



## LAS EXCEPCIONES QUE VULNERAN EL DEBIDO PROCESO ESTABLECIDAS EN EL COGEP PRODUCEN INDEFENSION AL DEMANDADO

**Cristhiam Javier Reyes Realpe,**

Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Laica Vicente ROCAFUERTE de Guayaquil.

**Msc. Marco Oramas Salcedo,**

Docente de la Facultad de Derecho Universidad Laica Vicente ROCAFUERTE de Guayaquil.

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Cristhiam Javier Reyes Realpe y Marco Oramas Salcedo (2019): "Las excepciones que vulneran el debido proceso establecidas en el COGEP producen indefensión al demandado", Revista Caribeña de Ciencias Sociales (marzo 2019). En línea

<https://www.eumed.net/rev/caribe/2019/03/indefension-demandado.html>

### Resumen

A partir del año 2008, la República del Ecuador acogió una nueva Norma Constitucional en la cual se garantizan derechos – entre otros – al debido proceso, a la igualdad de condiciones y, sobre todo, garantiza el derecho a la legítima defensa en todas las etapas del proceso.

Producto de aquello, en el 2015, se promulgó una nueva Norma dentro del ámbito Procesal, dejando atrás, al hoy derogado Código de Procedimiento Civil y dando paso al nuevo Código Orgánico General de Procesos, el cual ha cambiado todo lo referente al ámbito Procesal en el país, ya que ha llegado a acelerar los plazos, contestaciones e incluso momentos procesales, con el fin de resolver los litigios; sin embargo, el Código Orgánico General de Procesos, como toda norma, tiene sus falencias, por lo que, el presente artículo científico se referirá de manera especial a lo contenido en el artículo 295, debido a que afecta directamente derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República, por cuanto, el permitir que las excepciones sean subsanadas una vez instalada la Audiencia Preliminar, a pesar de que ya se ha cumplido con lo determinado en el artículo 142, esto es haber declarado la demanda como clara, precisa y admitida a trámite, afecta de manera directa el derecho al demandado de tener una defensa plena y encontrarse en igualdad de condiciones dentro del proceso.

**Palabras Claves:** Excepciones – Defensa – Inconstitucionalidad – Justicia – Debido Proceso.

### Abstract

As from the 2008, the Republic of Ecuador embraced a new Constitution in which rights are guaranteed - among others - to due process, to equality of conditions and, above all, to guarantee the right to self-defense at all stages of the judicial process.

Product of that, in 2015, a new norm was promulgated within the procedural area, leaving behind, the now repealed Code of Civil Procedure and giving way to the new General Organic Code of Processes, which has changed everything related to the procedural field in the country, since it has reached to accelerate the terms, Statement of Defense and even procedural moments, in order to solve the litigation; However, the General Organic Code of Processes, like any rule, has its flaws, so that this scientific article will refer in a special way to what is contained

in article 295, because it directly affects fundamental rights enshrined in the Constitution of the Republic, inasmuch as allowing the exceptions to be corrected once the Preliminary Hearing is installed, despite the fact that it has already complied with the provisions of article 142, that is to have declared the claim as clear, precise and admitted to procedure, directly affects the right of the defendant to have a full defense and be on equal terms within the process.

**Sumario: 1. Introducción; 2. Las excepciones en Roma; 3. El Derecho Procesal; 4. Los Principios Procesales: 4.1. La Demanda, Contenido de la Demanda, las Excepciones Previas; 4.2. Evolución de las Excepciones en la legislación ecuatoriana; 4.3. Vulneración de la Tutela Judicial Efectiva; 4.4. Derecho a un juicio equitativo y principio de contradicción; 5. Efecto Jurídico de resolver las excepciones en base al artículo 295 numerales 2 y 3 en los distintos procesos contenidos en el COGEP; 6. Resolución De Excepciones Procedimiento Ordinario; 7. Resolución De Excepciones En El Procedimiento Sumario; 8. Resolución De Excepciones En Procedimiento Voluntario; 9. Resolución De Excepciones En Procedimiento Monitorio; 10. Metodología; 11. Formato De Encuesta Para Los Abogado; 12. Preguntas Para Las Entrevistas; 13. Resultados; 14. Recomendación; 15. Propuesta De Reforma; 16. Bibliografía.**

## **1. Introducción.**

Con la entrada en vigencia de la nueva Constitución de la República del Ecuador, esto es, en el año 2008, el país tuvo un cambio rotundo en su ordenamiento jurídico, ya que paulatinamente las normas han ido cambiando en base al espíritu constitucional que se ha implementado, respetando así los derechos fundamentales de cada ciudadano ecuatoriano. Por consiguiente, en la actualidad se promulgan normas que permitan el desarrollo de un Proceso Justo y Equitativo para ambas partes procesales, no obstante, en el presente caso, se ha podido determinar que, con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, cuando se resuelven las excepciones previas en base a lo determinado en el artículo 295, se vulneran garantías Constitucionales, como el Debido Proceso, Derecho a la Defensa y el Principio de Igualdad Procesal.

En este presente trabajo, se ha realizado una investigación acerca de esta problemática al momento de resolver las excepciones y cómo afecta al demandado en el transcurso del proceso, ya que el espíritu de las excepciones previas, siempre fue poner fin al litigio y evitar que el demandado obtenga una sentencia en su contra, al ser consideradas como el primer medio de defensa que tiene el mismo para interponer en la contestación a la Demanda.

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra” (Constitucion de la Republica del Ecuador, 2008).

En consecuencia, con esta investigación se propone reformar el Código Orgánico General de Procesos, para que la figura de subsanar las excepciones previas, pueda ser modificada acorde a los parámetros constitucionales y no se vulnere el Derecho de Igualdad Procesal al Demandado, sino que ambas partes procesales tengan las mismas oportunidades y las mismas condiciones dentro del litigio y no se favorezca a ninguno de los litigantes, ya que al resolver las excepciones previas conforme lo determina el artículo 295, esto es, permitir que se subsanen, estaría favoreciendo a la parte actora.

## **2. LAS EXCEPCIONES EN ROMA.**

Como es de conocimiento de los estudiantes y profesionales de la Abogacía, la historia del derecho data desde la época romana, era madre y base para que, hasta la actualidad, siglo XXI, el derecho Romano siga siendo esa estructura principal muy importante dentro de esta rama de estudio.

El Derecho Romano, a medida que iba pasando el tiempo, trataba de cambiar acorde a las necesidades de la sociedad, tanto así que evolucionó históricamente en tres periodos: el Antiguo Imperio, el Clásico Imperio, el bajo Imperio.

En la época Romana, las excepciones eran denominadas o tenían el nombre de "exceptio" y era reconocida como una cláusula excepcional que tenía el demandado, como una fórmula procesal, para lo cual es necesario partir desde analizar el significado de "exceptio". "Exceptio.- La excepción romana tuvo distintos significados según las épocas de su evolución jurídica. Durante el procedimiento formulario, la exceptio era la frase inserta en la fórmula, luego de expuestas las pretensiones del demandante, con objeto de subordinar la condena del demandado a la condición negativa de que no se verificara el hecho invocado por éste" (Diccionario Legal, 2011).

Luego de la lectura, se puede indicar que las exceptios son aquella posibilidad que tiene el demandado, para proponer o mostrar una oposición a la demanda, es decir que el sujeto pasivo dentro del proceso, tiene como defensa las exceptios o excepciones para evitar que el juez dicte una sentencia en contra del demandado y así lo confirma Fernando Betancourt (2007), dentro de su libro Derecho Romano Clásico, quien indica lo siguiente: "En principio general, las excepciones alegan siempre una circunstancia de hecho aunque ello no impide que un derecho pueda ser insertado como exceptio en una fórmula procesal" (pág. 173). Luego de lo analizado, se puede concluir en que el espíritu de las excepciones siempre han sido presentar oposición a la demanda y a su vez tratar de ponerle fin al proceso en todo ámbito.

### **3. EL DERECHO PROCESAL.**

La doctrina ha calificado al derecho procesal como aquel estudio que se basa en las actuaciones que tienen los jueces en los tribunales judiciales, específicamente cuando ellos ejercen su labor o sus funciones y la aplicabilidad que le dan a las diferentes situaciones jurídicas en base al ordenamiento jurídico de cada país acorde a la Constitución y su forma como van a estar integrados, siendo que para ciertos tratadistas como Azula Camacho: "Es el conjunto de normas que regulan la conducta de los individuos en la sociedad y reglamentan las relaciones de intereses en orden a la distribución y goce de los bienes de la vida" (Camacho, 2010, pág. 15) y para Jaime Guasp dice que: "el derecho procesal no es sino el referente al proceso, las normas que tienen que ver con el mismo" (Guasp, 2010, pág. 15).

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la actividad de los jueces se encuentra enmarcada en la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico de la Función Judicial y se basan específicamente en tres aspectos muy importantes que son la jurisdicción, el proceso y la acción:

Jurisdicción.- Es aquella que se encuentra determinada en el Código Orgánico de la Función Judicial y son esas atribuciones que la ley confiere a cada juzgador para que cumpla a cabalidad sus deberes como Juez Garantista.

Proceso.- Es una institución jurídica que permite que los actos procesales puedan desarrollarse de una manera eficaz desde el momento en que se inicia el proceso mediante una demanda y se obtiene un resultado que sería a través de una sentencia, esta institución jurídica se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico por el Código Orgánico General de Procesos, dentro de su artículo 1, 2 y 6 del mismo cuerpo legal.

La Acción.- Se encuentra regulada tanto en la Constitución de la República del Ecuador, como el Código Orgánico de la Función Judicial, dentro del artículo 75 de la CRE y 23 del COFJ, que es la esencia fundamental en donde el actor ejerce ese derecho para iniciar un proceso judicial y accede a la justicia en busca de una sentencia que garantice el goce pleno de sus derechos.

#### **4. LOS PRINCIPIOS PROCESALES.**

Desde el año 2008, Ecuador pasó a ser un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, por lo que, la promulgación de la nueva Constitución de la República del Ecuador, conlleva a que el ordenamiento jurídico tenga un cambio en la mayoría de sus normas. En la actualidad, existe una nueva Ley que regula el sistema Procesal no penal, pero aquello no perjudica, ni cambia los principios procesales que debe tener todo proceso y que se encuentran consagrados en la Constitución de la República del Ecuador y en especial la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, donde aquellos principios procesales se encuentran en el artículo 4 de la Norma antes citada, los cuales son:

1. Debido Proceso
2. Aplicación directa de la Constitución
3. Gratuidad de la justicia constitucional
4. Inicio por demanda de parte
5. Impulso de oficio
6. Dirección del proceso
7. Formalidad condicionada
8. Doble instancia
9. Motivación
10. Compresión efectiva
11. Economía Procesal.- Concentración; Celeridad; Saneamiento
12. Publicidad
13. Iura Novit Curia
14. Subsidiaridad
15. Modulación de los efectos de las sentencias

Todos estos principios que se han detallado, tienen la finalidad de llevar una armonía entre las partes procesales dentro de un proceso, siendo que además buscan:

1. Llegar en los mejores términos a una solución del conflicto.
2. Evitar el abuso del Derecho por parte del juez, como de las partes procesales.
3. Conseguir imparcialidad en el juzgador a fin de que ambas partes procesales se encuentren en igual de condiciones al momento que se da por admitida una demanda al trámite e inicia el proceso.

##### **4.1. LA DEMANDA, CONTENIDO DE LA DEMANDA, LAS EXCEPCIONES PREVIAS.**

###### **La Demanda.**

Todo proceso inicia con la interposición de la demanda y efectivamente así está determinado dentro del ordenamiento jurídico en su artículo 141 del Código Orgánico General de Procesos, no obstante, aún muchos se consultan, ¿qué es la Demanda? Por lo que para entender un poco sobre este acto de proposición, es necesario leer a los siguientes tratadistas que vierten sus opiniones sobre aquello, para Gonzaini dice: "Se denomina demanda, al acto procesal por el que se ejercita el derecho de acción procurando la iniciación de un proceso". (Gonzaini).

El diccionario jurídico de Laura Casado expone lo siguiente: "DEMANDA: toda petición formulada ante el Poder Judicial. Es el acto procesal que, sujeto a requisitos específicos, concreta el acceso del justiciable en la jurisdicción, promoviendo un proceso y requiriendo una resolución judicial respecto de las pretensiones que en ella se formulan. Presentación formal que el actor hace al tribunal para que se pronuncie sobre la acción y las pretensiones que está ejercitando" (Casado, 2009, pág. 264).

El Dr. Ernesto Perla manifiesta: "Por demanda se entiende desde el punto de vista extrínseco el escrito por el cual se entabla o inicia un juicio. Intrínsecamente o en cuanto a su contenido, es una afirmación de que existe una situación de hecho jurídicamente protegida por una norma de derecho positivo y se requiere al poder jurisdiccional para que actualice la protección a ese bien o intervenga con ese fin en un conflicto entre dos o más intereses" (Perla, Temas de Derecho Procesal Civil, pág. 57).

Luego de la lectura de ciertos conceptos referente a demanda, se infiere que la demanda es aquel acto de proposición con el que se da inicio al proceso, indistintamente del procedimiento que la ley pueda determinar para cada juicio, de allí que en todo proceso no penal, constitucional ni electoral, que tiene como directrices los principios procesales en especial el principio dispositivo, es iniciado por una demanda, donde la parte actora o el sujeto activo que siente que ha sido perjudicado, acude ante el órgano jurisdiccional para que sus derechos sean respetados, a través de una demanda que cumpla con los requisitos taxativos en la Ley de cada país.

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, este acto de proposición se encuentra en el Título I Capítulo I artículo 141 del COGEP, es decir la Ley Procesal reconoce taxativamente que es necesaria una demanda para iniciar un proceso no penal, constitucional o electoral, por lo que es necesario citar dicho articulado:

“Artículo 141.- Inicio del proceso.- Todo proceso comienza con la presentación de la demanda a la que podrán precederle las diligencias preparatorias reguladas en este Código” (Codigo Organico General de Procesos, 2015, pág. 53).

### **CONTENIDO DE LA DEMANDA.**

El Dr. Ernesto Perla expone que: “La demanda es un acto formal, ésto es que, para ser admitida, o para producir efectos jurídicos debe reunir ciertos requisitos. Estos no corresponden a las fórmulas sacramentales o rituales del derecho primitivo y aún del Derecho Romano durante el período de las legis acciones, sino simplemente tiene por fin facilitar la apreciación por el juez y por el demandado de la pretensión que se formula y de la petición que se hace” (Perla, Temas de Derecho Procesal Civil).

Dentro del ordenamiento jurídico para que una demanda sea calificada y sea admitida a trámite debe cumplir con ciertos requisitos taxativos que se establecen en el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 142:

“Art. 142.- Contenido de la demanda.- La demanda se presentará por escrito y contendrá:

1.-La designación de la o del juzgador ante quien se la propone.

2.-Los nombres y apellidos completos, número de cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte, estado civil, edad, profesión u ocupación, dirección domiciliaria y electrónica de la o del actor, casillero judicial o electrónico de su defensora o defensor público o privado. Cuando se actúa en calidad de procuradora o procurador o representante legal se hará constar también los datos de la o del representado.

3.-El número del Registro Único de Contribuyentes en los casos que así se requiera.

4.-Los nombres completos y la designación del lugar en que debe citarse a la o al demandado, además de dirección electrónica, si se conoce.

5.-La narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y numerados.

6.-Los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción, expuestos con claridad y precisión.

7.-El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.

8.-La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es del caso.

9.-La pretensión clara y precisa que se exige.

10.-La cuantía del proceso cuando sea necesaria para determinar el procedimiento.

11.-La especificación del procedimiento en que debe sustanciarse la causa.

12.-Las firmas de la o del actor o de su procuradora o procurador y de la o del defensor salvo los casos exceptuados por la ley. En caso de que la o el actor no sepa o no pueda firmar, se insertará su huella digital, para lo cual comparecerá ante la o el funcionario judicial correspondiente, quien sentará la respectiva razón.

13.-Los demás requisitos que las leyes de la materia determinen para cada caso". (CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS, 2015).

Una vez que se ha dado cumplimiento a lo determinado en el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos, el Juzgador tiene la obligación de calificar y admitir la demanda, dentro del término máximo de 5 días en base a lo preceptuado en el artículo 146 de la misma Ley.

Por lo que, cuando el actor no ha dado cumplimiento a lo determinado en el artículo 142 del COGEP, el juzgador dispondrá que la parte actora complete o aclare en el término de tres días, si no lo hace, ordenará el archivo y posterior a aquello, devolverá los documentos sin dejar copias.

"Art. 146.- Calificación de la demanda. Presentada la demanda, la o el juzgador, en el término máximo de cinco días, examinará si cumple los requisitos legales generales y especiales que sean aplicables al caso. Si los cumple, calificará, tramitará y dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas.

Si la demanda no cumple con los requisitos previstos en este Código, la o el juzgador dispondrá que la o el actor la complete o aclare en el término de tres días, si no lo hace, ordenará el archivo y la devolución de los documentos adjuntados a ella, sin necesidad de dejar copias. (...)" (CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS, 2015).

Es importante recalcar que, el juzgador al darse cuenta de que la demanda presentada en su juzgado, no cumple con los requisitos, el deberá solicitar que la parte actora complete la demanda, es ahí cuando el actor ejerce su momento procesal oportuno para subsanar o corregir todos aquellos errores que se hayan planteado en la demanda, para que al momento que el accionado es citado, pueda ejercer una defensa plena y eficaz, sin necesidad de dejarlo en indefensión o permitir que pueda volver el actor a subsanar otro error que la demanda pueda contener. Consecuentemente se hace hincapié en aquello por cuanto dentro de este proyecto de investigación en secciones posteriores se evidenciará como se deja en indefensión al demandado al momento que el juez califica una demanda con error o se presentó una demanda incompleta.

### **LAS EXCEPCIONES PREVIAS.**

Para comprender el espectro de las excepciones, primero es necesario visualizar el significado contenido en diccionarios jurídicos y expuestos por ciertos doctrinarios, mismos que son los siguientes:

Para Guillermo Cabanellas, el significado de excepciones es el siguiente "En Derecho Procesal, título o motivo que como medio de defensa, contradicción o repulsa, alega el demandado para excluir, dilatar o enervar la acción o demanda del actor" (Cabanella, 2008).

Para Couture, las excepciones son: "el poder jurídico que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él" (Couture, 1958).

Devis Echandía indica que: "la excepción es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa en general que le corresponde a todo demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos" (Echandia D. , 1985, pág. 236).

De los conceptos analizados por los diferentes juristas, se llega a la conclusión de que las excepciones son aquellas alegaciones que el accionado proponen en contra del actor, con el fin de oponerse a una posible sentencia en su contra y por lo tanto, desvirtuar las pretensiones que ha planteado el accionante dentro del libelo de su demanda.

Los conceptos jurídicos sobre las excepciones y que han sido planteadas por parte de los tratadistas, tienen correlación con lo determinado en el artículo 151 y 153 del Código Orgánico General de Procesos, que expresa:

“Artículo 151.- Forma y contenido de la Contestación.- [...] Deberá además deducir todas las excepciones de las que se crea asistida contra las pretensiones de la parte actora, con expresión de su fundamento fáctico. Las excepciones podrán reformarse hasta antes de la audiencia preliminar” (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Es así que las excepciones previas están establecidas o clasificadas en el artículo 153 *ibídem* y que estipula:

“Solo se podrá plantear como excepciones previas las siguientes:

1. Incompetencia de la o el juzgador;
2. Incapacidad de la parte actora o de su representante;
3. Falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda;
4. Error en la forma de proponer la demanda, inadecuación de procedimiento o indebida acumulación de pretensiones;
5. Litispendencia;
6. Prescripción;
7. Caducidad;
8. Cosa Juzgada;
9. Transacción;
10. Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación” (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

## **4.2. EVOLUCIÓN DE LAS EXCEPCIONES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.**

Con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, como nueva norma procesal, las excepciones sufrieron un cambio conceptual que se mantenía con el ya derogado Código de Procedimiento Civil, sin embargo, no está demás realizar una comparación sobre cómo se manejaban las excepciones con la anterior Ley y cómo son consideradas hoy con el COGEP.

Las excepciones, con la anterior ley, tenían una clasificación conocida por la doctrina, como dilatorias y perentorias, estando determinadas en el artículo 99 del Código de Procedimiento Civil.

“Art. 99.- Las excepciones son dilatorias o perentorias. Son dilatorias las que tienden a suspender o retardar la resolución de fondo; y perentorias, las que extinguen en todo o en parte la pretensión a que se refiere la demanda” (Codigo de Procedimiento Civil, 2005).

La misma normas establecía cuales eran dilatorias y cuales eran perentorias, conceptos que se encontraban contenidos en los artículos 100 y 101 del Código de Procedimiento Civil.

“Art. 100.- Las dilatorias más comunes son, o relativas al juez, como la de incompetencia; o al actor, como la de falta de personería, por incapacidad legal o falta de poder; o al demandado, como la de excusión u orden; o al modo de pedir, como la de contradicción o incompatibilidad de acciones; o 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” (Codigo de Procedimiento Civil, 2005).

“Art. 101.- Las excepciones se deducirán en la contestación a la demanda. 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 juzgada” (Codigo de Procedimiento Civil, 2005).

De los conceptos antes descritos, se deduce que las excepciones en el Código de Procedimiento Civil, eran clasificadas en dos grupos que en cierta parte tenían como fin retardar la resolución o, en su defecto le ponían fin al proceso y extinguían de manera total la pretensión de la parte actora.

Cabe recalcar que una de las diferencias de las resoluciones de las excepciones con la anterior Ley, es que en el Código de Procedimiento Civil, las excepciones se resolvían en sentencia, conforme estaba establecido en el artículo 106 del Código de Procedimiento Civil.

“Art. 106.- Las excepciones y la reconvenición se discutirán al propio tiempo y en la misma forma que la demanda, y serán resueltos en la sentencia” (Codigo de Procedimiento Civil, 2005).

Mientras que en el Código Orgánico General de Procesos, las excepciones se resuelven en la audiencia preliminar, en los procesos Ordinarios, pero en los otros procedimientos, que contienen una audiencia de dos fases, se resuelven en la primera parte, es decir en la fase de saneamiento.

Por lo expuesto se concluye en que el Código Orgánico General de Procesos, no clasifica las excepciones, sino que solo se refiere a las excepciones de manera general esto en base al artículo 153 del COGEP, llevando a que el juzgador las resuelva en la primera fase de la audiencia, esta evolución tiene como base el nuevo orden constitucional vigente y que tiene como directriz principal el Principio de oralidad y economía procesal.

#### **4.3. VULNERACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.**

Luego de todo lo fundamentado en líneas anteriores, es claro que al demandado se le vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, la cual no es solo el simple hecho de acceder a la justicia de manera gratuita, sino que también consiste en que ambas partes procesales, esto es, actor y demandado, se encuentren en igualdad de condiciones dentro del proceso, por lo tanto le corresponde al juez que en base a la Constitución de la República, misma que es garantista de derechos, buscar el mecanismo idóneo para precautelarse el principio de igualdad en ambas partes procesales.

#### **4.4. DERECHO A UN JUICIO EQUITATIVO Y PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.**

El tener un juicio equitativo se encuentra previsto en los distintos Convenios Internacionales ratificados por la República del Ecuador, siendo que este derecho a un juicio equitativo, se lo resume en el principio de contradicción que es inherente a las partes procesales, quienes tienen derecho a la defensa, según lo contemplado en el artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador.

Este principio de contradicción se basa en que al momento que se litiga, existe una controversia entre dos partes que se encuentran compuestas por el actor y el demandado, lo que obliga a que el juzgador debe decidir teniendo en cuenta los Convenios Internacionales de Derecho Humanos y la Constitución de la República del Ecuador.

Respecto a este principio, el Dr. David Gordillo Guzmán expone: “El Principio de Contradicción exige que ambas partes puedan tener los mismos derechos de ser escuchados y de practicar pruebas, con la finalidad de que ninguna de las partes se encuentre indefensa frente a la otra. Requiere de una igualdad” (Gordillo Guzman, 2015, pág. 367).

Este principio de contradicción se encuentra también contenido en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, específicamente en el Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8 numeral 1.

**“ARTICULO 8.- GARANTIAS JUDICIALES.**

1.- Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter” (Convencion Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

Por lo tanto, se observa que al momento que se resuelven las excepciones subsanables en base a lo determinado en el artículo 295 numerales 2 y 3 del Código Orgánico General de Procesos, se violenta este principio, por cuanto, el demandado justifica, con las pruebas, de que el juicio que se le está interponiendo, tiene vicios y carecen de eficacia y por ende, la norma debería permitir que inmediatamente el juzgador ordene el archivo, dejando a salvo el derecho de volver a presentar la demanda de manera correcta.

**5. EFECTO JURÍDICO DE RESOLVER LAS EXCEPCIONES EN BASE AL ARTÍCULO 295 NUMERALES 2 Y 3 EN LOS DISTINTOS PROCESOS CONTENIDOS EN EL COGEP.**

Es importante hacer un análisis del efecto jurídico que produce el resolver las excepciones en los distintos procedimientos, teniendo en cuenta que se ha analizado que las excepciones subsanables conceden un término correspondiente para subsanarlas, pero como se ha expuesto, el subsanar tiene que ver con reformar, ya que se cambia la naturaleza de lo que inicialmente contenía la demanda y al permitir que sea subsanable se estaría reformando la demanda, lo cual no es permisible en todos los procedimientos contemplados en el Código Orgánico General de Procesos.

**6. RESOLUCIÓN DE EXCEPCIONES PROCEDIMIENTO ORDINARIO.**

Como ya se ha indicado, el Procedimiento Ordinario se plantea sobre aquellas pretensiones que no tienen previsto un trámite especial para su sustanciación, siendo que en el caso materia de esta investigación, es necesario indicar que en ninguna parte del Capítulo I que trata del Procedimiento Ordinario, se hace alusión a la reforma a la demanda, entendiéndose que se debe remitir al artículo 148 del COGEP, el cual expresa que la demanda se puede reformar hasta antes de la contestación y si después de contestada existen hechos nuevos, se puede reformar hasta la audiencia preliminar.

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

La o el juzgador cuidará que la o el demandado pueda ejercer su derecho de contradicción y prueba” (Codigo Organico General de Procesos, 2015).

Citando un ejemplo: A demanda a C una Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio y se presenta con el siguiente enfoque jurídico:

1. Dentro del libelo de la demanda en sus fundamentos de hecho, alega un amparo posesorio y en su pretensión determina que solicita la prescripción.
2. Si quien demanda la prescripción es una persona que tiene una incapacidad intelectual.
3. Si quien demanda la prescripción no ordena que se cite a quien supuestamente es del dueño de dicho terreno, sino que solo demanda al GAD Municipal.

Siguiendo con el ejemplo, si el demandado presenta las excepciones del artículo 295 numerales 2 y 3 que son: defecto en la forma de proponer la demanda, falta de capacidad e incompleta conformación de litisconsorcio, ¿cómo tendría que resolver el juzgador?

1. Dentro de este primer escenario, mal podría la norma permitir que se subsane, primero por cuanto al cambiar su fundamento de hecho o su pretensión por la incongruencia de

la demanda, indirectamente el actor al momento que la Ley le concede este término, estaría reformando la misma y de lo investigado, se ha podido analizar que se puede reformar la demanda hasta antes de la contestación y hasta antes de la Audiencia Preliminar, por lo que, la duda que nace es cómo puede subsanar el actor algo, cuando su derecho ya ha precluido, por cuanto las excepciones se resuelven una vez instalada la audiencia preliminar y al permitir la norma que esto subsane, es claro y evidente que se está dejando en total indefensión a la parte demandada, ya que no se encuentra en igualdad de condiciones, puesto que el fin que persigue el demandado, es ponerle fin al proceso, mas no que se subsane y seguir en el litigio.

2. En este segundo escenario, quien demanda es alguien que no tiene la capacidad legal de hacerlo y que necesita de un tutor para que lo represente, por lo que, en caso de que el demandado presente esta excepción, qué debería resolver el juez, ¿declarar la nulidad de todo lo actuado?, ¿cómo ingresaría ese Tutor o curador en el litigio, no sería reformando la demanda?
3. Este tercer escenario es algo muy delicado, por cuanto se trata de una incompleta conformación del litisconsorcio, que tiene como efecto jurídico, en caso de que el juicio prosiga con este error, una sentencia inhibitoria, es decir no pronunciarse de fondo por cuanto se puede perjudicar un derecho de quien falta en ese litigio, por lo tanto el juzgador debería ordenar el archivo de la demanda al momento que se presenta esta excepción, pero la norma no se lo permite, así como la norma tampoco indica en qué casos se puede emitir una sentencia inhibitoria, incluso el litisconsorcio no está de manera taxativa en el artículo 153 del COGEP.

Es importante realizar este análisis por cuanto en este proceso, no se puede reformar la demanda sino antes de la Audiencia Preliminar y mal podría la norma violentar el derecho de igualdad procesal.

## **7. RESOLUCIÓN DE EXCEPCIONES EN EL PROCEDIMIENTO SUMARIO.**

El Procedimiento Sumario es aquel procedimiento en el cual sus acciones se pueden resolver en el menor tiempo y aquellas que son ordenadas por la Ley.

Se propone un ejemplo para mayor comprensión: A demanda a C un Amparo Posesorio y se presenta el siguiente escenario jurídico.

1. Dentro del libelo de la demanda en sus fundamentos de hecho habla de un amparo posesorio y en su pretensión determina que solicita la prescripción.
2. Si quien demanda el amparo posesorio es una persona que tiene una incapacidad intelectual.
3. Si quien demanda la prescripción no ordena que se cite a quien supuestamente es del dueño de dicho terreno, sino que solo demandada al GAD Municipal.

Dentro de estos escenarios, la norma debería indicarle al juzgador que se archive la demanda, dejando a salvo el poder presentarla nuevamente de manera correcta, por cuanto al permitir que se subsane las excepciones, estaría primero reformando a la demanda y esto es contraproducente con lo determinado en el artículo 333 numeral 1, que indica taxativamente que no procede la reforma a la demanda, de tal manera que mal se podría reformar la demanda.

“Art. 333.- Procedimiento. El procedimiento sumario se rige por las siguientes reglas:

1. No procede la reforma de la demanda” (Codigo Organico General de Procesos, 2015).

## **8. RESOLUCIÓN DE EXCEPCIONES EN PROCEDIMIENTO VOLUNTARIO.**

Este procedimiento va dirigido a aquellas acciones que no pretenden tener oposición.

Se indica un ejemplo para mayor análisis: A demanda a C una acción de Rendición de Cuentas y se presenta el siguiente panorama jurídico.

1. Quien demanda el inventario, no es el dueño de los bienes inmuebles o cosas sobre las que sobre se solicita la acción de inventario.

2. Dentro de la solicitud de inventario se narran otros hechos distintos a la pretensión, es decir solicita daños y perjuicios.
3. Si citan a otra persona que no es responsable de llevar el correspondiente inventario.

De igual manera, el procedimiento voluntario no posee un artículo específico sobre si procede o no la reforma a la demanda, porque el espíritu y naturaleza del procedimiento voluntario es que no exista oposición y en caso de presentarse una excepción previa, esto pasaría ante el mismo Juzgador a sustanciarse como procedimiento sumario, en base a lo determinado en el artículo 346 del Código Orgánico General de Procesos.

“Art. 346.- Oposición al inventario. Cualquier observación u objeción al inventario, negativa de terceros a permitir el examen y tasación será considerada como oposición.

La oposición se sustanciará por la misma o el mismo juzgador que dispuso la formación del inventario en proceso sumario. La o el juzgador podrá aprobar el inventario en la parte no objetada” (Codigo Organico General de Procesos, 2015).

## **9. RESOLUCIÓN DE EXCEPCIONES EN PROCEDIMIENTO MONITORIO.**

El procedimiento monitorio es un procedimiento que se basa en que la parte actora pretende cobrar una deuda determinada en dinero, que no conste en título ejecutivo y que no supere los 50 salarios básicos unificados del trabajador.

En caso de que se presenten excepciones subsanables, se mantiene la misma línea jurídica, esto es considerarse como reforma, pero en el artículo 359 último inciso se expresa de manera taxativa que no procede la reforma en este tipo de procedimiento.

“Art. 359.- Oposición a la demanda. Si la parte demandada comparece y formula excepciones, la o el juzgador convocará a audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Si no hay acuerdo o este es parcial, en la misma audiencia dispondrá se practiquen las pruebas anunciadas, luego de lo cual, oír los alegatos de las partes y en la misma diligencia dictará sentencia, contra la cual solo caben la ampliación, aclaración y el recurso de apelación.

En este proceso no procede la reforma a la demanda, ni la reconvencción” (Codigo Organico General de Procesos, 2015).

Dentro de este análisis, se concluye en que este tipo de errores en la demanda, nunca deben suceder, por cuanto al estar en un nuevo régimen Constitucional, el juzgador debe percatarse y garantizar el derecho de ambas partes procesales, esto en que debe precautelarse que toda demanda cumpla con lo determinado en el artículo 142, 143, 146 del Código Orgánico General de Procesos y de esta manera se evitaría este tipo de vulneraciones de derecho. Claro está que la norma es la que conlleva al juzgador a cometer estos errores, ya que existe una norma contraproducente con la Constitución de la República del Ecuador y es claro que deja en desventaja procesal al demandado, por cuanto, no es efectiva la herramienta jurídica con la que cuenta el demandado, en este caso las excepciones previas, contempladas en el artículo 153 del COGEP.

## **10. METODOLOGÍA.**

La metodología que se utiliza en esta investigación es exploratoria, diagnóstica, descriptiva y explicativa, con un enfoque mixto cuantitativo y cualitativo, un método también mixto, deductivo e inductivo, empleando como técnicas de investigación la encuesta para recopilar la información, y determinar si es viable la hipótesis planteada al problema que se va a investigar, así como entrevistas a personas expertas en la temática de la investigación.

En cuanto al universo de la investigación, se ubica en un solo segmento que son los profesionales del Derecho que se acreditan en los Colegios de Abogados de la Provincia del Guayas de la República del Ecuador.

El Universo de la población que se ha considerado en estos momentos, es la de los Abogado del Guayas, quedando el resultado siguiente.

**Tabla 1**

POBLACION	UNIVERSO	MUESTRA
Abogados de la Provincia del Guayas.	16.000	390

$$n = \frac{k^2 * p * q * N}{(e^2 * (N-1)) + k^2 * p * q}$$

N = población universo  
 k= nivel de confianza (2 =90%)  
 e = Coeficiente de error (5%)  
 p= población de característica de estudio (0-5)  
 q= población de no característica de estudio (0.5)  
 n = tamaño de la muestra

Se aplicó en la población de universo de abogados inscritos en Guayas 16.000 con un nivel de confianza equivalente al 80% (1.28) y un margen de error 5% por ser una investigación jurídica dando la muestra de: n = 390.

Fuente: (Feedback Networks, 2013).

### 11. Formato De Encuesta Para Los Abogados.

No.-	PREGUNTA	SI	MEDIANAMENTE	POCO	NO
1	¿Conoce usted que son las Excepciones Previas en materia Civil y en el nuevo Código Orgánico General de Procesos?	100%	0%	0%	0%
2	¿Conoce usted que las Excepciones Previas se pueden subsanar en la audiencia preliminar?	81%	19%	0%	0%
3	¿Considera usted que es factible subsanar las excepciones en base al artículo 295 del COGEP?	11%	7%	0%	82%
4	¿Considera usted que se afectan derechos Constitucionales al permitir que la parte actora subsane las excepciones previas?	78%	7%	0%	15%

5	¿Considera usted que al subsanar la demanda, se estaría reformando la misma?	95%	3%	0%	2%
6	¿Considera usted que no deberían subsanarse las excepciones y en caso de aceptar una excepción se debe archivar la demanda?	92%	0%	0%	8%
7	¿Conoce Usted que la incompleta conformación del litisconsorcio conlleva a sentencia inhibitoria?	71%	5%	7%	17%
8	¿Considera que al momento que se subsanan las excepciones en base al artículo 295 numerales 2 y 3 el demandado queda en estado de indefensión?	98%	0%	0%	2%
9	¿Considera que al permitir que se subsanen las excepciones se violenta el principio de igualdad procesal?	97%	0%	0%	3%
10	¿Cree usted que es importante aplicar una reforma sobre este tema?	99%	0%	0%	1%

## 12. PREGUNTAS PARA LAS ENTREVISTAS

1. ¿Según su conocimiento defina que son las excepciones previas?
2. ¿Desde su conocimiento al subsanar las excepciones se estaría reformando la demanda?
3. ¿Cuál es su opinión profesional acerca de la sentencia inhibitoria?
4. ¿Considera en base conocimiento que es aplicable subsanar las excepciones en audiencia preliminar?
5. ¿Considera que el permitir que se subsanen las excepciones previas se vulnera el derecho al Debido Proceso, entiéndase Tutela Judicial Efectiva, Seguridad Jurídica, Igualdad Procesal?

## 13. RESULTADOS.

Existe un aproximado de 82% de las preguntas realizadas a los encuestados, donde afirman conocer acerca del tema de las excepciones previas y esto implica que a pesar de que existe una nueva Norma Procesal, se mantiene latente el conocimiento de los Abogados referente a este nuevo cambio jurídico efectuado por la promulgación del Código Orgánico General de Procesos; estos encuestados coinciden con los expertos, en el sentido de que en cierta medida sí existe una vulneración de derechos constitucionales al momento de subsanar las excepciones, confirmando la teoría planteada.

Dentro del único sector que ha sido encuestado y entrevistado, Abogados de la provincia del Guayas también coinciden, que al subsanar las excepciones, se estaría reformando, por cuanto al enfocarse en un ámbito concreto e inherente al Derecho Procesal, es obvio que si se habla de subsanar, se estaría hablando de reformar la Demanda, ya que al subsanar se cambiaría el espíritu de ciertas pretensiones y fundamentos propuestos desde el inicio la demanda, además de resaltar que al observar que la demanda no cumple con lo determinado en el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos, mal podría el juzgador haber calificado como clara, precisa y admitirla al trámite, puesto que al momento que la demanda no cumple con lo establecido en el artículo 142 y el juzgador permite que el actor subsane los errores, el demandado estaría en completa indefensión, visto que desde ese momento la Ley le provee otra oportunidad al actor para corregir sus errores y se desvanece el principio de igualdad procesal.

Con relación a la indebida conformación de litisconsorcio, es claro que la mayoría de los Abogados y expertos, concuerdan de que en ese tipo de casos, el juzgador no debería darle la oportunidad al accionante a que subsane dicho error, ya que el juzgador debería evitar pronunciarse sobre el fondo del asunto, esto mediante una sentencia inhibitoria, por cuanto al pronunciarse en el fondo de la controversia, a falta de estos podría afectar uno de los derechos fundamentales de las partes procesales; el problema del asunto, es que el juzgador al permitir que se subsane este error tendría que declarar la nulidad del proceso, por cuanto al permitir que se subsane se estaría cambiando la naturaleza de la demanda dejando una gran incógnita de cómo se resuelve en los procedimientos que no se puede reformar una demanda.

Luego de haber de analizar la legislación ecuatoriana y realizar una comparación con el anterior Código de Procedimiento Civil, se evidencia que existe una vulneración de derechos, es decir existe una transgresión de derechos, por cuanto ya es muy tarde resolver el asunto de las excepciones en la Audiencia Preliminar, pues en ese momento ya se ingresa al litigio y retroceder al permitir que se subsane, deja en flagrante violación al principio de igualdad procesal al demandado. En consecuencia, lo que tendría que aplicar el juzgador es simplemente archivar la demanda, dejando a salvo el derecho de presentar de manera correcta, ya que hay que recordar que el espíritu de las excepciones es ponerle fin al proceso y que a su vez el demandado obtenga una sentencia en su contra, pero si al aplicar las excepciones estas son subsanadas y se le concede más términos o nuevas oportunidades, por determinarlo así, al actor, es obvio que ya no existe igualdad procesal.

En esta investigación ha podido demostrar que existe la vulneración del principio de igualdad procesal y se ha dejado en indefensión al demandado, cumpliéndose lo que se ha determinado en la hipótesis planteada dentro de la misma.

#### **14. RECOMENDACIÓN.**

El artículo 295 del Código Orgánico General de Procesos es muy explícito al indicar que se puede subsanar las excepciones previas y se concede cierto tiempo, ya antes descrito en el Marco Teórico. Sin embargo, bajo el principio de legalidad no puede ser discutido, por cuanto fue promulgado por la Asamblea Nacional y no se podría indicar que existe ilegalidad de la Norma.

La parte medular de este asunto es que los Asambleístas no han podido elaborar una verdadera parte dogmática sobre la norma que ha llevado hoy a que existan ciertas contradicciones con la Constitución, ya que existen derechos fundamentales garantizados en la Norma Suprema que deben prevalecer y deben ser precautelados por quien imparte justicia, ya que el juzgador está en un rango garantista y debe precautelar que las partes procesales, además de acceder a la tutela judicial de justicia, también deben encontrarse ambos en igualdad de condiciones.

Quizás por querer cambiar el Sistema Procesal de una manera acelerada, hoy se ven falencias en el Código Orgánico General de Procesos y el artículo 295 no es la excepción, por cuanto el efecto jurídico final al momento de no subsanar y no cumplir con el tiempo que la ley otorga, es tener como no presentada la demanda, es decir no existe celeridad procesal ya que quizás se actúa con eficiencia, pero el resultado es el mismo y podría darse por terminado el proceso desde el momento que está viciado.

Para finalizar, se puede indicar que es importante que los estudiantes de Derecho y Abogados busquen los mecanismos necesarios para poder hacer prevalecer los derechos constitucionales, procurando arribar a un mejor sistema procesal. De allí que es importante recalcar que el Código Orgánico General de Procesos, no tiene una idea descabellada, es una buena iniciativa, pero como todo en la vida, tiene sus errores y eso va a permitir a seguir generando debates e impulsar mejor los mecanismos para una posible reforma en el futuro.

## 15. PROPUESTA DE REFORMA

Art. 295.- Resolución de excepciones.

Se resolverán conforme con las siguientes reglas:

1. Si se acepta una excepción previa que no es subsanable, se declarará sin lugar la demanda y se ordenará su archivo.
2. Si se acepta la excepción de defecto en la forma de proponer la demanda, falta de capacidad, de falta de personería o de incompleta conformación del Litis consorcio se ordenará el archivo de la demanda, dejando a salvo el derecho de volver a presentar la misma de manera correcta.
3. Si el asunto es de puro derecho se escuchará las alegaciones de las partes.

La o el juzgador emitirá su resolución y notificará posteriormente la sentencia por escrito.

Terminados los alegatos, la o el juzgador podrá suspender la audiencia hasta que forme su convicción, debiendo reanudarla para emitir su resolución mediante pronunciamiento oral de acuerdo con lo previsto en este Código.

## 16. Bibliografía

- Betancourt, F. (2007). *Derecho Romano Clasico*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Cabanella, G. (2008). En *Diccionario Juridico Elemental* (pág. 175). Buenos Aires: Heliasta.
- Camacho, A. (2010). Derecho Procesal y Derecho Sustancial. En U. C. Colombia, *Manual de derecho procesal civil*. Bogota: U.C.C.
- Casado, M. L. (2009). *Diccionario Juridico*. Buenos Aires: Valleta Ediciones.
- Codigo de Procedimiento Civil*. (2005). Quito: CEP.
- Codigo Organico General de Procesos*. (2015). Quito: Ediciones Legales.
- Constitucion de la Republica del Ecuador*. (2008). Quito: CEP.
- Couture, E. (1958). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: IB de F.
- Diccionario Legal*. (2011). Obtenido de [https://www.lexivox.org/packages/lexml/mostrador\\_diccionario.php?desde=Exarca&hasta=Exclusiva&lang=es](https://www.lexivox.org/packages/lexml/mostrador_diccionario.php?desde=Exarca&hasta=Exclusiva&lang=es)
- Echandia, D. (1985). *Teoria General del Proceso*. Buenos Aires: Universidad.
- Feedback Networks*. (2013). Obtenido de <https://www.feedbacknetworks.com/cas/experiencia/sol-preguntar-calculador.html>
- Gonzaini, O. (2018). Analisis Juridico sobre la demanda . En J. Garcia Falconi, *Analisis juridico o teorico practico sobre la contestacion a la demanda; la reconvenccion; y, las excepciones previas, en el codigo organico general de procesos* (pág. 52). Quito: Graficas Arboleda.
- Gordillo Guzman, D. E. (2015). *Manual Teorico Practico de Derecho Constitucional*. Quito: Workhouse Procesal.
- Guasp, J. (2010). Derecho Procesal y Derecho Sustancial. En U. C. Colombia, *Manual de Derecho Procesoal Civil* (pág. 15). Bogota: U.C.C.
- Perla, E. (s.f.). Temas de Derecho Procesal Civil. *Dialnet*. Obtenido de <file:///C:/Users/Law/Documents/Dialnet-TemasEnDerechoProcesalCivil-5143976.pdf> (22 de Noviembre de 1969). Obtenido de Convencion Americana sobre Derechos Humanos: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)