibilidad legal o material, la o el juzgador, a pedido de la o del acreedor, ordenará que la o el deudor consigne el valor del mismo a precio de reposición, a la fecha en que se dicte esta orden”; del mismo modo el Art. 368, en cuanto a la obligaciones de hacer, señala: “Si por cualquier motivo no se obtiene la realización del hecho, la o el juzgador de la ejecución determinará en una audiencia convocada para tal efecto y sobre la base de las pruebas aportadas por las partes, el monto de indemnización que la o el deudor debe pagar por el incumplimiento y dispondrá el respectivo cobro siguiendo el procedimiento previsto para la ejecución de una obligación de dar dinero”; finalmente, en las obligaciones de no hacer, se ha previsto que: “Si no es posible deshacer lo hecho, se ordenará que la o el demandado consigne la cantidad correspondiente al monto de la indemnización, la que se fijará en una audiencia, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo anterior”

58. Autos de sustanciación

CONSULTA

Según el COGEP, cabe de oficio revocar, reformar, aclarar o ampliar los autos de sustanciación u autos interlocutorios.

ANÁLISIS

Los recursos horizontales que contempla el COGEP, son la aclaración, ampliación, revocatoria y reforma, siempre y cuando sea solicitado por una de las partes procesales; así lo contempla el Art. 255 cuando dice: *“La solicitud de aclaración o ampliación deberá expresar con claridad y precisión las razones que la sustenten, de no hacerlo, se la rechazará de plano.”*

El Art. 254 señala que: *“Por la revocatoria la parte pretende que el mismo órgano jurisdiccional que pronunció un auto de sustanciación lo deje sin efecto y dicte otro en sustitución. También será admisible la reforma, en cuyo caso se enmendará la providencia en la parte que corresponda.”*

CONCLUSIÓN

De lo cual se colige que según el esquema del COGEP, en materia de recursos horizontales a las providencias judiciales, el mismo juzgador procederá al análisis de su pertinencia sólo cuando haya sido solicitado por una de las partes procesales, nunca de oficio; que los autos de sustanciación pueden aclararse, ampliarse, revocarse o reformarse; y, que los autos interlocutorios y las sentencias pueden aclararse o ampliarse.

59. Informes periciales de ADN

CONSULTA

¿El perito del ADN debe comparecer a sustentar su informe? En el COGEP los peritos designados deben comparecer a las audiencias, sin que esto sea posible en asuntos de niños, niñas y adolescentes, puesto que no existen número suficientes de peritos

ANÁLISIS

El Art. 222 del COGEP, establece que “La o el perito será notificado en su dirección electrónica con el señalamiento de día y hora para la audiencia de juicio, dentro de la cual sustentará su informe. Su comparecencia es obligatoria. (...)”

Si bien es cierto que la comparecencia de los peritos es obligatoria, quienes además deben estar acreditados por el Consejo de la Judicatura, sin embargo, el examen del ADN es considerado como un informe emitido por los equipos técnicos o instituciones legalmente reconocidas; y, por lo tanto es considerado como prueba documental.

CONCLUSIÓN

Por lo cual, la prueba del ADN está concebida como prueba documental y sólo en el evento de que se impugne transgresión a la cadena de custodia⁶⁶, tendría el perito que concurrir a sustentar su informe.

60. Intereses en materia laboral

CONSULTA

En relación al pago de los intereses dentro del juicio laboral. Según lo previsto en la Disposición Derogatoria Octava del COGEP, entre otras normas se deroga el Art. 614 del Código del Trabajo, en el cual se encontraba detallado sobre que rubros se deben liquidar intereses, sin embargo al haberse derogado esta norma resultaría que los jueces no tendrían establecidos los rubros sobre los que aplican intereses. Por lo que se debería establecer ciertos parámetros en los que se defina en forma precisa los rubros sobre los que aplican los intereses en materia laboral.

ANÁLISIS

El 1 de diciembre del 2016, la Corte Nacional de Justicia, emite la RESOLUCIÓN No. 08-2016, Suplemento del Registro Oficial No. 894; relativas al pago de intereses sobre las remuneraciones en mora en los juicios laborales, resolviendo:

En los juicios individuales de trabajo sujetos al trámite sumario de conformidad con el Código Orgánico General de Procesos, en que la persona trabajadora demande el pago de remuneraciones mensuales, décimo tercera, décimo cuarta

⁶⁶ "COIP.- Art. 456.- Cadena de custodia.- Se aplicará cadena de custodia a los elementos físicos o contenido digital materia de prueba, para garantizar su autenticidad, acreditando su identidad y estado original; las condiciones, las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos y se incluirán los cambios hechos en ellos por cada custodia. La cadena inicia en el lugar donde se obtiene, encuentra o recauda el elemento de prueba y finaliza por orden de la autoridad competente. Son responsables de su aplicación, el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, el personal competente en materia de tránsito y todos los servidores públicos y particulares que tengan relación con estos elementos, incluyendo el personal de servicios de salud que tengan contacto con elementos físicos que puedan ser de utilidad en la investigación."

remuneraciones, vacaciones devengadas y no canceladas y la pensión jubilar patronal mensual vitalicia, en caso de sentencia condenatoria, las juezas, jueces y tribunales de instancia, dispondrán el pago de intereses, aun cuando no se lo hubiere solicitado en la demanda, que se calcularán a partir de la fecha en que se hizo exigible la obligación hasta la fecha en que se cumpla la orden de pago; conforme a los plazos establecidos en los artículos 76, 80, 82, 83, 111, 113 y 216 del Código del Trabajo, este último en concordancia con la Resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el R.O. No. 245, de 2 de agosto de 1989. En el caso del pago de remuneraciones reclamadas en juicio monitorio, se estará a lo previsto en el artículo 360 del Código Orgánico General de Procesos.

CONCLUSIÓN

La resolución general y obligatoria del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, No. 08-2016, resuelve la interrogante planteada.

61. Constitución de procuración y comparecencia a través de procurador judicial

CONSULTA

En relación a los artículos 42 (constitución de la procuración) y 305 (comparecencia a través de procurador), se sirvan aclarar si tales designaciones deben recaer únicamente sobre una o un abogado o pueden hacer en conjunto con otro u otros abogados, quienes pueden intervenir también en audiencias.

ANÁLISIS

El Código Orgánico General de Procesos establece, como regla general, la obligación de las partes de comparecer personalmente a las audiencias (Art. 86). Si bien, tal obligación no es objeto de discusión aquí, bien podemos precisar que ello no sólo es una clara obligación establecida por el legislador sino que es consecuencia indudable del sistema oral previsto por el constituyente para todos los procedimientos, etapas y diligencias (Art. 168.6 CRE), así como una exigencia derivada del principio de inmediación que rige nuestro sistema procesal (Art. 75 y 169 CRE). Oportuno resulta recordar que, al

establecer el sistema oral, el constituyente dispone que la ejecución de los actos procesales, la comunicación entre las partes, así como la adopción de las decisiones del juzgador sea mediante una relación directa y una comunicación verbal; cuestiones que sólo pueden materializarse mediante la comparecencia personal de las partes a la audiencia; así como que, de acuerdo con el sistema oral, las partes deben sostener y fundar sus pretensiones, solicitudes, argumentos, alegatos, así como practicar las pruebas en la audiencia, porque sólo aquello garantiza el principio de contradicción que forma parte del derecho a la defensa y debido proceso (Art. 76.7.h CRE).

No obstante lo expuesto, el legislador también ha establecido otras formas de comparecencia a las audiencias; particularmente, cuando concurra procurador judicial con cláusula especial o autorización para transigir (Art. 86.1 COGEP). La consulta plantea, concretamente, la cuestión de constitución de la procuración judicial, por cuanto, el artículo 42 del Código Orgánico General de Procesos establece que, «la procuración judicial se constituirá únicamente a favor de una o un defensor que no se encuentre inserto en alguna de las prohibiciones previstas en la ley».

Aun analizando esta norma desde su tenor literal, no puede entenderse que deba exigirse que la constitución de procuración judicial se haga únicamente a favor de una o un abogado. Dicho en otras palabras, lo razonable sería entender que, cuando el legislador se refiere a una o un defensor, se refiere en realidad a la categoría profesional, más no al número, a favor de quienes puede constituirse dicha procuración.

De hecho, importante resulta destacar, que no es la única norma donde se use expresiones en sentido singular y no plural; por ejemplo, la Constitución de la República, dentro de las garantías del derecho a la defensa y debido proceso, prescribe que toda persona tiene derecho a «ser asistido por una abogada o abogado de su elección» (Art. 76.7.g CRE), y a nadie se le ha ocurrido entender que dicha norma constitucional limite a una persona a la elección de un abogado o una abogada, sino que resulta pacífico entender que dicha norma garantiza la asistencia de un profesional, con independencia de si esa asistencia se brinda por uno o varios profesionales.

En línea con lo expuesto, exigir que la procuración judicial se constituya sólo a favor de un defensor (cuando el interesado quiera hacerlo a favor de más de un abogado) resulta igual de irracional, que si entendiéramos que el artículo 327 del Código Orgánico de la Función Judicial, al decir «el todo proceso judicial necesariamente intervendrá un abogado» permite que sólo un abogado ejerza la defensa; lo cual –si alguien llegase a entenderlo así– no sólo significaría un despropósito sino incluso una arbitrariedad violatoria del derecho constitucional de libertad, pues tal norma (como la del COGEP), vale insistir, se refiere al género profesional y no la cantidad de profesionales.

CONCLUSIÓN

De manera que, sin mayor esfuerzo, es posible determinar que la constitución de procuración judicial –por los medios establecidos por el propio legislador en el artículo 42 del COGEP– puede hacerse a favor de cuantos abogados o abogadas tenga a bien el otorgante.

62. Excepciones

CONSULTA

Las excepciones a las que se refiere el Art. 95 del COGEP en el numeral 5, implican solo excepciones previas o también otras excepciones.

ANÁLISIS

Como es bien conocido, las excepciones aparecieron en el derecho romano cuyo efecto puede incluso concluir en la absolución de la parte demandada; de manera que, en tal sentido, puede comprenderse como la alteración de un régimen común de consecuencias. Nuestro ordenamiento jurídico, al regular la contestación a la demanda, establece la oportunidad para deducirlas, cuando prescribe que la parte demandada «deberá además deducir todas las excepciones de las que se crea asistida contra las pretensiones de la parte actora, con expresión de su fundamento fáctico». (Inciso tercero, Art. 151 COGEP). Desde luego, dicha norma no distingue entre excepciones previas (que han de ser resueltas en la audiencia

preliminar o en la primera fase de la audiencia única dependiendo del procedimiento); y, excepciones de fondo.

El artículo 95 del Código Orgánico General de Procesos establece lo que debe contener la sentencia escrita; concretamente, el numeral 5 se refiere a la decisión sobre las excepciones presentadas. De acuerdo con nuestra Constitución, el principio dispositivo rige el sistema procesal (Art. 168.6) en todas las materias, instancias, etapas y diligencias. El legislador a través del Código Orgánico de la Función Judicial (marzo de 2009) ha precisado los alcances de tal principio, al señalar:

Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley (Art. 19 inc. 1 COFJ).

De conformidad con el precepto establecido por el legislador, el principio dispositivo (de acuerdo al cual debe desarrollarse el proceso según lo previsto por el constituyente artículo 168.6 CRE) tiene dos facetas: a) El proceso judicial debe ser promovido por parte legitimada; y, b) La decisión de la o el juzgador está limitada en función del objeto del proceso y al mérito de las pruebas aportadas por las partes.

Ahora bien, de acuerdo con el principio de obligatoriedad de administrar justicia (Art. 28 COFJ), hemos de entender que las juezas y jueces tienen la obligación de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento de forma motivada, considerado que la motivación de las decisiones es, a la vez un derecho de las partes y una obligación de quienes ejercen el poder público como garantía de legitimidad de sus decisiones (Art. 76.7.I CRE). Esta obligación, puede entenderse derivada también, como obligación del Estado conforme el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos; pues, qué sentido tendría reconocer a toda persona el derecho a ser oído, con las debidas garantías, si sus pretensiones, alegatos o solicitudes no fueran resueltos.

CONCLUSIÓN

Conforme con lo expuesto, resulta innegable que la sentencia escrita, conforme el artículo 95.5, debe contener la decisión motivada de todas las excepciones planteadas.

Contencioso Administrativo

1. Que el Art. 58 reformado de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contradice la Constitución de la República respecto a lo que implica el juicio de expropiación

CONSULTA

El séptimo inciso del Art. 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ha sido sustituido por la Ley No. 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 100 del 14 de octubre del 2013, norma legal que contradice la Constitución de la República, puesto que en su artículo 323 señala que, por razones de utilidad pública o interés social o nacional, se podrá declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley, y que se prohíbe toda forma de confiscación. El juez no está obligado a sujetarse al avalúo de la Dirección de Avalúos y Catastros, ni de las municipalidades, de acuerdo con el Art. 791 del Código de Procedimiento Civil; tampoco está obligado contra su convicción, a atenerse al juicio de peritos, conforme al Art. 262 ibídem, por lo que la mencionada norma se va en contra del mandato constitucional, de la sana crítica y la independencia del juez, así como de la naturaleza del juicio de expropiación, cuyo propósito es determinar la justa valoración a pagar por el bien expropiado, por lo que se considera que se debe dejar sin efecto la segunda parte de la indicada norma legal, para que se garantice la seguridad jurídica, la independencia e imparcialidad del juez.

ANÁLISIS

Es importante primeramente señalar que, con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, a falta de acuerdo el procedimiento

en sede judicial establecido para determinar el precio a pagar por la expropiación es el sumario (Art. 332.9); en tanto que, los procedimientos en sede administrativa de expropiación y coactivos se seguirán sustanciando de acuerdo al Código de Procedimiento Civil y Código Orgánico Tributario, según el caso, en lo que no contravenga al COGEP y hasta que se expida la ley que regule la materia administrativa (Transitoria Segunda). Por ello la respuesta se lo realiza en base a la normativa que sustenta la consulta, que serviría incluso para los procesos que aún están en trámite.

Es claro que entre normas ordinarias, como son el inciso segundo del Art. 791 e inciso segundo del Art. 262 del Código de Procedimiento Civil, y una norma orgánica como es el inciso séptimo del Art. 58 reformado, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se debe aplicar la norma orgánica, que es jerárquicamente superior por mandato del Art. 425 de la Constitución de la República, por lo tanto, la jueza o juez ya no debe designar perito o peritos en el juicio de expropiación, sino que como garantista de derechos que es, debe velar porque el avalúo del bien a expropiarse sea el comercial y esté actualizado por parte del municipio o distrito metropolitano, a fin de que la valoración y pago de la propiedad expropiada sea justa como establece la Constitución de la República. El juicio de expropiación tiene por objeto determinar la cantidad que se debe pagar en concepto de precio de la cosa expropiada; en consecuencia, conforme al Art. 782 del Código Procesal Civil e inciso séptimo del Art. 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esa cantidad se la va a determinar ya no con peritos, sino en base a la documentación que se adjunte a la demanda en donde conste el avalúo comercial actualizado del bien a expropiarse, de acuerdo a la obligación que tienen los municipios o distritos metropolitanos al tenor de lo que disponen los Arts. 449 y 496 del COOTAD, para que la valoración e indemnización sea justa como establece el Art. 323 de la Constitución de la República, esto sin perjuicio de que el propietario pueda ejercer la acción que le faculta la ley en caso de un eventual daño emergente.

CONCLUSIÓN

Con la normativa del C.P.C., el valor a pagarse por bien a expropiarse lo fijaba la o el juez mediante el avalúo pericial, pero con la reforma del año 2013 al Art. 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la o el administrador de justicia está obligado a sujetarse al avalúo de la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad, sin embargo el juez debe velar por que ese avalúo sea el comercial y esté actualizado como determina el COOTAD, a fin de la valoración y pago sea justo como manda la Constitución. Además, en diciembre de 2015 se agrega un artículo (58.1) que regula la adquisición de inmuebles para la ejecución de proyectos públicos en asociación público-privada, pero las modificaciones no entran en lo que materia de la consulta.

2. Acción de nulidad de sentencia

CONSULTA

Dentro de las acciones contencioso administrativas contempladas en el Art. 326, no existe la acción de nulidad de sentencia; tema que en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se encontraba debidamente regulado. Al respecto es necesario que se aclare si lo dispuesto en el Art. 112 es aplicable a la materia contencioso administrativa y tributaria. En la actualidad se encuentran en trámite acciones de esta naturaleza que ameritan el pronunciamiento requerido, (de lo contrario se entendería un término de 90 días por tratarse de una acción de impugnación al auto de pago, por analogía a las acciones subjetivas o de plena jurisdicción).

ANÁLISIS

Se plantea, si la acción de nulidad de sentencia del artículo 112, es aplicable al ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa y tributaria. Deducimos, que tal planteamiento se realiza en relación a las normas previstas en el Código Orgánico General de Procesos. La institución de la nulidad de sentencia ejecutoriada está claramente establecida nuestro ordenamiento procesal (Art. 112 COGEP). Ciertamente, que el Código Orgánico General de Procesos dentro del Libro IV denominado "Procesos" al regular los diferentes procedimientos,

prevé normas que regulan el “Procedimiento contencioso tributario y contencioso administrativo” (Capítulo II), donde puede identificarse disposiciones comunes aplicables a ambas jurisdicciones (Sección I), así como normas específicas tanto para el procedimiento contencioso tributario (Sección II) y el procedimiento contencioso administrativo (Sección III); y, en dichas normas, nada se dice sobre la nulidad de sentencia ejecutoriada.

No obstante, debemos recordar que el Código Civil, dentro de las normas sobre la interpretación judicial de la ley (Parágrafo 4to), no sólo establece normas legales que rigen la interpretación sino que nos dota de criterios útiles para la aplicación de las normas en el ámbito del ejercicio de la función jurisdiccional. Dentro de esas normas, se establece que “[e]l contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía” (Art. 18.4 CC). Por ello, para establecer el verdadero alcance, sentido y aplicabilidad de las normas sobre una determinada institución, de acuerdo a nuestro ordenamiento procesal, es imperativo recurrir a una interpretación sistemática.

Una revisión somera de la estructura del Código Orgánico General de Procesos permite advertir que la nulidad de sentencia ejecutoriada se encuentra regulada en el Capítulo IX, Título II, Libro II denominado “Actividad Procesal”. Tal constatación nos permite inferir, en un primer momento, que no puede predicarse de dichas normas el carácter de exclusividad para un tipo de proceso, tampoco para una materia; sino que, más bien, dichas normas resultan transversales a toda la actividad jurisdiccional ordinaria; y, que en tal calidad, dichas normas son aplicables en todos los procedimientos y materias que conoce la justicia ordinaria (lógicamente con excepción de la penal); pues de lo contrario, las demás instituciones reguladas en dicho libro –considérese tan sólo por poner algunos ejemplos dentro del mismo Título I, las normas reguladoras de la citación (Capítulo I), de la audiencia (Capítulo V), de las providencias judiciales (Capítulo VI), o las diligencias preparatorias (Título II)– serían también aplicables de forma exclusiva a un tipo de procedimiento o materia.

No debemos olvidar que con del Código Orgánico General de Procesos, nuestro legislador cumple con el principio constitucional de uniformidad (Art. 169 CRE), en virtud del cual debe erradicarse tanto la dispersión de procedimientos como de normas procesales; así como debe cumplirse la finalidad de la similitud de las normas procesales. Esta comprensión se fortalece, si consideramos que el ámbito del Código Orgánico General de Procesos es regular “la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal” (Art. 1). Si la finalidad del legislador, derivado de una exigencia constitucional, ha sido establecer un instrumento normativo general aplicable a las diferentes controversias y asuntos que conoce la justicia ordinaria, mal podría pretenderse seguir manteniendo normas procesales específicas, por ejemplo unas para los asuntos civiles, otras para los laborales, diferentes para las de inquilinato, familia, de lo contencioso administrativas y de lo contencioso tributarias. De hecho, si analizamos detenidamente las normas del Código Orgánico General de Procesos, con plena justificación en el principio constitucional de uniformidad, el legislador ha desaparecido la distinción del procedimiento en razón de la materia (aunque ello no signifique una derogatoria, ni siquiera tácita, del principio de especialidad, dado que ello es una cuestión material que incluso tiene fundamento constitucional, más no una cuestión procedimental) por normas procesales uniformes; de manera que, por ejemplo, las normas del procedimiento sumario u ordinario deben aplicarse a las controversias indistintamente si son de carácter civil, contencioso administrativas o contencioso tributarias.

Por lo demás, si de acuerdo con el principio de unidad jurisdiccional (Art. 168.3 CRE), sólo a los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial les corresponde administrar justicia ordinaria; las normas del Código Orgánico General de Procesos rigen para todas las materias en el ámbito de la justicia ordinaria, con excepción del ámbito penal; y, que si existen algunas normas procesales específicas que deben aplicar los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa y tributaria, éstas no excluyen a las previstas con carácter general que rigen la actividad jurisdiccional.

CONCLUSIÓN

En virtud de lo expuesto, resulta claro que la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada resulta aplicable al ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa y jurisdicción contencioso tributaria.

3. Expediente administrativo y su presentación ante los órganos jurisdiccionales

CONSULTA

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el Art. 34 preveía lo siguiente: “El demandado tendrá e/término de quince días para contestar la demanda y proponer conjuntamente todas las excepciones dilatorias y perentorias de que se crea asistido. El mismo término concederá el Tribunal al funcionario o empleado, que tenga a su cargo el archivo en donde se encuentre el expediente administrativo, para que lo remita. Si el funcionario o empleado responsable no remitiere el expediente administrativo al tribunal, éste podrá insistirle imponiéndole multa de veinte a cincuenta sucres por cada día de retardo, o atenerse a las afirmaciones del administrado, de juzgarlo procedente. Para el efecto, el interesado indicará al funcionario o empleado que tenga a su cargo el archivo en donde se encuentre el expediente administrativo”. La norma legal transcrita, permitía al juzgador estar a las afirmaciones del administrado cuando la institución pública accionada no presentaba el expediente administrativo al momento de contestar la demanda, circunstancia que no está contemplada en el Código Orgánico General de Procesos, y que en caso de incumplimiento limita contar con los elementos probatorios para resolver la causa, sin ninguna consecuencia a favor del administrado.

ANÁLISIS

De acuerdo con nuestra Constitución, toda persona inmersa en un proceso judicial tiene derecho constitucional a «presentar pruebas» (Art. 76.7.h CRE) como garantía del derecho a la defensa y del debido proceso. Esta disposición constitucional protege el derecho que tiene una persona que forma parte de un litigio a utilizar los medios de pruebas pertinentes para su defensa. Desde luego, se trata de un derecho de configuración legal, lo cual significa que el establecimiento

de las normas reguladoras de su ejercicio, en cada orden jurisdiccional, corresponde al legislador.

Por ello, el Código Orgánico General de Procesos, al regular los actos de proposición aplicables a todos los procesos, establece que la parte actora debe realizar «el anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos», precisando que «si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.» (Art. 142.7). Esta norma permite inferir, de manera general, que cuando la parte actora se encuentra en una situación de imposibilidad –ya sea física, como cuando un documento está en poder del actor; o jurídica, como cuando se solicita el detalle de cuentas bancarias que se encuentran protegidas por el sigilo previsto en la ley– de acceder a los medios probatorios, el anuncio consiste en solicitar al juzgador que se adopten las medidas pertinentes para que dichas pruebas sean practicadas en el momento del juicio oral.

Ello viene a ratificarse cuando el legislador, al establecer las reglas generales de la prueba, prevé que «todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código» (Art. 159 inciso 3 COGEP). De acuerdo con estas normas, lo que es exigible a la parte actora es el anuncio oportuno de sus medios de prueba, cuestión que ha de hacerse en la demanda.

Ahora bien, dadas las particularidades y especificidades que caracterizan tanto al procedimiento contencioso administrativo, como al procedimiento contencioso tributario, el legislador dentro de las normas comunes (Sección I, Capítulo II), establece de forma concluyente: «La o el demandado estará obligado a acompañar a la contestación de la demanda: copias certificadas de la resolución o acto impugnado de que se trate y el expediente original que sirvió de antecedente y que se halle en el archivo de la dependencia a su cargo» (Art. 309, inciso segundo). Cabría únicamente resaltar que,

en aplicación del inciso tercero de artículo 159 *ibídem*, una norma general que regula la prueba (antes citado), el o los juzgadores están en la obligación de adoptar las medidas pertinentes y adecuadas a fin de obtener los medios probatorios que se encuentren en poder de la parte demandada; en particular, para asegurar que el expediente administrativo sea presentado al órgano jurisdiccional.

De conformidad con lo expuesto, y en aras de garantizar el adecuado desarrollo del proceso, sería conveniente que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y los Tribunales de lo Contencioso Tributario, en el auto que admitan a trámite la demanda, recuerden a los entes públicos, cuando sean parte demandada, la obligación que les impone el ordenamiento jurídico respecto de adjuntar copias certificadas de la resolución o acto impugnado de que se trate y el expediente original que sirvió de antecedente; de no haberse realizado éste señalamiento en el auto de admisión a trámite, y si de hecho, la parte demandada no diera cumplimiento a lo previsto en el artículo 309 del COGEP, el o los juzgadores deberán requerir su presentación mediante auto motivado.

De manera que, si ente público en calidad de parte demandada, contesta la demanda pero no da cumplimiento a lo previsto en el artículo 309 del COGEP, corresponde al juzgador requerir judicialmente que cumpla con aquello. Si persistiera el incumplimiento pese al requerimiento judicial, debemos recordar que la Constitución establece el cumplimiento de decisiones judiciales como parte del derecho de tutela judicial efectiva; y, que «el incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionando por la ley» (Art. 75 CRE).

En tal perspectiva, no sólo que la propia Constitución determina que, es deber y responsabilidad de las ecuatorianas y ecuatorianos, acatar y cumplir las decisiones legítimas de autoridad competente (Art. 83.1 CRE); sino que además el legislador, a través del Código Orgánico de la Función Judicial, ha reconocido a las juezas y jueces facultades jurisdiccionales, correctivas y coercitivas con la finalidad de precautelar una adecuada administración de justicia.

Así por ejemplo, las juezas y jueces tienen la facultad genérica de «requerir de toda autoridad pública o de instituciones o personas privadas el auxilio que demande en el ejercicio de sus funciones» (Art. 130.7 COFJ); como también, precisamente con fundamento en el artículo 75 de la Constitución, se les reconoce las facultades coercitivas de «imponer multa compulsiva y progresiva diaria [entre una quinta parte de una remuneración básica unificada, y una remuneración básica unificada diaria, sin que en ningún caso exceda de veinticinco remuneraciones básicas unificadas] destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión, sin perjuicio de las consecuencias legales que, al momento de la resolución de las causas, produce la contumacia de la parte procesal» (Art. 132.1 COFJ). Inclusive «remitir los antecedentes a la Fiscalía General, si estimare que la resistencia a la orden judicial pueda encuadrar en infracción penal» (Art. 132.2 COOFJ).

Por lo demás, resulta oportuno recordar que el cumplimiento de un requerimiento u orden judicial no es una cuestión discrecional de las partes; dado que, si ello se admitiese, la administración de justicia, sencillamente, se sumiría en un caos, con el efecto de que se estaría afectando los derechos constitucionales de quien recaba la protección del Estado e incumpliendo el deber de garantía, particularmente la derivada del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por tanto, el ordenamiento jurídico dota a juezas y jueces de herramientas y medios jurídicos para garantizar el desarrollo del proceso y una adecuada administración de justicia.

CONCLUSIÓN

Si ente público en calidad de parte demandada, contesta la demanda pero no da cumplimiento a lo previsto en el artículo 309 del COGEP, corresponde al juzgador requerir judicialmente que cumpla con aquello.

4. Procedimiento en excepciones a la coactiva en la jurisdicción contenciosa tributaria

CONSULTA Y SUGERENCIA

En materia contenciosa tributaria, con relación a las excepciones a la coactiva, se ha verificado una serie de inconvenientes, por encontrarse vigentes los procedimientos del Código Tributario y del Código Orgánico General de Procesos. Consideramos necesario se establezca un procedimiento único.

ANÁLISIS

Aunque no se especifica cuáles serían esos inconvenientes, para resolver cualquier duda al respecto debemos partir de lo previsto en la Disposición Transitoria Segunda del Código Orgánico General de Procesos, que dispone:

Los procedimientos coactivos y de expropiación seguirán sustanciándose de acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico Tributario, según el caso, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso previstas en la Constitución de la República.

Las normas antes aludidas se seguirán aplicando en lo que no contravenga las previstas en este Código, una vez que éste entre en vigencia y hasta que se expida la ley que regule la materia administrativa. De acuerdo con esta disposición, resulta claro que a partir del 23 de mayo de 2016 el único cuerpo normativo que regula los procedimientos –y en general todo acto procesal– en el ámbito jurisdiccional es el Código Orgánico General de Procesos; así, considerando su ámbito, es la única norma procesal vigente y aplicable por los juzgados y tribunales de la República, las Cortes Provinciales de Justicia y la Corte Nacional de Justicia; y, si consideramos que el procedimiento coactivo tiene una fase administrativa, debemos entender que esta disposición transitoria se refiere a los actos comprendidos en dicha fase administrativa.

Por lo tanto, no debemos confundir el objeto y finalidad de esta disposición transitoria, pues cuando establece que el procedimiento coactivo y de expropiación seguirán sustanciándose de acuerdo a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y el Código Tributario, no se refiere al ámbito jurisdiccional sino a la fase administrativa; más concretamente a los entes públicos que ejercen tanto la facultad coactiva como la facultad expropiatoria.

La sola idea de considerar, en la actualidad, aplicables dos normas procesales en el ámbito jurisdiccional –independiente del asunto y materia– resulta inadmisibles, dado que el Código de Procedimiento Civil y el Capítulo II del Trámite de las Acciones, del Título II de la Sustanciación ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal, del Libro III del Procedimiento Contencioso y los artículos 291, 292, 293, 294, 296 y 299 del Código Orgánico Tributario se encuentran expresamente derogados conforme las disposiciones derogatorias primera y quinta del COGEP, como también lo están otras normas procesales –véase derogatorias primera a décimo tercera del COGEP); y, si alguna norma que regula procedimientos ante los órganos jurisdiccionales no hubiera sido derogada expresamente el legislador ha previsto una cláusula derogatoria general (Décimo Cuarta).

Pero sobre todo, porque ello puede inferirse de la lectura de la propia disposición, cuando establece que los «procedimientos coactivos y de expropiación» seguirán sustanciándose de acuerdo al Código de Procedimiento Civil y el Código Tributario. Es importante destacar que el legislador no se refiere, en lo que aquí interesa, al procedimiento de excepciones a la coactiva, que es propiamente jurisdiccional sino al procedimiento coactivo. Una conclusión similar podemos obtener de la parte final del inciso segundo de dicha disposición, que establece que dichos procedimientos serán aplicables «hasta que se expida la ley que regule la materia administrativa»; expresiones que nos llevan a la conclusión incuestionable de que el objeto de la transitoria es la fase administrativa, es decir, el procedimiento ante los órganos de la administración pública.

CONCLUSIÓN

Por lo demás, la posibilidad de sostener que el Código de Procedimiento Civil o el Código Tributario son aplicables en sede jurisdiccional queda excluida de la lectura de la Disposición Transitoria Primera del COGEP que regula el régimen de transición de los procesos judiciales iniciados al tiempo de su entrada en vigencia (que tampoco debe confundirse con la publicación); ya que de lo contrario ésta disposición carecería de sentido y sustantividad. Por lo tanto, es claro que las demandas de excepciones a la coactiva que se presenten ante la jurisdicción contencioso tributaria deben sustanciarse conforme los procedimientos previstos en el Código Orgánico General de Procesos.

5. Excepciones a la coactiva ante la jurisdicción contencioso administrativa

CONSULTA

El Art. 315 que regula el procedimiento de excepciones a la coactiva y determina que el procedimiento ordinario será aplicable a todos los procesos de conocimiento en los que se propongan tales excepciones, en el segundo inciso dispone que la o el juzgador calificará la demanda en el término previsto para el procedimiento ordinario, citará al funcionario ejecutor a fin de que suspenda el procedimiento de ejecución y convocará en dicha calificación a audiencia conforme con las reglas generales de ese Código. Como se observa, el juzgador está obligado a efectuar la convocatoria a audiencia preliminar en el mismo auto en el que se califica la demanda, contrariando lo dispuesto en el Art. 292, que establece que la convocatoria se efectuará luego de cumplidos los términos previstos en el Art. 291. Además, refiriéndonos al trámite de las excepciones a la coactiva en materia contencioso administrativa, es necesario que se determine el término dentro del cual se puedan presentar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en virtud de que en el Art. 306 no consta.

ANÁLISIS

Se plantean en realidad dos cuestiones: en primer lugar, la aparente contradicción existente entre el artículo 292 y 315 del Código

Orgánico General de Procesos, respecto del momento en que debe convocarse a la audiencia preliminar en el procedimiento de excepciones a la coactiva ante la jurisdicción contencioso administrativa; y, otra cuestión, bastante diferente, como es el tiempo hábil para interponer la demanda de excepciones a la coactiva ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Cierto es, que el artículo 292 del COGEP, como parte de las normas generales aplicables a todo procedimiento ordinario, establece que la convocatoria a la audiencia preliminar se realizará una vez concluido el término previsto para la contestación a la demanda; pero, también debemos considerar que ha sido el propio legislador quien establece que «para el caso de excepciones a la coactiva, la o el juzgador calificará la demanda en el término previsto para el procedimiento ordinario, citará al funcionario ejecutor a fin de que suspenda el procedimiento de ejecución y convocará en dicha calificación a audiencia conforme con las reglas generales de este Código» (Art. 315 COGEP). De manera que, aunque las demandas de excepciones a la coactiva presentadas ante la jurisdicción contencioso administrativa deban sustanciarse conforme las normas del procedimiento ordinario, existe una norma especial y particular que regula la convocatoria a la audiencia.

Ya la mera constatación de que el COGEP prevé normas específicas aplicables al procedimiento contencioso administrativo y procedimiento contencioso tributario (Capítulo II, Libro IV), nos da la idea de la intención del legislador de establecer unas normas primarias aplicables a los procedimientos que se sustancien en estas jurisdicciones. Pero no sólo eso, sino que tal cuestión es ratificada por el propio legislador cuando de forma concluyente establece: «Las controversias sometidas a conocimiento y resolución de las o los juzgadores de lo contencioso tributario y contencioso administrativo se sujetarán a las normas especiales de este capítulo. Las normas generales de este Código serán aplicables a las materias contencioso tributaria y administrativa, en lo que no se oponga a las de este capítulo, aunque considerando la supletoriedad de las leyes de cada materia» (Art. 302 COGEP); norma que es concordante con el criterio de especialidad, generalmente admitido, para resolver las situaciones de antinomia y determinar la norma aplicable.

De acuerdo con lo expuesto, es posible sostener que la norma del artículo 292 tiene el carácter de regla general y la prevista en el artículo 315 es una norma de excepción; y, por lo tanto, no existe contradicción alguna. Desde luego, una disposición en ese sentido, no sólo resulta oportuna sino también necesaria, si consideramos que una de las facetas tanto de la jurisdicción contencioso administrativa como de la jurisdicción contencioso tributaria es el control de legalidad. Con ocasión de una consulta referente al procedimiento aplicable a la demanda de excepciones a la coactiva, presentada antes de la vigencia del COGEP, hemos dejado establecido que, con la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial, el legislador ha zanjado la discusión referente a la naturaleza de la facultad de los entes públicos de ejercer el procedimiento coactivo, determinándola como netamente administrativa (Oficio No. 0510-AJ-PCNJ-2016); cuestión que resulta oportuna reiterar aquí para clarificar que el procedimiento de excepciones a la coactiva constituye un mecanismo jurisdiccional, a través del cual se ejerce el control de legalidad.

De hecho, el propio legislador precisa que, el objeto de estas jurisdicciones es «tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos y contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo» (Art. 300 COGEP); por lo que, bien cabe entender que, una vez admitida a trámite la demanda de excepciones a la coactiva, únicamente cabe citar al órgano executor para que suspenda dicho procedimiento y remita constancia de las actuaciones que forman parte del procedimiento coactivo.

En virtud de lo expuesto, en los procedimientos de excepciones a la coactiva que se sustancien en la jurisdicción contencioso administrativa, el juzgador en el auto de admisión de la demanda, entre otras cuestiones, debe realizar la convocatoria a la audiencia preliminar conforme el artículo 315 del Código Orgánico General de Procesos. Respecto del tiempo hábil para interponer la demanda de excepciones a la coactiva ante la jurisdicción contencioso administrativa, es importante considerar, como hemos dicho en líneas anteriores, que el procedimiento coactivo debe seguir sustanciándose conforme las normas previstas en el Código de Procedimiento Civil «hasta que se

expida la ley que regule la materia administrativa» (Disposición Transitoria Segunda del COGEP); es decir, al ejercer su facultad coactiva, los entes públicos deben aplicar las normas del Código de Procedimiento Civil.

La normas que regulan la «jurisdicción coactiva» (sección 30ª) previstas el Código de Procedimiento Civil contiene un procedimiento sui generis, donde el legislador había establecido normas tanto para que la administración ejerza la facultad coactiva (Arts. 941 a 967 CPC), así como también normas de procedimiento que debía aplicar el juez cuando se planteaba la demanda de excepciones a la coactiva (Arts. 968 a 978 CPC). Pues bien, sólo las normas que regulan el procedimiento coactivo continúan vigentes y son aplicables de conformidad con la Disposición Transitoria Segunda del COGEP.

De manera que, para establecer la oportunidad para presentar la demanda de excepciones a la coactiva debemos recurrir a tales normas, pues la determinación del tiempo hábil para interponer la demanda de excepciones a la coactiva es una cuestión que corresponde al procedimiento coactivo, y en tal perspectiva está regulada por una norma de naturaleza administrativa. De acuerdo con lo expuesto, podemos decir que para la interposición de la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa debemos aplicar el artículo 969 del Código de Procedimiento Civil que establece: Las excepciones se propondrán sólo antes de verificado el remate de los bienes embargados en el procedimiento coactivo.

Por lo demás, la publicación del Código Orgánico Administrativo no sólo que ratifica este criterio cuando prescribe que «la demanda de excepciones a la ejecución coactiva se interpondrá ante la o el juzgador competente, dentro de veinte días» (Art. 329) ; sino que viene a zanjar este problema. Si bien, dicha norma no es aplicable en la actualidad; que el legislador haya regulado esta cuestión en dicho cuerpo normativo, permite sostener con claridad que la oportunidad (tiempo hábil) para interponer la demanda de excepciones a la ejecución coactiva ante los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial es una cuestión que corresponde regular al derecho administrativo, más no a la legislación procesal. En virtud de lo expuesto,

podemos señalar que las demandas de excepciones a la coactiva ante la jurisdicción contencioso administrativa pueden proponerse sólo antes de verificado el remate de los bienes embargados en el procedimiento coactivo.

CONCLUSIÓN

En los procedimientos de excepciones a la coactiva que se sustancien en la jurisdicción contencioso administrativa, el juzgador en el auto de admisión de la demanda, entre otras cuestiones, debe realizar la convocatoria a la audiencia preliminar conforme el artículo 315 del Código Orgánico General de Procesos.

Para la interposición de la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa debemos aplicar el artículo 969 del Código de Procedimiento Civil que establece: Las excepciones se propondrán sólo antes de verificado el remate de los bienes embargados en el procedimiento coactivo. Por lo demás, la publicación del Código Orgánico Administrativo no sólo que ratifica este criterio cuando prescribe que «la demanda de excepciones a la ejecución coactiva se interpondrá ante la o el juzgador competente, dentro de veinte días» (Art. 329) ; sino que viene a zanjar este problema.

Constitucional, Procesal Constitucional, Defensa del Consumidor

1. Constitucional

CONSULTA

Que sobre materia constitucional, han surgido estas interrogantes:

- a) ¿En qué casos y circunstancias el juzgador debe considerar improcedente la acción de protección por las causales 2 y 4 del Art. 42 de la LOGJCC?, y ¿Cuándo se debe aplicar el principio

de no subsidiariedad en las acciones de protección? Además, el abandono del proceso deja sin la posibilidad de presentar nuevamente la acción, esto deja en indefensión a las partes procesales, va en contra del libre acceso a la justicia y afecta a la tutela judicial garantizada en la Constitución de la República.

- b) En el Art. 139.3 del COGEP, al establecer que la boleta de apremio personal tiene término de cesación, impide el cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 169 de la Constitución y violenta el principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, de acuerdo a los Arts. 44 y 45 de la Constitución.
- c) El COGEP señala que cabe ordenar allanamiento para ingresar al lugar en el cual se encuentra la persona sobre la cual pesa una orden de apremio personal. La duda planteada es la siguiente: Se debe proceder al allanamiento sin requerir ningún otro requisito como sería de que rinda juramento la persona que lo solicita o no, porque de no procederse así, se estaría vulnerando el principio de inviolabilidad del domicilio, del Art. 66.22 de la Constitución.
- d) El depósito de las pensiones locativas de arrendamiento está previsto en el Art. 53 de la Ley de Inquilinato, sin embargo actualmente se ha otorgado un trámite voluntario contenido en el Art. 334 y siguientes del COGEP. Este hecho implica bajo el derecho al debido proceso establecido en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en el que se encuentra inmerso el derecho a la defensa y contradicción, vulneración al principio a la seguridad jurídica al inobservar normar jurídicas previas, claras y aplicadas por autoridades competentes.

ANÁLISIS

En la sentencia N.º 006-16-SCN-CC, CASO N.º 0013-15-CN, la Corte Constitucional del Ecuador, insiste una vez más, en los parámetros a ser observados por el juzgador en la consulta de norma jurídica contraria a la Constitución, que le haya generado duda razonable y motivada⁶⁷.

⁶⁷ "Por otra parte, de conformidad con lo previsto en el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el juez ordinario planteará la consulta "... solo si tiene

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, esta Direccin de Asesoría Jurádica no encuentra duda u obscuridad de la ley que amerite pronunciamiento del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en los temas tratados por el consultante.

Debiendo recordar que los juzgadores solo si tienen duda razonable y motivada de que una norma jurádica es contraria a la Constitucin o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitucin, deben proceder a la consulta a la Corte Constitucional.

duda razonable y motivada de que una norma jurádica es contraria a la Constitucin o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitucin". Esto quiere decir que el juez, en el conocimiento de un caso concreto, suspenderá el proceso jurisdiccional cuando advierta que una norma es o puede ser inconstitucional. No obstante, para elevar la consulta a la Corte Constitucional deberá plantearla bajo los parámetros establecidos en el artículo 76 numeral 7 literal 1 de la Constitucin de la República; es decir, debe ser motivada y justificar claramente que no existe posibilidad de recurrir a una interpretacin conforme al enunciado normativo, a la luz de lo dispuesto en la Constitucin. De ahí que el juzgador debe justificar de manera suficiente, razonada y coherente que la norma no cumple con los principios constitucionales y por tal no puede ser aplicada en el caso concreto. En este sentido, la Corte Constitucional en su sentencia N.º 001-13-SCN-CC del 6 de febrero de 2013, ha desarrollado los parámetros que deben observarse para que los jueces realicen una consulta de norma: i. Identificacin del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta; ii. Identificacin de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos; y, iii. Explicacin y fundamentacin clara y precisa de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto de la decisin de un caso concreto. Sobre esa base, de conformidad con lo que establece el artículo 428 de la Constitucin de la República, cuando un juez de oficio o a peticin de parte considere que una norma jurádica es contraria a la Constitucin o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, suspenderá la tramitacin de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, para que este organismo se pronuncie respecto a la constitucionalidad de la norma con el objeto de que su aplicacin no atente a derechos constitucionales. Así se ha pronunciado la Corte Constitucional en su sentencia N.º 001-13-SCNCC:

El control concreto de constitucionalidad tiene por finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicacin de las disposiciones jurádicas dentro de los procesos judiciales. El sistema procesal es un medio para la realizacin de la justicia, por lo que la jueza o juez deberá tener siempre en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitucin y los tratados internacionales de derechos humanos.

Se debe indicar que el artículo 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales establece que la consulta de norma tiene una doble dimensionalidad, en tanto tiene efectos concretos dentro de la causa consultada, como abstractos referentes a todos los casos en los que fuera aplicable dicha norma, puesto que una vez consultada, bajo un patrón fáctico descrito y cuando la Corte Constitucional se hubiere pronunciado en sentencia, no cabe una nueva consulta sobre la misma norma y el mismo patrón fáctico"

2. Se puede o no suspender la audiencia fijada de acuerdo a la Ley de Defensa del Consumidor para la práctica de la confesión judicial

CONSULTA

Las juezas y jueces de la Unidad Primera de Contravenciones del cantón Quito manifiestan que, en las audiencias de juzgamiento las partes piden confesión judicial, llegando incluso a solicitar la declaratoria de confeso del ausente. Expresan así mismo que las normas del Código de Procedimiento Civil son supletoria en el proceso de juzgamiento de las contravenciones conforme a la LODC, por lo que en la práctica ésta diligencia debe hacerse con al menos un día de anticipación, y para dar lugar a la declaratoria de confeso debe anteceder dos señalamientos. En tal virtud, consultan si se puede suspenderse la diligencia para la práctica de la confesión judicial, aunque el Art. 85 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, prevé la suspensión de la audiencia únicamente para la práctica de pericias.

ANÁLISIS

Con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, desapareció la institución jurídica de la “confesión judicial”, puesto que hoy se denomina “declaración de parte” como prueba testimonial, por lo tanto, en los nuevos procesos que se tramiten con la normativa del COGEP, ésta declaración de parte debe practicarse como prueba en la audiencia, en consecuencia, no hay necesidad de un segundo señalamiento para tal diligencia, como sucedía en el caso de la confesión judicial prevista en la normativa del Código de Procedimiento Civil derogado.

En los juicios anteriores a la vigencia del Código Orgánico General de Procesos que se haya pedido “confesión judicial”, se deberá aplicar la norma legal jerárquicamente superior, conforme manda el Art. 425 de la Constitución de la República, es decir, lo que dispone el Art. 85 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, norma que es jerárquicamente superior a la disposición del artículo 127 del Código de Procedimiento Civil.

CONCLUSIÓN

Con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos no cabe un segundo señalamiento para la práctica de la “confesión judicial” que hoy se denomina declaración de parte, porque ésta se practica en audiencia.

3.Cuál es el juez competente para conocer los daños y perjuicios iniciados como consecuencia de una sentencia condenatoria en materia de defensa del consumidor

CONSULTA

En base a lo que disponía el Art. 391 del Código de Procedimiento Penal se manifiesta que el juez competente para conocer los daños y perjuicios era el mismo juez que dictaba sentencia condenatoria en una contravención, lo cual se sustanciaba en juicio verbal sumario y en cuaderno separado, pero como la Disposición Derogatoria Segunda del Código Integral Penal deroga el Código de Procedimiento Penal y todas sus reformas posteriores, se consulta cuál es el juez competente para conocer y resolver los procesos por daños y perjuicios iniciados como consecuencia de una sentencia condenatoria en materia de Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

ANÁLISIS

Mientras se encontraba vigente el Código de Procedimiento Penal, las juezas y Jueces Contravencionales debían aplicar el Art. 391 del mencionado cuerpo legal, para efectos de establecer la competencia en los procesos por daños y perjuicios, norma que ya no está vigente con la derogatoria del Código de Procedimiento Penal mediante la Disposición Derogatoria Segunda del Código Orgánico Integral Penal. En la actualidad el Art. 622 del COIP dispone: “Las sentencia escrita deberá contener: ...6. La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda”; consecuentemente, no es necesario que se sustancie otro proceso para determinar la reparación de daños

y perjuicios, siendo por lo mismo, la jueza o juez contravencional el competente para establecer los daños y perjuicios al momento de resolver las infracciones a las normas de la Ley Orgánica del Defensa del Consumidor.

CONCLUSIÓN

El mismo juez o jueza que dicta sentencia condenatoria en un determinado proceso de carácter penal es competente para establecer los daños y perjuicios correspondientes

CAPÍTULO II

INSTITUCIONES JURÍDICAS

Abandono

1. Cabe citar al demandado que no ha sido posible individualizar

CONSULTA

En ciertos juicios de prescripción adquisitiva de dominio, se encuentran tres aspectos importantes que juntos causan problemas al momento de conocer el juicio: 1.- “El bien, fue adquirido por el propietario hace más de 50 años e inscrito en el Registro de la Propiedad; 2.- En la escritura pública de compra venta, consta únicamente un nombre y un apellido del comprador, y se omitió hacer constar su número de cédula; 3.- El Registro Civil certifica que el comprador, cuyo nombre consta en la escritura pública y en el Registro de la Propiedad, no existe. En base a estos antecedentes se realiza la siguiente consulta:

¿Cómo se cita a alguien que no es posible individualizar?

ANÁLISIS

Es obligación de la parte actora señalar los nombres y apellidos completos de la o las personas demandadas en un determinado procedimiento judicial, conforme establece el numeral 2 del Art. 142 del COGEP, caso contrario, la jueza o juez mandará a completar o aclarar la demanda, y de no hacerlo ordenará el archivo, por lo tanto, es responsabilidad de la parte accionante la individualización de la o las personas que demanda, a fin de que se practique correctamente el acto de citación. El citador por su parte es quien debe cerciorarse que se cite a quien consta como demandado, o en su defecto debe sentar la razón respectiva de que esa persona no existe en el lugar señalado, y por lo mismo no puede citársele. En las escrituras públicas se incorporan como documentos habilitantes las copias de las cédulas de ciudadanía de los compradores y vendedores, documentos en los que se puede verificar si alguno de los contratantes tiene un solo nombre y un solo apellido, y el hecho de que no conste el número de cédula de uno de ellos en la escritura, no es impedimento para que se le cite con la demanda que cumpla con los requisitos de ley, pues, ese hecho puede tratarse de una acción distinta. No es competencia

ni facultad de la jueza o juez antes de que se cite a la parte demandada, averiguar si existe o no el demandado en el Registro Civil, puesto que eso se demostrará en el proceso, si quien es demandado alegare que él no es el titular del derecho de dominio y con las pruebas que en el momento oportuno les corresponda anunciar y practicar a las partes de acuerdo al principio dispositivo. La ex-Corte Suprema de Justicia en fallos de triple reiteración determinó que se debe demandar a quien consta como titular del derecho de dominio en el certificado del Registro de la Propiedad, certificado que si debe constar en autos y la o el juzgador cerciorarse de tal hecho.

CONCLUSIÓN

Es obligación de la parte actora de establecer con claridad los nombres y apellido de la parte demandada, esto es, individualizarlo e indicar con precisión el lugar en dónde debe ser citado; en tanto que es obligación del juzgador verificar que se cumpla con los requisitos que exige la ley para que la demanda sea calificada, no le corresponde realizar actos de oficio que son exclusivos de las partes procesales.

2. Abandono en los juicios de concurso de acreedores (insolvencia)

CONSULTA

La mayoría de los procesos de insolvencia se encuentran en estado de abandono, por lo tanto, qué se debe hacer cuando se encuentran abandonados por más de tres años, sin que se hayan impulsado; procede el abandono o no; en el caso de que no proceda, por qué no procede, ya que de este tipo de procesos existen muchos y se encuentran como carga represada en estado activo.

ANÁLISIS

De acuerdo al Art. 247.3 del Código Orgánico General de procesos, no cabe abandono en la etapa de ejecución, consecuentemente, siendo el juicio de concurso de acreedores un proceso de ejecución universal, no es procedente el abandono, y por lo mismo, no se advierte que haya oscuridad de la ley en tal sentido. Por otro lado, respecto del abandono, el inciso tercero del Art. 430 del COGEP

dispone: “También se rehabilitará a la o el fallido, persona natural contra quien haya seguido el proceso, si se encuentra en estado de abandono por más de diez años, siempre que no se haya dado antes la declaración de fraudulencia. En este caso se procederá previo aviso al público y las o los acreedores podrán oponerse únicamente con la prueba de que ha continuado el proceso dentro de los últimos diez años o de que exista declaración de fraudulencia de parte de la o del fallido”, lo que significa que no existe otro lapso de tiempo para que se produzca la declaratoria de abandono, pues, transcurrido los diez años opera el abandono del proceso, y como consecuencia de aquello la rehabilitación de la o el fallido, siempre que no se haya declarado antes la fraudulencia, caso contrario, tampoco procederá el abandono y la rehabilitación.

CONCLUSIÓN

Según el Art. 430 del COGEP, si estos juicios se encuentran abandonados por más de diez años, cabe la rehabilitación del fallido, siempre que no haya declaración de fraudulencia; es decir, el abandono se produce cuando han transcurrido más de diez años.

3. Si la situación de los menores fue discutida en una junta de menores y no en la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, causaría o no nulidad

CONSULTA

“Según la derogatoria Única del Código Orgánico General de Procesos, se deroga entre otros artículos el 125 del Código Civil, lo que implica que la situación de los hijos menores de edad procreados en el matrimonio debe resolverse en la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, conforme lo establece el artículo 115 *ibídem*”.

“Si en aquellas causas tramitadas con anterioridad al COGEP a partir del 19 de junio del 2015, en que entró en vigencia la Ley Reformatoria del Código Civil, la situación de los hijos menores de edad fue discutida y/o resuelta en una junta de menores, conforme lo establecía el artículo 125 del Código Civil, hoy derogado, y no en la misma

audiencia de conciliación y contestación a la demanda, ¿existiría violación de trámite en razón de la naturaleza de la causa, y por ende la nulidad?”

ANÁLISIS

El Art. 125 del Código Civil, que se refiere a la extinción de la acción de divorcio por ruptura de las relaciones conyugales, fue derogado mediante la Disposición Derogatoria Única de la Ley Reformatoria al Código Civil, publicada en el Registro Oficial 526 de 19 de junio de 2015, por lo tanto, no fue derogado por el Código Orgánico General de Procesos.

El texto del Art. 115 del Código Civil se encuentra vigente, puesto que no ha sido derogado, por lo tanto, en las causas que se tramitan con la normativa o procedimiento anterior a la vigencia del COGEP, si no había conciliación de los litigantes en la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, luego de sustanciar el juicio de divorcio, la jueza o juez antes de dictar sentencia debe convocar a otra audiencia denominada “de menores” para que los padres resuelvan la situación económica de los hijos menores de edad; en consecuencia, de haberse dado este procedimiento en las causas tramitadas con anterioridad al COGEP a partir del 19 de junio del 2015, en que entró en vigencia la Ley Reformatoria del Código Civil, no existe violación de trámite ni causa de nulidad.

CONCLUSIÓN

En las causas tramitadas con anterioridad al COGEP, en que se haya discutido y arreglado la situación de los menores en una “junta de menores”, no existe violación de trámite ni causa de nulidad.

4. El proceso de inventarios debe tramitarse ante el mismo juez del divorcio o disolución de la sociedad conyugal en cuaderno separado o como incidente de estos procesos

CONSULTA

“...Conforme a los Arts. 113 y 191 del Código Civil, una vez culminado el proceso, debe continuarse con el inventario por cuaderno

separado ante el mismo juez que sustanció el divorcio o la disolución de la sociedad conyugal; no obstante hay tendencia a confundir al inventario con el incidente (conexos e inconexos), cuando hay doctrina, jurisprudencia y el Art. 165 numeral 3 del Código Orgánico de la Función Judicial que indica que no es sobre el mismo proceso, porque no cabe modificar la sentencia ejecutoriada y ejecutada. Que esta circunstancia ocurre tanto por los abogados/as que presentan como incidentes como por los jueces/as que se inhiben; lo que requiere reformas claras a fin de evitar procesos nulos que atenten contra la seguridad jurídica”.

ANÁLISIS

El artículo 113 del Código Civil corresponde al parágrafo “De la terminación del matrimonio”, del Título “Del matrimonio”; mientras que el artículo 191 *ibídem* corresponde al parágrafo “De la disolución de la sociedad conyugal, y de la partición de gananciales”, del título “Obligaciones y derechos entre los cónyuges”. En el Art. 113 existe un mandato expreso en el sentido de que, cualquiera de los cónyuges tiene derecho a solicitar que “en el mismo juicio de divorcio” se liquide la sociedad conyugal, y que además se fije la cantidad que corresponda a la quinta parte de los bienes del otro cónyuge, cuando aquel carece de lo necesario para su congrua sustentación, salvo que sea el causante del divorcio. Lo que significa que no se trata de otro juicio independiente, sino que en el mismo proceso de divorcio debe continuarse con la liquidación de la sociedad conyugal, siempre y cuando exista pedido de cualquiera de los cónyuges, empezando por mandar a formar el inventario y tasación de los bienes. Se debe tener en cuenta que el procedimiento para el inventario y avalúo de los bienes, por su naturaleza es de jurisdicción voluntaria y sólo se puede volver controvertido en el caso que hayan observaciones a dicho inventario, incluso así lo determina el Art. 341 y siguientes del COGEP; además, la resolución con la que se aprueban los inventarios no controvertidos puede ser un auto interlocutorio, mientras que los inventarios que han merecido observaciones se vuelven controvertidos y se los aprueba en sentencia, por lo tanto, no puede haber modificación de la sentencia de divorcio ejecutoriada y ejecutada, puesto que la sentencia dictada en el juicio de divorcio disuelve únicamente el vínculo matrimonial. Sobre el tema de

consulta, la ex-Corte Suprema de Justicia, en varias oportunidades se ha pronunciado sentando los siguientes criterios jurídicos:

"Indudablemente que, por el ministerio de la ley, dentro del mismo juicio de divorcio se pueden inventariar los bienes pertenecientes a la extinta sociedad conyugal, y después liquidarse". Entonces, por expreso mandato establecido en el Art. 112 del Código Civil (hoy 113), en relación con el Art. 195 ibidem, la liquidación debe producirse en el mismo juicio de divorcio. Eso es, el juez del divorcio tiene jurisdicción, y por tanto competencia privativa para conocer sobre la liquidación, objetivo final que se propone la actora en este juicio, supuesto que lo anunció en su primera petición. TERCERO.- De ahí que, en casos como en el presente sea indispensable una solución de continuidad en la siguiente forma: divorcio, inventario, liquidación de la sociedad conyugal. Lo cual no puede producirse, en la forma que ha sido planteada la demanda, ante Juez diferente de aquel que dictó la sentencia de divorcio; y, peor todavía con las verdaderas violaciones de procedimiento, cometidas por el Juez de Origen".

Gaceta Judicial. Año LXXXV. Serie XIV. No. 7. Pág. 1719. (Quito, 2 de octubre de 1984)

En el mismo sentido se ha pronunciado en otro fallo, cuyo texto es el siguiente:

"c) en el Art. 7o. de las mencionadas reformas se dispone también que, cuando el divorcio debe ser declarado por sentencia judicial, en el mismo juicio la mujer tendrá derecho a solicitar se liquide la sociedad conyugal y se fije la cantidad que se le ha de entregar en razón de esa quinta parte. Aunque las palabras "en el mismo juicio" origina alguna confusión, no se la puede entender en el sentido de que esto se ha de verificar en el mismo trámite sumario que declara el divorcio, sino el mismo proceso, ante el mismo Juez; pues, dada la naturaleza de la sociedad conyugal, sería absurdo liquidarla antes de que se disuelva".

Gaceta Judicial. Año LI. Serie VII. Nro. 3. Pág. 251 (Quito, 1 de Julio de 1946)

Esta última resolución transcrita se hace una interesante aclaración, cuando dice que la liquidación de la sociedad conyugal no se debe entender que es en el mismo juicio, es decir, conjuntamente con el trámite del divorcio, sino en el mismo proceso, lo que implica que la liquidación de la sociedad conyugal debe tramitarse luego de la sentencia de divorcio, pero en el mismo proceso y ante el mismo juez, si alguno de los cónyuges así lo solicita.

Cabe tener en cuenta que, de acuerdo con el Art. 139 del Código Civil, por el hecho del matrimonio celebrado conforme a las leyes ecuatorianas, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges; mientras que al tenor de lo que establece Art. 189 *ibídem*, la sociedad conyugal se disuelve: 1) Por la terminación del matrimonio; 2) Por sentencia que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; 3) Por sentencia judicial, a pedido de cualquiera de los cónyuges; y, 4) Por la declaración de nulidad del matrimonio. Por lo tanto, cuando existe sentencia de divorcio, se disuelve tanto el vínculo matrimonial como la sociedad conyugal (sociedad de bienes); mientras que al producirse la disolución de la sociedad conyugal, subsiste el vínculo matrimonial, es decir, no se disuelve el matrimonio. En el primer caso, generalmente existe un apremio económico de quien se queda a cargo de los hijos, que casi siempre es la madre, hasta que se fije una pensión alimenticia; en tanto que, en el segundo caso, esto es, en la disolución de la sociedad conyugal, que solo se refiere a la separación de bienes, se mantiene el vínculo matrimonial, y en la mayoría de los casos, la manutención de los hijos y del hogar no sufre alteración alguna. Estas son las razones por las que al producirse el divorcio, y a consecuencia de ello también la disolución de la sociedad conyugal, la liquidación de ésta pueda solicitarse en el mismo proceso (juicio), incluyendo la fijación de la quinta parte a que tiene derecho de los bienes del otro cónyuge, aquél que carece de lo necesario para su congrua sustentación, salvo que sea el causante del divorcio.

CONCLUSIÓN

De conformidad con el Art. 113 del Código Civil que se encuentra vigente, la liquidación de la sociedad conyugal no se debe entender que es en el mismo juicio, es decir, conjuntamente con el trámite

del divorcio, sino en el mismo proceso, luego de la sentencia de divorcio, pero en el mismo proceso y ante el mismo juez, si alguno de los cónyuges así lo solicita. Esto no impide que se acciones en procedimiento independiente, tanto más que en la actualidad según el COGEP, el inventario es de procedimiento voluntario y sólo si hay oposición se sustanciará en el sumario.

Actos de proposición

1. Calificación de la reconvencción conexas

CONSULTA

¿Cuál es el momento para calificar la reconvencción de conexas, en el auto de calificación o se resuelve en audiencia?

ANÁLISIS

En relación a la demanda, una vez presentada esta, el juzgador tiene las siguientes opciones: la califica y admite a trámite (Art. 146); la manda aclarar o ampliar (Art. 146); o, la inadmite a trámite (Art. 147).

El Art. 147 preceptúa lo siguiente: *“La o el juzgador inadmitirá la demanda cuando: 1. Sea incompetente. 2. Contenga una indebida acumulación de pretensiones. Si la o el juzgador estima que la demanda es manifiestamente inadmisibles, la declarará así en la primera providencia, con expresión de los fundamentos de su decisión y ordenará devolver los anexos y el archivo del expediente. Esta providencia será apelable.”*

Existe indebida acumulación de pretensiones, cuando la demanda contiene pretensiones contradictorias o incompatible; o cuando el juzgador siendo competente para conocer unas no sea de las otras; o, cuando todas las pretensiones no se puedan tramitar por el mismo procedimiento (Art. 145 COGEP). Ejemplo: Cuando el juzgador admita a trámite monitorio, una demanda que contiene pretensión de remuneraciones impagas del trabajador e indemnización por

despido intempestivo (Arts. 356.5 y 332.1 COGEP, Art. 575 Código del Trabajo).

De la misma manera, al presentarse reconvencción, el juzgador debe observar los mismos parámetros como si se tratase de la calificación de la demanda; puesto que la reconvencción es una demanda que presenta el demandado contra el actor, que por economía procesal se tramita dentro del mismo procedimiento. El Art. 154 del COGEP, señala que: *“Serán aplicables a la reconvencción, en lo pertinente, las reglas previstas para la demanda”*.

Por regla general procede la reconvencción en todos los casos, salvo los previstos en la ley (Art. 154). Por ello, el legislador en ciertos casos la prohíbe y en otros permite su ejercicio, pero en forma limitada, así:

No cabe reconvencción (prohibición):

- a) Contra la naturaleza (Art. 38)
- b) En materia de alimentos (Art. 154)
- c) En procedimiento monitorio (Art. 359)

Cabe reconvencción (limitación):

- a) Conexas en los procesos laborales (Art. 150)
- b) Conexas en el procedimiento sumario (Art. 333)
- c) Con otro título ejecutivo, en el procedimiento ejecutivo (Art. 351)

CONCLUSIÓN

El juzgador deberá examinar en el auto de calificación de la reconvencción, si su ejercicio está expresamente prohibido, caso en el cual la inadmitirá.

Pero de estar su ejercicio limitadamente permitido, verificará para admitir o inadmitir, si las pretensiones de la reconvencción no son contradictorias o incompatibles, si el juzgador es competente para conocer todas, y si se pueden tramitar por el mismo procedimiento.

2. Naturaleza del auto de inadmisión

CONSULTA

¿Cuántas causales de inadmisión contiene el Art. 147 del Código Orgánico General de Procesos? ya que dicha norma señala expresamente que son 2, sin embargo, hay jueces que manifiestan que son 3, tomando el último inciso como una causal más de inadmisión.

ANÁLISIS

El Art. 147 textualmente dice:

“Inadmisión de la demanda. La o el juzgador inadmitirá la demanda cuando:

1. Sea incompetente.
2. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Si la o el juzgador estima que la demanda es manifiestamente inadmisibile, la declarará así en la primera providencia, con expresión de los fundamentos de su decisión y ordenará devolver los anexos y el archivo del expediente. Esta providencia será apelable.”

De la mera observación de la norma, supondría que tiene 2 numerales, por lo cual la tesis que sostiene que debe inadmitirse la demanda cuando el juzgador sea incompetente o la demanda contenga una indebida acumulación de pretensiones, es correcta desde el punto de vista descriptivo.

Mas debe tenerse presente que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en la RESOLUCION 05-2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 847, de 23 de septiembre de 2016, tomó el tercer inciso del Art. 147 del COGEP, como causal de inadmisión cuando se ejercite la acción del despido ineficaz fuera del plazo de treinta días, en cuyo evento el juzgador declarará la caducidad de la acción. Pues así consta en el Art. 3 de dicha resolución:

El auto que declare la caducidad de la acción, será susceptible de recurso de apelación, conforme a la garantía al debido proceso contemplada en el Art. 76, numeral 7, letra m) de la

Constitución y en aplicación del Art. 147, inciso final, del Código Orgánico General de Procesos.

CONCLUSIÓN

De lo cual se concluye que el Art. 147 del COGEP, tiene 2 causales de inadmisión de la demanda claramente numerados e identificados; y, uno adicional contemplado en el último inciso de la citada norma. El que es aplicable según la resolución 05-2016 de la Corte Nacional de Justicia, cuando el juzgador declara la demanda como manifiestamente inadmisibles, por haber caducado el derecho de acción del despido ineficaz.

3. Solicitud de diligencias preparatorias

CONSULTA

¿La solicitud de diligencias preparatorias debe cumplir los requisitos del Art. 142 del COGEP, o los del Art. 121?

ANÁLISIS

Toda solicitud de diligencia preparatoria tiene que cumplir como requisitos obligatorios los determinados en el Art. 121 del COGEP, esto es, el señalamiento de: a) Los nombres, apellidos y domicilio de la persona contra quien se promoverá el proceso; b) El objeto de la diligencia; y, c) La finalidad concreta de lo peticionado. Adicionalmente, en lo que fuera aplicable los requisitos previstos en el Art. 142.

CONCLUSIÓN

Al juzgador le corresponde verificar si la petición de diligencia preparatoria cumple con estos requisitos, o mandarla a completar conforme lo previsto en el Art. 146 y 121 inc.2 del COGEP.

4. Auto de sustanciación que ordena aclarar o completar la contestación a la demanda

LAS CONSULTANTES MANIFIESTAN

Cuando se manda a aclarar o completar la contestación a la demanda, si el demandado no lo hace se debe considerar como no presentada, de acuerdo al Art. 156 del COGEP.

ANÁLISIS.- El legislador ha previsto que la contestación a la demanda no debe bosquejarse estructuralmente como que fuera una demanda, no de otra manera se puede entender el Art. 151, cuando señala: *“La contestación a la demanda se presentará por escrito y cumplirá, en lo aplicable, los requisitos formales previstos para la demanda”*.

Desde la óptica del principio de eventualidad, se debe comprender que no es lo mismo calificar una demanda que una contestación a la demanda, pues si la demanda no es clara o completa, el juez debe mandar que el actor la aclara o complete en tres días, y si no lo hace se ordenará el archivo de la causa, auto que no tiene apelación por no haberlo previsto el legislador, ya que el accionante puede presentar nuevamente su demanda cuando esté debidamente estructurada. En cambio, en la contestación a la demanda, si el juez considera que el demandado no cumplió con la orden de aclararla o completarla, debe tenerla como no presentada.

Partiendo del derecho constitucional a la defensa, que Couture denomina muy singularmente el derecho a ser oído en juicio (tener su día ante el tribunal), nuestra Constitución, ha desarrollado aquel derecho en el Art. 76, cuando dice:

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: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en

igualdad de condiciones. (...) h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

Acorde con aquello, se configura el respeto al debido proceso y se ejercita adecuadamente el derecho a la defensa, cuando emplazado en un proceso judicial, se contradice válidamente el argumento de la demanda, conocido como pretensión.

No obstante que aquel derecho a concurrir al proceso, no está limitado; sin embargo, para que su argumento de defensa sea atendido por el juez, es necesario que se lo haga en el momento procesal oportuno, y aquel mecanismo se traduce en las defensas y excepciones opuestas en el momento previsto por la norma jurídica.

Véscovi, refiriéndose a las actitudes que puede tomar el demandado al contestar la demanda o ejercer la contradicción, menciona 3 actitudes, una la pasiva, esto es la no comparecencia; la segunda de aceptación de la demanda; y, la tercera: “c) *Oposición: defensa, excepción. La tercera actitud (fuera de la expectativa que se da en casos de excepción) es la de contradecir la demanda. En este caso puede oponerse una defensa o una excepción, si utilizamos la terminología más común en la doctrina*”.⁶⁸

Analizando sin excesivo formalismo los Arts. 151 y 153 del Código Orgánico General de Procesos, encontramos los requisitos que debe contener la contestación a la demanda, identificándose que por la actitud del demandado, se pueden presentar las siguientes situaciones procesales:

- a) Puede deducir todas las excepciones de las que se crea asistido contra las pretensiones de la parte actora, con expresión de su fundamento fáctico.

⁶⁸ Enrique Véscovi, *Teoría general del proceso*, (Bogotá: Temis S.A, segunda edición actualizada, 2006) pág. 77

- b) Puede pronunciarse en forma expresa sobre cada una de las pretensiones de la parte actora, sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de la prueba documental que se haya acompañado, con la indicación categórica de lo que admite y de lo que niega.
- c) Puede anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación. A este efecto, se acompañará la nómina de testigos indicando los hechos sobre los cuales deberán declarar y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otros similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, indicando con precisión el lugar en que se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.

Sobre la diferencia entre defensa y excepción, en forma muy clara se refiere Hernando Devis Echandía, cuando señala:

La defensa, en sentido estricto, existe cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor o los hechos en que éste lo apoya. La excepción existe cuando el demandado alega hechos impeditivos de nacimiento del derecho pretendido por el actor o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios, que impidan en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho; en todos los casos, estos hechos son distintos de los que el demandante trae en su demanda en apoyo de su pretensión, y por esta razón debe probarlos el demandado⁶⁹.

CONCLUSIÓN

Es recomendable que el juez siempre que el demandado incumpla los requisitos de los Arts. 151 y 153 del Código Orgánico General de Procesos, mande aclarar o ampliar, pero fenecido el término legal de

⁶⁹ Hernando Devis Echandía, *Estudios de Derecho Procesal*, Tomo I, Editorial ABC, Buenos Aires, 1979, pág. 425.

tres días, sin que se haya cumplido con lo dispuesto por el juzgador, podría pronunciarse de la siguiente forma:

1. Si la contestación a la demanda tiene las excepciones de las que se crea asistido, con expresión de su fundamento fáctico, hay contradictorio y por tanto está debidamente ejercido su derecho a la defensa; ejemplo excepción previa de prescripción o caducidad.
2. Si la contestación a la demanda tiene el pronunciamiento expreso sobre cada una de las pretensiones de la parte actora, sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de la prueba documental que se haya acompañado, con la indicación categórica de lo que admite y de lo que niega; debe tramitarse ya que es un medio de defensa utilizado por el demandado que no dispone de excepciones para alegarlas, tampoco tiene prueba, pero tiene oposición a la demanda y su actuación procesal consistirá en objetar la prueba de la parte contraria, así como contrainterrogar a los testigos y al perito.
3. Si la contestación a la demanda tiene el anuncio de los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación; debe tramitarse ya que es un medio de defensa utilizado por el demandado que dispone de prueba para desvirtuar las pretensiones del accionante; ejemplo sin oponerse a la demanda, se presenta otro informe pericial para desacreditar el valor probatorio de un peritaje de estimación de daños de una maquinaria.
4. Si por el contrario, la contestación a la demanda carece en total de los requisitos señalados, debe considerarse como no presentada, ya que el legislador previó este escenario en el Art. 157 del COGEP, como negativa de los hechos alegados⁷⁰.

⁷⁰ *“La falta de pronunciamiento expreso y concreto sobre los hechos y pretensiones de la demanda, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, podrá ser apreciada por la o el juzgador como negativa de los hechos alegados contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto.”*

5. Procuración judicial de personas jurídicas

CONSULTA

Es necesario instrumentar la forma de conferir la procuración judicial en el COGEP, y definir qué se entiende por apoderado en cuanto a la representación de las personas jurídicas.

ANÁLISIS

Para tener un entendimiento completo del entorno actual sobre la constitución de la procuración judicial, es necesario señalar que el Art. 42 dice:

La procuración judicial se constituirá únicamente a favor de una o un defensor que no se encuentre inserto en alguna de las prohibiciones previstas en la ley. La procuración judicial podrá conferirse: 1. Por oficio, en el caso de entidades públicas o mediante escrito reconocido conforme con la ley, ante la o el juzgador del proceso. 2. Por poder otorgado en el Ecuador o en el extranjero ante autoridad competente. 3. De manera verbal en la audiencia respectiva.

El Art. 86 señala que: *“Las partes están obligadas a comparecer personalmente a las audiencias, excepto en las siguientes circunstancias: 1. Que concurra procurador judicial con cláusula especial o autorización para transigir. 2. Que concurra procurador común o delegado con la acreditación correspondiente, en caso de instituciones de la administración pública. 3. Cuando a petición de parte la o el juzgador haya autorizado la comparecencia a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología.”*

Así también el Art. 293 indica que: *“Las partes están obligadas a comparecer personalmente a la audiencia preliminar, con excepción que se haya designado una o un procurador judicial o procurador común con cláusula especial o autorización para transigir, una o un delegado en caso de instituciones de la administración pública o se haya autorizado la comparecencia a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología. (...)”*.

En aplicación del principio de intermediación, el COGEP, en los Arts. 4 y 6 ordenan la celebración de audiencias con la presencia de las partes procesales o por videoconferencia cuando la comparecencia personal no sea posible; regla que tiene sus excepciones, que son las previstas en el Art. 42 *ibídem*, en el cual se permite la comparecencia mediante procuración judicial, estableciendo varias maneras de conferirla: 1) Por oficio, en el caso de entidades públicas; 2) Mediante escrito reconocido conforme con la ley, ante la o el juzgador del proceso; 3) Por poder otorgado en el Ecuador o en el extranjero ante autoridad competente; y, 4) De manera verbal en la audiencia respectiva.

En caso de las entidades públicas, la delegación se otorga mediante oficio, tal es así que ya la Contraloría General del Estado, expidió mediante acuerdo No. 024-CG-2016, el: *“INSTRUCTIVO PARA LA DEFENSA TECNICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO EN LOS PROCESOS EN SEDE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA”*, publicado en el R.O. 782 de 23 de junio de 2016, que en su Art. 7, dice:

De conformidad con lo establecido en los artículos 305 y 42 número 1 del Código Orgánico General de Procesos COGEP, el Director de Patrocinio, Recaudación y Coactivas y los Directores Regionales, en su caso, podrán designar, mediante oficio, al defensor que intervenga como patrocinador en la defensa de los intereses de la autoridad demandada. Tal designación surtirá efecto hasta la terminación de la causa, a no ser que sea sustituida. El alcance de este oficio de delegación implica que el servidor que actúa como defensor comparece al proceso como parte procesal y, por ende, representa de manera legítima y suficiente a los intereses de la Contraloría General del Estado dentro de la causa.

El Art. 33 señala que *“Cuando la parte sea una persona jurídica, deberá ser representada en el proceso por su representante legal o judicial.”*

El Código Civil, en su Art. 570, indica que: *“Las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de una y otras, un acuerdo de la corporación, han conferido este carácter.”*

Mientras que el Art. 6 de la Ley de Compañías, nos dice que: “Toda compañía nacional o extranjera que negociare o contrajere obligaciones en el Ecuador deberá tener en la República un apoderado o representante que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas.”

CONCLUSIÓN

Por lo cual, si la procuración judicial se confiere en el escrito de la demanda, sea a un defensor (procuración judicial) o a uno de los colitigantes (procurador común), se deberá reconocer firma y rúbrica antes de calificar el acto de proposición. La procuración judicial verbal puede concederse en el transcurso de las audiencias.

Se debe tener presente que toda procuración judicial, en cualquiera de las modalidades antedichas, debe otorgarse cumpliendo lo dispuesto en el Art. 43 del COGEP⁷¹.

Además, al representante legal de las personas jurídicas, se lo denomina indistintamente apoderado, representante, administrador, etc.; siendo lo fundamental verificar si la ley, la ordenanza o sus estatutos, le confieren representación legal, judicial y extrajudicial.

6. La cuantía de la demanda ejecutiva

CONSULTA

Hace la siguiente interrogante: ¿Cabe determinar la cuantía en acciones ejecutivas en base al COGEP o al Código de Comercio? En vista de que el Art. 144 del COGEP, entrega reglas sobre la determinación de la cuantía, donde se establece que sobre cosas susceptibles de apreciación, se fijará la cuantía atendiendo al precio de las mismas, indicándose que la cuantía únicamente será indeterminada cuando se trate de asuntos no apreciables en dinero.

⁷¹ *“La o el procurador judicial debe atenerse a los términos del poder. Requerirá cláusula especial para sustituir la procuración a favor de otro profesional, allanarse a la demanda, transigir, desistir de la acción o del recurso, aprobar convenios, absolver posiciones, deferir al juramento decisorio, recibir valores o la cosa sobre la cual verse el litigio o tomar posesión de ella.”*

ANÁLISIS

Es necesario aclarar que según el Art. 142.10 del COGEP, por regla general es necesario fijar la cuantía “*para determinar el procedimiento*”, esto es, para precisar que la demanda se tramitará en procedimiento monitorio o en otro procedimiento.

No obstante, hay que señalar que cuando lo pretendido en la demanda, se encasilla en los escenarios del Art. 144 del mismo cuerpo legal, tenemos que aplicar las siguientes reglas:

1. Para fijar la cuantía de la demanda, se tomarán en cuenta los intereses líquidos del capital, los que estén pactados en el documento con que se proponga la demanda y los frutos que se han liquidado antes de proponerla.
2. Cuando la demanda verse sobre derechos de valor indeterminado que se refieran a cosas susceptibles de apreciación, se fijará la cuantía atendiendo el precio de las cosas.
3. En los procesos provenientes de arrendamiento, la cuantía se determinará por el importe de la pensión de un año o por lo que valga en el tiempo estipulado, si este es menor.
4. En los procesos de alimentos se fijará la cuantía atendiendo al máximo de la pensión reclamada por la o el actor durante un año.
5. En materia laboral se cuantificará cada una de las pretensiones de la o del actor para establecer la cuantía.
6. La cuantía será indeterminada únicamente cuando trate de asuntos no apreciables en dinero o que no se encuentren previstos en los incisos anteriores.

En los procesos que tengan por objeto la reclamación de una prestación dineraria, sean o no ejecutivos, se aplica la primera regla del Art. 144, esto es, se suma al capital, los intereses líquidos, los intereses pactados y los frutos generados antes de proponer la demanda; pero se debe tener presente que existen títulos ejecutivos a los cuales las leyes han dotado de especificidades, es así que en relación a las letras de cambio y pagarés, se observará lo dispuesto en el Art. 456 del Código de Comercio⁷².

⁷² “El portador podrá reclamar de aquel contra quien ejerce sus recursos: 1.- El importe de la letra de cambio no aceptada o no pagada, más los intereses si se hubieren estipulado; 2.- Los intereses de mora a partir del vencimiento. Cualquiera que sea la tasa de interés pagadero desde que empiece

Del mismo modo, el Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro 1, en lo referente al cheque, determina en el Art. 507, los valores a reclamarse en la demanda: “1. *El importe del cheque no pagado*; 2. *Sus intereses, a la tasa máxima, a partir de la fecha del protesto*; y, 3. *Los gastos del protesto, los de las notificaciones y las costas procesales.*”

CONCLUSIÓN

Por lo cual, dependiendo de la reclamación dineraria, al actor le corresponderá fijar la cuantía en base a la normativa aplicable.

7. Ilegitimidad de personería del ente estatal

CONSULTA

“Ilegitimidad de personería en las Instituciones del Sector Público” Es necesario definir correctamente lo que se entiende como personalidad jurídica que no le habilita para comparecer a juicio y personería jurídica que sí permite hacerlo.

ANÁLISIS

El 17 de agosto del 2015 se publica en el Registro Oficial No. 566, la RESOLUCIÓN No. 11-2015, emitida por la Corte Nacional de Justicia, sobre la legitimación para proponer el recurso de casación en materia contenciosa administrativa, resolviendo:

Art. 1.- En materia contencioso administrativa, está legitimada para proponer el recurso de casación, la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto. No se requerirá de la comparecencia o delegación del Procurador General del Estado, para los casos en que el recurrente sea el autor del

la acción judicial, el demandado no podrá reclamar el reembolso de los intereses pagados por el sino a la tasa del interés de mora; 3.- Los gastos del protesto, los de los avisos dados por el portador al endosante precedente y al girador, así como los demás gastos; 4.- Una comisión, la cual, a falta de convenio, será un sexto por ciento del principal de la letra de cambio y no podrá en ningún caso pasar de esa cuota. Si el recurso se ejerciere antes del vencimiento, se deducirá un descuento sobre el importe de la letra. Ese descuento se calculará a elección del portador, conforme a la tasa del descuento oficial, tasa de la banca, o conforme a la tasa de la plaza, tal como exista en la fecha del recurso en el lugar del domicilio del portador.”

acto administrativo impugnado, la máxima autoridad o el representante legal de la respectiva institución o entidad del sector público.

En el informe jurídico que sirvió de base para esta resolución, se analizó que lo que acontecía con frecuencia, esto es, que “en materia contencioso administrativa los conjueces o el Tribunal de la Sala han venido inadmitiendo a trámite los recursos de casación cuando los mismos han sido planteados por los organismos o instituciones del sector público, argumentando que carecen de legitimación para el efecto, afirmando además que es indispensable que el recurso de casación sea interpuesto por la Procuraduría General del Estado.”

Se hace mención a los Arts. 303.4 y 305 del Código Orgánico General de Procesos⁷³, así como el Art. 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en lo relativo a que “*La intervención del Procurador General del Estado o su delegado, no limita ni excluye las obligaciones de las máximas autoridades y representantes legales de los organismos y entidades del sector público, para presentar demandas o contestarlas e interponer los recursos que procedan conforme a la ley*”.

Finalmente dicho informe, ensaya sobre supuestos escenarios procesales que pueden presentarse, del siguiente modo:

- a) *En las acciones contencioso administrativas se debe demandar a la autoridad de la administración pública de la que provino el acto impugnado (...);*

⁷³ “Art. 303.- Legitimación activa. Se encuentran habilitados para demandar en procedimiento contencioso tributario y contencioso administrativo: 4. La máxima autoridad de la administración autora de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pueda anularlo o revocarlo por sí misma. Art. 305.- Comparecencia a través de patrocinador. La autoridad competente de la institución de la administración pública que interviene como parte o el funcionario a quien se delegue por acto administrativo, podrán designar, mediante oficio, al defensor que intervenga como patrocinador de la defensa de los intereses de la autoridad demandada. Tal designación surtirá efecto hasta la terminación de la causa, a no ser que se lo sustituya. No obstante, en aquellas acciones o procedimientos en los que deba intervenir directamente la o el Procurador General del Estado se procederá conforme con la ley.”

- b) *Cuando el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo avoque conocimiento de la causa debe disponer que se cite o se notifique al Procurador General del Estado o a su delegado (dependiendo si se trata o no de una entidad con personería jurídica), aún cuando el actor no lo haya solicitado en su demanda, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado;*
- c) *La comparecencia del Procurador General del Estado o su delegado no limita ni excluye la obligación que tiene la autoridad autora del acto, las máximas autoridades o los representantes legales de los organismos y entidades del sector público para contestar las demandas e interponer el recurso de casación, conforme lo establece el inciso final del artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, vigente a partir del 19 de julio de 2001; y,*
- d) *La autoridad autora del acto, las máximas autoridades y los representantes legales de los organismos y entidades del sector público demandadas, que comparecieron a juicio, contestaron la demanda y ejercieron su derecho a la defensa, tienen la legitimación suficiente y necesaria para interponer recurso de casación en contra de la sentencia o auto que les fue adversa y que les causa agravio, porque tienen interés directo y legítimo en la resolución, y por así facultarlo el artículo 4 de la Ley de Casación y el artículo 277 del Código Orgánico General de Procesos.*

En la Sentencia No. 221-16-SEP-CC, caso No. 0420-13-EP, la Corte Constitucional, en relación a la personería del ente estatal, se dice:

Frecuente resulta la confusión que se crea entre los conceptos personalidad y personería, que es necesario distinguirlos como bien señalan los diccionarios y la doctrina, ya que existen entre ellos matices diversos. Así la primera implica que se le permite a la persona ser titular y desarrollar actividades jurídicas; que tiene aptitud para desenvolverse y ser sujeto de la relación jurídica, mas no le concede posibilidad de defenderse por sí, necesita la protección especial y superior; por personería en cambio se entiende la capacidad legal de comparecer en juicio, así como también el de representación legal y suficiente para litigar.

Por otro lado, es menester mencionar que la Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, cuyo criterio ratifica esta Corte, en virtud de la interpretación más favorable para el ejercicio de los derechos, mediante sentencia No. 015-10-SEP-CC de la causa No. 0135-09-EP, estableció lo siguiente:

Cabe señalar que el Procurador General del Estado es quien representa judicialmente al Estado, sus instituciones, organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, correspondiéndole su patrocinio y asesoramiento legal en defensa del patrimonio nacional y del interés público. (...) y si bien el Procurador General del Estado defiende los intereses del Estado, y está llamado a intervenir en su defensa, los Ministros de Estado son competentes para el despacho de todos los asuntos inherentes a sus ministerios sin necesidad de autorización alguna del Presidente de la República, con las salvedades de ley, y (...) tienen la obligación de comparecer y defender los intereses del Portafolio...

En esta misma línea, la Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia No. 111-13-SEP-CC de la causa No. 1863-12-EP, ha indicado que:... la exigencia de la comparecencia del Procurador General del Estado para interponer el recurso extraordinario de casación en el proceso, no significa que se deba prescindir de la intervención del Ministerio del Interior o de la Comandancia General de la Policía, por el contrario, en la defensa de los intereses públicos debe existir una participación complementaria de la Procuraduría General del Estado, entendido como institucionalidad superior, y por otro lado la intervención de los representantes de los organismos inmiscuidos de manera particular en el caso en concreto (...) cabe mencionar que la intervención de la autoridad ministerial y su aspiración de haber formado parte activa del proceso no consolida con las competencias que tiene la Procuraduría General del Estado ni necesita de su aprobación o delegación, pues cada uno cumple con sus competencias y atribuciones...

De lo expuesto, se evidencia que en virtud de una interpretación más favorable para el ejercicio de los derechos, la Corte Constitucional determinó que los Ministerios -Ministros- tienen capacidad para comparecer a los juicios, por sí mismos, sin la intervención del procurador general del Estado, en virtud

de su obligación de defender los intereses no solo de sus propias entidades, sino del sector público en general, por lo que el fundamento de falta de personería jurídica por parte de la entidad demandante en el caso sub iudice, comporta una vulneración de derechos constitucionales, consecuencia de una clara inobservancia del precedente jurisprudencial emitido por la Corte Constitucional del Ecuador.

CONCLUSIÓN

Por lo cual, los Ministros tiene capacidad para comparecer a juicio por sí mismos en defensa de los intereses no solo de sus propias entidades sino del sector público en general, no obstante la intervención dentro del ámbito de sus competencias del Procurador General del Estado.

8. Notificación al testigo

CONSULTA

Si el actor en la demanda señala su domicilio judicial para notificar al testigo, ¿es procedente admitir el testimonio? Cuando es la parte, quien solicita la declaración del testigo, es igualmente su responsabilidad indicar en donde debe ser notificado el mismo, si indica su domicilio judicial, pues será el quien deba notificar al testigo para que pueda asistir a la audiencia y rendir su declaración.

ANÁLISIS

El Art. 190 del COGEP manifiesta: *“Petición de la declaración del testigo. Al momento de anunciar la prueba y cuando la solicite, la parte deberá indicar el nombre y domicilio de las y los testigos llamados a declarar y expresar sucintamente el o los hechos sobre los cuales serán interrogados.”*

Por otra parte el Art. 5 del mismo cuerpo legal señala: *“Corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo.”*

En relación a la notificación al testigos, el Art. 191 señala que: *“La o el testigo será notificado, mediante boleta, con tres días de anticipación a la diligencia. En dicha notificación se le advertirá la obligación de comparecer y se le prevendrá que, de no hacerlo y no justificar su ausencia, será conminado a comparecer con el apoyo de la Policía Nacional.”*

El Art. 66, dice que: *“Las partes, al momento de comparecer al proceso, determinarán dónde recibirán las notificaciones. Son idóneos los siguientes lugares: el casillero judicial, domicilio judicial electrónico, correo electrónico de una o un defensor legalmente inscrito o el correo electrónico personal.”*

En la Resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura No. 107-2016, publicada en el Registro Oficial No. 786 de 29 de junio de 2016, se manifiesta lo siguiente:

Artículo 2.- Las notificaciones de las actuaciones judiciales generadas y firmadas en el Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE), se realizarán en los domicilios judiciales electrónicos o correos electrónicos, de manera inmediata a las partes procesales, y estarán firmadas electrónicamente por el secretario o quien haga sus veces.

CONCLUSIÓN

Por lo cual, se notificará a los testigos, en el domicilio judicial electrónico o correo electrónico de la parte procesal que solicitó la prueba testimonial y/o de su abogado.

9. Devolución de documentación

CONSULTA

¿Cuál es el momento procesal adecuado para ordenar devolver la documentación que las partes procesales han adjuntado a los actos de proposición?

ANÁLISIS

El Art. 196 del COGEP, refiriéndose a la prueba documental, dispone: *“(...) Cuando la sentencia haya quedado firme, se ordenará su devolución a las partes, dejando a salvo su derecho a solicitar que los documentos agregados al proceso le sean desglosados dejando en el expediente copias certificadas, sean estas digitales o no. Una vez que la sentencia haya sido ejecutada, se comunicará a las partes de su obligación de retirar los documentos agregados al proceso, advirtiéndole que en caso de no hacerlo en el término de treinta días, estos serán destruidos.”*

CONCLUSIÓN

Bajo el COGEP ya no se puede ordenar el desglose de la prueba documental cuando la parte procesal lo desee, sino el momento procesal permitido por la norma descrita, esto es, cuando la sentencia quede firme.

10. La cuantía indeterminada

CONSULTA

¿Cómo proceder para fijar la cuantía en acciones de estimación indeterminada como en los litigios sobre la posesión de inmuebles?

ANÁLISIS

Es necesario aclarar que según el Art. 142.10 del COGEP, por regla general es necesario fijar la cuantía *“para determinar el procedimiento”*, esto es, para precisar que la demanda se tramitará en procedimiento monitorio o en otro procedimiento.

No obstante, hay que señalar que cuando lo pretendido en la demanda, se encasilla en los escenarios del Art. 144 del mismo cuerpo legal, tenemos que aplicar las siguientes reglas:

1. Para fijar la cuantía de la demanda, se tomarán en cuenta los intereses líquidos del capital, los que estén pactados en el documento con que se proponga la demanda y los frutos que se han liquidado antes de proponerla.
2. Cuando la demanda verse sobre derechos de valor indeterminado que se refieran a

cosas susceptibles de apreciación, se fijará la cuantía atendiendo el precio de las cosas. 3. En los procesos provenientes de arrendamiento, la cuantía se determinará por el importe de la pensión de un año o por lo que valga en el tiempo estipulado, si este es menor. 4. En los procesos de alimentos se fijará la cuantía atendiendo al máximo de la pensión reclamada por la o el actor durante un año. 5. En materia laboral se cuantificará cada una de las pretensiones de la o del actor para establecer la cuantía. 6. La cuantía será indeterminada únicamente cuando trate de asuntos no apreciables en dinero o que no se encuentren previstos en los incisos anteriores.

CONCLUSIÓN

En la demanda de amparo posesorio, reivindicación o prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio; en base al Art. 144.2 del COGEP, se deberá fijar la cuantía por el precio que tiene el inmueble en el catastro municipal.

Adolescentes infractores

1. Aplicación de la Resolución No. 08-2013, R.O.- SN 176 de 4 de febrero de 2014 en cuanto a los delitos de adolescentes infractores

CONSULTA

*¿Si en la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi existen dos Salas Especializadas, una en materia civil y otra en materia penal; la primera tiene **competencia en el ámbito civil, comercial, laboral, familia, niñez y adolescencia, adolescentes infractores y materias residuales**; mientras que, la segunda, sus competencias están dadas en procesos por delitos y contravenciones correspondientes a la materia penal ordinaria, y, en los delitos y contravenciones de tránsito, cuál de las dos Salas tiene competencia exclusiva y excluyente para conocer en segunda instancia, los recursos de apelación en procesos sobre los asuntos de adolescentes infractores?" (Negrillas y subrayado es fuera del texto).*

ANÁLISIS

De acuerdo con los Arts. 7 y 157 del Código Orgánico de la Función Judicial, la jurisdicción y competencia nacen de la Constitución y la ley.

De conformidad con lo que establece el Art. 180 del Código Orgánico de la Función Judicial, al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: *“6. Expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial”*. Por lo tanto, en uso de esta facultad, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia expide la Resolución No. 08-2013, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 176, de 4 de febrero de 2014, cuyo Art. 2.d) dispone: *“En las provincias donde no se han establecido salas de la materia de adolescentes infractores, violencia intrafamiliar, tránsito, será la sala que conozca la materia penal la que resuelva las apelaciones a que se refiera esta Resolución”*. Conforme a esta Resolución, está claro que en las provincias donde no existan salas de adolescentes infractores, violencia intrafamiliar y tránsito, será la sala penal la que resuelva las apelaciones sobre estas materias, pero si en la Corte Provincial de Justicia de la provincia de Cotopaxi existe la Sala Civil con competencia en el ámbito civil, comercial, laboral, familia, niñez y adolescencia, **adolescentes infractores** y materias residuales (Negrillas son fuera del texto), es obvio entender que a esta Sala le corresponde conocer los recursos de apelación en asuntos de adolescentes infractores. Si bien es cierto que en aquella provincia no existe sala de adolescentes infractores, no es menos cierto que a la Sala Civil se le ha asignado también esa competencia, lo cual es obligatorio mientras la ley no disponga lo contrario. Se entiende que sólo cuando en una provincia no se ha establecido la Sala de Adolescentes Infractores y no se ha asignado competencia sobre los casos de adolescentes infractores a otra sala de esa provincia, será competente la sala que conozca materia penal, sin embargo en el presente caso, la Sala Civil tiene esa competencia, y por lo mismo mal puede tener competencia la Sala Penal.

CONCLUSIÓN

En donde exista Sala Civil con competencia en el ámbito civil, comercial, laboral, familia, niñez y adolescencia, **adolescentes infractores**

y materias residuales (Negrillas son fuera del texto), le correspondería a esta Sala conocer los recursos de apelación en asuntos de adolescentes infractores.

2. Cómo resolver las controversias en la ejecución de la reparación integral en materia de adolescentes infractores

CONSULTA

De acuerdo con el Art. 363-d del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, “toda sentencia condenatoria contemplará la imposición de una o varias condiciones a la reparación integral de la víctima”, por lo que en base a esta norma, se han definido medidas de reparación integral, pero que en la etapa de ejecución se han presentado controversias sobre tales medidas; en consecuencia, se consulta si estas controversias deben ser resultas en audiencias orales o se debe aplicar las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la ejecución de la sentencia, en vista de que no existe en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ni en el Código Integral Penal normas al respecto.

ANÁLISIS

En el Art. 368 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se establece el sistema oral (una sola audiencia) para el juzgamiento de las contravenciones cometidas por los adolescentes, incluidas las de tránsito. Por lo tanto, luego de la audiencia se tendrá una sentencia que si es condenatoria contendrá la imposición de una o varias condiciones a la reparación integral de la víctima, sentencia que debe ser ejecutada, fase en la cual se presentan controversias sobre las medidas adoptadas.

Dentro de las facultades y deberes genéricos de las juezas y jueces que establece el Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, el numeral 9 dice: “Procurar la celeridad procesal, sancionando las maniobras dilatorias en que incurran las partes procesales o sus abogadas y abogados”; por otro lado, en el numeral 13 de dicha norma se dispone: “Rechazar oportuna y fundamentadamente las peticiones, pretensiones, excepciones, reconvenções, incidentes de

cualquier clase, que se formulen dentro del juicio que conocen, con manifiesto abuso del derecho o evidente fraude a la ley, o con notorio propósito de retardar la resolución **o su ejecución...**" (Negrillas son fuera del texto). Según las disposiciones legales transcritas, la jueza o juez está en la obligación, tanto en la sustanciación del proceso como en la ejecución de lo decidido, desechar de plano y en forma oportuna cualquier pedido de las partes que tengan como finalidad incidentar o dilatar el progreso de la causa o la ejecución de la sentencia, incluso aplicando las sanciones que establece la propia ley, por lo tanto, mal puede la o el administrador de justicia en cualquier pedido o incidente que realicen las partes, convocar a audiencia para despachar esas peticiones, más aún si se encuentra en fase de ejecución, pues, es indudable que deben ser desechadas liminarmente dichos pedidos o incidentes; en consecuencia, sólo podrá convocar a audiencia cuando haya realmente la necesidad de escuchar a las partes y resolver en el mismo acto algún punto trascendental de la ejecución, lo cual está en concordancia con el propósito del sistema oral que contempla el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

CONCLUSIÓN

En fase de ejecución de la sentencia no por todo incidente o pedido cabe que se convoque a audiencia, sino en los casos que establece la ley o cuando sea estrictamente necesario escuchar a las partes.

3. Trámite del recurso de apelación en adolescentes infractores

CONSULTA

Con relación a lo que dispone del Art. 365 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, los consultantes expresan que según esta norma, previo a emitir la decisión, es necesario convocar a una audiencia de alegatos, pero que en aplicación del reformado Art. 366 ibídem, los recurso de apelación, nulidad, hecho, casación y revisión proceden de conformidad con el Código Orgánico Integral Penal, generándose una interrogante respecto a la tramitación del recurso, esto es, "¿debe realizarse una audiencia de alegatos según el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia? o ¿debe realizarse una audiencia de sustanciación del recurso de apelación según el Código

Orgánico de la Niñez y Adolescencia (artículo 654)?” sic.. Además se hace notar que en estricta aplicación del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en una audiencia de alegatos no se toma la decisión de la causa, puesto que su naturaleza es escuchar un informe en derecho de forma oral.

ANÁLISIS

Si bien es cierto que el artículo 365, inciso primero, del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece: **“Recibido el expediente por la corte provincial, se convocará a una audiencia para que las partes expongan sus alegatos”**, no es menos cierto que el Art. 366, reformado, del mismo cuerpo legal, dispone lo siguiente: **“Los recurso de apelación, nulidad, hecho, casación y revisión proceden de conformidad con el Código Integral Penal”**. Al respecto, se debe tomar en cuenta lo que ordena la Quinta Disposición Transitoria del Código Orgánico Integral Penal que dispone: **“Los procesos, actuaciones y procedimientos de adolescentes infractores que estén tramitándose cuando entre en vigencia éste Código, seguirán sustanciándose conforme con el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y demás normas vigentes al tiempo de su inicio y hasta su conclusión sin perjuicio del atacamiento de las normas del debido proceso previstas en la Constitución de la República”** (Lo subrayado no corresponde al texto). En tal virtud, está completamente claro que los nuevos procesos de adolescentes infractores deben tramitarse con las normas del Código Orgánico Integral Penal y los antiguos con las normas del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, sin embargo, en cuanto a las audiencias debe observarse la Disposición Transitoria Segunda del COIP que dice: **“Las audiencias establecidas en el Libro II, Procedimiento de este Código, entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial”**, consecuentemente, el trámite de las audiencias se desarrollarán conforme al Código Orgánico Integral Penal desde su publicación en el Registro Oficial, lo cual comprende también los casos de menores infractores, puesto que contiene mayores garantías para los sujetos procesales, permitiendo una defensa técnica del acusado en la réplica y contra réplica y aplicar lo que establece en forma lógica la parte final la propia Disposición Transitoria Quinta del COIP: **“...sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso previstas en la Constitución de la**

República", de tal suerte que no se vulnera ningún derecho constitucional, como podría ocurrir en una audiencia de alegatos, cuya naturaleza es únicamente escuchar a las partes en forma oral. De existir antinomia entre dos normas legales de la misma jerarquía, se debe resolver por los métodos de interpretación constitucional, y en este caso, la antinomia se resuelve aplicando la norma jurídica posterior, que es más beneficiosa para el procesado, y por lo mismo, de obligatoria aplicación en un Estado garantista de derechos.

CONCLUSIÓN

Las audiencias se desarrollarán conforme al Código Orgánico Integral Penal desde su publicación en el Registro Oficial, lo cual comprende también los casos de menores infractores, puesto que contiene mayores garantías para los sujetos procesales.

Alimentos

1. Clases de intereses y tasas de interés en materia de alimentos

CONSULTA

Es menester que se defina a través de normas legales que existe al menos dos clases de intereses: intereses corrientes e intereses moratorios. En cuanto a las tasas de intereses para el mercado no financiero y para la aplicación de las decisiones judiciales, tres clases: tasa legal, tasa máxima convencional y tasa moratoria, y que además se debe definir la forma exacta y precisa del cálculo de cada tasa.

ANÁLISIS

La normativa para las obligaciones que generan intereses la tenemos en los Arts. 2109 y 2110 del Código Civil. En estas normas legales se establece el interés convencional, el interés corriente e interés reajutable. Además, el primer inciso del Art. 2110 determina con claridad que, si se estipula en general intereses, sin determinar la cuota, se entenderán que son los intereses legales, es decir, los fijados por la autoridad monetaria competente. Por otro lado, el Art. 2109 en

forma expresa dispone que, el interés convencional, sea este civil o mercantil, no puede exceder de los tipos máximos que se fijaren de acuerdo con la ley, y si se excediere en los tipos máximos, la o el juzgador debe reducirlos aún sin pedido del deudor. De acuerdo con el segundo inciso del Art. 2110 del Código Civil, el interés legal es el que determina el organismo competente del Estado, por lo tanto, las tasas de interés las fija periódicamente el Banco Central del Ecuador, y así lo dispone el innumerado 31, agregado al título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia respecto del interés de mora para las prestaciones de alimentos.

En cuanto al interés por mora en operaciones de crédito, es el Directorio del Banco Central del Ecuador (BCE) quien regula este tipo de interés y para el efecto emitió la Regulación 047-2013, de fecha 3 de septiembre de 2013, a fin de regular las tasas de interés por mora, mismas que si bien es para los créditos financieros, también es aplicable a las liquidaciones de cualquier tipo de obligación en mora como son las obligaciones alimenticia. Se trata de una escala de porcentajes de entre 3% al 10%, que se deberá pagar sobre el monto vencido del capital y solo desde la fecha del no pago hasta el día de cumplimiento de las obligaciones, sistema este que reemplaza al anterior.

Al efecto, el Art. 7 de la mencionada Resolución establece: “La tasa de interés por mora que se aplicará para el cálculo de los intereses por el retraso en el pago de pensiones alimenticias, conforme se establece en el Art. 31 del Título V, Libro Segundo del Código de la Niñez y la Adolescencia, corresponderá al 1.1 veces la tasa activa referencial que se halle vigente a la fecha en que el juez disponga el pago de las pensiones vencidas”.

CONCLUSIÓN

Las tasas de interés las fija periódicamente el Banco Central del Ecuador, y así lo dispone el innumerado 31, agregado al título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia respecto del interés de mora para las prestaciones de alimentos.

2. El menor de edad que se emancipa por el matrimonio tiene o no derecho a seguir percibiendo alimentos

CONSULTA

Que ha surgido dudas sobre la inteligencia y aplicación de las leyes con la derogatoria del Art. 310 numeral 2 del Código Civil (Registro Oficial Suplemento 526 de 19 junio de 2015), en relación a la emancipación legal por el matrimonio del hijo menor de edad y su derecho a seguir percibiendo alimentos de sus padres.

ANÁLISIS

La inquietud surge por la derogatoria del numeral 2 del Art. 310 del Código Civil, es decir que, a partir de dicha derogatoria, la emancipación legal ya no se produce por el hecho del matrimonio del hijo o hija, y que esto acarrearía consecuencias a la o el adolescente que contraiga matrimonio, respecto a saber si tiene o no derecho a percibir alimentos de sus padres; al respecto, es importante primeramente tener en cuenta que el artículo innumerado 4 (129) de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, claramente determina quienes son los titulares del derecho de alimentos, cuando dice: "Tienen derecho a reclamar alimentos: "1. Las niñas, niños y adolescentes, salvo los emancipados voluntariamente que tengan ingresos propios, a quien se les suspenderá el ejercicio de este derecho de conformidad con la presente norma...". Por lo tanto, según determina el numeral 1 de la norma legal señalada, sólo los adolescentes emancipados voluntariamente y que tengan ingresos propios no tendrían derecho a percibir alimentos, pero la o el adolescente (persona que no ha cumplido 18 años de edad) que contraiga matrimonio, no se emancipa legalmente por este hecho, porque el matrimonio es nulo de conformidad con el Art. 95 del Código Civil que estatuye: "Es nulo el matrimonio contraído por: ...2. La persona menor de 18 años de edad..." (Negrillas es fuera del texto); consecuentemente, si es nulo el matrimonio de la persona que no ha cumplido 18 años de edad, salvo que prescriba la acción de nulidad, no hay razón legal para que se mantenga vigente el numeral 2 del Art. 310 del Código Civil, esto es, que la emancipación se efectúa también por el matrimonio del hijo, y por lo mismo, el hijo o hija tiene derecho

a la prestación de alimentos hasta que cumpla la mayoría de edad (18 años), caso en el cual se emancipa en forma legal y pierde (caduca) ese derecho, a no ser que se encuentre cursando estudios, en cuyo caso será hasta los 21 años de edad, o la persona de cualquier edad que padezca de una discapacidad o las circunstancias físicas o mentales le impidan o dificulten procurarse los medios para subsistir por sí misma.

CONCLUSIÓN

Si un menor de 18 años (Adolescente) contrae matrimonio no llega a emanciparse porque ese matrimonio es nulo por mandato legal, salvo que haya prescrito la acción de nulidad, y de acuerdo con el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, sólo en el caso de los emancipados voluntariamente y que tengan ingresos propios, se suspende el ejercicio del derecho de reclamar alimentos.

3. Rendición de cuentas de pensiones alimenticias mayor a un salario básico unificado

CONSULTA

En algunas ocasiones la pensión alimenticia resulta elevada para satisfacer las necesidades de la o el beneficiario, como por ejemplo una pensión de más de mil dólares, por lo que se considera que debe incluirse una disposición en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que obligue a la o el administrador de la pensión alimenticia a rendir cuentas por lo menos anualmente, justificando la inversión de los recursos, cuando la pensión alimenticia pase de un salario básico unificado del trabajador en general.

ANÁLISIS

El artículo 15, del capítulo I, de! Título V. del Libro II, del Código de la Niñez y Adolescencia (Reforma publicada en el Registro Oficial 643 de 28 de julio de 2009) establece los parámetros para la elaboración de la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas, señalando que: "El Ministerio encargado de los asuntos de inclusión económica y social, definirá la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas en base a los siguientes parámetros: a) Las necesidades básicas por edad del alimentado en

los términos de la presente Ley; b) Los ingresos y recursos de él o los alimentantes, apreciados en relación con sus ingresos ordinarios y extraordinarios, gastos propios de su modo de vida y de sus dependientes directos; c) Estructura, distribución del gasto familiar e ingresos de los alimentantes y derechohabientes; y, d) Inflación".

La Corte Constitucional mediante Sentencia No. 048-13-SCN-CC, publicada en la Gaceta Constitucional No. 004 de 23 de septiembre de 2013, niega las Consultas remitidas por los Jueces de la Primera y Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha sobre la Constitucionalidad del artículo innumerado 15 de la Ley Reformatoria al Título V, libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas, expedida por el Consejo de la Niñez y Adolescencia mediante Resolución No. 001-CNNA-2012 y declaran la constitucionalidad de la Tabla de Pensiones Mínimas.

El fundamento constitucional para el establecimiento de una pensión alimenticia para las niñas niños y adolescentes, lo tenemos en el artículo 69 de la Constitución de la República del Ecuador que establece lo siguiente: "Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo". De igual manera el artículo 44 de la propia Constitución de la República dispone: "El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales".

De todo lo expresado y las normas constitucionales trascritas, se evidencia que las facultades y atribuciones en todo lo que tiene relación con las políticas sobre determinación, fijación, montos y administración de pensiones alimenticias, las tiene actualmente el Ministerio de Inclusión Económica y Social, cuya finalidad de las pensiones alimenticias no es otra que el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, para asegurar el ejercicio pleno de sus derechos, atendiendo al principio de su interés superior, por lo que sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas; siendo obligación primordial del padre y la madre proporcionar el cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

CONCLUSIÓN

El propósito de la fijación de una pensión alimenticia no es la administración de bienes ajenos corporales o incorporales, en cuyo caso si habría la obligación de rendir cuentas; tampoco existe encomienda de administración como para que haya la obligación de rendir cuentas, consecuentemente, en la actualidad no cabe rendición de cuentas sobre las pensiones alimenticias fijadas.

4. No se reconocen los pagos realizados en las instituciones educativas porque no constituyen pensiones alimenticias

CONSULTA

Que varios profesionales del derecho instruyen erróneamente a sus clientes para que no reconozcan los pagos realizados en las instituciones escolares principalmente, estableciendo que no constituyen pensiones alimenticias, lo cual se encuentra alejado de la realidad, mientras que los padres que han cancelado sus obligaciones por medio de las pensiones escolares han satisfecho directamente al alimentado"; en consecuencia, se consulta hasta qué punto se puede considerar estos rubros como pensiones alimenticias.

ANÁLISIS

De acuerdo con el innumerado 14 (139) del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, la jueza o juez está obligado a fijar la pensión de alimentos, subsidios y beneficios adicionales, pago que el alimentante debe cumplir dentro de los cinco primeros días de cada mes, y en el caso de los subsidios y beneficios adicionales en las fechas señaladas para el efecto. Pero el mismo artículo innumerado en el inciso segundo establece lo siguiente: **“Podrá además efectuarse el pago de la pensión alimenticia y de los subsidios y beneficios adicionales de la siguiente manera: a) La constitución de derechos de usufructo, la percepción de una pensión de arrendamiento u otro mecanismo similar, que aseguren rentas u otros frutos suficientes para la debida prestación de alimentos del beneficiario; y, b) El pago o satisfacción directos por parte del obligado, de las necesidades del beneficiario que determine el juez”**. De lo que dispone el literal b) de este artículo innumerado, claramente se desprende que el alimentante si puede satisfacer el pago de los alimentos de forma directa, de las necesidades del alimentario, pero tiene que haberlo determinado la o el juez; es decir, el obligado tiene que indicar al juzgador esa forma de pago para que lo autorice, caso contrario, se consideraría como un aporte voluntario del alimentante para el beneficiario.

CONCLUSIÓN

Recordemos que las disposiciones de la jueza o juez se tienen que cumplir conforme consta en la sentencia o resolución, según el caso, por lo tanto, si el alimentante pretende por sí cumplir de manera diferente la obligación, no cabe que se tomen en cuenta esos rubros como pago de las pensiones alimenticias, pues, estaría en desacato a lo resuelto por el administrador de justicia, por ello es que, la norma legal señalada se refiere al pago directo de las necesidades del beneficiario que determine el juez.

5. Cuando la resolución de primera instancia es modificada, la liquidación desde cuándo se debe realizar y qué pasa con las pensiones ya pagadas

CONSULTA

En el tema de alimentos, cuando exista una resolución de primer nivel que ha sido modificado por apelación, la liquidación a realizarse con la resolución de segunda instancia, es desde la fecha de presentación de la demanda, o desde la fecha de la resolución de la Corte, y que sucede con las pensiones que ya se han pagado si la resolución de la Corte disminuye la pensión fijada, tomando en consideración lo establecido en el artículo innumerado 3 del CONA.

ANÁLISIS Y RESPUESTA

Si la jueza o juez de primer nivel fijó en su resolución un determinado monto de pensión alimenticia, este valor se debe liquidar desde la presentación de la demanda hasta la fecha en que se emite la resolución del superior jerárquico, y desde esta fecha en adelante se debe liquidar la nueva pensión alimenticia, de tal suerte que si la pensión fijada por la Corte es menor, no cabe en este caso devolución o compensación; pero para entender mejor lo relacionado con la compensación, es necesario transcribir lo que dispone el artículo innumerado 3 de la Ley Reformatoria al Título V del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, a fin de precisar el alcance de dicha pregunta: *“Art...3 (128).- Características del derecho.- Este derecho es intransferible, intrasmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado, salvo las pensiones de alimentos que han sido fijadas con anterioridad y no hayan sido pagadas y de madres que hayan efectuado gastos prenatales que no hayan sido reconocidos con anterioridad, casos en los cuales podrán compensarse y transmitirse a los herederos”*. Sobre este asunto, el Consejo de la Judicatura expidió el *“ACUERDO NACIONAL DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY REFORMATIVA AL TÍTULO V, LIBRO SEGUNDO, “DEL DERECHO A ALIMENTOS”, DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”*, publicado en el Registro Oficial No. 643 de julio 28 de 2009, documento en el que se hace la interpretación del artículo

innumerado 3 del Código de la Niñez y Adolescencia de la siguiente manera: *“Respecto a la salvedad que se prevé en el Art. innumerado 3, se consideró: la compensación procede cuando al existir una deuda de alimentos no cancelada en la forma determinada por el Juez, el demandado presenta documentos (v.g. facturas o notas de venta debidamente aprobadas por el SRI respecto a gastos de educación, salud) que dan cuenta que éste ha cumplido con el pago de la obligación en la forma determinada en el innumerado Art. 2. El juez deberá analizar en cada caso concreto la pertinencia de dicha compensación, en virtud de su facultad soberana. Respecto a gastos prenatales, a falta del obligado, la deuda se transmitirá a los herederos”.*

También la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en Resolución No. 275-2009, publicada en el Registro Oficial No. 170 de 19 de julio de 2011, al respecto considera lo siguiente: *“...OCTAVO.- Esta Sala considera que la parte final de la Resolución del Tribunal de instancia vulnera la disposición contenida en el segundo inciso del artículo 127 del Código de la Niñez y Adolescencia, pues dicha norma, como ya se indicó anteriormente, sólo permite la compensación de deudas por alimentos que hayan sido fijados y que se encuentren adeudadas, mas no de aquellas que están aún por vencerse, esto es, pensiones alimenticias futuras, pues de existir algún pago en exceso, aquel no puede imputarse a pensiones por devengarse a futuro y, por el contrario, atendiendo el interés superior del niño frente al del adulto, indudablemente prevalece el del menor, por lo que tales pagos deben quedar en su beneficio. En consecuencia, esta Sala estima que existe el error de indebida aplicación de la disposición legal antes señalada...”.* En conclusión, diremos que también la Sala admite como salvedad la compensación de las deudas de alimentos que hayan sido fijadas y se encuentren adeudadas.

CONCLUSIÓN

De haberse fijado en primera instancia un determinado monto como pensión alimenticia, este valor se debe liquidar desde la presentación de la demanda hasta la fecha en que se emite la resolución del superior jerárquico, y desde esta fecha en adelante se debe liquidar la nueva pensión alimenticia.

6. Reforma para que la parte actora tenga una defensa técnica y cuente con la prueba de cargo y descargo

PLANTEAMIENTO DE REFORMA

Se plantea el reemplazo del inciso segundo del artículo innumerado 6 de la Ley Reformativa al Código de la Niñez y Adolescencia por el siguiente texto: ***“La demanda se presentará en el formulario elaborado por el Consejo de la Judicatura, la cual requerirá la firma de un Abogado de la Defensoría Pública o de los Profesionales de Derecho de los Consultorios Jurídicos Gratuitos de las Universidades del País, sin perjuicio de que la parte actora contrate su Defensor Particular”***.

Esta reforma tiene como propósito que la parte actora cuente con una defensa técnica y pueda formular toda la prueba de cargo y descargo, puesto que existen casos en que no se anuncia en la demanda ningún tipo de solicitud de prueba, quedando en “desprotección” por falta de asesoría jurídica.

ANÁLISIS

Al respecto, el inciso segundo del artículo innumerado 6 de la Ley Reformativa al Código de la Niñez y Adolescente, de ninguna manera impide que la parte actora tenga un asesoramiento legal o una defensa técnica, lo que establece dicha norma es que para planear la demanda no es obligatorio o necesario el auspicio de un abogado o abogada; es más facultada a la jueza o juez disponer la participación de un defensor público o privado si considera que el caso es complejo, a fin de que la parte procesal tenga una defensa técnica, por lo tanto, el administrador de justicia debe obrar como manda la mencionada norma legal si cae en cuenta que no se anuncia en la demanda ningún tipo de solicitud de prueba, con lo cual estaría cumpliendo el principio de tutela judicial efectiva contemplado en el Art. 75 de la Constitución de la República y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial.

CONCLUSIÓN

Es faculta a la jueza o juez disponer la participación de un defensor público o privado si considera que el caso es complejo, a fin de que la parte procesal tenga una defensa técnica.

7. La madre sabe que el demandado no es el verdadero padre y está pasando una pensión alimenticia, sin embargo no se presenta al examen de ADN solicitado y ordenado

PLANTEAMIENTO DE REFORMA

Se plantean el siguiente cuestionamiento y la reforma: *“En las demandas de impugnación de paternidad, solicitan que se practique la prueba de ADN, la madre que sabe que no es el verdadero padre y que le está pasando una pensión alimenticia, no se presenta jamás a realizarse dicha prueba, debería ordenarse se dé cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 131 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, numeral 3 que dice: cuando el demandado, se niega injustificadamente a someterse al examen señalado en este artículo, el juez le hará un requerimiento para que lo practique en el plazo máximo de diez días, vencido el cual, si persiste la negativa, se presumirá la paternidad o maternidad y el Juez procederá como en el caso de resultado positivo del examen. La reforma sería que en los juicios ordinarios de impugnación de paternidad, debería actuarse de la misma forma, como en el caso de los juicios de alimentos con presunción con paternidad; si la madre no se presenta a realizarse la prueba de ADN, se presumirá que no es el padre, para que haya igualdad en el procedimiento; y por el interés superior del menor éste siga usando el apellido paterno hasta que decida demandar la investigación de la paternidad”*

ANÁLISIS

Si en un proceso como el de impugnación de paternidad, la jueza o juez dispone la práctica del examen de ADN, ésta disposición tiene que cumplirse, y el administrador de justicia está en la obligación de hacerla cumplir, pues, el incumplimiento de las resoluciones judiciales es sancionado por la ley, conforme establece la última parte del Art. 75 de la Constitución de la República, norma que trata del

acceso gratuito a la justicia y la tutela judicial efectiva. Siendo el sistema procesal un medio para la realización de la justicia conforme determina el Art. 169 de la Constitución, no es lógico ni legal que la jueza o juez que ha dispuesto la práctica de un examen no lo haga cumplir. Si no se cumplen las disposiciones o resoluciones del administrador de justicia, se vulnera el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, dejando incluso en la indefensión a una de las partes procesales; en cuyo caso el sistema procesal no cumpliría con su objetivo de ser un medio para la realización de la justicia.

En concordancia con lo anterior, para que las juezas y jueces hagan cumplir sus disposiciones, tenemos las facultades coercitivas contenidas en el Art. 132 del Código Orgánico de la Función Judicial, cuyo numeral 1) establece: ***“Imponer multa compulsiva y progresiva diaria destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de sus decisión, sin perjuicio de las consecuencias legales que, al momento de la resolución de la causa produce la contumacia de la parte procesal...”***. Esta disposición es completamente clara para quien no cumple el mandato judicial, que incluso podría estar inmersa en una infracción penal como es el desacato. Además, de conformidad con el Art. 130 No. 7 ibídem, los administradores de justicia tiene la facultad jurisdiccional de disponer la comparecencia por medio de la Policía Nacional, de las partes procesales, testigos y peritos, cuya presencia fuera necesaria para el desarrollo del proceso; medida que será por el tiempo y la forma que establece dicha norma legal, por lo tanto, no se aprecia la necesidad de una reforma legal.

CONCLUSIÓN

La Constitución y la ley proporciona a las juezas y jueces varias facultades coercitivas y jurisdiccionales para hacer cumplir lo dispuesto dentro de un proceso, como es la orden para la práctica de un examen de ADN, en un proceso de impugnación de paternidad.

8. Existen varios casos en los que se debería suspender el derecho de alimentos, pero que el CONA no contempla la figura de la suspensión

PLANTEAMIENTO DE REFORMA

Que luego del artículo innumerado 31 se incorpore otro que diga: ***“Suspensión del derecho. El derecho a percibir alimentos se suspende por las siguientes causas: 1. Porque el alimentario se encuentre viviendo con el obligado de la prestación alimenticia y le esté suministrando directamente los recursos que le permitan una subsistencia digna; 2. Por acuerdo voluntario de las partes siempre y cuando no implique renuncia de derechos del alimentario, de lo cual se hará seguimiento a través del equipo técnico de los juzgados de la Niñez y Adolescencia; y, 3. Por haberse concedido la tenencia o patria potestad al alimentante, del hijo o hija beneficiario/a de la pensión alimenticia”***. Por cuanto el Código de la Niñez y Adolescencia no contempla la figura jurídica de la suspensión, siendo necesario que conste, ya que hay casos en que las parejas vuelven a vivir juntos con los beneficiarios de los alimentos o casos en que la alimentaria o alimentario voluntariamente se traslada a vivir con el alimentante.

ANÁLISIS

Aparte de la extinción del derecho de alimentos por muerte del titular del derecho o muerte de todos los obligados al pago, varios de los casos estarán inmersos en la causa del numeral 3 del artículo innumerado 32 (147.10) del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, esto es, *“Por haber desaparecido todas las circunstancias que generaban el derecho al pago de alimentos según la ley”*, casos en los cuales se contempla la caducidad del derecho de alimentos. Sin embargo, puede existir la posibilidad de otros casos como los que se señalan, incluyendo la extrema pobreza que establecen ciertas legislaciones, mismas que eventualmente no podrían estar dentro de la tercera causal de caducidad ya mencionada, como por ejemplo el hecho de que el alimentario regresa voluntariamente a vivir con la o el alimentante, en cuyo caso los padres deberían acudir a donde la jueza o juez para cambiar en forma voluntaria el régimen pago de la pensión alimenticia, es decir, que el pago se lo haga directamente a

quien tiene la tenencia del alimentario o alimentaria, lo cual permite el propio ordenamiento jurídico, sin que sea necesario una reforma al respecto.

CONCLUSIÓN

El pago de la pensión alimenticia se extingue por las causas de caducidad establecidas en el Art. 32 del CONA o eventualmente por el cambio voluntario del régimen de pago, es decir, el pago directo a quien tenga la tenencia de la o el alimentario/a.

9. Si el alimentante cumplió con el tiempo del apremio personal sin cancelar la totalidad de lo adeudado por pensiones alimenticias, procede o no la orden de libertad inmediata

CONSULTA

El consultante con base en lo que establece el Art. 137 del Código General de Procesos y el derecho a la libertad previsto en el Art. 66.29 de la Constitución de la República, consulta lo siguiente: “¿Si el alimentante cumplió con el plazo ordenado en la medida de apremio, sin cancelar la totalidad del valor adeudado por pensiones alimenticia, es procedente que el Juez de la Familia, ordene su inmediata libertad a fin de garantizar el derecho constitucional a la libertad?.

ANÁLISIS

De conformidad con lo que dispone el Art. 66, numeral 29, literal c) de la Constitución de la República, ninguna persona puede ser privado de la libertad por deudas, salvo el caso de pensiones alimenticia, pero esta privación de la libertad no es indefinida, puesto que de acuerdo con el Art. 137 del Código Orgánico General de Procesos el apremio personal es hasta por treinta días si las o los obligados principales no pagan dos o más pensiones alimenticias; sólo en caso de reincidencia el apremio será por sesenta días y hasta por un máximo de ciento ochenta días.

En base a esta última norma legal citada, la jueza o juez en la respectiva providencia dispondrá el tiempo de la privación de la libertad por el no pago de prestaciones alimenticias, por lo tanto, el alimentante

no puede estar privado de su libertad ni un solo día más del que ha ordenado el propio administrador de justicia en base a la ley, caso contrario, la privación de la libertad se vuelve ilegal.

El verdadero sentido del tercer inciso del Art. 137 del Código Orgánico General de Procesos es que, si el alimentante pretende recobrar la libertad antes de que se cumpla el tiempo de treinta, sesenta o ciento ochenta días ordenados por la jueza o juez, según las circunstancias, éste debe que pagar la totalidad de lo ordenado, previa liquidación, salvo que haya acuerdo debidamente aprobado, pero una vez cumplido el tiempo dispuesto en providencia, debe ordenarse la libertad del alimentante, aunque no haya cumplido con el pago de la totalidad de lo adeudado. Esto no implica que el alimentante ya no tenga que pagar el valor adeudado por pensiones alimenticias o que signifique perdón, puesto que el alimentario o su representante legal, pueden hacer valer sus derechos mediante el apremio real o una nueva orden de apremio personal, de ser pertinente.

CONCLUSIÓN

El alimentante no puede estar privado de su libertad ni un solo día más de lo ordenado por el administrador de justicia en providencia en base a la ley, caso contrario, la privación de la libertad se vuelve ilegal; sin que esto implique que no tenga que pagar lo adeudado por alimentos, puesto que el alimentario/a puede hacer valer sus derechos mediante apremio real u otro apremio personal, de ser el caso.

10. Cuando la parte actora no presta la colaboración para citar al demandado o exprese la voluntad de no continuar con la causa, ¿qué sucede con la pensión alimenticia fijada?

CONSULTA

En el caso que la parte actora no preste la colaboración necesaria para que se cite al/los demandados a pasar de los múltiples requerimientos de la autoridad o señale expresamente que ya no desea continuar con el trámite de la causa, ¿qué sucede con la pensión alimenticia que se encuentra corriendo?

ANÁLISIS

Si bien es cierto que según los innumerados 8 y 9 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II, del Código de la Niñez y Adolescencia, la pensión de alimentos se debe desde la presentación de la demanda, y el juez/a en la calificación de la misma fijará una pensión provisoria, no es menos cierto que el demandado tiene el derecho y garantía constitucional y legal a ser citado oportunamente, es decir, que se le haga conocer el contenido de la demanda o petición, según el caso, y de las providencias recaídas en ellas, para que puede ejercer su legítimo derecho a la defensa en forma oportuna y adecuada.

De conformidad con el Art. 76, numeral 7 de la Constitución de la República, el derecho de las personas en la defensa incluye las siguientes garantías:

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento;
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”.

Estas normas constitucionales están directamente relacionadas con los principios de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva, buena fe y lealtad procesal que contempla la propia Constitución, así también con los Arts. 22, 23 y 26 del Código Orgánico de la Función Judicial. Por lo establecido en la Segunda Disposición Final del Código General del Procesos (COGEP), se encuentra actualmente vigente la normativa relacionada con la citación, esto es, del artículo 53 al 64, en consecuencia, la jueza o juez está en la obligación de velar porque la citación se cumpla de acuerdo con la ley y se la practique en la forma establecida por la normativa legal, cumpliendo con los tiempos que impone el ordenamiento jurídico, tanto más si se trata de causas de alimentos. Al expedirse el Acuerdo Nacional de Buenas Prácticas para la aplicación de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II, del Código de la Niñez y Adolescencia, sin duda hubo el propósito de mejorar o coadyuvar a la pronta tramitación de los juicios

de alimentos, entre esos trámites la citación, más no reemplazar las formas de citar determinadas en el Código, recalcando que las citaciones en la actualidad deben efectuarse como manda el Código Orgánico General de Procesos.

Por otro lado, si se llegara a expresar que la o el demandante no desea continuar con el trámite de la causa, si fuera dicha manifestación antes de citarse la demanda a la parte demandada, jurídicamente estaríamos frente al retiro de la demanda (Art. 236 COGEP), en cuyo caso la o el juzgador debe ordenar el archivo por expresa disposición de la ley, pudiendo parte actora ejercer una nueva acción; sin que la pensión provisional fijada provisionalmente surta efecto alguno, pero si aquella manifestación es posterior a la citación con la demanda, se trataría de un desistimiento, lo cual no es procedente en materia de alimento, razón por la que la jueza o juez debe proveer y disponer lo que corresponda para la prosecución de la causa conforme a la ley.

CONCLUSIÓN

La jueza o juez debe velar porque se cumpla la citación a la parte demanda conforme manda la ley en forma oportuna porque es una garantía constitucional que tiene la o el demandado para ejercer su defensa. Si se expresa el deseo de no continuar con la demanda antes de la citación, se estaría ante la institución del retiro de la demanda y la pensión provisional fijada no tiene efecto alguno, pero si ese deseo es posterior a la citación, se trataría de un desistimiento que no cabe en materia de alimentos.

11. Trámite para el cese de los alimentos para mujer embarazada

CONSULTA

Es necesario que se presente un incidente en el juicio de alimentos para mujer embarazada a fin de disponer el archivo del mismo por haberse cumplido con los presupuestos del Arts. 148 del Código de la Niñez y Adolescencia; o a su vez solicitar al departamento de pagaduría informe si el demandado a cumplido (sic) con su obligación en su totalidad y luego de ello disponer el archivo". ¿Cuál sería el procedimiento a seguir a fin de no afectar con el debido proceso?.

ANÁLISIS

Encontrándose actualmente vigente en su totalidad el Código Orgánico General de Procesos, el Art. 332 de este cuerpo legal dispone: “Procedencia.- Se tramitarán por el procedimiento sumario: *“...3. La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes...”* (Negrillas son mías). Como podemos ver, esta norma determina en forma expresa que los incidentes que se produzcan en los procesos de alimentos se deben tramitar mediante el procedimiento sumario. Ahora bien, es necesario establecer con claridad si la caducidad o terminación del derecho de la mujer embarazada para percibir alimentos es propiamente un incidente y qué trámite se debe aplicar.

El Art. 150 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia dispone: *“En lo que respecta al orden de los obligados, criterios y formas de fijación de esta prestación, apremios y medidas cautelares, subsidios, competencia, procedimiento y más compatibles con la naturaleza de este derecho, se aplicarán a favor de la madre embarazada las normas sobre el derecho de alimentos en favor del hijo o hija”*. De esta norma concluimos que, cualquier procedimiento relacionado con la prestación de alimentos para mujer embarazada e incidentes se debe aplicar a favor de la madre las normas sobre el derecho de alimentos para hijo o hija. En tal virtud, en la extinción del derecho de la mujer embarazada para percibir alimentos, se debe tomar en cuenta lo que establece el Art. 32 (147.10) del Código de la Niñez y Adolescencia, mismo que dispone lo siguiente: *“Caducidad del derecho.- El derecho para percibir alimentos se extingue por cualquiera de las siguientes causas: ...3. Por haber desaparecido todas las circunstancias que generaban el derecho al pago de alimentos según esta ley”*.

Si bien la mujer embarazada tiene derecho a alimentos desde la concepción y durante el período de lactancia por un tiempo de doce meses contados desde el nacimiento del hijo o hija, una vez que han desaparecido las circunstancias que generaron el derecho de la mujer embarazada a percibir alimentos, éste derecho se extingue sin más, de acuerdo con la propia ley. Por lo tanto, lo que queda

es determinar el procedimiento para que la jueza o juez ordene el archivo del proceso, y para ello debemos analizar si se trata o no de un incidente.

Como un aspecto de similitud podemos señalar que con el Código de Procedimiento Civil, en tratándose de alimentos para niños, niñas y adolescentes, la extinción del derecho de percibir alimentos ciertos jueces y juezas lo tramitan como un incidente similar al aumento de la pensión alimenticia, otros en cambio, con la documentación presentada, y previamente escuchando al alimentario o alimentaria simplemente declaran extinguido el derecho o niegan la petición, según las circunstancias legales que se hayan alegado.

Es importante señalar que, incidente es una cuestión relacionada con el asunto principal del juicio que se ventila y se resuelve por separado, y por lo mismo, la extinción del derecho de alimentos para mujer embarazada, no se trata propiamente de un incidente con ese propósito, puesto que la ley establece en forma expresa que desaparecidas todas las circunstancias que generaban el derecho al pago de alimentos, se extingue este derecho, y esto es lo que ocurre en el caso de la mujer embarazada cuando han transcurrido los veintiún meses, es decir, desde la concepción hasta el parto y durante el período de lactancia por un lapso de doce meses; consecuentemente, al no ser un incidente en donde se tenga que resolver alguna cuestión contenciosa relacionada con el asunto principal del juicio, sino únicamente para verificar si el derecho se extinguió, no requiere en este caso de un procedimiento sumario, sino que a petición de parte (principio dispositivo) disponer el archivo del proceso, en caso de que se haya cumplido con el pago de todas las prestaciones alimenticias por parte del alimentante, caso contrario, ordenar que previamente se practique la liquidación correspondiente y el pago respectivo, para lo cual la jueza o juez, conforme con su responsabilidad tiene facultades jurisdiccionales, correctivas y coercitivas.

Hay que tener en cuenta que, una vez producido el parto y cumplido el período de doce meses de lactancia, nada se tiene que discutir ni resolver como para que la extinción de los alimentos se tramite mediante un incidente por el procedimiento sumario, pues, lo que

queda es únicamente ejecutar lo resuelto de conformidad con la ley, y por ello es que la jueza o juez, previo a ordenar el archivo del proceso, debe verificar el cumplimiento de las obligaciones por parte del alimentante.

La doctrina también se ha pronunciado en el sentido de que la terminación de los alimentos se puede dar de hecho, es decir, simplemente sucede sin necesidad de una declaración judicial, como por ejemplo cuando el hijo se casa, abandona el hogar o es autosuficiente o cuando mure el alimentario o el alimentante. Pero que también sucede, sobre todo cuando se ha fijado la pensión en sentencia para menores de edad, en cuyo caso es necesario acudir al juez que fijó la pensión alimenticia, para solicitar el cese de la misma.

CONCLUSIÓN

El cese de los alimentos para mujer embarazada se produce de hecho una vez cumplido el tiempo que establece la ley y no es necesaria una declaración judicial en trámite sumario.

12. Contradicción de normas respecto al derecho de alimentos para mujer embarazada

CONSULTA

Se expresa que existe una franca contradicción entre el Art. 148 del Código de la Niñez y Adolescencia y el artículo innumerado 8 de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, pues el primero establece el derecho de alimentos para la mujer embarazada desde la concepción y durante el período de lactancia, por un tiempo de doce meses; en tanto que el segundo, determina que los alimentos se deben desde la presentación de la demanda, y que para el efecto, se hace referencia a lo que dispone el Art. 150 *ibídem*, que trata sobre las normas que se deben aplicarse en el caso de los alimentos.

ANÁLISIS

No se evidencia contradicción entre las dos normas señaladas, ya que el Art. 148 se refiere expresamente a los alimentos para la mujer

embaraza, mientras que el Art. de la ley Reformativa al CONA, trata sobre los alimentos para niños, niñas y adolescentes existen, por lo tanto, con claridad se determina cuando nace cada uno de estos derechos, y en el caso de la mujer embarazada, es obvio que este derecho lo adquiere desde la concepción, puesto que tiene el propósito de atender las necesidades que surgen a consecuencia del embarazo como son: alimentación, salud, vestuario, vivienda, atención del parto, puerperio, etc., por lo tanto, éste derecho puede hacerse efectivo mientras no caduque, esto es, al término de los doce meses del período de lactancia, conforme determina la propia ley; mientras que el derecho de alimentos para los niños, niñas y adolescentes nace desde la presentación de la demanda, porque se entiende que el padre y la madre venían cumpliendo con la obligación de proporcionar alimentos al hijo o hija, y sólo cuando se ha dejado de cumplir con ese deber es que se reclama el derecho mediante una demanda.

CONCLUSIÓN

No hay contradicción entre las dos normas señaladas en la consulta, puesto que la ley establece en forma expresa y clara cuando nace el derecho de alimentos para mujer embarazada y cuando para los niños, niñas y adolescentes.

13. Consecuencias de la fijación provisional de la pensión alimenticia cuando la o el demandado no es el padre o madre para quien se pide alimentos

CONSULTA

Que existe un vacío legal en los juicios en los que se demanda alimentos y paternidad, puesto que la ley obliga a fijar una pensión provisional que los demandados tienen que sufragar obligatoriamente hasta la correspondiente resolución, y que en muchos casos han resuelto rechazar la demanda porque el demandado no es el padre del menor, por lo que debe haber un pronunciamiento para que esos valores que no le correspondía legalmente a la beneficiaria sean devueltos, puesto que en varios casos se abusa de estos medios, sin derecho a devolución del dinero percibido, y que además también se tiene derecho a la honra”.

ANÁLISIS

De acuerdo con el artículo innumerado 3 (128) de la Ley Reformatoria al Título V del Código de la Niñez y Adolescencia, es completamente claro que el derecho de alimentos es intransferible, intrasmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado.

Si bien es cierto que la jueza o juez, de conformidad con el innumerado 9 de la Ley Reformatoria al Título V del Código de la Niñez y Adolescencia, con la calificación de la demanda debe fijar una pensión alimenticia provisional de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas, no es menos cierto que el administrador de justicia debe ordenar en la misma calificación el examen de ADN; y, convocar a la audiencia única dentro del término de 10 días contados desde la fecha de citación, audiencia en la cual ya se contaría con el resultado del examen de ADN o en la que el obligado u obligada puede negar la relación de filiación o parentesco, en cuyo caso la jueza o juez dispondrá la realización de las pruebas de ADN y suspenderá la audiencia por el término de 20 días, transcurrido los cuales debe resolver sobre la pensión definitiva de alimentos y la relación de filiación, al tenor del artículo innumerado 37 *ibidem*. Cabe señalar que en la actualidad este trámite sólo sería para los procesos anteriores a la vigencia del COGEP.

Como podemos notar, el procedimiento está previsto para que en el tiempo máximo de 30 días ya se resuelva lo relacionado con la pensión definitiva y la filiación, siendo incluso motivo de sanción o destitución de los administradores de justicia sino cumplen con los términos fijados, conforme determina el innumerado 44 de la misma Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, de tal suerte que antes de que se incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias provisionales, para que opere el apremio personal, ya debe existir una resolución, y por lo mismo, de no haber relación de filiación con la o el demandado, no cabría el pago de la pensión alimenticia provisional, y si hubiera pagado una o más pensiones, no cabe su devolución o el reembolso. Además, es aplicable a la prestación de alimentos del niño, niña y adolescente lo que dispone el Art. 149, especialmente el inciso primero del Código de la Niñez

y Adolescencia, que estable: **“Están obligados a la prestación de alimentos el padre del niño o niña, el presunto padre en el caso del artículo 131, y las demás personas indicadas en el artículo 129”**; y lo previsto en los Arts. 11, 13 y 14 *ibídem*. Por estas consideraciones legales la jueza o juez tiene la obligación de procurar que se practique la citación a la parte demandada por alimentos en forma inmediata, luego de la calificación de la demanda, a fin de que no se vulnere el derecho a la defensa, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica. De otro lado, de existir en estos casos abuso del derecho por la parte actora conforme al artículo 36.1 del Código Civil, el perjudicado tiene el derecho de ejercer las acciones que se crea asistido de acuerdo con la ley.

CONCLUSIÓN

Para los procesos anteriores a la vigencia del COGEP, el procedimiento estaba diseñado para que sea rápido, por lo tanto, hasta que venza dos o más pensiones alimenticias provisionales, ya debía resolverse sobre la pensión definitiva y la filiación, consecuentemente, quien no era padre o madre, posiblemente no tenía que pasar pensión alguna, y se de hecho se llegó a pagar alguna pensión sin ser el padre o madre, no cabe devolución.

14. Pensiones alimenticias provisionales y definitivas

CONSULTA

Se tiene entendido que en materia de alimentos no se dicta pensiones alimenticias definitivas, sino provisionales, sin embargo en el artículo. innumerado 37 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia habla de pensiones definitivas.

ANÁLISIS

Cuando la ley habla de pensión definitiva, no se refiere al efecto de cosa juzgada sino al hecho de que la pensión provisional se convierte en definitiva, por tal razón el innumerado 17 (142) del CONA establece lo siguiente: **“La providencia que fija el monto de la pensión de alimentos y los obligados a prestarla, no tiene el efecto de cosa juzgada”**, lo que significa que en cualquier tiempo puede ser

modificada la resolución que fija una pensión alimenticia, porque no causan cosa juzgada material. (Con la vigencia del COGEP este artículo fue derogado).

CONCLUSIÓN

Cuando a ley se refiere a pensión definitiva al efecto de cosa juzgada, sino que la pensión provisional se convierte en definitiva.

15. Fijación de alimentos a un obligado bajo dependencia de en un país extranjero

CONSULTA

En que se puede fundamentar para fijar una pensión alimenticia cuando el obligado trabaja bajo dependencia en un país extranjero.

ANÁLISIS

De acuerdo con el principio dispositivo, la parte actora debe solicitar la prueba que sea pertinente, procedente y útil, ya sea en el país o en el exterior; en éste último caso, la jueza o juez debe proceder mediante el exhorto correspondiente en atención a lo que dispone el Art. 158 del Código Orgánico de la Función Judicial y los instrumentos internacionales sobre exhortos y cartas rogatorias, a fin de obtener el documento que acredite los ingresos económicos respectivos.

CONCLUSIÓN

La prueba en el extranjero se la debe solicitar mediante el exhorto o carta rogatoria

16. En qué tiempo procede un nuevo apremio personal si el demandado no ha pagado los alimentos

CONSULTA

En qué tiempo procede dictar nueva boleta de apremio personal cuando el demandado no ha cancelado las pensiones alimenticias y ha salido cumpliendo la pena.

ANÁLISIS

Para ordenar el apremio personal, la jueza o juez debe verificar el incumplimiento de dos o más pensiones alimenticia, sean o no sucesivas, y para que el alimentante recupere la libertad, debe cancelar la totalidad de lo adeudado conforme a la liquidación que el administrador de justicia realice, por lo tanto, en estos casos, para volver a ordenar el apremio personal, deberá verificarse que exista un nuevo incumplimiento en el pago de dos o más pensiones alimenticias, aunque no sean sucesivas. A la liquidación anterior se sumará las nuevas pensiones alimenticias no pagadas.

Si el alimentante recupera la libertad por haber cumplido la pena impuesta, sin haber cancelado las pensiones alimenticias adeudadas, del mismo modo, la jueza o juez, a petición de parte realizará la reliquidación respectiva con notificación al alimentante, a fin de que éste conozca y ejerza su legítimo derecho a la defensa. Practicada la reliquidación, el administrador de justicia en cumplimiento al debido proceso dispondrá el pago del valor de esa reliquidación, y en caso de incumplimiento ordenará el nuevo apremio personal del alimentante moroso.

CONCLUSIÓN

Se puede dictar un nuevo apremio personal cuando se verifique nuevamente el incumplimiento de dos o más pensiones alimenticias o cuando se haya practicado una reliquidación y ordenado el mandamiento de pago, sin que se lo haya cumplido.

17. Sin haberse citado oportunamente al demandado se pide liquidación de las pensiones alimenticias y el apremio personal

CONSULTA

Aproximadamente el 50% de demandas presentadas y calificadas en una unidad judicial son abandonadas por las accionantes, para luego de dos años o más citar al demandado, pedir liquidación y el apremio personal porque no puede pagar la cantidad que se ha acumulado, razón por la que se plantean una reforma.

ANÁLISIS

Si bien es cierto que según los innumerados 8 y 9 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II, del Código de la Niñez y Adolescencia, la pensión de alimentos se debe desde la presentación de la demanda, y la jueza o juez al calificar la misma debe fijar una pensión provisional, no es menos cierto que el demandado tiene el derecho y garantía constitucional y legal de ser citado oportunamente con la demanda planteada en su contra, es decir, tiene derecho a conocer el contenido de la demanda o petición, según el caso, y las providencias recaídas en ellas, para que pueda ejercer su legítimo derecho a la defensa en forma oportuna y adecuada, conforme establece el Art. 76, numeral 7 de la Constitución de la República, que en tratándose del derecho de defensa de las personas incluye las siguientes garantías:

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento;
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”.

Estas disposiciones constitucionales están directamente relacionadas con los principios de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva, buena fe y lealtad procesal que contempla la propia Constitución, así como también con lo que establecen los Arts. 22, 23 y 26 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Por otro lado, de acuerdo con los artículos 53 al 64 del Código Orgánico General de Procesos, la jueza o juez está en la obligación de procurar que la citación se realice de acuerdo con la ley, cumpliendo con los tiempos que impone el ordenamiento jurídico, tanto más si se trata de causas de alimentos.

Al haberse expedido el Acuerdo Nacional de Buenas Prácticas para la Aplicación de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II, del Código de la Niñez y Adolescencia antes de la vigencia del COGEP, sin duda hubo el sano propósito de mejorar o coadyuvar a la pronta

tramitación de los juicios de alimentos, especialmente lo relacionado con la citación, más no reemplazar a las formas de citar determinadas en la ley, peor aún dejar en la indefensión al demandado, debiendo puntualizar que actualmente la citación debe realizarse como establece el Código Orgánico General de Procesos; por lo tanto, no hay razón legal alguna para que no se cite al demandado en forma oportuna y se afecte a su legítimo derecho a la defensa.

18. Cuando la madre reclama alimentos a los ocho meses de gestación, se vulnera o no el derecho del demandado al aplicar la ley con efecto retroactivo y mandar a pagar desde la concepción

CONSULTA

Que el *Art. 148 del Código de la Niñez y Adolescencia* prescribe: *“Las mujer embarazada tiene derecho, desde el momento de la concepción, a alimentos para la atención de sus necesidades de alimentación, salud, vestuario, atención del parto, puerperio y durante el período de lactancia, por un tiempo de doce meses contados desde el nacimiento del hijo o hija...”*. *“En el caso de que la madre reclama alimentos cuando tiene ocho meses de gestación, estamos vulnerando el derecho a la defensa del demandado, aplicando la ley con efecto retroactivo cuando mandamos a pagar desde la concepción aplicando la disposición de la Constitución de la República y en la Ley de la Niñez y de la Adolescencia” (sic)*.

ANÁLISIS

Del texto del Art. 148 del Código de la Niñez y Adolescencia se desprende con claridad que la mujer que llega a concebir tiene derecho a los alimentos durante dos períodos: 1) Desde la concepción y durante el embarazo hasta el parto; y, 2) Durante el tiempo de lactancia por un período de doce meses, a contarse desde el nacimiento del hijo o hija. El período de embarazo comienza con la concepción y termina con el parto; mientras que el período de lactancia, según la norma legal transcrita, dura doce meses desde el nacimiento del hijo o hija. Estas prestaciones alimenticias tienen la finalidad de atender a la mujer embarazada en alimentación, vestuario, vivienda, atención del parto y el puerperio, éste último entendido como el período de

recuperación del aparato reproductor después del parto, y que por lo general dura entre 6 y 8 semanas (40 días); de tal manera que si el embarazo dura nueve meses, más los doce meses de lactancia, tenemos un total de 21 meses. Por ello es que, si la criatura muere en el vientre materno, o fallece la niña o niño luego del parto, la protección se mantiene a la madre por un periodo no mayor a doce meses desde que se produjo la muerte fetal, del niño o niña.

De lo anteriormente analizado, se puede concluir que el derecho de la madre para pedir alimentos caduca únicamente al término de los doce meses del período de lactancia, o luego de los doce meses en que se produjo la muerte fetal, del niño o niña. No está por demás señalar que la caducidad, implica la pérdida o extinción de un derecho por el transcurso del período dentro del cual una persona puede ejercerlo, por lo tanto, si no se ha ejercido el derecho dentro del lapso de tiempo que establece la ley caduca ese derecho, consecuentemente, si la madre reclama alimentos a los ocho meses de gestación, no ha caducado su derecho, y por lo mismo, no estamos frente a la aplicación de la ley con efecto retroactivo, ni existe vulneración del derecho de defensa del demandado, puesto que el derecho de alimentos de la madre embarazada nace con la concepción y lo mantiene hasta que caduque ese derecho.

CONCLUSIÓN

Hasta que no se extinga el derecho de la madre legalmente, no se puede considerar la aplicación de la ley en forma retroactiva, si se reconoce ese derecho desde la concepción.

19. En los casos de alimentos para mujer embarazada, sin que haya prueba suficiente para llegar a la convicción sobre la paternidad del demandado, y no comparecen los litigantes a la audiencia, la pensión provisional queda como definitiva, por tanto, se sugiere una reforma en el sentido de que debe ser declarada sin lugar la demanda por falta de prueba

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las administradoras de justicia formulan un problema y sugieren la siguiente posible reforma: “En los casos de alimentos para mujer

embarazada, la actora comparece con el formulario de la demanda adjunta un ecografía y certificado médico, justificando el embarazo, sin que aporten indicios precisos, suficientes y contundentes para llegar a una convicción sobre la paternidad del demandado, se señala fecha para la audiencias de prueba, no comparecen a dicha diligencia los litigantes, entonces la pensión provisional fijada en el auto de calificación queda como definitiva, como lo dispone el Art. 37 del Código de la Niñez y de la Adolescencia. La reforma sería que en este caso específicamente, la demanda debería ser declarada sin lugar por falta de prueba.

ANÁLISIS

Actualmente el artículo innumerado 37 del Código de la Niñez y Adolescencia se encuentra derogado por la Disposición Derogatoria Sexta del Código Orgánico General de Procesos, por lo tanto, al no existir ya en el ordenamiento jurídico esta norma, no cabe que en base a dicha norma, la pensión provisional fijada en el auto de calificación de la demanda se convierta en definitiva cuando las partes no comparecen a la audiencia.

De conformidad 332, numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos, las pretensiones relacionadas con la determinación de la prestación de alimentos y sus incidentes se deben tramitar por el procedimiento sumario aplicando lo que establece el artículo innumerado 9 del Código de la Niñez y Adolescencia que no ha sido derogado, procedimiento en el cual de no comparecer a la audiencia las partes, no cabe que se entienda como abandono de la parte actora conforme al Art. 87 del Código Orgánico General de Procesos, puesto que el Art. 247 *ibídem* establece lo siguiente: “**Improcedencia del abandono.**- No cabe el abandono en los siguientes casos: 1.- En las causas en las que estén involucrados los derechos de niñas, niños, adolescentes o incapaces”. En tal virtud, en las causas en que se fijen alimentos, no será aplicable lo dispuesto en el Art. 87 del COGEP.

Si no es procedente que la pensión provisional fijada en el auto de calificación de la demanda se convierta en definitiva, así como tampoco procede la declaratoria de abandono, lo que cabría es que la jueza o juez disponga el archivo intermedio de la causa, puesto que

al no comparecer los litigantes a la audiencia, no hay impulso procesal de las partes como exige el Art. 5 del Código Orgánico General de Procesos en virtud del principio dispositivo, pues, en este caso, la o el administrador de justicia no puede practicar la prueba o diligencias que es obligación de las partes conforme al principio ya mencionado, orden de archivo que no tiene los efectos del abandono y puede volverse a activar en cualquier momento. Además, hay que destacar que tampoco la jueza o juez puede suspender la audiencia por el hecho de que las partes no concurrieron, ya que la suspensión es factible por causas expresamente determinadas en la ley, como los casos de absoluta necesidad, caso fortuito o fuerza mayor, etc.

CONCLUSIÓN

Por encontrarse derogada la norma, no es procedente que la pensión provisional fijada para mujer embarazada en el auto de calificación de la demanda se convierta en definitiva, como tampoco la declaratoria de abandono al no concurrir las partes a la audiencia, lo que cabe es que la jueza o juez disponga el archivo intermedio de la causa.

20. Obligados subsidiarios que no tienen recursos para subsistir peor para pagar una pensión alimenticia

CONSULTA

“En los juicios de alimentos que demandan a los obligados subsidiarios concretamente a los abuelos o mayores adultos, si no tienen ingresos fijos, como se los puede obligar a pasar una pensión alimenticia, ya que en la mayoría de los casos son personas enfermas y no tienen recursos para subsistir, peor aún pagar una pensión alimenticia, respondiendo a una obligación ajena”.

ANÁLISIS

En este caso existe norma expresa que establece quienes son los obligados a la prestación de alimentos (artículo innumerado 5 del Código de la Niñez y Adolescencia), esto es, los padres como titulares principales de la obligación, y en caso de ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales,

debidamente comprobado, la obligación puede ser pagada o completada por los obligados subsidiarios como son los abuelos, hermanos y tíos, pues, el derecho de alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y a una vida digna de niños, niñas y adolescentes.

CONCLUSIÓN

Existiendo norma expresa que establece quienes son los obligados principales y subsidiarios, le corresponde a la o el administrador de justicia observar la ley en relación con las normas y principios constitucionales.

21. Que no se debería citar al demandado o demandada con el incidente de rebaja o aumento de pensión alimenticia porque ya tiene señalado en el proceso casilla judicial y correo electrónico, por lo que se propone una reforma

PLANTEAMIENTO DE REFORMA

“En las demandas de incidente de alza o rebaja de pensión alimenticia, no se debe citar a la demandada o demandado por cuanto existe en el proceso señalada casilla judicial y correo electrónico y desde que se califica la demanda, el demandado/a sabe de la presentación de la demanda; por lo tanto debería reformarse en cuanto a la citación en el sentido de que se notifique con la demanda en la casilla y correo que tiene señalado”.

ANÁLISIS

La citación con la demanda al demandado o demandada es un derecho constitucional como garantía del debido proceso, puesto que toda persona tiene derecho a ser asistido por un abogado o abogada, sin que a nadie se le puede restringir el acceso a la justicia y a la legítima defensa; de ahí que la citación con la demanda es una solemnidad sustancial, cuya omisión causa la nulidad procesal, conforme al Art. 107.4 del Código Orgánico General de Procesos. En un incidente de alza o rebaja de pensión alimenticia, notificar en el casillero y/o correo electrónico del demandado o demandada, no es suficiente para asegurar el debido proceso y el derecho a la legítima defensa, ya

que el profesional del derecho que le defendió en el proceso inicial o principal pudo haber cambiado de casilla judicial, haber aceptado algún cargo público y no estar haciendo uso de esa casilla judicial, o incluso haber fallecido y ese casillero estar en uso de otro profesional, entre tantas otras circunstancias que pueden suceder.

En cuanto al correo electrónico, también puede existir un cambio de ese correo electrónico o que por alguna razón el demandado o demandada no tenga la oportunidad de acceder a ese servicio tecnológico dentro del término que tiene para contestar la demanda o incidente, salvo que independientemente de la orden de citación, se le notifique en la casilla y/o correo electrónico, en virtud de lo cual el accionado o accionada comparezca contestando el incidente de aumento o rebaja de pensión alimenticia o se refiera a él como determina el inciso segundo del Art. 53 del COGEP, en cuyo caso se le tendrá como citado o notificado, de lo contrario, jamás se puede prescindir del acto de citación al demandado o demandada. En consecuencia, no tendría sustento jurídico la reforma sugerida.

CONCLUSIÓN

No se puede prescindir del acto de citación a la o el demandado por el simple hecho de que en el proceso conste señalado un casillero judicial o correo electrónico donde se notifique, salvo que con la notificación la parte demanda comparezca al proceso.

22. La jueza o juez en ningún caso puede fijar una pensión menor al valor que se determine de cuerdo a la Tabla de Pensiones Mínimas

CONSULTA

“El Art. 15 del Código de la Niñez y Adolescencia establece en el inciso segundo: “El juez/a en ningún caso podrá fijar un valor menor al determinado en la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas, sin embargo podrá fijar una pensión mayor a lo establecido en la misma dependiendo del mérito de las pruebas presentadas en el proceso; lo que está en contraposición con lo que dispone el Art. 8 de la Tabla de Pensiones Alimenticias que expresa: Para calcular la pensión de alimentos, se tomará en cuenta el número total de hijos/as que tenga el

alimentante, aún si estos no han demandado y se lo ubicará en el nivel correspondiente. Una vez calculado el monto, éste será dividido para el total de hijos/as obteniendo el valor mínimo correspondiente para cada uno de ellos y se fijará la pensión de acuerdo a la porción que correspondan a los derecho habientes que hayan demandado”.

ANÁLISIS

No existe ninguna contraposición entre el texto del artículo innumerado 15 del Código de la Niñez y Adolescencia y el texto del artículo 8 de la Tabla de Pensiones Mínimas, más aún que para el año 2016 el texto es otro, que en algo tiene relación con el inciso segundo del Art. 9 de la Tabla; pues, la jueza o juez no puede nunca fijar una pensión menor al monto que resulte tomando en cuenta los ingresos del alimentante, el nivel en que se ubique de acuerdo a dichos ingresos y la edad del alimentario o alimentaria, en relación con el porcentaje que se establece en la propia Tabla de Pensiones Mínimas, a esto se refiere el Art. 15, inciso segundo del Código de la Niñez y Adolescencia. Por lo tanto, la jueza o juez lo que tiene es que aplicar la Tabla de Pensiones Mínimas para fijar la pensión alimenticia correspondiente.

CONCLUSIÓN

No cabe que la jueza o juez fije una pensión menor al monto que resulte de los ingresos del alimentante, el nivel en que se ubique de acuerdo a dichos ingresos y la edad del alimentario o alimentaria, en relación con el porcentaje que se establece en la Tabla de Pensiones Mínimas.

23. Procede o no desistimiento en los juicios de alimentos

CONSULTA

“El Art. innumerado 3 del Código de la Niñez y Adolescencia define que el derecho de alimentos es intransferible, intrasmisible, imprescriptible, inembargable y no admite compensación. Entonces en los juicios de alimentos procede o no el desistimiento de la causa”.

ANÁLISIS

Actualmente de conformidad con el numeral 4 del artículo 240 del Código Orgánico General de Procesos, entre otros, son inhábiles para desistir quienes son actores en el proceso de alimentos, consecuentemente, no procede el desistimiento en los juicios de alimentos.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con el COGEP, no procede desistimiento en los procesos de alimentos

24. Responde o no de las pensiones alimenticias el obligado subsidiario cuando fallece el obligado principal

CONSULTA

“En los juicios de alimentos, en los casos de que el obligado principal fallece, y si existiere un obligado subsidiario éste responderá a las pensiones alimenticias en la parte proporcional que se fijó en la resolución o quien deberá responder”

ANÁLISIS

De acuerdo con el innumerado 5 del Código de la Niñez y Adolescencia, los padres son los titulares principales de la obligación, y sólo en caso de ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, la prestación de alimentos debe ser pagada o completada por uno o más obligados subsidiarios, ordenado por autoridad competente. En tal virtud, el obligado subsidiario responde por lo que se le ha dispuesto en la respectiva resolución, por lo tanto, puede ser por el monto de la pensión que se haya fijado o por una parte proporcional cuando se trate únicamente de completar la prestación de alimentos. De existir obligado principal y subsidiario, éste último responderá únicamente por la parte proporcional para completar la pensión alimenticia, puesto la parte que le correspondía al obligado principal se extingue con su muerte, pero subsiste la prestación de alimentos que tenga que cumplir el obligado subsidiario, ya que este derecho se extingue en su totalidad por la muerte de todos los obligados, conforme al numeral 2 del artículo innumerado 32 del Código de la Niñez y Adolescencia. En tal virtud,

se debería accionar para que la jueza o juez, una vez concluido el respectivo procedimiento, imponga o no la obligación al obligado subsidiario a pagar la prestación de alimentos de forma completa, tomando incluso en cuenta a los demás obligados subsidiarios, de ser el caso.

CONCLUSIÓN

De existir obligado principal y subsidiario, éste último responderá únicamente por la parte proporcional para completar la pensión alimenticia.

25. Si fallece el obligado principal y hay garante, quien debe seguir pagado los alimentos

CONSULTA

“En el juicio de alimentos en los casos en que el obligado principal fallece, y existe un garante personal, quien deberá seguir pagando las pensiones alimenticias”.

ANÁLISIS

El garante personal es la personal que se obliga a cumplir la obligación en caso de que el obligado principal no la cumpla, no es un obligado subsidiario, por lo tanto, si el obligado principal fallece, el derecho para percibir alimentos se extingue conforme al numeral 2 del artículo innumerado 32 del Código de la Niñez y Adolescencia, consecuentemente, el garante personal no tendría que cumplir ninguna obligación alimenticia si falleciera el obligado principal. Igualmente en este caso, de ser procedente se deberá ejercer la acción correspondiente contra los obligados subsidiarios de acuerdo con la ley.

CONCLUSIÓN

Si el obligado principal fallece, el derecho para percibir alimentos se extingue, por lo tanto, el garante personal no tiene que cumplir ninguna obligación alimenticia

26. Fallece el obligado principal y no se ha demandado a los subsidiarios

CONSULTA

“En los juicios de alimentos en que el obligado principal fallece, no se ha demandado a los obligados subsidiarios, deberá presentar nueva demanda, o en la misma deberá señalar quienes son los obligados subsidiarios”.

ANÁLISIS

Si la demanda de alimentos fue planteada contra el obligado principal, a quien se le obligó a pagar una pensión alimenticia, sin que se haya demandado a los obligados subsidiarios, y luego fallece el obligado principal, mal puede en la misma demanda señalarse quienes son los obligados subsidiarios, por lo tanto, es obvio que debe planearse una nueva demanda.

CONCLUSIÓN

Si no se ha demandado a los obligados subsidiarios y fallece el principal, debe presentarse nueva demanda

27. En la consignación voluntaria de alimentos, cabe ordenar apremio personal y tramitar incidentes

CONSULTA

“En las solicitudes de consignación voluntaria de pensiones alimenticias, procede ordenar apremios en contra de los actores, así como tramitar incidentes de alza y rebaja de pensiones alimenticias”.

ANÁLISIS

Si la solicitud de consignación voluntaria de pensiones alimenticias es conocida y aprobada por la jueza o juez, o fijada la pensión de alimentos de la forma que establece el artículo innumerado 14 del Código de la Niñez y Adolescencia, desde luego que cabe ordenar apremio, ya sea personal o real, así como también cabe cualquier incidente de alza o rebaja de pensión alimenticia; pero si por alguna razón la consignación voluntaria de alimentos no ha sido conocida

o aprobada por el administrador de justicia, no cabría apremios ni incidente alguno.

CONCLUSIÓN

Si la consignación voluntaria de alimentos no es aprobado judicialmente, no cabe apremios ni incidentes

28. En los procesos de alimentos, visitas, patria potestad, autorización de salida del país, cuyo procedimiento es sumario y no cabe abandono, como cierra la causa el juez

CONSULTA

“En los juicios de niñez y adolescencia relativos a alimentos, visitas, patria potestad, autorización de salida del país, cuyo procedimiento es sumario, en caso de que la parte actora y demandada no concurren a la audiencia, se declarara el abandono, conforme el Art. 87.1 del COGEP? o se aplica lo que señala el Art. 247.1 del COGEP. En estos casos se archiva la causa pese a que en materia de niñez y adolescencia sus derechos son irrenunciables, imprescriptibles conforme señala el innumerado 3 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia? Cómo cierra la causa el juez?.

ANÁLISIS

De conformidad con lo que dispone el Art. 247.1 del Código Orgánico General de Procesos, en las causas en la que estén involucrados los derechos de niñas, niños y adolescentes o incapaces”, no es procedente que se declare el abandono, por lo tanto, si la parte actora no comparece a la audiencia correspondiente en el caso de los procesos de alimentos, visitas, patria potestad, etc., no cabe que la inasistencia se tenga como abandono, pues, hay norma expresa que lo prohíbe.

Sin embargo, ante la imposibilidad de continuar con la tramitación de las causas por la no concurrencia de las partes a la audiencia, la jueza o juez podría en el sistema informático disponer el archivo intermedio o provisional de la causa, lo cual permitirá que en cualquier momento se reactive el procedimiento de ser necesario y a la vez esos procesos no consten como activos.

CONCLUSIÓN

Si las partes no concurren a la audiencia en juicios como los de alimentos, visitas, patria potestad, etc., la jueza o juez debe disponer el archivo intermedio o provisional, puesto que no cabe en estos procesos declarar el abandono.

29. Aplicación de criterios para el pago de las dos pensiones alimenticias adicionales que establece el artículo innumerado 16 del CONA

CONSULTA

De acuerdo con lo que dispone el innumerado 16 del Código de la Niñez y Adolescencia, se establece que el alimentado tiene derecho a percibir de su padre y/o madre los siguientes beneficios adicionales: (...) 2.- Dos pensiones alimenticias adicionales que se pagarán en los meses de septiembre y diciembre de cada año para las provincias de régimen educativo de la Sierra y en los meses de abril y diciembre para las provincias del régimen educativo de la Costa y Galápagos. El pago de las pensiones adicionales se realizará aunque el demandado no trabaje bajo relación de dependencia...”.

Que “Existe discrepancia de criterios respecto a la aplicación del numeral 2 del Art. Innumerado 16, ya que en algunos casos se aplica para el cobro de las pensiones alimenticias adicionales, el pronunciamiento de la ex-Corte Suprema de Justicia, que como quedó señalado en líneas anteriores fue antes de la reforma al Código de la Niñez y Adolescencia del año 2009, mientras que otros aplican la disposición legal vigente en su sentido estricto, es decir cobrar las dos pensiones adicionales, en el mismo monto fijado como pensión alimenticia”. Por lo que sería importante algún ajuste en esta parte, respecto al pago de las pensiones alimenticias adicionales.

ANÁLISIS

La Corte Constitucional al resolver una consulta sobre la constitucionalidad del numeral 2 del artículo innumerado 16 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, en la sentencia No 0153-13-CN, de fecha 9 de marzo de 2016, establece lo siguiente:

“El legislador ha previsto aquel pago, porque cerca de los meses que tienen la obligación de pagar estos rubros, los alimentantes deben atender gastos extraordinarios, relacionados con el inicio de la etapa escolar y la celebración de festividades a nivel mundial. De ahí que la pensión alimenticia, sea mayor o inferior, exclusivamente al décimo cuarto sueldo, no puede considerarse como una vulneración de los derechos constitucionales del alimentante, porque la pensión alimenticia ha sido establecida por las diferencias de la realidad fáctica del obligado a otorgarla. Así pues, se entiende que si la pensión alimenticia es inferior al décimo cuarto sueldo, ello atiende a una situación económica austera del padre o madre alimentante, y si bien es superior, de igual manera atiende a la situación económica provechosa del alimentante. En tal virtud, se puede establecer que la determinación de las pensiones alimenticias adicionales en el año, observa el principio de igualdad, porque el Estado tiene la obligación de ser equitativo con las circunstancias o los ciudadanos que pagan la pensión alimenticia, determinada por su salario o ingresos ordinarios y extraordinarios”.

Por las consideraciones señaladas, la Corte Constitucional establece que la aplicación del numeral 2 del artículo innumerado 16 de la Ley publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 643 del 28 de julio de 2009, reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, publicado en el Registro Oficial No. 737 del 3 de enero de 2003, no vulnera el derecho constitucional de igual de los alimentantes, más aún cuando existen circunstancias razonables que justifican la constitucionalidad de la norma.

Además, en dicha resolución se establece que la normativa contiene un fin constitucionalmente válido, es eficaz para promover el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, y sus progenitores tengan una maternidad y paternidad responsable, por lo que el pago de las dos pensiones alimenticias adicionales al año para los niños, niñas y adolescentes en el mismo monto de la pensión alimenticia fijada, es una medida necesaria a favor del desarrollo integral de este grupo de atención prioritaria, contiene también un debido equilibrio entre la protección del derecho al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes en relación con el derecho a la vida digna del alimentante.

El artículo innumerado 16 (141) del Código de la Niñez y Adolescencia es totalmente claro cuando dispone: **“Además de la pensión de alimentos, el alimentado tiene derecho a percibir de su padre y/o madre, los siguientes beneficios adicionales: (...) 2.- Dos pensiones alimenticias adicionales...”**, en consecuencia, a las juezas y jueces les corresponde aplicar la normativa legal que no presenta obscuridad alguna, pues, la Resolución de la ex-Corte Suprema de Justicia tuvo aplicación obligatoria hasta cuando se expidió la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, razón por la cual en la actualidad no se encuentra vigente.

CONCLUSIÓN

El pago de las dos pensiones alimenticias adicionales al año para los niños, niñas y adolescentes en el mismo monto de la pensión alimenticia fijada, conforme establece el artículo innumerado 16 (141) del Código de la Niñez y Adolescencia, no constituye vulneración de los derechos constitucionales del alimentante.

30. Para el cómputo de las pensiones alimenticias se debe considerar los descuentos del seguro e impuesto a la renta

CONSULTA

En el Código de la Niñez y Adolescencia vigente, no se especifica si para el cómputo de las pensiones alimenticias se debe considerar a los obligados que perciben remuneraciones o sueldos fijos los descuentos por concepto del seguro e impuesto a la renta.

ANÁLISIS

Al respecto, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, al absolver una consulta similar ha establecido lo siguiente:

“Este problema se encuentra resuelto por el Consejo de la Niñez y Adolescencia, en Resolución 001-CNNA-2014, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N°182, de 12 de febrero de 2014, el artículo 8 determina el mecanismo para el cálculo del monto de la pensión de alimentos que les corresponde a los derechohabientes que hayan demandado, y en el inciso final en forma clara se establece

que: [... Para efectos de la presente resolución se considerará ingreso lo establecido en el artículo innumerado 15, literal b) del Código de la Niñez y Adolescencia, descontado el pago al IESS, como lo establece la sentencia N° 048-13-SCN-CC, de la Corte Constitucional. Es decir, no hay duda que la tabla de pensiones alimenticias tiene que aplicarse al sueldo o remuneración neta o líquida del alimentante, que según la directriz trazada por la Corte Constitucional cuyo cumplimiento se vuelve obligatorio, es aquella que resulte de descontar únicamente el monto por aportes al IESS, por las consideraciones que en el extenso fallo quedan explícitas, y al que debemos remitirnos para este caso”.

La respuesta del Pleno de la Corte Nacional de Justicia se encuentra también publicada en el Boletín Institucional No. 18 de julio-agosto de 2015, página 17.

CONCLUSIÓN

Se debe descontar únicamente el monto por aportes al IESS.

31. Legitimados en el proceso de alimentos en caso de medidas de protección

CONSULTA

Que en algunas causas se presentan como actoras las personas a quienes se les otorgó la custodia de emergencia, quienes de hecho, han excedido el tiempo de 72 horas, sin que se haya apelado de la decisión administrativa o sin que se haya remitido a un juez para que resuelva sobre las medidas definitivas. En virtud de lo anterior, se consulta lo siguiente: ¿Pueden estar legitimados a presentar una causa de alimentos a favor de un niño, niña o adolescente, la persona a la que provisionalmente se le da la custodia de emergencia hasta por 72 horas según los Arts. 79, último inciso y 217.6 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia?

ANÁLISIS

Las medidas de protección pueden ser administrativas y judiciales. Las administrativas de protección pueden ser dispuestas indistintamente,

por los jueces de la Niñez y Adolescencia y por las juntas cantonales de Protección de Derechos, según quien haya prevenido en el conocimiento de los hechos que las justifiquen; en cambio, las medidas judiciales de protección sólo pueden ser ordenadas por los jueces de la niñez y adolescencia. A más de las medidas de protección contempladas en el Art. 79 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y en otros cuerpos legales, el Art. 217 del mismo cuerpo legal enumera las medidas administrativas de protección, entre las que se encuentra la del numeral 6 que dispone: **“La custodia de emergencia del niño, niña o adolescente afectado en un hogar de familia o una entidad de atención, hasta por setenta y dos horas, tiempo en el cual el juez dispondrá la medida de protección que corresponda”** (Negrillas fuera del texto). Esta norma también señala que las medidas de protección judiciales son: el acogimiento familiar, el acogimiento institucional y la adopción; por lo tanto, la medida de protección transcrita y que es materia de la consulta, es una medida administrativa.

De acuerdo con el Art. 215, inciso segundo, del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, las medidas de protección imponen al Estado, sus funcionarios y empleados o cualquier particular, incluido los progenitores, parientes, personas responsables de su cuidado, maestros, educadores y el propio niño, niña o adolescente, determinadas acciones con el objeto de hacer cesar el acto de amenaza, restituir el derecho que ha sido vulnerado y asegurar el respeto permanente de sus derechos (Lo subrayado es fuera del texto). En tal virtud, quien tiene la custodia de emergencia, si bien no ejerce la representación legal del niño, niña o adolescente o de quien padece discapacidad física o mental, sin embargo está a cargo del cuidado de esas personas, y al efecto, de conformidad con el Art. 131 reformado del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (Art. 6 de la Ley Reformatoria), las personas legitimadas para demandar la prestación del derecho de alimentos a favor de un niño, niña o adolescente o de personas de cualquier edad que padezcan de una discapacidad física o mental son: a) La madre o padre bajo cuyo cuidado se encuentre, a falta de ellos la persona que ejerza su representación legal **o quien esté a cargo de su cuidado** (Negrilla no corresponde al texto); y, b) Las y los adolescentes mayores de 15 años; consecuentemente, procedería que la persona que esté a cargo del cuidado de quien tiene el derecho

a alimentos, aunque sea temporalmente o por una medida de protección emergente, se considere como legitimada para demandar alimentos, más aún si no se ha resuelto por parte de la o el juez sobre las medidas definitivas y se ha excedido el tiempo de las 72 horas, pues, se debe tener en cuenta que los alimentos no es para quien represente o quien esté a cargo del cuidado sino para la niña, niño o adolescente o la persona discapacitada física o mentalmente. Los alimentos que se fijaren a pedido de quien esté a cargo provisionalmente del alimentario son necesarios hasta que se resuelvan las medidas definitivas, pues, hasta entonces tiene derecho a que se le proporcione alimentos por parte de quienes están obligados legalmente hacerlo.

CONCLUSIÓN

Quien tiene la custodia de emergencia del niño, niña o adolescente o de quien padece discapacidad física o mental, de conformidad con el Art. 131 reformado del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (Art. 6 de la Ley Reformativa), está legitimado para demandar la prestación de alimentos a favor de un niño, niña o adolescente o de personas de cualquier edad que padezcan de una discapacidad física o mental, por estar a cargo de su cuidado.

32. Debe incluirse una disposición que obligue al administrador de pensiones alimenticias a rendir cuentas

CONSULTA SOBRE REFORMA

En algunas ocasiones la pensión alimenticia resulta elevada para satisfacer las necesidades de la o el beneficiario, como por ejemplo una pensión de más de mil dólares, por lo que se considera que debe incluirse una disposición en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que obligue a la o el administrador de la pensión alimenticia a rendir cuentas por lo menos anualmente, justificando la inversión de los recursos, cuando la pensión alimenticia pase de un salario básico unificado del trabajador en general.

ANÁLISIS

De acuerdo con lo que establecen los Arts. 44 y 69 de la Constitución de la República, la finalidad de las pensiones alimenticias no es

otra que el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, para asegurar el ejercicio pleno de sus derechos, atendiendo al principio de interés superior, por lo que sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas; siendo obligación primordial del padre y la madre proporcionar el cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. En tal virtud, el propósito de la fijación de una pensión alimenticia no es la administración de bienes ajenos corporales o incorporales, en cuyo caso si hay la obligación de rendir cuentas; ni existe encomienda de administración para que haya la obligación de rendir cuentas.

Además, es importante señalar que la Corte Constitucional en sentencia No. 048-13-SCN-CC, publicada en la Gaceta Constitucional No. 004 de 23 de septiembre de 2013, ha negado las consultas realizadas y ha declarado la constitucionalidad del artículo innumerado 15 de la Ley Reformativa al Título V, libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas.

CONCLUSIÓN

La finalidad de las pensiones alimenticias no es otra que el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, por lo tanto, no hay el propósito de administrar bienes ajenos corporales o incorporales, como para que exista la obligación de rendir cuentas

- 33. Que los juicios de alimentos se resuelven en audiencia única, en consecuencia, procedería suspender la audiencia y efectuar un segundo señalamiento para la confesión, o en su defecto declarar confeso al ausente**

CONSULTA

Los juicios de alimentos se resuelven en audiencia única, que es la instancia en donde se judicializan los medios probatorios anunciados por las partes procesales. Que una de las diligencias más comunes es la “confesión judicial” que debe evacuarse en la audiencia única, pero que ante la ausencia del confesante se le declara

confeso; existiendo posiciones en el sentido de que debe efectuarse un segundo señalamiento en aplicación del Art. 127 del Código de Procedimiento Civil, que de concretarse tendría que suspenderse la audiencia única y la resolución del proceso, trasgrediendo el artículo innumerado 32 de la Ley Reformatoria al Título V del Código de la Niñez y Adolescencia, el principio de celeridad y el artículo 172 de la Constitución de la República. Que en similares características se desarrollan los procesos relacionados con tenencia, patria potestad y régimen de visitas. Con este antecedentes se realiza la siguiente consulta: "...procedería suspender la audiencia y efectuar un segundo señalamiento para la confesión, o en su defecto declarar confeso al ausente".

ANÁLISIS

Cuando se encontraba vigente la normativa adjetiva del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia esta era especial para los juicios de alimentos, por lo tanto, de acuerdo con lo que disponía el artículo innumerado 39 (hoy derogado) de la Ley Reformatoria al Capítulo V del mencionado Código, en la audiencia única la jueza o juez debía expedir el auto resolutorio en el que fijaba la pensión alimenticia definitiva, subsidios y beneficios; consecuentemente, sólo en el caso de haber un pedido de las partes de mutuo acuerdo, podía diferirse la audiencia hasta por el término de tres días, al tenor de lo que dispone el artículo innumerado 38 *ibídem*. Además, tanto en esta última norma, que trataba del diferimiento de la audiencia, como en el artículo 276 del Código de la Niñez y Adolescencia, que trata del diferimiento de la audiencia de prueba, no se contempla la posibilidad de suspender la prueba que se evacúa en audiencia única para receptor la declaración de una de las partes (confesión) que no acudió a dicha audiencia.

Es importante tener en cuenta que en el procedimiento que había para la fijación de la pensión alimenticia no se señala día y hora para la "confesión" como tal, sino para que se lleve a efecto la audiencia única, diligencia en la que debía evacuarse la "confesión", siempre y cuando se haya anunciado como medio de prueba; por lo tanto, no cabe que se suspenda la audiencia a fin de hacer un segundo señalamiento para la práctica de la "confesión" (hoy declaración de parte).

Con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, el procedimiento para fijar alientos es sumario, en el cual la o el juzgador para dictar la sentencia no puede suspender la audiencia para emitir la decisión oral, según el numeral 5 del Art. 333 del COGEP.

CONCLUSIÓN

Actualmente se encuentra derogada la normativa adjetiva o procesal del CONA; en consecuencia, con la normativa del COGEP no cabe que se suspenda la audiencia para la práctica de una determinada prueba, salvo casos de absoluta necesidad, caso fortuito o fuerza mayor.

34. En base a la garantía de acceso a la justicia se debe eximir o no el pago del examen de ADN

CONSULTA

En las causas de alimentos con declaratoria de paternidad, fundados en el artículo innumerado 10, literal “c” de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, los demandados en base a la garantía de acceso a la justicia, solicitan la intervención del Equipo Técnico para que se le exima del pago del examen de ADN, peticiones que muchas veces son inoportunas, puesto que se solicita la intervención cuando faltan 4 y 5 días para la evacuación de la audiencia única, sin que exista disposición que lo prohíba o determine el término dentro del cual se debe pedir la diligencia para que resulte oportuna, y de esta forma no se dilate el proceso causando perjuicio al niño para quien se reclama alimentos y la paternidad, por lo que la naturaleza de los alimentos de ser oportunos, necesario e inmediatos pierde su verdadero sentido, y causan malestar a las madres, siendo por esta tardanza lo que desisten de continuar con el trámite, en consecuencia, la mencionada norma requiere de una urgente revisión o reforma que limite este tipo de actividades legales pero ilegítimas de quienes abusan del Derecho.

ANÁLISIS

De acuerdo con el innumerado 9 (134) de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, con la calificación de la demanda,

la juez o juez está en la obligación de fijar una pensión provisional de conformidad a la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas, por lo tanto, desde este momento se está protegiendo al niño, niña o adolescente de una posible demora en la fijación definitiva de la pensión alimenticia. De otro lado, según el artículo innumerado 8 *ibídem*, la pensión alimenticia se debe desde la presentación de la demanda, por lo mismo, de producirse alguna demora en la fijación de la pensión alimenticia definitiva, el alimentario no estará perjudicado ni se vulnerará su derecho, ya que tendrá que liquidarse la pensión fijada desde que se presentó la demanda.

Si bien la ley no ha determinado de manera puntual el momento procesal en que debe realizarse la negativa al examen de ADN por insuficiencia de recursos, debe entenderse que podría realizarlo cuando el demandado o demandada comparezca señalando domicilio para sus notificaciones {Art. 36 (147.14) Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia} ya que en la citación se le hace conocer sobre la realización de dicho examen, también podría hacerlo al menos cuarenta y ocho horas después de la fecha fijada para la práctica del examen de ADN; de tal manera que, la jueza o juez pueda disponer la realización del informe correspondiente por parte del Equipo Técnico dentro del término que estime pertinente {penúltimo inciso del Art. 10 (135) Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia}. En estos casos, es preciso que la jueza o juez antes de la audiencia única cuente con los resultados del examen de ADN. Con la realización del informe que determine la carencia de recursos económicos del demandado o demandada, la jueza o juez dispondrá el examen de ADN en una institución pública (Fiscalía o Policía Judicial), para que se realice en forma gratuita.

CONCLUSIÓN

Si se justifica con antelación a la audiencia, la jueza o juez puede disponer la práctica del examen de ADN de forma gratuita en una institución pública.

35. Durante qué tiempo puede reclamar el derecho de alimentos la mujer embarazada

CONSULTA

Que del Art. 148 al 150 del Código de la Niñez y Adolescencia, se encuentra el derecho a percibir alimentos por parte de la mujer embarazada, lo que antes se llamaba ayuda prenatal. El tiempo por el cual se debe cancelar esta ayuda es claro, es decir, los veintiún meses, pero no existe norma expresa que limite el tiempo para reclamar este derecho. Que se han dado casos en que ésta ayuda se presenta una vez que el hijo ha nacido, existiendo argumentos del requerido en el sentido de que el derecho se extinguió con el nacimiento del ser humano, pero la parte actora manifiesta que una de las características del derecho de alimentos es que no prescribe. Por tal motivo, se consulta lo siguiente: “Se debe demandar este derecho a percibir alimentos por parte de la mujer embarazada, únicamente mientras se encuentre en estado de gestación”.

ANÁLISIS

Del Art. 148 del Código de la Niñez y Adolescencia se desprende que, la mujer que llega a concebir tiene derecho a alimentos durante dos períodos: 1) Desde la concepción y durante el embarazo hasta el parto; y, 2) Durante el tiempo de lactancia por un período de doce meses, a contarse desde el nacimiento del hijo o hija. El período de embarazo comienza con la concepción y termina con el parto; mientras que el período de lactancia, según la mencionada norma legal, dura doce meses desde el nacimiento del hijo o hija; de tal manera que, si el embarazo dura nueve meses, más los doce meses de lactancia, tenemos un total de 21 meses. Por ello es que, si la criatura muere en el vientre materno, o fallece la niña o niño luego del parto, la protección se mantiene a la madre por un periodo no mayor a doce meses desde que se produjo la muerte fetal o del niño o niña. En tal virtud, el derecho de la madre para pedir alimentos caduca únicamente al término de los doce meses del período de lactancia, o luego de los doce meses en que se produjo la muerte fetal o de la niña o niño. No está por demás señalar que la caducidad, implica la pérdida o extinción de un derecho por el transcurso del período

dentro del cual una persona puede ejercerlo, por lo tanto, si no se ha ejercido el derecho dentro del lapso de tiempo que establece la ley caduca ese derecho, conforme estatuye el Art. 32 (147.10) de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia.

CONCLUSIÓN

El derecho de la madre para pedir alimentos caduca cuando ha transcurrido 21 meses que comprende el período de embarazo y lactancia, o luego de los doce meses en que se produjo la muerte fetal o de la niña o niño.

36. Es procedente o no la indexación de pensión a los obligados subsidiarios

CONSULTA

Cuando se ha fijado una pensión alimenticia a cargo de los subsidiarios, la ley no determina en forma expresa que se indexe la pensión alimenticia para ellos, teniendo en cuenta que en muchos de los juicios que se tramitan en los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, son contra los obligados subsidiarios y que estos responden por las obligaciones del obligado principal.- Es procedente la indexación de pensión a los obligados subsidiarios en estos casos?"

ANÁLISIS

De acuerdo con el artículo innumerado 2 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, el derecho de alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, a la supervivencia y una vida digna en favor del titular de este derecho, por parte de los obligados principales que son los padres, y en caso de ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado, la jueza o juez puede ordenar que la prestación de alimentos sea pagada o completada por uno o más de los obligados subsidiarios, que de conformidad con el innumerado 5 del mismo Código, son los abuelos o abuelas, los hermanos o hermanas y los tíos o tías. De tal manera que la prestación de la pensión alimenticia no tiene ninguna excepción ya sea fijada en contra de los obligados principales o uno o más de

los obligados subsidiarios; consecuentemente, de haber lugar a la indexación conforme a los innumerados 15 y 43 del Código de la Niñez y Adolescencia, en nada influye el hecho de que la prestación de la pensión alimenticia la esté cumpliendo un obligado principal o subsidiario.

CONCLUSIÓN

La ley no hace ninguna excepción respecto de la indexación, ya sea fijada en contra de los obligados principales o uno o más de los obligados subsidiarios

37. Fijación de pensión en divorcio por causal

CONSULTA

Existe la posibilidad de aplicar la norma del Artículo. 29 del Código de la Niñez y Adolescencia dentro de los juicios de divorcio causal, para fijar pensión alimenticia en caso de que existan hijos menores de edad y no se haya planteado el particular en cuerda separada, teniendo en consideración el principio establecido en el Art. 44 de la Constitución de la República. Además cabe la posibilidad de convocar a audiencia única y no a la junta de conciliación que establece el trámite de divorcio causal, esto en aplicación del principio de celeridad.

ANÁLISIS

Desde la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, el divorcio contencioso o por causal se debe tramitar mediante el procedimiento sumario conforme al Art. 332.4 de dicho cuerpo legal, esto es en audiencia única con las fase que establece el propio Código, siendo indudable que la pensión provisional de alimentos se la debe fijar en el auto de calificación a la demanda, de acuerdo con lo que dispone el artículo innumerado 9 (134) de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, lo cual tiene relación con el mandato del innumerado 29 ibídem, normas legales que no han sido reformadas ni derogadas por el Código Orgánico General de Procesos. Posteriormente, cuando la o el administrador de justicia deba resolver en audiencia sobre el divorcio, aprobará el acuerdo en caso

de haberlo o fijará la pensión de alimentos que corresponda de conformidad con la Tabla de Pensiones Mínimas.

CONCLUSIÓN

La pensión provisional de alimentos se la debe fijar en el auto de calificación de la demanda.

38. La extinción de las pensiones alimenticias es de oficio o a petición de parte

CONSULTA

Que no existe claridad hasta cuando los beneficiarios de las pensiones alimenticias deban recibir las pensiones alimenticias, por lo que se pregunta si los Jueces de Familia deben declarar de oficio la extinción del derecho de continuar recibiendo alimentos o los alimentantes tienen que solicitar la extinción.

ANÁLISIS

El Art. 168.6 de la Constitución de la República estatuye: *“La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, conciliación y **dispositivo**”* (Negritillas no son del texto). De otro lado, el Art. 5 del actual Código Orgánico General de Procesos establece: *“Corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema **dispositivo**”* (Negritillas no son del texto). De acuerdo con estas normas constitucional y legal, en el sistema oral se debe hacer efectivo el principio dispositivo, salvo en los casos determinados en la propia ley, por lo tanto, no cabe que las juezas y jueces declaren de oficio la extinción de la pensión alimenticia; consecuentemente, debe existir petición de parte legitimada para que proceda la declaratoria de extinción de pensión alimenticia.

CONCLUSIÓN

De acuerdo al principio dispositivo establecido en la Constitución y la ley, no cabe que las juezas y jueces declaren de oficio la extinción de la pensión alimenticia.

39. Si el demandado en los juicios de alimentos no anuncia como prueba las partidas de nacimiento de sus otros hijos, puede hacerlo o no en la audiencia

CONSULTA

¿Si en el juicio de alimentos el demandado, al contestar la demanda no anuncia como prueba las partidas de nacimiento de sus otras cargas familiares menores de edad a fin de ser consideradas para el cálculo de la pensión alimenticia, y en la audiencia única solicita se tome en cuenta dicha prueba documental que no fue oportunamente anunciada, el Juez debe aceptarla garantizando el principio de igualdad previsto en el artículo 11.2 de la Constitución de la República, y en atención a lo dispuesto en el artículo 69.6 *ibídem*?

ANÁLISIS

El Art. 159 del Código Orgánico General de Procesos, es claro cuando dispone que (mandatorio), la prueba documental que haya sido posible obtenerla y con las que cuentan las partes, se debe adjuntar a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, salvo disposición en contrario. Esta salvedad no es aplicable al caso de las partidas de nacimiento que no fueron anunciadas como prueba, puesto que no existe disposición legal alguna que permita presentar en audiencia o fuera de la oportunidad que tienen las partes para presentar dicha prueba documental. De acuerdo con el Art. 166 del COGEP, únicamente en caso de prueba nueva puede solicitarse prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, siempre que se acredite que no fue de conocimiento de la parte, o habiéndola conocido no pudo disponer de la misma.

Por lo tanto, según el artículo 164 del COGEP, la prueba que debe ser valorada es aquella que se ha solicitado, practicado e incorporado dentro del término señalado en el Código, es decir, no existe la posibilidad de que se valore la prueba documental presentada en audiencia, puesto que en este acto procesal lo que se debe es practicar la prueba, no presentarla o anunciarla, pues, para ello el derecho de la parte procesal ya precluyó. Si no se presentó las partidas de

nacimiento en forma oportuna, ni como prueba nueva, puede ejercerse la acción que le permite la propia ley, mediante el incidente respectivo en trámite sumario, y por lo mismo no hay vulneración de derecho constitucional alguno al no aceptar la jueza o juez como prueba dichos documentos.

CONCLUSIÓN

No cabe presentar en audiencia partidas de nacimiento que no fueron anunciadas como prueba, pues, sólo cuando se trate de prueba nueva se podrá solicitar prueba no anunciada

40. Debe que se aplicar el principio “non reformatio in peius” en materia de alimentos

CONSULTA

¿Se debe aplicar el principio “non reformatio in peius” en materia de alimentos, y que se modifique el monto de la prestación alimenticia aunque no haya sido motivo de recurso de apelación o que se incremente el monto de la pensión alimenticia cuando el alimentante es el único recurrente?

ANÁLISIS

La “non reformatio in peius”, es un principio constitucional que en nuestro sistema se encuentra establecido en el Art. 77, numeral 14 de la Constitución de la República, el cual estatuye: “Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre”. De igual manera el COIP en su Art. 652 No 7 determina lo siguiente: “El tribunal de alzada, al conocer la impugnación de una sanción, no empeorará la situación jurídica de la persona sentenciada cuando sea la única recurrente”. De los textos constitucional y legal podemos extraer los siguientes requisitos: 1) que se trate de una sentencia condenatoria; 2) que quien apele sea una de las partes del proceso afectada por la resolución; y, 3) Que la parte que apele sea “único apelante”. Por lo tanto, según este principio el juez que conoce en segunda instancia de un recurso de apelación sobre una sentencia condenatoria, frente al apelante único, no puede agravar la situación jurídica del recurrente.

El principio “non reformatio in peius”, significa reformar en perjuicio o reformar para peor; mientras que la palabra “sanción” que se utiliza en el Art. 77, numeral 14 de la Constitución, si bien tiene más de una acepción, para el caso en estudio, es la consecuencia o efecto de una conducta que constituye una infracción de una norma jurídica, por lo que, dependiendo del tipo de norma incumplida o violada, puede haber sanción penal, civil o administrativa, por lo tanto, en términos generales se podría decir que el mencionado principio no es exclusivo para la materia penal, sin embargo, en el Art. 77 de la Constitución de la República, en forma expresa se dice: **“En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observan las siguientes garantía básicas”: “...14. Al resolver la impugnación de una sanción, no podrá empeorar la situación de la persona que recurra”**, lo cual está vinculado con lo que dispone el Art. 652.7 del COIP; consecuentemente, no cabe duda que el mencionado principio es aplicable sólo para los procesos penales.

En materia de alimentos lo que se debe aplicar es el principio del interés superior del menor, mismo que implica el conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas, niños y adolescentes, acciones estas que se encuentran establecidas en los Arts. 44, 45 y 46 de nuestra Ley Suprema; de ahí la obligatoriedad de fijar las pensiones alimenticias en base a la Tabla de Pensiones Mínimas, y si el administrador de justicia no aplica correctamente dicha tabla, habrá vulnerado los derechos del niño, niña o adolescente, en cuyo caso el superior en grado debe corregirlo el error aunque el alimentante sea el único que haya apelado, por lo tanto, no cabe en estos casos aplicar el principio “non reformatio in peius”.

CONCLUSIÓN

De acuerdo a la Constitución de la República este principio vinculado con los procesos penales, sin embargo, los administradores de justicia están en la obligación de aplicar la Tabla de Pensiones Mínimas al fijar una pensión alimenticia, caso contrario, el tribunal en grado si puede corregir el error aunque el alimentante sea el único que haya apelado.

41. Indexación de pensiones alimenticias

CONSULTA

Con fundamento en lo que dispone el inciso tercero, literal c) del artículo innumerado 15 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y lo que dispone el innumerado 43 *ibídem*, se consulta si la indexación procede para todas las pensiones que hubieran sido fijadas en el año inmediato anterior, conforme lo señala el artículo 15 de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y la Adolescencia, o por el contrario, deberían indexarse solamente aquellas pensiones que se encuentran por debajo de los montos mínimos, conforme lo establece el artículo 43 del mismo cuerpo legal.

ANÁLISIS

En el primer caso, esto es, según el artículo innumerado 15 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, la indexación se produce necesariamente cada año con los montos de los diversos niveles de las pensiones que se han establecido en las Tablas de Pensiones Mínimas, en base al índice inflacionario publicado por el INEC, no se trata entonces de pensiones alimenticias fijadas por la jueza o juez, sino que por la inflación, que es un fenómeno económico, los montos de las tablas se actualizan automáticamente a valores reales, debido a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, por el transcurso del tiempo. En cambio la indexación de que trata el artículo innumerado 43 del propio Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, no está en función a ningún porcentaje inflacionario, puesto que las pensiones que fije la jueza o juez no deben estar por debajo de los montos establecidos en la Tabla de Pensiones Mínimas, caso contrario, deben igualarse o indexarse con relación a esos montos; es decir, no tiene que ver con ningún fenómeno económico sino de respeto a los montos de una Tabla de Pensiones Mínimas elaborada de acuerdo con la ley, lo cual obliga al administrador de justicia a no fijar pensiones inferiores a dichos montos, y de hacerlo, la ley se encarga de actualizar automáticamente según el mandato legal.

CONCLUSIÓN

Los montos de las Tablas de Pensiones Mínimas se actualizan automáticamente a valores reales por la inflación, indexación que se produce cada año. Así mismo la ley obliga a la o el administrador de justicia a no fijar pensiones inferiores a los porcentajes establecidos por la Tabla de Pensiones Mínimas, y si de hecho lo hace, la ley se encarga de actualizar automáticamente.

42. Personas con discapacidad

CONSULTA

¿Qué sucede si las personas discapacitadas como titulares del derecho de alimentos, adjuntan un certificado otorgado por el CONADIS o de la Institución de Salud, del cual no consta el grado de incapacidad?

ANÁLISIS

El artículo innumerado 4, Título V, Libro II, del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (Reforma publicada en el Registro Oficial 643 de 28 de Julio de 2009), dice lo siguiente:

Tienen derecho a reclamar alimentos:

3. Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse.

La Constitución de la República, señala que los consejos nacionales de igualdad, son responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, siendo sus atribuciones: la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, y de discapacidades y movilidad humana, de acuerdo con la ley. (Art. 156)

Refiriéndonos al Consejo Nacional de Igualdad de Discapacidades (CONADIS), sabemos que su misión es la de formular, transversalizar, observar, realizar el seguimiento y la evaluación de las políticas públicas en discapacidades, en todo el territorio nacional, en todos los niveles de gobierno y en los ámbitos público y privado; con el fin de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias; promoviendo, impulsando, protegiendo y garantizando el respeto al derecho de igualdad y no discriminación, de acuerdo a la Constitución de la República, los Instrumentos Internacionales vigentes, la Ley Orgánica de Discapacidades y de los Consejos Nacionales para la Igualdad.

En la Ley Orgánica de Discapacidades, tenemos la definición de persona con discapacidad, como toda aquella que como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en la proporción que establezca el Reglamento. (Art. 6)

Según dicha norma, corresponde a la autoridad sanitaria nacional (Ministerio de Salud Pública), a través del Sistema Nacional de Salud, realizar la calificación de la discapacidad para determinar su tipo, nivel o porcentaje (Art. 9). Debiendo remitir inmediatamente dicha información a la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, para que se incluya en la cédula de identidad la condición de discapacidad y el porcentaje (Art. 11). Será la cédula de ciudadanía suficiente para acreditar la calificación y acogerse a los beneficios de la Ley; así como, el único documento requerido para todo trámite en los sectores público y privado (Art. 12).

Para el Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, se entenderá como persona discapacitada, aquella que como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, vea restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en una proporción equivalente al cuarenta por ciento

de discapacidad, debidamente calificada por la autoridad sanitaria nacional (Art. 1). En el certificado que se emita reconociendo tal situación, se hará constar obligatoriamente la fecha de caducidad del mismo, identificando la deficiencia o condición discapacitante y su porcentaje (Art. 3).

CONCLUSIÓN

En consecuencia, actualmente es la autoridad sanitaria nacional (Ministerio de Salud Pública), a través del Sistema Nacional de Salud, quien debe realizar la calificación de la discapacidad; debiendo, al emitir el certificado, hacer constar obligatoriamente la fecha de caducidad, la identificación de la deficiencia, y su porcentaje.

43. Alimentos para mujer embarazada

CONSULTA

¿Cómo se debe interpretar el Art. 148 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, sobre alimentos para mujer embarazada? En vista de que existen criterios divididos, por un lado se habla de la caducidad, por otro de la prescripción, de que esta última opera a los 12 meses de nacido el niño o niña; otro criterio se basa en la temporalidad, indicando que se debe demandar hasta antes del nacimiento.

ANÁLISIS

El Art. 150 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia indica que es aplicable a favor de la mujer embarazada, todo lo que se establece respecto a los alimentos; en tal virtud, la extinción del derecho de la mujer embarazada para percibir alimentos, se debe tomar en cuenta lo que establece el Art. 32 de los agregados al Capítulo I, del Título V del CONA, que dice: *“Caducidad del derecho.- El derecho para percibir alimentos se extingue por cualquiera de las siguientes causas: (...) 3. Por haber desaparecido todas las circunstancias que generaban el derecho al pago de alimentos según esta ley.”*

El Art. 148 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, expresamente señala: *“La mujer embarazada tiene derecho, desde el*

momento de la concepción, a alimentos para la atención de sus necesidades de alimentación, salud, vestuario, vivienda, atención del parto, puerperio, y durante el período de lactancia por un tiempo de doce meses contados desde el nacimiento del hijo o hija; si la criatura muere en el vientre materno, o el niño o niña fallece luego del parto, la protección a la madre subsistirá hasta por un periodo no mayor a doce meses contados desde que se produjo la muerte fetal o del niño o niña.”

Por tanto, el derecho de alimentos para la mujer embarazada, se genera desde la concepción y durante el período de lactancia por un tiempo de doce meses contados desde el nacimiento del hijo o hija, o de su muerte fetal de ser el caso.

CONCLUSIÓN

Sobre el derecho de alimentos para mujer embarazada, la ley establece en forma expresa que desaparecidas todas las circunstancias que lo generaban, se extingue; y, esto es lo que ocurre cuando han transcurrido los veintiún meses, es decir, la protección comprende desde la concepción hasta el parto y durante el período de doce meses de lactancia, por lo que se puede presentar la demanda inclusive hasta el último día del período de protección.

44. Rendición de cuentas en alimentos

CONSULTA

¿Debe establecerse la figura de la rendición de cuentas de quienes administren pensiones alimenticias mayores a un salario básico unificado?

ANÁLISIS

El fundamento constitucional del establecimiento de una pensión alimenticia para las niñas niños y adolescentes, lo tenemos en el artículo 69 de la Constitución de la República, que establece lo siguiente: *“Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación,*

alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.”

De igual manera el artículo 44 de la Carta Fundamental, dispone: *“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.”*

El artículo innumerado 15, Título V, Libro II, del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (Reforma publicada en el Registro Oficial 643 de 28 de Julio de 2009), establece los parámetros para la elaboración de la tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas, señalando que:

El Ministerio encargado de los asuntos de inclusión económica y social, definirá la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas en base a los siguientes parámetros: a) Las necesidades básicas por edad del alimentado en los términos de la presente Ley; b) Los ingresos y recursos de él o los alimentantes, apreciados en relación con sus ingresos ordinarios y extraordinarios, gastos propios de su modo de vida y de sus dependientes directos; c) Estructura, distribución del gasto familiar e ingresos de los alimentantes y derechohabientes; y, d) Inflación.

La Corte Constitucional mediante Sentencia No. 048-13-SCN-CC, publicada en la Gaceta Constitucional No. 004 de 23 de Septiembre de 2013, niega las Consultas remitidas por los Jueces de la Primera y Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha; determinando como interpretación conforme a la Constitución que para la aplicación del artículo

innumerado 15 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, así como de la Resolución N.º 01-CNNA-2013, la determinación del ingreso para la aplicación del porcentaje correspondiente se realizará únicamente con la deducción previa del aporte del trabajador a la seguridad social.

En la sentencia de Corte Constitucional No. 012-17-SIN-CC, que acumula los casos Nos. 0026-10-IN. 0031-10-IN v 0052-16-IN., en la foja 17, se lee:

Caso N.º 0031-10-IN

Asamblea Nacional del Ecuador

En el expediente constitucional, figura de fojas 16 a la 20, que el arquitecto Fernando Cordero Cueva en calidad de presidente de la Asamblea Nacional del Ecuador, presenta su informe en este Organismo el 28 de diciembre de 2010 y en lo principal, señala que las normas cuya inconstitucionalidad se acusa no son discriminatorias hacia el género masculino, ya que la responsabilidad corresponde tanto a padre y madre, además que el Código Civil sirve como norma supletoria; en ese sentido, el que se encuentra suministrando las pensiones, puede acudir al juez para exigir rendición de cuentas de la administración.

En el proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, remitido por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional, el 18 de mayo del 2017, consta la propuesta de sustitución del Art. 146, por el siguiente:

De la rendición de cuentas. La o el obligado a prestar alimentos podrá exigir de la persona que administra la pensión alimenticia, rendición de cuentas sobre los gastos efectuados a favor del alimentario.

La o el juez apreciará si corresponde dar trámite a la solicitud de rendición de cuentas.

El Art. 29 del Código Civil, señala las tres especies de culpa o descuido:

1. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.
2. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.
3. Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

CONCLUSIÓN

Siendo el fin de la prestación alimenticia, el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, para asegurar el ejercicio pleno de sus derechos; ésta debe ser administrada con responsabilidad, diligencia y cuidado.

Por lo que, es factible que se obligue a rendir cuentas de la pensión alimenticia, a quien la ha administrado sin la esmerada diligencia que se emplea para los negocios importantes.

45. Procedimiento de pensiones alimenticias voluntarias

CONSULTA

¿Cuál es el procedimiento relacionado con las demandas de pensiones alimenticias voluntarias presentadas por ambos progenitores?

ANÁLISIS

El COGEP sobre el procedimiento voluntario manifiesta en su Art. 334, lo siguiente: *“Procedencia. Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, los*

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

Sin embargo, en el Art. 332 se dice que: *“Se tramitarán por el procedimiento sumario: (...) 3. La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes. (...)”*

Por regla general en el procedimiento voluntario sea que derive ante la oposición en procedimiento sumario, la resolución no es susceptible de posteriores incidentes, es decir el procedimiento termina. Sin embargo, tenemos la excepción en el divorcio o terminación de la unión de hecho por mutuo consentimiento, donde la sentencia de la pretensión principal causa cosa juzgada, mas no los asuntos sobre alimentos, régimen de tenencia y de visitas para los hijos menores de edad o incapaces.

El Art. 340 del COGEP, permite que al *“no haber acuerdo sobre la situación de las o los hijos menores de dieciocho años, el asunto se sustanciará ante la o el mismo juzgador en procedimiento sumario y resuelta esta controversia se declarará disuelto el vínculo matrimonial o la unión de hecho.”*

Por lo que la solicitud de fijación de pensión alimenticia voluntaria o de mutuo consentimiento es viable por el procedimiento voluntario, obviamente que el juez verificará que la pensión sugerida no esté por debajo de la fijada en la tabla de pensiones alimenticias mínimas.

CONCLUSIÓN

En consecuencia, los alimentos pueden ser acordados en un Centro de Mediación, en un procedimiento voluntario o en la conciliación del procedimiento sumario.

46. Citación en alimentos

CONSULTA

¿Cabe citarse con boleta única en materia de alimentos?

ANÁLISIS

Si bien es cierto, el Art. 35 de los agregados al Capítulo I, del Título V del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, fue expresamente derogado por la Disposición Derogatoria Sexta del Código Orgánico General del Procesos, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015 y vigente desde el 23 de mayo de 2016⁷⁴.

Sin embargo, su derogatoria tácita se produjo por la Disposición Final Segunda del COGEP, pues la institución procesal de la citación, está vigente desde la publicación, esto es, desde el 23 de mayo de 2015.

El artículo 53 *ibídem*, manifiesta: *“La citación es el acto por el cual se le hace conocer a la o al demandado el contenido de la demanda o de la petición de una diligencia preparatoria y de las providencias recaídas en ellas. Se realizará en forma personal, mediante boletas o a través del medio de comunicación ordenado por la o el juzgador. (...)”*

CONCLUSIÓN

A partir del 23 de mayo de 2015, La citación en materia de alimentos tiene que realizarse conforme el Código Orgánico General de Procesos.

⁷⁴ “Deróguese la sección segunda del Capítulo IV Procedimientos Judiciales y los artículos 292 y 293 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, publicado en el Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003. Deróguense, así mismo, los artículos 22, 23, 27, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 45 de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, en materia de alimentos, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 643 de 28 de julio del 2009, incorporada como Título V del Libro II del mismo código.”

47. Pensión alimenticia provisional y régimen de visitas

CONSULTA

¿Se debe fijar en todo proceso en el cual estén involucrados niños, niñas o adolescentes, la pensión alimenticia provisional y el régimen de visitas? En el COGEP el Art. 146 trae confusión a los litigantes que exigen alimentos y visitas en demandas de alimentos o incluso en la audiencia única solicitan a los jueces que regulen visitas.

ANÁLISIS

El texto en referencia del Art. 146 del COGEP, es el siguiente: “(...) En materia de niñez y adolescencia, la o el juzgador fijará provisionalmente la pensión de alimentos y el régimen de visitas. (...)”

Por lo que de acuerdo al Art. 146 del COGEP y Arts. Innumerados 8 y 29 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, es obligación del juzgador en el auto de calificación de la demanda de alimentos fijar la pensión alimenticia provisional, aunque no lo soliciten las partes procesales. Pero si se trata de demanda sobre tenencia, se regulará el régimen de visitas. En caso de demanda de divorcio, se fijará tanto la pensión provisional como el régimen de visitas.

CONCLUSIÓN

Por lo cual, depende de la demanda que se presente, el juez deberá fijar tanto alimentos provisionales como visitas, o sólo uno de ellos.

Apelación

1. Apelación en audiencia

CONSULTA

¿Si el demandado abandona la audiencia o estando en la misma no apela, puede hacerlo cuando le llega la sentencia por escrito?, ¿Cabe apelación del auto interlocutorio que declara el abandono de la causa por falta de comparecencia a la audiencia, de la parte actora, al

argumentar que la inasistencia se debió a razones de fuerza mayor o caso fortuito?

ANÁLISIS

En el Código Orgánico General de Procesos debemos distinguir las decisiones adoptadas por el juzgador en audiencia, del auto o sentencia que posteriormente se notifica por escrito.

Hay duda sobre la procedencia de la interposición del recurso de apelación, si es únicamente de manera oral en la audiencia respectiva, o también mediante escrito debidamente fundamentado luego de la notificación del auto o sentencia escrita.

El COGEP en su Art. 256 establece que el recurso de apelación: “se interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia”

Sin embargo, el artículo 79 *ibídem*, donde se describen las normas que regulan las audiencias, dice que: “para la interposición de recursos, los términos se contarán a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito”

El inciso final del artículo 250 del COGEP, dice: “los términos para la impugnación de las sentencias y autos definitivos no dictados en audiencia correrán a partir de la notificación por escrito”

Por otro lado, el Art. 255 establece que: “si se ha solicitado la aclaración o ampliación de la sentencia o auto escrito, los términos para interponer los recurso que procedan, correrán a partir del día siguiente al de su notificación”

El Art. 87 textualmente dice:

En caso de inasistencia de las partes se procederá de acuerdo con los siguientes criterios:

1. Cuando quien presentó la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente, su inasistencia se entenderá como abandono.
2. Cuando la o el demandado o la o el requerido no comparece a la audiencia que corresponda, se continuará con la audiencia y se aplicará las sanciones y efectos, entendiéndose siempre

que pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos. Sin embargo, en caso de retraso, se admitirá su participación, tomando la audiencia en el estado en que se encuentre.

Si la o el juzgador dispone de oficio la realización de una audiencia la proseguirá debiendo resolver lo que corresponda conforme con el objeto para el cual la convocó.

A diferencia del Art. 82 del COGEP, donde se prevé la posibilidad de suspender una audiencia, cuando existan razones de absoluta necesidad, o de darse acontecimientos que impidan su continuación como el caso fortuito o fuerza mayor; en los escenarios del Art. 87, el legislador no ha previsto estas posibilidades que hubiesen permitido diferir la audiencia.

CONCLUSIÓN

La apelación sobre decisiones no resueltas en audiencia, se interpondrá mediante escrito fundamentado dentro del término de diez días posteriores a la notificación de la decisión escrita, excepto en los asuntos de niñez y adolescencia que será de cinco días; salvo que se haya solicitado aclaración o ampliación, en cuyo caso el término correrá desde la notificación de la providencia que resuelva el recurso horizontal.

Si los autos definitivos y sentencias se han dictado en audiencia, la aclaración o ampliación se resolverá en la misma; la apelación se interpondrá de manera oral, debiendo el juzgador resolver sobre su admisión a trámite. La fundamentación de la apelación se la realizará dentro del término de diez días de la notificación por escrito.

Además, se concederá apelación en estos casos:

1. A la parte actora, si la falta de comparecencia a la audiencia, se debe a caso fortuito o fuerza mayor, debidamente justificado.
2. A las partes procesales, si la resolución escrita cambia lo decidido en audiencia; o se ha concedido más de lo pretendido por el actor, menos de lo resistido por el demandado, o algo distinto de lo reclamado. Aunque habiendo concurrido a la audiencia, no hayan apelado de la decisión oral.

3. A las partes procesales, si la decisión del juez de primera instancia no se encuentra debidamente motivada. Aunque habiendo concurrido a la audiencia, no hayan apelado de la decisión oral.
4. A la parte demandada que no concurrió a la audiencia.

2. Verificación de solemnidades sustanciales en segunda instancia

CONSULTA

¿Cuando sube un proceso por la concesión de un recurso, corresponde pronunciarse si existe una nulidad por violación de trámite, en auto interlocutorio escrito o siempre debe haber audiencia?

ANÁLISIS

Al respecto, cuando sube a conocimiento de la Corte Provincial una causa, es su deber verificar la observancia en la instancia inicial de la validez procesal, esto es, que no se hayan omitido las solemnidades sustanciales previstas en el Art. 107

Más aún, cuando las solemnidades sustanciales saneables y/o el vicio de procedimiento, no hayan tenido la oportunidad de ser discutidas y eventualmente convalidadas en audiencia, conforme el Art. 100

Por lo que, de acuerdo al Art. 111 del COGEP, “Solamente en caso de que el tribunal encuentre que el proceso es válido, se pronunciará sobre los argumentos expresados por la o el apelante. Si encuentra que hay nulidad procesal y que la misma ha sido determinante porque la violación ha influido o ha podido influir en la decisión del proceso, la declarará a partir del acto viciado y remitirá el proceso a la o al juzgador de primer nivel.”

Por otro lado, el Art. 12 del mismo cuerpo legal, señala que “la o el juzgador ponente emitirá los autos de sustanciación”, pero los autos interlocutorios como lo es el de nulidad, “serán dictados con la intervención de todos los miembros del Tribunal”

CONCLUSIÓN

En consecuencia, la Sala competente de la Corte Provincial cuando conozca de un recurso, en la respectiva audiencia debe examinar validez procesal, y una vez verificada ésta, procederá a conocer el fondo de la impugnación.

3. Fundamentación de la apelación

CONSULTA

¿De los autos interlocutorios que no son dictados en audiencia, como del auto de inadmisión del Art. 147 del COGEP, qué tiempo se tiene para interponer el recurso de apelación, y para fundamentarlo? Si el COGEP establece la posibilidad de apelar de los autos interlocutorios emitidos por escrito, se tiene que esperar 10 días para atender el escrito de apelación y elevar a la Corte Provincial de Justicia, o deben ser atendidos en 3 días, puesto que los jueces de instancia inicial son los que califican la procedencia o improcedencia del recurso.

ANÁLISIS

La interposición y fundamentación del recurso de apelación lo deben realizar ante los jueces de primer nivel.

El recurso de apelación de los autos que no son dictados en audiencia, conforme el Art. 257 del COGEP, se interpondrá de manera fundamentada por escrito dentro del término de diez días de notificado. En materia de niñez y adolescencia el término es de cinco días.

Luego de haber sido fundamentado el recurso, conforme el Art. 258, *ibídem*, se notificará a la contraparte para que la conteste en el término de diez días. En materia de niñez y adolescencia es de cinco días.

Interpuesta la apelación, la o el juzgador de primer nivel conforme el Art. 259, *ibídem*, admitirá el recurso si es procedente y expresará el efecto con que la concede. A falta de expresión se entenderá que el efecto es suspensivo. Si el recurso no es admitido, la parte apelante podrá interponer el recurso de hecho.

Recibido el expediente, el tribunal convocará a audiencia en el término de quince días, conforme con las reglas generales de las audiencias previstas en este Código. En materia de niñez y adolescencia la audiencia se convocará en el término de diez días. Una vez finalizado el debate, el tribunal pronunciará su resolución, esto, conforme lo prescrito en el Art. 260 *ibídem*.

El inciso final del Art. 250 dispone que: *“Los términos para la impugnación de las sentencias y autos definitivos no dictados en audiencia correrán a partir de la notificación por escrito.”*

CONCLUSIÓN

Una vez notificado el auto interlocutorio no dictado en audiencia, corresponde a las partes procesales apelar fundamentadamente dentro de los diez días siguientes, en materia de niñez será en cinco días.

El Juez de primer nivel procederá con el examen de admisibilidad del recurso, verificando la fundamentación del mismo, luego de lo cual remitirá a la Corte Provincial de Justicia.

4. Apelación del auto de archivo

CONSULTA

¿Cabe apelación del auto de archivo del Art. 146 del COGEP? En vista de que el Art. 250 señala que se concederán únicamente los recursos previstos en la ley, no obstante en el Art. 256 encontramos que son apelables las sentencias y autos interlocutorios dictados dentro de primera instancia.

ANÁLISIS

El Art. 146 del COGEP, indica que una vez presentada la demanda, el juez en el término máximo de cinco días la examinará si cumple los requisitos legales generales y especiales que sean aplicables al caso. Si los cumple, calificará, tramitará y dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas. Si la demanda no cumple con los requisitos previstos, se dispondrá que el actor la complete o aclare en el término de tres días, si no lo hace, ordenará su archivo y dispondrá

la devolución de los documentos adjuntados a ella, sin necesidad de dejar copias.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 147 los jueces pueden en la primera providencia al calificar la demanda disponer su inadmisión, de esta providencia existe la posibilidad de apelar; ya que según el Art. 256 cabe apelación contra las providencias con respecto de las cuales la ley conceda expresamente este recurso.

El COGEP en su Art. 250, inciso segundo, determina que se concederán únicamente los recursos previstos en la ley.

CONCLUSIÓN

En el COGEP, la concesión del recurso de apelación está limitada a las sentencias y autos interlocutorios dictados en primera instancia así como contra las providencias respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso. De modo que, para interponer recurso de apelación de una providencia previamente deberá examinarse si en el Código se ha determinado de manera expresa la concesión del mismo.

Por lo que, el auto de archivo del Art. 146 no es susceptible de apelación a diferencia del auto de inadmisibilidad del Art. 147 que si es susceptible de apelación porque la ley expresamente lo concede.

5. Apelación del auto de abandono

CONSULTA

Si el auto de abandono es susceptible de apelación, ¿le corresponde o no a la Corte Provincial examinar el procedimiento? Puesto que el Art. 248 del COGEP, manifiesta que procede la apelación del auto de abandono, sólo por error de cómputo, pero sucede que la Corte Provincial examina el proceso y se manifiesta sobre validez procesal.

ANÁLISIS

Al respecto, cuando sube a conocimiento de la Corte Provincial una causa, es su deber verificar la observancia en la instancia inicial de la

validez procesal, esto es, que no se hayan omitido las solemnidades sustanciales previstas en el Art. 107

Más aún, cuando las solemnidades sustanciales saneables y/o el vicio de procedimiento, no haya tenido la oportunidad de ser discutido y eventualmente convalidado en audiencia, conforme el Art. 100

Por lo que, de acuerdo al Art. 111 del COGEP, “Solamente en caso de que el tribunal encuentre que el proceso es válido, se pronunciará sobre los argumentos expresados por la o el apelante. Si encuentra que hay nulidad procesal y que la misma ha sido determinante porque la violación ha influido o ha podido influir en la decisión del proceso, la declarará a partir del acto viciado y remitirá el proceso a la o al juzgador de primer nivel.”

CONCLUSIÓN

En consecuencia, la Corte Provincial sí puede examinar validez procesal, cuando conozca del auto interlocutorio de abandono, y una vez verificada ésta, procederá a conocer el cargo imputado al auto, esto es, el error de cómputo del término.

Atribuciones exclusivas del notario

1. Divorcio mutuo sin hijos de competencia exclusiva de los notarios

CONSULTA

De conformidad con la Disposición Final Segunda del Código Orgánico General de Procesos, existe normativa que ya se encuentra vigente como es por ejemplo la reforma a la Ley Notarial que indica las competencias exclusiva de los notarios, en este sentido se consulta si los divorcios por mutuo consentimiento en los que no existen hijos dependientes deben tramitarse únicamente ante los notarios y no ante los jueces, pero anota también que existe diversidad de criterios al respecto.

ANÁLISIS

La competencia para tramitar los divorcio por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia, ha sido agregada por el Art. 6 de la Ley 2006-62, R.O. 406: 28-XI- 2006; pero esta norma es reformada por el numeral 1 de la Disposición Reformatoria Décima Quinta del Código Orgánico General de Procesos, publicado en el R. O. 506-S de 22 de mayo del 2015, en el siguiente sentido: “1. Luego del término “atribuciones” agréguese el término “exclusivas”; en consecuencia, desde esta última reforma, las 37 atribuciones constantes en el Art. 18 de la Ley Notarial, son de competencia exclusiva de las o los notarios, y por lo mismo, no son de competencia de las juezas o jueces.

CONCLUSIÓN

Los divorcio por mutuo consentimiento sin hijos menores o bajo dependencia, son de exclusiva competencia de las o los notarios.

2. Constitución de sociedades civiles y mercantiles

CONSULTA

Debe establecerse pasos a seguir para la Constitución de Sociedades Civiles y Comerciales, con ello se evitaría duplicidad de nominaciones y posibles juicios posteriores sobre marcas, por justamente denominaciones homónimas, parecidas o similares.

ANÁLISIS

La ley Notarial en su Art. 18 numeral 29 expresamente señala: “*Son atribuciones exclusivas de los notarios, además de las constantes en otras leyes [...] 29 Aprobar la constitución o reforma de sociedades civiles y mercantiles y demás actos atinentes con la vida de estas, y oficiar al Registrador Mercantil para su inscripción, cuando no corresponda a la Superintendencia de Compañías y Valores*”.

La constitución de compañía se puede hacer en forma física, o creación vía electrónica conforme la Resolución SCV-DSC-G-14-008 de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, publicada en

el Suplemento del Registro Oficial número 278, de fecha 30 de junio de 2014; accediendo al link <http://www.supercias.gob.ec/portal-ConstitucionElectronica/> donde el usuario reserva la denominación y selecciona la notaria en la cual se firmará la escritura.

Existen actos societarios que deben ser aprobados por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; como por ejemplo: para aprobar la constitución definitiva en caso de una constitución sucesiva (Art. 147 Ley de Compañías); la fusión y escisión de compañías (Arts. 340 y 352 Ley de Compañías).

De acuerdo al Art. 432 de la Ley de Compañías, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros *“adicionalmente aprobará, de forma previa, todos los actos societarios y ejercerá la vigilancia y control de las compañías emisoras de valores que se inscriban en el registro del mercado de valores; las compañías Holding que voluntariamente hubieren conformado grupos empresariales; las sociedades de economía mixta y las que bajo la forma jurídica de sociedades, constituya el Estado; las sucursales de compañías u otras empresas extranjeras, organizadas como personas jurídicas; las asociaciones y consorcios que formen entre sí las compañías o empresas extranjeras, las que formen con sociedades nacionales vigiladas por la entidad, y las que éstas últimas formen entre sí, y que ejerzan sus actividades en el Ecuador; las bolsas de valores; y las demás sociedades reguladas por la Ley de Mercado de Valores.”*

CONCLUSIÓN

Desde la expedición del COGEP, esto es, el 23 de mayo del 2015, es atribución exclusiva de los Notarios aprobar la constitución o reforma de las sociedades civiles y mercantiles.

Siendo competencia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la Transformación, Fusión y Escisión de Compañías; así como la aprobación previa a su constitución de todos los actos societarios de las siguientes compañías:

1. Las emisoras de valores que se inscriban en el registro del mercado de valores;

2. Las Holding que voluntariamente hubieren conformado grupos empresariales;
3. Las Sociedades de economía mixta y las que bajo la forma jurídica de sociedades, constituya el Estado;
4. Las sucursales de compañías u otras empresas extranjeras, organizadas como personas jurídicas;
5. Las asociaciones y consorcios que formen entre si las compañías o empresas extranjeras, las que formen con sociedades nacionales vigiladas por la entidad, y las que éstas últimas formen entre sí, y que ejerzan sus actividades en el Ecuador;
6. Las bolsas de valores; y las demás sociedades reguladas por la Ley de Mercado de Valores

El Juez carece actualmente de competencia para conocer sobre la constitución o reforma de Compañía alguna.

3. Los poderes mercantiles

CONSULTA

Es necesario generar una directriz sobre la aprobación y revocatoria del poder otorgado por Compañías.

ANÁLISIS

La ley Notarial en su Art. 18 numeral 17 expresamente señala: *“Son atribuciones exclusivas de los notarios, además de las constantes en otras leyes [...] 17 Aprobar Protocolizar las capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, poderes especiales, revocatorias de poder que los comerciantes otorgan a sus factores y dependientes para administrar negocios”*.

El numeral 29 dice: *“Aprobar la constitución o reforma de sociedades civiles y mercantiles y demás actos atinentes con la vida de estas, y oficiar al Registrador Mercantil para su inscripción, cuando no corresponda a la Superintendencia de Compañías y Valores”*.

El numeral 38 del mismo artículo, señala que: *“La o el notario notificará, a petición de parte, la revocatoria de mandato o poder, siempre que el domicilio de la persona por notificarse se encuentre dentro del cantón o jurisdicción territorial en el que ejerce sus funciones. La notificación se efectuará de conformidad con las reglas para la citación en persona o por boletas establecidas en el Código Orgánico General de Procesos”.*

CONCLUSIÓN

Con las reformas introducidas a la Ley Notarial, constantes en el Registro Oficial No. 913, Sexto Suplemento, de 30 de diciembre de 2016, quedan definidas las atribuciones exclusivas del Notario, en relación al otorgamiento y revocatoria de poderes de toda clase de compañías.

4. Extinción del usufructo, uso y habitación

CONSULTA

En relación a la extinción del usufructo que consta como atribución exclusiva del Notario, debe incorporarse también el uso y la habitación.

ANÁLISIS

En el Registro Oficial No. 913, Sexto Suplemento, de 30 de diciembre de 2016, se expide la Ley Reformativa de la Ley Notarial, por la cual se agrega al numeral 27 del Art. 18, las palabras uso y habitación, en consecuencia, en texto de dicho numeral queda así: *“Declarar la extinción de usufructo, uso y habitación previa la justificación instrumental correspondiente y de acuerdo con las reglas del Código Civil, a petición del nudo propietario en los casos siguientes: a) Por muerte del usufructuario usuario o habitador; b) Por llegada del día o cumplimiento de la condición prefijados para su terminación; y, c) Por renuncia del usufructuario usuario o habitador;”*

Por los demás casos contemplados en el Código Civil, el derecho de usufructo, uso y habitación, su extinción la declarará el Juez de lo Civil⁷⁵.

El párrafo último del Art. 18 de la Ley Notarial, dice: *“En estos casos y en el previsto en el artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de existir controversia, las y los interesados podrán demandar sus pretensiones por vía sumaria. Para el efecto, la o el notario a petición de parte, protocolizará y entregará en el plazo de tres días las copias de todo lo actuado.”*

De igual manera, en el mentado Registro Oficial No. 913, Sexto Suplemento, de 30 de diciembre de 2016, que contiene la Ley Reformatoria de la Ley Notarial, reza en su Disposición General Segunda, lo siguiente: *“En todos los casos en que se autorice ante una o un Notario contratos, actos de voluntad y otras diligencias de las que se generen derechos y obligaciones para dos o más partes, la o el notario de forma obligatoria hará constar la dirección del domicilio, el número telefónico fijo o móvil y de existir, el correo electrónico de cada parte, en el que podrán ser notificados en caso de controversia.”*

CONCLUSIÓN

En el caso consultado, con las reformas a la Ley Notarial queda definida la competencia del Notario para extinguir el derecho de usufructo, el de uso y habitación, pero únicamente de darse estos casos: a) muerte del usufructuario usuario o habitador; b) llegada del día o

⁷⁵ “Art. 820.- El usufructo se extingue también: (...) Por la resolución del derecho del constituyente, como cuando se ha constituido sobre una propiedad fiduciaria, y llega el caso de la restitución; Por consolidación del usufructo con la propiedad; Por prescripción; y, (...)”

Art. 821.- El usufructo se extingue por la destrucción completa de la cosa en que está constituido. Si sólo se destruye una parte, subsiste el usufructo en lo restante. Si todo el usufructo está reducido a un edificio, cesará para siempre por la destrucción completa de éste, y el usufructuario no conservará derecho alguno sobre el suelo. Pero si el edificio destruido pertenece a una heredad, el usufructuario de ésta conservará su derecho sobre toda ella.

Art. 823.- El usufructo termina, en fin, por sentencia de juez que, a instancia del propietario, lo declara extinguido, por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave, o por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa en que está constituido el usufructo. El juez, según la gravedad del caso, podrá ordenar, o que cese absolutamente el usufructo, o que vuelva al propietario la cosa, con cargo de pagar al usufructuario una pensión anual determinada, hasta la terminación del usufructo.”

cumplimiento de la condición prefijados para su terminación; y, c) renuncia del usufructuario usuario o habitador.

5. La extinción del patrimonio familiar

CONSULTA

Por cuanto con el COGEP es competencia exclusiva de los Notarios la extinción del patrimonio familiar, de acuerdo al numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial; pide aclarar la interrogante en virtud de lo que ordena el Art. 851 numeral 4 del Código Civil.

ANÁLISIS

El numeral 4 del Art. 851 del Código Civil, fue reformado por la Disposición Reformatoria Quinta, numeral 16 del COGEP, en el siguiente sentido: *“Son causas de extinción del patrimonio familiar ya constituido (...) 4. La subrogación por otro patrimonio que podrá ser autorizada por el juez o el notario o notaria, previa solicitud del instituyente. El juez o el notario o notaria calificará la conveniencia en interés común de los beneficiarios”*.

El numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial, dice:

Receptar la declaración juramentada del titular de dominio, con la intervención de dos testigos idóneos que acrediten la necesidad de extinguir o subrogar, de acuerdo a las causales y según el procedimiento previsto por la Ley, el patrimonio familiar constituido sobre sus bienes raíces, en base a lo cual el Notario elaborará el acta que lo declarará extinguido o subrogado y dispondrá su anotación al margen de la inscripción respectiva en el Registro de la Propiedad correspondiente; En los casos en que el patrimonio familiar se constituye como mandato de la Ley, deberá adicionalmente contarse con la aceptación de las instituciones involucradas. Si tales instituciones ya no existen, están inactivas, liquidadas o canceladas o no hay la documentación de las mismas en el órgano regulador competente y así se certifica, no será necesaria su aceptación.

CONCLUSIÓN

Por lo cual, según las reformas introducidas al Art. 18 de la Ley Notarial, son competencias exclusivas de los Notarios, entre otras la extinción del patrimonio familiar cuando se encuentra en los escenarios descritos en los numerales 1 al 3 del Art. 851 del Código Civil⁷⁶.

Pero tratándose del numeral 4, esto es, subrogación por otro patrimonio, existe competencia concurrente tanto del Notario como del Juez.

Citación

1. Naturaleza jurídica de la comisión y el deprecatorio

CONSULTA

¿Se puede Comisionar la práctica de citaciones al Teniente Político? y, ¿Cabe ordenar el nombramiento de perito y la presentación de su informe, en el caso de haberse Deprecado a otro juez el embargo de un bien?

ANÁLISIS

El Art. 72 del COGEP, permite ordenar a otro juzgador, mediante deprecatorio o comisión la práctica de diligencias mediante deprecatorio o comisión dentro del territorio nacional, excluyendo la realización de audiencias y la práctica de prueba.

El Art. 146 del Código Orgánico de la Función Judicial, señala que: *“Cuando deban practicarse diligencias judiciales fuera del lugar de funcionamiento del tribunal o juzgado, podrán éstos deprecar o comisionar a tribunales o juezas o jueces para que las practiquen. El*

⁷⁶ “1. El fallecimiento de todos los beneficiarios, si el constituyente es célibe; 2. La terminación del estado de matrimonio, siempre que hubieren fallecido los beneficiarios; 3. El acuerdo entre los cónyuges si no existiere algún hijo o nieto de uno de ellos o de ambos, que tuviere derecho a ser beneficiario (...)”

deprecado o comisionado no podrá excusarse, ni aceptar recurso alguno, solicitud de excusa o demanda de recusación o cualquier otro petitorio que tienda a entorpecer la ejecución del deprecatorio o despacho, ni dejar de cumplirlos con la prontitud y exactitud debidas, bajo su responsabilidad personal.”

De igual manera el Art. 41 del COGEP, dice que: “(...) Aun cuando haya procuradora o procurador en el proceso, se obligará a la o al mandante a comparecer, siempre que tenga que practicar personalmente alguna diligencia, como absolver posiciones, reconocer documentos u otros actos semejantes. Cuando la naturaleza de la diligencia lo permita, la o el juzgador autorizará que la comparecencia de la o el mandante se realice mediante videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología. Si se halla fuera del lugar del proceso, se libraré deprecatorio o comisión, en su caso, para la práctica de tal diligencia. Si se encuentra fuera del país se libraré exhorto.”

El inciso final del Art. 63 del mismo cuerpo legal, dice que: “El Consejo de la Judicatura reglamentará el sistema de acreditación de las personas naturales o jurídicas que deban realizar la citación.”

El 22 de octubre del 2015, el Pleno del Consejo de la Judicatura, emite la RESOLUCIÓN No. 300-2015, Registro Oficial No. 613, que contiene el “Reglamento del Sistema de acreditación de las personas naturales o jurídicas que deban realizar la citación y de su funcionamiento”; en cuyo Art. 20 se estipula: “Al prestador de servicio le corresponde la correcta ejecución del servicio de citaciones a nivel nacional, acorde a los términos contractuales y demás documentos normativos referentes al proceso de citaciones (...).”

CONCLUSIÓN

Por lo cual, quienes deben realizar las citaciones a nivel nacional son las personas jurídicas o privadas acreditadas por el Consejo de la Judicatura, sin que esté autorizado el Teniente Político para realizar dicho acto procesal de acuerdo al COGEP.

En relación a la segunda inquietud, data del propio texto del Art. 72 del COGEP, que el Deprecatorio tiene por objeto la práctica de una

diligencia, siendo lógico que si el inmueble se encuentra en lugar distinto de la sede judicial, para ejecutar la orden de embargo, se deba deprecar al juez donde esté ubicado el inmueble, diligencia procesal que implica:

- a) Designar el depositario judicial
- b) Ordenar a la Policía Nacional de ejecución del embargo
- c) Mandar inscribir del embargo en el registro correspondiente
- d) Disponer el avalúo del bien, nombrando un perito
- e) Subir el informe pericial en el sistema SATJE

2. Citación por los medios de comunicación

CONSULTA

De acuerdo al Art. 56 numeral 2 inciso 2 del Código Orgánico General de Procesos ¿se debe justificar documentadamente, las investigaciones previamente realizadas por el actor, sobre la imposibilidad de ubicar al demandado cuando se solicita se lo cite por los medios de comunicación?

ANÁLISIS

Cuando no se ha podido citar en persona o por boletas y se desconoce el domicilio del demandado, el actor debe declarar con juramento que ha realizado todas las gestiones para dar con el mismo, pero que ha sido imposible localizarlo; el Art. 56 del COGEP dice: *“(…) La declaración de que es imposible determinar la individualidad, el domicilio o residencia de la o del demandado y que se han efectuado todas las diligencias necesarias, para tratar de ubicar a quien se pide citar de esta forma, como acudir a los registros de público acceso, la hará la o el solicitante bajo juramento que se presentará ante la o el juzgador del proceso o mediante deprecatorio a la o al juzgador del domicilio o residencia de la o del actor”.*

Si bien es cierto, al actor no se le exige la presentación de la documentación obtenida sobre el acceso a los registros públicos, sin embargo, es su obligación hacerlo antes de emitir su juramento, puesto

que su omisión le puede acarrear consecuencias penales. Sólo en caso de negativa directa, deberá solicitar al juez de contravenciones que ordene el acceso, conforme lo determina el Art. 231 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dispone de su competencia, lo siguiente: “4. Conocer las diligencias preprocesales de prueba material en materia penal y civil, (...)”

Sólo en casos excepcionales, cuando el juez de contravenciones no permita el acceso a los registros públicos mediante negativa debidamente motivada, será el juez que conozca la causa principal quien lo ordene; en este caso, no se está incumpliendo la prohibición que se establece en el inciso final del Art. 143 del COGEP, que dice: “La o el juzgador no ordenará la práctica de ninguna prueba en contravención a esta norma y si de hecho se practica, carecerá de todo valor probatorio.”

En relación a la forma de realizar las citaciones y las personas encargadas de la misma, en armonía con el COGEP, la Disposición General Segunda de la Resolución No. 300-2015 del Pleno del Consejo de la Judicatura, preceptúa: “En aquellas jurisdicciones provinciales y/o judicaturas donde lo estime necesario, el Consejo de la Judicatura acreditará y podrá disponer la citación con las y los servidores judiciales, conforme el requerimiento debidamente sustentado de cada Directora o Director Provincial y previo informe de la Dirección Nacional de Gestión Procesal”.

Según dicha Resolución, se prevé que progresivamente se encarguen de ejecutar las citaciones, personas jurídicas o naturales, públicas o privadas acreditadas ante el Consejo Nacional de la Judicatura para prestar dicho servicio.

El Código Orgánico Integral Penal, prevé en el Art. 270, lo siguiente: “Perjurio y falso testimonio.- La persona que, al declarar, confesar, informar o traducir ante o a (sic) autoridad competente, falte a la verdad bajo juramento, cometa perjurio, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años; (...)”

CONCLUSIÓN

Para proceder a citar a través de los medios de comunicación, no se requiere adjuntar la documentación sobre los registros de público acceso; sino que se requiere declarar bajo juramento lo siguiente: a) que ha sido imposible determinar la individualidad, el domicilio o residencia del demandado; y, b) que se han realizado todas las diligencias necesarias para tratar de ubicarlo, como acudir a los registros de público acceso.

3. Citación en consulados

CONSULTA

De acuerdo al Art. 56 se debe citar mediante carteles fijados en el consulado cuando se sabe que el citado está registrado, pero ¿qué sucede si estando en el exterior no consta en el registro consular?

ANÁLISIS

Cuando no se ha podido citar en persona o por boletas y se desconoce el domicilio del demandado, el actor debe declarar con juramento que ha realizado todas las gestiones para dar con el mismo, pero que ha sido imposible localizarlo; el Art. 56 del COGEP dice: “(...) *La declaración de que es imposible determinar la individualidad, el domicilio o residencia de la o del demandado y que se han efectuado todas las diligencias necesarias, para tratar de ubicar a quien se pide citar de esta forma, como acudir a los registros de público acceso, la hará la o el solicitante bajo juramento que se presentará ante la o el juzgador del proceso o mediante deprecatorio a la o al juzgador del domicilio o residencia de la o del actor*”.

CITACIÓN DEL DEMANDADO CUANDO SALIÓ DEL PAÍS Y SE DESCONOCE SU DOMICILIO.- De acuerdo al artículo 56 del COGEP, para proceder a la citación al demandado a través de uno de los medios de comunicación, se debe cumplir lo siguiente: 1.- Declarar bajo juramento que ha sido imposible determinar la individualidad, el domicilio o residencia y que se han efectuado todas las diligencias necesarias para tratar de ubicarlo, como acudir a los registros de público acceso. 2.- Adjuntar la certificación del Ministerio de

Relaciones Exteriores que indique si la persona salió del país o consta en el registro consular. 3.- Si se verifica que el demandado salió del país, se lo citará mediante carteles fijados en el consulado en el que se encuentra registrado.

El Art. 69 del Código Orgánico General de Procesos, señala que: *“Cuando la o el juzgador deba comunicar a una autoridad o a un tercero una providencia para el cumplimiento de un acto procesal, lo hará a través de una comunicación debidamente registrada en el proceso, enviada por medio físico o digital.”*

Mediante Acuerdo Ministerial 85, en el Registro Oficial 636 de 26 de noviembre de 2015, se expidió el INSTRUCTIVO PARA CERTIFICACION Y CITACIÓN CONFORME ART 56 DEL COGEP, en cuyo Art. 3, dice:

Citación en oficinas consulares: Recibida la orden de citación emitida por autoridad competente las Coordinaciones Zonales, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos, remitirán, por cualquier medio, la citación a la Oficina Consular correspondiente o a la Oficina Consular que tenga jurisdicción en la ciudad donde se habría trasladado el ciudadano al salir del Ecuador. Las Oficinas Consulares deben publicar la citación en sus carteleras o paneles de difusión ubicados en un lugar visible de sus instalaciones. En caso de que la Oficina Consular cuente con información de contacto como correo electrónico o número de teléfono del ciudadano demandado, se procederá a informarlo de la existencia de esta citación. El Jefe de la Oficina Consular o Cónsul dejarán constancia de lo actuado con un registro fotográfico y remitirá en el término de 3 días una certificación de la diligencia a la Coordinación Zonal respectiva, para que la misma sea entregada a la autoridad competente. Se creará un archivo virtual y físico en las oficinas Consulares o Consulados de las citaciones, la constancia de su publicación y la comunicación enviada al Ecuador.

CITACIÓN DEL DEMANDADO ECUATORIANO O EXTRANJERO MEDIANTE EXHORTO CUANDO SE CONOCE EL DOMICILIO EN EL EXTERIOR.- El doctor Miguel Ángel Narváez Carvajal, ha definido

al exhorto como “[...] la realización de actuaciones judiciales fuera de su ámbito territorial de un país, es decir en el extranjero, en otro Estado [...]”. Adicionalmente, se analiza que “[...] en el ámbito jurídico el exhorto es un despacho o documentación que se libra dentro de la tramitación de un proceso, entre juezas o jueces, a partir del pedido o ruego de que se practiquen fuera de su territorio determinadas diligencias [...]”.

En la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, su Art. 2 señala que: “La presente Convención se aplicará a los exhortos o cartas rogatorias expedidos en actuaciones y procesos en materia civil o comercial por los órganos jurisdiccionales de uno de los Estados Partes en esta Convención, y que tengan por objeto: La realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero; La recepción y obtención de pruebas e informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto.”

El Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, en su Art. 388, indica que “Toda diligencia judicial que un Estado contratante necesite practicar en otro, se efectuará mediante exhorto o comisión rogatoria por la vía diplomática. Sin embargo, los Estados contratantes podrán pactar o aceptar entre sí, en materia civil o criminal, cualquier otra forma de transmisión.” Y en el Art. 427 que: “La citación de la parte a quien deba oírse se practicará por medio de exhorto o comisión rogatoria, según lo dispuesto en este Código, si tuviere su domicilio en el extranjero y careciere en el país de representación bastante, o en la forma establecida por el derecho local si tuviere el domicilio en el Estado requerido.”

En el Código Orgánico General de Procesos, el Art. 70 indica que: “Las comunicaciones dirigidas a autoridades en el extranjero se enviarán por medio de exhorto o carta rogatoria conforme con lo dispuesto en los tratados e instrumentos internacionales.”; y el Art. 57, dice que: “La citación a las y los ecuatorianos en el exterior cuyo domicilio se conoce se realizará mediante exhorto a las autoridades consulares.”

Por lo que:

1. Si el país de destino es parte de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, la base legal es: COGEP, COFJ, Ley Orgánica del Servicio Exterior, Convención Interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias, Protocolo a la Convención Interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias, Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante.
2. Si el Estado de destino está ubicado en Europa, Asia, África, Oceanía o países interamericanos que no sean parte de los convenios interamericanos, la emisión del exhorto se fundamentará: COGEP, COFJ, Ley Orgánica del Servicio Exterior, y Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

El trámite del exhorto sería el siguiente: a) El juzgador emite la providencia ordenando la citación por exhorto, b) El presidente de Corte Nacional de Justicia (examen de forma y fondo), c) La Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, remite al exterior d) El Cónsul Ecuatoriano en el exterior realiza las citaciones y devuelve por el mismo canal.

CONCLUSIÓN

Para proceder a citar a través de los medios de comunicación, no es necesario adjuntar la documentación sobre los registros de público acceso; sino que se requiere declarar bajo juramento lo siguiente: a) que ha sido imposible determinar la individualidad, el domicilio o residencia del demandado; y, b) que se han realizado todas las diligencias necesarias para tratar de ubicarlo, como acudir a los registros de público acceso.

Si se desconoce el domicilio del demandado en el exterior, pero consta en el registro consular, se lo citará mediante carteles fijados en el consulado en el que se encuentra registrado, mediante orden del juzgador dirigida a la Coordinación Zonal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, no a las embajadas ni otras instancias en el exterior. El Cónsul publica la citación en las carteleras o paneles de la Oficina Consular, de lo cual se deja constancia en un

registro fotográfico, y lo remite a la Coordinación Zonal en el término de 3 días, para ser devuelta al juzgador.

Cuando se conoce la dirección del demandado en el exterior, se citará de acuerdo al Art. 57 del COGEP, es decir, mediante exhorto.

Pero si no se conoce la dirección del demandado en el extranjero, como tampoco se tiene constancia en el registro consular, pero existe el movimiento migratorio que salió del País, se procederá a citarlo así: a) En un periódico de amplia circulación del lugar donde se presenta la demanda; b) Por fijación de carteles en todos los consulados del País de destino, de acuerdo al movimiento migratorio; y, c) Por la radio, sólo a criterio del juzgador cuando éste sea el principal medio de comunicación del lugar.

4. Citación a herederos

CONSULTA

El COGEP nada dice con relación a la citación de los herederos del litigante fallecido en el decurso de un juicio, lo que se preveía el Art. 83 del Código de Procedimiento Civil.

ANÁLISIS

El Art. 58 del COGEP claramente establece: *“Citación a las y los herederos. A las y los herederos conocidos se citará personalmente o por boleta. A las o los herederos desconocidos cuya residencia sea imposible determinar se citará a través de uno de los medios de comunicación, en la forma prevista en este Código”*.

El Art. 34 dice: *“Representación del causante. Las o los herederos no podrán ser demandados ni ejecutados sino luego de aceptar la herencia. Si no han aceptado la herencia, la demanda se dirigirá en contra del curador de la herencia yacente”*.

Es preciso mirar a esta institución desde la perspectiva de la interpretación dinámica o evolutiva de las normas, esto es, a partir de las cambiantes situaciones sociales, políticas, económicas, etc., para

no hacerlas inoperantes o ineficientes. Así como utilizar el principio de la eficacia integradora, que consiste en promover la formación y mantenimiento de un determinado cuerpo normativo, con el fin de potenciar las soluciones que refuercen su adecuada integridad.

Por ello, cabe referirse a la manera como el legislador maximiza en cada una de las normas, el respeto y obediencia de los derechos humanos, llegando a conceptualizar el derecho a la defensa y la garantía al debido proceso como entes jurídicos representativos de un Estado Constitucional de derechos y justicia.

El legislador ha dotado a las notificaciones de las diligencias notariales que son actuaciones jurídicas administrativas, de las solemnidades que se establecen en el COGEP para las citaciones.

En el Registro Oficial No. 913, Sexto Suplemento, de 30 de diciembre de 2016, se publica la Ley Reformatoria a la Ley Notarial, sustituyéndose el numeral 35 del Art. 18, por el siguiente: *“Solemnizar el desahucio, (...), la o el notario notificará a la o al desahuciado de conformidad con las reglas para la citación personal o por boletas previstas en el Código Orgánico General de Procesos.”*; luego en el numeral 38, se lee: *“La o el notario notificará, a petición de parte, la revocatoria de mandato o poder, (...). La notificación se efectuará de conformidad con las reglas para la citación en persona o por boletas establecidas en el Código Orgánico General de Procesos.”*

Más aún se estima adecuado aplicar las reglas para la citación cuando sea necesario notificar a los herederos del litigante fallecido dentro del decurso de una Litis.

CONCLUSIÓN

Por lo que, de fallecer uno de los litigantes en el transcurso del proceso, debe procederse conforme a las mismas reglas previstas de la citación a los herederos, así a los herederos conocidos personalmente o por boleta, y a los desconocidos cuya residencia sea imposible determinar se citará a través de uno de los medios de comunicación; desde luego que los herederos tomarán la causa en el estado en el cual se encuentre.

5. Citación por boletas

CONSULTA

Se hace la siguiente pregunta: ¿Es válida la boleta de citación entregada a un empleado de la casa, cuando no se encuentra en el domicilio el demandado? Puesto que el Art. 55 del COGEP indica que se entregará a cualquier persona de su familia, y al mismo tiempo señala que si no se encuentra a quien entregar se fijará en la puerta de habitación.

ANÁLISIS

El Artículo 55 del COGEP establece: *“Citación por boletas. Si no se encuentra personalmente a la o el demandado, se le citará por medio de tres boletas que se entregarán en días distintos en su domicilio o residencia a cualquier persona de la familia. Si no se encuentra a persona alguna a quien entregarlas se fijarán en la puerta del lugar de habitación. (...).”*

Para entender lo que en nuestra legislación se comprende dentro del grupo familiar, es adecuado recurrir al Código Civil, en cuyo Art. 829 dice: *“La familia comprende la mujer y los hijos, tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después; y esto, aún cuando el usuario o habitador no estén casados, ni hayan reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario, y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos.”*

El propio Art. 55 del COGEP, en su inciso segundo, tratándose de persona jurídica, permite la entrega de la citación a los dependientes o empleados siempre y cuando no se encuentre el representante legal, y se verifique que la persona jurídica está activa, que es su establecimiento y que se lo haga en horario hábil.

CONCLUSIÓN

Por lo que un trabajador de servicio, conserje, guardia, etc., no queda comprendido dentro de la definición de familia dada por el

Código Civil, en consecuencia, al citarse a una persona natural, no debe entregarse la citación a otra persona que no sea el demandado o un miembro de su familia, y sólo en caso de no encontrarse estos últimos, se procederá a fijar la boleta en la puerta de habitación.

6. Citación por comisión

CONSULTA

¿Se puede Comisionar la práctica de citaciones al Teniente Político? El Código Orgánico de la Función Judicial, en los Arts. 145 y 146 establecen que un juez puede realizar diligencias en otro lugar distinto al que ejerce competencia cuando éstas sean necesarias para verificar la verdad.

ANÁLISIS

El Art. 72 del COGEP, permite ordenar a otro juzgador, mediante deprecatorio o comisión la práctica de diligencias mediante deprecatorio o comisión dentro del territorio nacional, excluyendo la realización de audiencias y la práctica de prueba.

De igual manera el Art. 41 dice que: *“(...) Aun cuando haya procuradora o procurador en el proceso, se obligará a la o al mandante a comparecer, siempre que tenga que practicar personalmente alguna diligencia, como absolver posiciones, reconocer documentos u otros actos semejantes. Cuando la naturaleza de la diligencia lo permita, la o el juzgador autorizará que la comparecencia de la o el mandante se realice mediante videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología. Si se halla fuera del lugar del proceso, se librárá deprecatorio o comisión, en su caso, para la práctica de tal diligencia. Si se encuentra fuera del país se librárá exhorto.”*

El inciso final del Art. 63 del mismo cuerpo legal, dice que: *“El Consejo de la Judicatura reglamentará el sistema de acreditación de las personas naturales o jurídicas que deban realizar la citación.”*

El 22 de octubre del 2015, el Pleno del Consejo de la Judicatura, emite la RESOLUCIÓN No. 300-2015, Registro Oficial No. 613, que

contiene el *“Reglamento del Sistema de acreditación de las personas naturales o jurídicas que deban realizar la citación y de su funcionamiento”*; en cuyo Art. 20 se estipula: *“Al prestador de servicio le corresponde la correcta ejecución del servicio de citaciones a nivel nacional, acorde a los términos contractuales y demás documentos normativos referentes al proceso de citaciones (...).”*

CONCLUSIÓN

Por lo cual, quienes deben realizar las citaciones a nivel nacional son las personas jurídicas o privadas acreditadas por el Consejo de la Judicatura, sin que esté autorizado el Teniente Político para realizar dicho acto procesal de acuerdo al COGEP.

7. Requisitos de las actas de citación

CONSULTA

Se interroga sobre lo siguiente: *“No existe constancia en las actas de citación, de la fecha de acto, ni firmas que justifiquen la realización de esta actuación”*. Los citadores no cumplen con lo previsto en el Art. 53 del Código Orgánico General de Procesos.

ANÁLISIS

En Art. 63 del COGEP, describe la forma de proceder del citador, en este sentido: *“En el proceso se extenderá acta de la citación con la expresión del nombre completo de la o del citado, la forma en la que se la haya practicado y la fecha, hora y lugar de la misma. La o el citador tendrá responsabilidad administrativa, civil y penal por el incumplimiento de sus obligaciones, incluida la certificación de la identidad de la persona citada y de la determinación del lugar de la citación. Se deja a salvo la responsabilidad del Estado por la falta o deficiencia en la prestación del servicio. La o el citador podrá hacer uso de cualquier medio tecnológico para dejar constancia de lo actuado. El Consejo de la Judicatura reglamentará el sistema de acreditación de las personas naturales o jurídicas que deban realizar la citación.”*

Mediante resolución 300-2015, el Pleno del Consejo de la Judicatura, expidió el Reglamento del sistema de acreditación de las personas

naturales o jurídicas que deban realizar la citación y de su funcionamiento; en el cual se detalla la manera en que debe procederse para la citación⁷⁷.

CONCLUSIÓN

Por lo cual, en el caso consultado, las actas de citación deben realizarse conforme al Código Orgánico General de Procesos y al “Reglamento del sistema de acreditación de las personas naturales o jurídicas que deban realizar la citación y de su funcionamiento”.

Por ejemplo, si en el acta citatoria no existe fecha, siendo la “Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente”, solemnidad sustancial de acuerdo al Art. 107.4 del COGEP, siempre y cuando tal omisión haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y reclame por tal omisión; deberá declararse la nulidad del acta citatoria a costa del citador, y se ordenará que se cite en legal y debida forma.

⁷⁷ “Art. 7.- Del Procedimiento.- Para realizar las citaciones se deberá cumplir el siguiente procedimiento:
7.1. Calificada por la o el juez la demanda, acto pre-procesal o diligencia previa, la o el secretario a cargo del proceso judicial, elaborará y suscribirá las boletas de citación, para lo cual deberá cerciorarse, bajo su exclusiva responsabilidad, que en las mismas se incluyan los siguientes datos: nombres y apellidos completos, la designación del lugar en que debe citarse a la o el demandado o la parte contra la que se hará valer el acto pre-procesal o diligencia previa, entendiéndose como tal: calle principal, calle secundaria, nomenclatura o numeración y, de ser posible, una referencia y demás identificativos necesarios para que la o el citador realice la diligencia;
7.2. Ejecutoriado el auto de calificación, la o el secretario procederá con la entrega de las boletas de citación debidamente diligenciadas, en un término no mayor a veinte y cuatro (24) horas, a la o el delegado o responsable de citaciones de la dependencia judicial, salvo en los casos de las acciones constitucionales y las demás en las que la ley disponga plazos o términos diferentes, en cuyo caso se deberán entregar en estos tiempos específicos, si son antes de las referidas veinte y cuatro (24) horas;
7.3. La o el delegado o responsable de citaciones de la dependencia judicial recibirá diariamente de las y los secretarios las respectivas boletas de citación, y procederá a cotejar el número de boletas. En caso de detectar que la documentación se encuentre incompleta, devolverá a la o el secretario; y,
7.4. La o el delegado o responsable de citaciones de la dependencia judicial entregará al personal designado por la o el prestador del servicio, las boletas de citaciones, documentos y copias necesarias para que realice la citación, para lo cual se deberá suscribir la correspondiente acta de entrega-recepción, conforme al formato: “Entrega de Documentación”, anexo 1 que forma parte de esta resolución.”

8. Citación en concurso necesario

CONSULTA

¿En el concurso necesario se puede aplicar las normas de la citación del Art. 56 del COGEP? De acuerdo a los Arts. 422 y 424 del Código Orgánico General de Procesos, se debe citar al deudor en su domicilio, esto involucra sólo a la citación personal o por boletas únicamente.

ANÁLISIS

El Art. 424 del COGEP dice: *“En el auto de apertura del concurso necesario, la o el juzgador dispondrá: 1. Citar en su domicilio a la o al deudor y convocarlo a la junta de acreedores que tendrá lugar en audiencia que se efectuará conforme con las reglas de este título y las generales previstas en este Código.”*

El Art. 56 del mismo Código Adjetivo, señala que:

A la persona o personas cuya individualidad, domicilio o residencia sea imposible determinar, se la citará mediante:

1. Publicaciones que se realizarán en tres fechas distintas, en un periódico de amplia circulación del lugar. De no haberlo, se harán en un periódico de la capital de provincia, asimismo de amplia circulación. Si tampoco hay allí, en uno de amplia circulación nacional. La publicación contendrá un extracto de la demanda o solicitud pertinente y de la providencia respectiva. Las publicaciones íntegras se agregarán al proceso.

2. Mensajes que se transmitirán en tres fechas distintas, por lo menos tres veces al día, en una radiodifusora de la localidad, en un horario de seis a veintidós horas y que contendrán un extracto de la demanda o solicitud pertinente. La o el propietario o la o el representante legal de la radiodifusora emitirá el certificado que acredite las fechas y horas en que se realizaron las transmisiones de mensajes y una copia del audio. La citación por la radio se realizará cuando, a criterio de la o del juzgador, este sea el principal medio de comunicación del lugar.

La declaración de que es imposible determinar la individualidad, el domicilio o residencia de la o del demandado y que

se han efectuado todas las diligencias necesarias, para tratar de ubicar a quien se pide citar de esta forma, como acudir a los registros de público acceso, la hará la o el solicitante bajo juramento que se presentará ante la o el juzgador del proceso o mediante deprecatorio a la o al juzgador del domicilio o residencia de la o del actor.

Para el caso anterior se adjuntará además la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores que indique si la persona salió del país o consta en el registro consular. Si se verifica que es así, se citará mediante carteles fijados en el consulado en el que se encuentra registrado.

La o el juzgador no admitirá la solicitud sin el cumplimiento de esta condición. De admitirla, deberá motivar su decisión.

Transcurridos veinte días desde la última publicación o transmisión del mensaje radial comenzará el término para contestar la demanda.

Si se acredita que la parte actora, su apoderado o ambos, faltaron a la verdad con respecto a la dirección domiciliaria o residencia de la o del demandado o respecto al hecho de no haber sido posible determinar su individualidad, se remitirá copia de lo actuado al fiscal respectivo, para la investigación.

Regla que es común para todos los procesos, y utilizando el principio interpretativo de la eficacia integradora, que consiste en promover la formación y mantenimiento de un determinado cuerpo normativo, con el fin de potenciar las soluciones que refuercen su adecuada integridad, se puede observar que el Código Orgánico General de Procesos, en varias instituciones hace referencia al último domicilio conocido del demandado, así:

“Art. 11.- Competencia excluyente.- Únicamente serán competentes para conocer las siguientes acciones: (...) 3. La o el juzgador del último domicilio del causante. Si la apertura de la sucesión se realiza en territorio extranjero y comprende bienes situados en el Ecuador, será competente la o el juzgador del último domicilio nacional del causante o del lugar en que se encuentren los bienes. (...)”

Del mismo modo tenemos en el Código Civil, el Art. 117 señala que: *“La demanda de divorcio se propondrá ante la jueza o el juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia del domicilio del cónyuge demandado; si se hallare en territorio extranjero, la demanda se propondrá en el lugar de su último domicilio en el Ecuador”*.

El Art. 67 del mismo código sustantivo, dice: *“1. La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el Ecuador, (...)”*.

CONCLUSIÓN

Por lo cual, es lógico que en el procedimiento de concurso necesario el deudor sea citado en persona o por boletas en el lugar de su domicilio, caso contrario mediante publicaciones de acuerdo al Art. 56 del COGEP, siendo competente en este último caso el juez del su último domicilio conocido en el Ecuador.

Competencia

1. Prorrogación de competencia

CONSULTA

¿Cabe declararse incompetente un juzgador en el auto de calificación de la demanda, o depende de la causa de incompetencia?, en vista de que en ciertos casos cabe la prorrogación de la competencia.

ANÁLISIS

Si bien es cierto, es obligación del juzgador al calificar una demanda, verificar su competencia, y en caso de no ser competente, deberá inadmitir la demanda, de acuerdo al Art. 147 del COGEP, que dice: *“La o el juzgador inadmitirá la demanda cuando: 1. Sea incompetente. (...)”*.

Cabe distinguir que de acuerdo al Art. 156 del Código Orgánico de la Función Judicial, la competencia está distribuida en razón de: *“las personas, del territorio, de la materia, y de los grados.”*

Al ingresar una demanda el juzgador verificará su competencia, debiendo emitir auto de inadmisión si no es competente en razón del fuero del demandado, de la materia y de los grados. Es así que le corresponde al juez de lo civil y mercantil de primera instancia, inadmitir la demanda en el caso de que el demandado tenga fuero de Corte Nacional, como cuando el Presidente de la República, es demandado, conforme lo dice el Art. 190 del Código Orgánico de la Función Judicial: *“La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: (...) 2. Conocer en primera y segunda instancia las controversias que en asuntos civiles se incoen contra el Presidente de la República; (...)”*.

Debe inadmitirla también, cuando ante el juez de lo civil y mercantil de primera instancia, le sea presentada una demanda de divorcio contencioso con hijos dependientes, pues de acuerdo al Art. 234 del Código Orgánico de la Función Judicial, esta competencia le corresponde a las juezas y jueces de la familia, mujer, niñez y adolescencia, debido a que según el numeral 1, les corresponde conocer y resolver: *“Sobre las materias del Código Civil comprendidas desde el título del Matrimonio hasta la correspondiente a la Remoción de Tutores y Curadores, inclusive; así como las materias comprendidas en el libro tercero de dicho Código, sin perjuicio de las atribuciones que en estas materias posean también las notarías y notarios”*.

De igual manera el juez de lo civil y mercantil de primera instancia, procederá a inadmitir la demanda, cuando se le solicite que homologue una sentencia extranjera, ya que de acuerdo al Art. 208.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, le corresponde a las salas de las Cortes Provinciales: *“Conocer, en única instancia, las causas para el reconocimiento u homologación de las sentencias extranjeras, que, de acuerdo a la materia, corresponderá a la Sala Especializada. En caso de existir dos salas, se establecerá la competencia por sorteo. Una vez ejecutoriada la sentencia que declare el reconocimiento u homologación de la sentencia extranjera, la ejecución de la misma corresponderá al juzgador de primer nivel del domicilio del demandado, competente en razón de la materia”*.

En estos casos, de incompetencia por el fuero, por la materia y por los grados, será en el primer auto que se inadmita la demanda; en cuanto a la falta de competencia en razón del territorio, así lo declarará cuando el asunto que llegue a su conocimiento, sea uno de los casos de competencia excluyente detallados en el Art. 11 del COGEP, por lo que: *“Unicamente serán competentes para conocer las siguientes acciones: 1. La o el juzgador del domicilio del trabajador en las demandas que se interpongan contra este. Queda prohibida la renuncia de domicilio por parte de la o del trabajador. 2. La o el juzgador del lugar donde está la cosa a la que se refiere la demanda en los asuntos para cuya resolución sean necesarios conocimientos locales o inspección judicial, como sobre linderos, curso de aguas, reivindicación de inmuebles, acciones posesorias y otros asuntos análogos. 3. La o el juzgador del último domicilio del causante. Si la apertura de la sucesión se realiza en territorio extranjero y comprende bienes situados en el Ecuador, será competente la o el juzgador del último domicilio nacional del causante o del lugar en que se encuentren los bienes. 4. La o el juzgador del lugar donde se abra la sucesión, en los procesos de inventario, petición y partición de herencia, cuentas relativas a esta, cobranza de deudas hereditarias y otras provenientes de una testamentaria. 5. La o el juzgador del domicilio del pupilo en las cuestiones relativas a tutela o curaduría, aunque el tutor o curador nombrado tenga el suyo en lugar diferente.”*

Cuando se trata de un asunto de divorcio, de acuerdo al Art. 117 del Código Civil, *“La demanda de divorcio se propondrá ante la jueza o el juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia del domicilio del cónyuge demandado; si se hallare en territorio extranjero, la demanda se propondrá en el lugar de su último domicilio en el Ecuador.”*

El 22 de febrero del 2017, la Corte Nacional de Justicia, emite la RESOLUCIÓN No. 06-2017, sobre el juez competente para conocer el procedimiento de ejecución de ciertos títulos de ejecución:

Art. 1.- En aplicación de los principios previstos en el Art. 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, y las reglas del Art. 102 del Código Orgánico General de Procesos, las solicitudes para la ejecución de los títulos contemplados en los

numerales 2. Laudo arbitral, 3. Acta de mediación y 6. Actas transaccionales del Art. 363 *ibídem*, serán conocidas por la o el juzgador de primera instancia de la materia del domicilio del ejecutado. (Subrayado fuera de texto)

Nos queda por analizar la competencia en razón del territorio prevista en los Arts. 9 y 10 del Código Orgánico General de Procesos⁷⁸, el primero en relación con el domicilio de la persona demandada y el segundo sobre la competencia concurrente. Sólo en estos casos el juzgador no debe inadmitir la demanda por incompetencia en el primer auto, ya que exista la posibilidad de que se aplique las reglas de la prorrogación de competencia, que conforme al Art. 162 del Código Orgánico de la Función Judicial, consiste en lo siguiente: *“La jueza, juez o tribunal que, en principio, no es naturalmente*

⁷⁸ Art. 9.- Competencia territorial. Por regla general será competente, en razón del territorio y conforme con la especialización respectiva, la o el juzgador del lugar donde tenga su domicilio la persona demandada. La persona que tenga domicilio en dos o más lugares podrá ser demandada en cualquiera de ellos. Si se trata de cosas que dicen relación especial a uno de sus domicilios exclusivamente, solo la o el juzgador de este será competente para tales casos. La persona que no tenga domicilio fijo, podrá ser demandada donde se la encuentre. Si la demandada es una persona jurídica con la que se celebró un contrato o convención o que intervino en el hecho que da origen al asunto o controversia, será competente la o el juzgador de cualquier lugar donde esta tenga establecimientos, agencias, sucursales u oficinas.

Art. 10.- Competencia concurrente. Además de la o del juzgador del domicilio de la persona demandada, serán también competentes a elección de la persona actora, la o el juzgador:

1. Del lugar donde deba hacerse el pago o cumplirse la obligación respectiva.
2. Del lugar donde se celebró el contrato, si al tiempo de la demanda está presente la persona demandada o su procurador general o especial para el asunto que se trata.
3. Del lugar donde la persona demandada se haya sometido expresamente en el contrato.
4. Del lugar donde esté la cosa inmueble materia de la demanda. Si la demanda se refiere solamente a una parte del inmueble, la o el juzgador del lugar donde esté la parte disputada y si esta pertenece a diversas circunscripciones, la persona demandante podrá elegir la o al juzgador de cualquiera de ellas.
5. Del lugar donde esté ubicada la casa de habitación, si la cosa materia de la demanda está en dos o más cantones o provincias.
6. Del lugar donde estén situados los inmuebles, si una misma demanda tiene por objeto reclamar cosas muebles e inmuebles.
7. Del lugar donde se causaron los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de estos.
8. Del lugar donde se produzca el evento que generó el daño ambiental.
9. Del lugar donde se haya administrado bienes ajenos, cuando la demanda verse sobre las cuentas de la administración.
10. Del domicilio de la persona titular del derecho en las demandas sobre reclamación de alimentos o de filiación.

Cuando se trate de demandas en contra del Estado, la competencia se radicará en el domicilio de la o del actor y la citación podrá practicarse en la dependencia más cercana, de acuerdo a lo previsto en este Código.

competente para conocer de un determinado asunto, puede llegar a serlo si para ello las partes convienen expresa o tácitamente en prorrogarle la competencia territorial. Una vez que se le ha prorrogado la competencia, el juzgador excluye a cualquier otro, y no puede eximirse del conocimiento de la causa. La prorrogación expresa se verifica cuando una persona que no está, por razón de su domicilio, sometida a la competencia de la jueza o del juez, se somete a aquella expresamente, bien al contestar a la demanda, bien por haberse convenido en el contrato. La prorrogación tácita se verifica por comparecer en la instancia sin declinar la competencia, o porque antes no ha acudido el demandado a su juzgador para que la entable. En ningún caso se prorroga la competencia en razón de la materia.” (Subrayado fuera de texto)

Además, tenemos en el Art. 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que se puede renunciar expresa y tácitamente al convenio arbitral, y esta última se produce cuando *“presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral”*.

CONCLUSIÓN

En definitiva, el juzgador debe inadmitir en el primer auto, una demanda cuando sea incompetente en razón del fuero, de la materia, de los grados y de tratarse de asuntos de competencia excluyente (Art. 11 COGEP).

El juzgador no inadmitirá la demanda en el primer auto, cuando el asunto a juzgarse tenga relación con la competencia territorial por el domicilio de la persona demandada o se trate de competencia concurrente (Arts. 9 y 10 COGEP); pues existe la posibilidad de que se prorrogue la competencia.

2. Contrato de arrendamiento de ente público

CONSULTA

¿Cuál es el juez que debe conocer los asuntos de contratos de arrendamiento con el Estado, civil o administrativo?

ANÁLISIS

El 2 de junio del 2015, se publica en el Suplemento del Registro Oficial No. 513, la RESOLUCIÓN No. 04-2015, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, sobre la definición de competencia en materia civil y contenciosa administrativa, por los constantes conflicto de competencia negativa, resolviendo: *“Artículo 1.- La jurisdicción contencioso administrativa será competente para conocer las controversias derivadas de contratos establecidos en los artículos 185.2 y 217.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, únicamente cuando el contrato sea de materia administrativa. (...)”*

CONCLUSIÓN

En torno a la pregunta formulada por la consultante, un contrato de arrendamiento entre la el Estado y un particular, corresponderá su conocimiento al juez de lo civil.

3. Conflicto de competencia

CONSULTA

¿Cuál es el trámite para el conflicto de competencia positivo o negativo?

ANÁLISIS

El trámite del conflicto de competencia se encuentra descrito en el Art. 14 del COGEP⁷⁹.

⁷⁹ “Art. 14.- Conflicto de competencia. Si una o un juzgador pretende la inhibición de otra u otro juzgador para conocer de un proceso, le remitirá oficio con las razones por las que se considera competente. La o el juzgador requerido contestará cediendo o contradiciendo en forma motivada en el término de tres días, contados desde que recibió el oficio. Con esta contestación, se dará por preparado y suficientemente instruido el conflicto positivo de competencia y sin permitirse otra actuación, se remitirá a la Sala Especializada de la Corte Nacional o Corte Provincial de Justicia a la que pertenece el tribunal o la o el juzgador provocante. Si al contrario, ninguna o ningún juzgador, avoca conocimiento del proceso aduciendo incompetencia, cualquiera de las partes solicitará a la o el último juzgador en declararse incompetente, que eleve el expediente al superior que corresponda, según lo dispuesto en el inciso anterior, para que resuelva el conflicto negativo de competencia. El conflicto de competencia se resolverá en mérito de los autos, salvo que por su complejidad se requiera información adicional a las partes o a las o los juzgadores involucrados. La resolución del conflicto de competencia, en ningún caso deberá superar el término de diez días. Mientras dure el conflicto de competencia el proceso principal estará suspendido. De la resolución que dirima el conflicto de competencia no cabrá recurso alguno.”

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, el conflicto de competencia es un trámite que se resolverá en mérito de los autos, salvo que por su complejidad se requiera información adicional a las partes o a las o los juzgadores involucrados, en cuyo caso el superior puede convocar a una audiencia de oficio sólo para tratar sobre un asunto específico y determinado, en base al Art. 87 inciso final del COGEP.

4. Debe prevalecer o no el principio de especialidad para determinar la competencia del juez de familia o de lo civil

CONSULTA

Es competencia de las juezas y jueces de primer nivel, conocer las demandas en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia, y en segunda instancia los recursos de apelación y de hecho, cuyas pretensiones hagan relación a asuntos comprendidos desde el título de Matrimonio hasta lo correspondiente a la Remoción de Tutores y Curadores, inclusive, así como las materias comprendidas en el Libro Tercero del Código Civil. Pero que hay asuntos como los que están únicamente en el Código de Procedimiento Civil -juicio de cuentas- en el que pueden ser los sujetos procesales familiares o cónyuges, así como asuntos que no están en los libros I y III del Código Civil, pero comprenden directamente situaciones que tienen relación con el Derecho de Familia –como el patrimonio familiar- regulado en el Libro II del Código Civil. En tal virtud se consulta si en casos como los mencionados, debe prevalecer el principio de especialidad, y por lo tanto, teniendo en cuenta los sujetos que están involucrados en la situación, establecer si la competencia es del juez de familia, mujer, niñez o adolescencia o del juez civil.

ANÁLISIS

La jurisdicción y competencia nacen de la Constitución y la ley, así lo consagra el Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo tanto, en la actualidad la competencia se encuentra distribuida entre las juezas y jueces de lo civil para conocer y resolver los asuntos determinados en el Art. 240 del Código Orgánico de la Función Judicial, teniendo por lo mismo, entre otras competencias, la

de conocer y resolver asuntos de materia patrimonial; mientras que las y los jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, conocen y resuelven todas las causas determinadas en el Art. 234 del mismo Código Orgánico de la Función Judicial, entre las que se encuentran materias del Primer Libro del Código Civil, comprendidas desde el título del Matrimonio hasta la correspondiente a la Remoción de Tutores y Curadores inclusive, esto es, también lo relacionado con la disolución y partición de gananciales (liquidación) de la sociedad conyugal (Art. 189 C.C), salvo en los lugares en donde no haya jueces de Familia, Niñez y Adolescencia, la competencia se extiende a los jueces de lo civil.

Por otro lado, es importante señalar que el Art. 11 del Código Orgánico de la Función Judicial claramente establece que la potestad jurisdiccional se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la competencia, con la salvedad que determina la propia norma legal.

Así mismo, la Constitución de la República en el Art. 175, establece una administración de justicia especializada para las niñas, niños y adolescentes, de suerte que todos los casos referente a los derechos de niñas, niños y adolescentes, cualquiera sea el asunto en controversia, jamás puede conocer una jueza o juez civil, puesto que se violaría norma constitucional y legal.

De igual manera, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en Resolución No. 04-2015, de fecha 6 de mayo de 2015, al resolver sobre los conflictos de competencia negativa, especialmente entre las Salas de lo Contencioso Administrativo y Civil de la Corte Nacional de Justicia, para conocer y resolver los casos de conflictos contractuales y de indemnizaciones de daños y perjuicios en los que intervine como parte procesal el Estado, en uno de los considerandos de dicha resolución se invoca precisamente la disposición del Art. 11 del Código Orgánico de la Función Judicial para señalar el principio de especialidad en la administración de justicia, según las diferentes áreas de la competencia, lo que implica que también en los casos de conflicto de competencia, se ha tomado en cuenta el principio de especialidad en la administración de justicia.

En virtud de todos lo manifestado y de conformidad con el principio de especialidad, a las juezas y jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia les corresponde conocer y resolver los asuntos cuya competencia se les ha otorgado, es decir, lo constante en los Libros Primero y Tercero del Código Civil, como también los asuntos relacionados con familia, mujer, niñez y adolescencia que no necesariamente se encuentren contemplados en aquellos libros del Código Civil; mientras que a las juezas y jueces de lo civil, les corresponde conocer y resolver todos los asuntos previstos en el Art. 240 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como los asuntos patrimoniales que se encuentren dentro del Primero y Tercer Libros del Código Civil, es decir, se debe aplicar el principio de especialidad.

Es importante también señalar que, el principio de espacialidad establecido en el Art. 11 del Código Orgánico de la Función Judicial, permite una justicia ágil, dinámica y transparente, mismo que no se contrapone al principio de seguridad jurídica contemplado en el artículo 25 *ibidem*. Este principio está presente cuando la norma especial contiene la materia de la norma general, más una nota o un elemento específico, es decir, la norma específica predomina con relación a la norma general. En consecuencia, existe una concurrencia aparente de normas sobre una materia, teniendo la norma especial, validez sobre la general. El principio de especialidad requiere: a) que la materia regulada sea la misma; y, b) que la norma especial contenga además de todos los elementos de la norma general, otro particular. Por lo tanto, es el único criterio necesario y suficiente para dilucidar los problemas que se presentan respecto al concurso aparente de disposiciones coexistentes.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con la ley debe prevalecer el principio de especialidad de acuerdo a la materia para establecer la competencia de juezas y jueces.

Daño Moral

- 1. Que el Art. 2232 del Código Civil da a entender que para que proceda la indemnización por daño moral, debe proceder primero el enjuiciamiento penal en el que se determine la existencia y sanción del delito**

CONSULTA

Quienes hayan sufrido daño moral tienen la facultad de concurrir a la autoridad jurisdiccional competente y plantear la acción civil para conseguir una indemnización de carácter económico que restaure el daño sufrido, pero la disposición del inciso tercero del Art. 2232 *ibídem*, hace entender que resulta necesario para que opere la acción en el ámbito civil de indemnización económica por daño moral que preceda el correspondiente enjuiciamiento penal en contra del accionado en el que se determine mediante sentencia ejecutoriada la existencia y sanción del delito, requisito sin el cual, según se colige del contenido de las normas legales en referencia, no procedería la acción civil de daño moral, por lo que no hay unidad de criterio y considera que se debe incorporar una disposición para que en forma clara determine cuando procede o no la acción de indemnización por daño moral.

ANÁLISIS

De conformidad con lo que disponen los Arts. 2231 y 2232 del Código Civil, la acción penal por delito o cuasidelito es totalmente independiente de la acción civil, ya sea por reparación integral, indemnización de daños y perjuicios o daño moral, pues, así lo establece expresamente el Art. 2234 del mismo Código Civil cuando prescribe: “Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulen otras leyes”. En consecuencia, no existe prejudicialidad penal para ejercer la acción civil respectiva por daño moral o por indemnización de daños y perjuicios, según fuere el caso. Sin embargo, actualmente se debe tener muy en cuenta que si se ha seguido el juicio penal debido al daño

causado por una infracción penal y el afectado ha planteado acusación particular reclamando la indemnización por el daño moral, el administrador de justicia en materia penal está en la obligación de fijar en el mismo proceso penal el monto o quantum de la indemnización por el daño moral reclamado, ya sea como parte de una reparación integral o como indemnización pecuniaria exclusivamente por el daño moral demandado, es decir, en este caso no es necesario seguir otro juicio civil aparte para establecer la indemnización pecuniaria por el daño moral, pues, así se establece claramente de lo que dispone Art. 622, numeral 6 del COIP cuando determina los requisitos de la sentencia.

CONCLUSIÓN

La acción penal por delito o cuasidelito es totalmente independiente de la acción civil, ya sea por reparación integral, indemnización de daños y perjuicios o daño moral, pero si se ha planteado ya el juicio penal, la o el juez debe en este mismo juicio determinar los daños y perjuicios o daño moral si es que se ha reclamado mediante la acusación particular, caso contrario en forma independiente puede seguirse el juicio civil de daños y perjuicios o daño moral.

Derivación

1. Momento procesal de la derivación

CONSULTA

Puesto que antes de la vigencia del COGEP, las causas se remitían a los centros de mediación al calificar la demanda o en cualquier momento procesal, ahora ¿Cuál es el momento procesal para remitir las causas a mediación, y cómo proceder en caso de negarse una de las partes a dicha remisión?

ANÁLISIS

Para ello es preciso analizar lo dispuesto en la Resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura No. 145-2016, relativa al *“INSTRUCTIVO PARA LA DERIVACION DE CAUSAS JUDICIALES A CENTROS DE*

MEDIACION Y EJECUCION DE ACTAS DE MEDIACION”, en cuyo Art. 4 se señala el momento procesal en que procede la derivación:

La derivación procede de oficio o a petición de parte en cualquier momento del proceso después de contestada la demanda. En el caso del procedimiento oral se aplicará lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 294 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Cabe la solicitud de derivación después de emitida la sentencia o resolución para acordar sobre su cumplimiento.

Del mismo modo, en dicho reglamento, en el Art. 5, se indica cómo proceder en caso de no aceptación de unas de las partes procesales, a su remisión:

Emitido el auto de derivación por parte del juez, las partes, dentro del término de tres (3) días, podrán aceptar o negarse a la mediación o solicitar cambio de centro de mediación; el silencio de las partes será considerado como aceptación tácita. (...)

CONCLUSIÓN

En consecuencia, en el procedimiento sumario cabe derivar a mediación después de contestada la demanda; en el procedimiento ejecutivo una vez que el demandado contestó válidamente la demanda; en el monitorio luego que el demandado formula oposición; y, en el procedimiento ordinario se aplicará el Art. 294.6

2. Ejecución de las actas de mediación

CONSULTA

¿Cómo se ejecutan las actas de mediación, producto de una derivación del juzgador, por el mismo juez que derivó o mediante nuevo ingreso de demanda de ejecución?

ANÁLISIS

Recordemos que el Art. 370 del COGEP manifiesta: *“Solicitud de ejecución. Si se trata de la ejecución de un título que no sea la sentencia o auto ejecutoriado, se deberá presentar una solicitud que, además*

de los requisitos de la demanda, contenga la identificación del título de ejecución que sirve de habilitante para presentar la solicitud.”

De la misma manera el Art. 363 al referirse a los títulos de ejecución señala: *“Son títulos de ejecución los siguientes: 1. La sentencia ejecutoriada. 2. El laudo arbitral. 3. El acta de mediación. 4. El contrato prendario y de reserva de dominio. 5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de este Código. 6. Las actas transaccionales. 7. Los demás que establezca la ley...”*

El 22 de febrero del 2017, la Corte Nacional de Justicia, emite la RESOLUCIÓN No. 06-2017, sobre el juez competente para conocer el procedimiento de ejecución de ciertos títulos de ejecución:

Art. 1.- En aplicación de los principios previstos en el Art. 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, y las reglas del Art. 102 del Código Orgánico General de Procesos, las solicitudes para la ejecución de los títulos contemplados en los numerales 2. Laudo arbitral, 3. Acta de mediación y 6. Actas transaccionales del Art. 363 *ibídem*, serán conocidas por la o el juzgador de primera instancia de la materia del domicilio del ejecutado.

En la Resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura No. 145-2016, relativa al “INSTRUCTIVO PARA LA DERIVACION DE CAUSAS JUDICIALES A CENTROS DE MEDIACION Y EJECUCION DE ACTAS DE MEDIACION”, se señala el momento procesal en el cual precedente la derivación, de acuerdo al procedimiento en el cual se esté juzgando, es así que el Art. 4 dice:

La derivación procede de oficio o a petición de parte en cualquier momento del proceso después de contestada la demanda. En el caso del procedimiento oral se aplicará lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 294 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Cabe la solicitud de derivación después de emitida la sentencia o resolución para acordar sobre su cumplimiento.

El Art. 294.6 del Código Orgánico General de Procesos, dice: *“La o el juzgador, de oficio, o a petición de parte, podrá disponer que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituido, para que se busque un acuerdo entre las partes. En caso de que las partes suscriban un acta de mediación en la que conste un acuerdo total, la o el juzgador la incorporará al proceso para darlo por concluido”*.

Se debe diferenciar si la materia del acuerdo causa cosa juzgada o no, es así el caso de un acta de mediación en la cual se resuelva por ejemplo el pago de un crédito de cinco mil dólares, que un acuerdo sobre una pensión alimenticia, patria potestad, visitas, tenencia, etc.; en el primer caso el acta de mediación causa cosa juzgada, en el segundo no.

CONCLUSIÓN

El juzgador competente para ejecutar el acta de mediación, en la que conste el acuerdo, será el mismo que derivó la causa a mediación.

Ejecución

1. Corrección del error de cálculo

CONSULTA

¿Está facultado un juez de primer nivel para corregir un error de cálculo de una sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia, o tiene que remitir nuevamente a la Sala correspondiente, a fin de que corrija?

ANÁLISIS

El Art. 100 del COGEP manifiesta que pronunciada y notificada la sentencia, no se la podrá modificar en parte alguna aunque se presenten nuevas pruebas; no obstante, *“Los errores de escritura, como de nombres, de citas legales, de cálculo o puramente numéricos podrán ser corregidos, de oficio o a petición de parte, aun durante la ejecución de la sentencia, sin que en caso alguno se modifique el sentido de la resolución”*.

Por otro lado, de acuerdo al Art. 99, los autos interlocutorios y las sentencias, adquieren autoridad de cosa juzgada, entre otros en el caso de: (...) 4. *Cuando los recursos interpuestos han sido desistidos, declarados desiertos, abandonados o resueltos y no existen otros previstos por la ley.*

El Art. 142 del Código Orgánico de la Función Judicial, señala que: *“Corresponde al tribunal, jueza o juez de primera instancia ejecutar las sentencias. No obstante, cuando la Corte Nacional de Justicia o las Cortes Provinciales hayan conocido de una causa en primera instancia, se remitirá el proceso a una jueza o juez de la materia de primer nivel competente del lugar en donde tenga su domicilio el demandado para que proceda a la ejecución del fallo. De haber dos o más juezas o jueces de la materia, la competencia se radicará por sorteo”.*

En el Art. 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación, también consta la facultad oficiosa de los árbitros para corregir errores del laudo arbitral, sean numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar; sin embargo, se lo debe hacer dentro del término de 3 días de notificado a las partes

CONCLUSIÓN

Por lo que, si la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia o por la Corte Nacional de Justicia, pasó ya en autoridad de cosa juzgada, es al juez de primera instancia que le corresponde por el principio de celeridad⁸⁰, materializar el derecho subjetivo adquirido en la resolución; dando efectividad a la fase de ejecución, y de ser el caso corregir de oficio o a petición de parte, los errores de escritura, como de nombres, de citas legales, de cálculo o puramente numéricos, sin que esto implique, en caso alguno modificar el sentido de la resolución.

⁸⁰ COFJ Art. 20.- PRINCIPIO DE CELERIDAD.- La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley.

2. Competencia para ejecución de actas laborales

CONSULTA

En relación a las actas transaccionales celebradas ante los jueces de lo laboral, ¿la ejecución corresponde a los jueces de la materia o a los jueces de lo civil por tratarse de un título de ejecución? El Acta transaccional es un acuerdo de voluntades celebrados ante autoridad competente, en caso de incumplimiento corresponde al juez civil llevar a cabo la ejecución del mismo; sin embargo en caso de las Actas transaccionales celebradas ante Juez laboral, debe ser ante el mismo juez que conoció la causa principal quien debe llevar la ejecución de la misma.

ANÁLISIS

Recordemos que el Art. 370 del COGEP manifiesta: *“Solicitud de ejecución. Si se trata de la ejecución de un título que no sea la sentencia o auto ejecutoriado, se deberá presentar una solicitud que, además de los requisitos de la demanda, contenga la identificación del título de ejecución que sirve de habilitante para presentar la solicitud.”*

De la misma manera el Art. 363 al referirse a los títulos de ejecución señala: *“Son títulos de ejecución los siguientes: 1. La sentencia ejecutoriada. 2. El laudo arbitral. 3. El acta de mediación. 4. El contrato prendario y de reserva de dominio. 5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de este Código. 6. Las actas transaccionales. 7. Los demás que establezca la ley...”*

Entonces estamos ante dos posibilidades, una que el acta transaccional se la realice ante juez laboral u otra autoridad administrativa laboral; y dos, que se realice ante un mediador o árbitro. En el primer escenario no hay duda que el competente será el Juez o la autoridad laboral, la interrogante surgiría en el segundo escenario, si la competencia para ejecutar el acta o laudo le corresponde al Juez Civil o Laboral.

Al respecto se debe revisar lo que acontece con la ejecución de actas de mediación y laudos arbitrales provenientes del extranjero, el

Art. 102 del COGEP, señala que: *“La ejecución de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero, corresponderá a la o al juzgador de primer nivel del domicilio de la o del demandado competente en razón de la materia.”*

La Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza de la Corte Nacional de Justicia, al respecto dice: *“Aplicando en su contexto las reglas del COGEP y los principios generales de aplicación de las normas procesales, sobre la ejecución de laudos arbitrales y actas de mediación, se deberá asimilar a lo previsto para las sentencias, laudos o actas dictadas en el extranjero y homologadas, con las demás, determinando que la competencia corresponde al juez de la materia”*.⁸¹

El 22 de febrero del 2017, la Corte Nacional de Justicia, emite la RESOLUCIÓN No. 06-2017, sobre el juez competente para conocer el procedimiento de ejecución de ciertos títulos de ejecución:

Art. 1.- En aplicación de los principios previstos en el Art. 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, y las reglas del Art. 102 del Código Orgánico General de Procesos, las solicitudes para la ejecución de los títulos contemplados en los numerales 2. Laudo arbitral, 3. Acta de mediación y 6. Actas transaccionales del Art. 363 ibídem, serán conocidas por la o el juzgador de primera instancia de la materia del domicilio del ejecutado.

CONCLUSIÓN

En referencia a la pregunta, al existir resolución general y obligatoria del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la ejecución de las actas transaccionales laborales que hayan sido aprobadas por el juez de trabajo, deben ser ejecutadas por el mismo juzgador.

⁸¹ Corte Nacional de Justicia, *Boletín Institucional No. 26*, Unidad de Biblioteca, Gaceta Judicial y Museo, noviembre-diciembre 2016, pág. 21

3. Actuación oficiosa del juzgador en la etapa de ejecución

CONSULTA

¿Cuál es el papel del juzgador en la etapa de ejecución?

ANÁLISIS

Es facultad del juzgador acceder de oficio a los registros públicos de datos del ejecutado, con el fin de recabar información sobre sus bienes, según el Art. 365 del COGEP.

Sabiendo el juez que en esta clase de procedimientos no cabe ordenar el abandono del proceso, por expresa disposición del Art. 247 *ibídem*⁸².

Por el principio de celeridad, que se encuentra en el Art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, los jueces de cualquier materia, una vez iniciado un proceso *“están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario.”*

CONCLUSIÓN

En la etapa de ejecución, el juez deberá realizar todas las actividades jurisdiccionales que esté a su alcance para dar con los bienes del ejecutado, sin esperar petición de parte.

Embargo, remate

1. Momento procesal en que se ordena el embargo

CONSULTA

¿Cabe conceder el embargo como providencia preventiva en los procedimientos monitorios? Sobre el mismo tema, ¿Cabe ordenar el

⁸² “Improcedencia del abandono. No cabe el abandono en los siguientes casos: (...) 3. En la etapa de ejecución.”

embargo en procedimiento ejecutivo, cuando haya prohibición de enajenar de un juicio por alimentos?

ANÁLISIS

Debemos establecer la diferencia entre embargo preventivo del embargo de ejecución, el primero lo tenemos en el Art. 351 del COGEP, que dice:

Si el ejecutante acompaña a su demanda los correspondientes certificados que acrediten la propiedad de los bienes del demandado, con el auto de calificación podrán ordenarse providencias preventivas sobre tales bienes, hasta por el valor que cubra el monto de lo reclamado en la demanda. Sin perjuicio de los certificados a que se refiere este inciso, no se exigirá el cumplimiento de los demás presupuestos previstos en este Código para las providencias preventivas. También podrá pedirse embargo de los bienes raíces, siempre que se trate de crédito hipotecario.

Mientras el embargo de ejecución se presenta en los siguientes escenarios:

- a) De haberse ordenado providencias preventivas (secuestro, retención, prohibición de enajenar o arraigo), al no cubrirse el mandamiento de ejecución dentro del término legal, Art. 375 COGEP⁸³, corresponde el embargo de ejecución.
- b) De existir título de ejecución, entre otros, los contratos prendarios y el de compraventa con reserva de dominio, el juzgador designará perito para la liquidación de capital, intereses y costas, luego se expedirá el mandamiento de ejecución, de no cumplirse con la obligación, se ordenará el embargo de ejecución.

⁸³ "Falta de cumplimiento del mandamiento de ejecución. De no cumplirse con la obligación, la o el juzgador ordenará que se publique en la página web de la Función Judicial el mandamiento de ejecución para conocimiento de terceros, a fin de que, todos aquellos que tengan interés en la ejecución concurren a la audiencia con todas las pruebas necesarias para hacer efectivos sus derechos. Adicionalmente se ordenará el embargo de los bienes de propiedad de la o del ejecutado conforme con la documentación certificada proporcionada por la o el ejecutante o la obtenida por la o el juzgador, los que se entregarán a la o al depositario de acuerdo con la ley. (...)".

Se debe tener presente que, el juzgador en la etapa de ejecución se circunscribirá a la realización concreta de lo establecido en el título de ejecución⁸⁴; por ejemplo: si el acreedor en un contrato de compraventa con reserva de dominio, pide la aprehensión y entrega, el juzgador lo ordenará en la forma prevista en el Art. 366, esto es: “(...) el juzgador dictará mandamiento de ejecución ordenando que la o el deudor lo entregue en el término de cinco días. Salvo oposición fundamentada del tercero, la o el juzgador ordenará que la entrega se haga con la intervención de un agente de la Policía Nacional, pudiendo inclusive descerrajar el local donde se encuentre (...)”.

Caso contrario, si se pide el embargo y remate de la cosa vendida con reserva de dominio, se aplicará el Art. 367, que dice: “Obligaciones de dar dinero o bienes de género. Cuando se trate de una obligación de dar dinero, se procederá conforme con lo previsto en este capítulo. Cuando se trate de deuda de género determinado, la o el juzgador dictará mandamiento de ejecución ordenando que la o el demandado, consigne la cantidad de bienes genéricos o deposite el importe de dichos bienes a su precio corriente de mercado a la fecha que se lo dictó, bajo prevenciones de proceder al embargo de bienes suficientes en la forma prevista por este Código”.

El Art. 386 señala que: “Si para la ejecución de lo convenido en el acta de audiencia de conciliación o lo resuelto en el fallo dictado en un conflicto colectivo de trabajo, se ordena el embargo de bienes que ya estén embargados por providencia dictada en un proceso no laboral, excepto el de alimentos legales, se cancelará el embargo anterior y se efectuará el ordenado en el acta o en el fallo laboral y la o el acreedor cuyo embargo se canceló conservará el derecho de presentarse como tercerista”.

CONCLUSIÓN

Por lo que, en el COGEP se ha previsto que sólo en el procedimiento ejecutivo cuando exista hipoteca sobre bienes raíces, se ordenará el

⁸⁴ “Facultades de la o del juzgador y de las partes. La ejecución se circunscribirá a la realización o aplicación concreta de lo establecido en el título de ejecución. (...)”.

embargo preventivo. Cuando exista título de ejecución, siempre se dictará embargo de ejecución.

En consecuencia, no cabe pedir en procedimiento monitorio, el embargo como providencia preventiva, sino en la etapa de ejecución, una vez que se ha incumplido con el mandamiento de ejecución.

Además, de existir una prohibición de enajenar en juicio de alimentos, no impide que se ejecute el embargo por crédito hipotecario, ordenado por el juez que conoce el procedimiento ejecutivo. Pero, debemos tener en cuenta los embargos preferentes, ya que pese a existir un embargo del procedimiento ejecutivo, si se dicta un embargo por obligaciones laborales, desplaza al hipotecario; y, de ordenarse el embargo por alimentos legales, se cancelan los anteriores y se inscribe este último.

2. Auto de calificación de posturas

CONSULTA

¿Cómo debe estructurarse el auto de calificación de posturas?

ANÁLISIS

De acuerdo al Art. 402 del COGEP, el juzgador una vez acreditados los valores de las posturas, convocará a una audiencia para calificarlas.

En dicha audiencia se emitirá el auto de admisión y calificación de las posturas, el que se reducirá a escrito, y se notificará dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

Una vez ejecutoriado el auto de admisión y calificación de posturas, el postor tiene diez días para pagar el valor ofrecido de contado, hecho lo cual se emitirá el auto de adjudicación, conforme lo estipula el Art. 407 del COGEP. Esta misma norma indica que *“La o el juzgador dispondrá que una vez ejecutoriado el auto de adjudicación se proceda a la devolución de los valores correspondientes a las posturas no aceptadas”*; ya que puede darse la quiebra del remate por no haberse cancelado dentro de los diez días, el valor ofrecido en la

postura calificada como ganadora, tal es así que al postor que siga en el orden también se le da diez días para que cancele lo ofertado por él, así lo dice el Art. 408.

CONCLUSIÓN

El juzgador en audiencia pública, emite oralmente el auto de admisión y calificación de posturas, mismo que deberá reducirse a escrito y notificarse dentro de las 24 horas siguientes a dicha audiencia.

3. La temporalidad en remates judiciales

CONSULTA

¿Qué normas procesales se deben aplicar a los remates judiciales, de aquellos procesos que vienen con anterioridad al COGEP? Ya que el Art. 392 del Código Orgánico General de Procesos establece el remate electrónico, será aplicable desde su vigencia para todos los procesos o sólo para los que entran con COGEP.

ANÁLISIS

Hay que tomar en cuenta que el procedimiento de ejecución puede iniciar de dos maneras: 1.- A solicitud del ejecutante, tratándose de un título de ejecución autónomo (como el laudo arbitral, el acta de mediación, etc.); o, 2.- Por sentencia o auto resolutorio ejecutoriado.

En el primer caso para que proceda se requiere una solicitud de parte, solicitud que debe cumplir con los mismos requisitos de una demanda conforme al Art. 142 del COGEP, en este caso, al ingresar se asignará un número de expediente y se tramitará con las normas del Código Orgánico General de Procesos.

Es así como se entiende la Disposición Transitoria Primera, cuando dispone que: *“Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación.”*

En el segundo caso cuando se trate de sentencias o autos ejecutoriados, de los procesos que se tramitaron con normas COGEP, no existe duda alguna; sin embargo surge la incertidumbre de los juicios tramitados con normas del Código de Procedimiento Civil, y que arriban a la etapa del remate.

La Disposición Final Segunda del COGEP, señala que: *“El Código Orgánico General de Procesos entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las normas que reforman el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Notarial y la Ley de Arbitraje y Mediación y aquellas que regulan períodos de abandono, copias certificadas, registro de contratos de inquilinato y citación, que entrarán en vigencia a partir de la fecha de publicación de esta Ley. Las disposiciones que regulan el remate entrarán en vigencia en ciento ochenta días contados a partir de la publicación de la presente Ley.”*

CONCLUSIÓN

Las normas referentes a remates judiciales (Arts. 395 al 413 del COGEP) son aplicables para todos los casos desde el 23 de noviembre de 2015, excepto para aquellos remates en los que ya se ha dado uno o más señalamientos con la norma procesal anterior, en cuyo caso, se aplicará el Código de Procedimiento Civil.

Además, el Art. 163 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece las reglas generales para determinar la competencia, y en relación a la pregunta formulada, en torno a determinar la ley procesal aplicable a un remate cuya fecha ya fue señalada, dicha norma dice: *“Las diligencias, términos y actuaciones que ya estuvieren comenzadas, se registrarán por la ley que estuvo entonces vigente”.*

Esta disposición normativa tiene relación con el Art. 7.20 del Código Civil, que dice: *“La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes: (...) 20. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y*

diligencias que ya estuvieren comenzadas, se registrarán por la ley que estuvo entonces vigente” (subrayado fuera de texto).

4. Remate anticipado de los bienes embargados

CONSULTA

¿Los bienes muebles materia de embargo o secuestro para evitar su deterioro o desvalorización, debería venderse en subasta pública, siendo su valor depositado en el juzgado respectivo?

ANÁLISIS

La Disposición Reformatoria Segunda del COGEP, introduce reformas al Código Orgánico de la Función Judicial, entre ellas la sustitución del Art. 318, por el siguiente:

Solicitud de remate.- El depositario o los interesados podrán solicitar a la o el juzgador de la causa el remate de los bienes muebles y papeles fiduciarios que se encuentren bajo su custodia, siempre que su conservación sea onerosa o esté sujeta a deterioros o manifiesta y grave desvalorización. Se considera conservación onerosa el costo del bodegaje determinado por el paso del tiempo, o el espacio ocupado en la bodega, en relación con el avalúo comercial del bien. Asimismo, es desvalorización manifiesta y grave el avance tecnológico que determine la pérdida acelerada del valor comercial del bien depositado. La o el juzgador escuchará a las partes y al cerciorarse de la realidad, podrá ordenar, previo el correspondiente avalúo, el remate en línea correspondiente; de esta resolución habrá únicamente recurso de apelación en efecto no suspensivo que se tramitará en proceso separado.

CONCLUSIÓN

Sobre el tema planteado, existe norma jurídica.

4. Temporalidad de los informes periciales

CONSULTA

Si existen causas en las cuales los peritos no están posesionados, pero su informe está presentado, ¿cómo se realiza el trámite en línea para los remates si son anteriores a la nueva normativa? Existen procesos anteriores al COGEP, que se siguen tramitando con el Código de Procedimiento Civil, en los cuales era necesario posesionar a los peritos para que presenten su informe, pero en el COGEP no existe posesión del perito previo a la audiencia.

ANÁLISIS

Para dar respuesta a esta interrogante es necesario revisar la normativa procesal anterior a la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, debida forma que existen actualmente procesos que aún se tramitan con el Código de Procedimiento Civil.

El Art. 253 del CPC establecía que *“el juez señalará el día y la hora en que el perito se poseione”*, el art. 254 indicaba que *“si el perito no se posesiona, no practica el peritaje o no emite su informe dentro del término, caduca su nombramiento y el juez debe nombrar nuevo perito”*, por otro lado el Art. 256 decía que: *“para desempeñar el cargo de perito, debe aceptarlo y jurar que lo desempeñará fiel y legalmente”*; esto en relación a la generalidad de los peritos; excepto del perito para liquidación de capital e intereses en el juicio ejecutivo, quien se regía por lo dispuesto en el Art. 438, que decía: *“ejecutoriada la sentencia de juicio ejecutivo el juez, al tratarse de demanda por pago de capital e intereses, fijará la cantidad que debe pagarse por intereses de considerarlo necesario, el juez puede nombrar un perito para que haga la liquidación de intereses su nombramiento no se notificará a las partes, no debe posesionarse y su informe lo emitirá con juramento”*.

En el COGEP el perito no necesita posesión, debiendo en la audiencia sustentar su informe y contestar el interrogatorio y contrainterrogatorio⁸⁵.

CONCLUSIÓN

En relación a la duda planteada se debe recordar a la juzgadora que en el SATJE existe una funcionalidad cuando se designa perito, que consulta si requiere o no posesión; si requiere posesión, se debe marcar si, caso contrario, se crea la tarea de entrega directa del informe.

Niñez y familia

1. Adopción plena y semiplena. Antinomia de normas

CONSULTA

Que existe contraposición entre el Art. 152 del Código de la Niñez y Adolescencia, que al referirse sobre la adopción establece que es plena, por lo tanto, los efectos jurídicos que ocasiona son los mismos derechos y obligaciones de los hijos por filiación natural a los hijos con filiación legal con respecto a sus padres, es decir, son iguales los hijos biológicos y los hijos adoptivos, mientras que los Arts. 325, 326, 327 del Código Civil vigente establece que la adopción no genera derechos sucesorios, lo que acarrea una antinomia de normas, que debe ser resuelta para evitar inseguridad jurídica.

ANÁLISIS Y RESPUESTA

En este sentido, el texto del artículo 325 del Código Civil, es absolutamente claro en cuanto al estado del adoptado luego de la adopción, puesto que éste continúa perteneciendo a su familia natural

⁸⁵ “Art. 222.- Declaración de peritos. La o el perito será notificado en su dirección electrónica con el señalamiento de día y hora para la audiencia de juicio, dentro de la cual sustentará su informe. Su comparecencia es obligatoria. (...) En la audiencia las partes podrán interrogarlo bajo juramento, acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del informe, siguiendo las normas previstas para los testigos. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden determinado para el testimonio (...)”

con todos sus derechos, pero es obvio que los padres consanguíneos al consentir en la adopción pierden la patria potestad, ya que la misma pasa al adoptante, patria potestad entendida como el conjunto de derechos y obligaciones de los padres con relación a las hijas e hijos no emancipados, en lo que tiene que ver con el cuidado, educación, desarrollo integral y defensa de derechos y garantías conforme a la Constitución y la ley. En consecuencia, no se advierte que lo determinado en el Art. 325 del Código Civil, genere antinomia con la institución de la adopción que trata el Código de la Niñez y Adolescencia, y específicamente en su Art. 152 que se refiere a la adopción plena, la cual contempla nuestra legislación. En conclusión, por la adopción, el adoptado sin perder los derechos de su familia natural, adquiere los derechos y obligaciones de la familia que forma con el o los adoptantes como padres e hijos, lo cual no implica que esté en conflicto con la normativa del Código de la Niñez y Adolescencia.

Por otro lado, la excepción de que trata el inciso segundo del Art. 326 del Código Civil, tiene relación con el derecho de herencia que mantienen los padres de los adoptantes. Al respecto, se debe tener en cuenta que de acuerdo con el Art. 1023 *ibídem*, son llamados a la sucesión intestada los hijos del difunto, sus ascendientes, sus padres, sus hermanos, el cónyuges sobreviviente y el Estado; pero, cuando hay hijos, éstos desplazan a cualquier otro sucesor, conforme dispone el Art. 1028 del mismo Código Civil, sin embargo tratándose del adoptado, los padres de los adoptantes conservan un derecho de herencia, es decir, el adoptado no excluye en su totalidad a los padres del o de los adoptantes, como si sucede en el caso de los hijos que excluyen a cualquier otro heredero, por ello es que de haber exclusivamente adoptados, la herencia se divide en dos partes iguales: la una parte para los padres del o los adoptantes, y la otra parte, para el o los adoptados. En conclusión, según la norma del Código Civil, cuando hay hijos que heredan, los abuelos de éstos no tiene derecho a heredar, pero cuando sólo hay adoptados, los padres de los adoptantes si tienen derecho a heredar en la proporción que establece la propia ley.

En cambio, según el Art. 327 del Código Civil, la adopción no otorga derechos hereditarios al adoptante con relación al adoptado y los familiares de éste, ni al adoptado con relación a los parientes

del adoptante; esto implica que de estar vigentes las mencionadas normas del Código Civil, sólo se generaría derechos hereditarios del adoptado respecto del adoptante y el derecho de herencia que se exceptúa para los padres de los adoptantes; pero lo estatuido por el Art. 152 del Código de la Niñez y Adolescencia, tácitamente deroga estas normas del Código Civil, puesto que dicho artículo contemplan la adopción plena, en donde se crea una relación jurídica con los parientes del adoptante como si en realidad fuera un descendiente consanguíneo de éste, de tal manera que el padre y madre del adoptante, pasan a considerarse abuelos del adoptado, y los hermanos y hermanas del adoptante se constituyen en sus tíos, por lo que, en caso de fallecimiento de los padres adoptivos, el adoptado tiene derecho a los alimentos en el orden que establece la ley. Así mismo, la sentencia de la adopción plena constituye un nuevo estado civil, que es irrevocable, donde confiere al adoptado los apellidos de los adoptantes y los mismos derechos, obligaciones y parentesco que la filiación sanguínea, y a los adoptantes los mismos derechos y obligaciones que la consanguinidad y afinidad. Una de las características más importantes de la adopción plena es que extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, excepto lo relativo a impedimentos de matrimonio.

De no considerarse que existe derogación tácita como se ha explicado, se debe tener en cuenta que las normas de la adopción plena, esto es, el Art. 152 y siguientes del Código de la Niñez y Adolescencia, provienen de una ley Orgánica, mientras que las normas sobre la adopción que contempla el Código Civil, provienen de una ley ordinaria, consecuentemente, de conformidad con la jerarquía constitucional de las normas que establece el Art. 425 de la Constitución de la República, en tratándose de la adopción plena, las normas orgánicas son jerárquicamente superiores a las normas ordinarias, por lo tanto deben aplicarse aquellas.

CONCLUSIÓN

Por la adopción, el adoptado sin perder los derechos de su familia natural, adquiere los derechos y obligaciones de la familia que forma con el o los adoptantes como padres e hijos, lo cual no implica que esté en conflicto con la normativa del Código de la Niñez y Adolescencia.

2. Trámite para las medidas de protección y recuperación de menor

CONSULTA

Respecto de las medidas de protección y recuperación de menor conforme su naturaleza debería darse el trámite especial de acuerdo a los hechos que se presenten en cada caso, ya que al aplicar el procedimiento sumario no se garantizaría o impediría la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, hasta dar cumplimiento con las dos audiencias de conciliación y de prueba y finalmente resolver, ya que en la práctica muy poco colaboran los familiares o implicados para determinar la realidad en que se encuentran desarrollando los niños niñas y adolescentes en relación a la medida solicitada.

ANÁLISIS

El Art. 1 del COGEP que trata sobre el ámbito de este cuerpo legal, establece: ***“Este Código regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, con estricta observancia del debido proceso”***. De acuerdo con esta disposición, claramente se desprende que los procedimientos en todas las materias se tienen que sujetar a lo establecido en el COGEP, salvo las materias que en forma expresa se señalan en el mismo, por lo tanto, no puede sustanciarse ningún asunto con un procedimiento distinto a los establecidos en el Código Orgánico General de Procesos.

La recuperación de menor se encuentra dentro del Libro II, en tanto que las medidas de protección que establece el Art. 217, se encuentran dentro del Libro III del Código de la Niñez y Adolescencia, en consecuencia, el trámite que correspondía en estos casos era el contencioso general de acuerdo al Art. 271 del mismo Código de la Niñez y Adolescencia, pero esta norma actualmente se encuentra derogada en el primer inciso de la Disposición Derogatoria Sexta del Código Orgánico General de Procesos, que dice: *“Deróguese la sección segunda del capítulo IV Procedimientos Judiciales y los artículos 292 y 293 del Código de la Niñez y Adolescencia, publicado en el Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003...”*; consecuentemente, no existe trámite en el Código de la Niñez y Adolescencia para estos asuntos.

El inciso segundo del numeral 6 del Art. 334 del COGEP, que está dentro del capítulo IV de los Procedimiento Voluntarios, determina que también se sustanciará por el procedimiento voluntario aquellos asuntos que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción. En tal virtud, si la recuperación de menor o las medidas de protección en referencia, no tienen oposición se sustanciarán mediante el procedimiento voluntario, pero al existir oposición a estas acciones pasarán a sustanciarse mediante el procedimiento sumario como se establece en el numeral 7 del Art. 332 del Código Orgánico General de Procesos.

Si bien es cierto que la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos dispone que, *“En todo lo no previsto en el Código Orgánico General de Procesos, se observarán, de forma supletoria, las disposiciones vigentes del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia”*, no es menos cierto que las disposiciones relacionadas con los temas que se analizan ya no están vigentes, conforme se dejó ya explicado.

CONCLUSIÓN

Los procedimientos en todas las materias se tienen que sujetar a lo establecido en el COGEP, por lo tanto, si la recuperación de menor o las medidas de protección en referencia, no tienen oposición se sustanciarán mediante el procedimiento voluntario, pero al existir oposición a estas acciones pasarán a sustanciarse mediante el procedimiento sumario.

3. Trámite para las autorizaciones de salidas del país

CONSULTA

En los juicios de autorización de salida del país que se lo tramita mediante procedimiento sumario, en los que se debe respetar los tiempos y términos para las diligencias, se encuentra en contraposición con lo dispuesto en el Art. 110 inciso segundo del Código de la Niñez y Adolescencia que manifiesta que este trámite no podrá durar más de 15 días, en consecuencia, qué se debe aplicar en estos procesos.

ANÁLISIS

El inciso segundo del Art. 334 del Código Orgánico General de Procesos, que trata sobre la procedencia de los procedimientos voluntarios estatuye: *“También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias...”* (Negrillas es fuera del texto); en consecuencia, la autorización de salida del país a que se refiere la consulta, tiene el trámite del procedimiento voluntario y de haber oposición se sustanciará en el procedimiento sumario, conforme establece el numeral 7 del Art. 332 del Código Orgánico General de Procesos, y por lo mismo, no hay tal contraposición, tomando en consideración que el plazo de que trata el Art. 110 del CONA es para el pronunciamiento de la jueza o juez una vez que tenga conocimiento de la causa para la salida del país de la niña, niño o adolescente, mas no desde el pedido inicial.

CONCLUSIÓN

El procedimiento para la autorización de salida del país es el voluntario de acuerdo al inciso segundo del Art. 334 del COGEP y no hay contraposición con el Art. 110, inciso segundo del CONA.

4. Que se establezca trámite para los casos de recuperación de menores

CONSULTA

Que en los juicios de recuperación de menores, no hay trámite establecido ya que son generalmente las madres o los padres que solicitan recuperación de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 125 del Código de la Niñez y Adolescencia; por lo que debería haber un trámite específico en donde se establezca primeramente una investigación por parte de la DINAPEN, o del Departamento Técnico de la Unidad, en la que indique el tiempo que tienen dichos menores bajo el cuidado y protección del padre o madre, porque hemos visto en la realidad que en muchos de los casos, las madres o los padres dejan a su hijos abandonados, y a los cuatro o más años quieren recuperarlos, causándoles inestabilidad y traumas a esos menores.

ANÁLISIS

Las administradoras de justicia se refieren a las acciones de recuperación de menores conforme al Art. 125 del Código de la Niñez y Adolescencia, puesto que consideran que no tienen trámite establecido; sin embargo, cabe señalar que la propia norma determina que el padre, la madre o cualquier persona a la que se le haya concedido la patria potestad, tenencia o tutela puede requerir judicialmente a quien retenga indebidamente al hijo o hija, para que lo entregue de inmediato a quien debe tenerlo, quedando incluso obligado a los daños ocasionados por la retención indebida. Pero, si esto no fuera suficiente, el artículo innumerado 45 (147.23) de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, al efecto disponía: *“En todo lo no previsto en esta sección se aplicará el Procedimiento Contencioso General, descrito en el presente Código y a falta de esta las disposiciones del Código de Procedimiento Civil”*; pero, ésta norma legal transcrita actualmente se encuentra derogada por la Disposición Derogatoria Sexta del Código General de Procesos. En consecuencia, notamos que si había un trámite establecido para la acción de recuperación de menores, en la que la jueza o juez podía ordenar la investigación que sea necesaria temando en cuenta las facultades jurisdiccionales y la responsabilidad con la que le obliga la ley actuar a la jueza o juez. Sin embargo, es importante destacar que, al encontrarse derogado el artículo innumerado 45 del Código de la Niñez y Adolescencia, y estar actualmente vigente la normativa del Código Orgánico General de Procesos, a parte del requerimiento que contemplaba el Art. 125 del CONA, según el Art. 332 del COGEP deben sustanciarse por el procedimiento sumario *“...3. La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes...”* (Negrillas es fuera del texto). Es decir, en la actualidad, por el procedimiento sumario previsto en el Código Orgánico General de Procesos, se tramitan los juicios de alimentos y todos los asuntos previstos en el Código de la Niñez y Adolescencia, como es el caso de la retención indebida de hijo o hija.

CONCLUSIÓN

En la actualidad con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, la recuperación de menores (retención indebida) tendrá el trámite sumario.

5. Se debe o no mantener las medidas de protección en casos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar, cuando ha sido ratificado el estado de inocencia del procesado

CONSULTA

Se puede o no mantener las medidas de protección en materia de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, aún después de haber ratificado la inocencia de la persona que ha sido juzgada, con el fin de prevenir la continuación de la violencia.

ANÁLISIS

El Art. 619 numeral 5 del Código Integral Penal es completamente claro y no presenta ninguna duda al respecto, cuando dispone: *“En caso de que se ratifique el estado de inocencia de la persona procesada, el tribunal dispondrá su inmediata libertad, si está privada de ella, revocará todas las medidas cautelares y de protección impuestas y librárá sin dilación las órdenes correspondientes. La orden de libertad procederá inmediatamente incluso si no se ha ejecutoriado la sentencia o se han interpuesto recursos”*. Como podemos ver, de lo que establece en forma expresa esta norma legal, no cabe que se mantengan las medidas de protección cuando se ha ratificado el estado de inocencia de la persona que ha sido procesada, pues, la norma no hace distinción alguna.

CONCLUSIÓN

Por haber norma expresa, no cabe mantener las medidas de protección cuando se ha ratificado el estado de inocencia del procesado

6. Procedimiento que debe darse para los casos de vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes

CONSULTA

¿Qué procedimiento debe seguirse en los casos de vulneración de derechos a niñas, niños y adolescentes, ya que no existe trámite para estos casos?

ANÁLISIS

Al existir las medidas de protección del Art. 217 del Libro III del Código de la Niñez y Adolescencia y haber persona legitimada activa, antes de la vigencia del COGEP correspondía dar el trámite contencioso general determinado en el Art. 271 y siguientes del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia; pero en la actualidad, con la vigencia de los nuevos procedimientos establecidos en el COGEP, corresponde dar el trámite sumario, sin embargo, esto no obsta para que los asuntos o casos en los que no hay persona legitimada activa, como los menores en abandono, menores en peligro, medidas urgentes, etc., se pueda sustanciar en el procedimiento voluntario, tomando en consideración el caso en particular y el interés superior de niñas, niños y adolescentes, así como los principios constitucionales y legales de simplificación, eficacia, celeridad y economía procesal, entre otros.

CONCLUSIÓN

Cuando aún estaban vigentes los procedimientos establecidos en el CONA el que correspondía era el contencioso general, pero con la vigencia del COGEP, el procedimiento es el sumario o voluntario en ciertos caso, en aplicación de principios constitucionales y legales.

- 7. El juez que ratifica las medidas de protección podría ser el mismo que conozca el recurso de apelación, por lo que podría en ciertos casos estar adelantando criterio**

CONSULTA

Que ciertas medidas dictadas por las Juntas Cantonales de Protección de Derechos deben ser confirmadas por el juez de la Niñez y Adolescencia, juez que podría también ser competente para conocer una resolución de la Juna mediante el recurso de apelación, situación que puede darse de manera simultánea, por lo que, el juez que ratifica las medidas de protección podría ser el mismo que conozca el recurso de apelación, y que al pronunciarse sobre la pertinencia de las medidas de protección, estaría de cierta forma adelantando criterio con relación al recurso de apelación que podrían interponer las partes.

ANÁLISIS

Puede suceder que las medidas de protección del Art. 235 del Código de la Niñez y Adolescencia deban ser ratificadas por la o el juzgador, pero aquello no significa que adelante criterio, pues, el hecho de otorgar medidas de protección no implica adelantar criterio. En todo caso de llegarse a producir una circunstancia de esa naturaleza, la o el juzgador debe aplicar lo que establece el Art. 856 del Código de Procedimiento Civil, que trata sobre las causas de excusa y recusación, cuyo numeral 6 dice: “Haber fallado en otra instancia y en el mismo juicio la cuestión que se ventila u otra conexa con ella”; en consecuencia, la jueza o juez de llegarse a pronunciar en un asunto conexo con la causa que sube por el recurso de apelación en la que considera que ha adelantado criterio, cabe la excusa, conforme al Código de Procedimiento Civil que en este campo es aplicable al tenor del Art. 3 del Código de la Niñez y Adolescencia.

La ley ha establecido los recursos de reposición y apelación para las medidas de protección, por lo tanto, de las medidas otorgadas por las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, puede apelarse ante la o el Juez de la Niñez y Adolescencia, no existiendo otra forma para que ciertas medidas otorgadas por las Juntas Cantonales de Protección de Derechos sean confirmadas por el Juez de la Niñez y Adolescencia, pero en caso de haber un pronunciamiento de la o el juez sobre una cuestión conexa, debe proceder de acuerdo con el numeral 6 del Art. 856 del Código de Procedimiento Civil, que trata de la excusa y recusación.

CONCLUSIÓN

En caso de que una jueza o juez hubiera adelantado algún criterio sobre lo que debe resolver en el recurso de apelación, tanto con el Código de Procedimiento Civil, como con el Código Orgánico General de Procesos, cabe la excusa o la recusación, según el caso.

8. El abandono como causal de divorcio

CONSULTA

¿El actor en un proceso de divorcio que invoque la causal 9 del Art. 110 del Código Civil, a más de probar encontrarse separado por más de seis meses ininterrumpidos, debe probar el abandono injustificado?

ANÁLISIS.- El Art. 110 numeral 9 del Código Civil, dice: “Son causas de divorcio: (...) 9. El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos”

No obstante que el Art. 110 del Código Civil fue sustituido por el artículo 11 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de Junio del 2015, con posterioridad, el 22 de febrero del 2017, la Corte Nacional de Justicia emite la RESOLUCION 05-2017, por la cual se ratifica el criterio jurídico reiterado de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, expuesto en la doctrina jurisprudencial desarrollada que identifica como fallos de triple reiteración el sentido de la palabra separación cuando se invoca la causal de abandono en una demanda de divorcio, en consecuencia:

Artículo 3.- Declarar como PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO, el siguiente punto de derecho: *“El uso de la noción, separación, no desnaturaliza el sentido de la causal abandono invocada, cuando se advierte que uno y otro término son utilizados como sinónimos por los sujetos procesales y/o cuando se ha probado que la separación se ha producido por voluntad unilateral e injustificada, y al pasar el tiempo y adquirir el carácter de definitiva, ésta se ha convertido en abandono, al producir como resultado el incumplimiento de los deberes conyugales”.*

Además, en dicha resolución se analiza el punto siguiente: si la demanda de divorcio por abandono injustificado por más de seis meses ininterrumpidos, tiene que ser planteada sólo por el cónyuge agraviado o puede presentarla cualquiera de los cónyuges. Al respecto, se dice:

“II ANTECEDENTES NORMATIVOS (...)

CÓDIGO CIVIL

Art. 110.- Son causas de divorcio:

11a.- El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente. Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges.

Artículo sustituido R.O. 46 de 24 de junio del 2005:

Art. 110.- Son causas de divorcio:

9. El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos. (Registro Oficial No. 526, viernes 19 de junio del 2015)

DETERMINACIÓN DE PROBLEMA JURÍDICO

Se determina el siguiente problema jurídico:

a) El uso de la locución separación ¿desnaturaliza el sentido de la causal de divorcio por abandono?

ARGUMENTACIÓN Y DESARROLLO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Una de las más usuales causales alegadas para la disolución del vínculo matrimonial es el abandono injustificado del hogar por parte de alguno de los cónyuges, para lo cual antes de la reforma, se requería el abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge por más de un año consecutivo, la cual podía ser ejercida únicamente por el cónyuge víctima y al pasar tres años, lo podía pedir cualquiera de los dos cónyuges.

Sin embargo, con la reforma introducida el (...), se establece que el abandono injustificado de uno de los cónyuges, debe de ser únicamente por más de 6 meses ininterrumpidos, causal que puede ser utilizada indistintamente por cualquiera de los cónyuges, sin existir diferenciación si es el cónyuge que abandona el hogar o el cónyuge perjudicado.

CONCLUSIÓN

Por lo que, la parte actora en un proceso de divorcio que invoque la causal 9 del Art. 110 del Código Civil, debe probar que ha sido abandonada injustificadamente por más de seis meses ininterrumpidos (cónyuge perjudicada); o la separación voluntaria unilateral e

injustificada, por más de seis meses, que al adquirir el carácter de definitiva, ésta se ha convertido en abandono, dando como resultado el incumplimiento de los deberes conyugales (cónyuge que abandona).

9. Cabe o no desistimiento en los juicios de divorcio por causal

CONSULTA

En las sentencias de divorcio, pese a existir desistimiento, surten efecto no sólo con relación a los ex-cónyuges sino respecto de terceros, por lo tanto se consulta lo siguiente: ¿Es viable o no conceder desistimiento dentro de los juicios de divorcio por causal?''.

ANÁLISIS

Por cuanto la consulta se realizó aun estando vigente el Código Procesal Civil, cabe señalar que los efectos del desistimiento eran claros al establecer el desistimiento de la demanda o desistimiento de la instancia o recurso. En el primer caso, cuando se desistía de la demanda, las cosas volvían al estado anterior; en cambio, en el desistimiento de la instancia o recurso, quedaba ejecutoriado el auto o resolución de que se reclamó. En tal virtud, las normas que tratan del desistimiento no hacían excepción alguna, y por lo mismo, una vez que se cumplían los requisitos de procedencia y no se encontraba en los casos de prohibición que establecía el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, no existía razón jurídica alguna para denegar el desistimiento en los juicios de divorcio por causal, ya sea de la demanda, de la instancia o recurso

Según el Código Orgánico General de Procesos, el desistimiento es una de las formas extraordinarias de conclusión del proceso. Igualmente, en cualquier estado del proceso antes de sentencia de primera instancia puede la parte actora desistir de su pretensión, cuyo efecto es que las cosas vuelven al estado anterior y no puede volver a presentar nueva demanda. Pero, también se puede desistir del recurso o de la instancia mientras no se dicte sentencia definitiva (se refiere a la segunda instancia), en cuyo caso queda en firme la providencia o resolución impugnada, salvo que la otra parte también haya recurrido.

CONCLUSIÓN

En los juicios de divorcio por causal cabe el desistimiento de la pretensión, del recurso o de la instancia; pues, lo que no cabe es desistimiento de la pretensión, del recurso o de la instancia, una vez que se haya dictado sentencia en primera o segunda instancia

Pruebas

1. Documentos digitales

CONSULTA

¿Cómo se deben presentar los documentos electrónicos, en archivo digital o desmaterializados con la certificación notarial?

ANÁLISIS

El 147 del Código Orgánico de la Función Judicial, en su inciso primero dice:

Tendrán la validez y eficacia de un documento físico original los archivos de documentos, mensajes, imágenes, bancos de datos y toda aplicación almacenada o transmitida por medios electrónicos, informáticos, magnéticos, ópticos, telemáticos, satelitales o producidos por nuevas tecnologías, destinadas a la tramitación judicial, ya sea que contengan actos o resoluciones judiciales. Igualmente los reconocimientos de firmas en documentos o la identificación de nombre de usuario, contraseñas, claves, utilizados para acceder a redes informáticas. Todo lo cual, siempre que cumplan con los procedimientos establecidos en las leyes de la materia.

La ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, señala que los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros, cualquiera sea su procedencia o generación; tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos y serán considerados medios de prueba. (Arts. 2 y 52)

Según dicha ley, para su valoración y efectos legales se observará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, y se practicará de la siguiente forma:

Art. 54.- Práctica de la prueba.- La prueba se practicará de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y observando las normas siguientes:

- a) Al presentar un mensaje de datos dentro de un proceso judicial en los juzgados o tribunales del país, se deberá adjuntar el soporte informático y la transcripción en papel del documento electrónico, así como los elementos necesarios para su lectura y verificación, cuando sean requeridos;
- b) En el caso de impugnación del certificado o de la firma electrónica por cualesquiera de las partes, el juez o tribunal, a petición de parte, ordenará a la entidad de certificación de información correspondiente, remitir a ese despacho los certificados de firma electrónica y documentos en los que se basó la solicitud del firmante, debidamente certificados; y,
- c) El facsímil, será admitido como medio de prueba, siempre y cuando haya sido enviado y recibido como mensaje de datos, mantenga su integridad, se conserve y cumpla con las exigencias contempladas en esta ley.

En caso de que alguna de las partes niegue la validez de un mensaje de datos, deberá probar, conforme a la ley, que éste adolece de uno o varios vicios que lo invalidan, o que el procedimiento de seguridad, incluyendo los datos de creación y los medios utilizados para verificar la firma, no puedan ser reconocidos técnicamente como seguros.

Cualquier duda sobre la validez podrá ser objeto de comprobación técnica.

Según la Disposición Reformatoria Primera, del Código Orgánico General de Procesos, vigente desde el 23 de mayo del 2016, en todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, deberá sustituirse en lo que diga: "Código de Procedimiento Civil"; "Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa" y "Ley de Casación", por "Código Orgánico General de Procesos".

La ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 557, de 17 de abril de 2002, cuando estaba vigente el Código de Procedimiento Civil, y el Art. 54 era aplicable al sistema procesal escrito, norma que más que referirse a la manera de practicarse estas pruebas, daba reglas de introducción del medio probatorio al proceso y cómo debe procederse en caso de impugnación.

Para el Código Orgánico General de Procesos, vigente desde el 23 de mayo del 2016, los documentos *“producidos electrónicamente con sus respectivos anexos, serán considerados originales para todos los efectos legales. Las reproducciones digitalizadas o escaneadas de documentos públicos o privados que se agreguen al expediente electrónico tienen la misma fuerza probatoria del original. Los documentos originales escaneados, serán conservados por la o el titular y presentados en la audiencia de juicio o cuando la o el juzgador lo solicite. Podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas de este Código”*. (Art. 202)

El Art. 196 del mismo cuerpo normativo, describe la manera como debe producirse la prueba en audiencia, y para los documentos electrónicos, se indica que:

3. Las fotografías, grabaciones, los elementos de pruebas audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán también en su parte pertinente en la audiencia y por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes.
4. La prueba documental actuada quedará en poder de la o del juzgador para tenerla a la vista al momento de tomar su decisión sobre el fondo del asunto, dejando a salvo la facultad de las partes de volver actuarla o usarla durante la audiencia de juicio.

El Art. 194 *ibídem*, preceptúa que *“Los documentos públicos o privados se presentarán en originales o en copias. Se considerarán copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se realicen por cualquier sistema”*.

El Art. 18 numeral 5 literal b) de la Ley Notarial, señala: *“La o el Notario a través de su firma electrónica podrá otorgar copias electrónicas certificadas de un documento físico original o de un documento electrónico original. Además podrá conferir copias físicas certificadas de un documento electrónico original”*.

CONCLUSIÓN

Por lo que, de presentarse en un proceso un documento electrónico original, deberá ingresar el soporte informático (dispositivo de almacenamiento de datos) y su transcripción en papel.

De no presentarse el soporte informático del documento electrónico original, es necesario ingresar copias debidamente certificadas por un notario.

2. La exhibición

CONSULTA

¿Cómo debe tramitarse la exhibición de documentos, y cómo se objetan las pruebas? Puesto que el Art. 169 del COGEP, el juez ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder; salvo cuando se trate de derechos de niñas, niños y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, la o el juzgador lo hará de oficio en la audiencia preliminar.

ANÁLISIS

Es necesario diferenciar entre fuente de la prueba del medio probatorio; así es fuente de prueba el testigo siendo medio probatorio su declaración, del mismo modo es fuente de prueba el perito y medio probatorio la sustentación de su informe.

Según el Art. 151 del COGEP, el demandado en la contestación a la demanda deberá pronunciarse sobre la autenticidad de la prueba documental que se haya acompañado a la demanda, indicando lo que admite y lo que niega. (Objeción de la fuente probatoria).

El Art. 170 del COGEP, indica que las partes podrán objetar cualquier prueba impertinente, inútil o inconducente. Obviamente en los momentos procesales correspondientes, esto es, al discutirse la admisión de la prueba, en la audiencia preliminar en el ordinario; y, en la primera fase de la audiencia única. (Objeción de la fuente probatoria).

Por lo que, la objeción de la prueba documental sobre su autenticidad será en los actos de proposición; mientras que la objeción sobre la utilidad, pertinencia y conducencia de la fuente probatoria, será en la formulación probatoria oral. Así lo señala el Art. 194.7 del COGEP, cuando dice: “7. (...) a) *Anunciar la totalidad de las pruebas que serán presentadas en la audiencia de juicio. Formular solicitudes, objeciones y planteamientos que estimen relevantes referidos a la oferta de prueba de la contraparte*”. Ejemplo, al testigo se lo objeta desde que consta en el acto de proposición, por encontrarse en las situaciones determinadas en el Art. 189 del COGEP, esto es: a) quien no ha percibido a través de sus sentidos directa y personalmente hechos relacionados con la controversia; b) quien es absolutamente incapaz; c) quien padece enfermedad mental, que les priva la capacidad de percibir o comunicar objetivamente la realidad; d) quien al momento de ocurridos los hechos sobre los cuales deben declarar se encontraban en estado de embriaguez o bajo el efecto de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. (Objeción de la fuente probatoria).

En tanto que, se objeta el medio probatorio en su práctica, cuando en la declaración del testigo, se formulan preguntas que acarreen responsabilidad penal, sean capciosas, sugestivas, compuestas, vagas, confusas, impertinentes o hipotéticas por opiniones o conclusiones; así como, cuando las respuestas de los declarantes vayan más allá de lo preguntado, no tengan relación con las preguntas, o sean parcializadas (Art. 176 COGEP).

La Exhibición consta como diligencia preparatoria y puede pedirse dentro de un procedimiento, es así que el Art. 122 del COGEP, dice:

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, legataria 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.

Por su parte el Art. 142.7 señala como requisito de la demanda *“el anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.”*

Sobre el acceso a la prueba de exhibición, precisamente se refieren los Arts. 219 y 220 del COGEP⁸⁶, el primero en relación a la que está en poder de terceros, y el segundo sobre la que se encuentra en poder de la contraparte.

CONCLUSIÓN

La exhibición puede pedirse como diligencia preparatoria, en cuyo evento el juzgador ordena citar a la persona contra la que se

⁸⁶ “Art. 219.- Documentos en poder de terceros. La parte que pretenda utilizar documentos privados originales o en copia, que se hallen en poder de un tercero y relacionado con la materia del proceso al presentar la demanda o la contestación, la reconvencción o la contestación a la reconvencción, pedirá que se le notifique para su exhibición en el día y hora señalados para la audiencia. En caso de incumplimiento injustificado de la orden judicial se aplicarán las sanciones previstas en la ley. Art. 220.- Documentos en poder de la contraparte. La parte que requiera un documento privado que se encuentre en poder de la contraparte, podrá pedir a la o al juzgador que ordene su presentación hasta la audiencia. Si el que se presume tenedor del documento confiesa que se halla en su poder, estará obligado a presentarlo. De no cumplirse la orden judicial o demostrar que el documento no existe o no está en su poder, la o el juzgador sancionará la mala fe y deslealtad procesal de quien incurra en ella, conforme con la ley.”

promoverá el proceso o al tercero en cuyo poder se encuentra el documento privado, luego señalará día y hora para la realización de la diligencia. Si el obligado no cumple con el mandato del juez, se puede aplicar el Art. 132 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dice:

En cumplimiento de lo que dispone el artículo 75 de la Constitución de la República las juezas y jueces pueden: 1. Imponer multa compulsiva y progresiva diaria destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión, sin perjuicio de las consecuencias legales que, al momento de la resolución de las causas, produce la contumacia de la parte procesal. La multa será establecida discrecionalmente por el tribunal, jueza o juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo ser reajustada o dejada sin efecto si se considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación. Las cantidades serán determinadas considerando la cuantía o la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de tal manera que signifiquen una efectiva restricción psicológica al cumplimiento de lo dispuesto. Siguiendo estos lineamientos, los jueces podrán imponer multas de entre una quinta parte de una remuneración básica unificada, y una remuneración básica unificada diaria, sin que en ningún caso exceda de veinticinco remuneraciones básicas unificadas; la sanción se aplicará sin perjuicio del cumplimiento del mandato.

En caso de que la exhibición sea en el decurso de un proceso, debe presentarse el documento privado a exhibirse en la audiencia preliminar de ser procedimiento ordinario, y en caso de ser otro procedimiento de audiencia única, en la primera fase.

Se puede objetar la fuente probatoria, cuando la documentación no tenga relación con lo que es materia del proceso; o, no se encuentre en poder del tercero ni de la contraparte. La objeción al medio probatorio tendrá lugar en audiencia cuando se exhiba el documento privado.

3. El acceso a la pruebas

CONSULTA

¿Cuál es el momento procesal para ordenar la realización de la pruebas o disponerlas, cuando no estuvieron al alcance de las partes?

ANÁLISIS

Toda prueba a la cual se tiene acceso, debe ser anunciada y adjuntarse a los actos de proposición, como un informe pericial o la prueba documental.

Por regla general no se puede disponer la realización de una prueba, sin que antes no haya sido admitida en la misma audiencia; excepto de aquella que no se pudo tener acceso, sobre la cual debe anunciarse, solicitarse y fundamentarse la imposibilidad de su obtención, en este caso, el juez al calificar los actos de proposición puede ordenar su realización, como en los casos de un peritaje a un documento falso, la inspección judicial al inmueble del que fuera despojado violentamente o del posesorio de obra nueva.

Por el principio de obtención de la prueba, las partes pueden tener una prueba con anticipación al juicio, como en el caso de las diligencias preparatorias, la prueba documental o de la pericia; diferenciando este momento procesal del de la admisibilidad del medio probatorio, mismo que se realiza en la audiencia preparatoria del ordinario o en la primera fase de la audiencia única.

Por tanto, es preciso indicar que las pruebas practicadas antes de la presentación de la demanda (carga procesal, Art. 142.7 del COGEP⁸⁷), de ninguna manera significan admisibilidad; puesto que bien puede suceder que una prueba practicada anticipadamente como diligencia

⁸⁷ El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.

preparatoria, puede ser inadmitida por el juez en el proceso principal, o que la prueba documental obtenida por el accionante reciba la misma calificación por ser inconducente; así como la prueba pericial, puede inadmitirse por haberse realizado la experticia por persona no acreditada como perito en el Consejo de la Judicatura.

Ordenar la práctica de la prueba en los procedimientos sumarios, ejecutivos y monitorios, una vez calificados los actos de proposición, esto es, antes de la audiencia única, en nada quebranta el principio de admisibilidad del medio probatorio.

Identificando que las diligencias preparatorias en nuestro nuevo ordenamiento procesal, tienen como uno de sus propósitos anticipar la práctica de la prueba que puede perderse o destruirse; Jaime Azula Camacho, al tratar de las etapas de la actividad probatoria, dice que el aseguramiento del medio probatorio consiste en evitar que se pierdan o alteren los elementos capaces de probar los hechos, que en los procesos civiles la recepción anticipada de prueba, sucede cuando en la responsabilidad civil extracontractual se pide la inspección como prueba anticipada para establecer la forma como sucedieron los hechos, como por ejemplo: “tal el caso del derrumbe de una casa ocasionado por la edificación construida en el lote contiguo”⁸⁸.

Por otro lado, siguiendo a Devis Echandía, con el propósito de conocer los principios procesales que rigen a la prueba, dice que el principio de contradicción:

Significa que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes; (...) Los autores exigen generalmente la contradicción de la prueba como requisito esencial para su validez y autoridad. Cuando la prueba se practica antes del proceso o extrajudicialmente, cual puede ocurrir en materia

⁸⁸ Jaime Azula Camacho, Manual de derecho procesal, Tomo VI Pruebas judiciales, Bogotá-Colombia, Editorial Temis S.A., Tercera Edición, 2008, pág. 62.

de testimonios e inspecciones judiciales, debe ratificarse luego durante su curso, para que este principio quede satisfecho. Sería conveniente exigir, como en los Estados Unidos de Norteamérica, que para practicarse esas pruebas antes del proceso se cite a quien deba ser luego su oponente, con el fin de que pueda intervenir en su práctica⁸⁹.

En relación a este principio, el Código Orgánico General de Procesos, expresamente lo contempla en las diligencias preparatorias, cuando el Art. 120 dice: *“La parte que solicite diligencia preparatoria señalará los nombres, apellidos y domicilio de la persona contra quien promoverá el proceso, el objeto del mismo y la finalidad concreta del acto solicitado. La o el juzgador calificará la petición y dispondrá o rechazará su práctica. En el primer caso citará a la persona contra quien se la pide y señalará día y hora en que se efectúe la diligencia”*.

Se debe realizar la citación a la persona contra quien se pide la diligencia preparatoria, obviamente, con el propósito de que la prueba anticipada pueda tener validez procesal en el proceso principal (traslado de prueba⁹⁰); además la conocerá el mismo juzgador que realizó la diligencia preparatoria (principio de intermediación). De esta manera se cumplirá con el principio de publicidad de la prueba, por el cual:

debe permitirse a las partes conocerlas, intervenir en su práctica, objetarlas si es el caso, discutir las y luego analizarlas para poner de presente ante el juez el valor que tienen, en alegaciones oportunas; pero también significa que el examen y las conclusiones del juez sobre la prueba deben ser conocidas de las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello, cumpliendo así la función social que les corresponde y adquiriendo el "carácter social" de que habla FRAMARINO DEL MALATESTA⁹¹.

⁸⁹ Hernando Devis Echandía, Teoría general de la prueba judicial, Tomo I, Buenos Aires, Editor Víctor P. de Zavalía, 2002, págs. 123-124.

⁹⁰ La prueba practicada válidamente en un proceso podrá incorporarse a otro en copia certificada. Para su apreciación es indispensable que en el proceso original se haya practicado a pedido de la parte contra quien se la quiere hacer valer o que esta haya ejercido su derecho de contradicción. Se exceptúan los casos en los que la ley expresamente prohíbe este uso procesal.

⁹¹ Hernando Devis Echandía, Teoría general de la prueba judicial, Tomo I, Buenos Aires, Editor Víctor P. de Zavalía, 2002, págs. 124-125.

Según el Art. 225 del COGEP: *“Cuando alguna de las partes justifique no tener acceso al objeto de la pericia, solicitará en la demanda o contestación, reconvencción o contestación a la reconvencción, que la o el juzgador ordene su práctica y designe el perito correspondiente (...)”*.

Del mismo modo, el Art. 159 del mismo cuerpo adjetivo, dice: *“(...) La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código. Todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código. (...)”*

Así como, el Art. 123 señala que: *“La competencia para conocer y ordenar la práctica de las diligencias preparatorias, se radica por sorteo de acuerdo con la materia del proceso en que se pretendan hacer valer y determina la competencia de la o del juzgador para conocer el proceso principal (...)”*

CONCLUSIÓN

Por regla general el momento procesal oportuno para admitir pruebas es en la audiencia preliminar al tratarse del procedimiento ordinario; y, en la primera fase de la audiencia única, en los procedimientos: sumario, ejecutivo y monitorio.

En los procesos de audiencia única, solo en forma excepcional, el juzgador al calificar los actos de proposición puede ordenar la realización de pruebas antes de la audiencia, como: en los casos de un peritaje a un documento falso, las pruebas del ADN, la inspección judicial al inmueble del que fue despojado violentamente o del juicio posesorio de obra nueva; puesto que no quebranta el principio de admisibilidad del medio probatorio.

4. La declaración de parte como título ejecutivo

CONSULTA

Se indica que la declaración de parte no consta como diligencia preparatoria. El Art. 347 del COGEP, señala que la declaración de parte hecha con juramento ante una o un Juzgador competente, es título ejecutivo, pero sin embargo, no consta de manera independiente como diligencia preparatoria. Además se solicita aclarar si puede pedir una persona su propia declaración de parte y el momento procesal para receptor la declaración urgente.

ANÁLISIS

Sobre la declaración de parte para constituir título ejecutivo, en el Código Orgánico General de Procesos, no consta dentro del procedimiento ejecutivo la forma como debe ser constituida.

Por lo que es necesario remitirnos a lo dispuesto en el Art. 122 del mismo cuerpo adjetivo, donde se describen las diligencias preparatorias, en cuyo párrafo inicial se lee: *“Además de otras de la misma naturaleza, podrá solicitarse como diligencias preparatorias”*; en vista de lo cual se puede aseverar que la enumeración que hace el Art. 122 es ejemplificativa y no taxativa.

Ahora cabe preguntarse si las diligencias descritas en el Art. 122 necesariamente deben cumplir con la finalidad expuesta en el Art. 120 *ibídem*, esto es: *“1. Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso. 2. Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse.”*; concluyendo que no, pues el reconocimiento de un documento privado, o la apertura de cajas o casilleros de seguridad en las instituciones del sistema financiero, no se ajustan a los parámetros del Art. 120.

Así, hay otras diligencias preparatorias que no se enmarcan en los supuestos del Art. 120, como justamente es la declaración de parte hecha con juramento ante juzgador competente para constituir título ejecutivo (Art. 347.1 COGEP); así como, el reconocimiento

voluntario del hijo hecho por declaración judicial o instrumento privado reconocido judicialmente (Art. 249 Código Civil).

El momento procesal para pedir una declaración urgente como diligencia preparatoria cuyo propósito es anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse, es antes de presentar la demanda, pero el peticionario tendrá que justificar que el declarante es de avanzada edad o que tiene una grave enfermedad que se teme pueda fallecer; o, que está a punto de salir del país sin que se espere su pronto regreso.

Más, si ha iniciado el procedimiento, es procedente la declaración anticipada la que se llevará a cabo en audiencia especial, como lo señala el Art. 181 del COGEP, pero deberá demostrarse que el declarante es una persona gravemente enferma, o que se encuentra físicamente imposibilitada, o que va a salir del país, o en fin de toda persona que no pueda comparecer a la audiencia.

Si el declarante no se encuentra en esos escenarios, deberá comparecer a prestar su declaración en la audiencia de juicio o en la segunda fase de la audiencia única.

Sobre la posibilidad que una persona pueda pedir como declaración de parte que se le recepte su propia declaración; si bien es cierto lo común es que una parte procesal pida a la otra que declare sobre los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho, sin embargo, tenemos excepciones y son las siguientes:

1. En el Art. 184 del COGEP, se describe el desarrollo del juramento decisorio, y consiste en que una parte pide a la otra que declare para que sobre ese testimonio decida el juez, pero a su vez la parte requerida podrá solicitar que lo haga la contraparte; entonces vemos que es el propio peticionario quien terminará declarando;
2. Otro caso lo tenemos en el Art. 184 del COGEP, cuando se dice que en las controversias sobre devolución del préstamo, cuando se alegue usura a falta de otras pruebas para justificar la tasa de interés y el monto efectivo del capital prestado se estará al juramento de la o del prestatario;

3. Igualmente en el mismo Art. 184 se dice que en materia laboral, a falta de otra prueba se estará al juramento deferido del trabajador para probar el tiempo de servicio y la remuneración percibida; y, en el caso de los adolescentes, además la existencia de la relación laboral.

CONCLUSIÓN

Por lo cual, debe tramitarse como diligencia preparatoria la declaración de parte hecha con juramento ante juzgador competente para constituir título ejecutivo.

La declaración de parte puede pedirse antes de iniciar un proceso como diligencia preparatoria, en cuyo caso se denomina declaración urgente; o dentro del proceso como declaración anticipada (antes de la audiencia de juicio o segunda fase de la audiencia única) y finalmente como declaración de parte (dentro de la audiencia de juicio o segunda fase de la audiencia única).

Puede pedirse declaración de parte contra sí misma, en los casos ya descritos, de juramento decisorio y deferido.

5. Momento procesal para ordenar el acceso a las pruebas

CONSULTA

¿Cuál es el momento procesal para ordenar o disponer diligenciar los medios probatorios que no estuvieron al alcance de las partes?

ANÁLISIS

Toda prueba se debe anunciar y adjuntar a los actos de proposición, por regla general no se puede disponer la realización de una diligencia requerida como prueba, sin que antes no haya sido admitida la misma en audiencia; excepto de aquella prueba que no se pudo tener acceso, sobre la cual debe anunciarse, solicitarse y fundamentarse la imposibilidad de acceso, en este caso, el juez al calificar los actos de proposición puede ordenar su realización, como en el caso de un peritaje a un documento falso o la inspección judicial al inmueble del que fue despojado violentamente.

Al respecto, el Art. 225 del COGEP, dice: *“Solicitud de pericia. Cuando alguna de las partes justifique no tener acceso al objeto de la pericia, solicitará en la demanda o contestación, reconvencción o contestación a la reconvencción, que la o el juzgador ordene su práctica y designe el perito correspondiente (...)”*.

Del mismo modo, el Art. 159 del mismo cuerpo adjetivo, dice: *“(...) La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código. Todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código. (...)”*.

Así como, el Art. 123 señala que: *“La competencia para conocer y ordenar la práctica de las diligencias preparatorias, se radica por sorteo de acuerdo con la materia del proceso en que se pretendan hacer valer y determina la competencia de la o del juzgador para conocer el proceso principal (...)”*.

El Código Orgánico de la Función Judicial, en su Art. 231 describe como competencia de los jueces de contravenciones: *“4. Conocer las diligencias preprocesales de prueba material en materia penal y civil, (...)”*.

CONCLUSIÓN

El momento procesal oportuno para admitir pruebas es en la audiencia preliminar al tratarse del procedimiento ordinario, y en la primera fase de la audiencia única, en los procedimientos sumario, ejecutivo y monitorio.

Siendo la obtención de la prueba documental carga procesal atribuible a las partes procesales, deben concurrir al Juez de Contravenciones para solicitarlas; en caso de negativa a concederlas que conste por escrito, será el Juez que conozca el asunto principal el que ordene el acceso a la prueba.

Lo que el juez ordena en la calificación a la demanda, es lo siguiente: en caso de expropiación urgente, la ocupación inmediata del inmueble, siempre que a la demanda se acompañe el precio fijado en el avalúo comercial municipal; y, dispondrá la inscripción en el registro correspondiente, de las demandas que versen sobre dominio o posesión de inmuebles o de muebles sujetos a registro, así como también de las demandas que versen sobre demarcación y linderos, servidumbres, expropiación, división de bienes comunes y acciones reales inmobiliarias.

6. Demostración de la imposibilidad de acceso a la prueba

CONSULTA

¿La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, debe ser alegada o demostrada documentalmente? El Art. 142.8 del Código Orgánico General de Procesos, señala lo que debe contener la demanda, pero no especifica el alcance de la solicitud de acceso a la prueba, por lo que es suficiente dicha manifestación o debe ser probada con la negativa escrita de acceso a la información.

ANÁLISIS

Toda prueba se debe anunciar y adjuntar a los actos de proposición, excepto de aquella prueba que no se pudo tener acceso, sobre la cual debe anunciarse, solicitarse y fundamentarse su imposibilidad de acceso.

Al respecto, el Art. 225 del COGEP, dice: *“Solicitud de pericia. Cuando alguna de las partes justifique no tener acceso al objeto de la pericia, solicitará en la demanda o contestación, reconvencción o contestación a la reconvencción, que la o el juzgador ordene su práctica y designe el perito correspondiente (...)”*.

Del mismo modo, el Art. 159 del mismo cuerpo adjetivo, dice: *“(...) La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código. Todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida*

requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código. (...)”.

El Código Orgánico de la Función Judicial, en su Art. 231 describe como competencia de los jueces de contravenciones: “4. Conocer las diligencias preprocesales de prueba material en materia penal y civil, (...)”.

El momento procesal oportuno para admitir pruebas es en la audiencia preliminar al tratarse del procedimiento ordinario, y en la primera fase de la audiencia única, en los procedimientos sumario, ejecutivo y monitorio. No se puede disponer la realización de una diligencia requerida como prueba, sin que antes no haya sido admitida la misma en audiencia. No es permisible dentro del vigente sistema procesal para materias no penales, se disponga la realización de diligencias, inspecciones, oficios, etc., en la calificación de los actos de proposición, a excepción que se justifique no tener acceso fundamentadamente.

CONCLUSIÓN

Por lo cual, para que el juez ordene el acceso judicial a la prueba, la solicitud debe estar debidamente fundamentada; pero si para la obtención de la prueba documental, se solicitó el acceso al Juez de Contravenciones y este se negó, se justificará con dicha providencia, para que sea el Juez que conozca el asunto principal, el que ordene el acceso a la prueba.

7. La grabación de la audiencia

CONSULTA

¿Cuál es el trámite a seguir cuando se objeta una grabación de la audiencia? En vista de que el Art. 83 del COGEP, permite a las partes procesales el acceso a la grabación oficial con fines de objeción.

ANÁLISIS

Es necesario indicar que en el Art. 8 del COGEP, dice que: *“La información de los procesos sometidos a la justicia es pública, así como las audiencias, las resoluciones judiciales y las decisiones administrativas. Únicamente se admitirá aquellas excepciones estrictamente necesarias para proteger la intimidad, el honor, el buen nombre o la seguridad de cualquier persona. Son reservadas las diligencias y actuaciones procesales previstas como tales en la Constitución de la República y la ley.”*

El Art. 83 del mismo cuerpo legal, ratifica la publicidad de las audiencias, las que serán gravadas sólo por el sistema implementado por el Consejo de la Judicatura, no obstante, *“El contenido de la grabación oficial podrá ser objetado hasta veinticuatro horas después de realizada la audiencia.”*

CONCLUSIÓN

Por lo cual, si una de las partes procesales pretende objetar el contenido de la grabación oficial, deberá hacerlo dentro de la audiencia; el juez ordenará su entrega inmediata, ya que tiene solo veinticuatro horas para revisarla y objetarla.

8. En la fase de ejecución cabe que la o el juez a petición de parte disponga que se recabe información relacionada al deudor

CONSULTA

“En el proceso de ejecución de la sentencia condenatoria ejecutoriada por infracciones a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, cabe o no que el juez de contravenciones disponga a petición de parte, recabar información con relación al dinero que posee el condenado en las instituciones del Sistema Financiero, cuando según la disposición citada, le corresponde al acreedor señalar los bienes que deban ser embargados”.

ANÁLISIS

La ejecución de la sentencia deberá efectuarse como manda el Art. 366 y siguientes del COGEP, tomando en cuenta si se trata de

obligaciones de dar, hacer o no hacer, y al respecto, el Art. 365 *ibídem* dispone: “La o el juzgador tendrá la facultad de acceder de oficio o a petición de parte, a los registros públicos de datos de la o el ejecutado, para recabar información relacionada con sus bienes. Además brindará a la o el ejecutante todo el apoyo y facilidades para la realización de los actos necesarios dentro de la ejecución”. En virtud de esta norma, no cabe duda que la o el administrador de justicia tiene plena facultad de recabar información, de oficio o a petición de parte, que sea necesaria para la cabal ejecución de la sentencia. Al tratarse de la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil para procesos anteriores a la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, es el acreedor quien tiene que proporcionar la información necesaria a fin de que la jueza o juez, al ejecutar la sentencia ordene el embargo de bienes, incluido dinero.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con el Art. 365 del Código Orgánico General de Procesos cabe que el juzgador de oficio o a petición de parte acceda a los registros públicos de datos de la o el ejecutado y brindar a la o el ejecutante todo el apoyo y facilidades para la ejecución.

9. Impugnación de la prueba de ADN

CONSULTA

“La prueba de ADN no puede ser impugnada alegando que la misma no responde a la verdad, puesto que quien la alega sostiene enfáticamente que dicha prueba fue manipulada dolosamente en la Cruz Roja Ecuatoriana u otra Institución que practica estas pruebas”.

ANÁLISIS

Al respecto, el artículo innumerado 13 (138) de la Ley Reformatoria al Capítulo V del Código de la Niñez y Adolescencia estatuye: “La prueba de ADN con las condiciones de idoneidad y seguridad prevista en esta Ley, se tendrá por suficiente para afirmar o descartar la paternidad o maternidad. No será admitida la dilación de la causa a través de la petición de nuevas pruebas, salvo que se fundamente y pruebe el incumplimiento de las condiciones previstas en la presente

Ley". En tal virtud, no cabe impugnación de la prueba de ADN, o que a pretexto de esa impugnación se pretenda dilatar la causa con nuevas pruebas, salvo cuando no se haya respetado la cadena de custodia, lo cual debe ser probado. La cadena de custodia constituye el procedimiento que garantiza la autenticidad, seguridad, preservación e integridad de la evidencia física hallada, obtenida o colectada y examinada, de manera continua e interrumpida, por lo tanto, se debe probar que no se ha respetado el procedimiento o no se ha cumplido las condiciones que establece el innumerado 11 (136) del CONA para la validez del examen de ADN.

CONCLUSIÓN

No cabe impugnación de la prueba de ADN, o que a pretexto de esa impugnación se pretenda dilatar la causa con nuevas pruebas, salvo cuando no se haya respetado la cadena de custodia, lo cual debe ser probado.

10. Práctica del examen de ADN al demandado que vive en el extranjero

CONSULTA

"Una dificultad práctica que se presenta en cuanto a la realización del examen de ADN. Cómo proceder si el demandado vive en país extranjero. Es necesario que se defina claramente si se debe obligar al demandado a concurrir al país para la práctica del examen o si se remitirá por la vía de exhorto para que se tomen las muestras al que se encuentra fuera del país. Esto es importante para precautelar los derechos de las niñas, niños y adolescentes a la identidad y a los alimentos y asegurar la celeridad procesal y el derecho a la seguridad jurídica".

ANÁLISIS

Como norma general tenemos que, las pruebas con que cuenten las partes se debe adjuntar a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción. La prueba que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada, pues, aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, salvo que se trate de prueba nueva en los casos previstos por el COGEP.

El examen de ADN es una prueba pericial, misma que de justificarse no tener acceso al objeto de la pericia, debe solicitarse en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción o contestación a la reconvencción para que la o el juzgador ordene su práctica y designe el perito correspondiente conforme establece el Art. 225 del COGEP; pero, en caso de que la persona en quien se va a practicar el examen de ADN no se encuentre en el país, no podrá cumplirse con lo que dispone dicha norma legal, corresponde entonces analizar si debe ordenarse la práctica de esa prueba mediante exhorto.

El Art. 167 del Código Orgánico General de Procesos, que trata sobre la prueba en el extranjero establece lo siguiente: “Para la práctica de las declaraciones de parte o declaraciones de testigos en el extranjero, se notificará a los funcionarios consulares del Ecuador del lugar, para que las reciban a través de medios telemáticos. Tratándose de otros medios probatorios o de no existir funcionario consular del Ecuador, se podrá librar exhorto o carta rogatoria a una de las autoridades judiciales del país con la que han de practicarse las diligencias”. Del texto de esta norma se desprende que, sólo las declaraciones de parte o de testigos como prueba pueden realizarse a través de los cónsules del Ecuador, pero las otras pruebas deben obtenerse mediante exhorto o carta rogatoria.

El exhorto es un instrumento procesal que procede o se origina en la cooperación judicial internacional, misma que se encuentra plasmada en varios instrumentos internacionales, en los cuales se prevén aspectos que van desde la emisión por la jueza y jueces locales y su trasmisión al exterior a través de las autoridades centrales, para su práctica por juezas y jueces extranjeros. Entre los convenios multinacionales sobre exhortos o cartas rogatorias tenemos: El Código de Derecho Internacional Privado “Sánchez de Bustamante”; La Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; El Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; La Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; y, El Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero. Estos instrumentos internacionales permiten y facilitan la práctica de diligencia judiciales y la recepción de pruebas en el extranjero, a través del exhorto o cartas rogatorias.

Al respecto, el Art. 158 del Código Orgánico de la Función Judicial faculta a las juezas, jueces o tribunales ecuatorianos a exhortar a otros jueces la realización de actuaciones judiciales fuera de su ámbito territorial; mientras que el Art. 70 del Código Orgánico General de Procesos establece que, “Las comunicaciones dirigidas a autoridades en el extranjero se enviarán por medio de exhorto o carta rogatoria conforme con lo dispuesto en los tratados e instrumentos internacionales”.

Por lo tanto, los exhortos pueden ser emitidos con sustento en convenios internacionales de los que el Ecuador sea parte. En caso de que no exista convenio o no sea parte de determinado convenio el Estado ecuatoriano, se sustentarán los exhortos en el derecho consuetudinario, aplicando el principio de reciprocidad. En consecuencia, los administradores de justicia están obligados a verificar si el país exhortado y el Estado exhortante son parte del convenio en que se sustenta el exhorto.

Los exhortos que se originan en los juzgados o tribunales del Ecuador, pueden librarse con las siguientes finalidades:

- a) Ejecutar diligencias que en nuestra legislación se denominan “de trámite”; así como notificaciones y citaciones, testimonios o aquellos actos procesales que no generen conflicto en su ejecución, como por ejemplo, reconocimiento de un documento, reconocimiento de firma, etc.
- b) Practicar pruebas, tales como obtención de información, declaración de parte, inspección, etc.; y,
- c) Exequátur u homologación de sentencia.

Al respecto, los Arts. 2 y 5 de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, de la cual el Ecuador es parte, disponen lo siguiente:

“Art. 2.- Los exhortos o cartas rogatorias emanadas de procedimiento jurisdiccional en materia civil o comercial, que tuvieren como objeto la recepción u obtención de pruebas o informes, dirigidos por

autoridades jurisdiccionales de uno de los Estados Partes en esta Convención a las de otro de ellos, serán cumplidos en sus términos sí:

1. La diligencia solicitada no fuere contraria a disposiciones legales en el Estado requerido que expresamente la prohíban;
2. El interesado pone a disposición del órgano jurisdiccional requerido los medios que fueren necesarios para el diligenciamiento de la prueba solicitada”.

“Art. 5.- Los exhortos o cartas rogatorias relativos a la recepción u obtención de pruebas se cumplirán de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido”.

Por otro lado, el inciso segundo del Art. 14 de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero también dispone: “Tampoco restringe la aplicación de las disposiciones en materia de intervención consular para la recepción u obtención de pruebas que estuvieren vigentes en otras convenciones, o las prácticas admitidas en la materia”. Según esta disposición, no sólo los jueces extranjeros pueden ejecutar las diligencias exhortadas por los jueces y tribunales nacionales, pues, los Estados partes de un convenio, pueden facultar esas actividades a los cónsules, en armonía con la legislación interna del país requerido. También pueden los cónsules ecuatorianos practicar diligencias que exhorten o comisiones los jueces o tribunales nacionales de acuerdo a la normativa vigente en el Ecuador, como es el caso de los Arts. 65 de la Ley Orgánica de Servicio Exterior, 57 y 167 del Código Orgánico General de Procesos, dependiendo de la diligencia judicial de que se trate.

CONCLUSIÓN

Conforme a la normativa nacional vigente y los instrumentos internacionales señalados, la prueba pericial, así como las demás pruebas en el extranjero pueden ser obtenidas mediante el exhorto respectivo o carta rogatoria, con sustento en el respectivo convenio en caso de haberlo o en el principio de reciprocidad, en caso de no existir convenio entre el país exhortante y el exhortado; cumpliendo además con la cadena de custodia para que la prueba

de ADN para que tenga las condiciones de idoneidad y seguridad previstas en la ley.

Sentencia

1. Ejecutoria de la sentencia

CONSULTA

El consultante pregunta: ¿Cuándo se declara que una sentencia se encuentra ejecutoriada?

ANÁLISIS

Para definir el momento procesal en que una resolución causa ejecutoria, es necesario precisar lo que se considera cosa juzgada formal y cosa juzgada material.

Para Couture la cosa juzgada es inimpugnable cuando se han agotado los recursos previstos en la ley o no se los ha ejercido; es inmutable cuando no se la puede atacar mediante otro juicio; y, es coercible por la posibilidad jurídica de su ejecución forzada en caso de incumplimiento voluntario⁹².

Lino Enrique Palacio, dice que cuando la sentencia no es susceptible de recurso alguno por habérselos consumado o no ejercido, es irrevocable o inimpugnable, pues ya no permite su ataque directo, y adquiere la categoría de cosa juzgada en sentido formal; mientras que si la sentencia no es susceptible de ataque indirecto mediante otro juicio, adquiere la categoría de cosa juzgada material⁹³.

En el Código Orgánico General de Procesos, la categoría de cosa juzgada formal, la tenemos en el Art. 99 cuando se dice que: “Las

⁹² Eduardo Couture: Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Roque de Palma Editores, Tercera Edición, Buenos Aires, 1958, pág. 402

⁹³ Lino Enrique Palacio: Manual de Derecho Procesal Civil, LexisNexis Abeledo-Perrot, Décimo Séptima Edición Actualizada, Buenos Aires, 2003, págs. 533-534.

sentencias y autos interlocutorios pasarán en autoridad de cosa juzgada en los siguientes casos: 1. Cuando no sean susceptibles de recurso. 2. Si las partes acuerdan darle ese efecto. 3. Si se dejan transcurrir los términos para interponer un recurso sin hacerlo. 4. Cuando los recursos interpuestos han sido desistidos, declarados desiertos, abandonados o resueltos y no existen otros previstos por la ley.”

La categoría de cosa juzgada material, la tenemos en el Art. 101 cuando señala que: “La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, o se funde en la misma causa, razón o derecho.”

En consecuencia, el COGEP identifica a la cosa juzgada material como aquella proveniente de una sentencia irrevocable, que permitiendo el ataque directo mediante la posibilidad de los recursos previstos en la ley, adquirió luego de su agotamiento o no ejercicio, la figura jurídica de sentencia ejecutoriada, capaz de no permitir un ataque indirecto mediante otro proceso, siendo por tanto inmutable o inmodificable.

Se puede concluir que en relación a los efectos de la sentencia, ésta es inimpugnable o irrevocable, cuando se han agotado los recursos previstos en la ley o no se los ha ejercido, adquiriendo la categoría de cosa juzgada formal, lo que no le priva del ataque indirecto mediante otro juicio. En cambio, si la sentencia no permite el ataque indirecto en otro proceso, es inmutable o inmodificable, entonces adquiere la categoría de cosa juzgada material. De manera que puede existir cosa juzgada formal con independencia de la cosa juzgada material, pero no puede existir cosa juzgada material sin la cosa juzgada formal, pues está en ella implícita.

CONCLUSIÓN

En consecuencia, la sentencia se ejecutoria y producen efecto de cosa juzgada, cuando se encuentren en los escenarios previstos en el Art. 99 del Código Orgánico General de Procesos.

2. Legitimación en causa de las acciones ejecutivas

CONSULTA

¿Qué sucede si se presenta una demanda contra sujetos procesales que no constan como deudores en el título ejecutivo? Al demandar en vía ejecutiva a sujetos que no constan en el título ejecutivo ¿es causal de inadmisión, archivo o excepción previa? y si no existe la excepción de previo y especial pronunciamiento ¿se podría analizar la legitimación pasiva en sentencia?

ANÁLISIS

El artículo 349 del COGEP determina: *“Requisito de procedibilidad. La demanda deberá reunir los requisitos previstos en las reglas generales de este Código y se propondrá acompañada del título que reúna las condiciones de ejecutivo. La omisión de este requisito no será subsanable y producirá la inadmisión de la demanda.”*

De la misma manera el Art. 142 de este código manifiesta: *“Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá: ...4. Los nombres completos y la designación del lugar en que debe citarse a la o al demandado, además de dirección electrónica, si se conoce.”*

Por otra parte el Art. 153 señala: *“Excepciones previas. Solo se podrán plantear como excepciones previas las siguientes: (...) 3. Falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda.”*

Es necesario recordar lo que nos enseña Omar A. White Ward, es su trabajo *“Teoría General del proceso: temas introductorias para auxiliares judiciales”*, págs. 47 y 48⁹⁴, sobre los presupuesto materiales:

⁹⁴ https://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/tecnicasJudiciales/5_B%2033688%20Teor%C3%ADA%20Gral%20del%20proceso.pdf

son: el derecho (posibilidad jurídica), el interés y la legitimación.

Estos presupuestos sirven solo como fundamento **para dictar sentencia** a favor del (de la) accionante (demandante) o declarar con lugar la demanda; sin embargo, sin ellos el procedimiento es válido. Entonces, para que la pretensión sea acogida en sentencia debe presentar tales presupuestos materiales (ver Véscovi, 1984: 96).

El **derecho o posibilidad jurídica** consiste en que la pretensión que ejerce la parte actora debe estar regulada por el ordenamiento jurídico; es decir, debe existir una norma de derecho sustantivo que respalde esta pretensión, que le dé asidero legal. Ejemplo de esto sería la ejecución forzosa de un contrato no cumplido, conforme lo posibilita el artículo 652 del Código Civil. Lo contrario ocurre con el cobro de una obligación natural que no se puede cobrar jurisdiccionalmente.

El **interés** es la motivación material; consiste en que el motivo por el cual se ejerce el derecho de acción, el llamado móvil de la parte actora, debe ser directo, o sea, particular de la persona que lo ejerce; debe ser actual, no estar sujeto ni a término, ni a condición (suspensiva o resolutoria); debe ser lícito.

La **legitimación** deriva de una relación jurídica preexistente, en virtud de la cual la parte actúa en el proceso pretendiendo su realización. Tiene dos modalidades: activa de la parte actora y pasiva de la parte demandada. La legitimación tiene que ver con la titularidad del derecho que se reclama. En otras palabras, una persona estará legitimada activamente cuando resulte ser la titular del derecho reclamado; y lo estará pasivamente cuando resulte ser la persona llamada a satisfacer la pretensión deducida en la demanda.

Si faltan los presupuestos materiales, el (la) demandado(a) puede oponer también las defensas que procedan según el caso; así, cuando falta la posibilidad jurídica, opondrá la **falta de derecho**. Cuando falte el interés actual, podrá oponer la defensa de **falta de interés actual**; cuando falte la legitimación, podrá interponer la excepción o la defensa de **falta de legitimación**, que puede ser activa o pasiva, dependiendo de que el (la) demandado(a) se refiera a sí mismo(a) o a la parte actora. Si se refiere a sí mismo(a) sería la legitimación pasiva; si es para la parte actora, sería la activa.

CONCLUSIÓN

De ser propuesta la demanda contra persona distinta del ejecutado, no es causa de inadmisión, ni archivo del proceso; pues el propio demandado (que no consta como deudor en el título ejecutivo), puede oponerse con la excepción previa de falta de legitimación en causa de la parte pasiva. No obstante, el juez puede rechazar en sentencia la pretensión, por cuanto la legitimación en causa, la falta de derecho y el interés son presupuestos sustanciales de sentencia de fondo. Esta sentencia desestimatoria causa cosa juzgada formal.

En los problemas derivados de la legitimación procesal, tales como aquellos en que se rechaza la demanda por no ser el actor el titular del derecho invocado, el concepto de cosa juzgada formal permite distinguir el alcance del fallo. Este decide, en todo caso, mediante cosa juzgada formal, el problema tal como ha sido propuesto en el juicio decidido. Pero no existe cosa juzgada sustancial en cuanto a que el verdadero titular pueda promover la misma cuestión en un nuevo proceso.⁹⁵

Subrogación y confusión

1. Confusión de figuras jurídicas

CONSULTA

“Hay contradicción en el Código Civil en cuanto al pago realizado de una obligación por el garante, en ausencia del pago del deudor principal, entre las figuras jurídicas de la subrogación y la confusión.

ANÁLISIS

El Art. 1626 del Código Civil establece: “*Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio:...* 3. *Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente;*”

⁹⁵ Couture, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Roque de Palma Editores, Tercera Edición, Buenos Aires, 1958, pág. 420

Definida para el Código Civil, la subrogación como: *“La transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga”*.

El Art. 1684 del mismo Código manifiesta: *“Si hay confusión entre uno de varios deudores solidarios y el acreedor, podrá el primero repetir contra cada uno de sus codeudores, por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en la deuda. Si por el contrario hay confusión entre uno de varios acreedores solidarios y el deudor, está obligado el primero a cada uno de sus coacreedores, por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en el crédito”*.

La confusión se produce cuando: *“concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor”*, verificándose la extinción de la obligación.

CONCLUSIÓN

En la duda planteada no existe contradicción alguna, ya que por la subrogación el codeudor solidario que paga, pasa a ocupar el puesto del acreedor, en relación al resto de los deudores solidarios, que en relación a ellos, de codeudor se transformó en acreedor, para la restitución o repago de lo por él cancelado; mientras que en la confusión existiendo deudores solidarios, sólo la cuota o parte de la deuda de aquel deudor que produjo la confusión con el acreedor, se considera extinguida, en tanto que, en relación al resto de codeudores, tiene el derecho de repetir. En consecuencia, en la subrogación para que el deudor pase a tomar el puesto de acreedor tiene que cancelar la obligación, según el Art. 1624 del Código Civil⁹⁶; en tanto que, en la confusión basta que concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor.

⁹⁶ Subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga.

Títulos ejecutivos

1. Cobro de intereses sobre intereses por uso de tarjetas de crédito

CONSULTA

“En los juicios por cobros de estados de cuenta en contratos de uso de tarjetas de crédito, surge la duda si es procedente el pago de intereses; recordar que la liquidación que se acompaña a la demanda, constan ya los intereses generados; de tal forma que sería improcedente mandar a pagar intereses sobre ya otros liquidados; o en su lugar especificar en la sentencia que los intereses causan exclusivamente sobre el capital; cuidando que las liquidaciones respeten tal disposición”.

ANÁLISIS

No cabe el anatocismo, de acuerdo a la última parte del inciso segundo del Art. 308 de la Constitución de la República, en relación con el numeral 3 del Art. 1575 del Código Civil, consecuentemente, si ya se han liquidado los intereses pactados por parte de la institución de crédito y se adjunta a la demanda, únicamente cabría el pago de intereses sobre el capital a partir del corte del estado de cuenta, es decir, a partir de la fecha en que se liquidó los intereses, sin la capitalización de intereses ya liquidados; además, la jueza o juez debe tener en cuenta lo que dispone el Art. 2109 del Código Civil en los casos que ello amerite.

CONCLUSIÓN

Si se adjunta una liquidación de intereses a la demanda, no cabe liquidar intereses de intereses, por lo tanto, sólo se deberá liquidar los intereses del capital a partir de la fecha hasta la que se liquidó los intereses anteriores.

2. Trámite para la acción cambiaria

CONSULTA

Que la acción cambiaria y de enriquecimiento injusto contempladas en el Art. 461, inciso tercero, del Código de Comercio, no tiene trámite específico una vez transcurrido 3 años de la vía ejecutiva y 5 años establecidos en el Código Civil.

ANÁLISIS

La acción cambiaria, que puede ser por enriquecimiento injusto, subsiste por dos años más luego de haber prescrito la acción ejecutiva, es decir, cinco años, pero se la debe ejercer en el mismo proceso planteado para el pago del importe de la letra de cambio, esto es, el mismo trámite ejecutivo, al tenor del Art. 461, inciso tercero del Código de Comercio, caso contrario, no procederá dicha acción cambiaria y se deberá seguir por la vía ordinaria, al igual que cuando haya prescrito la acción cambiaria directa o de regreso por haber transcurrido más de cinco años; consecuentemente, si existe trámite para la acción cambiaria, incluido por enriquecimiento injusto, que puede ser el trámite ejecutivo u ordinario, según el caso.

COCLUSIÓN

La acción cambiaria tiene trámite ejecutivo hasta los cinco años u ordinario si es más de eses tiempo.

3. Se considera que hay contradicción entre la prescripción que establece el Código de Comercio, el Código Monetario y Financiero y el Código Civil

CONSULTA

Se manifiesta que hay “contradicción respecto a la prescripción de las acciones ejecutivas entre los artículos 479 del Código de Comercio, 512 del Código Orgánico Monetario y Financiero y 2415 del Código Civil”.

ANÁLISIS

El artículo 2415 del Código Civil establece en términos generales el tiempo para la prescripción de las acciones ejecutivas y ordinarias, es decir, cinco años para las primeras y diez para las segundas; mientras que el Art. 512 del Código Orgánico Monetario y Financiero determina el tiempo de prescripción de la acción ejecutiva basada en el cheque, en tanto que el Art. 479 del Código de Comercio, contempla la prescripción para la acción ejecutiva fundada en la letra de cambio, que es también aplicable al pagaré por lo que dispone el Art. 488 *ibídem*.

Es importante tener presente que los títulos ejecutivos no son únicamente la letra de cambio, el pagaré a la orden y el cheque, puesto que existen muchos más títulos ejecutivos, como los que actualmente se enumeran en el Art. 347 del Código Orgánico General de Procesos o aquel documento que ley lo cataloga como título ejecutivo, como lo hace por ejemplo el Art. 13 de la Ley de Propiedad Horizontal. En el caso de la letra de cambio, la acción ejecutiva prescribe en tres años por mandato expreso del Art. 479 del Código de Comercio, aplicable también al pagaré conforme al Art. 488 *ibídem*; en tanto que la acción ejecutiva con base en el cheque prescribe en seis meses por mandato del Art. 512 del Código Orgánico Monetario y Financiero; consecuentemente, las acciones ejecutivas con base en los otros títulos ejecutivos prescriben en cinco años de acuerdo al Art. 2415 del Código Civil. En virtud de la normativa analizada, no existe contradicción alguna entre las normas legales que mencionan los administradores de justicia consultantes.

CONCLUSIÓN

No existe ninguna contradicción, puesto que el Art. 2415 del Código Civil señala el tiempo de prescripción para accionar ejecutivamente con cualquier título ejecutivo, salvo en tratándose del pagaré, la letra de cambio y el cheque, puesto que para estos títulos, la ley ha establecido en forma expresa el tiempo de prescripción de las acciones ejecutivas.

4. Vencimientos diferentes de los títulos ejecutivos

CONSULTA

El Art. 441 del Código de Comercio manifiesta que las letras de cambio que contengan vencimientos diferentes serán nulas, sin embargo, existen sentencias contradictorias emitidas por los jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Generalmente se comercializan letras con fecha de vencimiento y plazo de vista, y se acostumbra llenar los dos espacios, el problema surge cuando no coincide la fecha con el día último del plazo. Por lo que es necesario un solo criterio jurisprudencial sobre el doble vencimiento.

ANÁLISIS

El Código de comercio establece en forma clara y precisa en su Art. 410, lo siguiente:

La letra de cambio contendrá: 1.- La denominación de letra de cambio inserta en el texto mismo del documento y expresada en el idioma empleado para la redacción del mismo. Las letras de cambio que no lleven la referida denominación, serán, sin embargo, válidas, si contuvieren la indicación expresa de ser a la orden; 2.- La orden incondicional de pagar una cantidad determinada; 3.- El nombre de la persona que debe pagar (librado o girado); 4.- La indicación del vencimiento; 5.- La del lugar donde debe efectuarse el pago; 6.- El nombre de la persona a quien o a cuya orden debe efectuarse el pago; 7.- La indicación de la fecha y del lugar en que se gira la letra; y, 8.- La firma de la persona que la emita (librador o girador).

Y a continuación en el Art. 411, se indica:

El documento en el cual faltaren algunas de las especificaciones indicadas en el artículo que antecede, no es válido como letra de cambio, salvo en los casos determinados en los párrafos que siguen: La letra de cambio en la que no se indique el vencimiento será considerada como pagadera a la vista. A falta de indicación especial, la localidad designada junto al nombre del girado se considerará como el lugar en que habrá

de efectuarse el pago y, al mismo tiempo, como el domicilio del girado. La letra de cambio en que no se indique el lugar de su emisión, se considerará como suscrita en el lugar expresado junto al nombre del girador.

En relación al vencimiento el Art. 441, determina:

Una letra de cambio podrá ser girada: A día fijo; A cierto plazo de fecha; la vista; A cierto plazo de la vista. Las letras de cambio podrán prever vencimientos sucesivos. Aquellas letras que contengan vencimientos diferentes serán nulas. El plazo de las letras de cambio con vencimientos sucesivos, concluirá al cumplimiento del que en cada uno de ellos se señale, salvo que exista convención en contrario sobre la anticipación de los vencimientos. De no existir tal convención y de producirse la mora de uno o más de los vencimientos, se ejecutará exclusivamente aquellas que estuvieren en mora.

Realizando un enfoque histórico en relación a los modos de vencimiento, encontramos en la obra del Dr. César Darío Gómez⁹⁷, las siguientes referencias:

En torno a la Ley Uniforme de Ginebra sobre la Letra de Cambio, del 7 de junio de 1930:

Capítulo V

DEL VENCIMIENTO

Art. 35.- La letra de cambio podrá librarse:

A la vista;

a cierto plazo desde la vista;

a cierto plazo desde su fecha;

a fecha fija.

Las letras de cambio que indiquen otros vencimientos o vencimientos sucesivos serán nulas.

En el proyecto de ley uniforme de títulos valores para América Latina, se proponía lo siguiente:

⁹⁷ César Darío Gómez, *Títulos Valores*, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1996, págs. 325 y 354.

Art.60.- La letra de cambio puede ser girada:

- 1) A la vista;
- 2) A cierto tiempo vista;
- 3) A cierto tiempo fecha;
- 4) A día fijo;
- 5) Con vencimientos sucesivos.

La letra de cambio con otras formas de vencimiento se considerará pagadera a la vista.

Roberto Freeman y el Departamento Técnico Ediar⁹⁸, hacen un estudio de la letra cambio en el derecho chileno, indicando que con la ley No. 18.092 de 14 de enero de 1982, se introducen fundamentales reformas al Código de Comercio, sobre Letras de Cambio.

Los autores, relatan el texto del Art. 48 de esta nueva ley:

La letra de cambio puede ser girada:

A la vista;

A un plazo de la vista;

A un plazo de la fecha del giro, y

A día fijo y determinado.

No vale como letra de cambio la girada a otros vencimientos o a vencimientos sucesivos.

Al comentarlo, manifiestan: *“1.- Las formas señaladas por el legislador tienen el carácter de taxativas. No es posible establecer, ni aun contractualmente, otras clases de vencimientos, ni mucho menos vencimientos sucesivos.”*

Luego, analizan la misma norma que constaba en el Código de Comercio, y que fuera derogada por la ley comentada:

REFERENCIA:

Código de Comercio.

ARTICULO 642.- "Las letras de cambio pueden ser giradas:

A la vista o presentación;

⁹⁸ Roberto Freeman y Departamento Técnico Ediar Editores Ltda., Instrumento de Crédito", Ediar Editores Ltda., Santiago, 1984, págs. 107 a 108.

A uno o muchos días, uno o muchos meses vista;
A uno o muchos días, uno o muchos meses fecha;
A uno o muchos usos;
A día fijo y determinado;
A una feria.

Según se desprende de la sola lectura de este artículo derogado, la ley vigente ha mantenido las mismas formas de giro, pero ha eliminado las letras giradas "a uno o muchos usos" y "a una feria". Estos casos no tenían utilidad práctica en la legislación anterior y tampoco la tienen hoy día. Como mero dato histórico, digamos que los usos consisten en un determinado número de días, que es fijado por la costumbre del país. En Chile no habían tales usos. En Francia, verbi gracia, el uso constituye 20 días, de tal forma que una letra girada "a 2 usos" significa que se debe pagar en "40 días". Por su parte, las letras giradas a una feria debían ser pagadas "el último día de ella". De esta suerte, si la feria duraba 15 días, la letra debía pagarse el día 15, último de la feria.

Al tratar sobre el vencimiento, el Dr. Carlos Ramírez Romero, en su obra *Curso de Legislación Mercantil*⁹⁹, manifiesta:

Al respecto, el Art. 441 de C. de Com., regula los modos bajo los que puede ser girada una letra de cambio según el vencimiento; de los cuales no puede apartarse el girador sin ocasionar la nulidad de la letra.

Señala que el vencimiento de la letra de cambio, puede ser a día fijo, a cierto plazo de fecha, a la vista, a cierto plazo de vista y vencimientos sucesivos.

Al referirse al vencimiento sucesivo, dice:

Por otra parte, el Art. 441 del C. de Com., reformado por la Ley de Mercado de Valores publicado en R.O. No. 199 (Suplemento) del 28 de mayo de 1993, establece que las letras de cambio

⁹⁹ Carlos Ramírez, *Curso de Legislación Mercantil*, Industrial GraficAmazonas Cía. Ltda., Segunda Edición, Loja, 2001, págs. 67 a 71.

podrá prever vencimientos sucesivos. Antes de esta reforma, este mismo artículo sancionaba con la nulidad de letra cuando contenía vencimientos sucesivos. Asimismo, la citada reforma dispuso que "El plazo de las letras de cambio con vencimientos sucesivos, concluirá al cumplimiento del que en cada uno de ellos se señale, salvo que exista convención en contrario sobre la anticipación de los vencimientos (cláusula de aceleración de pagos). De no existir tal convención y de producirse la mora de uno o más de los vencimientos, se ejecutará exclusivamente aquellas que estuvieren en mora.

Concluyendo en lo siguiente:

Cabe destacar que por expresa disposición del Art. 441 reformado, del C. de Com., serán nulas las letras de cambio que contengan vencimientos diferentes a los cinco modos antes señalados.

El COGEP describe los títulos ejecutivos en el Art. 347, los que deberán contener obligación de dar o hacer, clara, pura, determinada y actualmente exigible; además, de tratarse de una suma de dinero deberá ser líquida o liquidable. Requisitos de procedibilidad señalados en el Art. 349 del mismo cuerpo legal, que de no cumplirse produce la inadmisión de la demanda.

Una letra de cambio puede cumplir los requisitos formales del Art. 410 del Código de Comercio, que la convierten en título ejecutivo, mas no contener obligación ejecutiva, esto es, ser clara, pura, determinada, actualmente exigible y líquida o liquidable obviamente de tratarse de prestación dineraria.

El punto de análisis consiste en determinar si en una misma letra de cambio, pueden existir dos modos de vencimiento, de los permitidos en el Art. 441 del Código de Comercio, da lugar a equívocos, confusiones o imprecisiones, puesto que puede existir el plazo de su vencimiento pero el mismo no coincidir con la fecha de vencimiento.

Es clara *“la obligación que no da lugar a equívocos, en otras palabras, en la que están identificados el deudor, el acreedor, la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan”*.¹⁰⁰

Al respecto, existe la sentencia de casación No. 371-10, de fecha 1 de junio de 2010, las 10h25, expedida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 920-2009 GNC; publicada en el Registro Oficial No. 14 Edición Especial 3, de fecha 27 de junio de 2013, que dice:

Sobre estos cuestionamientos la Sala advierte lo siguiente:
3.1.- La letra de cambio aparejada a la demanda en este juicio cumple los requisitos legales de tal y es título ejecutivo.- Por ello la Sala de Casación no puede dejar de observar que el pronunciamiento que se ha dado en segunda instancia en el juicio ejecutivo planteado con base en esta misma letra de cambio, según consta del proceso, es absolutamente infundado, en cuanto concluye que en la letra de cambio en referencia "se han pactado dos tipos de vencimiento diferentes uno por el cual la letra vence en día fijo el 18 de abril del 2004 y otro por el cual vence un mes vista, el que desde la fecha de aceptación 18 de marzo del 2004 fenece el 17 de abril del 2004...", y declara que "en consecuencia la letra de cambio base de la demanda esta viciada de la nulidad prevista en la norma citada, artículo 441 inciso penúltimo, lo que obviamente le deja sin la calidad del título ejecutivo". La letra de cambio aparejada a la demanda en este juicio, de acuerdo a la forma de vencimiento, se encuentra girada a cierto plazo de vista, de conformidad con lo previsto en el Art. 441 del Código de Comercio.- Si hubiere error en la contabilización del plazo para determinar el vencimiento, éste no es causa de nulidad de la letra. Más aún, las letras de cambio podrán prever vencimientos sucesivos; es decir que la obligación que contiene una letra puede pagarse en varios dividendos con vencimientos distintos.- (...)

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, expediente T-3.970.756, Bogotá D.C., 24 de octubre de 2013.

El problema surge por la costumbre de llenar las letras de cambio utilizando formatos impresos ya que en ellos consta un espacio para llenar el plazo de la vista y otro para llenar la fecha del vencimiento, siendo el propósito de aquel diseño utilizar el uno o el otro, no de otra forma se entiende el contexto del Art. 441 del Código de Comercio, donde se determina los 5 modos de vencimiento: a día fijo, a cierto plazo de fecha, a la vista, a cierto plazo de vista; pudiendo preverse vencimientos sucesivos. Concluyendo dicha norma que *“Aquellas letras que contengan vencimientos diferentes serán nulas”*.

CONCLUSIÓN

De acuerdo al contexto de la norma, el propósito taxativo del Art. 441, es que no habría más vencimientos de las letras de cambio que los 5 señalados expresamente.

Siendo el asunto principal, el de precisar si la existencia de un plazo de vencimiento y de una fecha de vencimiento, que no coinciden, da lugar a equívocos para saber el real momento de exigibilidad de la obligación.

La sentencia del Corte Nacional, ya referida, es muy esclarecedora, pactándose en la letra de cambio, dos tipos de vencimiento de los permitidos por el 441 del Código de Comercio, como por ejemplo, uno *“a día fijo”* y otro *“a cierto plazo de vista”*, se considera de acuerdo a su forma de vencimiento que es girada a cierto plazo de vista, *“Si hubiere error en la contabilización del plazo para determinar el vencimiento, éste no es causa de nulidad de la letra. Más aún, las letras de cambio podrán prever vencimientos sucesivos; es decir que la obligación que contiene una letra puede pagarse en varios dividendos con vencimientos distintos.- (...)”*.

CAPÍTULO III

MATERIA LABORAL

Consultas en materia laboral

Las juezas y jueces de las unidades judiciales de primera instancia tienen la facultad de presentar consultas sobre la inteligencia de las leyes así como anteproyectos de ley o reformas legales que tengan directa relación con la jurisdicción y competencia que ejercen, conforme la establece el artículo 129 numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial.

El mecanismo que ha previsto el mencionado Código es que las Cortes Provinciales deben receptor las dudas de las juezas y jueces de su distrito sobre la inteligencia de la ley y enviarlas a la Corte Nacional de Justicia con el informe correspondiente, así lo determina el artículo 208 numeral 7 de ese Cuerpo Legal.

En materia laboral, en los años 2015 y 2016 los jueces de las unidades judiciales del trabajo del país, a través de las Cortes Provinciales, han formulado una serie de consultas relativas a la aplicación de la ley, las que han sido canalizadas y resueltas por la Corte Nacional de Justicia a través de la Sala Especializada de lo Laboral.

La presente publicación recopila la absolución de las consultas más relevantes y que tienen interés y vigencia en la actualidad.

Primer bloque

1. Apelacin en materia laboral

CONSULTA

Unificacin de criterios respecto a la procedencia o no de la adhesin al recurso de apelacin planteado por el actor o actora en los juicios de procedimiento laboral (pregunta del juez).

ANÁLISIS

La disposicin del Art. 609 del C3digo del Trabajo, que fue derogada en la Disposicin Derogatoria Octava del C3digo Org3nico General de Procesos contenía una limitacin para el empleador demandado, quien no podr3 interponer recurso de apelacin sino solamente cuando la cuantía fijada por el actor en el proceso sea superior a un mil d3lares de los Estados Unidos de Am3rica; excepto en el caso de que el actor hubiese apelado, el demandado est3 en facultad de adherirse al recurso de apelacin

El art3culo 6 *ib3dem* seala que: "En todo lo que no estuviere prescrito en este C3digo, se aplicarn las disposiciones del de los C3digos Civil y de Procedimiento Civil."; de modo que existiendo norma expresa para la interpretacin del recurso de apelacin en el C3digo del Trabajo, no procede la supletoriedad de las normas que para la interposicin de los recursos contiene el C3digo de Procedimiento Civil, en especial lo establecido en el art3culo 355 de ese C3digo: "*Si una de las partes hubiere apelado, la otra podr3 adherirse a la apelacin ante el juez a quo o ante el superior; y si aquella desistiere del recurso, 3sta podr3 continuarlo en la parte a que se adhiri3.*"

CONCLUSIÓN

En el juicio laboral oral, conforme el art3culo 609 del C3digo del Trabajo, no procede la adhesin del actor al recurso de apelacin del demandado; por tanto, el actor, inconforme en todo o en parte con la sentencia, debe directamente ejercer el derecho a la apelacin.

Sin embargo esta norma está derogada por el COGEP y es aplicable exclusivamente para las causas iniciadas con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia ese Código.

Cabe señalar que en el Art. 263 Código Orgánico General de Procesos, vigente a partir del 23 de mayo del 2016, se establece la posibilidad de adherirse al recurso de apelación sin ninguna limitación que no sea la de cumplir con la fundamentación de la adhesión a ese recurso.

2. Despido ineficaz

CONSULTA

Respecto de la procedencia de la figura del despido ineficaz con relación a los servidores públicos regulados por la Ley Orgánica de Empresas Públicas:

ANÁLISIS

El despido ineficaz es una figura jurídica introducida al régimen del Código del Trabajo, por tanto, aplicable a aquellas personas sujetas a la normatividad de ese Código, por lo que, en el caso de la persona mujer trabajadora de una empresa pública, deberá determinarse cuál es su situación jurídica, es decir, si se trata de una servidora pública que regula su relación jurídica bajo las normas del régimen jurídico administrativo del sector público, concretamente la LOSEP, o se trata de una trabajadora calificada como obrera, sujeta al régimen del Código del Trabajo. Solo en este segundo caso, será aplicable la disposición del artículo 195.1 del Código del Trabajo que establece el denominado “despido ineficaz”. Todo ello acorde a la clasificación prevista en el Art. 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Para el caso de la mujer embarazada que está sujeta a las leyes de la administración pública, por ser servidora pública,

CONCLUSIÓN

El despido ineficaz contemplado en el Art. 195.1 del Código del Trabajo, es aplicable respecto de la mujer embarazada que presta servicios

en una empresa pública, siempre y cuando tenga la condición de obrera.

En cuanto a las servidoras públicas en estado de embarazo, La Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que rigen el Sector Público publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 1008 de 19 de mayo de 2017, en su Disposición General Segunda establece que se considera ineficaz la supresión del puesto y la compra de renuncia obligatoria con indemnización, así como la terminación de los contratos de servicios ocasionales de las servidoras públicas en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad. Siendo aplicables en estos casos las disposiciones del Código del Trabajo que regulan el despido ineficaz y con sus mismos efectos. En cuanto al procedimiento se aplicará el COGEP y la competencia corresponde a las Unidades Judiciales de lo Contencioso Administrativo.

3. Procedimiento sumario en materia laboral

CONSULTA

El Art. 332 del COGEP: .- Procedencia.- Indican que se tramitarán por el procedimiento sumario, respecto de las acciones laborales: 8.- Las controversias originadas por el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia y de los dirigentes sindicales, con la reducción de los plazos previstos en el Código de Trabajo sobre el despido ineficaz". Sin embargo en las disposiciones reformativas al Código de Trabajo, de este mismo cuerpo legal establece: 6. Sustitúyase en el Art. 575 por el siguiente: ***"Art. 575.- Trámite de controversias laborales.- las controversias individuales de trabajo, se sustanciarán en procedimiento sumario conforme lo prevé el Código Orgánico General de Procesos" ¿Sería necesario, ampliar el Art. 332 del Código General de Procesos?***

ANÁLISIS

El proceso "Sumario" está establecido en el Capítulo III, Libro IV del COGEP; y en el Art. 332 numeral 8, específicamente se refiere a que bajo el procedimiento sumario se tramitarán las controversias individuales de trabajo por despido intempestivo de la mujer embarazada

o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales; aplicando la reducción de plazos establecidas en el Código del Trabajo para el despido ineficaz.

Por tanto, en el despido intempestivo de esta clase de trabajadoras o trabajadores, el trámite debe ser el sumario, pero con la reducción de plazos que establecieron las reformas al Código del Trabajo; es decir, que calificada la demanda se citará a la parte empleadora en veinticuatro horas; y que citada la demandada, se dispondrá que la audiencia única para el juicio sumario, se la realice en el término máximo de cuarenta y ocho horas. La audiencia se ha de desarrollar según el procedimiento previsto en el Art. 333 del COGEP.

CONCLUSIÓN

El despido intempestivo de la mujer embarazada o en período de lactancia y del dirigente sindical se tramitará en juicio sumario previsto en el COGEP, con la reducción plazos contemplados para el proceso del despido ineficaz.

Por tanto no es necesaria una reforma o aclaración del Art. 332 del COGEP, pues las normas procesales han de interpretarse en su conjunto, unas con otras, en forma armónica y complementaria.

4. Trámite del despido ineficaz

CONSULTA

Art. 195 (2) del Código del Trabajo, dispone: *“Acción de despido ineficaz una vez producido el despido, la persona trabajadora afectada deberá deducir su acción ante la Jueza o el Juez del Trabajo de la jurisdicción correspondiente donde este se produjo, en el plazo máximo de treinta días. Admitida a trámite la demanda, se mandará a citar en el plazo de 24 horas a la parte empleadora y en la misma providencia se podrán dictar medidas cautelares, que permitan el reintegro inmediato al trabajo del trabajador afectado o a la trabajadora afectada, mientras dure el trámite. A la demanda y a la contestación se acompañarán las pruebas de que disponga y se solicitarán las que deban practicarse. En referida providencia se convocará a la*

audiencia que se llevará a cabo en el plazo de cuarenta y ocho horas contadas desde la citación. Esta iniciará por la conciliación y de existir acuerdo se autorizará la sentencia. A falta de acuerdo se practicarán las pruebas solicitadas la Jueza o el Juez de Trabajo, dictarán sentencia en la misma audiencia.

La Ley de Justicia Laboral, como un trámite especial, en lo posterior se aplicará el trámite sumario establecido en el Código General de Procesos, por lo tanto debería establecerse una disposición transitoria dejando sin efecto el trámite especial establecido en la Ley de Justicia Laboral, una vez que se encuentre vigente el trámite sumario establecido en el Código General de Procesos.

ANÁLISIS

El Art. 195.2 del Código del Trabajo no ha sido derogado, mantiene su plena vigencia y establece la figura jurídica del despido ineficaz para el caso de las mujeres embarazadas, en período de lactancia o para quienes tenga la calidad de dirigentes gremiales.

La circunstancia que determina la especificidad del caso es la misma, tanto para el despido intempestivo como para el ineficaz, esto es, la condición de mujer embarazada, en período de lactancia o de ser dirigente sindical. La diferencia radica en la pretensión de la parte actora, si es la de ser reintegrada a su puesto de trabajo con el pago de las remuneraciones pendientes más el 10% de recargo; o si es la percibir las indemnizaciones por despido intempestivo.

El procedimiento para este tipo de acciones, es el sumario previsto en el COGEP, pero en ambos casos con la reducción de plazos determinados para el despido ineficaz, pues el Art. 195.2 del Código del Trabajo, no ha sido derogado, sino reformado en cuanto al trámite que es el proceso sumario, pero que debe aplicarse con la reducción de plazos.

CONCLUSIÓN

En el caso de la acción por despido ineficaz prevista en el Art. 195.2 del Código del Trabajo, el procedimiento aplicable es el sumario previsto en el COGEP, con la reducción de plazos. Por tanto, no es que

se deba dejar sin efecto el trámite contemplado en ese artículo, sino aplicar el proceso sumario.

5. Contestación de demanda de despido ineficaz

CONSULTA

En el despido ineficaz, en caso de contarse con el Procurador General del Estado, es mandatario esperar igual 20 días término para que contesten la demanda, aunque esto, desnaturalice la celeridad del trámite especial, establecido para el caso de despido ineficaz.

ANÁLISIS

La Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, es una normatividad especialísima que en el caso del despido ineficaz, protege a la mujer trabajadora en estado de embarazo o en período de lactancia, estableciendo no solo la figura de que no opera el despido, sino un trámite sumario especial para el conocimiento de las acciones que se amparen en esta norma, con términos abreviados que pretende una rápida solución del caso, dada la situación de vulnerabilidad de la persona accionante. De tal manera que prevalece sobre cualquier otra norma anterior que se oponga a la misma, como es el caso de la disposición del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

El asunto es más claro con la entrada en vigencia del COGEP, pues la acción por despido ineficaz se tramitará en juicio sumario pero con la reducción de plazos que establece el Art. 195.2 del Código del Trabajo, agregado por el Art. 35 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar; y en cuanto al término para contestar la demanda, rigen las nuevas disposiciones del COGEP, en aplicación de la Disposición Derogatoria Décimo Cuarta, pues al tratarse de normas de igual jerarquía, esto es, leyes orgánicas, prevalecen las disposiciones del COGEP.

CONCLUSIÓN

En materia de la acción por despido ineficaz prevalece la norma de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo

en el Hogar, por lo tanto, el término para contestar la demanda en general es el de 48 horas contadas a partir de la citación, antes de celebrarse la audiencia de juzgamiento, aún para las entidades, instituciones u organismos del sector público, incluida la Procuraduría General del Estado.

Además, desde que entró en vigencia el COGEP, la norma del Art. 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, no tiene vigencia.

6. Comparecencia del abogado sin su cliente

CONSULTA

Al comparecer el abogado de las partes sin su cliente, es de conocimiento que se puedan evacuar las pruebas pedidas en audiencia preliminar, sin embargo, la inquietud surge en el sentido, si es menester que la parte sea actor o demandado, ratifiquen la intervención del abogado, aunque en el proceso, ya conste escrito en cuál de los mismos se encuentran autorizados.

ANÁLISIS

En el juicio laboral oral aplicable a las demandas presentadas hasta antes de que entre en vigencia el COGEP, a la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, debían comparecer las partes personalmente o a través de su representante legal; en el caso de procuración, puede comparecer un abogado con procuración judicial suficiente que le permita transigir en el pleito.

No procede que solamente comparezca en abogado patrocinador de cualquiera de las partes, ya sea actor o demandado, ni aun ofreciendo poder o ratificación, ya que en el juicio laboral, una de las finalidades es la posibilidad de conciliar, lo que no podría ocurrir si no comparecen las partes personalmente o por medio de su representante con capacidad legal para transigir, es decir, para celebrar un acuerdo transaccional que ponga fin al conflicto.

En el COGEP este asunto está absolutamente claro, pues los conflictos individuales de trabajo deben tramitarse en proceso sumario; por lo que, a la audiencia única han de concurrir las partes con su patrocinador o también el procurador con poder legal y suficiente, como expresamente lo establecen los Arts. 36 y 86 de ese Código.

CONCLUSIÓN

En el juicio laboral oral y en el actual juicio sumario para conflictos individuales de trabajo, deben comparecer las partes personalmente acompañados de su abogado defensor, o a través de procurador judicial con poder suficiente para transigir. No procede que comparezca solamente el abogado ofreciendo poder o ratificación; aun cuando esté autorizado mediante escrito, como indica en su consulta la señora Jueza.

7. Confesión ficta

CONSULTA

En los juicios que se realizan en rebeldía, cuando del proceso no existe otro tipo de prueba solo la confesión ficta, que de acuerdo con la jurisprudencia no se ha probado la relación laboral, sin embargo existen criterios divididos en cuanto al tema, así también nos encontramos divididos los jueces de primer nivel, algunos aceptamos relación laboral con confesión ficta y otros jueces no, es importante tener un criterio unificado.

ANÁLISIS

Para que la confesión ficta del empleador demandado sea considerada como contestaciones afirmativas al interrogatorio, debe reunir dos requisitos sustanciales: a) Que las preguntas no contravinieren la ley, es decir, no sean inconstitucionales; y, b) Que se refieran al asunto o asuntos materia del litigio.

Si como se plantea en la consulta, el litigio se ha seguido en rebeldía del demandado, esta se entenderá como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda, por tanto incluso de la relación laboral.

A falta de otras pruebas sobre la existencia de la relación laboral, el juzgador puede acoger la confesión ficta del demandado, conforme a las reglas de la sana crítica, siempre que el interrogatorio contenga preguntas claras y conducentes para establecer el hecho de la relación laboral, y reúna los requisitos antes previstos. De tal manera que el juzgador, al valorar esta prueba deberá expresar su ANÁLISIS de convicción para acogerla o negarla como un medio idóneo para establecer los hechos.

CONCLUSIÓN

La confesión ficta del demandado, que reúna las condiciones previstas en el Art. 581 del Código del Trabajo, puede ser considerada como prueba de la existencia de la relación laboral.

Se debe tomar en consideración que al entrar en vigencia el COGEP, el Art. 581 del Código del Trabajo está derogado, por tanto desapareció la figura de la confesión ficta como prueba.

8. Pago del triple recargo

CONSULTA

La parte demandada, con el ánimo de evitar el pago del triple recargo establecido en el Art 94 del Código de Trabajo, en las realización de la audiencia en la Inspectoría de Trabajo, con actas generadas por el sistema del Ministerio de Relaciones Laborales por los propios demandados, en las cuales constan las liquidaciones con remuneraciones y derechos adquiridos, mismas que han sido suscritas por los trabajadores, en ellas no constan valores por despido y desahucio, a veces también horas extraordinarias y suplementarias que son los conceptos más reclamados, *debería existir norma expresa en tal sentido* ya que los trabajadores se rehúsan a recibir sus liquidaciones y se prueba con los empleadores ¿procede o no el pago con el recargo?.

ANÁLISIS

La sanción con el triple de recargo a que se refiere esta norma procede:

- Única y exclusivamente con respecto a remuneraciones atrasadas;
- No procede en otros conceptos, como son las indemnizaciones

por despido intempestivo o desahucio; c) Solo procede respecto del último trimestre; y d) Que para exigir su pago haya sido necesario el ejercicio de la acción judicial.

Si existe constancia procesal de que el trabajador, al momento de suscribir el acta de finiquito ante el inspector del trabajo, cobró su liquidación que incluye el pago de remuneraciones, no procede este reclamo y por tanto, el pago del triple de recargo. Sin embargo, si el trabajador no percibió la liquidación de haberes o está se pagó en un valor inferior al que le correspondía, probado este hecho en el juicio, procede la sanción, siempre que se cumplan las demás condiciones previstas en la norma del Art. 94 del Código del Trabajo.

Cuando un trabajador es citado ante el inspector del trabajo para que suscriba el acta de finiquito y perciba la liquidación de sus haberes, en caso de que considere que aquella liquidación le perjudica y lesiona sus derechos, está en plena facultad de reusarse a firmar el acta de finiquito y posteriormente concurrir con su demanda ante un juez del trabajo.

CONCLUSIÓN

Procede el pago de la sanción con el triple de recargo, acorde a las circunstancias previstas en el Art. 94 del Código del Trabajo; y si no existe constancia de que el trabajador recibió su liquidación al firmar el acta de finiquito ante el inspector del trabajo, ya sea porque no concurrió ante esa autoridad o porque se negó a firmar el acta por considerar que lesiona sus derechos; puede demandar el pago de sus haberes ante el juez del trabajo.

9. Competencia de jueces laborales

CONSULTA

Antinomia entre la competencia de los Jueces según el Código de Trabajo y de la Unidad Judicial; según resolución No. 095-2012 de 15 de agosto de 2012, creación de la unidad. (Art. 568 C.T.) y Art. 2 Resol. 095-2012 (competencia) Solicita una reforma legal.

ANÁLISIS

Es absolutamente claro que la mención a “jueces provinciales” que hace el Art. 568 del Código del Trabajo, está reformada en virtud de las normas de los Arts. 213, 237, 238 y 264 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el que se establece la existencia de juezas y jueces de primera instancia con jurisdicción cantonal; de acuerdo al número de juezas y jueces, unidades judiciales, jurisdicción territorial y competencia que el Consejo de la Judicatura determine.

De acuerdo a sus facultades, el Consejo de la Judicatura, en Resolución No. 95-2012, ha determinado la jurisdicción distrital de los jueces laborales en el Distrito Metropolitano del cantón Quito.

Esto significa que la designación de jueces provinciales a la que se refiere el Art. 568 del Código del Trabajo ya no existe.

CONCLUSIÓN

No existe antinomia entre la competencia de los Jueces según el Código de Trabajo y de la Unidad según resolución No. 095-2012 de 15 de agosto de 2012 al estar claramente delimitado el ámbito de competencia y jurisdicción territorial de las juezas y jueces del trabajo y unidades judiciales establecidos por el Consejo de la Judicatura.

10. Excepciones de incompetencia

CONSULTA

El Art. 13 COGEP señala la forma y el momento en que se resuelven las excepciones de incompetencia y compromiso arbitral, como excepción previa, constando además entre las enlistadas como tales en el Art. 153 del COGEP; sin embargo en materia laboral, la competencia y la aplicabilidad del compromiso arbitral dependerá de la existencia de la relación laboral, que salvo que sea reconocida por la parte demandada, será el punto principal a resolver en sentencia; necesariamente luego de actuar la prueba que permita al juzgador determinar la existencia de los elementos constitutivos del vínculo obrero patronal, contenidos en el Art. 8 del Código de Trabajo; solamente luego hacer esta determinación podría establecerse, cuando

no se ha reconocido la relación laboral, la competencia o incompetencia del juzgador o la aplicabilidad del convenio. Reforma Art. 13 COGEP (MATERIA LABORAL) REFORMA REALIZADA AL ART. 571 C.T. debería contemplar esta posibilidad.

ANÁLISIS

En el caso de la consulta, hay que diferenciar entre la excepción de incompetencia (materia, territorio, grados o personas) con la excepción de improcedencia del juez del trabajo por no existir relación laboral.

En el primer caso, el demandado propone la excepción de incompetencia, que si es en razón de la materia, no niega que con el actor ha existido un vínculo jurídico, sino que alega que éste no es de naturaleza laboral, sino de otra naturaleza, como puede ser civil, en los contratos de prestación de servicios civiles; o que el actor no tiene la calidad de trabajador obrero sujeto al Código del Trabajo, sino que es un servidor público sujeto a la LOSEP.

En este caso, el juez ha de resolver la excepción de incompetencia, en la audiencia única dentro de la etapa de saneamiento.

En cambio, en el segundo caso, el demandado niega la existencia de cualquier vínculo jurídico, expresa que el actor no ha prestado servicios personales como trabajador, es decir, niega la existencia de la razón fundamental de la demanda, la existencia de un contrato individual de trabajo, del nexo laboral.

En el segundo caso, el juez ha de resolver el asunto controvertido en la etapa de juicio, conforme a la valoración de la prueba.

En cuanto a la excepción de convenio arbitral, aquella no es procedente en materia laboral, ya que es un derecho irrenunciable del trabajador acudir ante su juez natural, el juez del trabajo, aun cuando exista convenio arbitral.

La Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Laboral, ha expresado el siguiente ANÁLISIS: “De acuerdo con la citada norma, cuando se

ha acordado someter al proceso de medición cualquier controversia que pudiere surgir entre las partes sobre algún negocio jurídico, no es legalmente posible que alguna de ellas acuda con una demanda directamente ante la justicia ordinaria, salvo que la otra parte, al contestar la demanda y proponer excepciones no alegue expresamente la existencia del acuerdo para mediación o que previamente hubieren renunciado a ese procedimiento; de no ser así, el juez ordinario deberá inhibirse de conocer la causa y ordenar su archivo.- Ahora bien, en materia laboral es permitida la solución de conflictos a través de mediación, siempre y cuando no implique renuncia de derechos del trabajador. El artículo 326 numerales 2 y 11 de la Constitución de la República establece: *“El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario. 11. Será válida toda transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.”* En relación a los conflictos individuales del trabajo, el Código del Trabajo ha establecido una jurisdicción y competencia especial en esta materia, en el artículo 568 del Código del Trabajo que dispone: *“Los jueces del trabajo ejercen jurisdicción provincial y tienen competencia privativa para conocer y resolver los conflictos individuales provenientes de las relaciones de trabajo, y que no se encuentren sometidos a la decisión de otra autoridad”*. En concordancia con esta norma, el artículo 5 ibídem determina: *“Los funcionarios judiciales y administrativos están obligados a prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos.”* Las normas del Derecho Laboral son eminentemente de carácter social pues están establecidas con el propósito de defender y precautelar al trabajador como la parte más débil en la relación laboral; por ello la existencia de juezas y jueces especializados en materia laboral constituye una garantía y un derecho para el trabajador que tiene el carácter de irrenunciable, pues ha sido establecida para precautelar sus derechos, por tanto, en cuanto a conflictos individuales de trabajo, no es legal ni constitucional que se obligue al trabajador a someterse a otra jurisdicción extraña a la existente en esa materia. **En consecuencia, este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia considera que aun cuando se hubiere acordado someterse a la instancia de mediación**

para la solución de conflictos, aquello no impide que el trabajador pueda, si así lo decide, acudir con su reclamo directamente al órgano jurisdiccional de la justicia ordinaria que es la jueza o juez con competencia para conocer de los conflictos individuales de trabajo; no siendo, por tanto, en materia laboral aplicable la norma del artículo 26 de la Ley de Arbitraje y Mediación.”

CONCLUSIÓN

La excepción de incompetencia debe ser resuelta en la audiencia única, dentro de la etapa de saneamiento del juicio sumario previsto en el COGEP; en tanto que la excepción perentoria que niega la existencia del vínculo jurídico, como asunto de fondo, debe resolverse en la etapa de juzgamiento. Además, en materia laboral, no procede la excepción de convenio arbitral.

11. Recusación de jueces laborales

CONSULTA

El COGEP contempla la obligación de los jueces de excusarse en caso de que se cumpla alguna de las causales contenidas en su Art. 22; de igual forma, permite la recusación de los jueces que no se hayan excusado, lo que necesariamente supone un aumento en el tiempo de resolución de los procesos, que afecta en este caso al trabajador que, muchas veces, no cuenta al momento con un medio de sustento, por lo que actualmente se prevé la irrecusabilidad de jueces laborales, lo que permite mayor fluidez en la tramitación de la causa, encontrándose ya en el conocimiento jurídico de los abogados laboristas, por lo que elimina la garantía del proceso que significaría retroceder en el desarrollo del derecho procesal laboral. Art. 23 (procedencia).

ANÁLISIS

El Art. 572 del Código del Trabajo, establecía que no podrá proponerse juicio de recusación contra los jueces del trabajo, pero que en caso de impedimento deberán presentar su excusa.

Con la reforma introducida por el COGEP, se elimina tal prohibición, pues en el nuevo texto se establece que en caso de excusa o recusación se aplicarán las normas de ese Código.

CONCLUSIÓN

Esta es una sugerencia de que se restablezca la prohibición de recusación contra el juez del trabajo; sin embargo es necesario considerar que propuesta la demanda de recusación la competencia del juez se suspende y se deberá nombrar a un juzgador subrogante para que continúe la tramitación de la causa, de tal manera que no debería existir el retraso en perjuicio del trabajador accionante.

12. Publicidad de la etapa de conciliación

CONSULTA

El Art. 83 COGEP se refiere a la publicidad de las audiencias y su grabación oficial; sin embargo, es importante recordar que el Art. 55 de la Ley de Arbitraje y Mediación, contempla la conciliación como un sinónimo de mediación (claro, en el caso de la judicial estará dirigida por el juez), mismo que de conformidad al Art. 50 de la misma ley es confidencial; por lo tanto para garantizar que la conciliación cumpla su objetivo y no se vuelva una simple ritual procesal. En el caso del Art. 83 se debería prever que únicamente la etapa conciliatoria no sea grabada, sentando las correspondientes razones su inicio y su final.

ANÁLISIS

Según el Art. 83 del COGEP, las audiencias deberán ser grabadas; y las partes podrán solicitar copias de estas grabaciones.

La ley no establece ninguna excepción respecto de que la fase conciliatoria no podrá ser grabada.

El Art. 13 del COFJ dispone que las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas. Solo podrán realizarse grabaciones oficiales de diligencias y audiencias que permitan la constancia procesal de las mismas.

En ningún caso las audiencias podrán ser grabadas por medios de comunicación social.

El Art. 130.11 del COFJ. Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; al efecto, pueden de oficio convocarlas a audiencia, a las que deberán concurrir las partes personalmente o por medio de procuradora o procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir. De considerarlo conveniente los tribunales o juezas y jueces podrán disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal con la misma finalidad. Se exceptúan los casos en que se halla prohibida la transacción, y si ésta requiere de requisitos especiales previos necesariamente se los cumplirán, antes de que el tribunal, jueza o juez de la causa homologue el acuerdo transaccional;

CONCLUSIÓN

La audiencia debe ser gravada en todas sus partes, aunque no necesariamente tendría acceso a la misma toda persona, y en caso de que un tercero solicite copia, deberá ser excluida de la grabación la etapa conciliatoria. Además cabe aclarar que los jueces no pueden ser responsabilizados por sus actuaciones en la fase de conciliación.

13. Participación de los jueces en la conciliación

CONSULTA

El Art. 585 del Código de Trabajo, inciso cuarto contiene la protección de los jueces en etapa de conciliación para procurar un acuerdo de las partes, norma que no se encuentra como derogada y que es de suma necesidad, pues es ella que permite que los jueces apliquen técnicas de negociación, den opiniones, o realicen cálculo tentativos que lleven a las partes a acuerdos conciliatorios. Hay que considerar que en el Art. 56 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

ANÁLISIS

Art. 333.4 del COGEP “El procedimiento sumario se rige por las siguientes reglas: 4. Se desarrollará en audiencia única, con dos fases,

la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Esta audiencia se realizará en el término máximo de treinta días a partir de la contestación a la demanda.”.

El Art. 585 del Código del Trabajo está derogado por el COGEP.

CONCLUSIÓN

La fase conciliatoria está prevista en el COGEP para todos los procesos judiciales, en el caso de los juicios por conflictos individuales de trabajo, se realiza dentro de la audiencia única, en la primera fase. Por tanto, aun cuando el Art. 585 del Código del Trabajo está derogado, aquello no implica que el juez no pueda desarrollar ciertas técnicas y habilidades para procurar un acuerdo.

Igualmente hay que considerar que lo expresado por el juzgador en la etapa de conciliación no puede ser motivo de responsabilidad alguna.

14. Apelación en materia laboral

CONSULTA

En materia laboral actualmente son apelables: el auto de nulidad y la sentencia, lo que permite mayor fluidez en la tramitación de la causa; nuevamente nos encontramos frente a la protección que merecen los derechos laborales, y a la resolución de casos respecto de trabajadores que, en muchos casos, habrán perdido su medio de subsistencia, por lo que la impugnación de autos interlocutorios, repercutiría en una merma del carácter tuitivo del derecho laboral, en perjuicio de los trabajadores. Hay que señalar además que, esta protección que la ley brinda actualmente a los trabajadores, ya se encuentra en conocimiento de los actores del derecho laboral, por lo que ampliar las providencias impugnables podría resultar un retroceso en la legislación laboral. ¿Debería hacerse constar en el Art. 256 del COGEP, la posibilidad de apelar únicamente de las sentencias y autos antes indicados?

¿Debería rescatarse de la derogatoria el último inciso del Art. 584 del Código de Trabajo?

ANÁLISIS

El COGEP establece el recurso de apelación contra las sentencias y autos interlocutorios, estos últimos cuando resuelven sobre las excepciones previas o sobre la negativa a que se practique determinada prueba.

CONCLUSIÓN

La apelación sobre excepciones previas o negativa de pruebas es siempre con efecto diferido y el proceso se elevará al superior cuando se resuelva lo principal. De esta manera se evita la suspensión sucesiva de la causa, su retraso y la presentación de recursos que tienen a dilatar el proceso.

15. Confesión judicial en materia laboral

CONSULTA

En el numeral 6 del Art. 177 del COGEP, señala las consecuencias en el caso de respuestas evasivas, incongruentes o a la negativa de declarar, sin embargo, al eliminar el Art. 581 del Código de Trabajo, se han eliminado una de las principales herramientas de defensa de los trabajadores, el efecto que el Código de Trabajo da a una confesión ficta; cabe resaltar que, siendo, por ejemplo el despido, un hecho difícil de probar para un trabajador, esta herramienta protege a los trabajadores de la mala fe que pueda tener el demandado e, incluso, de la imposibilidad de probar los hechos que se hayan realizado de forma oculta por parte del empleador. Esta es una de los principales logros de la legislación adjetiva del trabajo, que no debería erradicarse. ¿Debería agregarse al numeral 6 del Art, 177 del COGEP, una norma que en materia laboral, contenga el sentido del último inciso del Art. 581 del Código de Trabajo?

ANÁLISIS

En términos generales el COGEP ha eliminado la prueba de confesión judicial y sus efectos. Existe la declaración de parte, que deberá

ser apreciada por el juzgador de acuerdo a las reglas de la sana crítica, de acuerdo con el los Arts. 177.6 y 164 del COGEP.

CONCLUSIÓN

Al eliminarse el Art. 581 del Código del Trabajo, que establecía los efectos de la confesión ficta, en especial del empleador demandado, efectivamente se ha suprimido uno de los medios de prueba que ofrecían cierta protección para los trabajadores, frente a la evasiva del empleador de presentar a dar su declaración.

16. Competencia de los jueces de trabajo para juzgar a los servidores públicos no amparados en la legislación laboral

CONSULTA

Competencia de los jueces de trabajo para juzgar a los servidores públicos no amparados en la legislación laboral, cuando trabajan en empresas públicas, ya que se hace al juez un compondor de derecho administrativo Art. 32 LOEP “las controversias que se originaren de las relaciones laborales entre las empresas públicas y sus servidores de carrera u obreros, serán resueltas por la autoridad de trabajo o los jueces de trabajo...” Presentar una iniciativa de ley para que los casos relativos a los servidores públicos de carrera no sean resueltos por jueces laborales, sino por jueces administrativos.

ANÁLISIS

En el caso especial de las personas que prestan servicios en las Empresas Públicas, aun cuando tienen el carácter de servidores de carrera, por lo tanto, no de trabajadores, se les ha de aplicar las disposiciones del Código del Trabajo que regulan el contrato individual, siempre que no esté expresamente regulado en la propio Ley Orgánica de Empresas Públicas; esto explicaría en parte que las controversias entre los servidores públicos de carrera y las empresas públicas sean resueltas por un juez del trabajo.

La dificultad siempre radica en determinar en cada caso, cuando se han de aplicar las normas de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y los principios rectores de la administración de talento humano; y,

cuándo, en cambio, las normas del Código del Trabajo en lo relativo al contrato individual.

CONCLUSIÓN

Las controversias respecto de las personas que prestan servicios en las empresas públicas, aun cuando sean servidores públicos de carrera, compete conocer a los jueces del trabajo, pero siempre analizando la naturaleza de la controversia, es decir, que tenga relación con los derechos del servidor público.

17. Diferencias en la interpretación sobre el cálculo de jubilaciones Art. 216 del Código de Trabajo

CONSULTA

Diferencias en la interpretación sobre el cálculo de jubilaciones Art. 216 del Código de Trabajo. Establecer vía resolución del Pleno de la Corte Nacional de una interpretación que unifique la forma en que las autoridades judiciales y administrativas realicen el cálculo de pensiones jubilares y jubilaciones globales.

ANÁLISIS

El Art. 216 del Código del Trabajo dispone: "Jubilación a cargo de empleadores.- Los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente, tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores de acuerdo con las siguientes reglas:

1. La pensión se determinará siguiendo las normas fijadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la jubilación de sus afiliados, respecto de los coeficientes, tiempo de servicios y edad, normas contempladas en los estatutos vigentes al 17 de noviembre de 1938.

Se considerará como "haber individual de jubilación" el formado por las siguientes partidas:

- a) Por el fondo de reserva a que tenga derecho el trabajador; y,
 - b) Por una suma equivalente al cinco por ciento del promedio de la remuneración anual percibida en los cinco últimos años, multiplicada por los años de servicio.
2. En ningún caso la pensión mensual de jubilación patronal será mayor que la remuneración básica mínima unificada medio del último año ni inferior a treinta dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 30) mensuales, si solamente tiene derecho a la jubilación del empleador, y de veinte dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 20) mensuales, si es beneficiario de doble jubilación.

Exceptuase de esta disposición, a los municipios y consejos provinciales del país que conforman el régimen seccional autónomo, quienes regularán mediante la expedición de las ordenanzas correspondientes la jubilación patronal para éstos aplicable.

Las actuales pensiones jubilares a cargo de los empleadores en sus valores mínimos se sujetarán a lo dispuesto en esta regla.

3. El trabajador jubilado podrá pedir que el empleador le garantice eficazmente el pago de la pensión o, en su defecto, deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el capital necesario para que éste le jubile por su cuenta, con igual pensión que la que le corresponda pagar al empleador, o podrá pedir que el empleador le entregue directamente un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinados en la ley, a fin de que el mismo trabajador administre este capital por su cuenta.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, el jubilado no podrá percibir por concepto de jubilación patronal una cantidad inferior al cincuenta por ciento del sueldo, salario básico o remuneración básica mínima unificada sectorial que correspondiere al puesto que ocupaba el jubilado al momento de acogerse al beneficio, multiplicado por los años de servicio.

El acuerdo de las partes deberá constar en acta suscrita ante notario o autoridad competente judicial o administrativa, con lo cual se extinguirá definitivamente la obligación del empleador; y,

4. En caso de liquidación o prelación de créditos, quienes estuvieren en goce de jubilación, tendrán derecho preferente sobre los bienes liquidados o concursados y sus créditos figurarán entre los privilegiados de primera clase, con preferencia aun a los hipotecarios.

Las reglas 1, 2 y 3, se refieren a los trabajadores que no llegaren a ser afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social hasta el momento de obtener su jubilación. A los trabajadores que se hallaren afiliados cuando soliciten la jubilación, se aplicarán las mismas reglas, pero el empleador tendrá derecho a que del fondo de jubilación formado de acuerdo con la regla 1, se le rebaje la suma total que hubiere depositado en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad en concepto de aporte del empleador o por fondo de reserva del mismo.

En todo caso se tomarán en cuenta para la rebaja del haber individual de jubilación, los valores que por fondos de reserva hubiese legalmente depositado el empleador o entregado al trabajador.

CONCLUSIÓN

La fórmula para el cálculo de la jubilación patronal está determinada en el Art. 216 del Código del Trabajo, y se compone de:

- A: Promedio de los sueldos, salarios o remuneraciones de los cinco últimos años. (Se suman las remuneraciones mensuales de los 5 últimos años y ese resultado se divide para 5).
- B: El 5% del valor resultante según la letra A. (el resultado de A por 5%).
- C: El resultado de B se multiplica por los años de servicio del trabajador. $(B \times a/s)$
- D: El resultado de C se divide para el coeficiente del Art. 218 C.T. (edad del jubilado al tiempo de la terminación de la relación laboral).

E: Finalmente el resultado de D se divide para 12, nos da el valor de la pensión jubilar.

A esto hay que añadir las décimo tercera y cuarta pensiones jubilares.

En cuanto a la jubilación globalizada, se debe aplicar el procedimiento para el cálculo de la jubilación patronal prevista en el Acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales No. 0099-2016, publicado en el Registro Oficial No. 732 de 13 de abril de 2016. Así, obtenida la jubilación mensual se multiplica por doce para obtener la anual; se suman la décimo tercera y décimo cuarta pensiones y este resultado se multiplica por el coeficiente establecido en la tabla publicada en la página web del Ministerio del Trabajo, considerando el sexo de la persona trabajadora y el año de terminación de la relación laboral.

18. Norma sobre apelación de providencias que aprueban liquidaciones

CONSULTA

Inconformidad de la norma sobre apelación de providencias que aprueban liquidaciones, ya que actualmente los jueces son los que realizan las liquidaciones, sin embargo esta norma causa que algunos profesionales de derecho apelen sobre autos de pago. Art. 611 del Código de Trabajo. Presentar una iniciativa de ley que elimine las normas que no están de acuerdo a la realidad jurídica nacional.

ANÁLISIS

LA norma del Art. 611 del Código del Trabajo esta derogada y en materia de ejecución de sentencia, rige actualmente las normas del COGEP.

En materia laboral es en la propia sentencia que la jueza o juez establecerá el monto de las indemnizaciones y obligaciones pendientes que ordena pagar; siendo la liquidación parte de la sentencia. Sin que por este motivo, sea necesario nombrar liquidador al momento de dictar el mandamiento de ejecución.

El Art. 100, inciso segundo, del COGEP establece que los errores de escritura, de nombres, de citas legales de cálculo o estrictamente numéricos podrán ser corregidos de oficio o a petición de parte, aún durante la ejecución de la sentencia.

De acuerdo con los Arts. 250 y 256 del COGEP, el recurso de apelación solo procede en los casos expresamente establecidos en la ley, por lo que, en lo referente a la liquidación de lo que se ordena pagar en los juicios laborales, no es susceptible de apelación, sino de corrección en caso de error de cálculo.

CONCLUSIÓN

En los juicios laborales, el juez debe liquidar los valores por indemnizaciones y obligaciones pendientes, en la misma sentencia. Esto puede hacerlo en la sentencia escrita. De esta liquidación solo cabe solicitar corrección de error de cálculo.

19. Caducidad de la acción de despido ineficaz

CONSULTA

En el despido ineficaz, debería en caso de caducidad de la acción, esto es pasado los 30 días determinados en la ley, a través de un auto declarar caducada la acción del actor, previo a calificar la demanda, o a tramitar conforme a la ley y en sentencia.

ANÁLISIS

Cuando la ley expresamente establece un plazo para el ejercicio de una acción judicial y el titular del derecho para accionar no lo ejerce dentro de ese plazo, tal acción caduca, produciéndose la pérdida o extinción del ejercicio de la acción.

La caducidad de la acción es distinta a la prescripción de la acción, ya que la segunda es general, debe ser propuesta expresamente por el demandado como excepción, puede ser interrumpida por la citación. En tanto que la caducidad opera de pleno derecho y debe ser declarar por el juzgador aun de oficio.

Se considera que la caducidad de la acción por despido ineficaz puede ser analizada por el juez de la causa al momento de calificar la demanda y si de los hechos establecidos en el texto de la propia demanda se deduce que ha transcurrido el plazo de treinta días.

CONCLUSIÓN

La caducidad opera de oficio al momento de calificar la demanda, así lo ha resuelto el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No. 5-2016 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 847 de 23 de septiembre de 2016.

20. Cuantía en el despido ineficaz

CONSULTA

En caso del despido ineficaz donde se solicita el reintegro al puesto de trabajo, y no se señale cuantía, sino se lo haga señalando "indeterminada", le es aplicable lo contemplado en el Art. 615 del Código de Trabajo, esto es la inadmisión de la demanda.

ANÁLISIS

La acción de despido ineficaz tiene por objeto que ese despido no surta efecto de tal manera que la persona trabajadora no pierda su puesto de trabajo, garantizándola en su estabilidad laboral, aun cuando el empleador pretenda pagar las indemnizaciones. Por lo tanto, no es una acción que pretenda directamente un pago pecuniario.

De la naturaleza misma de esta acción, se trataría de cuantía indeterminada, conforme el Art. 144. 6 del COGEP. Aun cuando se deba pagar al accionante las remuneraciones pendiente con un 10% de recargo.

Solo alternativamente, si el accionante lo decide, puede solicitar se le pague la indemnización de un año de remuneraciones, más las otras procedentes del despido intempestivo; en ese caso, si se deberá establecer la cuantía.

CONCLUSIÓN

La acción de despido ineficaz por su naturaleza es de cuantía indeterminada, salvo que la propia parte actora solicite el pago de indemnizaciones.

21. Término para contestar en despido ineficaz

CONSULTA

En el despido ineficaz, en caso de contarse con el Procurador General del Estado, es mandatario esperar igual 20 días término para que contesten la demanda, aunque esto, desnaturalice la celeridad del trámite especial, establecido para el caso de despido ineficaz.

ANÁLISIS

La Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, es una normatividad especialísima que en el caso del despido ineficaz, protege a la mujer trabajadora en estado de embarazo o en período de lactancia, estableciendo no solo la figura de que no opera el despido, sino un trámite sumario especial para el conocimiento de las acciones que se amparen en esta norma, con términos abreviados que pretende una rápida solución del caso, dada la situación de vulnerabilidad de la persona accionante. De tal manera que prevalece sobre cualquier otra norma anterior que se oponga a la misma, como es el caso de la disposición del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

El asunto es más claro con la entrada en vigencia del COGEP, pues la acción por despido ineficaz se tramitará en juicio sumario pero con la reducción de plazos que establece el Art. 195.2 del Código del Trabajo, agregado por el Art. 35 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar; y en cuanto al término para contestar la demanda, rigen las nuevas disposiciones del COGEP, en aplicación de la Disposición Derogatoria Décimo Cuarta, pues al tratarse de normas de igual jerarquía, esto es, leyes orgánicas, prevalecen las disposiciones del COGEP.

CONCLUSIÓN

En materia de la acción por despido ineficaz prevalece la norma de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, por lo tanto, el término para contestar la demanda en general es el de 48 horas contadas a partir de la citación, antes de celebrarse la audiencia de juzgamiento, aún para las entidades, instituciones u organismos del sector público.

Además, desde que entró en vigencia el COGEP, la norma del Art. 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, no tiene vigencia.

22. Excusa de jueces laborales

CONSULTA

El Código General de Procesos, contempla la excusa de los jueces laborales, esto generaría un retroceso en materia laboral, toda vez que las partes sin duda harían uso de esta herramienta para dilatar los procesos al comparecer el abogado de las partes sin su cliente, es de conocimiento que se pueden evacuar las pruebas pedidas en audiencia preliminar, sin embargo, la inquietud surge en el sentido, si es menester que la parte sea actor o demandado, ratifiquen la intervención del abogado, aunque en el proceso, ya conste por escrito en el cual los mismos se encuentren autorizados. Es procedente que el juez en caso de advertir falta de defensa técnica suspenda la audiencia garantizando el derecho a una defensa profesional adecuada.

ANÁLISIS

El Art. 572 del Código del Trabajo disponía que no se podía proponer juicio de recusación contra los jueces de trabajo; y que en los casos de excusa legal, los jueces enviarán el proceso a quienes los subroguen, expresando los motivos de la excusa.

Actualmente, con la reforma del COGEP, esta norma señala: “En los juicios de trabajo, se aplicarán las disposiciones que, sobre excusa y recusación, establece el Código Orgánico General de Procesos.”.

CONCLUSIÓN

Por tanto la disposición que establecía anteriormente la prohibición de presentar demandas de recusación contra los jueces en materia laboral, ha sido reformada, por el COGEP.

En cuanto a la comparecencia del abogado sin su defendido, esta consulta ya ha sido absuelta de la siguiente manera:

En el juicio laboral oral y en el actual juicio sumario para conflictos individuales de trabajo, deben comparecer las partes personalmente acompañados de su abogado defensor, o a través de procurador judicial con poder suficiente para transigir. No procede que comparezca solamente el abogado ofreciendo poder o ratificación, porque se rompería el principio de intermediación. El Art. 86 del COGEP dispone que las partes deben comparecer obligatoriamente a las audiencias.

Finalmente, en lo que respecta a posibilidad de suspender la audiencia cuando el juzgador considere que la defensa técnica de una de las partes es la inadecuada, es necesario señalar que tal posibilidad no existe, y el juez, en base al principio de imparcialidad, no puede intervenir en este aspecto.

La obligación de ejercer una defensa técnica adecuada corresponde y es responsabilidad directa del profesional en derecho, pero en juzgador no debe intervenir en aquella.

23. Pago de la indemnización del despido intempestivo

CONSULTA

En caso de una mujer en estado de gestación y terminada la relación por un visto bueno, a favor del empleador; y si el visto en sentencia es desechado por el juzgador, pero sin embargo el actor no ha impugnado el mismo (visto bueno), cabe el pago de la indemnización del despido intempestivo.

ANÁLISIS

Si la relación laboral termina por visto bueno concedido por el inspector del trabajo a favor del empleador; la trabajadora afectada

puede concurrir con su demanda ante el juez del trabajo, en la que obligatoriamente deberá impugnar la resolución de visto bueno, aportando pruebas que lo desvirtúen.

Si la sentencia del juez del trabajo es favorable, dejará sin efecto la resolución de visto bueno, y ordenará el pago de las indemnizaciones por despido intempestivo.

CONCLUSIÓN

Para que el juez del trabajo pueda dejar sin efecto la resolución de visto bueno, el accionante, sea empleador o trabajador, debe necesariamente impugnar el visto bueno en la demanda. Es obvio que si la trabajadora, en el caso que se consulta, no impugna el visto bueno, no puede revisar el juez su contenido.

24. Derechos laborales y condición migratoria

CONSULTA

El Art. 55 del Reglamento de la Ley de Extranjería señala en su parte pertinente que todos los jueces, deberán solicitar a los extranjeros en asuntos de nuestra competencia, cédula o pasaporte, que acrediten su permanencia legal en el país; con número de visa correspondiente; en el caso de presentarlo, y toda vez que exige sus derechos laborales en juicio, procedería el mismo.

ANÁLISIS

El Art. 55 del Reglamento a la Ley de Extranjería dispone: “Todos los funcionarios y empleados estatales, provinciales o municipales, así como los funcionarios y empleados de los juzgados y tribunales de justicia de la República, los notarios y registradores, contadores públicos, agentes y corredores de comercio, empresarios, representantes de entidades descentralizadas, de cooperativas de colegios profesionales, de organizaciones sindicales y en general de toda agrupación económica, social o cultural, deberán exigir a los extranjeros que tramitan ante ellos asuntos de su competencia o que realicen gestiones para obtener empleo o colocaciones lucrativas, que previamente les demuestren con la presentación de su pasaporte

o cédula de identidad o ambos, su legal permanencia en el Ecuador y que la calidad y categoría migratorias que posean les permite realizar el acto o contrato que se proponen efectuar, en los casos en que tales actos o contratos dependan de la calidad migratoria del extranjero. Sin embargo, si la obtención de la visa dependiere de un acto que deba otorgarse ante notario o inscribirse en cualquier registro, primeramente se otorgará tal acto o se efectuará el registro.”.

La Constitución de la República establece:

Art. 9.- Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución.

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, **condición migratoria**, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con las normas constitucionales antes referidas, los extranjeros que habiten en territorio nacional tiene iguales derechos que los ciudadanos ecuatorianos; entre ellos a no ser discriminados y acceder a la administración de justicia y obtener de aquella la tutela

efectiva de sus derechos; sin que sea posibles negarles una acción judicial bajo el argumento de no haber justificado su residencia legal en el Ecuador.

25. Medidas cautelares en materia laboral

CONSULTA

Medidas cautelares, no existen en el Código de Trabajo, un procedimiento que el mismo juez que conoció y resolvió la causa, deba conocer las medidas cautelares, toda vez que al solicitarlas la ley de la materia no establece el procedimiento o norma que permita al juez que no conoció y no resolvió el juicio inhibirse, abstenerse o la manera de remitir al juez que conoció de la causa principal.

ANÁLISIS

El Código del Trabajo determina que el juez podrá conferir medidas cautelares con la demanda, en el caso del despido ineficaz y solamente tendientes al reintegro inmediato del trabajador o trabajadora a su puesto de trabajo.

Para dictar medidas cautelares se requiere que exista sentencia condenatoria, aun cuando no esté ejecutoriada.

Las disposiciones de los Arts. 124 y 125 del COGEP no son aplicables en materia laboral por cuanto las pretensiones de una demanda no configuran un crédito preestablecido.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con la actual normatividad, las medidas preventivas en materia laboral proceden en caso de demanda por despido ineficaz y cuando exista sentencia condenatoria. El Juez que dictó sentencia es el competente para conceder las medidas cautelares previstas en el Art. 594 del Código del Trabajo. No es posible dictar medidas cautelares ante de presentar la demanda o con la presentación de aquella. Las medidas preventivas establecidas en el COGEP solo proceden en caso de créditos preestablecidos en un título.

26. Defensa judicial de personas con discapacidad

CONSULTA

Una persona discapacitada tanto física como mentalmente, sin haber sido declarada interdicto, es obligación del juez suspender la audiencia garantizando el debido proceso y el derecho a la legítima defensa, a continuar el juicio en rebeldía del mismo, agravando aún más su estado vulnerable.

ANÁLISIS

Las normas antes mencionadas establecen quienes tienen la capacidad legal para comparecer a juicio ya sea como actor, demandado o incluso tercerista. Pueden hacerlo personalmente quienes en general tengan capacidad para obligarse por sí mismos, pero las personas incapaces, deben necesariamente comparecer a través de su representante legal debidamente autorizado.

En caso de comparecer una persona notoriamente incapaz, como lo plantea la consulta, la causa no puede continuar tramitándose, y el juez no podrá dictar sentencia de mérito existiendo esta grave deficiencia procesal. Lo que correspondería al juez es sanear el proceso, disponiendo que se designe una representante para la persona incapaz.

CONCLUSIÓN

No procede que continúe el trámite de una causa cuando el juez por sus propios medios establece que ha comparecido una persona absolutamente incapaz, y si este hubiera sido el caso, deberá resolver la nulidad de la causa.

27. Medidas cautelares en la etapa de ejecución

CONSULTA

Al existir sentencia ejecutoriada, esto es que el proceso se encuentra en etapa de ejecución, cabe medidas cautelares contempladas en el Código de Trabajo.

BASE LEGAL

El Art. 594 del Código del Trabajo dispone: “La prohibición, el secuestro, la retención el arraigo, podrán solicitarse con sentencia condenatoria, así no estuviere ejecutoriada.”.

El Art. 363. 1 del COGEP, establece que son títulos de ejecución, la sentencia ejecutoriada.

ANÁLISIS

Las medidas cautelares en materia laboral, solo proceden en el caso previsto en el Art. 594 del Código del Trabajo. Cuando existe sentencia ejecutoriada, ya no es necesario dictar medidas cautelares, sino entrar directamente en la etapa de ejecución, en la cual, si no se ha dado cumplimiento a lo ordenado en el mandamiento de ejecución se procederá al embargo de bienes o derechos.

CONCLUSIÓN

Cuando existe sentencia ejecutoriada, lo que procede es entrar a la etapa de ejecución en la que no son necesarias las medidas cautelares, sino de ejecución.

28. Impugnación de la resolución de un visto bueno y acta de finiquito

CONSULTA

La impugnación de la resolución de un visto bueno y acta de finiquito debe ser en la acción, ya que según la jurisprudencia y las resoluciones de la Corte Suprema manifiestan que sí, sin embargo han llegado sentencias de la Corte Superior en el sentido de que no importa el momento procesal en que se lo haga, y en el caso de acta de finiquito, no se necesita impugnación.

ANÁLISIS

En el caso del visto bueno la norma legal del inciso segundo del Art. 183 del Código del Trabajo es muy clara al establecer que de la resolución del inspector del trabajo se podrá acudir ante el Juez del Trabajo; lo que únicamente puede ser a través de una acción judicial. Respecto del acta de finiquito, el derecho a impugnarlo corresponde al trabajador, ya sea porque no se hubieren cumplido con los

requisitos formales de que se hubiere practicado ante la autoridad administrativa competente y que ésta sea pormenorizada; ya cuando al trabajador no se le hubieren reconocido los derechos que le corresponde, que son irrenunciables.

En materia laboral rige en principio dispositivo, es decir, la administración de justicia actúa a instancia de la parte interesada; por ende, para que el juzgador se pronuncie sobre la legalidad y los derechos que le corresponden al trabajador y que no fueron reconocidos, es necesario que ejerza la respectiva acción judicial.

CONCLUSIÓN

En cuanto a la impugnación de la resolución de visto bueno y del acta de finiquito, se requiere siempre que aquella sea materia de una acción judicial; por lo mismo la impugnación debe realizarse en la demanda.

29. Embargo en un acuerdo conciliatorio

CONSULTA

Se puede solicitar embargo en un acuerdo conciliatorio si existen pagos por cuotas y ha fallado en la primera y las demás, aun cuando de las demás no se ha cumplido el plazo para la obligación.

ANÁLISIS

Las actas transaccionales, sean judiciales o extrajudiciales, tienen el carácter de títulos de ejecución, por lo tanto dan derecho a la persona acreedora para acudir ante el juez competente, para exigir su cumplimiento mediante el proceso de ejecución previsto en el Libro V del COGEP.

Aun cuando se trate de pagos parciales previstos en el acuerdo transaccional, si no se cumplieren con uno o más de esos pagos, el beneficiario tiene derecho a acudir ante un juez para que haga cumplir lo acordado, pues el acuerdo no se ha cumplido en su totalidad.

CONCLUSIÓN

Si se demanda en base a un título de ejecución contenido en un acta transaccional, procede que se solicite el embargo como medida cautelar.

30. Confesión judicial de Presidente y Ministros

CONSULTA

Es procedente llamar a los ministros y presidente a rendir confesión judicial, ya que el Código de Procedimiento Civil contempla la remisión de informe solo para el caso de testimonios y no de confesiones judiciales.

ANÁLISIS

En el caso del Presidente de la República, cualquier acción o pedido de diligencia preparatoria, que hasta la entrada en vigencia del COGEP, incluía la confesión judicial, es de exclusiva competencia de la Corte Nacional de Justicia a través de la Sala de lo Laboral.

El Código de Procedimiento Civil, determinaba que en el caso del Presidente de la República, el Tribunal debía trasladarse para cumplir con esta diligencia; sin embargo hay que señalar que en la actualidad, al encontrarse en vigencia el COGEP, claramente dispone quienes deben informar con juramento al rendir testimonio.

CONCLUSIÓN

En aplicación del Art. 177.9 del COGEP, autoridades tales como el Presidente de la República y los ministros de Estado, deben informar por escrito bajo juramento. Se deberá tomar muy en cuenta el tema del fuero.

31. Desistimiento en materia laboral

CONSULTA

“En el caso de que una persona desista de un juicio y no comparezca a reconocer la firma y rubrica, se imponen las sanciones previstas en el COIP.”.

ANÁLISIS

El desistimiento es una de las formas de dar por terminado el litigio. Consiste en la sola voluntad del accionante y debe cumplir con los requisitos previstos en la norma antes citada, entre ellos que conste de autos y se halle reconocida la firma de quien lo realiza ante el juzgador.

En el evento de que no se cumpliré con ese requisito, simplemente el desistimiento es ineficaz y no surte efecto, debiendo continuarse con el proceso.

CONCLUSIÓN

La consulta se refiere a que si no se hace el reconocimiento de la firma y rúbrica en el escrito de desistimiento, se deberá aplicar el COIP, sin explicar a qué tipo de sanciones se refiere.

El hecho de que la persona que desiste no haga el reconocimiento de firma y rúbrica, ya sea porque se arrepintió de desistir o por cualquier otro motivo, no es un delito y causa de sanción penal.

32. Mandatos 2 y 4

CONSULTA

Los límites establecidos en los mandatos 2 y 4 en los pagos de las indemnizaciones son mandatarios, toda vez que las empresas públicas establecen montos de conformidad a sus Reglamentos Internos o las leyes de servicios públicos.

ANÁLISIS

En múltiples sentencias de casación, la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado expresamente que esos Mandatos Constituyentes, solo establecen límites o topes a las indemnizaciones en los casos expresamente señalados, pero que no crean derechos y que tampoco establecen que los trabajadores siempre deberán ser indemnizados con el máximo de los valores expresados en esos Mandatos.

La Corte Constitucional en el Caso No. 0040-09-AN, sentencia No. 0001-10-SAN-CC, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 196 de 19 de mayo de 2010, sobre el alcance del artculo 8 del Mandato Constituyente No. 2, opina: *“Resulta trascendente ponderar que el Mandato Constituyente No. 2, y en particular su artculo 8, tiene el carcter de ley orgnica, razn por la cual posee la representacin de generalidad, en armona con la rigidez caracterstica de nuestra Constitucin de la Repblica. El carcter de generalidad establece destinatarios con una pluralidad indeterminada o general, lo contrario al carcter singular, cuyo receptor es una persona individual y concreta.”* (...) En lo relativo a los requisitos de procedibilidad, si bien el Mandato Constituyente 2, en su artculo 8, cuyo cumplimiento se reclama, contiene una obligacin de hacer o no hacer clara, expresa y exigible, esta se refleja en la entrega de una indemnizacin por supresin de puestos hasta un monto mximo, lo cual ha sido cumplido para con la accionante. No obstante, la recurrente, haciendo una errnea interpretacin del Mandato Constituyente No. 2, en particular de su artculo 8, considera que se ha incumplido con el pago de un restante dinero (...). Al respecto, en lugar de aquello, lo correcto es resaltar que en el referido Mandato se dispone la no alteracin de las normas ya existentes para el clculo de liquidaciones e indemnizaciones, con excepcin de aquellos casos en los que excedan los montos mximos fijados en esta disposicin normativa (...). En igual lnea de anlisis, la misma Corte Constitucional en la Sentencia No. 004-10-SAN-CC, caso No. 0069-09-AN, dice: *“en consecuencia, los montos indemnizatorios existentes a la fecha de emisin del Mandato Constituyente No. 2 continuaban vigentes, en tanto que aquellos que superaban los lmites mximos previstos en el mencionado instrumento, se modificaban de acuerdo a los lmites mximos en el preceptuados. A esta conclusin se llega tanto por el contenido de la disposicin pertinente como porque el Mandato no contiene norma de expresa situacin o de derogacin alguna de disposiciones legales o de otra naturaleza sobre liquidaciones o indemnizaciones en la materia (...)”* (lo resaltado corresponde al Tribunal), contina la Corte Constitucional en su sentencia analizando el segundo inciso del Art. 8 del Mandato Constituyente No. 2 y en su parte final dice: *“De esta manera, los trabajadores que se encuentran amparados nnicamente por el Codigo del Trabajo, en caso de despido intempestivo, reciben*

las indemnizaciones allí previstas, y quienes estén amparados por convenios de cualquier naturaleza que establezcan reconocimientos por terminación de relaciones laborales, percibirán los valores establecidos en la norma en mención.”

CONCLUSIÓN

Si las empresas públicas establecen montos o valores que corresponda a indemnizaciones o liquidaciones respecto de sus trabajadores obreros o servidores públicos, aquellos no pueden, en todo caso, sobrepasar los límites previstos en los referidos en los Mandatos Constituyentes No. 2 y 4.

33. Responsabilidad del liquidador frente a los trabajadores

CONSULTA

Cuando procesalmente no se ha demostrado que el liquidador de una empresa disuelta por la Superintendencia de Compañías haya inscrito su nombramiento en el Registro Mercantil siendo responsables frente a los trabajadores los administradores y representantes anteriores.

ANÁLISIS

La Codificación de la Ley de Compañías establece:

Art. 378.- La compañía disuelta conservará su personalidad jurídica, mientras se realice la liquidación.

Durante este proceso, a la denominación de la compañía, se agregarán las palabras “en liquidación”.

Art. 379.- Durante la liquidación el o los administradores están prohibidos de hacer nuevas operaciones relativas al objeto social. Si lo hicieren serán personal y solidariamente responsables frente a la sociedad, socios, accionistas y terceros, conjuntamente con quienes ordenaren u obtuvieren provecho de tales operaciones, sin perjuicio de su responsabilidad civil y penal, en los términos del artículo 560 del Código Penal.

Mientras no se inscriba el nombramiento de liquidador, continuarán encargados de la administración quienes hubieran venido desempeñando esa función, pero sus facultades quedan limitadas a:

1. Realizar las operaciones que se hallen pendientes;
2. Cobrar los créditos;
3. Extinguir las obligaciones anteriormente contraídas; y,
4. Representar a la compañía para el cumplimiento de los fines indicados.

Art. 382.- En los casos de disolución de pleno derecho, en la resolución que ordene la liquidación, el Superintendente de Compañías designará el liquidador.

Cuando el Superintendente de Compañías declare la disolución y ordene la liquidación, en la misma resolución designará un liquidador.

Art. 383. En los casos de disolución voluntaria, si los estatutos no hubieren establecido normas sobre el nombramiento de liquidador, corresponderá a la Junta General su designación.

Art. 385.- Los liquidadores deberán aceptar el nombramiento dentro de los términos, de cinco días en los casos de resoluciones individuales, y de treinta días en los casos de resoluciones masivas, contados desde la fecha de notificación con la resolución de disolución y liquidación.

Designados los liquidadores, principal y suplente, inscribirán su nombramiento en el Registro Mercantil del domicilio principal de la compañía o de las sucursales si las hubiere, dentro del término de diez días contados desde la fecha de su nombramiento, o de su aceptación, si fuere del caso, sin necesidad de publicación.

El incumplimiento de los términos antes fijados, dejará sin efecto la designación y se nombrará a otro.

CONCLUSIÓN

La representación legal de una compañía en liquidación corresponde exclusivamente al liquidador, a quien le corresponde ejercer las atribuciones que expresamente establece la ley.

Por lo tanto, cuando una demanda se la presenta contra una compañía en liquidación, la persona a quien deberá demandarse como su representante es el liquidador. Esto independientemente de si el actor también demanda a los anteriores administradores por sus propios derechos por responsabilidad solidaria.

Si en el proceso se demuestra que el nombramiento del liquidador no ha sido inscrito en el Registro Mercantil; la persona nombrada liquidador pero cuyo nombramiento no ha sido inscrito, no puede comparecer a juicio y si lo hace, existiría ilegitimidad de personería.

34. Triple recargo

CONSULTA

Cuál es el alcance de la sanción prevista en el Art. 94 del Código de Trabajo, ya que en el mismo establece un triple recargo al empleador moroso en caso de incumplimiento de las remuneraciones y que haya sido necesario la acción de cobro, ya que existen varios empleadores que desean realizar los pagos y demuestran que es el actor el trabajador que no recibe ¿cabría sanción?

ANÁLISIS

La sanción con el triple de recargo a que se refiere esta norma procede: a) Única y exclusivamente con respecto a remuneraciones atrasadas; b) No procede en otros conceptos, como son las indemnizaciones por despido intempestivo o desahucio; c) Solo procede respecto del último trimestre; y d) Que para exigir su pago haya sido necesario el ejercicio de la acción judicial.

Si existe constancia procesal de que el trabajador, al momento de suscribir el acta de finiquito ante el inspector del trabajo, cobró su liquidación que incluye el pago de remuneraciones, no procede este

reclamo y por tanto, el pago del triple de recargo. Sin embargo, si el trabajador no percibió la liquidación de haberes o está se pagó en un valor inferior al que le correspondía, impugnada el acta de finiquito e juicio y probado este hecho, procede la sanción, siempre que se cumplan las demás condiciones previstas en la norma del Art. 94 del Código del Trabajo.

En cuanto al caso que plantea la señora Jueza, el empleador tiene la posibilidad de consignar el valor de la remuneración adeudada en la inspectoría del trabajo y notificar al trabajador con esa consignación. En todo caso lo que requiere es demostrar que el trabajador tuvo conocimiento del pago de la remuneración y que para su cobro no requería acudir a la vía judicial.

CONCLUSIÓN

Procede el pago de la sanción con el triple de recargo, acorde a las circunstancias previstas en el Art. 94 del Código del Trabajo; y si no existe constancia de que el trabajador recibió su liquidación al firmar el acta de finiquito ante el inspector del trabajo, ya sea porque no concurrió ante esa autoridad o porque se negó a firmar el acta por considerar que lesiona sus derechos; puede demandar el pago de sus haberes ante el juez del trabajo.

Sin embargo, dependiendo de cada caso, si se demuestra que el trabajador en forma injustificada no cobro sus haberes, entonces no procedería ordenar el pago con el recargo.

35. Legítimo contradictor dentro de un juicio

CONSULTA

En el caso de que exista falta de legítimo contradictor dentro de un juicio, y este demandado adicionalmente por sus propios derechos, y que se haya demostrado que ya no tiene o no tuvo relación alguna con una empresa demandada, procede aceptar la excepción o a mandar a pagar al demandado, ya que ha sido demandado por sus propios derechos.

ANÁLISIS

La consulta expone dos situaciones:

1. Que se demanda a una persona que haya sido anteriormente representante legal de una empresa, específicamente en el período en que se produjeron los hechos o el incumplimiento de obligaciones que el trabajador reclama; y en la demanda específicamente se demande a esta persona por sus propios derechos en aplicación del Art. 36 del Código del Trabajo; en este caso, el demandado es legítimo contradictor.
2. Que se demande a una persona que no ha sido ni es representante legal de una empresa o no mantenga alguna relación de beneficio directo de servicio prestado por el trabajador, no es legítimo contradictor. Tampoco lo sería aunque hubiere sido representante legal, si los hechos o el incumplimiento de obligaciones que sustentan la demanda no hubieren ocurrido durante su administración.

CONCLUSIÓN

El representante legal o ex representante, según el caso, es legítimo contradictor siempre que sea demandado solidariamente por sus propios derechos, conforme el Art. 36 del Código del Trabajo y los hechos motivo de la demanda hubieren ocurrido dentro de su administración de la empresa.

36. Abogado en patrocinio de las partes

CONSULTA

El Art. 327 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que en todo procedimiento judicial intervendrá un abogado en patrocinio de las partes, y que los tribunales y juzgados no admitirán escrito alguno que no esté firmado por un abogado incorporado al Foro, en el Art. 574 del Código de Trabajo, establece la forma como se puede presentar una demanda si es verbal la deberá reducir a escrito y firmará el interesado o un testigo y autorizado por el secretario, hecho que contradice la normativa antes descrita.

ANÁLISIS

EL Art. 327 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: “INTERVENCIÓN DE LOS ABOGADOS EN EL PATROCINIO DE LAS CAUSAS.- En todo proceso judicial necesariamente intervendrá un abogado en patrocinio de las partes excepto en los procesos constitucionales y en los que se sustancien ante las juezas y jueces de paz, sin perjuicio del derecho a la autodefensa contemplado en el Código de Procedimiento Penal. Quienes se hallen en incapacidad económica para contratar los servicios de un abogado tendrán derecho a ser patrocinado por los defensores públicos.

En los tribunales y juzgados no se admitirá escrito alguno que no esté firmado por un abogado incorporado al Foro, excepto en el caso de la tramitación de procesos relativos a garantías jurisdiccionales y las causas que conozcan las juezas y jueces de paz.

Cuando un abogado se presente por primera vez en un proceso patrocinando a una de las partes, el actuario verificará que se le presente el original del carné de inscripción en la matrícula, debiendo incorporar al proceso una copia del mismo.”

En todos los procesos e instancias, para los escritos que se ingresen sin firma de abogado o en los escritos en los que se haya omitido la firma del abogado, el juez de la causa requerirá mediante providencia que en el término de cinco días se de cumplimiento a lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 327 del Código Orgánico de la Función Judicial, a fin de procurar el saneamiento procesal. Dado por Resolución de la Corte Constitucional No. 3, publicada en Registro Oficial Suplemento 485 de 22 de Abril del 2015.

El Art. 574 del Código del Trabajo, actualmente derogado por el COGEP, disponía: “Forma de la demanda.- La demanda en los juicios de trabajo podrá ser verbal o escrita. En el primer caso, el juez la reducirá a escrito y será firmada por el interesado o por un testigo si no supiere o no pudiere hacerlo, y autorizada por el respectivo secretario.”

CONCLUSIÓN

El Código del Trabajo permitía que se hiciera la demanda en forma verbal, pero en tal caso, el Juez debía oficiar a la Defensoría Pública para que provea a la persona de un abogado patrocinador y continuar el proceso.

Tal posibilidad ya no existe con la actual vigencia del COGEP, excepto para el caso de que se reclamen remuneraciones atrasadas en juicio monitorio siempre que la cuantía no exceda de tres salarios básicos unificados.

37. Personalidad jurídica y personería de las Empresas Públicas

CONSULTA

El Art. 315, las empresas públicas “...estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, por personalidad jurídica, autonomía financiera, económica y administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y ANALISISs empresariales, económicos, sociales y ambientales...” , esto quiere decir que pese a que la Constitución de la República les otorga personalidad jurídica, no se les ha dotado de personería jurídica, dos conceptos jurídicos diferentes, es decir que no tendrían capacidad legal para concurrir a juicio por si mismas y necesariamente debería ser el Estado Ecuatoriano el demandado, como el resto de las entidades que corresponden al sector público y que no tiene personería jurídica, sin embargo, de forma incongruente la ley Orgánica de Empresas Públicas en el Art. 10 dispone GERENTE GENERAL.- La o el Gerente General del a empresa pública será designado por el Directorio, de fiera de su seno. Ejercerá la REPRESENTACIÓN LEGAL, JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL, de la empresa y será en consecuencia el responsable de la gestión empresarial, administrativa, financiera, comercial, técnica y operativa. Deberá dedicarse de forma exclusiva y a tiempo completo a las labores inherentes a su cargo, con la salvedad de la Constitución de la República...” en este sentido, contrario a lo que la Constitución dispone, los gerentes de las empresas públicas a ejercer la representación judicial de la institución pública que gerencia,

motivo por el cual, las empresas públicas comparecen a juicio por sí mismas, y sin necesidad de que se demande al Estado Ecuatoriano, los jueces conocemos y fallamos sobre el fondo de las reclamaciones laborales que se demandan, tal situación que en práctica se está realizando en la manera indicada, no deja de ser una inconsistencia entre la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Empresas Públicas LOEP, misma que debería ser analizada y discutida y aclarada, de manera que se establezca de forma adecuada si las empresas públicas tienen o no personería jurídica y por lo tanto se encuentran facultadas para comparecer a juicio por si mismas. Cabe recalcar que lo descrito no tiene nada que ver con el Art. 6 de la Ley orgánica de la Procuraduría General del Estado, norma según la cual en todo proceso judicial, procedimiento alternativo de solución de conflictos y procedimiento administrativo de impugnación o reclamo contra organismos y entidades del sector público, deberá citarse o notificarse obligatoriamente al Procurador general del Estado, con el fin de precautelar los derechos del Estado, pues dicha notificación o citación es obligatoria tanto para las instituciones públicas que tienen personería jurídica, como las que no la tienen; se trata aquí de un punto de derecho que se relaciona con la capacidad legal de las empresas públicas de comparecen a juicio, representándose a si mismas, y en este caso permite determinar al juzgador sin existe en el proceso “*legitimation ad causam*”, es decir si entre la empresa pública, el requirente y el interés o derecho discutido en el proceso existe la relación sustancial que permita al juzgador pronunciarse sobre el fondo de la demanda.

ANÁLISIS

La personalidad jurídica es el atributo jurídico que confiere la ley a un ente ficticio para conferirle capacidad legal para obrar, esto es, para contraer obligaciones y ejercer derechos. En el derecho público, la personalidad jurídica del ente nace de la propia ley o según el mecanismo de aprobación y otorgamiento de personaría que establece también la ley. La personería jurídica en cambio es la representación legal del ente que debe ser ejercida por el órgano o la persona que establece la ley, puede ser un órgano de la propia entidad o una persona que ejerza la administración, representación legal, judicial y extrajudicial, que lo ejerce un gerente o administrador, como en el

caso de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, según lo dispone el artículo 10 de la Ley de la materia.

Para distinguir entre “personalidad jurídica y personería jurídica, conviene citar a Hernando Devis Echandía, en su obra “Compendio de Derecho Procesal”: “La capacidad para ser parte en el proceso es la misma que para ser parte en cualquier relación jurídica sustancial, es decir, para *ser sujeto de derechos y obligaciones*, o capacidad jurídica en general, que reglamenta el Código Civil. Por consiguiente, toda persona natural o jurídica, de derecho privado o público, tiene capacidad para ser parte en el proceso o de la relación jurídica procesal... 1º) *Las personas físicas o naturales*. Toda persona natural tiene capacidad para ser parte desde el momento en que existe como tal, es decir, desde su nacimiento... 2º) *Personas jurídicas*. Puesto que las personas jurídicas de derecho privado y de derecho público tienen *personalidad jurídica*, les corresponde también la capacidad de ser partes en los procesos lo mismo que a las personas físicas o naturales... Las personas jurídicas pueden distinguirse en cuatro grupos: **a) las de derecho público, que existen por privilegio legal, como la nación, los departamentos, comisarías, intendencias, municipios, los establecimientos de beneficencia e instrucción pública, las corporación creadas o reconocidas por ley...**b) **las de derecho público que requieren el reconocimiento de su personería por el gobierno nacional (sistema de privilegio administrativo o gubernamental), como corporaciones y fundaciones creadas por ordenanza, acuerdos o decretos departamentales y municipales, con fondos públicos y para fines de interés general;** c) las de derecho privado, creadas por particulares, con fines similares a las anteriores o de orden diferente, pero sin ánimo de lucro, es decir las fundaciones y corporaciones particulares, los sindicatos, las órdenes, comunidades y asociaciones religiosas o *ad homine*, las cuales también requieren el reconocimiento de su personería por el gobierno nacional (por lo cual forman parte del grupo llamado de privilegio administrativo o gubernamental), y las demás personas morales canónicas que necesitan de ese reconocimiento oficial; y, d) las sociedades, es decir, personas jurídicas de derecho privado y con fines de lucro, que adquieren personería por el acuerdo de voluntades particulares (o de entidades públicas, ya que pueden ser socios fundadores de toda

clase de sociedades), desde el momento en que quedan legalmente constituidas, por reunir los requisitos de forma y de fondo que para cada clase de sociedades establece la ley..." y añade que: "Las personas jurídicas actúan necesariamente por medio de sus representantes, pero no significa que sean legalmente incapaces." (Obra citada Tomo I, Editorial ABC-Bogotá 1985 págs. 369 a 377).

CONCLUSIÓN

En el caso de las empresas públicas, reguladas por la Ley Orgánica de Empresas Pública, aquellas gozan de personalidad jurídica, por ende de capacidad jurídica para obrar, celebrar contratos, contraer derechos y obligaciones. Están representadas por su gerente general, quien debe ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial.

La diferencia entre personalidad jurídica y personería jurídica radica en el origen, pero en ambos casos los entes ficticios tienen capacidad legal. En tal sentido en un juicio laboral son la parte legitimada para comparecer a juicio.

La obligación de notificar al Procurador General del Estado nace del Art. 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, a fin de que ese funcionario pueda supervisar el proceso y de estimarlo pertinente intervenir en el mismo, pero no bajo la figura de que el Procurador es el legítimo contradictor.

38. Responsabilidad laboral del Directorio de las empresas públicas

CONSULTA

Responsabilidad del Directorio de las empresas públicas, respecto de las obligaciones patronales con los trabajadores de las mismas, por cuanto el Art. 15 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas establece: "ALCANCE LA RESPONSABILIDAD DEL DIRECTORIO Y DE LOS ADMINISTRADORES EN GENERAL.- En las empresas públicas, el cargo de quienes integran los órganos de la administración debe ser compatible entre el interés de la empresa, su desarrollo y el del Estado. Deberán velar por el cumplimiento de los objetivos estatales que se señalan para cada empresa, los que podrán referirse además

a logros no económicos pero con una manifiesta rentabilidad social, alcanzada en la medida en que se cumplan los objetivos previstos en el Art. 2 de esta Ley, Los miembros del Directorio y administradores estarán sujetos a lo dispuesto en el Arto. 233 de la Constitución de la República”, como es evidente LOEP al determinar la responsabilidad de los miembros del directorio y los órganos de administración de la empresa pública se remite al Art. 233 de la Constitución de la República dice: “Ninguna servidora o servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por serán responsables administrativa, civil y penalmente, por el manejo y administración de los fondos, bienes o recursos públicos. Los servidores y servidores públicos y los delegados y o representantes de los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas se aplicaran a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan calidades antes señaladas.” Sin embargo nada dice de la solidaridad patronal contenida en el Art 36 del Código de Trabajo en la que se establece: “Representantes de los empleadores.- son representantes de los empleadores, los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, y en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección o administración, aún sin tener poder por escrito y suficiente según el derecho común. El empleador y sus representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador”. En este sentido existe un vacío legal sobre el cual debe existir un pronunciamiento que permita suplirlo, pues evidentemente como la jurisprudencia señala no es obligación del trabajador saber cuál es la persona que ejerce la representación judicial de una empresa o institución, para dirigir contra él la acción. Bástale dirigirse en la demanda contra las personas que ejercen las funciones de dirección y administración. Existiendo fallos de triple reiteración al respecto (II-A, II-B, y II-C) de la Gaceta Judicial de mayo-agosto de 1998, página 3241); siendo evidente que el directorio, que generalmente está presidido en el caso de empresas públicas, por el Ministro del ramo o por el Alcalde GAD que lo constituyó, ejerce funciones de dirección,

por lo que evidentemente si cabe la demanda laboral en su contra; diferente será analizar por supuesto quien es el obligado al pago de cualquier derecho laboral pendiente, pero de forma inicial, la Ley Orgánica de Empresas Públicas debería ser aclarada con respecto a este tema que es de fundamental importancia, siendo el ANÁLISIS de esta juzgadora que los miembros del directorio si pueden ser demandados por la solidaridad establecida en el mencionado Art. 36 del Código de Trabajo, siempre que la demanda en función de la calidad que ostentan dentro de la empresa pública (es decir como ministros o alcaldes, por ejemplo sino como presidentes del directorio) sin que esto implique solidaridad con la institución que creó a la empresa pública, al tratarse de dos personas jurídicas completamente diferentes.

ANÁLISIS

En primer término se debe aclarar que la responsabilidad de los servidores públicos a la que se refiere el Art. 233 de la Constitución de la República, es aquella de carácter administrativa, civil y penal por las acciones u omisiones en el ejercicio de su cargo; es decir una responsabilidad frente al Estado, la sociedad.

Distinta es la responsabilidad por obligaciones y derechos laborales que tienen los empleadores, en este caso empresas públicas, con respecto de sus trabajadores.

Existen distintos niveles y tipos de responsabilidad; los primeros están directamente relacionados con el orden jerárquico y las funciones que se realizan dentro de cada entidad, las segundas corresponden al tipo de infracción.

En el caso de las empresas públicas, estructuralmente están constituidas por el Directorio y la Gerencia General; cada uno de ellos con funciones específicas y distintas. El Directorio es el máximo organismo de la institución en cuanto a que sus funciones, de acuerdo con el Art. 9 de la Ley, están directamente relacionadas con la política de la empresa, su organización, aprobación del presupuesto, decisiones organizativas, control de los administradores, aprobación de informes, balances, etc.; en tanto que el Gerente es el administrador y ejecutor de las decisiones del Directorio.

De acuerdo a las funciones que establece la Ley, en el caso de las Empresas Públicas, los miembros del Directorio no tienen en absoluto responsabilidad alguna en el manejo en particular de los recursos humanos; y cualquier decisión que en general adopten sobre temas como salarios, compensaciones, reducción de personal, son de carácter general para la empresa y no en particular sobre determinado trabajador.

El Art. 36 del Código del Trabajo, al referirse a la responsabilidad de los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, y en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección o administración, hace relación a las personas que a nombre de una empresa o negocio, organiza y dan las órdenes de trabajo a sus trabajadores. Por tanto, cuando hace mención a los directores, se entenderá cuando aquellos ejercen funciones de administración exclusivamente.

CONCLUSIÓN

Los miembros del Directorio de la Empresas Públicas no son responsables y por ende, legítimos contradictores, ni aún por sus propios derechos, respecto de los reclamos judiciales que presenten los trabajadores de esas empresas.

39. Fondo global de jubilación

CONSULTA

Análisis en la cancelación del FONDO GLOBAL DE JUBILACIÓN, respecto en el cual el Art. 216 del Código de Trabajo establece: "...3 El trabajador jubilado podrá pedir al empleador, le garantice eficazmente el pago de la pensión o, en su defecto, deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el capital necesario para que éste le jubile por su cuenta, con igual pensión que la que le corresponda pagar al empleador, o podrá pedir que el empleador le entregue directamente un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinados en la ley, a fin de que el mismo trabajador administre este capital por su cuenta. Sin perjuicio

de lo dispuesto en el inciso anterior, el jubilado no podrá percibir por concepto de jubilación patronal una cantidad inferior al cincuenta por ciento del sueldo, salario básico o remuneración básica mínima unificada sectorial que corresponde al puesto que ocupaba el jubilado al momento de acogerse al beneficio, multiplicado por los años de servicio. El acuerdo de las partes deberá constar en acta suscrita ante notario o autoridad competente judicial o administrativa, con lo cual se extinguirá definitivamente la obligación del administrador..."sin embargo de la cual no se ha establecido la edad promedio hasta la cual se realizará el referido cálculo, lo que ocasiona que en varios casos se perjudiquen los intereses de los trabajadores, quienes luego de haber recibido un pago como fondo global demandan una reliquidación o el pago de una pensión jubilar vitalicia por sentirse perjudicados por la cantidad recibida, temas que congestionan la administración de justicia, por lo que considero establecer una forma de cálculo de pensión jubilar que sea aplicada en forma general en todos los casos.

ANÁLISIS

En cuanto al cálculo del fondo global de jubilación se debe aplicar lo dispuesto en el Acuerdo Ministerial No- MDT-0099-2016, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 732 de 13 de abril del 2016, concretamente lo previsto en el Art. 3 de ese Acuerdo, en el que se establece un coeficiente de renta vitalicia. Por lo que el cálculo del Fondo Global se lo realiza: se establece la pensión jubilar mensual, se multiplica por doce; establecida la anual se suman la décimo tercera y décimo cuarta pensiones jubilares y ese resultado se multiplica por el coeficiente señalado en la tabla a la que se hizo referencia.

CONCLUSIÓN

El problema de la edad promedio a la que se refiere la consulta está aclarado en el Acuerdo Ministerial No- MDT-0099-2016, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 732 de 13 de abril del 2016, debiendo en cada caso consultar la página web del Ministerio del Trabajo para revisar la tabla y los coeficientes.

40. Acciones diversas e incompatibles

CONSULTA

Con la promulgación de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el hogar, analizar la aplicación del Art. 71 del Código de Procedimiento Civil en las causas laborales, señala: “se puede proponer, en la misma demanda acciones diversas o alternativas, pero no contrarias ni incompatibles, no que requieran necesariamente diversa sustanciación; (...)”; esto es lo que no se puede demandar en un solo libelo situaciones incompatibles o que requieran diversa tramitación. En este sentido el Art. 195.2 del Código de Trabajo, disposición agregada mediante la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del trabajo en el Hogar, establece el trámite a seguir para la sustanciación de las causas referentes exclusivamente al despido ineficaz (pretensión única: declaratoria de despido ineficaz); mientras que el Art 575 del Código de Trabajo establece el procedimiento oral como trámite para la sustanciación para los procesos que versan en general sobre la reclamación de todos los derechos laborales de los trabajadores; es decir se trata de trámites distintos para diversas acciones que no pueden desarrollarse en una sola sustanciación, ya que no son compatibles; en tal virtud serían inadmisibles aquellas causas que pretendan conseguir la liquidación de derechos laborales cuya tramitación es diversa; es decir no se podría admitir a trámite una demanda que busque la declaratoria de despido ineficaz (trámite Art. 575 C.T.) tema absolutamente nuevo que genera confusión.

ANÁLISIS

La acción de despido ineficaz es única y exclusiva para los casos contemplados en el Art. 195.1 del Código del Trabajo, es decir, para el despido de personas embarazadas o asociado a su condición de gestación o maternidad, así como para los dirigentes sindicales; tiene como propósito garantizar a la persona trabajadora en su puesto de trabajo, por ende, su objetivo es reintegrarla y mantenerla en su lugar de trabajo.

CONCLUSIÓN

En consecuencia, tal acción es incompatible con otras que tengan también origen en otros derechos laborales que pueda reclamar el trabajador, como sueldos u otros haberes atrasados.

En cuanto al trámite, como ya se expresó, actualmente son aplicables las normas del COGEP para el juicio sumario, con la reducción de plazos prevista en ese Código.

41. Reconvención en despido ineficaz

CONSULTA

El despido ineficaz es de suma importancia, también analizar el tema de la reconvención, puesto que al ser un procedimiento especial cuyo objetivo es la declaratoria de ineficaz de un despido que estaría dando por terminada la relación laboral, único punto de discusión, sería posible reconvenir al trabajador por otros motivos relacionados a la relación laboral, como pueden ser por ejemplo adelantos de remuneraciones, cuando en la posible sentencia no se dispondría el pago de los derechos adquiridos de la parte actora.

ANÁLISIS

La acción de despido ineficaz tiene por objeto dejar sin efecto el despido y restituir a la persona trabajadora en su puesto de trabajo, por tanto, no cabe reconvención conexa sobre supuestas obligaciones pendientes del trabajador para con el empleador.

CONCLUSIÓN

La acción de despido ineficaz no admite la posibilidad de plantear reconvención conexa; salvo que el trabajador expresamente en su demanda manifieste que no desea ser restituido a su puesto de trabajo y que se le pague la indemnización del Art. 195.2 del Código del Trabajo.

42. Pago de triple recargo

CONSULTA

Código General de Procesos.- Si dentro del trámite monitorio, destinado, en materia laboral, al cobro de las remuneraciones pendientes de pago mientras este en vigencia la relación laboral, cabe el pago de triple recargo estipulado en el Art. 94 del Código de Trabajo, de la simple lectura de la ley se evidencia que el pago de triple recargo sobre las remuneraciones del último trimestre que se encuentran pendientes de pago exige dos presupuestos identificables en la ley: 1.- que no se hubiere cubierto el pago de las remuneraciones que corresponden al trabajador durante la vigencia de las relaciones de trabajo; y, 2.- cuando por este motivo, para su entrega, hubiere sido menester la acción judicial pertinente. En el trámite monitorio, si bien se cumple el segundo presupuesto, es decir la necesidad de la acción judicial para el cobro, no se cumple el primero, pues la relación laboral continúa entre los litigantes, por lo que el pago ocurre durante la vigencia de las relaciones laborales de trabajo, recordando además que la parte actora en lugar de solicitar el pago de las remuneraciones adeudadas por vía judicial podría solicitar por la vía administrativa un visto bueno en contra de su empleador para que se dé por terminada la relación laboral, en cuyo caso corresponde el pago de la indemnización prevista en el Art. 188 del Código de Trabajo, y obviamente con triple recargo si para su cobro interpone acción judicial, en ese caso sí, por cuanto la relación laboral y concluye de forma legal por visto bueno.

ANÁLISIS

El Art. 94 del Código del Trabajo contempla una sanción para el empleador moroso que hubiere dejado de pagar las remuneraciones que le corresponden al trabajador. Para que proceda este pago se requiere que el empleador estuviese en mora, conforme lo plazos que establece la ley para el pago de remuneraciones; y en segundo lugar, que para el cobro de tales remuneraciones haya sido necesario el ejercicio de la acción judicial.

CONCLUSIÓN

La ley no establece como condición para reclamar el pago de remuneraciones atrasadas que la relación laboral hubiere concluido, por tanto, cabe perfectamente que el trabajador demande sus haberes y esté vigente la relación de trabajo.

Distinto es el caso en que el trabajador hubiere optado por el visto bueno por la causal del Art. 173.2 del Código del Trabajo, pues declarado el mismo hay lugar a reclamar el despido intempestivo y también las remuneraciones atrasadas, pero en este caso en juicio sumario y no monitorio.

43. Confesión ficta

CONSULTA

En los juicios que se realizan de rebeldía, cuando del proceso no existe otro tipo de prueba solo la confesión ficta, que de acuerdo con la jurisprudencia no se ha probado la relación laboral, sin embargo en la Corte Provincial existen criterios divididos en cuanto al tema, y también nos encontramos divididos los jueces de primer nivel, algunos aceptamos la relación laboral con confesión ficta y otros jueces no por lo que sería importante unificar criterios.

En términos generales el COGEP ha eliminado la prueba de confesión judicial y sus efectos. Existe la confesión de parte, que deberá ser apreciada por el juzgador de acuerdo a las reglas de la sana crítica, de acuerdo con el los Arts. 177.6 y 164 del COGEP.

Al eliminarse el Art. 581 del Código del Trabajo, que establecía los efectos de la confesión ficta, en especial del empleador demandado, efectivamente se ha suprimido uno de los medios de prueba que ofrecían cierta protección para los trabajadores.

ANÁLISIS

Para que la confesión ficta del empleador demandado sea considerada como respuestas afirmativas al interrogatorio, debe reunir dos requisitos sustanciales: a) Que las preguntas no contravinieren la ley,

es decir, no sean inconstitucionales; y, b) Que se refieran al asunto o asuntos materia del litigio.

Si como se plantea en la consulta, el litigio se ha seguido en rebel-
día del demandado, esta se entenderá como negativa pura y simple
de los fundamentos de la demanda, por tanto incluso de la relación
laboral.

A falta de otras pruebas sobre la existencia de la relación laboral, el
juzgador puede acoger la confesión ficta del demandado, conforme
a las reglas de la sana crítica, siempre que el interrogatorio contenga
preguntas claras y conducentes para establecer el hecho de la rela-
ción laboral, y reúna los requisitos antes previstos. De tal manera
que el juzgador, al valorar esta prueba deberá expresar su ANÁLISIS
de convicción para acogerla o negarla como un medio idóneo para
establecer los hechos.

CONCLUSIÓN

La confesión ficta del demandado, que reúna las condiciones previs-
tas en el Art. 581 del Código del Trabajo, puede ser considerada como
prueba de la existencia de la relación laboral.

Se debe tomar en consideración que al entrar en vigencia el COGEP,
el Art. 581 del Código del Trabajo está derogado, y la confesión ficta
no existe como tal, sino la declaración de parte, y sin ese efecto de
prueba.

44. Nulidad en juicios contra empresas públicas

CONSULTA

Si es procedente se declare la nulidad cuando no se ha citado al
Procurador General del Estado dentro del juicio contra empresas pú-
blicas cuando las mismas tienen personería jurídica.

ANÁLISIS

Cuando se demanda a un entidad, organismo o empresa pública,
que tiene personalidad y personería jurídica propia, por lo tanto con

capacidad legal para comparecer a juicio, como en el caso de las Empresas Públicas motivo de la consulta, se debe también notificar al Procurador General del Estado de acuerdo con lo previsto en el Art. 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, para que pueda realizar la supervisión de la defensa en el juicio o intervenir directamente en el proceso.

La falta de notificación al Procurador General del Estado acarrea la nulidad del proceso, conforme lo determina esa norma.

CONCLUSIÓN

La falta de notificación al Procurador General del Estado en los juicios contra Empresas Públicas, determina la nulidad de la causa, por cuanto ese es el efecto previsto en el Art. 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, independientemente de que tales empresas tengan personalidad jurídica propia.

45. Despido intempestivo de servidores de empresas públicas

CONSULTA

En el caso del despido intempestivo de servidores de empresas públicas debe cancelarse con el Art. 188 del Código de Trabajo o cual sería el marco jurídico.

ANÁLISIS

De acuerdo con las normas antes transcritas, en el caso de los servidores públicos de las Empresas Públicas, se deben aplicar las disposiciones relativas al contrato individual de trabajo contempladas en el Código del Trabajo, excepto en los temas que no estén expresamente determinados en el Capítulo IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas o se contrapongan a los principios rectores de la administración de talento humano.

CONCLUSIÓN

La situación del servidor público de las Empresas Públicas sujeto a las reglas del contrato individual de trabajo, del Código del Trabajo, en caso de despido sería las del Art. 188 de ese Código, pues esta

situación no está prevista expresamente en la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

46. Inspección Judicial

CONSULTA

Inspección Judicial.- Es un medio de prueba que la ley lo prevé en materia laboral, es muy poco acogido por los jueces, toda vez que el objeto de dicha prueba recogida por el Código de Procedimiento Civil, es específica en materia civil, en qué circunstancias y para justificar que hechos se podría aceptar la realización de la prueba.

ANÁLISIS

En las disposiciones reformativas introducidas por el COGEP, al Código del Trabajo consta:

“6. Sustitúyase el artículo 575 por el siguiente:

“Art. 577.- Solicitud y práctica de pruebas.- Los medios probatorios de que dispongan las partes serán presentados o anunciados conforme con lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos. Los informes y certificaciones de las entidades públicas y privadas constituirán medios de prueba; pero cualquiera de las partes podrá solicitar, a su costa, la exhibición o inspección de los documentos respectivos”.

CONCLUSIÓN

Dependiendo del caso, el Juez Laboral deberá evaluar si determinada prueba es necesaria y procedente, para calificarla y admitirla, conforme al Art. 160 del COGEP.

La inspección judicial, en muy pocas oportunidades es aplicable en materia laboral. Por ejemplo cuando se alega un despido y se dice que los testigos escucharon desde determinada distancia, el juez puede aceptar y ordenar una inspección judicial para verificar si desde esa distancia se podía escuchar el despido alegado o presenciado.

47. Inadecuada asistencia legal

CONSULTA

Un alto porcentaje de abogados que litigan en materia laboral, por desconocimiento en muchas ocasiones no asisten adecuadamente a sus clientes, por lo que sería procedente una norma específica que al detectar estos casos los jueces por el principio de inmediatez puedan suspender las diligencias garantizando los derechos de los trabajadores.

ANÁLISIS

El juzgador no puede intervenir directamente calificando la ineficiente defensa del abogado defensor de alguna de las partes, suspendiendo una diligencia, ni aun a pretexto de precautelarse los derechos del trabajador, por el principio de inmediatez que tiene otro sentido, la relación directa del juez con la causa.

CONCLUSIÓN

El juzgador debe mantener su imparcialidad en la causa, por lo que mal podría favorecer a una de las partes, suspendiendo una diligencia, sin que exista alguna de las razones expresamente determinadas en el Art. 82 del COGEP.

48. Juramento deferido

CONSULTA

En los casos que se establezca que existió relación laboral, pero del proceso no existe prueba alguna del tiempo de servicio y al no poder presumir el mismo se rechaza la demanda aun sabiendo que hay derechos que debe pagarse.

ANÁLISIS

El Art. 185 del COGEP dispone: "Juramento deferido. En las controversias sobre devolución del préstamo, cuando se alegue usura a falta de otras pruebas para justificar la tasa de interés y el monto efectivo del capital prestado se estará al juramento de la o del prestatario.

El juramento deferido se practicará como prueba exclusivamente en los casos señalados en este artículo. La o el juzgador no podrá fundamentar la sentencia en el juramento deferido como única prueba.

En materia laboral, a falta de otra prueba se estará al juramento deferido de la o del trabajador para probar el tiempo de servicio y la remuneración percibida. En el caso de las o los adolescentes, además la existencia de la relación laboral.”

Parece muy difícil que se prueba la existencia de la relación laboral, pero no se demuestre el tiempo del servicio, pese a que existe el juramento deferido.

El Art. 593 del Código del Trabajo ha sido derogado, por lo que corresponde a la parte que alega un derecho la carga de la prueba, en este caso al trabajador, debiendo entonces la defensa del trabajador preparar y sustentar correctamente una demanda.

CONCLUSIÓN

Si no existe prueba documental, testimonial o el juramento deferido, como tiempo de servicio se tendrá el que alega el accionante en la demanda, pues el demandado no ha impugnado esos hechos y demostrado lo contrario; y en cuanto a la remuneración se tendrá el salario básico unificado del trabajador en general vigente al momento del despido.

49. Régimen aplicable según la actividad

CONSULTA

Una aclaración en la reforma de la ley que nos corresponde, el hecho de que una persona quien realiza labores en las que emplea la fuerza física, sobre la intelectual, sea considerado trabajador independientemente si en una institución pública se lo tiene como servidor público sujeto a la ley administrativa, actualmente Ley Orgánica de Servicio Público. (LOSEP).

ANÁLISIS

Cuando existe duda sobre la naturaleza jurídica de la relación laboral de una persona, esto es, si es un servidor público u obrero, si es contrato civil de servicios o es un trabajador, se debe considerar no lo que exprese el documento sino la actividad que en realidad desempeña la persona, para establecer su estatus jurídico.

Como lo explica Mario de la Cueva en su obra “el Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo” un contrato – realidad, que en sus propias palabras significa “...*que la relación de trabajo es una realidad viva, que consiste en el hecho real de la prestación de un trabajo personal subordinado, prestación diaria que reafirma todos los días la independencia de la relación respecto del acto o causa que le dio origen: o expresado en una fórmula más simple: una relación jurídica, expresión de una realidad. Esta condición, a su vez, confirma la característica primera, porque la realidad de la prestación de un trabajo no puede ni destruirse ni aherrojarse por un acuerdo de voluntades lejano, pues la realidad no se niega por una declaración*” (ob. cit. Pág. 195 Editorial Porrúa S. A., México, 1978);

CONCLUSIÓN

Entonces, aun cuando se le hubiere extendido nombramiento como servidor público, si su condición era la de obrero, el régimen aplicable es el del Código del Trabajo. Existe doctrina relativa al contrato realidad, que se refiere a que no importa la nominación que se da al cargo, sino la modalidad misma de trabajo o función que se realizó.

50. Abandono

CONSULTA

El Art. 245 del CÓDIGO General de Procesos, contempla el término de 80 días para declarar el abandono de las causas, pero existe mucha inconsistencia si dicha norma se aplica al proceso actual o solo para los juicios que hayan comenzado a partir de la publicación del COGEP.

ANÁLISIS

Art. 245 COGEP Procedencia. La o el juzgador declarará el abandono del proceso en primera instancia, segunda instancia o casación cuando todas las partes que figuran en el proceso hayan cesado en su prosecución durante el término de ochenta días, contados desde la fecha de la última providencia recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos.

Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 7, ver Registro Oficial 539 de 9 de Julio de 2015:

Art. 1.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 245 del Código Orgánico General de Procesos, en todas las materias no penales, los juzgados y unidades judiciales de primer nivel, salas y unidades especializadas de las cortes provinciales, tribunales distritales, unidades judiciales de única instancia y salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, declararán de oficio o a petición de parte el abandono de la primera, segunda o única instancia, así como del recurso de casación o de hecho, según corresponda, por el transcurso del término de ochenta días hábiles continuos que correrán a partir de la publicación del Código Orgánico General de Procesos, esto es el 22 de mayo del 2015, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de ésta resolución.

Art. 2.- Las solicitudes de abandono presentadas hasta antes de la expedición del COGEP, se tramitarán con la normativa aplicable al momento de su presentación. Pero a partir del 22 de mayo de 2015, en que se publicó el COGEP en el Registro Oficial, se aplicarán las normas del abandono previstas en dicho cuerpo normativo.

Art 3.- Para la declaración del abandono, en cada caso, la o el juzgador contará el término tomando en cuenta el contexto de los artículos 245 y 246 del COGEP, esto es, a partir de la notificación de la última providencia recaída en alguna gestión o actuación procesal, útiles para dar curso al proceso.

El término previsto en el inciso anterior se aplicará para aquellas providencias emitidas o actuaciones procesales realizadas con posterioridad a la fecha en que entró en vigencia el COGEP.

CONCLUSIÓN

El abandono contemplado en el Art. 245 del COGEP es aplicable a todas las causas, incluso aquellas iniciadas antes de su vigencia.

51. Remates judiciales

CONSULTA

El Art. 392 último inciso del Código General de Procesos, establece el remate electrónico, situación que ya se encuentra en vigencia, pero aún existe duda al respecto de que si dicha forma electrónica del remate se aplica únicamente para los procesos que comenzaron con la vigencia del COGEP en dicho aspecto, o también se puede aplicar para los procesos que comenzaron antes, de la vigencia de la oralidad de los procesos laborales. (Ley No. 2003-13, publicada en el Registro Oficial No. 146 de 13 de agosto de 2003).

ANÁLISIS

De conformidad a la disposición final segunda del COGEP, el Código Orgánico General de Procesos “entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las normas que reforman el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Notarial y la Ley de Arbitraje y Mediación y aquellas que regulan períodos de abandono, copias certificadas, registro de contratos de inquilinato y citación, que entrarán en vigencia a partir de la fecha de publicación de esta Ley.

Las disposiciones que regulan el remate entrarán en vigencia en ciento ochenta días contados a partir de la publicación de la presente Ley.”

CONCLUSIÓN

Conforme la Disposición Final Segunda del COGEP, a partir de 23 de diciembre del 2015, están en vigencia las normas relativas al remate de los bienes embargados, norma aplicable para todos los juicios, incluso los iniciados con anterioridad a la fecha en que entre en vigencia el COGEP, pero exclusivamente respecto del procedimiento de remate.

Segundo bloque

1. Facultad del Juez para ejecutar las pruebas de oficio

CONSULTA

¿Conforme a los artículos del Código de Trabajo 19, 118 y 577 hasta dónde puede llegar la facultad del Juez para ejecutar las pruebas de oficio sin que esto implique violación al principio dispositivo?

ANÁLISIS

Por principio general la carga de la prueba corresponde a la parte que alega un hecho o derecho, y por el principio dispositivo, el juzgador ha de fallar en base a la prueba legalmente actuada en el proceso; por excepción, podrá disponer prueba de oficio, justificando su decisión.

Conforme lo previsto en las disposiciones anotadas, la prueba de oficio es de naturaleza excepcional; lo cual significa, que por regla general son las partes quienes han de solicitar la práctica de distintos medios probatorios, orientados a demostrar los hechos.

Por otra parte, la ley establece una condición para que la o el juzgador ordene pruebas de oficio, expresando los motivos que le sirven de fundamento; cuestión, que de acuerdo a la ley procesal está vinculado a la comprobación de los hechos materia de la litis. Exigencia que deviene también del deber-derecho de motivación de las decisiones del poder público que establece la Constitución de la República (Art. 76.7.l)

CONCLUSIÓN

En tal perspectiva, la facultad de la o el juzgador no es completa, ni absoluta; esto significa que, eventualmente, un juez no podría disponer de oficio la práctica de todas las pruebas, pues es indispensable que las partes hayan desarrollado cierta actividad probatoria, estimándose necesaria la oficiosidad de la o el juzgador como medio para acceder a la verdad y garantizar la justicia.

2. Poder y ratificación de gestiones

CONSULTA

¿Según el artículo 333 del Código Orgánico de la Función Judicial, referente a los abogados que pueden ofrecer poder y ratificación de gestiones, existe un óbice con el artículo 576 del Código de Trabajo?

ANÁLISIS

Si bien, el Código Orgánico de la Función Judicial establece, dentro de la regulación de presentación de escritos, que los abogados y abogadas pueden concurrir a los actos procesales ofreciendo poder o ratificación para legitimar su personería, no así a las audiencias en materia laboral tratándose de un procedimiento oral, pues uno de los principios que sustentan dicho procedimiento conforme el Art. 75 de la Constitución de la República es el de intermediación, por tanto a las audiencias laborales deben concurrir las partes con sus abogados.

CONCLUSIÓN

Ahora bien, el Código Orgánico General de Procesos en su Art. 86, dispone la obligatoriedad de concurrir las partes a las audiencias en forma personal con su abogado defensor o su abogado/a con procuración especial.

La ratificación de la intervención solo es posible en los casos en que no se exige la presencia personal de las partes o mediante procuración.

3. Patrocinio de abogado en materia laboral

CONSULTA

¿En el inciso segundo del artículo 327 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que todo proceso judicial intervendrá un abogado en patrocinio de las partes, pero en el artículo 574 del Código de Trabajo contradice la normativa?

ANÁLISIS

El art. 574 del Código del Trabajo está derogado (Disposición Derogatoria Octava del COGEP), por tanto no cabe la posibilidad de la

demanda verbal. La presentación de la demanda se regula por las normas de los Arts. 142, 143 y 144 del COGEP.

CONCLUSIÓN

La demanda debe contener la firma de un abogado patrocinador, excepto en el caso de los juicios monitorios por un valor menor a tres salarios básicos unificados, en materia laboral, para reclamar pago de remuneraciones pendientes. Art. 357 del COGEP.

4. Porcentaje de servicios como parte de la remuneración

CONSULTA

¿Cabe considerar el 10% de servicios dentro de la remuneración en los casos de restaurantes?

ANÁLISIS

Se deben tomar en cuenta dos normas aplicables a esta consulta:

Art. 81.- CÓDIGO DE TRABAJO.- Estipulación de sueldos y salarios.- Los sueldos y los salarios se estipularán libremente, pero en ningún caso podrán ser inferiores a los mínimos legales, de conformidad con lo prescrito en el Art. 117 de este Código.

Se entiende por salario básico la retribución económica mínima que debe recibir una persona por su trabajo de parte de su empleador, el cual forma parte de la remuneración y no incluye aquellos ingresos en dinero, especie o en servicio, que perciba por razón de trabajos extraordinarios y complementarios, comisiones, participación en beneficios, los fondos de reserva, el porcentaje legal de utilidades, viáticos o subsidios ocasionales, las remuneraciones adicionales, ni ninguna otra retribución que tenga carácter normal o convencional y todos aquellos que determine la Ley.

El monto del salario básico será determinado por el Consejo Nacional del Trabajo y Salarios, o por el Ministerio de Trabajo en caso de no existir acuerdo en el referido Consejo.

Art. 95.- CÓDIGO DE TRABAJO.- **Art. 95.- Sueldo o salario y retribución accesoria.**- Para el pago de indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, se entiende como remuneración todo lo que el trabajador reciba en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que percibiére por trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios, el aporte individual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando lo asume el empleador, o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio. Se exceptúan el porcentaje legal de utilidades el pago mensual del fondo de reserva, los viáticos o subsidios ocasionales, la decimotercera y decimocuarta remuneraciones, la compensación económica para el salario digno, componentes salariales en proceso de incorporación a las remuneraciones, y el beneficio que representan los servicios de orden social.

CONCLUSIÓN

En caso de indemnización por despido intempestivo se debe incluir estos ingresos, ocasionados por servicios que son habituales y permanentes, lo que incluye el 10% por servicios en el caso de hoteles y restaurantes. En tales casos este ingreso forma parte de la remuneración.

5. Liquidación en empresas públicas

CONSULTA

¿Cuál norma se debería aplicar cuando las Empresas Públicas liquidan a sus trabajadores con los techos establecidos en el Mandato 4, y otras de acuerdo a disposiciones internas?

ANÁLISIS

La Ley Orgánica de Empresas Públicas contempla dos posibilidades: En el Art. 23 regula el caso del retiro voluntario estableciendo un máximo o tope de siete salarios básicos unificados del trabajador en general multiplicado por cada año de servicio; cuyo valor total no podrá ser superior 210 salarios básicos unificados del trabajador en general.

El Art. 30 en cambio regula lo relativo a la supresión de partida y despido intempestivo, norma que se remite expresamente al Mandato No. 4.

CONCLUSIÓN

Las empresas están en capacidad de reglamentar internamente el pago de estas compensaciones o indemnizaciones, pero es necesario tomar en cuenta que esa reglamentación, en ningún caso podrá superar los montos establecidos en los Mandatos Constituyentes Nos. 2 y 4. En el caso concreto de los obreros la indemnización prevista en el Código del Trabajo y de haber contratación colectiva por la que continúan amparados en su calidad de obreros, no podrá superar los topes establecidos en el Mandato Constituyente en referencia; es decir que si en la liquidación se obtiene una cantidad inferior es esa cantidad la que se ordenará pagar.

6. Procedencia de despido intempestivo

CONSULTA

¿Procede el despido intempestivo cuando el empleador manifiesta que se va a cerrar un producto de una empresa?

ANÁLISIS

Para el análisis de esta consulta es menester tomar en cuenta las siguientes disposiciones legales:

Art. 169.- CODIGO DE TRABAJO.- Causas para la terminación del contrato individual.- El contrato individual de trabajo termina: 1. Por las causas legalmente previstas en el contrato; 2. Por acuerdo de las partes; 3. Por la conclusión de la obra, período de labor o servicios objeto del contrato; 4. Por muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante, si no hubiere representante legal o sucesor que continúe la empresa o negocio; 5. Por muerte del trabajador o incapacidad permanente y total para el trabajo; 6. Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los

contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar; 7. Por voluntad del empleador en los casos del artículo 172 de este Código; 8. Por voluntad del trabajador según el artículo 173 de este Código; y, 9. Por desahucio presentado por el trabajador.

Art. 193.- CODIGO DE TRABAJO.- Caso de liquidación del negocio.- Los empleadores que fueren a liquidar definitivamente sus negocios darán aviso a los trabajadores con anticipación de un mes, y este anuncio surtirá los mismos efectos que el desahucio. Si por efecto de la liquidación de negocios, el empleador da por terminadas las relaciones laborales, deberá pagar a los trabajadores cesantes la bonificación e indemnización previstas en los artículos 185 y 188 de este Código, respectivamente, sin perjuicio de lo que las partes hubieren pactado en negociación colectiva. Si el empleador reabriere la misma empresa o negocio dentro del plazo de un año, sea directamente o por interpuesta persona, está obligado a admitir a los trabajadores que le servían, en las mismas condiciones que antes o en otras mejores.

CONCLUSIÓN

Cuando un empleador por las razones comerciales que tuviese, dejare de producir determinado producto o servicio, aquello no justifica la separación del trabajador, pues aun en caso de liquidación de la empresa, deberá indemnizarlo conforme los Arts. 185 y 188 del Código del Trabajo.- En el caso de la consulta en concreto tratándose de la supresión de comercialización de un producto bien puede el empleador asignar en la misma empresa otra actividad al trabajador.

7. Diligencias laborales en rebeldía

CONSULTA

¿La totalidad de audiencias no comparecen los accionados y en muchos casos no hay la información necesaria, por tener un trámite especial y rápido, procede efectuar la diligencia en rebeldía y por siguiente pronunciarse sin los elementos necesarios?

ANÁLISIS

De acuerdo al procedimiento previsto en el COGEP, la falta de comparecencia de la parte demandada a la audiencia única en el juicio sumario o monitorio tiene las siguientes consecuencias procesales: 1.- La audiencia continuará, lo que significa que el juzgador deberá empezar por la fase de saneamiento. 2.- El demandado pierde la oportunidad de hacer valer sus derechos como actuar pruebas, apelar de la sentencia, etc. 3.- Su ausencia se considerará para la sanción de costas procesales (Art. 286 COGEP).

Se debe diferenciar el caso en que el demandado no contesta a la demanda, pues en ese caso se deberá aplicar lo previsto en el Art. 157 del COGEP.

CONCLUSIÓN

En los juicios que se tramitan en el procedimiento oral previsto en el Art. 575 del Código del Trabajo, la no comparecencia de los accionados al tenor de la disposición del Art. 580 *ibídem* se tomará como negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y se pasará la audiencia y la no comparecencia a la audiencia definitiva ocasiona que esa parte procesal no pueda evacuar la prueba solicitada y ordenada en la audiencia preliminar. Por tanto las normas son claras al determinar las consecuencias de la no comparecencia de la parte demandada a las audiencias.-

8. Medidas cautelares con sentencia condenatoria

CONSULTA

¿La ley permite solicitar medidas cautelares aunque no exista una forma específica para conocer y proveer ese tipo de medidas?

ANÁLISIS

La posibilidad de solicitar y disponer medidas preventivas en los procesos judiciales está limitada a la cosa que se litiga o para asegurar un crédito. Los requisitos para ordenar el secuestro o la retención de bienes, exigen que se demuestre la existencia de un crédito.

En materia laboral, al ser juicios de conocimiento que generalmente pretenden el reconocimiento de un derecho para ser indemnizados, no existe un crédito como tal, sino una mera expectativa.

CONCLUSIÓN

Por esta razón no es posible ordenar medidas preventivas con la presentación a la demanda como determina la norma. No obstante el Art. 594 del Código del Trabajo que no se encuentra derogado en las Disposiciones Derogatorias del COGEP, señala la posibilidad de que se ordenen las medidas señaladas en dicha norma, cuando exista sentencia condenatoria aun cuando no esté ejecutoriada.-

9. Pruebas recogidas en la sentencia

CONSULTA

¿Es procedente, basada en principios constitucionales recoger en los fallos pruebas que cambiarían la resolución del Juez?

ANÁLISIS

Los juzgadores están en la obligación de resolver la causa de acuerdo a las pruebas legalmente actuadas en el proceso; debiendo señalar que la carga de la prueba está definida en el COGEP y corresponde a quien alega un derecho o su improcedencia. Esto se desprende de las siguientes normas

Art. 19 COJF.- Principio dispositivo: “Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.”

Art. 27 COFJ.- Verdad procesal: “Las juezas y jueces resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando se tome en cuenta para fundamentar su resolución.”

Art. 169 COGEP.- Carga de la prueba: “Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que se ha negado por la parte demandada en su contestación.

La parte demandada no está en la obligación de producir prueba sí su contestación ha sido simple y absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada: “

Por principio general la carga de la prueba obligada a la parte que alega un hecho o derecho, y por el principio dispositivo, el juzgador fallará en base a la prueba legalmente actuada en el proceso; por excepción, el juzgador podrá disponer prueba de oficio, justificando su decisión.

CONCLUSIÓN

El juzgador no puede hacer referencia o resolver en base a pruebas que no estén debidamente actuadas en la causa; y solo excepcionalmente puede disponer prueba de oficio, con la debida motivación, suspendiendo su resolución hasta que se practique esa prueba. Ahora bien si en segunda instancia se observa que existe prueba no admitida o no valorada y esta circunstancia fue materia del recurso de apelación, los juzgadores pueden considerar dichas pruebas y como consecuencia de ello, confirmar o revocar la sentencia subida en grado.

10. Cláusula expresa para transigir

CONSULTA

¿Cuándo la procuración judicial otorgada para comparecer a la audiencia preliminar no contiene cláusula expresa para transigir, es procedente que comparezca?

ANÁLISIS

En materia laboral está sujeto al procedimiento del Código Orgánico General de Procesos, Arts. 86 y 87 CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.

Art. 86.- CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.- Comparecencia a las audiencias. Las partes están obligadas a comparecer personalmente a las audiencias, excepto en las siguientes circunstancias:

1. Que concurra procurador judicial con cláusula especial o autorización para transigir.
2. Que concurra procurador común o delegado con la acreditación correspondiente, en caso de instituciones de la administración pública.
3. Cuando a petición de parte la o el juzgador haya autorizado la comparecencia a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología.

Art. 87 CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.- Efectos de la falta de comparecencia a las audiencias. En caso de inasistencia de las partes se procederá de acuerdo con los siguientes criterios:

1. Cuando quien presentó la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente, su inasistencia se entenderá como abandono.
2. Cuando la o el demandado o la o el requerido no comparece a la audiencia que corresponda, se continuará con la audiencia y se aplicará las sanciones y efectos, entendiéndose siempre que pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos. Sin embargo, en caso de retraso, se admitirá su participación, tomando la audiencia en el estado en que se encuentre.

Si la o el juzgador dispone de oficio la realización de una audiencia la proseguirá debiendo resolver lo que corresponda conforme con el objeto para el cual la convocó.

CONCLUSIÓN

No solo se requiere la procuración judicial, sino que aquella le de la facultad para transigir, por mandato expreso de la ley; sin este requisito el poder es insuficiente, y por tanto no habilita para presentarse en la audiencia a nombre de otra persona.

La fase conciliatoria es importante dentro del proceso y no es posible suprimirla o pasarla por alto.

11. Exención de condena al empleador moroso

CONSULTA

¿Es posible evitar el recargo establecido en el artículo 94 del Código de Trabajo, a través de la realización de audiencias en las inspectorías de trabajo?

ANÁLISIS

Es preciso señalar que, en la inspectoría de trabajo, se realizan trámites administrativos y no son judiciales. El Art. 94 del Código de Trabajo señala no solo la existencia de remuneraciones impagas, sino también que para su cobro hubiere sido necesaria una acción judicial, por lo que debemos entender que el triple de recargo se da solo ante instancia judicial y no ante la instancia administrativa.

CONCLUSIÓN

Ahora bien, si el empleador justifica que consignó en la Instancia administrativa el valor de remuneraciones impagas correspondientes al último trimestre de la relación laboral y que esa consignación fue notificada a la persona trabajadora, por lo que, no requería iniciar una acción judicial, estaría exento de la sanción establecida en el Art. 94 del Código del Trabajo.-

12. Posibilidad de inspección judicial en materia laboral

CONSULTA

¿En qué circunstancias y para justificar que hechos se podría aceptar la realización de la inspección judicial?

ANÁLISIS

La inspección judicial se puede realizar cuando el juzgador lo considere conveniente o necesario para la verificación o esclarecimiento de los hechos o materia del proceso.

Así por ejemplo, si la controversia versa sobre una cosa, bien inmueble, y es necesario constatar el estado de aquella, se hace necesaria la inspección judicial como es el caso de los juicios de linderos, reivindicación; cuando se refiera a la autenticidad de un instrumento público.

CONCLUSIÓN

Ahora bien en el Código de Procedimiento Civil la inspección y la exhibición de documentos tienen definiciones distintas, por tanto la exhibición procede en materia laboral. En el COGEP, se puede ordenar en los casos previstos en el Art. 229.

13. Contrato realidad

CONSULTA

¿El hecho que una persona quien realiza labores en las que emplea la fuerza física sobre la intelectual, sea considerado como trabajador independiente si en una institución pública se lo tiene como servidor público?

ANÁLISIS

Art. 326 numeral 16 de la Constitución:

En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales y demás servidores públicos, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Bajo este régimen, los servidores públicos tendrán derecho a la organización para la defensa de sus derechos, para la mejora en la prestación de servicios públicos, y a la huelga de conformidad con la Constitución y la ley. En virtud de que el Estado y la administración pública tienen la obligación de velar por el interés general, sólo habrá contratación colectiva para el sector privado.

Para aquellos casos anteriores a la enmienda constitucional, se debe aplicar el Decreto 225 promulgado en el Registro Oficial No. 123 de

4 de febrero del 2010, que reformó el Decreto Ejecutivo No. 1701 de 30 de abril del 2009, se establecieron los Parámetros de Clasificación de Servidores y Obreros, el cual dispone: “**1.1.1.1.-** Para efectos de la aplicación de lo previsto en este decreto, serán considerados como servidoras y servidores, aquellas personas que realicen actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, de conformidad a lo establecido en el número 16 del Art. 326 de la Constitución de la República, los que estarán sujetos a las leyes que regulan la administración pública; los trabajadores y trabajadoras, empleados y técnicos que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y/o de especialización industrial, en cada institución o empresa pública, serán considerados obreros regulados por el Código del Trabajo. **1.1.1.2.-** Las personas que desempeñen funciones de Jefatura al realizar actividades directivas, serán considerados como servidores, sujetos a la LOSCCA y/o a las leyes que regulan la Administración Pública. **1.1.1.4.-** Por la naturaleza de las actividades que realizan, son trabajadores sujetos al Código del Trabajo: conserjes, auxiliares de enfermería, auxiliares de servicios, telefonistas, choferes, operadores de maquinaria y equipo pesado e industrial, ayudantes de las categorías indicadas en este numeral, guardias, personal de limpieza, mensajeros, técnicos en relación a las actividades descritas en este párrafo, recaudadores de recursos económicos del sistema de transporte y otros de similar naturaleza.”-

CONCLUSIÓN

En cualquier circunstancia de una persona trabajadora en el sector público o privado deberá considerarse la realidad del trabajo desempeñado lo que en doctrina se denomina el “contrato realidad”; aun cuando el contrato o nombramiento tenga otra denominación.-.

14. Cálculo de pensiones jubilares y jubilaciones globales

CONSULTA

¿Se podría establecer vía Resolución del Pleno de la Corte Nacional una interpretación que unificare la forma en que las autoridades judiciales y administrativas realicen el cálculo de pensiones jubilares y jubilaciones globales?

ANÁLISIS

Art. 216 numeral 3 del Código del Trabajo respecto del cálculo de la jubilación patronal global, norma que dispone: *“El trabajador jubilado podrá pedir que el empleador le garantice eficazmente el pago de la pensión o, en su defecto, deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el capital necesario para que éste le jubile por su cuenta, con igual pensión que la que le corresponda pagar al empleador, o podrá pedir que el empleador le entregue directamente un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinados en la ley, a fin de que el mismo trabajador administre ese capital por su cuenta. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, el jubilado no podrá percibir por concepto de jubilación patronal una cantidad inferior al cincuenta por ciento del sueldo, salario o remuneración básica mínima unificada sectorial correspondiente al puesto que ocupaba el jubilado al momento de acogerse al beneficio, multiplicado por los años de servicio. El acuerdo de las partes deberá constar en acta suscrita ante notario o autoridad competente judicial o administrativa, con lo cual se extinguirá definitivamente la obligación del empleador.”*

Art. 3 del Acuerdo MDT-2016-009 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 732 de 13 de abril de 2016, realizando el cálculo de ese fondo teniendo en cuenta el coeficiente actualizado de renta vitalicia que se publica en la página web del Ministerio del Trabajo.

CONCLUSIÓN

Estas disposiciones contienen los elementos y parámetros necesarios para la liquidación de la jubilación patronal mensual o global, cuya liquidación debe ser practicada por el juez; por tanto no amerita ninguna resolución ni unificación de criterios hay disposiciones claras para realizar los cálculos de las pensiones mensuales y globales.

15. Apelación de providencias que aprueban liquidaciones

CONSULTA

¿Podría ser necesario presentar una iniciativa de ley sobre la apelación de providencias que aprueban liquidaciones?

ANÁLISIS

Para este análisis es suficiente citar la siguiente norma:

Art. 371 del COGEP

Inicio de la ejecución por sentencia ejecutoriada. Admitida la solicitud prevista en el artículo anterior o directamente si se trata de ejecución de sentencia ejecutoriada, la o el juzgador designará una o un perito para la liquidación de capital, intereses y costas en el término concedido para el efecto. Previamente la o el actor tendrá el término de cinco días para presentar los comprobantes de respaldo de gastos conforme con las normas de costas previstas en este Código.

Sin embargo, en los procesos laborales, las y los juzgadores y tribunales de instancia, cuando condenen a una de las partes al pago de indemnizaciones u obligaciones no satisfechas, están obligados a determinar en el fallo la cantidad que se debe pagar.

CONCLUSIÓN

La norma del artículo 371 del COGEP es clara al señalar que se liquidará en la misma sentencia determinando el valor total que se reconoce; por tanto ejecutoriada la sentencia no procede ningún recurso de aquella.

Lo único pertinente es la aclaración o ampliación, o la corrección del error de cálculo conforme el Art. 100 del COGEP.

En los procesos cuyo trámite está previsto en el Art. 575 del Código del Trabajo, no es aplicable tampoco el Art. 611 del Código del Trabajo; pues desde la vigencia de la Resolución obligatoria de la Corte Suprema de Justicia publicada en el R.O. No 138 de 1 de marzo de

1999, los Jueces de primera instancia no aprueban ninguna liquidación, la practican personalmente.- Habiendo normas claras que establecen la obligación de los juzgadores respecto a las liquidaciones que forman parte de las sentencias, no se justifica la reforma legal que se consulta.

16. Posibilidad de mediación

CONSULTA

¿Es posible que dependiendo de la cuantía el caso se remita a mediación?

ANÁLISIS

El análisis sólo requiere la revisión del Art. 294 numeral 6. del COGEP "La o el juzgador, de oficio, o a petición de parte, podrá disponer que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituido, para que se busque un acuerdo entre las partes. En caso de que las partes suscriban un acta de mediación en la que conste un acuerdo total, la o el juzgador la incorporará al proceso para darlo por concluido."

CONCLUSIÓN

Existe en el COGEP la posibilidad de que la controversia pase a un centro de mediación, ya sea por petición de alguna de las partes o por disposición del juez. En todo caso, se debe entender que aquello no depende de la cuantía, y siempre la posibilidad de mediación es voluntaria.

17. Perito liquidador de planta

CONSULTA

¿Sería en materia laboral procedente contar con un perito liquidador de planta?

ANÁLISIS

Revisemos el Art. 371 inciso segundo del COGEP referente al inicio de la ejecución por sentencia ejecutoriada.

Admitida la solicitud prevista en el artículo anterior o directamente si se trata de ejecución de sentencia ejecutoriada, la o el juzgador designará una o un perito para la liquidación de capital, intereses y costas en el término concedido para el efecto. Previamente la o el actor tendrá el término de cinco días para presentar los comprobantes de respaldo de gastos conforme con las normas de costas previstas en este Código.

Sin embargo, en los procesos laborales, las y los juzgadores y tribunales de instancia, cuando condenen a una de las partes al pago de indemnizaciones u obligaciones no satisfechas, están obligados a determinar en el fallo la cantidad que se debe pagar.

CONCLUSIÓN

No es posible contar con peritos para liquidar los rubros que se ordena pagar en materia laboral; pues en los procesos anteriores a la vigencia del COGEP se aplica la Resolución obligatoria del Pleno de la Corte Suprema de Justicia publicada en el R.O. No 138 de 1 de marzo de 1999, que dispone que es el Juez quien debe liquidar. En el COGEP el artículo 371 del COGEP es claro al señalar que se liquidará en la misma sentencia; por tanto ejecutoriada la sentencia no procede ningún recurso de aquella. Finalmente es necesario señalar que existe una calculadora de rubros laborales realizada por la Escuela Judicial en la página del Consejo de la Judicatura.-

18. Determinación del último trimestre adeudado

CONSULTA

¿En el artículo 94 no es explícito en el área de remuneraciones no pagadas del último trimestre adecuado son en relación al último trimestre de la relación laboral o de cualquier trimestre adeudado?

ANÁLISIS

El mero análisis de la ley nos da elementos suficientes para el análisis.

Art. 94 del Código del Trabajo: Condena al empleador moroso.- El empleador que no hubiere cubierto las remuneraciones que correspondan al trabajador durante la vigencia de las relaciones de trabajo, y cuando por este motivo, para su entrega, hubiere sido menester la acción judicial pertinente será, además, condenado al pago del triple del equivalente al monto total de las remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado, en beneficio del trabajador.

CONCLUSIÓN

El pago del triple de recargo corresponde exclusivamente al último trimestre del período laboral; no a todo el tiempo de la relación laboral ni al cualquier trimestre, solamente al último trimestre o fracción, cuando para su pago se hubiere requerido iniciar una acción legal.

La Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia ya se ha pronunciado sobre este tema en múltiples fallos; así mismo el Pleno de la Corte, aprobando fallos de triple reiteración dictó la Resolución No 14-2015, publicada en el R.O. No 651 de 17 de diciembre de 2015.

19. Justificación de enfermedad

CONSULTA

¿El artículo 177 del Código de Trabajo manifiesta que es obligación del Trabajador enfermo comunicar su enfermedad en el término de 3 días al empleador y a la Inspectoría del Trabajo si no se cumple con el plazo, se debe o no aceptar fuera de termino la justificación considerando que es verdad el motivo por el cual no acudió al lugar del trabajo?

ANÁLISIS

Art. 177.- Obligación del trabajador de comunicar su enfermedad.- El trabajador que adoleciere de enfermedad no profesional deberá comunicar este particular, por escrito, al empleador y a la inspección

del trabajo respectiva, dentro de los tres primeros días de la enfermedad. Si no cumpliere esta obligación se presumirá que no existe la enfermedad.

Al tenor de esta disposición legal se puede presumir la no existencia de la enfermedad sí no se comunica en los tres primeros días.

CONCLUSIÓN

Se trata de una presunción legal la contemplada en el artículo 177 del Código del Trabajo que admite prueba en contrario, a diferencia de las presunciones en derecho.

La persona trabajadora puede demostrar que por fuerza mayor estuvo impedida de cumplir con esa notificación, y en ese caso, la valoración queda a criterio del Juez/a.

20. Exoneración para artesanos

CONSULTA

¿ En los artículos 101 y 115 del Código de Trabajo en la exoneración del pago de gratificaciones y utilidades, los maestros y artesanos calificados por la Junta Nacional de Defensa del Artesano, por las normas antes mencionadas no están en obligación de cancelar a sus operarios y aprendices los beneficios de ley ya que en el artículo 25 de la Ley de Fomento Artesanal dice que los artesanos amparados por esta ley no están sujetos a las obligaciones impuestas del empleador por el Código de Trabajo?

ANÁLISIS

Es necesario referirse a tres cuerpos legales distintos para poder dilucidar esta consulta:

Art. 115 Código del Trabajo: Exclusión de operarios y aprendices.- Quedan excluidos de las gratificaciones a las que se refiere este párrafo, los operarios y aprendices de artesanos.

Ley de Fomento Artesanal. Los artesanos amparados por esta Ley no están sujetos a las obligaciones impuestas a los empleadores por el Código del Trabajo. Sin embargo, estarán sometidos con respecto a sus operarios, a las disposiciones sobre salarios mínimos determinados para el sector artesanal dentro del régimen salarial dictado para el efecto, así como el pago de las indemnizaciones legales por despido intempestivo.

Ley de Defensa del Artesano Art. 16.- Los artesanos amparados por esta Ley no están sujetos a las obligaciones impuestas a los patronos en general por la actual legislación.

Sin embargo, los artesanos jefes de taller están sometidos con respecto a sus operarios, a las disposiciones sobre el salario mínimo y a pagar las indemnizaciones legales en los casos de despido intempestivo.

También gozarán los operarios del derecho de vacaciones y jornada máxima de trabajo de conformidad con el Código del Trabajo.

Con los fondos determinados en esta Ley y con los fondos que en lo sucesivo se asignarán, se atenderá por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a las indemnizaciones de accidentes de trabajo y a los otros derechos de los operarios.

CONCLUSIÓN

De acuerdo a estas normas, los artesanos no están en la obligación de pagar a sus aprendices y operarios los beneficios establecidos en la ley; pero en estos casos se debe tener muy en cuenta si efectivamente el trabajador realizaba labores de aprendiz u operario; así por ejemplo si es un trabajador administrativo, no está dentro de esta clasificación.

21. Despido a mujer embarazada y contrato a plazo fijo

CONSULTA

¿En el doble trámite a seguirse en el caso de despido a la mujer embarazada, es factible derogar las disposiciones concernientes al contrato de trabajo a plazo fijo en la audiencia única oral?

ANÁLISIS

El artículo 332 del COGEP ha previsto que se tramitarán en procedimiento sumario “Las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, con la reducción de plazos previstos en el Código del Trabajo sobre el despido ineficaz.”

CONCLUSIÓN

El procedimiento previsto en la ley para las controversias en caso de despido intempestivo de la mujer embarazada está previsto en la ley, y es un solo trámite.

El contrato a plazo fijo está expresamente derogado por la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo de la Mujer en el Hogar.

22. Responsabilidad solidaria de los municipios

CONSULTA

¿Los Municipios tienen responsabilidad solidaria cuando se presenta las demandas en contra de empresas públicas metropolitanas y solidariamente al municipio?

ANÁLISIS

Los gobiernos regionales autónomos, como los municipios, para el ejercicio de sus competencias, podrán crear, mediante ordenanza, empresas públicas municipales.

Estas empresas son autónomas en su gestión financiera, económica y administrativa; por tanto las decisiones y responsabilidades respecto de sus trabajadores son de exclusiva competencia de sus órganos de gobierno y administración.

CONCLUSIÓN

El municipio, organismo al que pertenece la empresa, no es solidariamente responsable de las obligaciones de las empresas públicas

municipales con respecto de sus trabajadores, porque no se configura el caso de solidaridad prevista en el Art. 36 del Código del Trabajo.

23. Responsabilidad solidaria de miembros del directorio de empresas públicas

CONSULTA

¿Según el artículo 36 del Código del Trabajo establece responsabilidad solidaria de las personas que ejercen cargos de dirección o administración; es necesario inferir que no es el Municipio que lo hace, sino los personeros del Municipio que se constituyen en Miembros Natos del cuerpo colegiado que en ese momento actúan en calidad de miembros del directorio de la empresa pública?

ANÁLISIS

Las empresas públicas tienen órganos que se encargan de la dirección de la política de la empresa, como son los Directorios a los que les corresponde dictar las políticas generales (Art. 9 LOEP).

La gestión administrativa empresarial corresponde en cambio al Gerente General de la Empresa, entre otras atribuciones la dirección de los asuntos relativos al talento humano; que es de su responsabilidad.

CONCLUSIÓN

Por tanto, los miembros del Directorio responden dentro de la esfera de su competencia, por sus decisiones, que comprende la dirección de la política económica, financiera u operativa de la empresas, es decir, dictan políticas, pero no les corresponde administrar asunto relativos al manejo de recursos humanos, que es de responsabilidad del Gerente. Así, por ejemplo, no es de competencia del Directorio el despedir a un trabajador y los miembros de ese Directorio no serían solidariamente responsables en tales casos.

24. Acumulación de acciones

CONSULTA

¿Es posible determinar en el momento procesal la acumulación de acciones, cuando ambas causas se encuentran la una para audiencia preliminar y la otra para audiencia definitiva, y que habiendo mérito para la acumulación en el Segundo proceso, deba acumularse en aquella y por tanto tenga que volver hacerse otra audiencia definitiva o en su defecto otra preliminar?

ANÁLISIS

El nuevo Código Orgánico General de Procesos deja aclarada esta inquietud:

Art. 16 COGEP: Casos. La o el juzgador, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar la acumulación de procesos, hasta en la audiencia preliminar, en los siguientes casos (...)

CONCLUSIÓN

Esta pregunta se refiere al anterior procedimiento oral, debiendo aplicarse el Art. 604 del Código del Trabajo; por tanto el supuesto planteado en la consulta no existe. En el COGEP la acumulación está regulada por el Art. 21, que establece que en materia laboral podrán acumularse las causas a los procesos concursales solo con sentencia ejecutoriada.-

25. Horas suplementarias

CONSULTA

¿En el caso de que las horas suplementarias se detecten y se pruebe que el actor ha laborado más del tiempo establecido en el artículo 55 del Código del trabajo, como se debería proceder la orden de pago por tales horas, debería ser por el número de horas establecidas en la ley o por el número de horas efectivas laboradas?

ANÁLISIS

EL Art. 55 del Código del Trabajo admite la posibilidad de que se pueda laborar más de la jornada diaria de ocho horas, estableciendo como requisito que se cuente con la autorización del inspector del trabajo, hecho que en la práctica no se cumple, pero además establece un límite de cuatro horas diarias y doce en la semana.

Sin embargo, si de hecho se ha excedido ese límite, y se prueba el haber laborado más de cuatro horas suplementarias en un día, se debe reconocer todas las horas suplementarias realmente laboradas por el trabajador al tenor de la disposición del Art. 66.17; pues nadie puede ser obligado a realizar un trabajo gratuito; así como en aplicación de los principios del Art. 326.2 de la Constitución; 4 y 5 del Código del Trabajo, pues el empleador no podría ilegalmente beneficiarse del tiempo de trabajo del trabajador aun excediendo ese límite.

CONCLUSIÓN

Se deben reconocer todas las horas suplementarias realmente laboradas por el trabajador más aun sí se ha sobrepasado el límite de cuatro horas diarias y doce en la semana

26. Discriminación por período de vacaciones

CONSULTA

¿Se podría considerar que la normativa laboral ecuatoriana violenta el principio constitucional de igualdad según el artículo 69 del Código de Trabajo ya que existe inconformidad entre los días de vacaciones que tienen los servidores públicos y los trabajadores, causándoles a estos últimos perjuicios?

ANÁLISIS

En materia laboral respecto de las vacaciones rige la norma del Art. 69 del Código del Trabajo o de la contratación colectiva que puede mejorar este derecho.

Existen diferencias entre las vacaciones anuales de los servidores públicos y de los trabajadores privados o del Estado.

CONCLUSIÓN

No obstante lo dicho, los juzgadores están en la obligación de aplicar la norma, pero si la consideran discriminatoria y que atenta a garantía constituciones, puede elevar a consulta de la Corte Constitucional conforme el Art. 428 de la Constitución.

Cualquier cambio requiere de una reforma legal.

27. Condición de gestación o maternidad

CONSULTA

¿Se pueden realizar aclaratorias con respecto del término “ condición de gestación o maternidad” y aplicación de las indemnizaciones, voluntariedad de “ reintegro inmediato”?

ANÁLISIS

La condición de gestación se refiere a la protección de la mujer trabajadora durante el período del embarazo, desde el inicio de la gestación hasta el parto.

En tanto que la maternidad, involucra el período de 90 días de permiso de maternidad posteriores al parto; pero también se incluye el tiempo del permiso de lactancia por un año desde el parto.

CONCLUSIÓN

En consecuencia, la protección de la mujer, no solo se refiere al embarazo, sino incluso durante el permiso de maternidad y de lactancia, por estar asociados.

En cuanto a la posibilidad de elegir entre el reintegro al puesto de trabajo o el pago de indemnizaciones adicionales, tal elección corresponde a la actora, que deberá expresarla desde la demanda.

28. Citación en materia laboral

CONSULTA

¿Respecto a la citación en materia laboral es importante regular los cinco días, con la comparecencia de las partes accionadas en el proceso?

ANÁLISIS

Las controversias en materia laboral se rigen por el proceso sumario del COGEP; Art. 333. La demanda se contestará en quince días, después de la citación; contestada la demanda se convocará a audiencia única, en un término máximo de treinta días.

CONCLUSIÓN

Respecto de la citación, en general no existe un plazo para practicarla, salvo el caso del despido ineficaz previsto en el Art. 195.2 de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento Trabajo en el Hogar, en el que se tiene el plazo de 24 horas para practicar la citación.

29. Citación personal

CONSULTA

¿Cuándo se ordena una citación en persona de 24 horas al empleador y no se lo puede citar esto quedaría en un mero enunciado?

ANÁLISIS

Debe entenderse que la citación ha de ser practicada en 24 horas luego de calificada la demanda y remitido el proceso a la Sala de Citaciones de la Corte Provincial. Es el citador quien tiene ese plazo para practicar la citación; sin embargo de poder efectuarse la citación en persona, se deberá realizar por tres boletas (Art. 55 del COGEP) o en cualquiera de las otras formas previstas en ese Código.

CONCLUSIÓN

En tales casos la citación es válida, y no existe vulneración a lo que ordena la norma de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento Trabajo en el Hogar, en cuanto a la celeridad en la práctica de esta diligencia.

30. Plazo de la audiencia en el despido ineficaz

CONSULTA

¿Cuándo la audiencia tiene que llevarse a cabo en un plazo de 48 horas y si no se llega a un acuerdo se dicta sentencia y existen peticiones que impliquen más tiempo, entonces la duda sería donde está el término exacto concedido para dictar sentencia?

ANÁLISIS

Las acciones de despido ineficaz se debe tramitar en juicio sumario con la reducción de plazos establecida en el Código del Trabajo, lo cual implica que el demandado tendrá 48 horas para contestar la demanda; pero además en ese mismo plazo el juzgador deberá convocar a la audiencia única.

CONCLUSIÓN

Por tanto, dentro de las 48 horas contadas a partir de la citación, el demandado debe contestar la demanda pero también el juez señalar la audiencia única, la que se realizará según las reglas del COGEP, en dos fases, en la que se dictará la sentencia oral.

31. Condición de maternidad de la mujer

CONSULTA

¿Hasta cuándo una mujer se deslinda de su condición de maternidad?

ANÁLISIS

El análisis de esta consulta es meramente legal y se basa en las siguientes disposiciones:

Código del Trabajo:

Art. 152.- Toda mujer trabajadora tiene derecho a una licencia con remuneración de doce (12) semanas por el nacimiento de su hija o hijo; en caso de nacimientos múltiples el plazo se extiende por diez días adicionales. La ausencia al trabajo se justificará mediante

la presentación de un certificado médico otorgado por un facultativo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y, a falta de éste, por otro profesional; certificado en el que debe constar la fecha probable del parto o la fecha en que tal hecho se ha producido.

Art. 155.- Guardería infantil y lactancia.- En las empresas permanentes de trabajo que cuenten con cincuenta o más trabajadores, el empleador establecerá anexo o próximo a la empresa, o centro de trabajo, un servicio de guardería infantil para la atención de los hijos de éstos, suministrando gratuitamente atención, alimentación, local e implementos para este servicio.

Las empresas que no puedan cumplir esta obligación directamente, podrán unirse con otras empresas o contratar con terceros para prestar este servicio.

Durante los doce (12) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria. Corresponde a la Dirección Regional del Trabajo vigilar el cumplimiento de estas obligaciones y sancionar a las empresas que las incumplan.

Ley Orgánica de Justicia Laboral y Trabajo en el Hogar:

Art. 195.1.- Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.- Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con estas normas el amparo a la mujer embarazada abarca desde el momento del embarazo que debe ser notificado al empleador hasta que termina el período de la licencia por lactancia.

32. Diferencia entre la calificación de maestro de taller y los beneficios de la Ley de Fomento Artesanal

CONSULTA

¿Los artesanos calificados por el Ministerio de Industrias, Comercialización e Integración y Pesca – MIPRO, que no han obtenido el título de maestro de Taller, ni han sido calificadas como tales por la Junta Nacional de Defensa de Artesano, deben cumplir con todas las obligaciones impuestas a los empleadores por este Código, o están cobijados por las exenciones del inciso primero del artículo 32 *ibídem*?

ANÁLISIS

De acuerdo con la Ley de Defensa del Artesano la calificación de Maestro de Taller corresponde a la Junta de Defensa del Artesano, conferir esa acreditación, y por tanto se acoge a las exenciones en materia de remuneraciones con respecto a los operarios y aprendices.

Otro tema es la calificación que debe obtener el artesano para hacerse acreedor a ciertos beneficios que ofrece la Ley de Fomento Artesanal, como en el ámbito tributario por ejemplo; para ello requiere ser calificado por el Comité Interinstitucional de Fomento Artesanal del Ministerio de Industrias y Productividad.

CONCLUSIÓN

Por tanto, no se debe confundir la calificación de artesano con lo que es la aprobación de acceso a los beneficios de la Ley de Fomento Artesanal, esta última a cargo del Ministerio de Industrias y Productividad.

En el caso de un proceso judicial cuando se alegue tener derecho a las exenciones en materia de remuneraciones, el artesano o maestro de taller debe acreditar la calificación de la Junta Nacional de Defensa del Artesano, única entidad legalmente competente.



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

*Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta*



www.cortenacional.gob.ec
Av. Amazonas N37-101 y Unión Nacional de Periodistas
PBX: (02) 395-3500

ISBN: 978-9942-22-220-6



9 789942 222206