

Nulidades en el proceso civil

Vanesa Aguirre Guzmán*

Cuando en la expedición de un acto procesal hay un apartamiento de ciertas formas, o bien se omiten requisitos que la ley exige para su validez, se dice que es *nulo*. Estos errores determinan que la nulidad sea un vicio que afecta a las formas, no al contenido del acto; por ello, para declarar una nulidad procesal –diríase el remedio extremo–, el juzgador debe atenerse a ciertos principios, en especial, cuando el vicio afecta gravemente la garantía de defensa de los justiciables. El tratamiento que otorga la legislación procesal civil ecuatoriana a la materia no es sistemático; es de esperar que un nuevo cuerpo legal, siguiendo la corriente que en la materia ha impuesto el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, corrija la dispersión en el sistema e incorpore nuevos principios y figuras.

FORO

A MANERA DE INTRODUCCIÓN: BREVES CONCEPTOS SOBRE LA NULIDAD PROCESAL

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano se refiere a las “nulidades procesales” a partir del art. 344, sin referirse sistemáticamente a sus *clases*, o a las distintas consecuencias que se derivan de la declaratoria de nulidad de un acto procesal, y trata las nulidades procesales dentro de la sección 10a. del título I del libro II, que se refiere a los recursos.¹

Sin duda que ésta es una limitación conceptual del Código de Procedimiento Civil, ya que al hablar de nulidades procesales, no se ha de hacer referencia únicamen-

* Profesora titular en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Docente de la Especialización Superior en Derecho Procesal de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. El párrafo 3o. de esta sección, título y libro del Código de Procedimiento Civil se intitulaba antes “Del recurso de nulidad”, denominación que fue cambiada por la Ley reformativa publicada en el Registro Oficial –R.O. en adelante– 800 de 03.08.1984, Ley que eliminó el recurso de nulidad. Sin embargo, el cambio se realizó únicamente en la designación del mencionado párrafo 3o. que se sigue manteniendo en la sección relativa a los recursos (recurso de hecho).

te a los remedios procesales que permiten subsanarlas –v. gr., al reclamar al juez, durante la tramitación de la litis, su declaración, o vía recurso, en el antiguo sistema que preveía antes de 1978 el Código de Procedimiento Civil– sino, y de manera general, a los vicios de que puede adolecer un acto procesal, que de una u otra manera le afecten, sea en cuanto a su existencia, o en cuanto a su eficacia.²

De manera muy general, se ha dicho que un acto procesal es nulo cuando no produce efectos (*nullum est quod nullum effectum producit*); desde este punto de vista, la nulidad es la sanción por la cual el ordenamiento jurídico “[...] priva a un acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas para ello”.³ Esta idea, expresada por Alsina, es compartida por Véscovi,⁴ quien es claro en advertir que la formulación de cualquier definición es compleja y objeto de múltiples discusiones, ya que el vocablo *nulidad* tiene varias acepciones.

Así uno de los aspectos de la nulidad procesal se refiere a la ineficacia del acto en cuestión, pero el tema no se agota en la *privación de efectos* que la ley procesal asigna, como consecuencia, de un acto nulo; como bien advierte Couture, referirse a la nulidad procesal como *aquellos que no produce ningún efecto*, es anotar sus consecuencias, mas no su naturaleza. “Si se traslada, entonces, la reflexión, de los efectos hacia la naturaleza, se encuentra una idea ya expuesta al comienzo de este tema: siendo el derecho procesal un conjunto de formas dadas de antemano por el orden jurídico, mediante las cuales se hace el juicio, la nulidad consiste en el apartamiento de ese conjunto de formas necesarias establecidas por la ley”,⁵ criterio con el cual se coincide. En el mismo orden de ideas, Devis Echandía se refiere al tema de las nulidades procesales en el capítulo XXXV de su *Teoría General del Proceso* como “Los vicios de los actos procesales y sus remedios: inexistencia, nulidad, anulabilidad y revocación”.⁶ En igual sentido, De Santo establece varios conceptos para el vocablo

2. V. gr., así lo entiende el anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, cuya sección VII del capítulo I del título VI del libro I, se refiere a la nulidad de los actos procesales.

3. Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, t. I, Buenos Aires, 1956, 2a. ed., p. 629.

4. “[...] la no producción de efectos del acto nulo se deriva de la violación o el apartamiento de ciertas formas, o la omisión de los requisitos indispensables para la validez de aquel. Es que, en primer lugar, la nulidad es un apartamiento de las formas y no del contenido. Y en el proceso es un error en las formas, no en los fines de justicia queridos por la ley, sino en los medios de obtener esos fines”. Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 1999, 2a. ed., p. 257.

5. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Colección Maestros del Derecho Procesal, Buenos Aires, Editorial B de F, 2002, 4a. ed. (póstuma), p. 304.

6. Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, 2a. ed., pp. 531 y ss.

nulidad: como un *error*, como los *efectos del error*, como el *vehículo impugnativo* en virtud del cual se reclama por el error, y como la *consecuencia de la impugnación*.⁷

La nulidad, el vicio que se opone a la validez, se refiere a la falta de requisitos que precisa un acto procesal para que se considere *realizado* o *producido*, a los presupuestos necesarios para que nazca como tal a la vida jurídica, para que se exteriorice,⁸ o las formalidades que la ley procesal ha establecido como imprescindibles para que estos actos emerjan a la vida jurídica de manera válida y produzcan, en consecuencia, los efectos previstos en la norma procesal. Así un acto procesal requiere tres requisitos: *existencia, validez y eficacia*.⁹ Lo señalado ilustra que un acto procesal bien puede nacer a la vida jurídica, pero dicha existencia puede estar afectada en algún grado que perjudicaría su validez, y por ende, no produciría efectos. Así, el tema de la nulidad procesal no se agota en los efectos que produce, y viceversa, tampoco en los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para su existencia y exteriorización.

Azula Camacho señala que la eficacia de un acto procesal corresponde a los requisitos que debe cumplir, con la finalidad de que *produzca los efectos* requeridos por la ley adjetiva y queridos por su autor,¹⁰ y precisa que se habla de *nulidad* cuando se analizan los actos procesales y así declara este vicio el juzgador; y de *eficacia*, cuando se estudian los actos que provienen de las partes.¹¹ En el mismo sentido, Devis Echandía sostiene que la nulidad procesal es un vicio propio de los actos del juez,¹² pues cuando el acto viciado proviene de las partes, se debe hablar –con más propiedad–, de actos *ineficaces*, inocuos o inexistentes, pero no de actuaciones nulas.¹³

¿Cuál es entonces la diferencia entre *existencia, validez y eficacia*? La *existencia* hace relación a los requisitos que la norma procesal exige para que el acto se consi-

7. Víctor De Santo, *Nulidades Procesales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001, 2a. ed.,

8. Jaime Azula Camacho, *Curso de Teoría General del Proceso*, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1986, 3a. ed., p. 379.

9. *Ibidem*, p. 379.

10. *Ibidem*, p. 387.

11. Cfr. Jaime Azula Camacho, *Curso de Teoría General del Proceso*, p. 387. Para sostener esta última aseveración dice, a manera de ejemplo, que “No puede hablarse de la nulidad de la demanda, de un recurso o de cualquiera otra petición que formulen las partes, pero sí del auto que admite el libelo, que abre a prueba, que corre traslado, etc.”; el mismo autor continúa: “Empero, la nulidad de la actuación determina que los actos de las partes sean ineficaces. De acuerdo con lo expuesto, surge la diferencia entre los tres requisitos esenciales del acto procesal, o sea, la existencia, la validez y la eficacia. La existencia tiende a que el acto se considere producido; la nulidad, a que no se encuentre afectado de vicio que la genere, y la eficacia, a que produzca sus efectos. Así por ejemplo, la demanda debidamente elaborada y suscrita por el interesado, una vez presentada al órgano jurisdiccional, tiene existencia; si el proceso a que ella dio lugar no está afectado de nulidad, es válida; y finalmente, si los pedimentos o pretensiones que contiene son acogidos en la sentencia por el juez, será eficaz”.

12. Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, p. 532.

13. *Ibidem*, p. 532.

dere producido; la *validez*, a que el acto no esté afectado por un vicio, que en su generación no haya un apartamiento de las formas dictadas por la ley procesal —o lo que es igual, los requisitos que debe reunir el acto “[...] para que tenga una vida jurídica sana”;¹⁴— finalmente, para que un acto procesal sea *eficaz*, se requiere que conduzca a los efectos previstos en la norma adjetiva. A manera de ejemplo: la prueba debidamente pedida, ordenada y practicada (art. 117 del Código de Procedimiento Civil), se incorpora al proceso y a partir de ese momento tiene existencia como tal; si en su producción no hubo apartamiento de las formas procesales, será válida; y en el momento de la valoración de la prueba, si el juez la considera para fallar a favor de los fundamentos de quien la produjo, habrá sido eficaz.

NULIDAD VS. INEFICACIA

Para Maurino,¹⁵ la ineficacia es el *género* y la nulidad es la *especie*. Así, pues, no se debe confundir entre estos conceptos; en el ejemplo propuesto, si la prueba no ha sido acogida por el juez, se dirá que ha sido *ineficaz*, pero no por ello será *nula*.

EXISTENCIA VS. INEXISTENCIA DE UN ACTO PROCESAL

Ya desde antiguo planteó Chiovenda que en el caso de la inexistencia, no hay para el órgano jurisdiccional obligación alguna de pronunciarse al respecto.¹⁶ Así, la *inexistencia* de un acto procesal expone un problema ontológico. Es, “[...] en cierto modo, el problema del *ser o no ser* del acto”. Así precisa Couture que este tema se refiere a la vida misma del acto, más que a sus efectos. No se trata aquí de comprobar una *desviación* del acto procesal, porque éste no se ha producido, no ha nacido a la vida jurídica, sino de saber si aquel ha tenido siquiera la capacidad para lo que el profesor uruguayo denomina “estar en el camino”: “Una sentencia dictada por quien no es juez, no es una sentencia, sino una *no sentencia* (*Nichturteil*). No es un acto sino un simple hecho”.¹⁷ Un *no acto* no puede entonces convalidarse, y esta es la principal diferencia que existe entre la inexistencia y la nulidad, cuando esta última puede ser saneada en aquellos casos permitidos por la norma procesal. Un acto inexis-

14. Juan Colombo Campbell, *Los actos procesales*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 83.

15. Alberto Luis Maurino, *Nulidades procesales*, Buenos Aires, Astrea, 2001, 2a. ed., p. 20.

16. Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil* (traducción de E. Gómez Orbaneja), México, Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil, Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 420.

17. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 307.

tente no requiere en principio de declaración judicial alguna, pues no tiene sentido pronunciarse sobre algo que no tiene existencia.¹⁸

LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD. NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA DE UN ACTO PROCESAL

Y esta última aseveración servirá de punto de partida para concluir que la nulidad presupone, necesariamente, la existencia de un acto procesal. Se excluye entonces el problema de la inexistencia como parte del estudio de la nulidad,¹⁹ porque un acto inexistente no es objeto de ninguna declaración judicial; la nulidad *es* sin lugar a dudas un vicio, que se configura cuando en la elaboración del acto procesal existe un alejamiento de las formalidades previstas por la ley. El acto procesal existe como tal, pero está viciado. “La nulidad procesal, pues –precisa De Santo–, despoja de virtualidad al acto del proceso cuando por padecer de alguna anomalía en sus requisitos fundamentales carece de posibilidades para consumir su propia finalidad”.²⁰

La mayoría de autores se refiere a la nulidad procesal como una sanción que afecta a un acto procesal; Azula Camacho²¹ la coteja con la invalidez, vicio que priva parcial o totalmente de su eficacia al acto procesal. Que las leyes procesales hayan establecido un conjunto de procedimientos, implica que los actos que se apartan de dicho camino deben ser declarados nulos. Existen como actos, pero su existencia está afectada.²² Y esta afectación se relaciona directamente con la ineficacia del acto así perjudicado.

En consecuencia, puede formularse una ecuación para explicar la cuestión: a mayor grado de desviación de la forma prevista por la norma, mayor será también el de la ineficacia con que ha de ser sancionado el acto afectado. La desviación más grave

-
18. Aunque algunos como García Sánchez sostienen que, aunque un *no acto* no necesita ser denunciado ni requiere de declaración judicial alguna, sin embargo “[...] nadie puede decir que una situación jurídica de tal naturaleza pueda mantenerse sin límite temporal de pronunciamiento. Ello sería atentatorio contra los principios viscerales del proceso”, por lo que el acto inexistente. “Está sujeto a una declaración de hipernulidad o nulidad radical...” (Alberto Luis Maurino, *Nulidades procesales*, p. 28). En este sentido, véase la sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia dictada mediante Resolución –Res., en adelante– No. 115 de 15.03. 2001, R.O. suplemento –S. en adelante– 328 de 17.05.2001, en la que se declaró la nulidad de todo lo actuado ya que en el pronunciamiento del tribunal ad quem, faltaba la firma de uno de los ministros de dicho tribunal, lo que deviene en la inexistencia jurídica de la sentencia que se impugnó mediante recurso de casación.
19. Coinciden con esta posición Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 307; Carlos, Carli, Rodríguez, Cabal y Atienza, citados por Alberto Luis Maurino, *Nulidades procesales*, pp. 26-27, quien advierte que la teoría de la existencia se relaciona con la debida constitución de la relación procesal, p. 27.
20. Víctor De Santo, *Nulidades Procesales*, p. 34.
21. Jaime Azula Camacho, *Curso de Teoría General del Proceso*, p. 382.
22. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 308.

será la *nulidad*, la más leve, con “menores consecuencias jurídicas para su validez”, es la *anulabilidad*; “se advierte una íntima correspondencia entre la inobservancia de la ley, en sus distintas gradaciones, y la correlativa sanción que deberá imponerse, todo lo que autoriza a establecer criterios discriminativos a su respecto”.²³ Chiovenda enseñaba que la diferencia entre nulidad y anulabilidad del acto radica en que la primera puede y debe ser declarada de oficio por el juez, mientras la segunda procede únicamente a petición de parte;²⁴ se adelanta aquí el concepto relativo a los presupuestos procesales, de necesaria mención en el estudio de las nulidades procesales.

Dependiendo de esa afectación, Couture clasifica a los actos procesales nulos en *absolutamente nulos* y *relativamente nulos*. Respecto al primero, señala que la gravedad de la desviación resulta de tal magnitud que es imperativo enervar sus efectos, pues el error conlleva un deterioro en las garantías que integran el debido proceso, que insistir en su subsistencia hace peligrar tales garantías²⁵ –v. gr., la falta de citación al demandado que ha impedido que haga valer sus derechos, habiéndose dictado sentencia condenatoria en su contra–.²⁶ En cuanto al segundo, también hay un apartamiento de las formas procesales, pero de menor gravedad; de ahí que no necesariamente requiere ser declarado inválido, pues habrá que analizar si el acto ha ocasionado efectivamente un perjuicio a la parte interesada.²⁷

La *relevancia* del vicio es, pues, el criterio que define la clasificación entre un acto procesal absolutamente nulo y uno relativamente nulo, o bien entre actos nulos y anulables; los absolutamente nulos o simplemente nulos “se reflejan en la legalidad y justicia del acto del juez y en la eficacia o idoneidad del acto de parte”; los relativamente nulos o anulables “afectan su validez en grado que puede variar según su importancia”.²⁸

Existen, pues, nulidades *saneables*, y esta clasificación atiende a la posibilidad de convalidar el acto, sea por manifestación de las partes o por su silencio. Para Devis

23. Eduardo B. Carlos, “Nulidades procesales”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XX, pp. 538-548.

24. Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal*, pp. 420-421.

25. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 308, quien con precisión absoluta concluye: “La fórmula sería, pues, la de que la nulidad absoluta no puede ser convalidada, pero necesita ser invalidada”.

26. En el mismo sentido, Jaime Azula Camacho, *Curso de Teoría General del Proceso*, p. 383.

27. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 308; en esta clase de nulidad “La fórmula sería la de que el acto relativamente nulo admite ser invalidado y puede ser convalidado”.

28. Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, p. 531, quien toma otros criterios de clasificación: Los vicios también pueden clasificarse como trascendentes e intrascendentes, (p. 532), según afecten o no a la validez del acto; hay nulidades expresas o implícitas, según estén o no previstas en la ley procesal (p. 533); las nulidades pueden también clasificarse en saneables e insaneables, “[...] según que pueda convalidarse o ratificarse la actuación, por la simple manifestación de las partes o su silencio, o que, por el contrario, ese remedio resulte improcedente”; serán totales y parciales, según afecten o no a la totalidad del proceso o solo a un acto determinado (p. 534).

Echandía, las nulidades procesales deben ser –salvo excepciones como la falta de jurisdicción o competencia, por ejemplo–, por regla general, convalidables. Y ello por un motivo de economía procesal, mientras la ley no disponga lo contrario.²⁹

LOS PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA NULIDAD PROCESAL

Al tratar sobre las nulidades procesales, existen ciertos principios que informan la materia, y que deben ser tomados en cuenta por el juzgador al momento de declarar una nulidad. Cabe reiterar que dicha declaratoria tiene como fundamento un error *in procedendo*, pues resulta del apartamiento de las formas que dirigen el proceso, a diferencia del yerro *in iudicando*, que hace referencia al derecho sustancial que se somete a la decisión del juez.

Al enfrentarse a una declaración en tal sentido, el juzgador ha de tener presente en primer lugar cuál es la finalidad primordial del derecho procesal, que es “[...] garantizar la tutela del orden jurídico y por tanto la armonía y la paz sociales, mediante la realización pacífica, imparcial y justa del derecho objetivo abstracto en los casos concretos, gracias al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado a través de funcionarios públicos especializados”.³⁰ Por lo tanto el derecho procesal es un “[...] medio, como un *derecho secundario*, que supone la existencia de normas jurídicas preexistentes que regulan la conducta humana y que habrían sido violadas”.³¹ Este principio ha sido sostenido por la Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones.³²

Lino Enrique Palacio establece tres requisitos a los que se somete la declaratoria de nulidad: 1. Debe existir un vicio en alguno de los elementos que componen al acto procesal; 2. Para que se declare su nulidad, se requiere demostrar interés jurídico;

29. Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, pp. 533-534.

30. *Ibidem*, p. 43.

31. Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, p. 8.

32. A manera de ejemplo, la Res. de 10.04.1984 publicada en la G.J. S. XIV, No. 5, p. 1051 en que la que la Corte Suprema dijo: “[...] Es de dominio universal en el ámbito jurisdiccional que las normas procesales son normas medios, porque sirven de medio para la aplicación o realización de las normas objetivas materiales; y son normas instrumentales, porque sirven de instrumento para la realización del derecho objetivo en los casos concretos. De modo que la naturaleza de las formas procesales no es otra cosa que de la ley procesal, es decir son de derecho público, de orden público e imperativas, sin que esté atribuido a las partes o al juzgador soslayarlas, con grave quebranto del sistema que es la columna vertebral del ordenamiento riguroso procesal, sin el que imperaría la arbitrariedad y el caos en los litigios...”

y, 3. El acto no debe haber sido convalidado.³³ Estos presupuestos anticipan cuáles son los criterios que guían los principios que informan la nulidad procesal.

¿Por qué –y cuándo– es necesario declararla? Como se dijo, en ocasiones anteriores el vicio comporta tal gravedad que compromete las garantías de defensa de los justiciables. No se trata de un tema que –no en pocas ocasiones–, ha sido planteado como la *defensa de meras formalidades*. No se sostiene la existencia de las formas como meros ritos, sino como verdaderas garantías de que el proceso se desarrollará en orden y en resguardo de los derechos de las partes, y en ese sentido deben entenderse las palabras del art. 192 de la Constitución Política de la República (“No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”). Las formas procesales, como advierte Maurino, son necesarias para conservar el orden y la igualdad procesal. Son indispensables porque garantizan el imperio de la justicia.³⁴ Por supuesto, como ya se ha advertido, es preciso distinguir las solemnidades procesales de las meras formalidades, que no son sino simples complicaciones de las formas, y a las que no en pocas ocasiones acuden juzgadores y abogados, unos para no conocer el fondo del asunto sometido a su autoridad, otros para dilatar indefinidamente la tramitación de las causas que defienden.³⁵

EL PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD O LEGALIDAD

Este presupuesto se halla, para De Santo, a la cabeza de los requisitos que confluyen para la declaración de nulidad de un acto procesal,³⁶ o lo que es igual, “no hay nulidad sin ley específica que la establezca” (*pas de nullité sans texte*).³⁷ Esto quiere decir que para declarar una nulidad procesal, el juez ha de estar autorizado expresamente por un texto legal, que contemple la causal de invalidez del acto.³⁸ Ya Couture advirtió que la especificidad debe manejarse cuidadosamente y aplicarse a los casos en que sea estrictamente indispensable, y mediante sus decisiones los jueces tienen el deber de frenar las actuaciones indebidas de quienes buscan declaratorias de nulidad sin mayor motivo.³⁹

33. Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6a. ed. actualizada, p. 389.

34. Alberto Luis Maurino, *Nulidades procesales*, p. 4.

35. Como dijera la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia No. 137 de 01.03.1999, publicada en el R.O.-S 185 de 06.05.1999.

36. Víctor De Santo, *Nulidades Procesales*, p. 46.

37. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, pp. 316-317.

38. En el mismo sentido, la Res. No. 478 de 04.12.2000 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 283 de 13.03.2001.

39. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 317.

El principio de la especificidad no ha de aplicarse, sin embargo, a rajatabla; advierte Maurino junto a Carlos que no puede imperar en forma absoluta. Por supuesto, sería virtualmente imposible que el legislador prevea todos los posibles casos de nulidad en forma expresa, y esta es la orientación que imponen tanto la doctrina como los códigos procesales modernos.⁴⁰ Es necesario entonces dejar al juez cierto margen de libertad para llenar esos vacíos, labor que deberá realizarla con fundamento en las normas que integran el debido proceso, y tomando en cuenta los demás principios que rigen en materia de nulidades, así como los presupuestos procesales necesarios para integrar debidamente la relación jurídico-procesal. Va este precepto de la mano, pues, con el principio de *finalidad*: habrá lugar a la declaratoria de nulidad si el acto procesal no ha podido cumplir con su finalidad específica.⁴¹

PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA

Se ha dicho que la nulidad es la sanción que acarrea la invalidez del acto procesal, cuando en su producción existe un alejamiento de las formas procesales. Ellas están, pues, inevitablemente presentes en el análisis del principio de especificidad; pero la mera desviación de las formas no puede conducir a la declaración de nulidad, de ahí que el art. 192 *in fine* de la Constitución Política de la República claramente prescribe que “no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

Ya que la nulidad acarrea consecuencias para los justiciables –v. gr., la pérdida del tiempo que se ha invertido en el litigio–, el juez ha de ser parco en establecerla.

Por ello, su declaratoria se sujeta, según el art. 352 del Código de Procedimiento Civil, a que concurran estas circunstancias: “1o. Que la omisión pueda influir en la decisión de la causa; y, 2o. Que se haya alegado la nulidad, en la respectiva instancia, por alguna de las partes”.

El principio de trascendencia hace directa relación al perjuicio *real* que ocasiona a los justiciables la nulidad. Si el vicio no afecta a su defensa, no será necesario determinararlo, pues las formas no han sido establecidas para satisfacer “pruritos formales”.⁴²

El art. 344 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano recoge el principio cuando dice que el proceso es nulo, “[...] en todo o en parte, *solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este Código*”.

40. Cfr. Alberto Luis Maurino, *Nulidades procesales*, p. 41.

41. *Ibidem*, p. 43.

42. En este sentido, las resoluciones de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia: No. 472 de 24.11.2000, R.O. 282 de 12.02.2001; No. 229 de 19.06.2001, R.O. 379 de 30.07.2001.

También está relacionado con este principio el de la finalidad del acto procesal. Por regla general, y de conformidad con el mandato contenido en el art. 192 *in fine* de la Constitución, un acto procesal que adolezca de nulidad puede generalmente convalidarse, y la nulidad es una sanción excepcional, que se declara únicamente cuando el acto viciado haya influido en la decisión de la causa. Este principio además tiene directa relación con el derecho al debido proceso y la garantía de acceso a los tribunales de justicia (art. 23 No. 27 de la Constitución).⁴³

EL PRINCIPIO DE CONVALIDACIÓN

En principio, dice Couture, toda nulidad en derecho procesal civil se convalida por el consentimiento.⁴⁴ ¿Cuál es el sentido de tal afirmación? A manera de ejemplo: un recurso no deducido a tiempo o una reclamación extemporánea, hacen que el acto defectuoso se convalide. La ratificación puede ser entonces expresa, si la parte perjudicada ratifica el acto viciado, y tácita o presunta, en cuanto no se solicita la declaratoria de nulidad oportunamente o bien inadecuadamente.⁴⁵ Así lo reconoce el No. 2 del art. 352 del Código de Procedimiento Civil cuando dice que la nulidad debe haber sido alegada en la respectiva instancia, por alguna de las partes.

En el sistema procesal civil ecuatoriano, las partes pueden convenir en prescindir de la nulidad, pero nunca en lo relativo a la falta de jurisdicción del juez, y ello por expresa disposición del art. 349 *in fine* del Código de Procedimiento Civil.⁴⁶

El principio de convalidación tiene directa relación con el de *preclusión*, que es aquella situación procesal que tiene lugar cuando los justiciables no ejercen en forma oportuna o legal los recursos previstos por la ley adjetiva, o bien si incumplen con alguna obligación procesal⁴⁷ –v. gr., el no deducir ninguna reclamación dentro del

43. “[...] El debido proceso se integra por el Juez competente, el adecuado procedimiento y la ley preexistente aplicable en la sentencia que dirime el conflicto. En ese debido proceso, con la finalidad concreta de servir como instrumento o de medio para dirimir los conflictos de intereses o los conflictos de pretensiones que acaecen entre los particulares y el Estado tiene su médula, su espina dorsal, su cuestión interna que hay que descubrir... Es decir, el proceso tiene su estructura, su trámite, sus principios, su fenomenología, su fin, su problemática, que lo hace ciertamente complejo pero interesante...” (Zenón Prieto Rincón, *Casación civil*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1983, p. 12).

44. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 319.

45. Alberto Luis Maurino, *Nulidades procesales*, p. 63.

46. Para el profesor Alfonso Troya Cevallos, no es convalidable la ilegitimidad de personería, “[...] porque conduciría al absurdo de que una persona que no pudo intervenir en el proceso, se encuentre habilitada para sanear su incapacidad, por haberlo así convenido con la parte contraria, siendo parecido el caso de falta de poder” (*Elementos de derecho procesal civil*, tomo II, Quito, Pudeleco Editores, 2002, 3a. ed., p. 739). Sin embargo, los arts. 359 y 360 del Código de Procedimiento Civil reconocen tal posibilidad.

47. Eduardo Pallares, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 1976, p. 606.

término previsto por la ley respecto a una providencia determinada, ocasiona que ésta quede en firme—. Que el proceso deba desarrollarse por etapas es consustancial a su naturaleza. Así como los juicios no pueden desenvolverse desordenadamente, a las partes les es vedado exponer sus reclamaciones fuera del tiempo y forma debidos. Esto, por un obvio principio de seguridad jurídica.⁴⁸

EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN. LEGITIMACIÓN PARA PROPONER LA NULIDAD

En virtud del principio de protección, la nulidad solo puede invocarse cuando en virtud de ella, los intereses de una de las partes o de ciertos terceros a quienes afecte la sentencia, queden en indefensión.⁴⁹ La declaratoria de nulidad únicamente debe darse cuando sea un medio para proteger los intereses jurídicos que han sido lesionados, a partir del apartamiento de las formas procesales.⁵⁰

La consecuencia más importante del principio de protección es que quien ha celebrado el acto nulo a sabiendas o debiendo saber del vicio que lo invalidaba, no puede invocarlo.⁵¹ Es una aplicación del principio *nemo auditur non propiam turpitudinem allegans* (“nadie puede invocar a su favor su propia torpeza”). V. gr., el Código de Procedimiento Civil dispone en el art. 352 que para que se declare la nulidad, por no haberse citado la demanda al demandado o a quien legalmente le represente, será preciso: “1o. Que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos; y, 2o. Que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en el pleito”.

La legitimación también estará otorgada por el interés —que se traduce como el perjuicio efectivamente sufrido— de quien solicita la declaratoria de nulidad. Evidentemente, quien no ha sido afectado por un vicio de esta naturaleza, carece de legitimación para alegar la nulidad, porque no le perjudica.⁵²

Por último, se requiere que la parte que invoca esta declaratoria no haya ratificado expresa o tácitamente el vicio.⁵³ Ello, como consecuencia del principio de convalidación.

48. *Ibidem*, p. 606. En este sentido, véanse las siguientes resoluciones de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil: No. 367 de 08.11.2001, R.O. 490 de 09.01.2002; Res. No. 311 de 11.11.2003, R.O. 352 de 09.06.2004; No. 351 de 04.12.2003, R.O. 358 de 17.11.2004.

49. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 323.

50. *Ibidem*, p. 323.

51. *Ibidem*, p. 323.

52. Como bien acota Alberto Luis Maurino, ello equivaldría a “incentivar las argucias legales y la mala fe procesal”, p. 68.

53. *Ibidem*, p. 69.

Otra situación distinta es la declaratoria de oficio de la nulidad procesal por parte del juzgador, quien, como se verá enseguida, debe velar porque se cumplan con todos los presupuestos procesales necesarios para que el proceso se desenvuelva normal y válidamente.

EL ARTÍCULO 346 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. LAS SOLEMNIDADES SUSTANCIALES COMUNES A TODOS LOS JUICIOS E INSTANCIAS

El art. 346 del Código de Procedimiento Civil dice:

Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias:

- 1a. Jurisdicción de quien conoce el juicio;
- 2a. competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila;
- 3a. legitimidad de personería;
- 4a. citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente;
- 5a. concesión de término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la Ley prescribiere dicho término;
- 6a. notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia; y,
- 7a. formarse el tribunal del número de jueces que la Ley prescribe.

Las solemnidades sustanciales previstas en esta norma son conocidas en doctrina como *presupuestos procesales*: aquellos requisitos necesarios, mínimos, para que pueda constituirse una relación procesal válida,⁵⁴ o como expresa Véscovi, los que se precisan para que pueda constituirse un proceso válido.⁵⁵ Los presupuestos procesales determinan entonces el nacimiento legal del proceso y garantizan su normal desarrollo y conclusión. De ahí que, como se verá más adelante, hacen también relación a las garantías del debido proceso.

54. El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano establece en los arts. 57, 68 y 1007 los requisitos y contenido de la demanda, los documentos que se deben acompañar a ella, y las formalidades requeridas por el Código en la presentación de solicitudes y exposiciones en juicio, respectivamente. Estos requisitos se refieren a presupuestos de admisibilidad ante el órgano judicial. En este sentido señala Alsina: “No basta la interposición de la demanda, sino que también para que la relación procesal sea válida; la sola presencia de las partes no sería suficiente para generarla si carecieren de aptitud para estar en juicio o faltare en el juez la aptitud para conocer del mismo. Tales requisitos no afectan a la acción, pues su ausencia solo impide la constitución de la relación procesal, y no nace, en consecuencia, el deber del juez para actuar en el proceso, debiendo únicamente fundar la razón de su imposibilidad. Por eso se les llama presupuestos procesales”, p. 248.

55. Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, p. 80.

Los presupuestos procesales no deben ser confundidos con aquellos requisitos necesarios para que se dicte una resolución que se adecue a una u otra de las pretensiones deducidas en juicio; estos son los presupuestos *materiales* o *sustanciales* de una sentencia *favorable*.⁵⁶ V. gr., presupuesto procesal del proceso ejecutivo es la existencia de un título ejecutivo; en el proceso penal, para los juicios de acción privada, presupuesto procesal para iniciarlo es la denuncia del ofendido. Mientras los presupuestos materiales o sustanciales se refieren a la declaración de voluntad o sentencia favorable –p. ej., que exista legitimación en la causa, sea en la parte activa o pasiva–,⁵⁷ los presupuestos procesales del proceso son los que condicionan su misma existencia.

Couture⁵⁸ distingue varias *clases* de presupuestos procesales: de la acción, que son la jurisdicción y la competencia (investidura y capacidad del juez); la capacidad de las partes (o *legitimatío ad processum*); de la pretensión, y de validez del proceso.

Como bien anota Véscovi, en un principio se confundió los presupuestos procesales con las excepciones de mérito, y no fueron objeto de estudio independiente hasta los trabajos de von Bülow, quien en 1868 llamó la atención respecto a este equívoco.^{59, 60} Son requisitos sin los cuales una decisión de fondo *válida* es imposible. Así, si un juez incompetente dicta sentencia definitiva, tal decisión es, simplemente, nula.⁶¹

56. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, pp. 88-90; Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, pp. 278-279; Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, p. 82; Jaime Azula Camacho, *Curso de Teoría General del Proceso*, p. 49.

57. Un ejemplo de este presupuesto material es el siguiente: si en un juicio de nulidad de un contrato de compraventa no se cuenta con todos quienes son los llamados a contestar a la pretensión deducida por el actor, el juez estará en la imposibilidad de dictar sentencia de fondo, porque no se puede declarar la nulidad respecto a unas personas y a otras –las que no han participado en el proceso– no. No se trata, como se verá más adelante, de la falta de legitimación procesal o *ad processum*, que sí es, en cambio, presupuesto del proceso, cuya falta ocasiona su nulidad.

58. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 85.

59. *Ibidem*, p. 80.

60. Existen, pues, diferencias con otras figuras como las excepciones, las cuestiones previas y prejudiciales: la prejudicialidad “[...] implica la necesidad de que antes de continuar el proceso se resuelva por otro tribunal (en sentido muy lato, podrían ser por el mismo) determinada situación jurídica que influye, con carácter necesario, sobre la cuestión principal” (Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, p. 85). Respecto a la excepción, Couture señala que es el medio legal para denunciar la falta de un presupuesto procesal. Así, la falta de incompetencia se denuncia mediante la excepción de incompetencia; la incapacidad de las partes (para comparecer al proceso, con la excepción de ilegitimidad de personería; la falta de derecho, con la falta de legitimación en la causa, ver, p. 91); aunque no constituyen, en sentido estricto, excepciones de mérito, pues como Devis Echandía precisa (*Teoría General del Proceso*, p. 373), los presupuestos procesales se distinguen de las excepciones de mérito, en cuanto aquellas atacan al ejercicio del derecho de acción del demandante, mientras éstas abordan directamente a la pretensión del actor.

61. Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, p. 81.

La falta de presupuestos procesales faculta a jueces y tribunales a declarar la nulidad de oficio. El principio, previsto en el art. 349 del Código de Procedimiento Civil, establece que esta facultad corresponde *in genere* a todos los juzgadores, por lo que también en casación, aun cuando no se haya fundamentado debidamente –en la causal segunda del art. 3 de la Ley de la materia– la acusación de que el proceso carece de los presupuestos necesarios para su validez, el tribunal de casación debe declarar de oficio la nulidad si verifica dicha carencia.⁶²

Las solemnidades sustanciales o presupuestos procesales tienen directa relación con el debido proceso. Precisamente, “El derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones” es uno de los derechos fundamentales consagrados en el art. 23, No. 27 de la Constitución Política. Los presupuestos procesales existen porque solo en su presencia son posibles las garantías del debido proceso. A manera de ejemplo: una de las formas en las que el derecho a la contradicción –parte del debido proceso– se hace presente, sucede cuando a las partes se les notifica con el auto de apertura del período de prueba. Cuando se emplaza válidamente al demandado, es posible contar con un legítimo contradictor en el proceso, y al mismo tiempo, se le otorga al accionado el derecho a la defensa, también parte del debido proceso. De esta manera, el proceso *válido* –es decir, el *debido proceso*– cumple con la finalidad establecida en el art. 192 de la Constitución: ser un medio para la realización de la justicia.

La importancia de verificar si el proceso reúne los presupuestos procesales está en la “depuración de nulidades”: así, por ejemplo, el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica⁶³ propone en su art. 33 que el juez o tribunal esté facultado no solamente para declarar de oficio las nulidades absolutas e insaneables, sino también para disponer las diligencias que persigan evitarlas. Se restringen así las causas de nulidad procesal a las taxativamente señaladas por la ley o a las que produzcan indefensión.⁶⁴ Además, con la “audiencia preliminar” (art. 300), se busca también sanear posibles nulidades, con lo que no tiene que esperarse a que se dicte sentencia definitiva, en la que se comprueben y declaren aquellas, con la consiguiente pérdida de tiempo para los justiciables.⁶⁵ Sería conveniente que se adopte este sistema en el Ecuador,

62. En este sentido, véase la Resolución No. 385 de 04.12.2001 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 521 de 25.02.2002.

63. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia, antecedentes, exposición de motivos. Texto del anteproyecto*, Montevideo, 1988.

64. *Ibidem*, p. 30.

65. Véase en detalle las “Bases” del anteproyecto, pp. 53-65. “El saneamiento del proceso supone, en consecuencia, que estas cuestiones, excepciones dilatorias, falta de presupuestos, como la capacidad y aun la legitimación e improponibilidad de la demanda, se planteen (si no se lo hizo antes) en la propia audiencia y sean resueltas por el tribunal mediante lo que constituye un verdadero despacho saneador (sentencia o auto interlocutorio, p. 62).

eso sí, mediante la implementación del proceso civil oral por audiencias, único que posibilita tal debate.

La doctrina, como se dijo, distingue entre presupuestos procesales del *proceso*, de la *demanda* y de la *acción*. Sobre la base de esta distinción, se estudiarán las solemnidades sustanciales previstas en el art. 346 del Código de Procedimiento Civil.

PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN

Para ejercer válidamente el derecho a la acción, o como se le denomina en doctrina con más propiedad, *derecho a la jurisdicción*⁶⁶ (el derecho de toda persona a “acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión”, de conformidad con el art. 24 No. 17 de la Constitución Política), deben concurrir ciertos requisitos.

Cabe anticipar que los presupuestos procesales de la acción no equivalen a *condiciones* para ejercerla. Estas aluden a las circunstancias requeridas para obtener una resolución *favorable*, de conformidad con el derecho sustantivo invocado por el actor. Así, pues, al no concurrir aquellas, la sentencia será negativa a los intereses del accionante.

Los presupuestos procesales de la acción son las condiciones requeridas para *obtener* un pronunciamiento, sea este *favorable* o *desfavorable*, respecto a las pretensiones contenidas en la demanda.⁶⁷ Así, precisa Chiovenda, para que el derecho a la jurisdicción o el derecho a la acción sea eficazmente ejercido, es preciso que exista un órgano estatal –juez o tribunal–, investido de jurisdicción, que tenga competencia para pronunciarse sobre la causa a él sometida, y que las partes “tengan la *capacidad de ser parte* y la *capacidad procesal*”, o sea, la aptitud para comparecer por sí mismas o por intermedio de su representante legal a juicio.⁶⁸

Son presupuestos procesales de la acción, entonces, la jurisdicción y la competencia del juez o tribunal,⁶⁹ así como la capacidad procesal de las partes o *legitimatio ad*

66. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, pp. 33-37; Eduardo Vécovi, *Teoría General del Proceso*, p. 6.

67. Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, p. 40.

68. *Ibidem*, p. 40.

69. Para algunos como Juan Colombo Campbell, *La jurisdicción, el acto jurídico procesal y la cosa juzgada en el derecho chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980, pp. 94-96, cuando faltan estos presupuestos no se requiere siquiera una declaratoria de nulidad, porque se trataría de un acto afectado de tal manera que resulta inexistente.

processum. Coinciden con el criterio de Chiovenda, Couture,⁷⁰ Devis Echandía⁷¹ y Vécovi;⁷² los dos últimos autores añaden como presupuesto procesal de la acción su no caducidad, cuando la ley ha señalado un término para su ejercicio.

La jurisdicción

Jurisdicción proviene etimológicamente del latín *juris dictio*, que significa *decir el derecho*: “Desde ese punto de vista, puede concebirse como la facultad de declarar el derecho”,⁷³ que se ejerce por medio de los órganos establecidos por la Constitución y la ley al efecto. Es en definitiva, la función pública de administrar justicia y ejecutar lo juzgado, la cual ha sido encargada al órgano jurisdiccional del Estado, investido de potestad, poder o *imperium*, para dirimir conflictos jurídicos y en los casos en que las leyes o las partes lo requieran, solemnizar ciertos negocios jurídicos, y para la plena aplicación de esta función, puede imponer el cumplimiento de la decisión tomada inclusive coercitivamente.

Si quien pretende dictar sentencia no está investido de este poder, simplemente no puede ser considerado como juez. Si no es juez, mal puede procurarse que su “decisión” sea ejecutada forzosamente, uno de los elementos que definen la jurisdicción. Recuérdesse lo dicho en líneas anteriores:⁷⁴ se ha sostenido que un acto afectado de tal manera, ni siquiera puede ser considerado como acto procesal, y en consecuencia, no existe, por lo que en estricto sentido, no sería necesaria una declaración de nulidad.

La competencia

La palabra competencia proviene del latín *competere*, que significa atribuir, incumbir, corresponder. En efecto, es la medida en que se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales.

70. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 85, para quien “[...] la capacidad de las partes y la investidura del juez son condiciones mínimas de procedibilidad”. Así, “[...] Los incapaces no son hábiles para accionar, para comparecer en juicio. Lo que ellos hagan no será acción, ni proceso. Los no jueces no tienen jurisdicción; quienes acudan ante ellos no lograrán nunca hacer nada que llegue a adquirir categoría de acto jurisdiccional...”

71. Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, p. 274.

72. Enrique Vécovi, *Teoría General del Proceso*, p. 81.

73. Jaime Azula Camacho, *Curso de Teoría General del Proceso*, p. 161, quien advierte junto a Bonjean que el vocablo “[...] tiene un campo de aplicación extenso, pues se refiere tanto al legislativo como al judicial, por cuanto decir derecho es reglamentar las relaciones sociales, sea creando o aplicando la norma. Empero, específicamente considerada, solo puede aludir a la facultad del Estado atribuida a uno de los órganos con la finalidad exclusiva de administrar justicia”.

74. *Ut supra*, acápites “Existencia vs. inexistencia de un acto procesal”.

Por *factores de competencia* se entienden las reglas que emplea la ley para determinar cuál es el juez o tribunal que, en concreto, debe conocer un asunto determinado. Su fundamento radica en la necesidad de distribuir el trabajo de manera equitativa entre los tribunales, así como el asignar a ciertos jueces materias que por su contenido requieren de cierta especialización. Coincide con este criterio el profesor ecuatoriano Alfonso Troya Cevallos: “ciertamente, por más que todos los jueces se hallen investidos de jurisdicción, no pueden conocer de cualquier asunto; solo pueden juzgar aquellos casos en los que concurren las circunstancias que los factores de distribución de la competencia convergen”.⁷⁵

La competencia de los jueces se limita en razón de la materia, los fueros, el territorio y los grados, según señala el art. 1 del Código de Procedimiento Civil. Pero algunos de estos límites pueden ser traspasados por excepción —en consecuencia, la división de la jurisdicción en propia y prorrogada—;⁷⁶ jurisdicción prorrogada, dice el art. 3 del Código de Procedimiento Civil “es la que ejercen los jueces sobre las personas o en asuntos que, no estando sujetos a ellos, consienten en sometérselos o les quedan sometidos por disposición de la Ley”

La competencia, entonces, no es un fenómeno procesal inamovible, rígido. De ahí que el mismo Código de Procedimiento Civil reconoce que la competencia de los jueces que ejercen jurisdicción ordinaria es prorrogable, de conformidad con lo que dispone la ley, aun contra el principio de la estabilidad y firmeza de la competencia, para agilizar la administración de justicia.⁷⁷ Ahora bien, la competencia es únicamente prorrogable en razón del territorio,⁷⁸ en los casos y formas permitidos por la ley (arts. 6 a 12 del Código de Procedimiento Civil); por ello, en caso de no verificarse esta prorrogación, o si un juez actúa sin ser competente en razón de la materia, el grado y el fuero de quienes intervienen como partes, el proceso será nulo. En estos tres últimos casos, no será convalidable el vicio. Lo mismo, para el caso en que no se haya verificado de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil la prorrogación en razón del territorio, siempre y cuando conste del proceso que

75. Alfonso Troya Cevallos, *Elementos de derecho procesal civil*, p. 271.

76. Víctor Manuel Peñaherrera, *Lecciones de derecho práctico, civil y penal*, tomo I, Quito, Editorial Universitaria, 1958, p. 149.

77. Armando Cruz Bahamonde, *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*, vol. V, Guayaquil, Edino, 2001, 2a. ed., p. 71.

78. El inciso final del art. 12 del Código de Procedimiento Civil decía: “Se prorroga, asimismo, la competencia de los jueces ordinarios, si, habiéndose propuesto ante ellos una demanda propia de un juzgado privativo, en lo civil o comercial, el demandado no ha alegado expresamente esta falta, dentro del término de deducir excepciones”. Hoy este inciso no tiene aplicación práctica, toda vez que los juzgados de primera instancia en materia comercial fueron eliminados de la organización jurisdiccional. Cabe preguntar si fue esta la razón que motivó al codificador a eliminar, del vigente Código, la referencia a esta disposición.

se ha reclamado por tal defecto, y que –de conformidad con el principio de trascendencia–, se haya ocasionado verdadera indefensión al reclamante.⁷⁹

La competencia es un presupuesto procesal de la acción, considerada como la capacidad del juez, investido de jurisdicción, para actuar en el caso concreto que se somete a su autoridad; es una solemnidad sustancial, cuya falta acarrea la nulidad del proceso y en nuestro ordenamiento jurídico, los jueces están obligados a declararla aun de oficio (art. 349 del Código de Procedimiento Civil).

Un caso de necesaria mención en materia de nulidades procesales: la legitimación procesal o “legitimatio ad processum”

Por *parte procesal* se entiende, en estricto sentido, aquella que solicita la actuación de una voluntad de la ley, para sí o para otro que representa, y “[...] aquel frente al cual –el juez– es pedida”.⁸⁰ Con esta idea, Chioyenda expresa que el concepto se deriva del proceso y de la relación procesal, por quien “presenta” la demanda. En consecuencia, es necesario desvincularlo de la relación sustantiva debatida, porque bien puede suceder que quien interviene en el proceso, no sea el titular del derecho sustantivo que invoca. Si estos dos conceptos se identificaran, se obtendría como resultado que, en caso de ser rechazada la pretensión deducida en juicio, quien la dedujo, finalmente, no tendría la calidad de *parte procesal*.

No en pocas ocasiones se confunde entre legitimación procesal o *legitimatio ad processum* con legitimación en la causa o *legitimatio ad causam*,⁸¹ por lo que es necesario hacer referencia, aunque sea somera, a lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido en lo que concierne a este tema. En varias sentencias,⁸² la

79. Véase en este sentido, las resoluciones de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia: No. 250 de 23.03.1998, publicada en el R.O. 319 de 18.05.1998; No. 37 de 25.02.2002, R.O. 574 de 13.05.2002.

80. Giuseppe Chioyenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, p. 374.

81. Algunos como Armando Cruz Bahamonde sostienen que la *legitimatio ad processum* se relaciona no solo con la capacidad de la persona para ser parte de un proceso, “capacidad que, por un lado, justifica la capacidad civil para intervenir en el mismo”, sino también el llamado “interés en la causa”: “Así, si alguien comparece a un juicio de partición, de un lado debe demostrar ser mayor de edad, en ejercicio de sus derechos civiles y, de otro lado, que por algún título –heredero, donatario, acreedor, etc.– se encuentra legalmente justificada su presencia en el juicio, sin que trascienda la posición que adopte dentro del mismo –actor, demandado o tercero– que, para aquella justificación, poco o nada importan”, p. 56. El ejemplo confunde la legitimación procesal con la *legitimatio ad causam*. El principal defensor de esta teoría es Ugo Rocco, *Derecho Procesal Civil*, vol. 1, México, Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil, Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 290, la cual ha sido criticada porque confunde la calidad de parte con la titularidad del derecho invocado (Cfr. Jaime Azula Camacho, *Curso de Teoría General del Proceso*, pp. 250-251).

82. Entre otras: No. 405 de 13.07.1999, R.O. 273 de 09.09.1999; No. 516 de 15.10.1999, R.O. 335 de 09.12.1999; No. 314 de 25.07.2000, R.O. 140 de 14.08.2000.

Primera Sala de lo Civil y Mercantil ha señalado nítidamente la distinción entre ambos conceptos:

Respecto a la legitimación procesal o legitimatio ad processum:

[...] Una persona puede comparecer como parte a juicio, por sus propios derechos o en representación de otra (sea natural o jurídica); pero para que los actos procesales que realice produzcan efectos jurídicos, debe ser capaz de comparecer como lo ha hecho. Por lo tanto, la ilegitimidad de personería o falta de “legitimatio ad processum” se produce cuando comparece a juicio: 1. Por sí solo quien no es capaz de hacerlo (“la capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”: art. 1448 [1461 en la vigente codificación] inciso final del Código Civil); 2. El que afirma ser representante legal y no lo es (“Son representantes legales de una persona, el padre o la madre bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el art. 589 [570]”: art. 28 del Código Civil); 3. El que afirma ser procurador y no tiene poder (“Son procuradores judiciales los mandatarios que tienen poder para comparecer a juicio”: art. 40 [38] del Código de Procedimiento Civil); 4. El procurador cuyo poder es insuficiente; y, 5. El que gestiona a nombre de otro y éste no aprueba lo hecho por aquél, pues se puede comparecer a juicio a nombre de otro sin poder, pero con oferta de ratificación (gestión de negocios), conforme lo ha resuelto ya esta Sala en casos anteriores, como la sentencia dictada en el juicio No. 604-95, y publicada en el Registro Oficial No. 39 de 2 de octubre de 1998. Cuando existe ilegitimidad de personería, generalmente cabe ratificación de la parte, con lo cual se convalidan los actos realizados por la persona que carecía de capacidad para comparecer a juicio (arts. 368 [359] al 371 [362] del Código de Procedimiento Civil)...

En las mismas sentencias, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil ha dicho que es preciso distinguir lo que es la ilegitimidad de personería de lo que es la falta de legítimo contradictor, o falta de legitimación en la causa (*legitimatio ad causam*),

[...] que consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues frente a ellos la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial. ... Por otra parte, la legitimación en la causa o *legitimatio ad causam* determina no solo quienes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además, quienes deben estar presentes para que sea posible esa decisión de fondo. Se habla de *necesarios contradictores*, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurren determinadas personas (como litisconsortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las peticiones de la demanda sea posible. Esto no significa que siempre sea necesaria la presencia en el proceso de todos los sujetos legitimados para el caso concreto, sino que en algunos casos la ausencia en él de ciertas personas impide la decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda. Es decir, no existe debida legitimación en la

causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquéllos debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso” [Hernando Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal*, tomo I, *Teoría General del proceso*, Bogotá, Editorial ABC, 1996, 14a. ed., pp. 268-269].

A continuación (p. 269) el citado autor dice:

... puede suceder que el demandante y el demandado estén legitimados para obrar en la causa y que su presencia en esas condiciones sea correcta, pero que por mandato legal expreso o tácito no tengan ellos solos el derecho a formular tales pretensiones o a controvertir la demanda. En este caso la legitimación estaría incompleta y tampoco será posible la sentencia de fondo. Se trata de litisconsorcio necesario... Como ejemplos pueden mencionarse las demandas de nulidad o rescisión de un contrato, que deben comprender a quienes figuran como partes en el mismo contrato y a sus causahabientes a título singular o universal (compradores o cesionarios del primer comprador), ya que la decisión produce efectos contra todos...

Finalmente, Devis Echandía, en la obra antes citada, p. 336, afirma:

Para nosotros, la debida formación del necesario contradictorio es un problema de legitimación en la causa; cuando no está debidamente integrado, habrá una legitimación en la causa incompleta que impedirá sentencia de fondo... Lo anterior significa que la falta de integración adecuada del litisconsorcio necesario, nunca es causal de nulidad del proceso, sino motivo de sentencia inhibitoria...

En consecuencia, si en el proceso no existe legitimación en la causa o *legitimitio ad causam* –institución que también es conocida en el sistema jurídico ecuatoriano como la del “legítimo contradictor”–, dicha falta no sería nunca causal para declarar la nulidad de un proceso, sino únicamente motivo para que el juez dicte sentencia inhibitoria, porque estaría impedido de pronunciarse sobre el fondo del asunto; no así en el caso de la legitimación procesal o *legitimitio ad processum*, cuya falta ocasiona la nulidad procesal y debe ser declarada aun de oficio, porque no puede configurarse la relación jurídico-procesal *válida* necesaria en el juicio (actor-demandado-juez que dicta resolución).

PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA DEMANDA

Constituyen los requisitos necesarios para que la demanda sea aceptada a trámite, en la terminología que emplea el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano; en

otras palabras, para que sea *admisible*, en el sentido de que pueda ser conocida por el juzgador. A estos presupuestos también se les denomina *de iniciación*;⁸³ la demanda adquiere entonces el carácter de “acto idóneo” que tiene capacidad para impulsar un proceso –aunque no para constituirlo como tal, ya que el proceso existe únicamente cuando la demanda haya sido admitida a trámite y comunicada a la otra parte, mediante citación–.⁸⁴

Entonces, si se considera a la demanda como “el acto típico y ordinario de iniciación procesal o, dicho con más extensión, aquella declaración de voluntad de una parte por la cual ésta solicita que se dé vida a un proceso y que comience su tramitación”,⁸⁵ debe reunir ciertos requisitos –como se dijo, los previstos en los arts. 67, 68 y 1007 del Código de Procedimiento Civil–.

La demanda, como acto que da inicio al proceso, ha de reunir requisitos *subjetivos, objetivos* y de *actividad*.⁸⁶ En el primer grupo, según precisa Guasp, se comprenden: a) que la demanda o querrela sea formulada ante juez competente; y b) que el demandado goce de suficiente capacidad o bien sea debidamente representado. En el segundo grupo: b) que la pretensión en ella deducida sea *posible* o idónea, sea porque merece tutela jurídica o bien porque el interesado así lo requiere, “[...] aunque no sea más que del carácter de estricto acto procesal que la demanda tiene”. Finalmente, el tercer grupo concierne a requisitos tales como el lugar –de la sede del órgano jurisdiccional a la que está dirigida la demanda–, el tiempo –presentación en días y horas hábiles– y el idioma.⁸⁷ Lo que la doctrina ha dado en llamar como *debidamente demandada*, incluye también el cumplimiento de los requisitos de forma y la presentación de los documentos que la ley exige para ciertos casos⁸⁸ y que en el sistema procesal ecuatoriano, están referidos en los artículos antes citados.⁸⁹

83. Cfr. Jaime Azula Camacho, *Curso de Teoría General del Proceso*, p. 51.

84. Esta ha sido la tesis sostenida por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil: Resolución No. 3 de 14.01.1999, publicada en el R.O. 142 de 05.03.1999, y en la Gaceta Judicial Serie (G.J. S, en adelante) XVI, No. 14, pp. 3954-3958, con la que se concuerda. En contra, la sentencia de fecha 17.09.1998 (juicio No. 130-97) de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en la que se argumenta que existe un proceso con la sola presentación de la demanda, sin que sea necesaria su calificación y citación a la contraparte.

85. Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, tomo I, Madrid, Civitas, 1998, 4a. ed., p. 281.

86. *Ibidem*, pp. 284-286.

87. *Ibidem*, p. 286.

88. *Ibidem*, p. 286.

89. Art. 67. “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;
4. La cosa, cantidad o hecho que se exige;
5. La determinación de la cuantía;

PRESUPUESTOS PROCESALES DEL PROCESO

La citación con la demanda al demandado o quien le represente

La doctrina⁹⁰ señala como presupuesto procesal del procedimiento el emplazamiento válido. La afirmación, como advierte Couture, es *–prima facie–* correcta, pero plantea esta interrogante: ¿Y si el motivo de nulidad no fue impugnado por la parte afectada cuando debía hacerlo? ¿Se convalidaría la falta de citación? Quien podía impugnar la nulidad y no lo hizo en el tiempo y forma debidos, ¿ratifica el acto con su consentimiento?⁹¹

La interrogante y su respuesta también admiten variantes: en efecto, supóngase que quien no fue citado debidamente, pero comparece a juicio y manifiesta “que conoce determinada petición o providencia, o se refiere a ella en escrito o en acto del

-
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.”

Art. 68. “A la demanda se debe acompañar:

1. El poder para intervenir en el juicio, cuando se actuare por medio de apoderado;
2. La prueba de representación del actor si se tratare de persona natural incapaz;
3. La prueba de la representación de la persona jurídica, si ésta figurare como actora;
4. 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,
5. Los demás documentos exigidos por la ley para cada caso.”

Art. 1007. “Siempre que se presente una demanda, solicitud, pedimento, alegato o cualquiera otra exposición, pertinente a un juicio, la parte que la presente está obligada a acompañar, autorizada con su firma y con la del abogado que la patrocina, tantas copias como partes intervengan en el juicio, para ser entregados a cada una de dichas partes, previa certificación, que pondrá el secretario, respecto de la exactitud de tales copias.

Lo mismo se observará cuando se presente nóminas de testigos.

El actuario no recibirá escrito alguno que no se presente acompañado de las copias que determina este artículo y, si de hecho lo recibe, no se le dará curso hasta que se presenten las copias; pero en todo caso se pondrá la fe de presentación.

Si en una causa o procedimiento judicial hubiere más de cinco partes, excluida la que presenta el escrito, se acompañarán cuatro copias, para que sean entregadas a cada una de las que hubieren sido designadas por sorteo que, por una sola vez, se practicará al iniciarse el procedimiento, dejando constancia en acta suscrita por el juez y el secretario, si lo hubiere.

Si cada parte se compusiere de dos o más personas, se acompañará una sola copia para éstas, que se entregará a cualquiera de ellas o al procurador común. Igual cosa se observará cuando varios interesados estuviesen en el caso de constituir un solo procurador, haya o no orden judicial al respecto, pero que se la expedirá necesariamente en los casos y con los efectos previstos por la ley.

No se acompañará copia cuando la parte o partes hubieren sido declarados rebeldes y, en general, en los casos en que no deban ser notificados.”

90. Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, p. 82.

91. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 87.

cual quede constancia en el proceso” (art. 84 del Código de Procedimiento Civil), se le considera como citado o notificado en la fecha (debería decirse *desde*) de presentación del escrito o del acto al que ha concurrido; pero si no ha tenido oportunidad de conocer del emplazamiento formulado en su contra –y siempre que dicha falta le haya impedido ejercer su defensa en el proceso–, éste debe ser declarado nulo, porque no se ha constituido válidamente la relación jurídica procesal, respecto a la cual el juez pueda dictar sentencia válida.

Es común que los litigantes aleguen, cada uno por su lado, que se ha practicado válidamente una citación o que no, y que en este último caso ello les ha impedido ejercer su derecho a la defensa. La afirmación expresada en cada caso debe ser considerada con sumo cuidado por el juzgador. Así, se puede admitir en principio que una citación realizada por la prensa, que reúne las condiciones previstas en el art. 82 del Código de Procedimiento Civil, es “válida”. Mas, como reflexionó en sentencia de 11.02.1999⁹² la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, dadas las características de estos avisos, que son publicados en espacios reducidos, es prácticamente imposible que el demandado tome debida noticia del emplazamiento. Esta es una práctica que debería ser regulada con suma exigencia.

El juramento al que se refiere el art. 82 del Código de Procedimiento Civil se remite a la imposibilidad de determinar la individualidad del domicilio: no basta con declarar que se lo desconoce sino que se debe declarar bajo juramento que ha sido *imposible determinarlo*. Si se declara únicamente que se desconoce el domicilio y la citación se realiza por la prensa, tal emplazamiento será nulo.⁹³

¿Cuál es, entonces, la naturaleza de la citación? La Res. 258 de 11.07.2001⁹⁴ lo establece con claridad: es un presupuesto procesal fundamental, previsto en el art. 346 del Código de Procedimiento Civil, cuya falta puede convalidarse siempre que se cumplan los requisitos previstos por la ley.

Los demás presupuestos del proceso

Para Devis Echandía,⁹⁵ son presupuestos del proceso, además de la citación a los demandados y terceros que ordene la ley:⁹⁶ 1. la práctica de ciertas medidas preven-

92. Res. No. 83, publicada en el R.O. 159 de 29.03.1999 y en la G.J. S. XVII, No. 1, pp. 29-37. En este sentido, véase también la Res. No. 59 de 24.04.1996 de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, publicada en el R.O. 1.006 de 08.08.1996.

93. Fallos de triple reiteración publicados en la G.J. S. XVII, No. 8, pp. 2243-2249.

94. R.O. 416 de 20.09.2001.

95. Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, pp. 276-277.

96. Un ejemplo de este caso está dado por el art. 6 de la codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría Gene-

tivas que deben practicarse antes de la notificación al demandado; 2. la no caducidad o perención de la instancia o del proceso por inactividad de las partes; 3. el cumplimiento de los trámites procesales “en el orden establecido para la ley en cada proceso”; 4. determinar la vía en la que se sustanciará la causa; 5. “la ausencia de causa de nulidad en el curso del proceso”.

La no concesión de término probatorio cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la Ley prescribiere dicho término (art. 346 No. 5 del Código de Procedimiento Civil) es una falta que, sin duda, coloca a la parte afectada en indefensión, pues le impide exponer sus motivos de defensa en esta etapa, la cual puede decidir el curso del litigio.⁹⁷ Evidentemente, el afectado debió haber solicitado que se abra el término probatorio y requerido al juez o tribunal por dicha falta, pues no podrá aducirla posteriormente. No reclamar por esta omisión equivale a subsanarla—recuérdense los principios de preclusión y convalidación—. También es importante resaltar que es la única solemnidad sustancial que no puede ser declarada de oficio, según el art. 349 del Código de Procedimiento Civil.

Lo mismo cabe decir respecto a la notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia: quien no es notificado, no puede ejercer su derecho a la defensa. En el primer caso, no poder actuar la prueba que justifique sus asertos; en el segundo, no poder presentar contra la sentencia los recursos que prescribe la ley para cada caso.

Finalmente, en cuanto al último presupuesto procesal previsto en el art. 346 del Código de Procedimiento Civil (“Formarse el tribunal del número de jueces que la Ley prescribe”), Cruz Bahamonde bien observa que en ninguna disposición legal se establece cuál es el número de jueces que deben integrar las salas de las cortes superiores, pero por la definición que de la palabra “tribunal” trae el *Diccionario de la Lengua Española*, se entiende que debe ser de tres o más jueces. Expresamente, respecto del máximo tribunal de justicia del país, trata el art. 12 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, recientemente reformado,⁹⁸ mas no existen disposiciones semejantes para la integración del número de jueces que conforman las salas de las cortes superiores, tribunales distritales y tribunales penales.

ral del Estado, que dispone citar al Procurador o a su delegado en el caso de cualquier procedimiento o proceso judicial o extrajudicial que se siga en contra del Estado, cuando la entidad estatal demandada carezca de personalidad jurídica.

97. En este sentido, la Res. No. 272 de 19.07.2001 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 418 de 24.09.2001.

98. Ley No. 1, R.O. 26 de 26.05.2005. En detalle, sobre la actual integración del máximo tribunal de justicia, véase a Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2005, 1a. ed., pp. 56-61.

Normas que deben tomarse en cuenta respecto a la debida integración de los tribunales, son las previstas en los arts. 54 (resolución de la causa por los ministros ante quienes se hizo la relación de la causa, y llamamiento a los conjuces en caso de pérdida o suspensión de jurisdicción), 61 (nombramientos de conjuces permanentes y su actuación en caso de reemplazo de los titulares), 203 (resolución de la causa por conjuces permanentes) de la Ley Orgánica de la Función Judicial, entre otras disposiciones, citadas más adelante (arts. 864 y 888 del Código de Procedimiento Civil).

Finalmente, cabe anotar que el art. 350 del Código de Procedimiento Civil dispone que es obligación de los jueces “superiores” dictar sentencia de fondo, cuando la nulidad provenga de composición irregular del tribunal o de defecto en la intervención de los jueces. Debe entenderse que esta norma queda para aquellos casos en los que la Corte Suprema actúa como tribunal de segunda instancia, pues la tercera instancia fue eliminada por las reformas constitucionales de diciembre de 1992.

OTRAS DISPOSICIONES QUE SE REFIEREN A NULIDADES

Sin pretender agotar el tema, se señalan a continuación otras disposiciones en el Código de Procedimiento Civil que se refieren a nulidades procesales:⁹⁹

Art. 265. La omisión de nombramiento de intérprete, cuando haya que examinar a los que ignoren el idioma castellano, o a los mudos que no sepan escribir, causará la nulidad de la respectiva diligencia.

Art. 472. El remate [en el juicio ejecutivo] será nulo y el juez responderá de los daños y perjuicios:

- 1o. Si se verifica en día feriado o en otro que no fuese el señalado por el juez;
- 2o. si no se hubieren publicado los avisos que hagan saber al público el señalamiento del día para el remate, la cosa que va a ser rematada y el precio del avalúo; y,
- 3o. si se hubieren admitido posturas presentadas antes de las dos o después de las seis de la tarde del día señalado para el remate.

Art. 473. Esta nulidad [del remate] solo podrá ser alegada antes de que se dicte el auto de adjudicación de los bienes rematados. El juez resolverá sobre ella y, de decidir que no existe nulidad, en el mismo auto hará la adjudicación. De lo que resuelva, podrá ape-

99. No se tratará en este trabajo, por sus propias limitaciones temáticas, sobre las disposiciones contenidas en los arts. 347 (solemnidades sustanciales del juicio ejecutivo) y 348 (solemnidades sustanciales del juicio de concurso de acreedores). Puede consultarse al respecto, in extenso, la obra de Armando Cruz Bahamonde, *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*, pp. 267-274.

larse para ante la Corte Superior, la que fallará por el mérito del proceso y de cuyo fallo no se admitirá recurso alguno.

Art. 552. No puede celebrarse convenio con el fallido, sino en junta de acreedores, y después de haberse cumplido las formalidades que quedan prescritas.

El convenio no puede tener lugar si no es aprobado por una mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los acreedores con derecho a votar en la junta, que reúnan las tres cuartas partes de los créditos representados por la totalidad de acreedores; o por la mayoría de las tres cuartas partes de la totalidad de dichos acreedores, que reúnan las dos terceras partes de la totalidad de los créditos.

El convenio deberá ser firmado, so pena de nulidad, en la misma sesión en la que se celebra.

Art. 560. Es nulo, aun con respecto al fallido:

- 1o. Todo convenio que haga algún acreedor con el fallido o con cualquiera otra persona, estipulando ventajas a su favor en razón de su voto en las deliberaciones del concurso; y,
- 2o. todo convenio celebrado por cualquier acreedor después de la cesación de los pagos, estipulando alguna ventaja para sí a cargo del activo del fallido.

En los casos de este artículo, el acreedor será condenado a restituir, a quien corresponda, los valores recibidos, sin perjuicio de la pena prescrita en el Código Penal.

Art. 561. El convenio [en el concordato] aprobado no puede anularse sino:

- 1o. Por la condenación superveniente del fallido como quebrado fraudulento; y,
- 2o. por causa de dolo, resultante de ocultación o disimulación del activo o de exageración del pasivo, descubierto después de la aprobación del convenio.

La nulidad liberta a los fiadores del convenio.

Art. 622. Practicadas las diligencias, el juez pronunciará sentencia, en la que, atendidas las formas exteriores del testamento, declarará si es válido o nulo. En el primer caso, mandará se lo publique y protocolice, se den copias a los interesados, si las pidieren, y se inscriba la primera de ellas o cualquiera otra, a falta de aquella.

En la misma sentencia, señalará día y hora para la lectura del testamento. El día y hora designados, en presencia de los interesados concurrentes, abrirá el pliego, se impondrá secretamente del contenido del testamento y mandará al secretario lea públicamente las cláusulas respecto de las cuales el testador no hubiese dispuesto se guarde reserva. Se sentará acta de esta diligencia, y la firmarán el juez, los interesados presentes y el secretario.

Art. 628. Si se demanda la nulidad de un testamento, se sustanciará el juicio por la vía ordinaria, sin que se suspendan las diligencias necesarias para asegurar los bienes y formar el correspondiente inventario.

Art. 720. Legítimo contradictor, en el juicio de paternidad, es el padre contra el hijo o el hijo contra el padre; y en el de maternidad, la madre contra el hijo, o el hijo contra la madre.

Si en el juicio se trata de la paternidad, el padre debe intervenir en él, so pena de nulidad.

Art. 864. Los ministros, jueces y demás empleados de justicia que fueren recusados, no intervendrán en la causa principal, hasta que se falle sobre la recusación la cual se sustanciará en cuaderno separado.

En caso de que se contraviniera a lo dispuesto en el inciso primero, los actos que se hubieren ejecutado antes de que cause ejecutoria el fallo que se pronunciare en los incidentes de inhibición o recusación, serán nulos y de ningún valor.

La multa establecida en el Código Penal, por delito de usurpación de atribuciones, y la declaración de nulidad serán decretadas por el juez que conoce del incidente de inhibición o recusación.

Art. 888. El juez de primera instancia que no pueda asistir al despacho, por tener que ausentarse, o por enfermedad, licencia u otro motivo justo, pasará, sin pérdida de tiempo, un oficio al subrogante, quien procederá a despachar, sin entrar en la calificación del motivo. Si actuare sin recibir el oficio, el proceso será nulo.

Art. 989. La numeración de las fojas de los procesos se expresará en letras; y si fuere necesario corregirla, se dejará legible la anterior, y se salvará la enmendadura. Por la omisión de este deber, incurrirá el actuario en multa de diez a cincuenta sucres, sin perjuicio de cualquier responsabilidad legal. Estas sanciones excluyen la nulidad procesal.

EL ARTÍCULO 1014 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL: LA VIOLACIÓN DE TRÁMITE

La nulidad procesal puede ser declarada por la omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias (arts. 344 y 346 del Código de Procedimiento Civil), o bien cuando exista violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando (art. 1014 *ibídem*).

El art. 344 del Código de Procedimiento Civil dice que: “Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 1014 el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este Código”. La frase *Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 1014* no ha de interpretarse literalmente, en el sentido de que lo señalado por esta norma es una mera aplicación o concordancia del principio contenido en el art. 344.¹⁰⁰

El art. 1014 del Código de Procedimiento Civil dice:

100. Al respecto, véase a Juan Isaac Lovato, *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2002, 1a. ed., p. 206.

La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa, observando en lo demás, las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los arts. 346, 347 y 348.

En consecuencia, no está facultado a las partes, escoger a su arbitrio la vía o trámite procesal que ha de seguirse para el juzgamiento de sus pretensiones.

Para que se declare la nulidad por violación de trámite, la infracción “[...] ha de ser determinante de la parte dispositiva del auto o sentencia, de manera que si el vicio no tiene relieve en la resolución, como en el presente caso porque únicamente hay una referencia inexacta a la norma legal, no procede casar el fallo por esta razón...”¹⁰¹ En este mismo sentido, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil dijo en sentencia de 27.09.2001¹⁰² que en el caso de la violación de trámite, la declaratoria de nulidad está siempre condicionada a los principios de trascendencia y de convalidación.

Evidentemente, la nulidad debe declararse cuando influye en la decisión de la causa y si ha causado un perjuicio directo a una de las partes procesales. Se viola el trámite cuando no se haya seguido el procedimiento indicado por las leyes procesales, o si se ha seguido una vía distinta de la que la ley prescribe.

La Corte Suprema¹⁰³ también ha dicho que la violación de trámite no es

[...] una simple formalidad sino algo sustantivo a cada caso, cuestión que no está atribuida a la voluntad de las partes ni del juez sino a regulaciones legales que, atañen al orden público. La Ley, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan que las normas procesales son normas medios, porque sirven de medio para la aplicación de las normas objetivas materiales y, además son instrumentales, porque sirven de instrumentos para la realización del derecho objetivo en casos determinados, singulares y concretos. De ahí que, en definitiva, el derecho procesal es un derecho público formal, instrumental y de medio, autónomo, de superlativa importancia y de imperativo cumplimiento...

CASOS DE VIOLACIÓN DE TRÁMITE

Se produce violación de trámite en los casos establecidos taxativamente en la ley, aunque se haya advertido, ya que el juzgador debe tener cierta libertad para declarar-

101. Res. No. 144 de 29.03.2001 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 352 de 21.06.2001.

102. Res. No. 311, juicio No. 213-2001 (declaración de unión de hecho seguido por Sánchez).

103. Res. No. 52 de 23.04.1996 de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 23 de 11.09.1996.

la, siempre y cuando dicha decisión tome en cuenta los principios de *trascendencia*, *finalidad*, *protección* y *convalidación* que rigen en la materia. Las formas procesales tienen como objetivo garantizar el debido proceso; por ello, la existencia de ciertos vicios puede impedir el derecho de defensa en juicio, aun cuando la ley no los determine expresamente,¹⁰⁴ y no solo a petición de parte, sino de oficio, como lo reconocen el art. 349 y el propio art. 1014 del Código de Procedimiento Civil, y deben ser declarados para evitar aquel peligro.

Algunos casos en los cuales el máximo tribunal de justicia del país se ha pronunciado respecto a la violación del trámite que debía darse a la causa, son los siguientes:

Improcedencia o procedencia de la acción: En sentencia de 28.05.1974,¹⁰⁵ la quinta sala de la Corte Suprema dijo que la excepción de improcedencia o procedencia de la acción no son relativos al trámite que debe seguirse a la causa, sino que atañe al fondo de la controversia; solamente habrá nulidad procesal “[...] cuando en la organización del proceso se ha faltado a alguna de las solemnidades comunes a todos los juicios e instancias” nulidad que puede ser declarada de oficio “[...] desde el momento en que (el Tribunal) descubre que el proceso es nulo”.

Violación del trámite por falta de posesión de peritos y no presentación de informes periciales: En esta causa,¹⁰⁶ la Corte consideró que se infringió el trámite inherente a la sustanciación de la causa, por cuanto los peritos nombrados por la parte demandada, no se posesionaron ni presentaron su informe, designándose como perito único al que fue nominado por la parte actora, violándose el trámite previsto en el Código de Procedimiento Civil.

Esta resolución merece criticarse, ya que en virtud del principio de trascendencia, no cabe anular todo el proceso cuando solo un acto procesal adolece de nulidad, a menos que dicho vicio haya influido en la decisión de la causa. El juez tiene la obligación de no considerar la “prueba” así incorporada al proceso; si efectivamente se produjeron vicios en su producción, la declarará inválida, sin que esta declaratoria afecte al resto del proceso.

104. Enrique Vescovi, *Teoría General del Proceso*, p. 264.

105. G.J. S. XII, No. 6, p. 1285.

106. Resolución de 31.08.1988 publicada en el Prontuario de Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, No. 1, p. 78.

Sentencia dictada dentro de un proceso de jurisdicción voluntaria: En fallo de 07.12.1988,¹⁰⁷ la Corte Suprema consideró que el proceso de terminación de unión de hecho por la voluntad de uno de los convivientes, termina con la notificación al otro conviviente de esa voluntad, en los términos que señala el art. 5 letra b) de la Ley que regula las uniones de hecho [en la actualidad, la norma está codificada como art. 226 del Código Civil]. Por lo tanto, con tal notificación,

[...] termina el asunto, que propiamente es de jurisdicción voluntaria y no requiere pronunciamiento de mérito del Juez que interviene, sin perjuicio, naturalmente de que los interesados puedan hacer valer sus derechos por separado, en los términos del último inciso del art. 4 del Código de Procedimiento Civil. Dictar sentencia en el caso y, peor, expedirla sin controversia formal, ni proceso ni prueba alguna, como lo ha hecho el Juez inferior, constituye, sin duda, violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto y da lugar necesariamente a la declaratoria de nulidad, de oficio o a petición de parte, conforme al art. 1067 [1014] del Código de Procedimiento Civil...

*Violación de trámite en asuntos de desahucio:*¹⁰⁸ En esta causa, el tribunal de casación¹⁰⁹ estableció que el juez de inquilinato violó el trámite inherente a la naturaleza de esta causa por sustanciar el desahucio propuesto, por vencimiento del plazo según las normas procesales aplicables a los desahucios calificados por transferencia de dominio o por derrocamiento, además de haber ordenado la desocupación y desalojo del local arrendado, “[...] violación que debe ser declarada aun de oficio por este Tribunal ya que ha influido en la decisión de la causa y la ha viciado de nulidad insanable...”

La violación del trámite en el juicio verbal sumario es causa de nulidad procesal, únicamente si ha influido en la decisión de la causa: En este proceso,¹¹⁰ el tiempo que medió entre la convocatoria a la audiencia de conciliación y de contestación a la demanda y su realización no fue de al menos dos días, conforme disponía el art. 845 [829] del Código de Procedimiento Civil,¹¹¹ por lo que efectivamente hubo violación del trámite en la causa; sin embargo, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la

107. Prontuario de Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, No. 1, p. 101.

108. Resolución No. 230 de 23.07.1996, R.O. 33 de 25.09.1996.

109. El tribunal de casación conoció de esta causa, ya que fue propuesta antes de las reformas de 08.04.1997, R.O. 39, en las que se limitó la procedencia del recurso de casación a las resoluciones dictadas por cortes superiores y tribunales distritales, excluyéndola para las resoluciones de tribunales de primera instancia.

110. Res. No. 381 de 29.06.1999, R.O. 258 de 19.08.1999.

111. “Inmediatamente después de practicada la citación, el juez señalará día y hora para la audiencia de conciliación, que tendrá lugar dentro de un período de tiempo no menor de dos días ni mayor de ocho, contados desde la fecha en que se expide la providencia que la convoque”.

Corte Suprema de Justicia, analizado el proceso y visto que la demandada concurrió a la audiencia y ejerció ampliamente su derecho a la defensa, sin reclamar por esta omisión oportunamente –por lo que no sufrió efectivamente perjuicio– y de conformidad con el principio de trascendencia, no declaró la nulidad del proceso. Aunque se llamó severamente la atención al *juez a quo*, a fin de que, cumpliendo con los mandatos legales, computase en adelante los plazos de conformidad con lo que disponía el art. 33 del Código Civil.

La oscuridad de la demanda y la omisión del juez de ordenar aclararla, no constituye un motivo de nulidad procesal: En sentencia de 04.12.2000,¹¹² la misma Sala, acogiendo los principios de trascendencia y especificidad, señaló que la omisión del juez de ordenar aclarar la demanda que adolece de oscuridad, como mandaba el art. 73 [hoy 69] del Código de Procedimiento Civil, no constituye causal para declarar la nulidad procesal, “[...] porque no se encasilla ni en el art. 355 [346] ni en el art. 1067 [1014] del Código de Procedimiento Civil”; esta omisión únicamente imposibilitaría al juzgador para dictar una sentencia de mérito sobre las pretensiones de la demanda.

La falta de agotamiento de la vía administrativa, cuando regía el art. 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ocasiona violación de trámite que influye en la decisión de la causa: En fallo de 02.04.1996,¹¹³ la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia declaró ajustada a derecho la resolución del tribunal *ad quem* que declaró la nulidad procesal de esta causa, ya que la presentación de la demanda infringió la disposición del art. 13 de la derogada Ley Orgánica del Ministerio Público, “[...] según el que no se puede conocer de las acciones judiciales contra el Estado o las instituciones del sector público sin previa reclamación administrativa”, además de que no se citó con la demanda al Procurador General del Estado, infringiéndose de esta manera el art. 83¹¹⁴ del Código de Procedimiento Civil, y “[...] que se prescindió de que la Ley de Régimen Municipal prohíbe al Alcalde ‘allanarse o no contestar una demanda sin previa autorización del Concejo, así como intervenir en la resolución de asuntos en que tengan interés sus parientes’...” Se considera que al haber sido propuesta la demanda el 27.03.1992, cuando estaba vigente la Ley Or-

112. Res. No. 478 de 04.12.2000, ya citada.

113. Res. No. 11-1996, R.O. 959 de 04.06.1996.

114. Esta disposición, tal como constaba en la codificación del Código de Procedimiento Civil de 1987, fue suprimida en la actual (R.O. 68 de 12.07.2005). El art. 78 del vigente cuerpo normativo señala: “La citación al Procurador General del Estado, se hará de conformidad con lo dispuesto en el art. 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado”.

gánica del Ministerio Público, cuyo art. 13 prohibía que se conocieran las acciones judiciales contra el Estado y las instituciones del sector público sin el agotamiento previo de la vía administrativa, y más aún cuando aún no se dictaba la Ley de Modernización del Estado,¹¹⁵ amén de no constar de autos “[...] que en el caso hubiera habido reclamo administrativo previo a la demanda, ni menos resolución sobre él”, efectivamente se violó el trámite inherente a la sustanciación de la causa.

La falta de la firma del recurrente en el escrito mediante el cual se deduce recurso de apelación no constituye violación de trámite: En fallo de casación de 10.07.1998,¹¹⁶ la misma Sala casó la sentencia del tribunal *ad quem*, al determinar que dicho tribunal consideró indebidamente que la falta de firma en el recurso de apelación deducido por el demandado constituía violación al trámite de la causa que debía seguirse en el juicio de reivindicación materia de estudio, por infringir el mandato contenido en el art. 192 de la Constitución Política de la República, además de que la apelación fue suscrita por el abogado del recurrente que venía actuando desde la contestación a la demanda:

[...] En el mismo orden de ideas, –dijo la Sala–, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que: “la falta de firma de la demanda, no constituye violación de trámite, desde que tal firma solo sirve para dar autenticidad a dicho libelo, la cual se deduce de la intervención posterior del actor sobre todo de la comparecencia a la audiencia de conciliación” (G.J. 2, IX serie, mencionada por el Dr. Luis Carlos Puig Vilazar en su *Índice de Procedimiento Civil*, tomo II, p. 30)...

Trámite en los incidentes de aumento de pensiones alimenticias con fundamento en los arts. 107 [108] y 115 del Código Civil: De conformidad con lo que disponen estas normas, este incidente debe tramitarse en vía verbal sumaria, y “[...] no de acuerdo a la sección 14a. del título II, del libro II de la vigente Codificación del Procedimiento Civil”, que se refiere al juicio de alimentos. La Corte Suprema consideró en este caso¹¹⁷ que la violación en el trámite no influyó en la decisión de la causa, porque las partes tuvieron oportunidad para hacer uso de su derecho de defensa. Se declaró, por lo tanto, válido el proceso.

115. Ley No. 50, R.O. 349 de 31.12.1993, cuyo art. 38 inciso 2 dice que “No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción jurídica contra el Estado, y demás entidades del sector público el agotamiento o reclamo en la vía administrativa”.

116. Res. No. 557-1998, R.O. 70 de 19.11.1998.

117. Res. de 23.02.1989, Prontuario de Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, No. 2, p. 78.

Tercería deducida en un juicio posesorio: En sentencia de 20.07.1989,¹¹⁸ la Segunda Sala de la Corte Suprema declaró la nulidad del proceso por violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto, ya que el juez admitió a trámite una “tercería de amparo posesorio”, figura que en esta clase de asuntos no existe, ya que la tercería únicamente puede deducirse conforme al art. 505 [hoy 494] del Código de Procedimiento Civil,

[...] fundada que fuese en alegación de ‘derecho preferente o coadyuvante sobre la materia del juicio’. La posesión es un hecho, no un derecho y menos podría apreciarse como un derecho preferente o coadyuvante al que, en la especie, entraña la pretensión del demandante. Se ha dado, por consiguiente, también en punto a la referida ‘tercería’, violación de trámite correspondiente a la naturaleza del asunto...

Falta de nombramiento de curador para una herencia yacente cuando hubo solicitud expresa en tal sentido: En este caso, el juez *a quo* negó la solicitud de los herederos conocidos de que declare yacente la herencia de los demandados fallecidos y que se nombre un curador a fin de que se cuente con él en este proceso, y convocó a las partes a junta de conciliación. La Corte Suprema consideró¹¹⁹ con fundamento en el art. 1067 [1014] del Código de Procedimiento Civil que esta actuación violó el trámite correspondiente a la naturaleza del juicio, y declaró la nulidad de lo actuado, “[...] ya que se la ha tramitado (la causa) sin legítimo contradictor, según lo ha resuelto esta Sala en casos similares (Ver tomo VII, p. 104, *Repertorio de Jurisprudencia* del Dr. Juan Larrea Holguín)”.

Es evidente que en este fallo se confunde entre omisión de solemnidades sustanciales y la violación de trámite, “que son presupuestos procesales”, con la legitimación en la causa, que, como se ha dicho, tiene relación con la relación procesal que debe configurarse entre las partes procesales y el interés sustancial debatido en el juicio, que para el demandado, consiste en ser la persona llamada a oponerse o discutir la pretensión del actor. Así, es indispensable que en el proceso intervengan determinadas personas (se habla también de litis consorcio necesario), para que la decisión sobre lo solicitado en la demanda sea posible, “ya que de no haber concurrido esa persona al proceso, el Juez no podría pronunciar sentencia de mérito o de fondo”.^{120, 121}

118. G.J. S. XV, No. 6, p. 1536.

119. Sentencia de 27.03.1990, Prontuario de Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, No. 2, p. 52.

120. Res. No. 252 de 19.04.1999, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 214 de 17.06.1999.

121. Ver *ut supra*, el acápite “Un caso de necesaria mención en materia de nulidades procesales: la legitimación procesal o ‘legitimatío ad processum’”, en lo relativo a la distinción entre legitimación procesal y legitimación en la causa.

CASOS DE VIOLACIÓN DE TRÁMITE - EL CAMBIO DE VÍA PROCESAL, EN ESPECIAL

Por ser el derecho procesal el instrumento que permite a los justiciables acceder a los tribunales y obtener de ellos un pronunciamiento, estos y aquellos se han de sujetar a los procedimientos y vías que la ley procesal ha determinado. El orden, recuerda el profesor ecuatoriano Cruz Bahamonde, es la base fundamental del proceso: “Preciso es recordar que las normas de procedimiento son esencialmente formales y que responden a un orden preestablecido por la ley”.¹²²

Las vías que la ley procesal civil ha reconocido para la resolución de un conflicto en este ámbito son las contenidas en el título II del libro II, que se refiere a la sustanciación de los juicios. En la vía *ordinaria* se sustancian todas aquellas controversias que, según la ley, no tienen un procedimiento especial (art. 59). Por disposición de la ley o por convenio de las partes, las causas se sujetan al trámite *verbal sumario* establecido a partir del art. 828 el Código de Procedimiento Civil (entre otras, las de liquidaciones de intereses, frutos, daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada, las controversias relativas a predios urbanos entre arrendador y arrendatario o subarrendatario, los asuntos comerciales que no estén sujetos a procedimiento especial, y aquellos que las partes hayan decidido, siempre que sea posible, someter a este trámite).

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que es deber del juez “[...] velar para que se siga por la vía señalada a fin de que no se perjudique a la parte provocando indefensión”: quien debe encaminar su acción por la vía ordinaria, no puede pretender que se la sustancie por una vía sumaria o ejecutiva, pues se ocasionaría grave perjuicio a la contraparte y se provocaría su indefensión, al privársele de los medios de defensa y las oportunidades propias de un proceso de lato conocimiento. Y viceversa, no puede decirse que existe violación al derecho de defensa, “[...] si, debiéndose sustanciar una pretensión en un proceso abreviado, el actor escogiera la vía ordinaria o de lato conocimiento, en el que las partes tienen la posibilidad de defenderse en forma amplia...”.¹²³

Otros casos en los cuales la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre tema son los siguientes:

122. Armando Cruz Bahamonde, *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*, p. 283.

123. Resolución 311 de 27.09.2001, juicio No. 213-2001 (declaratoria de unión de hecho seguido por Sánchez, citando); en igual sentido, las Resoluciones: No. 112 de 09.03.2000, R.O. 64 de 25.04.2000; Res. 235 de 22.06.2001, R.O. 379 de 30.07.2001.

Error en la determinación de la vía procesal: en la No. 270 de 04.12.2002, la misma Sala ha dicho que, de manera general, el tribunal de casación no tiene atribuciones jurisdiccionales para enmendar los errores que en la formulación del recurso de casación cometan los recurrentes; sin embargo, puede hacerlo cuando encuentre que en el proceso se hayan omitido solemnidades sustanciales o se haya violado el trámite inherente a la naturaleza del asunto o de la causa que se esté juzgando; en este caso, “[...] cuando se ha intentado una acción que no puede ejercerse por cuanto la ley prevé forzosamente que debe acudirse a una acción distinta”.¹²⁴

Requisitos a los cuales debe sujetarse el convenio para demandar por la vía verbal sumaria: En sentencia de 19.06.2001, la mencionada Sala dijo que para que una causa pueda someterse a esta vía mediante convenio, es necesario:

[...] 1o. Que se trate de derechos privados y que no miren al orden público; 2o. Que no esté señalado en la ley un trámite específico que corresponda a la naturaleza del asunto o de la causa que se está juzgando, así por ejemplo, no puede convenirse en que se sustancie por la vía verbal sumaria una causa relativa a la nulidad o a la rescisión de un acto o contrato, porque el trámite correspondiente es el de lato conocimiento por la vía ordinaria, atenta a la naturaleza de orden público (del proceso) y la necesidad de que se agote el análisis para dictar una sentencia de tanta importancia....¹²⁵

Acciones para el pago del cheque. La acción ordinaria para un pago de cheque no puede sustanciarse en otra vía: En fallo de 04.11.1999,¹²⁶ la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia señaló:

[...] Tres son las acciones establecidas por la ley contra el girador del cheque no pagado. 3.1. Debido a falta o insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación se tiene la vía ejecutiva, por constituir título ejecutivo, de acuerdo al art. 56 (de la Ley de Cheques) inciso 1ro. 3.2. Se sigue el trámite verbal sumario, en los demás casos de cheque no pagado, ‘salvo disposición legal en contrario’, siempre que reúna los requisitos indicados en el art. 1 de la ley, ya que se trata de un acto de comercio según el art. 56 inciso 2do. 3.3. La vía ordinaria, en los casos: 3.3.1. Cuando hayan prescrito las dos acciones antes mencionadas, a fin de entablar la acción de enriquecimiento injusto, en concordancia al art. 49 de la Ley de Cheques. 3.3.2. Cuando el instrumento no tenga validez como cheque por falta de los requisitos legales, pero contenga una simple obligación natural; y, 3.3.3. Cuando el cheque ha sido utilizado como instrumento de crédito, admitiéndose a sa-

124. R.O. 44 de 20.03.2003.

125. Res. No. 229 de 19.06.2001, G.J. S. XVII, No. 6, pp. 1553-1559.

126. Res. No. 1090-1999, R.O. 8 de 02.02.2000.

biendas un cheque posdatado por parte del beneficiario o portador, por mandato del art. 56 de la Ley de Cheques.

En la especie, se trataba de la falta de aplicación del art. 56 de la Ley de Cheques, que establece la vía ordinaria para la sustanciación de la demanda en los casos señalados en los números 3.3.1 y 3.3.2 que cita la Sala. Se casa la sentencia y se declara que hubo violación de trámite, ya que en lugar de seguirse esta vía, el juez dio paso a la verbal sumaria como lo pidió la demandante. El voto salvado a esta resolución estableció:

[...] Examinado el proceso se establece que la nulidad planteada en el recurso de casación no fue deducida al contestarse la demanda y que al haberse tramitado esta causa en juicio verbal sumario y no en ordinario, no ha influido en la decisión de la causa, ya que la demandada acepta haber girado los cheques materia de la controversia y que la retención de los fondos a la que estaba obligado el banco girado no se lo hizo porque éstos no existían habiendo el banco obrado ilegalmente al no protestar el cheque de acuerdo con lo que establece el inciso 3ro., del art. 27 de la Ley de Cheques. Resolver la nulidad del proceso es atentar contra la economía procesal que no se compagina con la agilidad de las decisiones judiciales.

Vía verbal sumaria seguida en lugar de la ordinaria: no es causal de nulidad si no influye en la decisión de la causa: La Tercera Sala de lo Civil y Mercantil del máximo tribunal de justicia, en fallo de 08.11.1999,¹²⁷ resolvió que si bien el trámite que correspondía a esta demanda de rendición de cuentas era el ordinario, de acuerdo con el entonces art. 63 [hoy 59] del Código de Procedimiento Civil, “[...] y no el verbal sumario que se ha dado a la causa, ya que el asunto demandado no está comprendido en ninguno de los casos previstos en el art. 843 [828] del mismo Código”, ello no es causal para dictaminar la nulidad procesal, pues para que proceda tal declaratoria en virtud de la causal segunda del art. 3 de la Ley de Casación,

[...] es necesario... que el vicio o vicios en las normas procesales hayan producido en el proceso nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa; y, en el presente caso tales supuestos no se cumplen, pues si bien lo que es materia de la demanda no se encuadra en ninguno de los casos del art. 843 [828] citado, no ha viciado el proceso de nulidad insanable ni ha provocado indefensión, el haberse tramitado la causa por la vía verbal sumaria, ya que las partes han ejercitado ampliamente su derecho de defensa, han concurrido en el proceso en forma oportuna aportando todos los elementos probatorios en defensa de su derecho. Por tanto el trámite verbal sumario no ha influido en la decisión de la causa; y, por lo mismo, no ha lugar a la casación por la causal 2a. del art. 3 de la ley de la materia.

127. Res. No. 385-1999, R.O. 26 de 28.02.2000.

El cambio de la vía: del juicio ordinario al ejecutivo

El Código de Procedimiento Civil ha reconocido la posibilidad de pasar del juicio ordinario al juicio ejecutivo, cambio que puede ocurrir cuando en el transcurso del primero, el título y la obligación en los que se fundamenta la demanda adquieran el carácter de ejecutivos. Tal sería el caso, p. ej., de un proceso ordinario en el que el actor consigue del demandado una confesión judicial en el sentido de que le debe la cantidad de dinero que reclama. Se cambiará entonces siempre a solicitud de parte, el trámite para pasar a la vía ejecutiva, la que comenzará por el auto de pago, ordenándose al deudor que pague lo reclamado o proponga excepciones dentro del término de tres días.¹²⁸

El paso de la vía ordinaria a la ejecutiva o viceversa es, para el maestro Peñaherrera, una simple modificación de la acción, si por ésta se entiende la facultad de solicitar un pronunciamiento judicial respecto a una pretensión. Sin embargo, aun cuando el cambio puede ocurrir inclusive después de haber decurrido el término probatorio y en cualquier estado de la causa, no puede darse sino cuando el proceso esté sustanciándose en primera instancia: si la decisión ha sido ya recurrida, en segunda instancia no se puede modificar la vía, porque ello conduciría a dejar insubsistentes “[...] las resoluciones que, sobre la acción o sobre las excepciones, haya expedido el fallo de primera instancia”.¹²⁹

En un caso citado por el mismo Peñaherrera, la Corte Suprema decidió en fallo de 25.08.1923 que la reconvencción en juicio ordinario, no obsta a que de éste se pase al juicio ejecutivo, según el art. 102 [133 en la codificación vigente] del Código de Procedimiento Civil.¹³⁰

Esta es, pues, una excepción que expresamente reconoce nuestra ley procesal civil, al cambio de vía.

LAS VÍAS PARA RECLAMAR LA NULIDAD

La nulidad procesal, en el proceso civil ecuatoriano, puede ser reclamada en varias formas:

- a) Al contestar la demanda, como *medio de defensa* –técnicamente hablando, antes que una excepción–: para denunciar *la falta de un presupuesto procesal* –v.

128. Armando Cruz Bahamonde, *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*, p. 303.

129. Víctor Manuel Peñaherrera, *Lecciones de derecho práctico, civil y penal*, p. 206.

130. *Ibidem*, pp. 309-311.

gr., la “excepción” de incompetencia, de falta de jurisdicción—, y acusar por ello un motivo de nulidad del proceso que ha sido iniciado. El ordenamiento jurídico ecuatoriano las acoge como parte de las excepciones *dilatorias* (art. 100 del Código de Procedimiento Civil).

- b) En el transcurso del proceso, como *incidente*.
- c) Como *acción* en juicio ordinario posterior (juicio de nulidad de sentencia ejecutoriada). Según los arts. 299, 300 y 301 del Código de Procedimiento Civil, esta acción procede por las causales taxativamente señaladas en el art. 299; el art. 300 limita su ejercicio para atacar aquellas sentencias ejecutoriadas que no hayan sido ejecutadas, y el 301 se refiere a las restricciones para deducirla.
- d) La nulidad también puede alegarse *al interponer el recurso de apelación o de hecho*; ello, como consecuencia de las reformas al Código de Procedimiento Civil del año 1984, en las que el recurso de nulidad fue suprimido.
- e) *Al deducirse el recurso de casación*, con fundamento en la causal segunda del art. 3 de la ley de la materia, que prevé la procedencia del recurso supremo y extraordinario cuando en la sentencia impugnada exista aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, siempre que esos vicios hayan provocado nulidad insanable del proceso u ocasionado indefensión, en definitiva, si han influido en la decisión de la causa y la nulidad no se haya convalidado legalmente. En esta causal se han incorporado los principios de trascendencia y protección ya analizados.

En el anteproyecto de Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica (art. 107), se prevé que los actos judiciales “recurribles” que se crea están afectados de nulidad, puedan ser convalidados mediante recurso de reposición y por el de apelación, cuando corresponda. El recurso de reposición no tiene denominación específica en el sistema procesal civil ecuatoriano, aunque puede decirse que sí está contemplado en el código adjetivo civil, ya que el art. 289 de este cuerpo normativo faculta a cualquiera de las partes a solicitar la ampliación, *reforma* o *revocatoria* de la providencia en cuestión (dentro del término de tres días fijado por el art. 281 *ibídem*).

En definitiva, el juzgador tiene la facultad y el deber de declarar la nulidad de un acto procesal cuando advierta de este vicio, con las especificaciones de que se ha hablado anteriormente. Es de esperar que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se incorpore la “audiencia de saneamiento” prevista por el Código Procesal Civil modelo. A ello se ha hecho ya referencia *ut supra*, acápite “El artículo 346 del Código de Procedimiento Civil. Las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias”, al tratar sobre los presupuestos procesales.

LOS EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD

El proceso, como institución jurídica, tiene como finalidad última resolver los conflictos de relevancia jurídica que, a consideración de los tribunales, plantean los justiciables. Y este objetivo se cumple cuando el juzgador dicta sentencia de mérito, o lo que es igual, sobre el fondo del asunto planteado.

Cuando un proceso carece de los presupuestos procesales necesarios, el juez o tribunal no puede dictar sentencia de mérito, por las razones que se han expuesto. Y, de la misma manera, si observa la falta de alguno de esos presupuestos –se hace aquí referencia a las demás etapas procesales–, está en la obligación de declarar de oficio la nulidad del proceso.

Debe considerarse especialmente que una declaratoria de nulidad no necesariamente conlleva la de todo el proceso. En efecto, como bien indica Cruz Bahamonde, la nulidad puede presentarse en el transcurso del juicio, o cuando el proceso está cerca de su conclusión, v. gr., en caso de no notificarse la sentencia: la declaratoria de nulidad, entonces, no debe afectar a todo el proceso, sino que sus *efectos* ocurrirán desde el momento en que ocurre el vicio. La jurisprudencia, como indica este autor, se ha orientado en el sentido de reponer el proceso al punto en que se provocó la omisión, sin declarar la nulidad de lo actuado con anterioridad.¹³¹ De ahí que el art. 346 del Código de Procedimiento Civil disponga que el proceso es nulo, *en todo o en parte*, cuando se hayan vulnerado las solemnidades sustanciales previstas en dicho cuerpo normativo. Así, en caso de que el vicio sea de aquellos que provocan la nulidad absoluta del proceso –p. ej., no haberse citado con la demanda al accionado–, todo el juicio será nulo, mas si el vicio se produce en cierto momento procesal, la declaratoria afectará al acto en cuestión y a los sucedáneos, siempre que dependan del acto viciado. No se declarará la nulidad de lo anteriormente realizado, por principio de economía procesal.¹³²

Las razones de una declaratoria *total* de nulidad procesal son, como se ha dicho, razones de defensa de las garantías del debido proceso, o como precisa Cruz Bahamonde, de eficacia y seguridad de los procedimientos. A veces, la nulidad debe afectar a todo el proceso, si se compromete el derecho a la defensa de las partes.

El efecto principal de una declaratoria de nulidad de un acto procesal es el de convertirse éste en ineficaz; no producir, en otras palabras, efecto alguno.

131. Armando Cruz Bahamonde, *Estudio crítico del Código de Procedimiento*, p. 239.

132. *Ibidem*, p. 239.

Los criterios para establecer los efectos de una declaratoria de nulidad son múltiples; siguiendo a Maurino¹³³ se tiene esta clasificación:

- En caso de que se afecten formalidades accidentales o secundarias, la declaración de nulidad solo alcanzará a los actos procesales impugnados. Los demás deben, por un principio de economía procesal, conservar sus efectos propios, a menos que el acto impugnado les alcance o influya sobre ellos. Un ejemplo sería el de la declaratoria de nulidad de una confesión judicial que ha sido rendida fuera de horas hábiles. Simplemente no se la considera; si se la declara nula, los demás medios probatorios no tienen por qué verse afectados, mucho menos el proceso.
- Si, por el contrario, se vulneran formalidades considerables como indispensables o sustanciales (como serían los casos previstos en el art. 346 del Código de Procedimiento Civil), la nulidad debe ser total. Ello, con las excepciones a las que se ha hecho referencia junto a Cruz Bahamonde.

Finalmente, es indispensable anotar que la declaratoria de nulidad de un acto procesal se refiere al momento en que éste fue producido. A partir de la declaración de nulidad, el acto se entiende no producido o carente de efectos, y las partes han de ser retrotraídas a la situación anterior a la anulación.¹³⁴

Pero importa saber si la declaratoria de nulidad de un acto afecta a los demás que son posteriores. Si estos últimos dependen de aquel, entonces, deben también ser declarados nulos. Pero si los actos posteriores son independientes, no tienen por qué ser afectados.

BIBLIOGRAFÍA

Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, tomo I, Buenos Aires, 1956, 2a. ed.

Andrade Ubidia, Santiago, *La casación civil en el Ecuador*, Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2005, 1a. ed.

Azula Camacho, Jaime, *Curso de Teoría General del Proceso*, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1986, 3a. ed.

Carlos, Eduardo B., "Nulidades procesales", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XX.

133. Cfr. Alberto Luis Maurino, *Nulidades procesales*, pp. 245 y ss.

134. *Ibidem*, p. 247.

- Chioyenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil* (traducción de E. Gómez Orbaneja), México, Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil, Editorial Jurídica Universitaria, 2001.
- Colombo Campbell, Juan, *La jurisdicción, el acto jurídico procesal y la cosa juzgada en el derecho chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980.
- *Los actos procesales*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Colección Maestros del Derecho Procesal, Buenos Aires, Editorial B de F, 2002, 4a. ed. (póstuma).
- Cruz Bahamonde, Armando, *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*, vol. V, Guayaquil, Edino, 2001, 2a. ed.
- Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, 2a. ed.
- De Santo, Víctor, *Nulidades Procesales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001, 2a. ed.
- Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, tomo I, Madrid, Civitas, 1998, 4a. ed.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia, antecedentes, exposición de motivos*, Montevideo, 1988.
- Lovato, Juan Isaac, *Programa analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2002, 1a. ed.
- Maurino, Alberto Luis, *Nulidades procesales*, Buenos Aires, Astrea, 2001, 2a. ed..
- Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6a. ed. actualizada.
- Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 1976.
- Peñaherrera, Víctor Manuel, *Lecciones de derecho práctico, civil y penal*, tomos I (1958) y III (1960), Quito, Editorial Universitaria.
- Prieto Rincón, Zenón, *Casación civil*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1983.
- Rocco, Ugo, *Derecho Procesal Civil*, vol. 1, Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil, Editorial Jurídica Universitaria, 2001.
- Troya Cevallos, Alfonso, *Elementos de derecho procesal civil*, tomos I y II, Quito, Pudeleco, 2002, 3a. ed.
- Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 1999, 2a. ed.