



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE COTOPAXI

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS Y HUMANÍSTICAS

CARRERA: DERECHO

TESIS DE GRADO

TEMA:

**“ACTITUDES QUE PUEDE ADOPTAR EL DEMANDADO EN EL
JUICIO CIVIL ORDINARIO EN EL ECUADOR.”**

Tesis presentada previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y
Juzgados de la República del Ecuador.

Autores:

Carrión Moreno José Eloy.

Días Dias Walter Xavier.

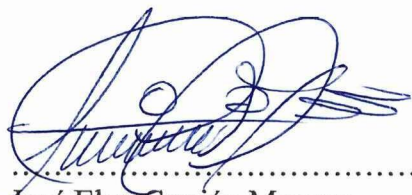
Tutor:

Lic. Rondón Valdés Jorge.

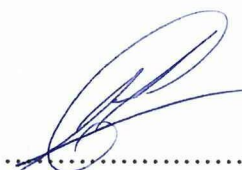
Latacunga - Ecuador
Diciembre del 2010

AUTORIA

Los criterios emitidos en el presente trabajo de investigación “Actitudes que puede Adoptar el Demandado en el Juicio Civil Ordinario en el Ecuador”, son de exclusiva responsabilidad de los autores.



.....
José Eloy Carrión Moreno
C.I. 0502222102



.....
Walter Javier Dias Dias
C.I. 0503172116

**Ministerio de Educación Superior
Universidad de Granma
Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas
Carrera de Derecho
Opinión Crítica del Tutor**

Nombre y Apellido del Tutor: **Lic. Jorge Rondón Valdés**
Categoría docente y científica: **Asistente**

Datos del Trabajo de Diploma

Título: Actitudes que puede Adoptar el Demandado en el Juicio Civil Ordinario en el Ecuador .

Diplomantes: **José Eloy Carrión Moreno**
Walter Javier Díaz Díaz

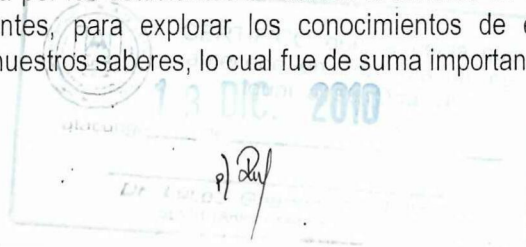
Opinión del Tutor:

1. Grado de independencia alcanzado.
2. Desarrollo de habilidades investigativas.
3. Aplicación de los conocimientos adquiridos durante la carrera en el trabajo investigativo.
4. Valor científico del trabajo de diploma.
5. Utilización de la bibliografía relacionada con el tema de investigación.
6. Dedicación al trabajo investigativo y disciplina del estudiante.
7. Criterios de calificación que se debe otorgar.

La investigación que los diplomantes han puesto a consideración de este tribunal, es resultado de largas horas de trabajo, desde que el tema fue propuesto por su tutor, comenzaron una búsqueda constante de la bibliografía que trabajara el tema en su país o en aquellos países seleccionados para realizar el estudio comparado, fue necesario además realizar un estudio minucioso del Código Civil Procesal junto a legislaciones de España y Cuba, todo lo cual se logró gracias a su independencia a la hora de trabajar.

Una vez logrado el diseño de investigación y estructura del trabajo, fue el motivo para desarrollar secciones de trabajo junto a su tutor para aclarar términos y procedimiento que durante su búsqueda parecían, lo que le permitía irse nutriendo de saberes en el ámbito procesal que más tarde le permitiría emitir opinión crítica de su norma adjetiva, todo ello bajo la correcta aplicación de los métodos y técnicas de la metodología de la investigación social.

En el desarrollo de este trabajo fue necesario saber integrar los conocimientos adquiridos en asignaturas que fueron recibidas por los estudiantes en cursos anteriores en su país, lo que obligó a su tutor, formularle interrogantes, para explorar los conocimientos de estos, espacio que era necesario para retroalimentar nuestros saberes, lo cual fue de suma importancia.



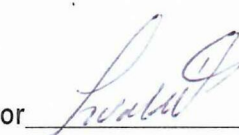
Esta investigación no encuentra antecedente inmediato en el Ecuador, lo cual se ha corroborado por las búsquedas continuas hechas en la Internet y bibliografía que a su disposición tuvieron de su País, lo que los convierte en pioneros en el estudio del tema y referentes obligados para aquellos que en lo adelante se dediquen al tema, se convierte además en una bibliografía para las asignaturas de derechos civiles y los procesos en el Ecuador.

La bibliografía que al final del informe de la investigación se relaciona denota que para la misma fue utilizada la más actualizada que sobre el tema existe en Cuba y países que fueron objeto de análisis, por lo que denota un alto nivel de actualización sobre el tema investigado.

Durante el desarrollo de la investigación los estudiante fueron dedicados al trabajo investigativo, disciplinados y perseverante en cada momento que encontraban algún obstáculo. Lo académico unió a dos seres terriblemente especiales, capaces de convencer al más renuente, todo por su nobleza, sinceridad y respeto, en mi no solo han lograron un colega, sino, un amigo.

En resumen la obra que se pone a su consideración tal vez le falte brillo, para ser perfecta, pues todo aquello donde se tratan temas relacionados con el derecho, que analizan categorías y principios, pero también normas que nunca son suficientemente flexibles para adaptarse a la inmensa y fluida variedad de los hechos, impone cada día más investigaciones y dedicación. Lo anterior sirve para indicarle al tribunal que le premie, a los estudiantes, con la calificación de **5 PUNTOS**.

Firma del tutor



Fecha

30/4/2010



**Ministerio de Educación Superior
Universidad de Granma
Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas
Opinión Crítica del Tutor**

Opinión crítica del Oponente

Nombre y apellidos del Oponente: MsC. Daysi Sablón Madrigal

Categoría docente y científica: Máster en Ciencias y Asistente

Fiscalía General de la república, Provincia Granma

Datos del Trabajo de Diploma.

Título: Actitudes que puede Adoptar el demandado en el Juicio Civil Ordinario en el Ecuador.

Diplomante: **José Eloy Carrión Moreno**
Walter Javier Díaz Díaz

Análisis Crítico del Trabajo

1. Correspondencia del contenido con el tema.

Los diplomantes presentan hoy día una investigación que guarda estrecha relación el tema seleccionado y el contenido del trabajo, que hoy muy gentilmente nos presenta, el cuál inicia con una aproximación a la teoría general del proceso civil para luego adentrarse, en la cognitio judicial más importante, regulada por nuestra ley adjetiva en el Ecuador, el juicio ordinario, y exponer los diferentes actitudes que puede adoptar el demandado contra el proceso que se enviste contra éste.

2. actualidad del tema y la pertinencia de la metodología de la investigación utilizada.

Hoy día son pocas las legislaciones procesales que le permiten al demandado disponer de excepciones que combatan las irregularidades de tipo procesal, antes de contestar la demanda, las que bien se denominan dilatorias, ya que la existencia del principio de economía procesal ha sustituido éstas, por excepciones procesales, que se presentan y resuelven al finalizar el proceso, por ello es meritorio disponer de una investigación donde ellas saltan a la vista como actitudes del demandado en el Juicio Civil Ordinario del Ecuador y además se analizan otras de las distintas actitudes que pueden ser adoptadas, para lo cual se aprecia además una adecuada utilización de los métodos y técnicas de la metodología de la investigación social.

3. Calidad del texto científico valor crítico y originalidad del trabajo.

El trabajo estuvo estructurado correctamente en capítulos y epígrafes los que a su vez se subdividieron en subepígrafes, la diplomante pone en nuestras manos hoy día una investigación de mucha utilidad para los operadores jurídicos, pues le permite llegar a comprender aun más las actitudes que pueden ser adoptadas por el demandado en el Juicio Civil Ordinario del Ecuador, cada autor citado por los autores le sirvió para desarrollar y sustentar sus criterio que muy razonados ha emitidos respecto al tema de investigación, lo cual le impregna originalidad, respecto a otros trabajos que pueden haberse desarrollado entorno al tema.



4. Argumentación sobre los aportes del trabajo en los planos teóricos y prácticos.

El trabajo tiene gran utilidad en el departamento para ser utilizado como material bibliográfico en las asignaturas Teoría del Proceso, Derecho Procesal Civil además de ser objeto de discusión y análisis en el capítulo de derecho civil y familia, para socializar la presente investigación con los juristas del territorio.

5. Analisis de la plenitud y pertinencia de la bibliografía.

Se utilizó la bibliografía más actualizada que respecto al tema de investigación ha sido publicada, tanto en soporte digital como impreso.

6. Argumentación sobre las insuficiencias del trabajo y/o puntos de vistas discrepantes del oponente.

No existen a señalar tales .

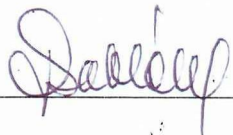
7. Cumplimiento de la Instrucción 1/2009

Se cumplió

8. Criterios acerca de la calificación que se debe otorgar.

Por todo lo anterior solicito se le conceda una calificación de 5 puntos.

Firma del oponente



Fecha:

30/6/2010



Ministerio de Educación Superior
 Universidad de Granma
 Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas

ACTA DE DEFENSA DEL TRABAJO DE DIPLOMA

A los 30 días del mes de junio de 2010 se reúne el Tribunal de la carrera de derecho constituido por:

Presidente: Lic. Alexander Acosta Pérez.

Secretario (a): Lic. Jorge Martínez Cumbres.

Vocal: Lic. Ildemar Saiz Ayuda.

Para evaluar a los estudiantes: José Elay Carrion Moreno.
Walter Daniel Díaz Díaz

Que concurre a la defensa del Trabajo de Diploma titulado:

Actitudes que puede adoptar el Demandado en el Juicio Civil Ordinario en el Ecuador.

Actuando como Tutor: Lic. Jorge Rondón Valdés

Y como oponente: Msc. Dayni Sablon Madrigal

Del análisis realizado el tribunal emite las siguientes conclusiones:

ASPECTO A EVALUAR	EVALUACIÓN
1. Calidad del Trabajo.	5
2. Capacidad creadora, originalidad, e independencia en el desarrollo del trabajo.	5
3. Calidad de la Exposición durante la defensa, respuestas a las preguntas y dominio del tema.	5

Después de tomar en consideración los aspectos a evaluar, las opiniones del Tutor y del oponente, así como las respuestas a las preguntas formuladas, se le otorga la calificación de 5 puntos.

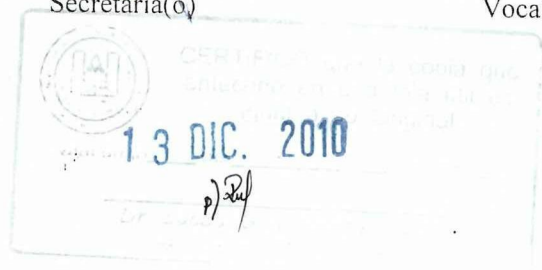
Entendemos que el estudiante X — la capacidad para ejercer su
 (tiene) (no tiene)
 carrera como graduado.

Y para constancia, se expide la presente acta, en Peralejo, a los 30 días del mes de junio de 2010.

[Signature]
 Presidente

[Signature]
 Secretaria(o)

[Signature]
 Vocal



Agradecimientos

A relaciones internacionales que tienen nuestros países, que obrando como hermanos, han colaborado para que nuestro anhelo se haga realidad.

A la Unidad Académica de Ciencias Administrativas y Humanísticas de la Universidad Técnica de Cotopaxi.

A la Carrera de Derecho de la Universidad de Granma.

A Dios que permitió tener y conocer a las personas correctas, para que nuestros sueños se hagan realidad.

Al Lic. Jorge Rondón Valdés.

A la MsC. Daysi Sablón Madrigal.

Mil gracias.

Dedicatoria

Este trabajo lo dedico a Dios, a mis padres, a mis hermanos, a mi abnegada esposa, a mis familiares y mi tutor, porque todos en conjunto fueron los inspiradores y mi fuerza para llegar a este punto tan importante de mi vida, que es obtener el Título de tercer nivel como Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, que me va permitir buscar la justicia tan anhelada por todos. (José Carrión)

A quienes constituyen mi soporte cotidiano, como son mis padres que han sido un ejemplo de lucha, dedicación, a mis hermanas que con sus palabras han sido el incentivo para continuar con mis estudios, a mis abuelitos, tíos, tías y primos, que de una u otra manera contribuyeron para que este sueño se haga realidad, a pesar de las adversidades encontradas en el camino, es por eso, que hago suyo este éxito y como tal lo disfruten. (Walter J Días)

TEMA: “Actitudes que puede Adoptar el Demandado en el Juicio Civil Ordinario en el Ecuador”

Autores: José Eloy Carrión Moreno
Walter Javier Dias Dias

RESUMEN

A esa contienda jurídica civil, donde pugnan los intereses de partes e incluye una serie de etapas sucesivas bajo el conocimiento, dirección y resolución del Órgano Jurisdiccional es a lo que llamamos *proceso civil*, que desde sus primeros tiempos determinó que los procesalistas, desarrollaran categorías, inherentes a éste, con significados que son utilizados indistintamente en la actualidad, pero en modo alguno contradice su esencia, es por ello que se hace necesario analizar los aspectos teórico-doctrinales del Proceso Civil Ecuatoriano, a partir de las diferentes actitudes que puede adoptar el demandado dentro de éste. Y como objetivos específicos: Caracterizar las actitudes que puede adoptar el demandado en el Proceso Civil a partir de los diferentes criterios teóricos doctrinales; e identificar las diferentes actitudes que puede adoptar el demandado en el Juicio Civil Ordinario del Ecuador. Por lo que el trabajo se ha estructurado en dos capítulos, en el primero se realiza una construcción teórica de las categorías proceso, procedimiento, naturaleza del proceso así como algunos principios sobre los cuales debe sustentarse este, para luego exponer las principales posiciones doctrinales, respecto a las actitudes del demandado en el proceso civil. Y un segundo donde se particulariza cada una de las posibles actitudes que puede adoptar el demandado en el Juicio Civil Ordinario del Ecuador, para luego arribar a conclusiones y recomendaciones. Para el logro de los objetivos propuestos se utilizaron los métodos de la metodología de investigación social, el histórico lógico, el comparado, el exegético, el análisis y síntesis y como técnica de investigación la revisión bibliográfica.

Summary

Theme: attitudes that the accused can take at the ordinary civil trial in Ecuador

Authors: Jose Eloy Carrion Moreno

Walter Javier Dias Dias

Tutor: Lic. Jorge Rondón Valdés

To that judiciary civil strife in which concerns are dealt by the sides and it includes a series of successive stages under the knowledge, management and resolution of the justice department is what is called civil process, which in the first time, determines that the people involved, developed categories related to such issue, with meanings that are used in different ways nowadays. But in some way, it contradicts the essence, that is why that it is necessary to analyze the theoretical and doctrinal aspects of the civil process in Ecuador. Form the different attitudes that the accused can adopt in this process. And as specific objectives: to characterize the attitudes that the accused can adopt in the civil process from different theoretical and doctrinal criteria; and to identify the different attitudes that the accused can take at the ordinary civil trial of Ecuador. That is the reason that this work is structured into two chapters; the first chapter deals with a theoretical construction of the categories of the process, procedure, nature of the process as well as some principles on which this work is sustained, then to expose the main doctrinal positions, the respect to the attitudes of the accused in the civil process. And on the second chapter, the accused of the ordinary civil trial, then the conclusions and recommendations are posted. To achieve the goals proposed in this work, the methods of social investigation were used, the logical-historical, the compared, the exegetic method, the analysis and synthesis, and as investigation technique, the bibliographic revision.

Índice

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I: CONSTRUCCIÓN TEÓRICA Y DOCTRINAL DE LAS ACTITUDES QUE PUEDE ADOPTAR EL DEMANDADO EN EL PROCESO CIVIL.....	5
1.1 PRINCIPALES POSICIONES DOCTRINALES RESPECTO A LAS ACTITUDES DEL DEMANDADO EN EL PROCESO CIVIL.....	5
1.2 ACTITUDES DEL DEMANDADO EN EL PROCESO CIVIL. DESDE UNA VISIÓN TEÓRICA-DOCTRINAL.....	11
CAPÍTULO II: POSICIONES QUE PUEDE ADOPTAR EL DEMANDADO EN EL JUICIO ORDINARIO DEL PROCESO CIVIL ECUATORIANO.....	23
2.1 INCOMPARECENCIA.....	23
2.2 DEFENSA EN CUANTO A LA FORMA.....	24
2.2.1 EXCEPCIONES DILATORIAS Y EXCEPCIONES PERENTORIAS.....	27
2.3 ACTUACIÓN REFERIDA AL FONDO.....	37
2.4 RECONVENCIÓN.....	51
CONCLUSIONES.....	56
RECOMENDACIONES.....	58
BIBLIOGRAFÍA.....	59

Introducción

El proceso civil conserva todavía, especialmente en las naciones latinas, los caracteres generales del proceso romano, pero puede señalarse la influencia del proceso germano, iniciada con la invasión de los bárbaros en la península hispánica, sobre todo a partir del Fuero Juzgo.

En el proceso romano, cuya estructura ya conocemos se desarrollaba una actividad del estado por un funcionario que aquel nombraba y cuya misión era declarar el derecho; la intervención del pueblo estaba reducida al juez que el magistrado designaba para que en calidad de jurado, juzgase los hechos y resolviese la causa con arreglo a las instrucciones que aquel previamente le había impartido. De allí los caracteres del proceso: era una institución de derecho privado, en la que el juez desarrollaba una actividad intelectual, por que decidía la controversia de acuerdo con su convicción; por eso la prueba constituía una carga, desde que estaba destinada a formar esa convicción y debía entonces recaer sobre los hechos particulares que las partes invocaban. Como consecuencia, la sentencia obligaba tan solo a los que habían sido parte del litigio.

El proceso Germano, en cambio tenía una estructura y un objeto muy distintos. Era un medio de pacificación social; la solución dependía no del convencimiento del juez, sino de ciertas formalidades en las que el pueblo veía una expresión de la divinidad. Objeto de la prueba no eran los hechos particulares sino las afirmaciones de las partes y los medios de prueba no estaban dirigidos a formar la convicción del juez, sino a buscar una manifestación de la voluntad suprema, como emanación de la divinidad, y por eso no constituían una carga sino un beneficio.

Quien resistía la prueba del fuego era inocente, porque la divinidad recibía las fuerzas necesarias para sobreponerse a los sufrimientos. La misión del juez se limitaba a declarar a quien correspondía la prueba, y por eso la primera parte del proceso terminaba con una sentencia, llamada interlocutria, en la que se hacía esa

declaración. La sentencia definitiva se pronunciaba por la asamblea, después de producida la prueba, y obligaba no solo a los litigantes sino a todos los que habían asistido a ella por que era la verdad absoluta revelada al pueblo por la divinidad.

Aunque en el periodo del renacimiento el derecho romano adquirió nuevamente preponderancia, no se volvió al proceso romano puro, sino que se infiltraron numerosas instituciones germanas. Los principios fundamentales sobre la prueba y la sentencia continuaron siendo romanos.

El vigente sistema procesal civil ecuatoriano es excesivamente ritualista; la falta de sistematización por instituciones hace que el actual Código adjetivo no constituya una herramienta adecuada ni para los operadores de justicia, ni para los usuarios del servicio. La última codificación, publicada en el Registro Oficial No. 58 de 12 de julio de 2005, incorpora reformas que no han sido significativas. Hay que señalar que el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano en vigencia siguió el modelo del Código de 1938, con pocas reformas; éste a su vez transcribió, con pequeñas alteraciones, el Código de Enjuiciamiento Civil de 1878, redactado por la Corte Suprema de Justicia, que se basó en el Código dictado por la Convención Constituyente de 1869 y publicado en 1871 y sus numerosas reformas, el cual a su vez se inspiró en el código procesal peruano y en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, que hace concluir que la legislación procesal civil tiene corte decimonónico, y urge su adaptación a las nuevas corrientes legislativas, jurisprudenciales y doctrinarias.

Entre los años de 1992, 1998 y 2008 el Ecuador vivió un período de reformas constitucionales significativas, que sentaron el marco para una verdadera institucionalización del poder jurisdiccional. Naturalmente, con lo que ello significaba, se dictaron las correspondientes disposiciones transitorias por las cuales se establecieron formas y plazos para la implementación de las reformas constitucionales que necesariamente, habían de verse reflejadas en el marco legal.

La vigente Constitución del Ecuador señala en su artículo 169 que “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”. Por su parte, el artículo 168 numeral. 6: “La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”, mandato que se complementa con los principios de simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad de los trámites, y en todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley. (Artículo 168 numeral 5).

Hoy día el proceso moderno considera a la litis como un fenómeno social y reconoce en el juez el ejercicio de una función pública en la que como el legislador busca garantizar la efectividad de los principios que hacen posible la convivencia de los individuos. No es la habilidad ni mucho menos la mala fe, sino la razón jurídica la que debe determinar la sentencia para que esta sea justa y satisfaga el interés colectivo.

Nuestra jurisprudencia se inspira en los principios señalados anteriormente, por lo que va estructurando lentamente un régimen procesal que facilitara la tarea del juez; para que el juez pueda administrar justicia, es necesario que las partes, contrarias en intereses e iguales en derechos, expongan su parecer respecto al rol que cada uno debe defender en conflicto civil, es por ello que nos hemos planteado como **Problema Científico**: ¿Cuáles son las actitudes que pueden adoptar el demandado en el Juicio Civil Ordinario en el Ecuador? Como **Objetivo General de investigación**: Analizar los aspectos teórico-doctrinales del Proceso Civil Ecuatoriano, a partir de las diferentes actitudes que puede adoptar el demandado en el Juicio Civil Ordinario; y como **Objetivos Específicos**:

1. Caracterizar las actitudes que puede ocupar el demandado en el Proceso Civil a partir de los diferentes criterios teóricos doctrinales y comparados.
2. Identificar las diferentes posiciones que puede adoptar el demandado en el Proceso Civil Ecuatoriano en el juicio civil ordinario.

El trabajo se estructuró en dos capítulos, en el primero intentamos hacer una construcción Teórica y doctrinal de las posiciones que puede adoptar el demandado en el Proceso Civil. Y en el segundo, nos referimos a las actitudes que puede adoptar el demandado en el Proceso Civil Ecuatoriano en el Juicio Ordinario.

Para el desarrollo de la investigación se utilizaron los métodos de la metodología de investigación social, entre los que se encuentran, el histórico lógico, que nos permiten ver las categorías del proceso civil como un fenómeno histórico, al analizar en cada período de la historia de la humanidad las particularidades que le infieren al proceso civil, análisis y síntesis, el jurídico comparado, desentrañar de las legislaciones foráneas posibles actitudes del demandado, que puedan apalear la necesaria reforma en nuestro orden adjetivo, el exegético jurídico, ya que analizamos el Código procesal Civil Ecuatoriano (CPCE en el sentido de las posibles actitudes que puede adoptar el demandado en el **juicio ordinario**, como técnica se empleó la revisión bibliográfica, revisar la más actualizada que sobre el tema tuvimos a nuestro alcance.

Debemos destacar que en nuestro país esta investigación no tiene antecedente, pues se convierte en pionera del tema, con ella dotaremos a las asignaturas referidas al orden procesal de un material actualizado y confrontado la legislación española y autores de varias regiones latinas.

Capítulo I: Construcción Teórica y doctrinal de las actitudes que puede adoptar el demandado en el Proceso Civil.

1.1 Principales posiciones doctrinales respecto a las actitudes del demandado en el Proceso Civil.

A esa contienda jurídica civil, donde pugnan los intereses de partes e incluye una serie de etapas sucesivas bajo el conocimiento, dirección y resolución del Órgano Jurisdiccional es a lo que llamamos *proceso civil*, que desde sus primeros tiempos determinó que los procesalistas, desarrollaran categorías, inherentes a éste, con significados que son utilizados indistintamente en la actualidad, pero en modo alguno contradice sus esencia, es por ello que se hace necesario sistematizar lo planteado respecto a las actitudes que puede adoptar el demandado en el proceso civil.

1.1.1 Construcción teórica del concepto de Proceso Civil.

Llamamos proceso civil al conjunto de actos del tribunal, las partes y los terceros encaminados a investigar, conocer e informarse para luego resolver las pretensiones de tipo civil a través de un método preestablecido en la ley.

Para Couture, el proceso, en una primera acepción, es “una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión”. Pero esos actos constituyen en si mismo una unidad la simple secuencia no es proceso, sino procedimiento la idea de proceso es necesariamente teleológica.

Lo que la caracteriza es su fin; la decisión del conflicto mediante un fallo que adquiere autoridad de cosa juzgada. En ese sentido, proceso equivale a causa, pleito, litigio, juicio.

El sentido etimológico de la palabra proceso, no en su significación jurídica sino en su simple acepción literal equivale a avance, a la acción o efecto de avanzar. En

sentido propio, *cedere pro* significa el fenómeno de que una cosa ocupe el lugar o sitio de otra, es decir, una serie o sucesión de acaecimientos que modifican una determinada realidad.

Sin embargo, Carnelutti¹ define el proceso como la suma de actos que se realizan para la composición del litigio.

Según Ovalle Favela², el proceso es el conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen; y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por las partes, a través de una decisión del juzgador basada en los hechos afirmados y probados y en el derecho aplicable.

Para Montero Aroca³, actividad jurisdiccional y proceso son una misma cosa pues los jueces, cuando actúan jurisdiccionalmente lo hacen siempre a través del proceso; éste es el único medio por el que aquellos cumplen su función.

Para el profesor Grillo Longoria⁴ el proceso civil es el conjunto de actos (del tribunal y de las partes) dirigidos a la investigación y resolución de los asuntos civiles y de familia a través de un método preestablecido por la ley, a fin de proteger el ordenamiento jurídico y los derechos de los particulares.

¹ Carnelutti, Francisco. "Sistema de Derecho Procesal Civil". Impreso en los talleres gráficos de Sebastián de Amorrotu e Hijos, Avenida Córdoba 2028, Buenos Aires, Argentina. Tomo II, pp. 3 y

² Rondón Valdés, Jorge: Igualdad y Contradicción, una visión actual de estos principios. Trabajo de Diploma, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente. 2005.

³ Montero Aroca, J; con Manuel Ortells Ramos, Juan Luis Gómez Colomer. Derecho Jurisdiccional I, Parte General, Librería Bosch, Barcelona, 1989, Pág. 540.

⁴ Grillo Longoria, Carlos Rafael. Derecho Procesal Civil II. Editorial, Empresa Nacional de Producción y Servicios del MES, La Habana, 1979. p. 8.

Al analizar el concepto de Proceso Civil nos referimos a su naturaleza jurídica, en torno a la cual han emergido varias teorías que van desde aquellas que tiene un carácter privatista hasta las que tienen un alcance publicista.

- Teoría contractual pura: sostiene que el proceso civil es un verdadero contrato donde ambas partes quedan sujetas a la decisión del órgano jurisdiccional por lo que supone la existencia de una convención entre las partes.
- Teoría del cuasi contrato: sostiene, partiendo del hecho que el consentimiento de las partes no es enteramente libre puesto que el demandado acude al proceso contra su voluntad, la existencia de un cuasi contrato judicial al nacer los vínculos procesales de la voluntad unilateral de la parte actora. Ambas teorías incurrir en el mismo error al considerar como fuente de los vínculos que integran el proceso la voluntad presunta o tácita de las partes obviando de esta forma que el proceso obedece medularmente a una relación jerárquica forzosa y no a una relación voluntaria lo que se manifiesta en el hecho de que el resultado procesal se impone a las partes por la fuerza de un mandato del estado y no por la aceptación previa que alguno o algunos de los litigantes hayan hecho de éste.
- Teoría de la relación jurídica: concibe al proceso como una relación jurídica planteando el reconocimiento de una relación jurídico procesal específica independiente de la relación jurídica del derecho material que constituye su objeto. El contenido de esta teoría está basada en la existencia de derechos y deberes recíprocos de los sujetos siendo en extremo discutido si los vínculos se dan entre las partes solamente prescindiendo del tribunal, solo entre el tribunal y las partes o entre el tribunal y las partes entre sí. Ha sido objeto de crítica teniendo en cuenta que el proceso no es una relación jurídica, sino que se compone de varias relaciones, es decir no es algo estático pues se trata de una verdadera dinámica de actos, además la partes no entran una frente a otra en el proceso en calidad de deudor y acreedor como sucede normalmente en una relación jurídica porque una

parte no está obligada hacia la otra a comparecer en el proceso, ni a contestar la demanda, absolver posiciones o reconocer documentos, los litigantes sólo tienen facultades y cargas y no derechos y obligaciones.

- Teoría de la situación jurídica: concibe el proceso como un conjunto de posibilidades, ocasiones u oportunidades procesales, es decir un conjunto de situaciones jurídicas, sosteniendo que en el proceso solo existen cargas expectativas y caducidades. Debe señalarse en contra de esta teoría que obviamente no describe el proceso tal como debe ser técnicamente sino como resulta de sus deformaciones en la realidad rompiendo la unidad del proceso al concebir la existencia de situaciones jurídicas separadas, perdiéndose la visión unitaria del juicio en su integridad.

En el Ecuador el proceso se concibe el proceso como una relación jurídica procesal con independencia de la relación jurídica sustantiva que exista, con la particularidad que no se debe hablar de derechos y obligaciones, sino, de facultades y cargas que cada una de las partes ostentan, que se deduce, de la redacción del Código Procesal Ecuatoriano, queda perfeccionada desde el momento que se presenta la demanda. Además las partes no quedan en una posición de contienda, uno frente a otro, sino que existe un sujeto director y decisor, órgano jurisdiccional, capaz de intermediar entre ellos, pues a su fuero han sometido su conflicto.

De acuerdo a Carnelutti no debe confundirse proceso con procedimiento, puesto que el primero es considerado como continente y el otro como contenido; explicándose así que una combinación de procedimientos (los de primera y segunda instancia, por ejemplo) pudiera concurrir a constituir un solo proceso. Jaime Guasp señala necesario distinguir el proceso como tal del mero orden de proceder o tramitación o procedimiento en sentido estricto, de manera que el procedimiento es parte del proceso, en tanto que constituye una serie o sucesión de actos que se desarrolla en el tiempo de manera ordenada de acuerdo a las normas que lo regulan, sin que ello constituya el núcleo exclusivo, ni siquiera predominante, del concepto de proceso.

El procedimiento en su enunciación más simple es “el conjunto de formalidades a que deben someterse el Juez y las partes en la tramitación del proceso”. Tales formalidades varían según sea la clase de procedimientos de que se trate (penal, civil, administrativo, etc.) y aún dentro de un mismo tipo de proceso, podemos encontrar varios procedimientos, como sucede en el de cognición, cuyo prototipo es el llamado juicio ordinario. Efectivamente existe un procedimiento para el denominado juicio ordinario de mayor cuantía y otro para el de menor cuantía.

El proceso civil está orientado a servir a los fines de la justicia, constituyendo un método para la solución justa de los asuntos y litigios sobre derecho civil y de familia salvaguardándose de esta forma el régimen socio económico de nuestro país, coadyuvando así a la conservación del orden jurídico del estado que en este aspecto equivale a dar validez práctica a la ley lo que se manifiesta en el reconocimiento del derecho a quien lo tiene y la negación al que no lo posee, aspiración que solo se alcanza a través del descubrimiento de la verdad material en el propio proceso.

Aunque proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica, *procedere*, no significan lo mismo; pues el procedimiento es la actuación externa, o sea, el conjunto de actos que tienen lugar en la realización del proceso, mientras que al proceso son característicos la estructura y nexos que median entre actos, sujetos que lo realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan. Todo proceso se desarrolla formalmente a través de un procedimiento.

El procedimiento se compone de la serie de actuaciones o diligencias substanciadas o tramitadas según el orden y la forma prescritos en cada caso por el legislador y relacionadas entre sí por la unidad del efecto jurídico formal que puede ser el de un proceso o el de una fase de este.

Los actos que las partes y el órgano jurisdiccional han de realizar durante el curso del proceso, y a veces antes de su iniciación, hasta su fin, se hallan sometidos en cada sistema jurídico a ciertos principios, emanados en el curso de la historia, unas veces perfeccionados conforme a las exigencias del momentos histórico y

otras veces conservados en su versión original, de manera que cuando se cumplan adecuadamente estos principios, permitirá alcanzar lo que en la doctrina conocemos como justo o debido proceso.

Entre los principios en que sustenta el proceso civil ecuatoriano pueden enunciarse:

Principio dispositivo: También conocido como el principio de controversia o de justicia rogada. Este principio se caracteriza por el dominio por parte de los litigantes, una vez iniciado el proceso, de la iniciativa posterior lo que incluye la aportación y petición de pruebas, notificaciones y demás solicitudes, limitándose el órgano jurisdiccional a hacer justicia solo en la medida de la solicitud formulada por las partes debiendo limitar su decisión a las alegaciones de las mismas. El imperio de este principio trae como consecuencia que el órgano juzgador adopte una posición totalmente pasiva, subordinada a la voluntad de las partes lo que obviamente entra en contradicción con la propia esencia de la justicia y su mayor aspiración: el cabal conocimiento de la verdad material como presupuesto imprescindible para la correcta aplicación del derecho sustantivo.

De lo anterior se infiere, que el Tribunal no puede de oficio iniciar el proceso, por lo que se aplican estrictamente los principios romanos de *nemo iude sine acto re* y *ne procedat iure ex officii*. Debe señalarse que este principio no rige con carácter preponderante en el proceso civil ecuatoriano el que se manifiesta fundamentalmente en: La iniciativa del proceso la que sigue estando reservada por razones obvias a la parte interesada.

En el desistimiento y la conciliación como formas de extinción del proceso con la importante limitación de que ambas no sean contrarias al interés social o a derechos de terceros. En la disponibilidad de las pruebas: estando a disposición de las partes, la iniciativa de las pruebas corresponde a ellas. El tribunal no conoce otros hechos que los que han sido objeto de prueba por iniciativa de los litigantes.

Principio de impulso procesal de oficio: Constituye el principio fundamental que rige nuestro proceso. El imperio de este principio significa una verdadera garantía para alcanzar la verdad material en los litigios en el sentido de que le otorga al órgano de justicia amplias facultades para dirigir y encausar el debate lo que no solo produce mayor celeridad en la tramitación y solución de los asuntos sino que además fortalece la posición del tribunal como sujeto director y decisor del proceso.

Debe señalarse que existen otros principios, como son la escritura, la inmediación, la igualdad de partes y el de contradicción, los cuales van acompañar toda la tramitación del proceso.

Resulta importante señalar que la contienda civil se construye entre las partes del proceso, donde encontramos, al actor y el demandado, con la particularidad, que éste último, puede una vez que conoce de su condición, asumir actitudes, que delimitan diferentes etapas por que puede atravesar el proceso. Es por ello que se impone la necesidad de realizar un esbozo, de las principales actitudes que puede asumir el demandado en el proceso civil, según lo expuesto por la doctrina.

1.2 Actitudes del demandado en el Proceso Civil. Desde una visión teórica-doctrinal.

Por solo referimos a un segmento de la doctrina más moderna vemos como RAMOS MÉNDEZ⁵ distingue la existencia de lo que él llama "dos grandes grupos de posturas del demandado".

En el primer grupo se incluyen las posturas meramente negativas, caracterizadas por el dato de la inactividad del demandado o incluso su ausencia. Esta posición

⁵RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho Procesal Civil. Tomo 1*. Librería Bosch. Barcelona, 1986, pp. 469-518

da paso al remedio técnico-jurídico de la rebeldía, con las consecuencias que le son atribuibles, prescindiéndose de la causa motivadora de la incomparecencia.

El otro grupo a que se refiere RAMOS MÉNDEZ es el de las posturas positivas, caracterizado por una gama de posibles actuaciones que van desde aquellas de contenido mínimo, de simple comparecencia, hasta una situación extrema en que el demandado llega a convertirse a su vez en demandante.

Las posturas positivas incluyen las siguientes posiciones:

Admisión de los hechos: pueden admitirse todos o parte de los hechos, lo cual no implica necesariamente un allanamiento, pues hay ocasiones que aceptándose los hechos, se interesan consecuencias jurídicas distintas de las reclamadas por el actor.

La admisión expresa de hechos implica la sujeción del juez a lo que ha sido aceptado, relevando de toda prueba a ambas partes.

Negación de las consecuencias jurídicas: el demandado puede negar los fundamentos de derecho alegados por el actor, con independencia de la posición que haya tenido con relación a los hechos.

En virtud del principio *iura novit curia*, el derecho alegado no obliga a su probanza, ni vincula al juez con la alegación hecha, ya que el juzgador puede, por respeto al principio de congruencia, aplicar la norma que resulte más conveniente.

Alegación de hechos nuevos: es cuando el demandado introduce nuevas situaciones para fundamentar su oposición. El cúmulo elementos fácticos que puede introducir el demandado se sistematizan en tres categorías, a saber:

a). Hechos impositivos: son aquellos que impiden que la norma jurídica alegada por el actor despliegue su eficacia (v.g. frente a la existencia de un contrato, se opone la simulación de dicho contrato).

b). Hechos extintivos: son los que no impiden que se produzca el efecto pedido por el actor, pero hace desaparecer dicho efecto por la existencia de una causa posterior (v.g. la obligación existente se ha extinguido por pago o confusión).

c). Hechos excluyentes: sólo si son alegados hacen que se extinga el efecto de los hechos planteados por el actor.

La naturaleza de estos hechos exige que sean alegados y probados por el demandado; el juez no puede apreciarlos de oficio (v.g. la deuda existe, pero ha prescrito).

RAMOS MÉNDEZ sistematiza lo antes planteado, expresando que puede hablarse de "oposición a la demanda" sólo en los casos en que el demandado se limita a negar los hechos o fundamentos de derecho; hay "defensas u objeciones" cuando el demandado introduce nuevos hechos impositivos o extintivos, y puede decirse que hay "excepciones" cuando se han alegado hechos excluyentes.

Otro enfoque de este aspecto nos lo brinda CORTES⁶, para quien el demandado adopta una de las posiciones siguientes:

1. Permanecer en rebeldía o personarse y no contestar la demanda
2. Contestación; dentro de esta posición se incluyen:

a). Oposición en la forma: es la actitud del demandado que se persona y alega la falta de alguno de los presupuestos procesales.

⁶CORTES DOMÍNGUEZ, V., con V. GIMENO SENDRA y V. MORENO CATENA. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1995, pp.128-154

b). Allanamiento: es cuando el demandado se aquieta de forma total con los términos de la demanda.

c. Defensa: significa la posición del demandado que se limita a negar los hechos alegados por el actor, sin aportar nuevos hechos al debate.

d). Oposición en el fondo; el demandado introduce en el debate nuevos hechos que pueden dar lugar a una contrapretensión, estima CORTES que con esta actitud se están planteando excepciones.

Según la naturaleza de los hechos alegados será el efecto; de una parte están los hechos que extinguen el efecto planteado por el actor y que no necesitan ser alegados para que el juez se vea obligado a valorarlos (se le denomina a esta actitud como “defensiones o excepciones en sentido impropio”). De otra parte, el demandado puede plantear “excepciones en sentido propio”, que son aquellos hechos que excluyen el efecto solicitado por el actor, pero que solo pueden ser apreciados por el juez si son postulados por el demandado.

La última posición que comentaremos, a modo de presentación de las posturas doctrinales más recientes, es la del maestro MONTERO AROCA⁷, para quien hay solo un gran campo que engloba la actitud del demandado y al que llama “resistencia”. Para MONTERO el allanamiento está fuera de este análisis, al no ser contenido de la contestación, razón por la cual no la estudia entre las posibles actitudes del demandado frente a la demanda, reservando su atención para la parte dedicada a las formas de terminación del proceso, conjuntamente con la renuncia, la transacción, el desistimiento, entre otros⁸.

⁷MONTERO AROCA, J. con M. ORTELLS RAMOS; J.L.GOMEZ COLOMER y A. MONTÓN REDONDO. *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 151-177

⁸En esa misma dirección se orienta VARONA VILAR, quien identifica dos formas de terminación anormal del proceso:

- Terminación con sentencia no contradictoria: por vía del allanamiento y la renuncia.
- Terminación sin sentencia: por vía del desistimiento, la transacción y la caducidad.

La *resistencia* es entonces el universo de posiciones que adopta el demandado dentro de la cual se engloban las siguientes posturas:

1. No comparecer: es la total inactividad del demandado frente a la pretensión contra él formulada; el efecto inmediato será la declaración de rebeldía. Para MONTERO, en la declaración de rebeldía va implícita una actitud de "resistencia" por parte del demandado, razón por la cual incluye su estudio en este acápite.

2. Comparecer pero no contestar: esta actitud puede responder a dos situaciones procedimentales:

a). Personación y no contestación: el único efecto perseguible es evitar la declaración de rebeldía.

b). Personación y oposición, de modo previo, de excepciones procesales; las cuales van encaminadas a denunciar la falta de presupuestos procesales o el incumplimiento de requisitos relacionados con la validez de la relación procesal.

3. Contestar la demanda: es el acto en el que el demandado opone expresamente la verdadera resistencia, al interesar que no se dicte contra él sentencia condenatoria.

Esta última actitud puede estar matizada por alguna de las siguientes posiciones:

a). Negativas: es cuando se pide no ser condenado, pero sin consignar nuevos hechos sobre los alegados por el actor; puede estar presente en esta posición tanto una negación simple, que convierte en discutibles los hechos del actor y consecuentemente necesitados de prueba, como una admisión de los hechos

Vid. VARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*. Monografía, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p.460.

planteados pero, interesando que su apreciación produzca un efecto jurídico distinto al solicitado por la parte actora.

b). Positivas: es cuando el demandado no se limita a la simple admisión o negación de hechos, sino que hace aportaciones que pueden manifestarse de alguna de las maneras siguientes:

-Alegación de excepciones procesales: MONTERO se refiere nuevamente a las manifestaciones del demandado encaminadas a atacar la validez de la relación procesal, pero vistas como cuestiones que pueden ser alegadas al contestar la demanda y no necesariamente de manea previa. Al introducir este tema aquí, MONTERO se inscribe entre los autores que consideran que las excepciones que atacan la validez formal del proceso, pueden ser planteadas no solamente de forma previa, sino que tienen cabida también en el trámite de contestación, obligando al juez, en caso de ser apreciadas favorablemente, a dictar, al final del proceso, una sentencia meramente procesal, que absuelva de la instancia, sin entrar al fondo de lo controvertido;

-Alegación de excepciones materiales: es la exposición de hechos nuevos que tienden a desvirtuar los alegados por el actor y poder pedir la absolución.

Los hechos nuevos que sean alegados deben tener naturaleza impeditiva, extintiva o excluyente.

Las diferentes posiciones actuales de la doctrina española que hemos tratado de repasar de forma muy superficial, están sentadas, en lo esencial, en los criterios que en la primera mitad de este siglo fueron expuestos por LEO ROSEMBERG⁹ en Alemania y que el maestro PRIETO CASTRO¹⁰ desarrolló en España.

⁹ROSEMBERG, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1955, pp. 145-152. Traducción de alemán de A. RAMOS VERA.

¹⁰PRIETO CASTO, L. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Tecnos. Madrid, 1989, pp. 112-117

ROSEMBERG (*vid infra* pag.100) identificaba tres grandes campos de acción del demandado, a saber:

1. Eludir el debate; en este sentido puede:
 - a). No comparecer, provocando la declaración de rebeldía.
 - b). Allanarse, aceptando la pretensión del actor.

2. Pretender alcanzar el rechazamiento de la demanda por improcedente, señalando “defectos procesales” (excepciones dilatorias).

3. Pretender que se rechace la demanda por “infundada”; en tal sentido puede:
 - a). Discutir el fundamento de la pretensión, o,
 - b). Al mismo tiempo o de forma independiente, establecer excepciones.

Lo más trascendente del análisis de ROSEMBERG es el relativo al fundamento de la “objeción”, concebida como el establecimiento de “excepciones” y el estudio del tipo de hecho que puede franquear su apreciación; en tal sentido se entiende la excepción como aquellos hechos que están encaminados a rechazar la demanda por “infundada”.

Para entender la relación que hace ROSEMBERG entre excepción y acción, es necesario dejar sentado que para este autor la demanda es contentiva de hechos de los que deben resultar los presupuestos de la norma, en la que se fundamenta la demanda, estos son los conocidos como “hechos fundamentales”; mientras que la norma que de ellos se deriva, recibe el calificativo de “norma fundamental del derecho del demandado”.

Dejando sentado lo que son los “hechos fundamentales” y la “norma fundamental”, ROSEMBERG concibe a la excepción como la alegación de nuevos hechos de los que se derivan efectos que están contenidos en la “contranorma”, la cual paraliza

el efecto de la “norma fundamental” y hace que aparezcan consecuencias jurídicas distintas de las solicitadas por el actor.

La “contranorma” se configura por tener las mismas características que la “norma fundamental”, pero posee además uno o varios caracteres que originan el efecto contrario.

Sobre la teoría de la “contranorma fundamental” se concibe la calificación de los hechos que la originan, distinción que, con sus matices, constituye un lugar común en la doctrina moderna sobre el tema.

En correspondencia con la naturaleza de los hechos alegados por el demandado, los efectos se materializan en la apreciación de los siguientes tipos de normas:

a). Contranorma impeditiva: es aquella que impide desde el comienzo que la norma fundamental del derecho muestre su eficacia, de modo que no se produce su consecuencia jurídica. Según el Código Civil alemán, se inscriben en este grupo todas las circunstancias que en forma excepcional provocan la nulidad de un negocio jurídico.

b). Contranorma extintiva: es cuando surte efectos contrarios a los de la norma fundamentadora, después de producidas sus consecuencias, haciéndolas desaparecer. El cumplimiento de una obligación es, para ROSEMBERG, un hecho generador de un efecto extintivo.

c). Contranorma suspensiva o eliminadora: es cuando da a quien es objeto de la reclamación un derecho constitutivo, que elimina el ejercicio del derecho fundado contra él. Por la semejanza o analogía de efectos, se asimila a los hechos extintivos del derecho.

En España, PRIETO CASTRO desarrolló su teoría, y ubica las actitudes del demandado en dos grandes campos de actuación. El primero es cuando el demandado se identifica con la pretensión del actor y se allana a la demanda; actitud que es analizada por este autor cuando estudia el "objeto del proceso", para referir que en estos casos el demandado, al allanarse, no está aportando ningún "objeto" al debate que se ha entablado.

Según este autor, la segunda posible actuación del demandado se da cuando este trata de obtener lo que él llama "la absolución" y con ese propósito acude a razones conducentes a afectar el proceso, a la demanda o al fondo de lo controvertido.

Cuando las alegaciones que realiza el demandado están encaminadas a señalar la falta de requisitos de tipo formal, que afectan la válida constitución de la litis, pero que deja incólume el fondo del asunto, estamos en presencia de lo que él llama "absolución de la instancia".

Por otra parte, cuando las alegaciones del demandado están dirigidas a atacar el fondo del proceso, se presentan dos modalidades de actuación: "negación del derecho del actor" y "afirmación por el demandado de un derecho positivo frente a aquel".

Para que esta actitud tenga el efecto absolutorio pretendido por el demandado es necesario que estén presente los hechos del mundo real y que estos se subsuman en una norma jurídica de la cual se derivan derechos a favor del demandado. Cuando estos hechos existen, estamos en presencia de los denominados "hechos constitutivos" del derecho alegado.

Estos hechos, según PRIETO CASTRO, pueden tener tres modalidades:

a). Hechos extintivos o cancelatorios: es cuando se reconoce que los hechos que dan pie a la demanda existieron, pero han surgido nuevas situaciones que han hecho desaparecer el efecto de aquellos (v.g. ante la alegación de la existencia de un préstamo por parte del demandante, se alega la devolución de la suma adeudada).

b). Hechos impeditivos: con efectos parecidos a los anteriores, son hechos que derivan efectos favorables para el demandado (v.g. en el mismo supuesto del préstamo, se alega que el prestatario era menor de edad y obró sin consentimiento de sus padres, faltando la capacidad, lo que hace inválido el contrato y con ello la reclamación).

c). Hechos excluyentes: son aquellos que hacen nacer una facultad o derecho "potestativo" a favor del demandado, de naturaleza tal que sólo si los opone pueden obstruir la pretensión del actor, o sea, que aunque el juez los conozca no puede apreciarlos si no son expresamente alegados por el demandado (v.g. el transcurso del tiempo como supuesto legal de la prescripción). A estos hechos excluyentes es a los que PRIETO CASTRO llama "excepciones", en el verdadero sentido del término, y los usa para designar a los medios de ataque encaminados a denunciar aspectos formales relativos a la validez de la relación jurídica procesal.

La posición sistematizadora de PRIETO CASTRO puede sintetizarse en el siguiente esquema, que recoge todas las actitudes del demandado por él analizadas:

1. Identificación con la pretensión del actor y allanamiento a la demanda.

2. Búsqueda de la absolución; para lo cual se acude a razones que afectan al proceso, a la demanda o al fondo de ésta y a lo que llamó "defensas", que incluye las siguientes posiciones:

- a). Oposición a la demanda, negando los hechos constitutivos de la misma.
- b). Oponer objeciones, alegando hechos extintivos u obstativos.
- c). Hacer uso de los hechos excluyentes del derecho del actor, oponiendo excepciones.

Como ya expresamos, los diferentes autores españoles mencionados, no obstante partir de un mismo cuerpo legal, brindan diferentes criterios sistematizadores del universo de actuaciones del demandado, sin que exista visible antagonismo entre unos y otros puntos de vista, pues se trata de un problema esencialmente metodológico.

Lo planteado anteriormente, nos permite exponer la existencia de tres grandes grupos de actividad del demandado en el proceso; el primero, que comprende la incomparecencia, dentro de la cual se analizan las diferentes situaciones relacionadas a este "no contestar"; el otro, que encierra las posiciones positivas, referidas exclusivamente a atacar la validez de la relación jurídico procesal, en las que se combaten las formalidades del proceso y dentro de la cual se incluye la interposición de excepciones dilatorias. La última vertiente está relacionada con las actuaciones que analizan el fondo de lo controvertido, dentro de la cual se estudian, entre otros aspectos, las excepciones perentorias; un análisis particularizado se le concede al estudio de la reconvencción.

Resulta particularmente interesante destacar como los autores que reseñaremos han adoptado disímiles posiciones sistematizadoras, lo que demuestra que el tema no es algo agotado ni trabajado hasta el momento en el Ecuador.

Siguiendo la idea enunciada, el objetivo es exponer las diferentes posiciones del demandado, según la estructura que presenta el Juicio Ordinario en el Código Procesal Civil Ecuatoriano, contrastándolo con los usos del foro y analizando, adentrándonos en ciertos detalles, ese conjunto de posibilidades que se le presentan al demandado, una vez que ha sido citado y se le ha concedido el plazo

de 15 días hábiles, que establece el artículo 397 de la citada, momento a partir del cual adquiere la condición de parte en el proceso.

Capítulo II: Posiciones que puede Adoptar el Demandado en el Juicio Ordinario del Proceso Civil Ecuatoriano.

El juicio ordinario se halla reglamentado en el código de Procedimiento Civil, en los Art. 395 al 405, se tramita a través de este solo aquellos negocios que por su importancia o complejidad jurídica requieran de este procedimiento o cuando la Ley no señale un procedimiento especial para esta clase de acciones.

El juicio ordinario, está dividido en cuatro fases, alegaciones, conciliación, prueba y resolución; se caracteriza por ser declarativo o sea destinado a obtener el reconocimiento de un derecho; es extraordinario o especial desde el punto de vista de su estructura, pues difiere de los otros juicios; es un juicio concentrado porque tanto las excepciones dilatorias como las perentorias deben oponerse conjuntamente y se fallan en sentencia. Se dice que este proceso es el más amplio, pues contiene periodos procesales claramente definidos; con términos suficientemente largos que permite el ejercicio de los derechos sustantivos en la forma más eficaz, completa y posible.

La tramitación de este proceso comienza con la presentación de la demanda luego de ser calificada (revisada por el Juez), se dispone comunicar al demandado de ésta, utilizado para ello como medio de comunicación, la citación, a partir de ese momento el demandado tiene un plazo de 15 días para contestar, entendiéndose como la posibilidad que tiene este de adoptar la actitud que desee, según las posibilidades que le brindan el CPCE, las cuales analizaremos en los siguientes epígrafes.

2.1 Incomparecencia

Para el estudio de las distintas actitudes que pueden ser adoptadas por el demandado en el Juicio Ordinario, es necesario partir de la premisa, de que es a

partir del momento en que se le cita¹¹ al demandado y conoce el contenido de la demanda, lo que condiciona la existencia o constitución de la relación jurídica procesal válidamente constituida. En tal sentido, se colige que para estimar que existe la dualidad de partes en el proceso, no es necesario esperar a que el demandado se manifieste, sino que se logra mediante lo que RAMOS MÉNDEZ denomina “una presencia jurídica figurada”¹²

La incomparecencia se manifiesta cuando el demandado, por diferentes razones, no se manifiesta en el proceso, lo cual se identifica en una ausencia de presentación e implica un silencio procesal absoluto de su parte. En este caso el Art. 103 del CPCE establece que “La falta de contestación a la demanda, o de pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor, será apreciada por el juez como indicio en contra del demandado, y se considerará como negativa simple de los fundamentos de la demanda, salvo disposición contraria”.

2.2 Defensa en cuanto a la Forma

En orden a las posibilidades que el Código brinda, la primera de las posiciones positivas que el demandado puede adoptar es, precisamente, aquella que está relacionada con el cuestionamiento de los elementos que integran la relación jurídico-procesal, en su condición de presupuestos para la validez del proceso.

Se entiende que estamos en presencia de una actuación referida a la forma, cuando el demandado realiza algún acto antes de contestar la demanda y con él intenta atacar o cuestionar la efectividad de la relación jurídico-procesal, la que se considera constituida desde el momento mismo de citación de la demanda. En

¹¹Es el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda o del acto preparatorio y las providencias recaídas en esos escritos y la Notificación es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, o de otras personas o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás providencias judiciales, o se hace saber a quién debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento, expedidos por el juez.

¹²RAMOS MENDEZ, F, *op. cit.*, p. 228

este caso, el único propósito del demandado es que se paralice la litis y con ello evitar que se dicte una sentencia que entre al fondo del asunto controvertido.

Esta actuación es lo que, con mucha polémica incorporada, se denomina como excepciones dilatorias, y a las que el derecho clásico español denominó como “alongaderas” o “artículos de no contestar”¹³.

Las excepciones, en sentido general, remontan su origen a la segunda etapa del procedimiento civil romano; constituyen una adición introducida por el magistrado en la fórmula, dirigida a favorecer al demandado, de forma tal que existiendo una obligación de condena impuesta por el derecho civil, el magistrado se percatara, no obstante, que era injusto condenar, introduciendo una condicionante a la fórmula entregada al juez.

SCIALOJA nos ofrece un ejemplo que, por ser clásico, nos puede resultar ilustrativo: “yo me hago prometer 100 en estipulación con Ticio, y quedamos de acuerdo en que yo presto estos 100 y él deberá restituirlos; Ticio promete 100; pero yo no se los doy, y después lo llamo a juicio para hacerle restituir aquellos 100 que Ticio jamás ha recibido de mí. Por derecho civil está obligado, toda vez que, siendo la estipulación un contrato formal, se hace abstracción de la causa real, él ha respondido que debe 100, lo que basta para que deba esos 100, pero es inicuo que deba los 100 que había prometido en cuanto debía restituirlos después de haberlos recibido, cuando la verdad es que no los ha recibido, en este caso el magistrado incluye en la fórmula la excepción de dolo malo expresando: *con tal de que no haya dolo por parte de quien pide la restitución de lo que no dio nunca*¹⁴.

¹³ COUTURE, E. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 116.

¹⁴ SCIALOJA. V. , *op cit.* p. 168

En el derecho justineano, desaparecida la fórmula, las excepciones eran alegadas por el demandado en la *litis contestatio*, siendo en esta época en que las excepciones comenzaron a distinguirse en perentorias y dilatorias, clasificación que llegó a la modernidad.

Las dilatorias eran excepciones referidas a la constitución misma del juicio y por ello tenían un carácter prejudicial en el desenvolvimiento ulterior de la causa; debían por tanto, oponerse en el primer momento, en la primera respuesta que se daba. Se consideraba incluso que si se proponían excepciones dilatorias no había lugar a la *litis contestatio*, sino que se posponía esta para después decidir la cuestión propuesta mediante la excepción prejudicial.

Las excepciones dilatorias tuvieron y tienen la capacidad de valer por algún tiempo, su misión es dilatar, demorar la solución jurisdiccional del litigio.

Por su parte, las excepciones perentorias eran las que valían perpetuamente; adoptó el término de la expresión latina *perimere*, que significa matar, aniquilar, ya que destruían la acción y atacaban el fondo del litigio.

Hace ya varios años que algunos autores¹⁵ reservan el término excepción sólo para identificar a las dilatorias, pasando las perentorias a formar parte de las "defensas", denominándose como tal a todo medio a través del cual el demandado sostiene, o que no existe el derecho del actor, o que habiendo existido, ya se extinguió.

Para este sector de la doctrina, las excepciones son un medio por el cual el demandado, sin ir al fondo, pide al juez que rechace la demanda por motivos

¹⁵ Vid. CASASUS, J. *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo II, segunda edición, Cultural, S.A., La Habana, 1954, p. 311
FALCON, E. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Edición Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1986, p. 154

procesales, atacando no al derecho sino al procedimiento, a la validez de la instancia.

Sobre el particular no existe, ni en la doctrina ni en la legislación, una posición pacífica, lo cual hace difícil delimitar con claridad los contornos de esta institución, quedando sólo claro que las excepciones relativas a la forma, identificadas comúnmente como dilatorias, son previas a la contestación de la demanda y no van dirigidas al fondo del asunto, sino a los presupuestos procesales de la relación jurídico procesal, sin embargo en el Ecuador éstas se interponen junto a la contestación de la demanda, por lo que sería más aconsejable llamarlas Excepciones Procesales, tema que profundizaremos más adelante, cuando analicemos la clasificación de las excepciones, mientras que la defensa engloba un conjunto de posibles actitudes del demandado, dentro de las cuales la alegación de las llamadas excepciones perentorias es la forma más técnica y compleja de defenderse.

2.2 1 Excepciones dilatorias y excepciones perentorias

En nuestro derecho positivo el calificativo de dilatorio es utilizado para designar aquel ataque de tipo procesal que el demandado realiza contra la demanda a fin de denunciar la falencia en alguno de los denominados impedimentos procesales, con el objetivo de obstaculizar la prosecución del proceso y consecuentemente la entrada al conocimiento del fondo de la reclamación.

A tono con lo anterior las excepciones dilatorias deben ser resueltas en la misma antesala del proceso, de manera que la aceptación del fundamento de una de ellas pueda paralizar la continuidad de la litis, razón por la cual son resueltas por el tribunal mediante incidente y como cuestión previa a la contestación de la demanda por el demandado.

El término de dilatorio es usado erróneamente en nuestro Código Procesal por el CPCE para identificar a las excepciones procesales, lo cual se deriva de lo regulado en su utilización más importante y que se deriva de lo regulado en el artículo 99 del CPCE, está destinado a identificar, según señalamos, aquellos impedimentos procesales que valorados positivamente impiden la continuación del proceso. Utilizando una expresión que se popularizó en nuestro estudiantado a partir del uso que de ella hizo Grillo Longoria, podemos decir que son aquellas excepciones *que hieren la litis, pero no la matan*.

Por su parte la excepción perentoria es aquella destinada a combatir el fundamento de fondo de la reclamación formulada por el actor. Constituye un medio de defensa destinado a ser resuelto al final del proceso, de forma tal que si es acogida absuelve al demandado de forma permanente del objeto de la reclamación.

Podemos concluir que en nuestra Ley de procedimiento el calificativo de dilatorio (salvo casos muy contados que particularizaremos más adelante) es utilizado para identificar a excepciones típicamente procesales de tramitación previa, mientras que el calificativo de perentorio es usado para definir a las excepciones de tipo material que son propuestas al contestar la demanda y deben ser resueltas con la sentencia, destinadas a combatir el fundamento de la acción.

2.2.1 Excepciones procesales y excepciones materiales

La distinción entre procesales y materiales se inscribe dentro del concepto general que nos hablara D'Onofrio al distinguir entre *excepciones de rito* y *excepciones de mérito*. Las de rito son las que niegan la posibilidad de que se aplique la potestad jurisdiccional, mientras que las de mérito son aquellas que atacan una condición sustancial que niega o elimina el derecho del actor. En correspondencia con lo anterior el campo de esta distinción está delimitado en función de la naturaleza y del ordenamiento procesal o sustancial, de tal suerte que si la causa que se alega es de base rituarial, el fundamento hay que encontrarlo en el derecho procesal,

mientras que si lo que se alega consolida la prevalencia de un derecho del demandado por sobre el alegado por el demandante, estamos en presencia de una excepción de mérito, con base en el ordenamiento sustantivo civil.

En esa misma dirección se inscribe Ramos Méndez, para quien la distinción entre excepciones procesales y materiales tiene su fundamento en una concepción dualista de las relaciones entre derecho y proceso; a ello hay que agregar que la diferencia entre una y otra está dada por el objetivo que persiguen y no por el momento en que son propuestas por el demandado.

Las excepciones procesales son aquellas destinadas a combatir los presupuestos procesales, de forma tal que su apreciación favorable implica la imposibilidad de que el tribunal pueda entrar al conocimiento del fondo de la reclamación, dando lugar, tanto a una decisión preliminar paralizando la litis, como a lo que la doctrina ha identificado como "absolución de la instancia" y que no es otra cosa que una sentencia del órgano jurisdiccional que pone fin al proceso, pero deja expedito el derecho de la parte actora de poder entrar nuevamente sobre lo controvertido, pues no fue posible su tratamiento en el proceso en cuestión, al apreciarse la existencia de alguno de los impedimentos señalados por el demandado al excepcionar; en este caso estamos en presencia de una sentencia meramente procesal.

Bülow llamaba la atención en el sentido de que sólo los presupuestos procesales son los que proveen de materia o contenido a las excepciones procesales, de manera que estas últimas no son otra cosa que *presupuestos procesales expresados negativamente*, en forma de excepción.

En el derecho positivo español que sirvió de inspiración a nuestra actual norma, no existió una formulación exacta de las excepciones procesales, ya que no se identificaba con ese nombre en la LEC (ni la actual ni en la derogada) un medio de defensa específico en manos del demandado, no obstante la doctrina las ha

desarrollado y las ubica dentro de una de las formas de contestación a la demanda, sindicando la ausencia de determinados presupuestos o requisitos procesales. En tal sentido Montero, al analizar las distintas posiciones que puede adoptar el demandado contra la reclamación que se le ha establecido define, dentro de la contestación, lo que él llama actitudes *negativas* y *positivas*. Dentro de las negativas está tanto la negación de los hechos de la demanda como la aceptación total o parcial (queda fuera el allanamiento ya que en este caso se pide la absolución a pesar de la aceptación). Dentro de las actitudes *positivas* el propio autor ubica tanto la interposición de *excepciones procesales* como de excepciones perentorias, las que deben ser resueltas en la sentencia que ponga fin al proceso. En el caso de acogerse las primeras la sentencia sería de tipo procesal, lo que implica que el tribunal no se pronuncie sobre el fondo del litigio.

En nuestra Código Procesal Civil, como ya expresamos, no existe una mención expresa a las excepciones procesales, no obstante es la figura que realmente se regula:

En el artículo 101 Las excepciones se deducirán en la contestación a la demanda. En el segundo párrafo del artículo 398 referido a la contestación de la reconvenición se establece que: si, al tiempo de contestar a la demanda, se reconviniere al demandante, se concederá a este el término de quince días para contestar a la reconvenición. Y en el artículo 400, dispone que si las excepciones o la cuestión planteada en la reconvenición versan sobre hechos que deben justificarse, el juez señalará día y hora en los que las partes deben concurrir, con el propósito de procurar una conciliación, que da término al litigio. De donde se deduce que la contestación de la reconvenición a cargo de la parte actora se expresa que en dicho momento deberán alegarse todas las excepciones, *así dilatorias como perentorias* que deseen oponerse a la demanda reconvenicional. En este caso la CPCE no está utilizando el calificativo de *dilatorias* para identificar a las excepciones de tipo *procesal*.

Las excepciones dilatorias están referidas básicamente a los presupuestos procesales y se dirigen a denunciar la inexistencia o imperfección de alguno de ellos, con el marcado propósito de enervar la relación jurídico procesal.

En el artículo 99 del CPCE expresa: “(...) Son dilatorias las que tienden a suspender o retardar la resolución de fondo (...)” y más adelante en el artículo 100 expone que las dilatorias más comunes son:

1. Relativas al juez, como la de incompetencia

Debe exponerse respecto a este particular los tipos de competencias que pueden existir para luego analizar las formas en que se puede determinar la competencia de los jueces el Ecuador.

La competencia se presenta como un criterio judicial de distribución de los asuntos en los diferentes niveles jurisdiccionales, ya sea por el lugar jerárquico que éstos ocupen en la pirámide tribunalicia o por la ubicación territorial que tengan, en el caso de tribunales de igual nivel. En este sentido la competencia es la regla de ordenación de la función jurisdiccional, su medida de parcelación y, como potestad del Estado delegada en determinados órganos creados al efecto, es una facultad de tipo general, imposible de graduar por si misma, ya que los jueces, destinatarios de dicha facultad, no disponen de mayor o menor jurisdicción, sino de reglas competenciales que determinan los tipos de asuntos con posibilidad de conocer y resolver.

La doctrina identifica dos criterios determinantes de la competencia, uno de tipo jerárquico, condicionado por la cuantía del objeto litigioso o por la importancia cualitativa del asunto, al que se denomina *competencia objetiva*; de otra parte está la *competencia territorial*, que posibilita la distribución de los casos entre tribunales

de igual nivel, a partir de reglas vinculadas a la naturaleza específica de la pretensión deducida.¹⁶

Competencia objetiva

La competencia objetiva abarca dos criterios esenciales de repartición de los asuntos entre los distintos tribunales o juzgados, y forma parte del *quid disputatum*; uno relacionado con la naturaleza de la pretensión (*ratione materiae*) y el otro relativo a la cuantía del objeto litigioso en el caso de que la reclamación sea susceptible de cuantificar económicamente o, aún teniendo contenido económico, su valor sea inestimable o indeterminable. La causa última de esta distribución se sienta en el *valor* que el legislador le concede a determinados asuntos en detrimento de otros; valoración que está fundada en el mayor o menor interés individual y social que justifica lo denominado por Redenti como la *finura* que debe concedérsele al estudio y la decisión del caso, lo cual justifica la mayor o menor cantidad de gastos judiciales que pueden generar unos y otros niveles jurisdiccionales.

Las reglas de la competencia objetiva son de *ius cogens*, razón por la cual deben ser controladas por el propio tribunal *ex officio*, al margen de que su incumplimiento se inscriba también como una causal de excepción para ser denunciada por el

¹⁶ Existe un tercer criterio de la competencia, conocido como *competencia funcional*, determinado fundamentalmente por las situaciones que se presentan en la tramitación de un asunto, en que deben quedar establecidos en la Ley los órganos encargados de conocer de los incidentes y recursos que se puedan presentar, así como de la ejecución. Mientras el criterio objetivo define al tribunal competente para conocer de un caso en primera o única instancia, el criterio funcional es el encargado de determinar cuales son los competentes para conocer de las sucesivas incidencias que puedan presentarse en el camino en pro de una sentencia firme e incluso de su ejecución. Este criterio de competencia merece un riguroso análisis en nuestro derecho positivo en aras de impedir que lleguen al Tribunal Supremo muchos de los procesos que en la actualidad ocupan la atención de dicho órgano de justicia, para lograr una verdadera labor de unificación interpretativa en la aplicación del derecho. Prescindiremos en esta investigación de un estudio detallado de este criterio de competencia, por no estar relacionado directamente con las excepciones dilatorias en el proceso ordinario.

Hay autores que no comparten esta distinción de la competencia por entender que en última instancia los avatares que un proceso pueda tener en su tramitación en cuanto a incidentes, embargos previos, recursos, etc., están dependiendo del tribunal que originalmente conoce del asunto, por lo que a la resulta se convierte en una cuestión de competencia objetiva. *Vid. GÓMEZ COLOMER, J, con J. MONTERO AROCA Y M. ORTELLS RAMOS, Derecho Jurisdiccional, tomo I, Parte General, Librería Bosch, Barcelona, 1989, p. 313*

demandado y atacar con ello la válida constitución de la relación jurídico procesal. El carácter imperativo de las normas reguladoras de la competencia objetiva condicionan el cierre de todo espacio para que las partes puedan, dispositivamente, intervenir en la definición del órgano competente para el conocimiento y resolución del caso controvertido.

Nuestro Código Procesal establece en su artículo 2 segundo párrafo que la competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados.

De todo lo anterior se desprende que la incompetencia puede deducirse por falta razón de la cuantía, de la materia y del territorio, lo cual se deduce de los diferentes juicios que ha determinado el Código donde se aprecia que el factor determinante para encausar el juicio es el monto monetario expresado en dólares americanos y así sucesivamente establece juicios especiales para asuntos específicos, teniendo en cuenta además en muchos juicios e territorio como elemento para determinar el juez competente para conocer del asunto.

2. Relativa al actor, como la de falta de personería, por incapacidad legal o falta de poder.

Para Carnelutti la capacidad era la expresión de la *idoneidad de la persona para actuar en juicio*, inferida de sus cualidades personales, lo que obliga a que en el análisis de este presupuesto sea necesario que primero repasemos la clásica diferencia existente entre *capacidad para ser parte* y *capacidad procesal*, como atributos de dicha *idoneidad*.

La *capacidad para ser parte* es la proyección para el proceso de la capacidad jurídica civil; es lo que se conoce como aptitud para ser titular de los derechos, cargas y obligaciones que se derivan de la realidad jurídica que es el proceso, o sea, es el correlativo de la capacidad jurídica, como fenómeno más general.

En la dirección antes señalada debe diferenciarse entre las personas naturales y las jurídicas.

En el otro polo del binomio se encuentra la *capacidad procesal*, que es el equivalente a la capacidad de obrar del Derecho Civil, o sea, la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos y es vista como la posibilidad de poder realizar por sí mismo y con plena eficacia actos o negocios jurídicos; es a lo que Montero llama "capacidad para impetrar válidamente la tutela judicial.

La *capacidad procesal* de las personas jurídicas no debería ser objeto de discusión ya que son creadas para actuar y por ende deben tener la capacidad para poderlo hacer; no obstante lo anterior las personas jurídicas, para el ejercicio de sus actividades, tienen la capacidad que determinen la ley y sus estatutos o reglamentos, no puede desestimarse el caso, hipotético (*ad usum* docente), de que en la norma o disposición constitutiva que crea la persona jurídica no se le reconozca la capacidad para poder actuar ante los tribunales o ante un tipo de proceso en específico, en cuyo caso sí sería alegable la falta de *capacidad procesal*.

3. Relativa al demandado, como la de excusión u orden al modo de pedir, como la de contradicción o incompatibilidad de acciones;

Este aspecto puede identificarse con que la doctrina ha nombrado como indebida acumulación de pretensiones, lo cual debe verse en dos sentidos uno que está relacionado con requisitos subjetivos y otros que tiene un aspecto objetivo.

Los primeros están relacionados con las partes: tratándose de una acumulación objetiva de pretensiones, debe distinguirse de la meramente subjetiva, que abarca los casos de litisconsorcio.

Puede existir, no obstante, una acumulación objetivo-subjetiva en aquellos casos en que no sólo se acumulan varias pretensiones, sino que también está presente una pluralidad de individuos como actores o como demandados, lo cual está franqueado por la preceptiva del artículo 71, se puede proponer, en una misma

demanda, acciones diversas o alternativas, pero no contrarias ni incompatibles, ni que requieran necesariamente diversa sustanciación; a menos que, en este último caso, el actor pida que todas se sustancien por la vía ordinaria. También está relacionada por el juez que se competente para conocer del asunto, por la cuantía o por razón de la cuantía o del asunto.

Requisitos objetivos:

Lo cual está relacionado con la compatibilidad de las pretensiones y el procedimiento adecuado. Como se establece en el artículo 72 que no podrán demandar en un mismo libelo dos o más personas, cuando sus derechos o acciones sean diversos o tengan diverso origen y tampoco podrán ser demandadas en un mismo libelo dos o más personas por actos, contratos u obligaciones diversas o que tengan diversa causa u origen.

Otro criterio podría basarse en el enfoque de que la *naturaleza del proceso* está caracterizada por su función de conocimiento o ejecución o de otro tipo y que en consecuencia no sería posible acumular una pretensión a tramitar en proceso ordinario con una pretensión propia del proceso sucesorio o de ejecución; pero nada se opone a que podamos acumular una pretensión ordinaria con otra sumaria, ya que ambas son esencialmente de conocimiento.

Este razonamiento parece estar entorpecido en el caso de que se pretenda acumular una pretensión ordinaria, con otra igualmente de conocimiento, pero prevista para ser ventilada en un juicio de diferente tramitación, ya que a pesar de ser los procesos especiales de naturaleza cognoscitiva, tienen diseñada una tramitación muy particular en el código.

Gimeno Sendra postula, en correspondencia con el ordenamiento español ya derogado, que es posible acumular procesos ordinarios con sumarios, siempre que tengan el mismo objeto procesal, pero resulta en cambio imposible, según este autor, acumular pretensiones que deban ventilarse en procesos ordinarios

con otras previstas para procesos especiales. Se deduce entonces que sería igualmente imposible concebir la acumulación de procesos especiales entre sí, pues su naturaleza tan particular lo impediría.

4. Relativa al asunto mismo de la demanda, como la que se opone contra una petición hecha antes del plazo legal o convencional; o a la causa o al modo de sustanciarla, como cuando se pide que se acumulen los autos para no dividir la continencia de la causa, o que a ésta se dé otra sustanciación.

Esta causal está relacionada con las formalidades que debe cumplir la el escrito promocional a la hora de ser interpuesta, conforme lo establece el artículo a partir del artículo 66 donde expone que la demanda es el acto en que el demandante deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo y en el 67 define sus requisitos elementos formales, al plantear: La demanda debe ser clara y contendrá:

- 1.- La designación del juez ante quien se la propone;
- 2.- Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado;
- 3.- Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión;
- 5.- La determinación de la cuantía;
- 6.- La especificación del trámite que debe darse a la causa;
- 7.-La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor; y,
- 8.-Los demás requisitos que la ley exija para cada caso.

El otro catálogo de cuestiones que pueden ser consideradas como requisitos de la demanda son los que tienen que ver con los documentos que deben acompañarse

a la misma, entre los que se identifican dos categorías de documentos, de una parte los *procesales* y de la otra los *materiales*.

Dentro de los primeros están los encaminados a acreditar el cumplimiento de los presupuestos necesarios para la válida constitución de la relación jurídico procesal. El control de estos documentos, por estar referidos a la capacidad, el carácter, la representación, etc., tienen su fórmula propia de control jurisdiccional, ya que su no presentación implica la apreciación de la falta de personalidad recién estudiada.

Dentro de los documentos materiales se encuentran enunciados en el artículo 68 del CPCE , la demanda se debe acompañar, el poder para intervenir en el juicio, cuando se actúe por medio de apoderado; la prueba de representación del actor si se tratare de persona natural incapaz; La prueba de la representación de la persona jurídica, esta figurare como actora; los documentos y las pruebas de carácter preparatorio que se pretendiere hacer valer en el juicio y que se encontraren en poder del actor; y, los demás documentos exigidos por la ley para cada caso.

Debe señalarse que estas son las posibilidades de defensas o medios de defensa que puede emplear el demandado en el Juicio Ordinario Civil del Eduardo, que tienen como cometido atacar la forma del proceso , a pesar, de tramitarse junto a la contestación y encontrar una solución a través de la resolución judicial que pone fin al proceso –Sentencia-. Lo cual da la posibilidad de criticar el enunciado que hace el legislador al nombrarlas dilatorias, cuando en realidad son procesales, por su tramitación y fin.

2.3 Actuación referida al fondo

Cuando el demandado decide tomar participación en el proceso, pronunciándose sobre los aspectos sustanciales planteados por el actor, podemos decir que estamos en presencia de la contestación, concebida en términos procesales.

El estudio ha hecho que el término sea utilizado sólo en aquellos casos en que el demandado se opone a la pretensión, lo cual es un error, pues la contestación no implica que necesariamente exista oposición, pues incluso el allanamiento total es una forma de contestación.

La contestación es la manifestación de voluntad del demandado, correlativa al contenido sustancial de la pretensión, ya sea aceptando o negando, en todo o en parte, el contenido de la pretensión del actor.

En esa dirección, como ya expresamos anteriormente, el demandado puede: allanarse o defenderse; veamos entonces

Allanamiento a la demanda

El allanamiento, para algunos, es una manifestación de conformidad con la petición contenida en la demanda, materializándose en una declaración de voluntad en la que se expresa que la demanda está jurídicamente fundada. Cuando el demandado se allana está contestando la demanda, pero su respuesta es positiva a la pretensión de la parte actora¹⁷.

Otros lo conceptualizan como el acto del demandado en virtud del cual manifiesta su conformidad con la pretensión del actor, asumiendo la estimación de la misma, teniendo como efecto inmediato la vinculación al órgano jurisdiccional en cuanto este deberá dictar una sentencia estimatoria de la pretensión¹⁸.

Mientras otro grupo, lo ubican dentro de las conductas posibles del demandado¹⁹, y un subgrupo lo coloca en la parte dedicada al estudio de las formas de

¹⁷ CORTES DOMINGUEZ, V., *et al*, *op cit*, p. 271

¹⁸ BARONA, VILAR, S., *op cit*, p. 460

¹⁹ FERNANDEZ, M. A. *Derecho Procesal Civil II.*, con A. de la OLIVA, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1979, p. 43

terminación del proceso, junto a la renuncia, la transacción, el desistimiento, etc., criterio que se asienta en lo que ya explicamos al inicio del estudio de este trabajo, cuando expresamos que la opinión del maestro MONTERO es que el allanamiento no debe ser estudiado dentro de las posibles actitudes del demandado frente a la demanda, ya que no es, según su opinión, un acto específico de ese instante procedimental, sino que puede realizarse en cualquier momento de la instancia²⁰.

Hemos tomado partido, en correspondencia a lo preceptuado en el art. 392 CPCE el que plantea que “El demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda, en cualquier estado del juicio, antes de sentencia y el allanamiento de uno o de varios demandados, sobre una obligación común divisible, no afectará a los otros, y el proceso continuará su curso con quienes no se allanaron”. Actitud que se concibe como declaración de voluntad en virtud de la cual se formula una aceptación integral de los fundamentos de hecho y de derecho planteados en la demanda y consecuentemente una aceptación de la pretensión, en los términos que ha sido formulada por el actor, la cual debe verificarse en cualquier momento del proceso antes de dictar sentencia.

A partir de lo expuesto, merece un especial análisis la estimación del allanamiento, en orden al acatamiento que se ha producido, al aceptar el demandado los puntos contenidos en la demanda.

Es un lugar común el reconocer que la aceptación por parte del demandado de todos los puntos planteados en la demanda, obligan al juzgador a pronunciarse conforme a lo solicitado. Tal y como lo establece el CPCE en su Art. 394 que plantea “El juez aprobará el allanamiento mediante sentencia, la que causará ejecutoria”.

El problema se presenta en aquellos casos en que, a pesar de haber sido aceptados los puntos de la promoción, estos son contrarios a Derecho o provocan

²⁰ MONTERO AROCA, J. et al, *Derecho Jurisdiccional*. p. 151

un evidente perjuicio a tercero; situaciones que encuentra su solución en el Art. 393 "El allanamiento será ineficaz en los siguientes casos:

- 1.- Cuando el demandado sea incapaz;
- 2.- Cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes;
- 3.- Cuando el demandado sea el Estado o alguna de sus instituciones;
- 4.- Cuando los hechos admitidos no puedan probarse por medio de confesión;
- 5.- Cuando la sentencia deba producir efectos de cosa juzgada respecto de terceros; y,
- 6.- Cuando siendo varios los demandados, sobre obligaciones indivisibles, no provenga de todos.

En este orden encontramos en la doctrina supuestos que ilustran casos en los cuales no debe ser acogido el allanamiento por el juez; en tal sentido RAMOS MENDEZ ha elaborado un grupo de supuestos que, sin tener soporte más que en la doctrina, son ilustrativos de cómo existen casos en que por la razón del objeto litigioso, está obligado el tribunal a no someterse necesariamente al carácter dispositivo del allanamiento. De los ejemplos mencionados son ilustrativos para nuestro contexto los que se refieren a la imposibilidad de acogerse al allanamiento en los casos en que lo pedido pueda producir perjuicio para terceros o cuando se trate de prestaciones imposibles o ilícitas.²¹

En una dirección similar se manifiesta ORTELLS, para quien el allanamiento no debe ser atendible en aquellos procesos civiles en que el principio dispositivo no rige o no rige plenamente; lo considera igualmente inadmisibles cuando por el objeto del proceso, se pueda producir una infracción directa o fraudulenta de los límites generales de la autonomía privada, o sea, si se trata de un acto contrario a

²¹ RAMOS MENDEZ, F. , *op cit*, p. 512

leyes imperativas o prohibitivas, al interés o al orden público o a la moralidad o buenas costumbres o conducentes a una condena de prestación imposible²².

Defensa Simple

Hablamos de defensa simple para referirnos a aquellos casos en que el demandado pide no ser condenado, pero se limita a negar los hechos expuestos en la demanda. Esta actitud convierte en controvertidos los hechos que son fundamento de la pretensión y consecuentemente obliga al actor a probarlos ante el tribunal, pues el silencio ante el hecho planteado puede ser interpretado como una aceptación, relevando de prueba a la parte que los haya alegado²³.

Este tipo de defensa incluye también aquella posición en que no solo se niega sino que se plantean nuevos hechos, distintos de los alegados por la parte actora, estando en este caso quien los invoca en la obligación de probarlos.

Puede considerarse incluida también dentro de este tipo de defensa la posición del demandado que, negando o aceptando los hechos, niega los fundamentos de derecho que sirven de base a la demanda interpuesta. En este caso las consecuencias son distintas, pues si bien es obligación de cada partes probar los hechos que alegue, en el caso del derecho no ocurre lo mismo, en virtud del impero del principio *iura novit curia*, que condiciona al el juzgador como el que debe apreciar el derecho aplicable, sin necesidad de ninguna probanza a cargo de las partes, siendo sólo la excepción el caso del derecho extranjero

²² ORTELLS, M., *op cit*, p.294

²³ Art. 103.- La falta de contestación a la demanda, o de pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor, será apreciada por el juez como indicio en contra del demandado, y se considerará como negativa simple de los fundamentos de la demanda, salvo disposición contraria.

que se alegue, cuya vigencia debe ser debidamente probada en virtud de la exigencia que al respecto establece el artículo²⁴.

Defensa Cualificada

Hemos utilizado este término para definir las excepciones perentorias o materiales, entendidas como aquel medio de defensa de mayor complejidad, denominadas también en el Derecho Romano como excepciones perpetuas, por tener como finalidad la destrucción de la litis, a partir de la aniquilación de la acción y la obtención de efectos definitivos.

A diferencia de las excepciones dilatorias, las perentorias van dirigidas al fondo del asunto, tratando de lograr no una depuración de la relación procesal, sino la desestimación de la pretensión, obteniendo una sentencia de fondo que pueda crear estado.

La nomenclatura tradicionalmente utilizada al distinguir entre excepciones dilatorias y perentorias, es muy discutida en la doctrina, tal y como ya esbozamos con anterioridad, pues la tendencia ha sido identificar a las *excepciones dilatorias* con las *procesales*, concibiéndolas como aquellas que se formulan previo a la contestación y van encaminadas a enervar la litis; mientras que las *excepciones perentorias* se asimilan a las *materiales*, que son aquellas que se plantean al contestar la demanda y están referidas al fondo de la controversia.

²⁴ Art. 113.- Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo. El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa. El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. Impugnados en juicio una letra de cambio o un pagaré a la orden, por vía de falsedad, la prueba de ésta corresponderá a quien la hubiere alegado. Art. 114.- Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley. Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario.

FERNANDEZ²⁵ sostiene que las excepciones dilatorias son sólo aquellas de naturaleza procesal, y que son las recogidas *numerus clausus* en la Ley; mientras que pueden existir excepciones perentorias que sean también de naturaleza eminentemente procesal, pero alegables en el trámite de contestación, y que deben ser resueltas con la sentencia.

En correspondencia con esta nomenclatura utilizada, la excepción perentoria no tiene que ser necesariamente de fondo, reservándose para estas alegaciones, encaminadas a obtener la absolución de la pretensión, el término de *excepción material*.

Esta distinción es ajena al panorama ecuatoriano, donde sólo se hace una distinción entre excepciones dilatorias y perentorias, refiriéndose éstas últimas a las cuestiones de fondo. Pero ambas se alegan en el momento de la contestación de la demanda.

Como ya expresamos, cuando se establece una excepción material, sustantiva o perentoria, como también se les denomina, el demandado no niega simplemente los hechos de la demanda sino que alega nuevos hechos que forman parte del supuesto fáctico de una *contranorma*, la cual impide la producción de los efectos jurídicos atribuidos por la Ley a los hechos alegados por la parte actora, o que determinan la destrucción de ese efecto una vez producido.²⁶

Lo anteriormente expresado quiere decir que la parte actora basa los hechos alegados en la existencia de una norma jurídica determinada, a la que LEO ROSENBERG llama *norma fundamental*²⁷; cuando el demandado excepciona, está brindando los presupuestos para que sea apreciada la existencia de una

²⁵ FERNANDEZ, M.A. *op cit*, p. 55

²⁶ CORTES DOMINGUEZ, V. , *op cit*, p.145

²⁷ ROSENBERG, L. , *op cit*, pag 145

contranorma, cuya función es paralizar el efecto de la norma fundamental, y hace surgir distintas consecuencias jurídicas de ésta, con lo cual resulta infundada la demanda interpuesta.

La *contranorma* se configura por tener las mismas características que la norma fundamental, pero posee además uno o varios caracteres que originan un efecto contrario.

Este enfoque del problema está basado en la naturaleza de los hechos alegados. En correspondencia con ello se habla de *hechos impeditivos, extintivos o suspensivos*, los cuales permiten apreciar la existencia de *contranormas* de igual naturaleza, o sea, *impeditivas, extintivas o suspensivas*; todas ellas enervantes de la llamada norma fundamental y consecuentemente propiciatorias de una sentencia desestimatoria de la pretensión del actor.

Siguiendo a ROSENBERG, vemos que tienen el carácter citado los siguientes hechos:

- hechos impeditivos : son aquellos que apreciados favorablemente impiden que el derecho invocado por el actor muestre su eficacia, de modo que no se produce la consecuencia jurídica solicitada por la parte demandante. Un ejemplo de este supuesto es cuando se alega como excepción la nulidad del negocio jurídico, por falsedad o por cualquier otra causal de ineficacia. La apreciación positiva de esta excepción enerva las consecuencias que la parte actora pretendía obtener del mencionado negocio jurídico, e impide la apreciación del derecho alegado.
- hechos extintivos: PRIETO CASTRO²⁸ los denomina también hechos cancelatorios y son aquellos que apreciados favorablemente hacen

²⁸ PRIETO CASTRO, L. , *op cit*, pag. 114

producir efectos jurídicos distintos a los de la norma de derecho material alegada por el actor. En este caso, a diferencia del anterior, las consecuencias jurídicas se han producido, pero el hecho articulado como fundamento de la excepción ha hecho desaparecer el efecto pretendido, o sea, aquí se produce una extinción o desaparición de un derecho que tuvo vida, a diferencia del anterior en que se niega la existencia del derecho mismo.

Se habla, según ROSENBERG, que la contranorma alegada ha extinguido los efectos de la norma fundamental enarbolada por el actor. Ejemplo de excepción que nace de este tipo de hechos es la de *pago*, en que no se niega la existencia del hecho planteado por la parte actora y por tanto se reconoce el efecto originario de la norma alegada, pero la defensa del demandado implica una extinción o cancelación de ese derecho y por tanto su inejecución.

- hechos suspensivos: denominados también como hechos excluyentes o eliminatorios, resultan muy similares al grupo anterior, dado los efectos que produce su apreciación. Son aquellos hechos en que su estimación elimina o excluye el derecho alegado por la parte actora. PRIETO CASTRO²⁹ plantea que estos hechos tienen la peculiaridad de crear una facultad o derecho potestativo a favor del demandado, de naturaleza tal que sólo si son opuestos por éste es que obstruyen la pretensión del actor; si no son alegados por vía de excepción, no pueden ser estimados por el juez, aunque este tenga conocimiento de los mismos.³⁰

²⁹ PRIETO CASTRO, L. , *op cit*, p. 115

³⁰ Algunos autores consideran que sólo es posible utilizar el término de excepción para denominar a aquellas que nacen exclusivamente de los hechos excluyentes, no así las que se originan de hechos impeditivos o extintivos (RAMOS MENDEZ, F., *op cit*, pp. 490-495) (GOMEZ ORBANEJA, E., *et al*, *op cit*, p. 267), etc.

Esta posición está fundamentada en la consideración de que en el caso de los hechos impeditivos o extintivos, estos son apreciables por el tribunal sin necesidad de que sean alegados como excepción por la parte demandada, mientras que en el caso de los excluyentes, sólo operan si son alegados por la parte demandada, no pudiendo el juzgador apreciarlos *ipso iure*.

Esta distinción, meramente doctrinal, hace que se hable de excepciones propias e impropias, acogiendo bajo la primera denominación a las basadas en hechos excluyentes, mientras que son impropias las restantes.

Ejemplos de excepciones apoyadas en este tipo de hechos son la de *compensación, la de novación, el pacto de no pedir y la prescripción*, entre otras.

Salimos de esta clasificación puramente metodológica, sobre la que han existido diferentes variantes a través del ángulo de visión de los diversos autores y vale mencionar que nuestro Código Procesal, al referirse a las excepciones perentorias, no especifica, como lo hace en el caso de las dilatorias, cuáles son las que con este carácter pueden ser alegadas, menciona exclusivamente en el Las perentorias más comunes son: la que tiene por objeto sostener que se ha extinguido la obligación por uno de los modos expresados en el Código Civil, y la de cosa juzgada³¹.

Según lo estipulado se puede producir el absurdo de que interpuestas excepciones dilatorias, éstas sean resueltas y al contestar la demanda, se interponga la excepción de cosa juzgada como única perentoria, lo cual obligaría al tribunal, según la letra del Código.

La excepción de cosa juzgada debe ser incluida dentro de las dilatorias, y establecer tal vez un proceso garantista de comprobación de las identidades exigidas, que permita al tribunal ganar convicción sobre lo controvertido.

A continuación abordaremos, al solo efecto indicativo, algunas de las excepciones más conocidas en la práctica de nuestro foro, para que sirvan de punto de referencia en el estudio de esta institución que encuentran su base en lo establecido en el CPCE en el artículo 101 donde expone que con independencia

No obstante estas disquisiciones, la Ley reserva un tratamiento igualitario para todos los supuestos, lo que hace irrelevante esta diferenciación, por lo que sostenemos que la existencia de la posibilidad de apreciación *ex officio* de determinados supuestos de hechos por el tribunal no altera la esencia de este medio de defensa en manos del demandado.

³¹ Artículo 101

de la cosa juzgada también se puede alegar las causas de extinción de las obligaciones.

- *Cosa juzgada*: Es la más enervante de todas las excepciones pues está basada en que el asunto objeto del proceso ha sido consecuentemente valorado y fallado anteriormente por un órgano jurisdiccional, por lo que en virtud del viejo principio del *non bis in idem*, es imposible volver sobre el mismo asunto, lo cual es garantía de la seguridad jurídica que debe propiciar el Derecho.

El instituto de la Cosa Juzgada es uno de los más interesantes del Derecho Procesal y goza de un extenso desarrollo doctrinal. Nos limitaremos aquí a decir que tiene una doble proyección efectista de cosa juzgada formal y cosa juzgada material, en virtud de que la inatacabilidad de lo resuelto esté vedada sólo dentro del mismo proceso o que adquiriera también un efecto irradiador o reflejo hacia el exterior.

- *Falta de legitimación* : Para el análisis de este tema es necesario remitirse a lo explicado anteriormente cuando estudiamos la excepción dilatoria de falta de personalidad.

GOMEZ ORBANEJA ha planteado que la legitimación es una institución producida por el Derecho intermedio, ya que no tuvo manifestación alguna en el Derecho Romano, y el término está encaminado a designar aquella prueba que debe darse de la facultad o titularidad para realizar un determinado acto.³²

De la institución se hace un análisis bidireccional ; en un sentido se habla de la *legitimatio ad processum* y en el otro de la *legitimatio ad caussam*.

³² GOMEZ ORBANEJA, E. , *et al, op cit*, p. 135

La *legitimatío ad processum* es vista como un presupuesto procesal, unido a los requisitos de capacidad y representación; está dirigida a establecer un requisito especial de vinculación con el objeto del proceso, como exigencia encaminada a evitar que cualquier persona pueda poner en funcionamiento la maquinaria judicial, aspecto sobre el que ya nos referimos anteriormente.

Esta exigencia parte, al decir de RAMOS MENDEZ³³, de la existencia de una posición dualista que trata de vincular la relación procesal a lo que es objeto de la relación material, de forma tal que se evite que quien no sea parte de esta segunda o tenga algún elemento que la vincule, pueda intervenir en la tramitación procesal de un asunto.

Dicho con otras palabras, estarán legitimados y tendrán derecho a exigir una sentencia aquellos que forman parte de la relación material y también los que estén vinculados a ella de manera directa, de forma tal que se deriven derechos subjetivos a su favor, los que deducirán en el proceso sus pretensiones.

Se trata de la mencionada posición dualista que ve la existencia de dos relaciones jurídicas distintas pero interrelacionadas: una relación material, derivada directamente del vínculo de derecho subjetivo y una relación procesal, que es la que se deduce en juicio y de la cual forman parte generalmente los mismos titulares de la anterior relación; sin embargo, se presentan casos en que la parte en esta última relación no coincide con la de derecho material, siendo en estos casos específicos en que el instituto de la legitimación adquiere especial relevancia.

La conclusión de si una persona tiene la atribución de participar en el proceso no puede confundirse con la existencia del derecho mismo. Puede o no asistir el derecho a un contendiente y esto no lo deslegitima para intervenir, pero ambas

³³ RAMOS MENDEZ, F. , *op cit*, p. 265

decisiones sólo son posibles de ser apreciadas en la fase conclusiva del proceso, de ahí, el carácter perentorio de esta excepción.

La apreciación favorable por parte del tribunal de que carece de legitimación una de las partes, deriva una sentencia desfavorable para ella; se le niega el derecho subjetivo por no reunir una condición que es apriorística y que es la relativa al ligamen con el objeto de la litis, pero a pesar de su carácter de presupuesto de la existencia del derecho reclamado, es algo que sólo es posible apreciar y decidir al final de la contienda.

- *Prescripción*: Es una de las excepciones más importantes y de mayor uso en la práctica forense. Se refiere esencialmente al paso del tiempo en la relación jurídica, lo que condiciona la pérdida de derechos preexistentes en virtud de plazos especialmente regulados en la Ley para la extinción de cada tipo de derecho. Nuestro Código Civil en sus artículos 99; 492 y 487 son ejemplos de algunos plazos de prescripción de los distintos derechos, en virtud de la importancia que se le confiere a cada uno de ellos en el ordenamiento, acortando el plazo general de prescripción a cinco años, lo que resulta una disminución sustancial a los plazos que establecía la derogada legislación española.

- *Falsedad o carencia de fuerza ejecutiva del título o del acto*: Esta excepción es típica del proceso de ejecución de títulos de crédito a los cuales la Ley le confiere una fuerza ejecutiva propia. Determinar el verdadero alcance de esta excepción ha sido una prueba de fuego para la doctrina y la jurisprudencia, las que se han debatido en desentrañar si la exigencia del título está referida exclusivamente a sus condiciones extrínsecas o incluye también el contenido, así como si la falsedad alegada es la que es competente al Derecho Penal, o el término abarca también la llamada falsedad civil.

Al desaparecer del proceso ejecutivo las causales de nulidad antes citadas, se produce la incertidumbre de si considerarlas o no incluidas dentro de la falsedad comentada.

La estimación de la falsedad alegada paralizaría el proceso civil hasta tanto quede resuelto por la vía penal lo pertinente sobre el particular.

- *Pago*: Equivale al cumplimiento total de la obligación, por lo que al ser una de sus formas de extinción, exonera al demandado de la condena pretendida.
- *Compensación*: Refiere que *si dos o más personas son recíprocamente deudoras por prestaciones monetarias o de la misma especie, líquidas y exigibles, cada una de las partes puede compensar su deuda con su crédito, hasta la ascendencia del crédito menor.*
- *Pacto o promesa de no pedir*: El pacto o promesa de no pedir es muy similar a otra excepción ya en desuso que se denomina *quita*. El no pedir, al igual que la quita total, equivalen a la condonación de la deuda, a la liberación del deudor y por consiguiente extingue la obligación.
- *Novación*: La novación es, al igual que las anteriores, una forma de extinguir las obligaciones y está referida a la creación de una nueva que extingue la preexistente y por tanto enerva la solicitud de la parte actora.

2. 4 Reconvención

Si tenemos en cuenta el cometido específico que cumple la reconvención dentro del proceso, pudiéramos excluirla de este estudio, al considerar que no es una forma de oposición a la demanda propiamente dicha, sino de una mutación en cuanto a los roles del proceso, que convierte al demandado, en virtud de este proceder, en parte actora de una nueva relación jurídico- procesal, pero que se soporta en un mismo procedimiento. Se trata, como dice MONTERO AROCA, no de una actitud del demandado frente a la demanda, sino del aprovechamiento de la existencia de un procedimiento iniciado por el actor para interponer frente al mismo otra pretensión, que es posible no tenga nada que ver con la primera³⁴.

La reconvención es una ficción que la legislación ha creado con el marcado propósito de concentrar en un solo procedimiento diversas pretensiones procesales, de forma tal que el demandado pueda vaciar todas aquellas reclamaciones que tenga contra el actor, una vez que esta lo ha llevado a juicio.

La Reconvención es la inserción en el procedimiento bajo pendencia, de un nuevo proceso, con una nueva pretensión y objeto litigioso, de forma tal que bajo la sombra de un mismo procedimiento, se tramitarán y resolverán dos procesos, de naturaleza independiente y que sólo por el oportunismo del demandado, se han acumulado en una misma instancia.

La Reconvención tiene naturaleza propia, pues implica una absoluta mutación de los roles de las partes. Quiere esto decir que no constituye propiamente un medio de defensa del demandado contra la pretensión del actor, por muy calificada y contundente que pueda ser; se trata en realidad de una nueva y distinta reclamación, con objeto totalmente propio y distinto del originalmente planteado por el demandante, aunque en muchos casos puede haber conexidad entre la pretensión originaria y la que es objeto de la Reconvención.

³⁴ MONTERO AROCA, J. *et al. Derecho Jurisdiccional*, *op cit.* p. 173

La Reconvención, en el Código Procesal Civil Ecuatoriano no es definida apenas es mencionada dos artículos³⁵, sin que se brinden muchos elementos sobre el cometido y presupuestos de esta posición procesal, lo que ha sido desarrollado doctrinalmente; en tal dirección PRIETO CASTRO³⁶ menciona como requisitos de la reconvención los siguientes:

- **Subjetivos:** La reconvención sólo puede ser dirigida contra el actor, sin que se permita la entrada al proceso de nuevos sujetos en virtud de la nueva demanda que se establece.

La problemática estará dada en los casos en que por la naturaleza del objeto del nuevo asunto que se analiza, estuviéramos en presencia de un litisconsorcio pasivo necesario.

Qué pasaría si al reconvocar el demandado, convertido ahora en actor, establece una reclamación en la que el actor, ahora convertido en demandado, está unido a otras personas, dada la especial naturaleza del asunto que se ventila.

- **Objetivos:** La Ley no especifica cuál debe ser el objeto de la reconvención; del articulado se deduce como regla de competencia en el sentido de no admitir a conocimiento aquellas pretensiones que sean competencia de un tribunal superior.

³⁵ Art. 105.- En la contestación podrá el demandado reconvocar al demandante por los derechos que contra éste tuviere; pero después de tal contestación sólo podrá hacerlos valer en otro juicio. Art. 106.- Las excepciones y la reconvención se discutirán al propio tiempo y en la misma forma que la demanda, y serán resueltas en la sentencia. Art. 398.- Si, al tiempo de contestar a la demanda, se reconviniere al demandante, se concederá a este el término de quince días para contestar a la reconvención; Art. 400.- Si las excepciones o la cuestión planteada en la reconvención versan sobre hechos que deben justificarse, el juez señalará día y hora en los que las partes deben concurrir, con el propósito de procurar una conciliación, que da término al litigio.

³⁶ PRIETO CASTRO, L. , *op cit*, p. 117

Esta única exclusión en cuanto al objeto litigioso, que puede ser incluido en la reconvención, condiciona la amplitud de admisibilidad objetiva dentro de este trámite; no obstante, es necesario destacar que no pueden ser objeto de reconvención aquellas pretensiones que tengan establecidas procesos especiales de cognición.

- Formales: Es igualmente omisa el Código en cuanto a los requisitos formales de la reconvención; no obstante, al concederle el calificativo de demanda, la sitúa en las exigencias contenidas en el artículo 67 del CPCE las cuales deben ser observadas por el juez en el trámite de admisión de ésta.

La doctrina ha elaborado el criterio de estimar la existencia de dos posibles modalidades de reconvención, en correspondencia con la forma en que ésta puede aparecer expuesta en la contestación: una, que denomina *expresa* o *explícita* y otra, *implícita*. La modalidad expresa es la que hemos explicado; aquélla mediante la cual el demandado formula nueva demanda en el trámite de contestación, y debe el tribunal seguir el cauce legalmente establecido para estos casos.

Por su parte, la reconvención implícita es la que no se formula expresamente, sino que se deriva de los hechos contenidos en la propia contestación, los cuales no están dirigidos exclusivamente a enervar la pretensión del actor, sino que de ellos se derivan nuevas cuestiones controvertibles.

Sobre esta modalidad de reconvención seguimos el criterio de GOMEZ ORBANEJA³⁷, en el sentido de que sólo existe cuando está presente de forma expresa y claramente expuesta, sin que sea necesario un ejercicio intelectual del juzgador para interpretar que el demandado ha incorporado nuevos elementos que

³⁷ GOMEZ ORBANEJA. E, *op cit*, p. 282.

se apartan de la defensa clásica ya estudiada, para adoptar la forma peculiar que ahora estudiamos, que por su especial naturaleza y resultados, implica un cambio radical en el concepto de participación que hasta ese momento se mantenía.

Efectos de la Reconvención

Si las excepciones o la cuestión planteada en la reconvención versan sobre hechos que deben justificarse, el juez señalará día y hora en los que las partes deben concurrir, con el propósito de procurar una conciliación, que da término al litigio. En el día y hora señalados, si solo una de las partes hubiere concurrido, se dejará constancia, en acta, de la exposición que presente y se dará por concluida la diligencia. La falta de concurrencia de una de las partes constituirá indicio de mala fe, que se tendrá en cuenta para la condena en costas al tiempo de dictarse la sentencia. Si concurrieren ambas partes, el juez dispondrá que cada una, por su orden, deje constancia, en el acta que debe levantarse, de las exposiciones que tuviere por conveniente hacer y, principalmente, de las concesiones que ofrezca, para llegar a la conciliación. Se entenderá que tales concesiones están subordinadas siempre a la condición de ser aceptadas en la conciliación, de tal modo que no implicarán, en caso alguno, reforma de las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en la demanda y en la contestación.³⁸

De lo anterior está apoyado en el hecho de que el CPCE concibe un procedimiento para que, interpuestas excepciones dilatorias por el ahora demandado en la Reconvención, éstas puedan ser analizadas de forma previa.

Volviendo a la tramitación, es necesario destacar que el CPCE establece que el actor, ahora convertido en demandado, deberá: si, al tiempo de contestar a la demanda, se reconviniere al demandante, se concederá a este el término de quince días para contestar a la reconvención. A fin de garantizar la tramitación paralela y acumulada del proceso principal y el sobrevenido. Tramitación que se

³⁸ Artículos 400 y 401 del Código Procesal Civil Ecuatoriano.

mantiene paralela hasta la sentencia, la cual resolverá lo que ha sido objeto de ambos procesos.

La Reconvención no es una institución propia del proceso ordinario, pues en la parte general del código se sientan las bases y luego en el Juicio Ordinario se menciona especial a ella. Pudiera plantearse que lo que el legislador pretendió es, no limitar el objeto de las cuestiones a dilucidarse en la Reconvención.

Conclusiones

1. Al demandado, en Juicio Civil Ordinario del Ecuador, el Código Procesal Civil, le ofrece un grupo de medios de defensa, que una vez asumidas por éste se convierten en actitudes de éste frente a la demanda.
2. Cuando se regula en la norma adjetiva del Ecuador lo referente a la incomparecencia del demandado, no explica el tratamiento que debe dársele al demandado que ostenta ésta condición, pues solo enuncia que debe entenderse esta como una negativa simple, sin aclarar, sus efectos y posibilidad de incorporación a las sucesivas fases del Juicio.
3. El demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda, en cualquier estado del juicio, antes de sentencia, pero el allanamiento de uno de los demandados cuando exista una litis consorcio pasiva, no suspenderá los sucesivos trámites del proceso, existiendo además circunstancias fácticas descripta en la norma que de concurrir en el juicio no procede el allanamiento.
4. Existe una incorrecta enunciación de las excepciones que atacan la forma del proceso, identificándolas como dilatorias, visto que éstas se interponen o legan junto a la contestación de la demanda y serán resueltas en la sentencia, por lo que sería prudente nombrarlas excepciones procesales.
5. La existencia de excepciones diseñadas para atacar, la forma de la relación jurídica procesal, así como el contenido mismo del asunto objeto de la litis, con una misma forma de tramitar y resolver, conlleva a que se quebranten

durante su tramitación, las garantías sobre las cuales debe corporificarse el proceso civil.

6. La excepción de cosa juzgada debe ser incluida dentro de las dilatorias, y establecer tal vez un proceso garantista de comprobación de las identidades exigidas, que permita al tribunal ganar convicción sobre lo controvertido.
7. La carga de la prueba en el Juicio Ordinario encuentra división entre actor y demandado, cuando la defensa ostenta la categoría de cualificada.

Recomendaciones

A la Asamblea Nacional del Ecuador

Que someta a revisión el Código Procesal Civil y reformule los aspectos señalados en la norma adjetiva, respecto a las actitudes que puede adoptar el demandado y sus correspondientes efectos, según los análisis que se hacen en la presente investigación.

A la Universidad Técnica de Cotopaxi

Se recomienda que la presente investigación sea la base para los posteriores estudios jurídicos que se realicen en los estudios de pregrado y postgrados, por los profesionales y estudiantes de derecho en cuanto al Juicio Ordinario, sus fases y efectos.

Bibliografía

BARONA VILAR, Silvia. *Tutela civil y penal de la publicidad*. Monografía. Tirant lo blanch, Valencia, 1999

BETANCOURT, Angel C. *Nueva edición de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Cia. La Habana, 1913

CORTES DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Civil*, con Vicente GIMENO SENDRA y Victor MORENO CATENA. Tirant lo blanch, Valencia, 1995

CASTRO, Máximo, *et al. Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina*. Ediar. Soc. Anon. Editores. Buenos Aires, 1946

CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II. Editorial Reus, Madrid, 1925. Traducción de José Casais y Santaló

DE LA OLIVA, Andrés. *Derecho Procesal Civil II*. Con Miguel Angel FERNANDEZ. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1997, cuarta edición

DE LA PLAZA, Manuel. *Derecho Procesal Civil Español*, volumen I, primera edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951

DIEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, con Antonio GULLON. Tecnos, Madrid, 1994, 8va edición, 2da reimpresión

FALCON, Enrique. *Elementos de Derecho procesal Civil II*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1987

FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Civil*. Agesa, Madrid, 1980

GOMEZ ORBANEJA, Emilio. *Derecho procesal Civil*, volumen primero, con Vicente HERCE QUEMADA, Madrid, 1979

GRILLO-LONGORIA, Carlos Rafael. *Derecho Procesal Civil I*. Editorial, Empresa Nacional de Producción y Servicios del MES, La Habana, 1979

KISCH, W. *Elementos de Derecho procesal Civil*. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940. Traducción de Prieto Castro

MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III. Instituto Editorial Reos, Madrid, 1995

MATTIROLO, Luis. *Tratado de Derecho Judicial Civil*, tomo II, primera edición. Edit. Reus, Madrid, 1993. Traducción de Constantino Bernaldo de Quirós

MENDOZA DIAZ, Juan. *Actitudes del demandado en el Proceso Ordinario*. LA Habana, junio de 1999

MONTERO AROCA, Juan. *Personalidad y legitimación*. En el CD-ROM: Cuadernos de Derecho Judicial (1992-1996). Consejo General del Poder Judicial

- *La legitimación en el Proceso Civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1999
- *Derecho Jurisdiccional I*, Parte General, con Manuel ORTELL RAMOS, Juan Luis GOMEZ COLOMER y Alberto MONTON REDONDO. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, 7ma edición

NUÑEZ y NUÑEZ, Eduardo Rafael. *Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, II y III, primera edición. Jesús Montero editor, La Habana, 1937

PICAPORTE BUBILLO, Julio. *El tratamiento de los presupuestos y excepciones procedente*. En el CD-ROM: Cuadernos de Derecho Judicial (1992-1996). Consejo General del Poder Judicial

PRIETO CASTRO y FERRANDIZ, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*. Tecnos, Madrid, 1989, quinta edición

PUYOL MONTERO, Francisco Javier. *La excepción procesal de defecto legal*. En el CD-ROM: Cuadernos de Derecho Judicial (1992-1996). Consejo General del Poder Judicial

RAMOS MENDEZ, Francisco. *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Librería Bosch, Barcelona, 1986, tercera edición

ROSEMBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1955. Traducción de A. Romera Vera

ROCCO, Ugo. *Derecho Procesal Civil*. Porrúa Hnos. y Cía; México D.F., 1944, segunda edición. Traducción de Felipe de J. Tena

RUIZ-MORON RUIZ-RICO, Juan. *Falta de personalidad en el procurador del actor*. En el CR_ROM: Cuadernos de Derecho Judicial (1992-1996). Consejo General del Poder Judicial

SANCHEZ, Yanet. *Las excepciones*. Trabajo de Diploma para optar por la licenciatura en Derecho. Universidad de La Habana, 1993 (inédito)

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano*, Ediciones Jurídicas, Europa – América, Buenos Aires, 1954.

Legislación Consultada

Código Procesal Civil Ecuatoriano

Código Civil Ecuatoriano

Ley de Enjuiciamiento Civil Española

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de la República de Cuba