

SERIE
Magister
VOLUMEN 152

*La negativa
pura y simple
en el ejercicio
del derecho
de contradicción*

Dana Abad Arévalo



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORA NACIONAL

La negativa pura y simple
en el ejercicio del derecho de contradicción

SERIE 
Magister
VOLUMEN 152

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR
Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426
www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL
Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12
www.cenlibrosecuador.org • cen@cenlibrosecuador.org

Dana Abad Arévalo

La negativa pura y simple en el ejercicio del derecho de contradicción



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Quito, 2013

La negativa pura y simple en el ejercicio del derecho de contradicción

Dana Abad Arévalo



Primera edición:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación Editora Nacional
Quito, octubre de 2013

Coordinación editorial:

Quinche Ortiz Crespo

Armado:

Juan A. Manangón

Impresión:

*Taller Gráfico La Huella
La Isla N27-96 y Cuba, Quito*

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador:
978-9978-19-608-3

ISBN Corporación Editora Nacional:
978-9978-84-699-5
Derechos de autor:
Inscripción: 042846
Depósito legal: 005013

Título original: *Naturaleza jurídica de la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda en el proceso civil*
Tesis para la obtención del título de Magíster en Derecho Procesal
Programa de Maestría en Derecho Procesal, 2011
Autora: *Dana Abad Arévalo* (correo e.: dana.abad@abadcamposabogados.com)
Tutor: *Santiago Andrade Ubidia*
Código bibliográfico del Centro de Información: T-1002

Índice

Introducción / 11

Capítulo I

Ejercicio del derecho de contradicción y defensa / 13

Alternativas del demandado frente a la demanda / 13

Capítulo II

La negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda en la legislación y jurisprudencia ecuatorianas / 45

La negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda en el proceso civil / 45

Capítulo III

Enfoque procesal moderno de la negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda en el proceso civil / 69

Perspectiva procesal latinoamericana sobre la negativa / 69

Conclusiones / 93

Bibliografía / 95

Anexos / 99

*A mi madre,
Beatriz Arévalo Espinosa de los Monteros;
a mi compañero de vida, Santiago Campos Miño
y a mis hijos, Santiago y Matías,
por ser mi ejemplo, fortaleza y permanente inspiración.*

Agradezco a mis docentes el doctor Santiago Andrade Ubidia y la doctora Vanesa Aguirre Guzmán, quienes tuvieron la paciencia de corregir mis apuntes y considerarlos idóneos para ser publicados.

A los abogados y a los funcionarios judiciales honestos y comprometidos que luchan por un cambio radical de la justicia civil y contribuyen con su esfuerzo para que la práctica del derecho procesal constituya una opción de vida emocionante, motivadora e intelectualmente satisfactoria.

A mis alumnos de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, que permiten que día a día les transmita las experiencias adquiridas en veinticinco años de ejercicio profesional, constituyendo el recipiente idóneo para formar procesalistas involucrados con el cambio.

Introducción

Por años los abogados litigantes hemos sido testigos –por fuerza de la costumbre y sin detenernos a pensar mucho en ello–, que al contestar una demanda propuesta en contra de nuestros clientes, colocamos como primera –y a veces hasta única– «excepción», la negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, ya que usualmente se ha considerado que esta aseveración engloba a todas las posibles excepciones y defensas que un caso pueda tener.

Se ha estimado y se lo sigue haciendo, que la negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda constituyen una «excepción madre» que engloba a todas las demás excepciones. Tanto es así que consignarla en el libelo de contestación a la demanda, implica que el juzgador tenga presente que el demandado niega las pretensiones de la demanda y que al actor le corresponde justificarlas en todos sus aspectos.

Sobre la base de este criterio, bastaría con incluir únicamente dicha única «excepción» para que el juzgador pueda revisar todos los posibles hechos, argumentos y pruebas que se presenten en un caso concreto con los que se pudieran desvirtuar las pretensiones de la demanda, aunque el demandado no los hubiere consignado e incluso supuesto o siquiera advertido.

Sin embargo, tendencias procesalistas contemporáneas propugnan precisamente todo lo contrario, esto es, determinan que la naturaleza jurídica de la simple negativa no corresponde a una excepción y, más bien, consiste en un mero enunciado que –para los más extremos– ni siquiera debería existir, ya que no incluye ninguna defensa jurídicamente apropiada que pueda ser procesalmente oponible y judicialmente considerada.

En tal virtud, el hecho de que la litis se haya trabado con la negativa simple de los fundamentos de la demanda no podría obligar al juzgador, bajo pena de que su fallo sea considerado incongruente, a revisar todos los «argumentos» de las posibles defensas. Antes, contra todo anterior presupuesto, se determina que si solo se hace tal negación, la defensa será estéril e inútil. Incluso, el Proyecto de Código de Procedimiento Civil ecuatoriano adopta este criterio, con el que concordamos y, equipara el guardar silencio o consignar excepciones ambiguas o evasivas, a un tácito allanamiento a las pretensiones del actor.

El presente trabajo logra especificar el alcance procesal que la negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda debería tener en el moderno proceso civil y, de la consecuencia lógica que su aplicación debería conferir, de modo que los profesionales del derecho conozcamos los parámetros específicos de su enunciado, contestando la demanda con una idónea estrategia defensiva que realmente favorezca al cliente, tendiendo, en último término, a brindar la seguridad jurídica anhelada que busca la uniformidad de los fallos que los jueces pronuncien al respecto.

CAPÍTULO I

Ejercicio del derecho de contradicción y defensa

ALTERNATIVAS DEL DEMANDADO FRENTE A LA DEMANDA

El principio de contradicción

A través de la historia y como correlación lógica al derecho constitucionalmente consagrado de acudir a las instancias judiciales para obtener, por medio de la acción, la tutela efectiva de los derechos, nació el principio de contradicción como el derecho abstracto que tiene todo demandado a contradecir la pretensión del actor.

Según Couture:

A la concepción de que la acción es un atributo propio del derecho, vale decir, la calidad del derecho que le faculta para ir a la lucha judicial, se añadió también tradicionalmente que la excepción era un atributo propio del derecho que le permitía defenderse en la lucha judicial. Los dísticos «el juez de la acción es el juez de la excepción», o «tanto dura la acción tanto dura excepción», reflejan claramente esta manera de entender el tema.¹

Efectivamente la doctrina, con el devenir de los siglos, logró determinar con certeza que el derecho de acción, es decir, el derecho a obtener la tutela jurisdiccional desplegada como actividad tendiente a solucionar litigios, necesariamente tenía que contar, como correspondencia lógica, con el derecho de contradicción del opositor.

Al efecto, cabe tener en cuenta que la tutela jurisdiccional, al decir de González Pérez,

despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener una solución

1. Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 92.

en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamiento. Esto es: acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia.²

El tratadista Ugo Rocco estructuró el concepto de derecho de contradicción en los siguientes términos:

A la obligación jurídica del Estado de prestar la actividad jurisdiccional corresponde, por otra parte, una pretensión jurídica individual de quien asume la calidad de demandado, para que se le conceda dicha prestación. En efecto, también el demandado tiene un interés general y secundario en la declaración de certeza de las concretas relaciones jurídicas sustanciales que constituyen la materia respecto de la cual el actor pide el juicio de los órganos jurisdiccionales o en general, la providencia jurisdiccional. Efectivamente, como a todo derecho subjetivo alegado por el actor corresponde una obligación jurídica en la persona del demandado, de la declaración de certeza acerca de la existencia o inexistencia de esa relación jurídica depende la existencia o inexistencia de un vínculo a la libertad jurídica del demandado y, por tanto, la determinación y delimitación de su derecho de libertad. [...] Toda sentencia final de mérito, independientemente de su contenido, satisface tanto el derecho del actor como el derecho del demandado a la tutela de los intereses que el derecho objetivo sustancial protege. El derecho de accionar que compete al demandando, y que para mayor inteligencia llamaremos *derecho de contradicción en juicio*, no constituye, pues, un derecho distinto del de acción, sino una diversa modalidad del derecho de acción, modalidad que resulta de la distinta posición que los sujetos activos de la relación procesal asumen en el proceso. [...] La pretensión que corresponde al demandado, en el proceso de cognición, es la facultad de exigir obligatoriamente, por parte de los órganos jurisdiccionales, la declaración, mediante sentencia, de las concretas relaciones jurídicas deducidas en juicio.³

Por su parte, el tratadista colombiano Hernando Devis Echandía, de manera sencilla y lógica, describe las razones por las cuales el derecho de contradicción es un derecho abstracto y general, constituyendo la contracara del derecho de acción:

El derecho de contradicción, lo mismo que el de acción, pertenece a toda persona natural o jurídica y tanto su causa como su fin están constituidos *por un interés que consiste en el derecho a obtener la decisión del conflicto que se le plantea al demandado mediante la sentencia que el órgano jurisdiccional debe*

2. Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984, p. 39.
3. Ugo Rocco, *Derecho procesal civil*, vol. I, México DF, Ed. Jurídica Universitaria, 2001, p. 166-167.

dictar. Es un interés general porque solo secundariamente mira a la conveniencia del demandado y a la protección de sus derechos sometidos al juicio y de su libertad, con las limitaciones impuestas por las cargas y deberes que de la relación jurídica procesal se deducen, en tanto que principalmente contempla la defensa de dos principios fundamentales para la organización social, como son el que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y de derechos con el demandante, y el que niega el derecho a hacerse justicia por sí mismo. De lo anterior se desprende que el derecho de contradicción no persigue una tutela jurídica concreta mediante una sentencia favorable al demandado, como el derecho de acción no la persigue favorable al demandante, sino una *tutela abstracta* por una sentencia justa y legal, cualquiera que sea, de fondo o inhibitoria, desestimatoria de la demanda o de las excepciones del demandado o bien favorable a aquella o a este. El resultado a que se llegue en la sentencia no depende ya del derecho de acción o de contradicción, sino del derecho material, los hechos y su prueba. [...] Pero en el derecho procesal moderno no es un contraderecho (la contradicción), ni se opone a la acción, sino que la complementa, y resulta su necesaria consecuencia, puesto que ambos tienen un mismo fin. El derecho de contradicción existe desde el momento en que es admitida por el juez la demanda contenciosa, independiente, no solo de la razón o sinrazón que acompañe la pretensión del primero, sino de que el demandado se oponga o no y proponga o no excepciones. [...] El derecho de contradicción tiene, pues, un origen claramente constitucional, y se basa en varios de los principios fundamentales del derecho procesal: el de la igualdad de las partes en el proceso; el de la necesidad de oír a la persona contra la cual va a surtirse la decisión; el de la imparcialidad de los funcionarios judiciales; el de la contradicción o audiencia bilateral; el de la impugnación y el de respeto a la libertad individual. Ni siquiera la ley puede desconocer este derecho, sin incurrir en inconstitucionalidad.⁴

De lo dicho, se colige que el principio de contradicción, constitucionalmente garantizado y legalmente consagrado, no requiere para su ejercicio que el demandado necesariamente deba controvertir las pretensiones del demandante o formular excepciones y justificarlas. El carácter autónomo del principio de contradicción se justifica solo con el hecho de que el demandado pueda ser oído y disfrute de la oportunidad de defenderse si es el caso, pudiendo elegir guardar silencio, plantear defensas generales, atacar las pretensiones de la acción, formulando excepciones concretas o incluso allanarse a la demanda, si así lo considera conveniente, por supuesto siempre dentro de los parámetros que la ley procesal le provee.

Así también lo consideran los tratadistas Quintero y Prieto, cuando afirman que:

4. Hernando Devis Echandía, *Estudios de derecho procesal*, t. I, Buenos Aires, ABC, 1979, p. 421-422.

Del derecho de contradicción deriva el opositor la posibilidad jurídica del ejercicio de las situaciones jurídicas en el proceso, es decir, de sus facultades y sus cargas, de sus deberes y derechos. Se le puede considerar contumaz y tiene la facultad de excepcionar, instar, en una palabra, puesto que tiene el derecho de contradicción. En virtud de este derecho puede intervenir efectivamente en el proceso para resistir a la pretensión, oponiéndose, excepcionándose, contrademandando, allanándose, confesando.⁵

En definitiva, el principio constitucional de contradicción, consagrado en los art. 76 y 168 de la Constitución de la República, se manifiesta cuando el demandado dispone de iguales oportunidades de defensa y se le garantiza, en la práctica, la obtención de una decisión judicial que resuelva motivadamente su situación jurídica particular. Según Monroy Cabra: «Para la doctrina moderna el derecho de contradicción no es un contraderecho sino un derecho público que tiene el demandado para que el juez, mediante sentencia, resuelva un conflicto de interés».⁶

Cabe aclarar, sin embargo, que si bien el derecho de contradicción no es, genéricamente, un contraderecho, cuando se lo ejerce por medio de una excepción dentro de un proceso judicial concreto, puede configurarse, efectivamente, tal contraderecho.

De allí la importancia de la función jurisdiccional para la protección de las garantías individuales, constitucionalmente consagradas. Pues, al decir de Alsina:

No solamente cada uno de los institutos procesales importa el desenvolvimiento de un precepto de la Constitución, que aun aquellos que no han tenido en la ley procesal su tratamiento correspondiente, deben hacerse efectivos por los jueces, obligados como están a aplicar en primer término la ley suprema del Estado. Una garantía o un derecho que carezcan de esa protección no pasan de la categoría de meras declaraciones líricas, porque quedan supeditadas al respeto gracioso de quien ejerce la autoridad o se apoya exclusivamente en la fuerza; la falta de protección jurídica es la negación del régimen jurídico.⁷

Coincido con el tratadista en que en un Estado de derechos como el nuestro, el principio de contradicción, en la práctica, debe ser garantizado y respetado, para que cumpla su razón de ser.

5. Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, *Teoría general del proceso*, t. II, Bogotá, Temis, 1995, p. 135.
6. Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho procesal civil*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1996, p. 247.
7. Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1963, p. 32-33.

El derecho de defensa

Cuando hablamos del derecho a la defensa, en general, estamos incluyendo varios derechos que constituyen las múltiples aristas en las que este puede evidenciarse, como el derecho al debido proceso, el derecho a ser patrocinado por un abogado, el derecho a recurrir, el derecho a ejecutar pruebas, entre otros. Sin embargo, en este punto, cuando hablemos de derecho a la defensa nos referiremos exclusivamente a la posibilidad cierta que tiene el demandado de ejercitar el principio de contradicción, por lo que, en contraposición a este que es abstracto y general, el derecho de defensa, considerado desde este punto de vista, en cambio, es concreto y particular, pues se ejerce en un caso determinado, materia de un proceso singular.

Coincidimos con Devis Echandía cuando afirma que:

No puede funcionar sistema alguno de justicia judicial, en ninguna de sus ramas, que represente una verdadera tutela para la persona humana, si el derecho procesal no establece las normas imperativas a que deben someterse los procesos y por lo tanto el ejercicio del derecho de defensa para actores y demandados o imputados y procesados, con sus facultades y derechos subjetivos procesales, sus cargas y deberes, sus oportunidades de ejercicio, los instrumentos para hacer real y práctica la igualdad en el proceso.⁸

Corroborando lo dicho por el tratadista colombiano, de igual modo que la acción se ejercita mediante las pretensiones que consigna el actor en la demanda, asimismo, la contradicción se ejercita mediante las oposiciones, defensas o excepciones, que el demandado consigna en la contestación a la demanda, con el objetivo, esta vez concreto, no solo de obtener una sentencia, sino de que esta le sea favorable.

Para Monroy Cabra la oposición comprende dos clases de conducta, una negativa y otra positiva, en la primera «el demandado se limita a negar las afirmaciones del actor» y en la segunda «afirma otros hechos que desvirtúan las afirmaciones de la demanda».⁹ En todo caso, formulada la oposición se delimita el objeto procesal al cual deberá circunscribirse la actividad decisoria del juez.

Recordemos que el derecho de defensa es un derecho constitucional de configuración legal por lo que, la normativa está facultada a garantizar tal derecho, aunque en algunos casos sea necesario modularlo o definir sus parámetros conforme satisfaga a los intereses sociales, siempre y cuando se respete su núcleo duro. Precisamente, Alsina considera que para que el derecho de

8. H. Devis Echandía, *Estudios...*, p. 185.

9. M. Monroy Cabra, *op. cit.*, p. 248.

defensa en juicio cumpla su función, tiene que ser configurado por las normas procesales pertinentes, por ello, según el tratadista:

El derecho de defensa es inherente al hombre y la Constitución lo consagra declarando que es inviolable la defensa en juicio de las personas y los derechos. Es este uno de los principios más fecundos en materia procesal, y cuya aplicación ha dado lugar a una interesantísima jurisprudencia. [...] La garantía de la defensa en juicio no supone que los litigantes deban ser oídos y tenga derecho a producir prueba en cualquier momento y sin ninguna restricción de forma, sino que deben encontrarse en condiciones de hacer valer sus derechos de acuerdo con las leyes procesales, las que pueden reglamentar esa facultad restringiéndola o limitándola para hacerla compatible con análoga facultad de los demás litigantes y con el interés social de obtener una justicia eficaz.¹⁰

Luego, hay que tener siempre presente, que esta garantía constitucional de defensa no impide la reglamentación del procedimiento a seguir, siempre y cuando el mismo no sea arbitrario, ya que en este caso el juzgador estaría en capacidad de aplicar directamente la norma constitucional ante una evidente vulneración legal del derecho de defensa.

Lino Enrique Palacio ratifica las aseveraciones anteriores cuando afirma que

la garantía de defensa no impide la reglamentación de los derechos de las partes en beneficio de la correcta sustanciación de las causas y no puede ser invocada por quienes, por simple omisión o negligencia, no hicieron valer sus pretensiones o defensas, o no ofrecieron o produjeron sus pruebas en la oportunidad y forma prescriptas por las respectivas normas procesales.¹¹

A través de la historia muchos juristas, como lo veremos más adelante, han confundido lo que significa excepción con lo que significa oposición (defensa) o simplemente las describen como sinónimos, pero a nosotros nos parece práctica la diferencia que de ellas consigna Devis Echandía, de allí que la acojamos y estemos de acuerdo en la distinción que efectúa el tratadista, respecto de lo que considera oposición o derecho a la defensa, que puede traducirse en simples defensas atacando de un modo general a la demanda o como excepciones concretas atacando particularmente cada una de las pretensiones de la misma. Él dice:

La primera forma de defensa del demandado puede tener dos aspectos: a) negación de los hechos en los cuales funda su razón el demandante; b) negación

10. H. Alsina, *op. cit.*, t. I, p. 253-254.

11. Lino Enrique Palacio, *Derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, s.f., p. 147.

de los fundamentos de derecho de la demanda. En este sentido puede hablarse de defensa de hecho o de derecho y también de defensa material o sustancial (afirmación de la inexistencia de la norma), y defensa procesal (afirmación de la inexistencia de los hechos de la demanda). Sin embargo, el demandado no se limita, por lo general, a esa negación, sino que afirma, por su parte, la existencia de hechos distintos de los que presenta la demanda o de circunstancias y modalidades diferentes de los contenidos en esta, con el objeto de plantear nuevos fundamentos de hecho que conduzcan a la desestimación de las pretensiones del demandante. En estos casos se dice que propone o formula excepciones. Naturalmente, le corresponde al demandado la afirmación de esos hechos nuevos y luego su prueba, ya que con ellos le da una configuración distinta a la litis. Puede suceder que la oposición del demandado se refiera simplemente al procedimiento, al trámite, por considerar que faltan requisitos procesales para que el juicio pueda desarrollarse, pero sin atacar el fondo de la cuestión, ni el derecho material pretendido. Se trata de defensas que tampoco constituyen lo que la doctrina entiende por excepciones, sino de impedimentos procesales (nuestro Código las llama excepciones dilatorias). De este modo, no siempre que el demandado afirma hechos que tienden a obtener el insuceso del proceso o su paralización o suspensión, está formulando excepciones.¹²

Couture considera al derecho de defensa como una de las acepciones de lo que debe entenderse como excepción, por ello al referirse a aquel nos dice:

Se percibe con cierta claridad que la excepción, en sentido amplio, en sí misma, no es tanto el derecho sustancial de las defensas como el derecho procesal de defenderse. [...] Excepción es, pues, en nuestro concepto, el poder jurídico del demandado, de oponerse a la pretensión que el actor ha aducido ante los órganos de la jurisdicción. [...] El principio de que «nadie puede ser condenado sin ser oído» no es solo una expresión de sabiduría común. Es una regla necesaria en el derecho procesal civil. Por la misma razón por la cual no se puede repeler de plano la demanda, no se puede repeler de plano la defensa. Por la misma razón por la cual es menester asegurar al actor los medios de reclamo ante la autoridad, es menester asegurar al demandado los medios de desembarazarse de él.¹³

El tratadista ecuatoriano Víctor Manuel Peñaherrera también ratifica que las excepciones son uno de los modos de ejercitar el derecho de defensa que tiene el demandado cuando afirma que: «las excepciones son los medios de defensa aptos, según la ley, para impedir que una acción sea admitida en juicio,

12. H. Devis Echandía, *Estudios...*, p. 423-424.

13. E. Couture, *op. cit.*, p. 96-98.

o para obtener que, admitida a discusión, sea rechazada, total o parcialmente en la sentencia».¹⁴

Rocco, por su parte, afirma que los límites exactos entre defensas y excepciones no siempre son fáciles de distinguir, pues la actividad del demandado se desenvuelve siempre, frente a los órganos jurisdiccionales, de distintas maneras, por ello para él «todas las facultades y pretensiones del demandado, consideradas unitaria y singularmente, suelen asumir, como medio técnico para su ejercicio, la forma de excepciones y de defensas».¹⁵

Entonces, de acuerdo al punto de vista que hemos analizado y circunscrito, podemos definir el derecho de defensa en concreto, como el ejercicio de la facultad que tiene el demandado de oponerse a la demanda, ya sea argumentando simples defensas así como formulando excepciones concretas contra las pretensiones del actor. Luego, la naturaleza jurídica de la oposición es idéntica a la de la pretensión a la demanda, por cuanto constituyen actos de voluntad de las partes procesales que tienden a obtener un resultado favorable a sus particulares aspiraciones. Para Jaime Azula Camacho:

La diferencia entre las dos figuras está en la finalidad, por cuanto de índole *impositiva* en la pretensión, ya que se dirige a obtener el reconocimiento de un derecho o la imposición de una prestación o la satisfacción de una obligación, mientras que en la oposición es de carácter *negativo*, puesto que tiende a evitar el reconocimiento del derecho, la imposición de la prestación o la satisfacción de la obligación. En pocas palabras, puede afirmarse que la pretensión tiende a obtener que se imponga o satisfaga un derecho, al paso que la oposición es de rechazo a esa imposición o satisfacción.¹⁶

Por último y para concluir podemos decir, siguiendo a Vécovi que

dentro del derecho de contradicción, en sentido abstracto, existe *la oposición*, como acto concreto, que es el opuesto a la pretensión. La oposición supone una actitud activa, esto es, importa presentarse y contradecir, o sea, que no es compatible con la actitud de confesión, ni la de reconocimiento, o allanamiento a la demanda, o simplemente, la de no comparecer.¹⁷

14. Víctor Manuel Peñaherrera, *Lecciones de derecho práctico civil y penal*, t. III, Quito, Ed. Universitaria, 1960, p. 509.

15. U. Rocco, *op. cit.*, p. 170.

16. Jaime Azula Camacho, *Manual de derecho procesal civil*, t. I, Bogotá, Temis, 1997, p. 298.

17. Enrique Vécovi, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 1999, p. 77.

Alternativas del demandado frente a la demanda

La doctrina coincide en que el demandado tiene varias alternativas frente a la demanda, desde renunciar a ser oído hasta defenderse como la ley lo permite. Según Ana María Lemmo: «Las actitudes que puede adoptar el demandado a quien se le notifica una demanda y emplaza para estar a derecho, dependen del propio sujeto. Son variables que radican en la voluntad de comparecer y litigar o de quedar ausente y utilizar la incomparecencia como un mecanismo de defensa». ¹⁸ Conviene analizar estas alternativas, una por una, a saber:

Silencio, contumacia o rebeldía

Silencio, contumacia o rebeldía son términos que la doctrina ha considerado sinónimos en el curso de la historia del derecho. Sin embargo, el moderno derecho procesal prefiere no hablar de rebeldía del demandado, porque según las nuevas tendencias «no se considera una obligación, ni siquiera un deber, comparecer al proceso. Esa comparecencia es más bien una carga, porque no comparecer implica consecuencias desfavorables al opositor que así se comporta». ¹⁹

Recordemos que la carga procesal está basada en la autonomía privada de las partes procesales e implica que los sujetos procesales no tienen la obligación de realizar determinados actos procesales dentro de un juicio concreto, sino más bien que su realización depende de la decisión que tomen de ejecutarlos, dependiendo del interés que tengan en ello. Evidentemente las cargas son diferentes de las obligaciones o deberes procesales, ²⁰ porque en estos existen

18. Ana María Lemmo y Matías Lizatovich, «La contestación de demanda como defensa», en Oswaldo Alfredo Gonzaini, comp., *Defensas y excepciones*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 45.

19. B. Quintero y E. Prieto, *op. cit.*, p. 138.

20. «Los *deberes procesales* tienen estas características: a) emanan de las normas procesales; b) son de derecho público; c) surgen con ocasión del proceso, bien sea como consecuencia del ejercicio del derecho de acción que lo origina o del derecho de contradicción del demandado o imputado, o de su trámite; d) corresponden al juez, las partes y los terceros, según el caso; y e) dan lugar a sanciones y a coerción para su cumplimiento. [...] Las *obligaciones procesales* tiene las características *a, b, c, y e*, de los deberes procesales, pero solo surgen para las partes y terceros. Se diferencian de estos en que correlativamente existe un derecho subjetivo de alguna persona o del Estado para que el acto se cumpla y para recibir sus beneficios, y tienen un contenido patrimonial. [...] Las *cargas procesales* tienen las características: a) emanan de las normas procesales; b) son de derecho público; c) surgen con ocasión del proceso; d) corresponden al juez, a las partes y a terceros, según el caso; e) no se pueden exigir coercitivamente ni su ejercicio da ocasión a sanciones; y e) su no ejercicio acarrea consecuencias procesales desfavorables, que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los sustanciales que

los elementos de coacción, coerción y sanción previstos por el ordenamiento jurídico ante su incumplimiento. Luego, si el demandado, decide no comparecer al proceso, desatendiendo la carga procesal de hacerlo, no estaría en estricto sentido incumpliendo un deber u obligación legal, sino simplemente tomando una decisión voluntaria que le acarrearía las ventajas o desventajas previstas en la ley para dicha conducta.

En el Código de Procedimiento Civil vigente subsiste la obligación jurídica de suplir con la ley la falta de comparecencia del demandado pues, en la mayoría de procesos, salvo en el ejecutivo (en el cual, de acuerdo a la norma del art. 430, a falta de pago o excepciones el juez debe dictar sentencia que causa ejecutoria), guardar silencio implica negar los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y, por tanto, se concede al demandado una defensa extraordinaria, legalmente prevista pero, a nuestro criterio, constitucionalmente violatoria del derecho a la igualdad procesal, que traslada la carga probatoria exclusiva al actor para justificar los hechos que afirma en su demanda.

Por ello, nos parece recomendable sugerir la reforma urgente del ordenamiento jurídico procesal vigente, de modo que la nueva normativa inaugure un verdadero derecho procesal ecuatoriano, que de acuerdo a las tendencias del derecho procesal contemporáneo permita dejar de lado la acostumbrada aplicación literal de artículos, tendiente, como hemos visto, a favorecer al demandado, rompiendo el necesario equilibrio procesal.

Por tales razones, coincidimos con el Proyecto de Código de Procedimiento Civil ecuatoriano que recoge las nuevas tendencias procesales iberoamericanas que incluyen la práctica de ponderación de los pedimentos del actor así como la determinación legal de considerar allanamiento tácito a la incomparecencia del demandado. Así, en dicho cuerpo normativo ya se considera tanto la condena para el actor que ha demandado sin fundamento (art. 331.1), como la sanción para el demandado que no comparece o que si lo hace no manifiesta oposición a la demanda (art. 349.3 y 361.3.3).²¹

Luego, la comparecencia del demandado es una carga procesal, de acuerdo a los términos referidos en líneas anteriores, por lo que, si decide no comparecer, la defensa que hubiera pretendido ejercer no se concreta y su conducta tendría que atenerse a las consecuencias legales previstas en la normativa vigente.

en el proceso se ventilan (incluyendo en estos el de libertad del sindicado o imputado, en el proceso penal)», Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 3a. ed., 2004, p. 45-46.

21. Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Quito, Abya-Yala, 2007.

Precisamente por ello, Briseño Sierra considera que:

El demandado se muestra renuente a colaborar en el desarrollo de la serie; pero esta, en el sistema del juicio en contumacia, no se detiene, de manera que, para cumplir con el principio de la bilateralidad de la instancia, es menester que el juzgador suple la inactividad, lo que hace ponderando los pedimentos del actor y conduciendo por la vía regular el proceso a través de sus proveimientos jurisdiccionales.²²

Para el tratadista ecuatoriano Armando Cruz Bahamonde el silencio es efectivamente una prerrogativa del demandado, que debería ser considerada como rebeldía o deslealtad judicial. Al efecto, coincide con la doctrina argentina cuando afirma que:

La doctrina consultada –argentina en su esencia– concuerda en manifestar que el silencio en el proceso civil debe ser específicamente reglamentado, pues, se afirma que el silente, con su inactividad, opera negativamente, retardando, demorando el proceso, rompiendo la igualdad de comportamiento procesal, violando los deberes de lealtad en el debate o penetrando en las categorías de dolo y fraude. [...] La disposición del art. 107, introducida en 1978 como modificación de las anteriores normas, es disposición *sancionadora* puesto que la considera como «indicio contra el demandado» mas al mismo tiempo es *interpretativa* del silencio, ya que le da el efecto de considerarla como «negativa simple de los fundamentos de la demanda», salvo disposición contraria de la Ley. Las consecuencias procesales del silencio tienen así lugar en dos sentidos diversos, que se relacionan directamente con la prueba. En efecto, el indicio es una conjetura que se deriva de las circunstancias que rodean a un hecho, y es también una sospecha, un rastro, un vestigio, una huella que nace del hecho conocido del silencio y que, en este caso, se dirige contra la posición procesal del demandado silente. Será, en definitiva, un factor o elemento que integra la sana crítica que el juez ha de aplicar en la interpretación de las pruebas, según lo dispone el art. 119. En otras palabras, el silencio del demandado predispondrá el ánimo del juez al momento de decidir. Pero, por otro lado, en virtud del otro consecuente impuesto por la Ley, el silencio traslada la carga de la prueba al actor, que es el sistema probatorio señalado en el art. 117. Mas, no puede dejar de considerarse que, al mismo tiempo, por su silencio, el demandado se priva a sí mismo de oponer las excepciones que reclaman expresión definida, como la prescripción, el pago, o cualquier otra que tienda a extinguir la obligación exigida por el actor, o a modificar sus efectos, como el pago parcial. El indicio adverso al demandado silente y el traslado indiscriminado de la carga de la prueba, en nuestra opinión, permiten al juez calificar su conducta como de mala

22. Humberto Briseño Sierra, *Excepciones procesales*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1987, p. 47, citado por B. Quintero y E. Prieto, *op. cit.*, p. 139.

fe y, consiguientemente, condenarle al pago de las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 287. Hay fundamento para esta aseveración en las enseñanzas de la doctrina que hemos citado en este mismo apartado, que califica severa, pero justamente la rebeldía del silente.²³

Incluso si el silente comparece posteriormente a juicio, ya no podría exigir las prerrogativas que se le otorgaron oportunamente al tiempo de contestar la demanda, por lo que, como afirman Caeiro y Saryanovich:

La comparecencia posterior del ausente no admitirá la incorporación de defensas cuando el litigio ha entrado a su fase conclusiva, sin agravio de la garantía constitucional del debido proceso, que exige que el interesado tenga concreta notificación de las defensas y oportunidad de ser oído y de probar los hechos que creyera conducentes. Y no hay en ello ningún ritualismo excesivo, sino el respeto por el ordenamiento que la ley ha establecido para hacer valer los derechos, los cuales deben ser planteados en la forma y dentro del plazo legal, no pudiendo invocarse la doctrina del exceso ritual en perjuicio del buen orden de los procesos, en cuya observancia está interesada directamente la seguridad jurídica y el derecho de defensa en juicio de la parte contraria. En definitiva, la presentación del rebelde es posible en cualquier estado del proceso, pero no retrotrae su estado ni restituye a aquel, términos o facultades no aprovechadas, operando al respecto la preclusión de dichos actos procesales e imponiéndosele las costas originadas en su conducta omisiva.²⁴

Diego Palomo Vélez ratifica la tendencia del derecho procesal moderno consagrado en la legislación española²⁵ que establece una carga especial para el demandado, consistente en negar o admitir en el escrito de contestación los hechos invocados por el actor en su escrito de demanda. De allí que –ratifica el tratadista–

a propósito del escrito de la demanda se exija que los hechos sean narrados de forma ordenada y clara con el objeto de facilitar su admisión o negación por parte del demandado al contestar. Junto a esta carga, se consagra una sanción frente al silencio o las respuestas evasivas del demandado: La admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales.²⁶

23. Armando Cruz Bahamonde, *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*, vol. II, Quito, Edino, 1992, p. 110-111.
24. María Constanza Caeiro y Pablo Saryanovich, «La rebeldía y la incomparecencia en juicio», en O. A. Gonzafni, comp., *Defensas y excepciones*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p.75.
25. Ley de Enjuiciamiento Civil española, art. 405.
26. Diego Palomo Vélez, *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*, Santiago, Librotecnia, 2008, p. 157.

La negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda

Si el demandado comparece al proceso, tiene dos opciones bien definidas, defenderse u oponer excepciones. Debemos entender, de acuerdo a la doctrina, que defensa es toda alegación que ataca la demanda en general y que por ende, no lleva implícita una carga probatoria; en cambio, oponer excepciones significa atacar específica y directamente las pretensiones contenidas en la demanda, lo que conlleva la carga para el demandado de probar sus alegaciones. Así, para Devis Echandía:

La *defensa*, en sentido estricto, existe cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor o los hechos en que este lo apoya. La *excepción* existe cuando el demandado alega hechos impeditivos de nacimiento del derecho pretendido por el actor o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios, que impidan en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho; en todos los casos, estos hechos son distintos de los que el demandante trae en su demanda en apoyo de su pretensión, y por esta razón debe probarlos el demandado.²⁷

Juan Isaac Lovato coincide en afirmar que la negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho es una simple defensa cuando señala lo siguiente:

En razón al tipo de discusión deben señalarse en las posibles actitudes del sujeto pasivo que se defiende dos grandes grupos: El primero es el que comprende aquella oposición que consiste en una simple o mera negativa de los elementos de la pretensión del actor, defensa que puede designarse con el nombre de *negación*, pues en ella el oponente se limita a desconocer las afirmaciones del contrario sin colocar frente a ellas circunstancias distintas, por lo que se trata, como fácilmente se comprende, del tipo de defensas más sencillo que cabe imaginar.²⁸

Sin embargo, hay quienes convienen en dar a la negativa simple y llana de los fundamentos de la demanda, el carácter de excepción, lo cual será precisamente motivo de análisis en los capítulos posteriores, con el fin de determinar cuál es la verdadera naturaleza jurídica de esta negación.

27. H. Devis Echandía, *Estudios...*, p. 425.

28. Juan Isaac Lovato, *Programa analítico de derecho procesal civil ecuatoriano*, t. V, Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1962, p. 157.

Oponer excepciones expresas acompañadas o no de negativa pura y simple

Otra alternativa que tiene el demandado al contestar la demanda es oponer excepciones, acompañadas o no de defensas generales. A través de la historia no ha sido bien definido ni delimitado lo que doctrinalmente debe entenderse como excepción, luego, se la ha confundido con el derecho a la contradicción o el derecho a la defensa. Así lo consigna Alsina:

En términos generales, como vemos, llámase excepción a toda defensa que el demandado opone a la acción. En un sentido más restringido, llámase excepción la que puede alegarse únicamente por el demandado invocando un hecho impeditivo o extintivo o transformativo, porque mientras no se alegue, la acción subsiste y el juez no puede considerarla de oficio; para las demás se reserva el nombre de defensas en general.²⁹

Sin embargo, en el derecho procesal moderno el concepto de excepción se ha restringido a los hechos concretos que puedan contradecir las pretensiones de la demanda. Efectivamente, el mismo Alsina lo aclara cuando dice:

Todo derecho nace, se transforma o se extingue como consecuencia de un hecho, y las distintas situaciones jurídicas derivan, así, de la naturaleza de los hechos. Estos pueden ser de tres clases: 1o.) Hechos *constitutivos*, que dan nacimiento a una relación jurídica (por ejemplo, un préstamo), y que, a su vez, se distinguen en voluntarios e involuntarios, lícitos e ilícitos, etc.; 2o.) Hechos *impeditivos*, que no obstante existir el hecho constitutivo, importan un obstáculo al nacimiento de la relación jurídica (incapacidad, dolo, etc.); 3o.) Hechos *extintivos*, que ponen fin a la relación jurídica, pago, prescripción, etc. Esta clasificación está vinculada a la diversa forma como el juez puede conducirse en la sentencia respecto de la acción. Si el demandado niega la existencia del hecho constitutivo afirmado por el actor, lo cual importa negar el nacimiento de la relación jurídica misma, la sentencia que admita o rechace la acción considerará existente o inexistente el hecho constitutivo. Pero puede el demandado reconocer el hecho constitutivo y afirmar, al mismo tiempo, la existencia de un hecho impeditivo o extintivo, en cuyo caso habrá opuesto una excepción al progreso de la acción.³⁰

Entonces, a diferencia de una mera contraposición a la demanda sin agregar hechos nuevos, la excepción sí los agrega. Quintero y Prieto consideran, en atención a estos parámetros, que «la excepción es la agregación de he-

29. H. Alsina, *op. cit.*, t. I, p. 341.

30. *Ibid.*, p. 340-341.

cho y derecho por parte del opositor. La resistencia conserva pues un parangón con la pretensión. El demandado debe denominar su excepción y fundamentarla en hechos y derecho». ³¹

La excepción, como bien lo explica Carnelutti, «es la propia razón del demandado que la opone a la invocada por el demandante. Es una especie de contraprestación, por constituir argumentos propios, basados en hechos diferentes, que tienden a dejar sin fundamento la pretensión del demandante», ³² pues, como ya dijimos en líneas anteriores, en virtud del derecho abstracto de contradicción, también se genera este contraderecho que se concreta, dentro de un determinado litigio, al atacar los argumentos del actor.

Por lo dicho, coincidimos con Ugo Rocco cuando afirma que «excepción es la facultad procesal, comprendida en el derecho de contradicción en el juicio, que corresponde al demandado, a pedir que los órganos jurisdiccionales declaren cierta la existencia de un hecho jurídico que produce efectos jurídicos relevantes, frente a la acción ejercitada por el actor». ³³

En definitiva, excepción no equivale a defensa de cualquier clase que fuere, aunque, a lo largo de la historia, se hayan equiparado indebidamente dichos términos. La excepción es una especie dentro del género de las oposiciones. El demandado que se excepciona incorpora al proceso afirmaciones distintas respecto de hechos sobre los que necesariamente recaerá la carga probatoria.

Allanarse a la demanda

Cuando el demandado contesta la demanda puede también allanarse a ella, es decir, reconocer como verdaderas las pretensiones que han sido consignadas en la demanda, acogerlas, aceptarlas y someterse a la decisión judicial que así lo ratifique.

Jaime Azula Camacho nos ratifica que el allanamiento, considerado en la doctrina también como *reconocimiento*, «es la aceptación expresa que el demandado hace de las pretensiones invocadas por el demandante y de los hechos en que ellas se apoya, y que determina una sentencia favorable para este». ³⁴ El allanamiento –continúa– «se justifica cuando las dos partes están de acuerdo en obtener determinado resultado que solo es procedente mediante decisión jurisdiccional, como ocurre con el divorcio en las legislaciones que no

31. B. Quintero y E. Prieto, *op. cit.*, p. 143.

32. Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Uthea, 1944, p. 26, citado por J. Azula Camacho, *op. cit.*, p. 300.

33. U. Rocco, *op. cit.*, p. 171.

34. J. Azula Camacho, *op. cit.*, p. 302.

consagran el mutuo acuerdo; sin embargo, no se descarta que obedezca a que el demandado encuentre justas las pretensiones del demandante».³⁵

Para que opere el allanamiento, según el citado autor, es necesario algunos requisitos de fondo como la capacidad del demandado, la disponibilidad del derecho, que los derechos que configuren la pretensión estén plenamente establecidos dentro del proceso y sean susceptibles de allanamiento, que si se trata de una litisconsorcio necesaria, provenga de todos los litisconsortes, que el apoderado esté debidamente facultado para allanarse y, fundamentalmente, que no cause perjuicios a terceros; además de, obviamente, que contenga algunos requisitos de forma como la oportunidad y el cumplimiento de las pautas legales previstas para que su incorporación al proceso sea adecuada.³⁶

Quintero y Prieto, por su parte, consideran que:

El allanamiento consiste en el pleno sometimiento. El demandado acepta la demanda, rehúye el pleito. Es la forma más completa de vencimiento liminar. Es el caso de la persona llamada al proceso como resistente, que se allana reconociendo los hechos y el derecho, que son los elementos configurativos de la pretensión. Quien se allana, ya no tiene nada que oponer. No puede resistir. En principio el allanamiento es admisible para derechos disponibles y por persona capaz de ejercicio. El peligro de la institución radica en que con ella se cohesten procesos fingidos.³⁷

En nuestro derecho procesal el allanamiento puede ser solamente expreso, aunque la tendencia moderna es que la ley considere como allanamiento tácito algunas actitudes que toma el demandado. Si el allanamiento es total no existirán hechos controvertidos, por tanto no habría prueba que producir ni litis que dilucidar, en cambio, si el allanamiento es parcial, continuará el juicio respecto de los temas controvertidos, sobre los cuales corresponde ofrecer prueba.

El juez debe aprobar el allanamiento en la sentencia que dicte dentro del caso planteado. Al efecto es preciso tener en cuenta que en atención a la norma contenida en el art. 393 del Código de Procedimiento Civil, el allanamiento es ineficaz, es decir, no produce sus efectos jurídicos ni puede ser aceptado por el juzgador, cuando el demandado sea incapaz (si no tiene capacidad para comparecer a juicio mal puede tener capacidad para allanarse), cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes (cuando involucre a menores, por ejemplo en el juicio de paternidad), cuando el demandado sea el Estado o alguna de sus instituciones, cuando los hechos admitidos no puedan probarse por medio de confesión, cuando la sentencia deba producir efectos de cosa

35. *Ibid.*, p. 303.

36. *Ibid.*, p. 304.

37. B. Quintero y E. Prieto, *op. cit.*, p. 141.

juzgada respecto de terceros y, cuando siendo varios los demandados, sobre obligaciones indivisibles, no provenga de todos. Evidentemente, en estos casos, el juez no puede aprobarlo.

La razón de esta norma, en la mayoría de los casos, permite evitar los fraudes procesales respecto de terceros que pudieran sufrir las consecuencias legales de una sentencia que vulnere sus derechos. Sin embargo, consideramos que no tiene razón de constar en dicha enumeración, el hecho de que el Estado o alguna de sus instituciones no puedan allanarse a una demanda. En este punto, nuestra legislación adjetiva civil, también rompe el equilibrio procesal que debe existir entre las partes (de acuerdo a la garantía constitucional de la igualdad de los sujetos procesales como consecuencia lógica de su legítimo derecho de defensa), porque arbitrariamente considera que el Estado debe tener un trato privilegiado frente al particular, cuando dentro de un proceso los dos son partes y, como tales, deben litigar en igualdad de condiciones, de modo que si el Estado reconoce que al particular le asiste el derecho, resulta éticamente contradictorio que, por así disponerlo la ley, no pueda ejercer su derecho a tomar la decisión de allanarse a las pretensiones del actor. Normas como esta debería ser desterrada de la ley procesal por constituir evidentes violaciones a los principios constitucionalmente consagrados.

Reconvenir

La última de las actitudes que el demandado puede tomar frente a la demanda es reconvenir. La reconvencción no es otra cosa que contrademandar, esto es, plantear una demanda en la que el demandado se convierte en actor y el actor en demandado. La reconvencción, a nuestro criterio, tiene su fundamento en el principio de economía procesal, a fin de evitar un doble enjuiciamiento por separado y tiene su respaldo en el principio constitucional de concentración, esto es, que en el desarrollo del proceso se produzca con el menor número de actos procesales que contribuyan a la celeridad del proceso, para satisfacción de las partes.³⁸

Según el criterio de Diego Palomo Vélez, existen sin embargo, más principios constitucionales garantizados con el ejercicio de la reconvencción, veamos:

Tradicionalmente, el principal fundamento de la admisión de la reconvencción se basa en el «principio» de economía procesal. Qué duda cabe que correctamente reguladas las posibilidades y requisitos de la reconvencción se logra su efecto toda vez que el demandado utiliza el cauce procesal ya abierto por el

38. Código Orgánico de la Función Judicial, art. 18 y 19.

actor para materializar su solicitud de tutela judicial. Sin embargo, el otro sector de la doctrina ha puesto de relieve que entre los fundamentos de la reconvencción debe contarse también el respeto al principio de defensa y de igualdad de partes en el proceso, según el cual el demandado debe tener la oportunidad, además de poder defenderse activamente oponiendo las excepciones procesales y materiales que estime procedentes, de reclamar en el proceso pendiente aquellos derechos que ostente frente al actor originario, y que tengan relación con las pretensiones de la demanda original.³⁹

Sin embargo, debemos tener presente que, esta contrademanda no solo puede ocurrir cuando el demandado tenga una acción que ejercitar contra el actor, derivada de la misma acción que contesta (reconvencción conexas), sino también cuando provenga de una distinta relación jurídica no mencionada en el libelo inicial (reconvencción inconexas). De allí que, en este último caso, el argumento de Diego Palomo no tiene validez.

Al decir de Juan Isaac Lovato:

La reconvencción es de dos clases: conexas e inconexas. Es conexas la que se deriva de la misma causa en que se funda la demanda, o que es de tal modo relacionada con esta, que propuesta separadamente, daría lugar a la acumulación de autos. Es inconexas que no se encuentra en ninguno de esos casos. [...] Por la reconvencción, el demandado aumenta *objetivamente* el proceso inicial; no aumenta subjetivamente, porque los sujetos que intervienen en él, o sea las partes, siguen siendo los mismos. Por este aumento objetivo, el proceso comprende dos cuestiones principales, dos asuntos controvertidos: la demanda y la reconvencción. [...] Legalmente se proroga la competencia del juez de la acción para conocer la reconvencción. [...] Como la reconvencción es una verdadera demanda, ha de reunir los requisitos del art. 74; y el reconviniente ha de tener todas las condiciones de capacidad de demandante.⁴⁰

Luego, a nuestro parecer, la reconvencción no es uno de los modos de ejercitar el derecho de contradicción sino más bien de ejercitar el derecho de acción, de la forma y de acuerdo a las directrices específicas previstas en nuestra normativa jurídica. Es por ello que estamos de acuerdo en considerar que la reconvencción no puede ser considerada ni como defensa ni como excepción porque tiene respecto de ellas, las nítidas diferencias que Alsina determina; a saber:

a) La defensa tiende a enervar la pretensión. La reconvencción es una nueva demanda que puede prosperar o ser desestimada con independencia de aquella.

39. D. Palomo Vélez, *op. cit.*, p. 165.

40. J. Isaac Lovato, *op. cit.*, p. 184-185.

b) La excepción de fondo, entre ellas la compensación que origina la idea de la llamada excepción reconvenzional, es defensa sustancial, al paso que la reconvección es pretensión autónoma. c) Quien opone la compensación confiesa el crédito del actor, mientras la reconvección es independiente de la negativa o reconocimiento del mismo. d) En la reconvección el demandado se convierte en actor y este en demandado, en tanto que frente a la excepción la situación no varía. e) Frente a la excepción el actor no puede resultar condenado; en la reconvección, en cambio, actor o demandado pueden resultar absueltos o condenados.⁴¹

Por su parte el tratadista ecuatoriano, Emilio Velasco Célleri, ratifica, en los siguientes términos, que la reconvección es una verdadera demanda y como tal debe ser procesalmente formulada:

La reconvección es una verdadera contrademanda del demandado hacia el actor, sobre derechos que pueden provenir de la misma causa de la acción, o de otras circunstancias [...] Como la reconvección es una contrademanda, esta debe cumplir con los mismos requisitos de la demanda, esto es, que debe expresarse además sobre cada uno de los puntos que determinan los art. 71 y 72 del Código de Procedimiento Civil, los fundamentos de hecho y de derecho de lo pedido, lo que debe indicarse claramente; y además el propósito de reconvenir al demandante, ya que al proponerse en el mismo juicio dentro del término de contestar la demanda, la reconvección debe contener los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta, la cosa, cantidad o hecho que se exige, según los numerales tercero y cuarto, del art. 71 del Código de Procedimiento Civil.⁴²

Excepciones de previo pronunciamiento y de fondo

Tradicionalmente la doctrina ha coincidido en efectuar una común clasificación que distinguía dos tipos de excepciones: las dilatorias y las perentorias. Sin embargo, en el derecho procesal contemporáneo, la clasificación se ha centrado más bien a diferenciarlas respecto del momento procesal en el que deben ser interpuestas, obviamente relacionadas con su contenido; así entonces tenemos que actualmente conviene clasificar a las excepciones en aquellas que se refieren a impedimentos procesales y que requieren previa resolución y aquellas excepciones de fondo o materiales que serán objeto de la sentencia definitiva que se dicte en un caso concreto.

41. H. Alsina, *op. cit.*, t. I, p. 153.

42. Emilio Velasco Célleri, *Sistema de práctica procesal civil*, t. IV, Quito, Pudeleco, 1996, p. 176.

Y ello porque las legislaciones procesales iberoamericanas actuales, incluyendo el Proyecto de Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, establecen dos etapas procesales claramente diferenciadas; la primera, consistente en la audiencia previa de saneamiento en la que se revisan, justifican y resuelven las excepciones de resolución previa que haya planteado el demandado y la segunda, que es la prosecución del juicio propiamente dicho, cuando no se haya dado paso a las excepciones previas o estas se hayan saneado y hayan permitido instaurarlo, hasta su culminación mediante la correspondiente sentencia en la que se resolverán las excepciones de fondo.

El profesor Juan Montero Aroca coincide con la distinción entre excepciones procesales y de fondo, revisemos cómo fundamenta la misma:

La palabra excepción fue adquiriendo en nuestro derecho tantos sentidos que al final acabó por no significar nada, al haber pretendido significar todo. Después de una larga evolución histórica se había llegado a la conclusión de que por excepción debía entenderse todo lo que el demandado pudiera alegar con el fin de no ser condenado, tanto se refiriera a defectos en la relación jurídico procesal por falta de presupuestos o requisitos procesales, como al tema de fondo. De esta manera cuando, estudiando las actitudes del demandado frente a la demanda, se decía que aquel ha excepcionado, las posibilidades de contenido de esta respuesta eran tantas que en realidad era inútil, por carecer de toda precisión. Con ánimo de no romper con la tradición pero, al mismo tiempo, de dar sentido técnico a las palabras, la doctrina distinguió entre excepciones procesales y excepciones materiales, de modo que cuando el demandado alega excepciones procesales centra su oposición a la falta de presupuestos y/o requisitos procesales, en lo que nuestros tribunales suelen llamar defectuosa constitución en la relación jurídico-procesal, y tiende a conseguir una resolución meramente procesal en la que no se entre en el fondo del asunto. Con las excepciones materiales el demandado tiende a la desestimación de la pretensión, refiriendo la oposición a su falta de justificación, de correspondencia con el derecho material, en cuanto este no protege el interés del demandante, aspirando el demandado a una sentencia de fondo absolutoria. La importancia de esta distinción se basa, no en las palabras, sino en reconocer que el demandado puede articular dos líneas de oposición escalonadas; puede primero referirse al proceso, alegando en torno a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales y, después o al mismo tiempo, según los distintos procedimientos, puede referirse al fondo del asunto, alegando en torno al derecho subjetivo alegado por el actor. Las excepciones procesales se refieren a la válida constitución de la relación jurídico-procesal, las materiales se refieren al fondo.⁴³

43. Juan Montero Aroca, *Derecho jurisdiccional*, t. II Proceso Civil, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 208-209.

Para Diego Palomo Vélez, es también conveniente esta clasificación; a saber:

a) La oposición procesal. Las excepciones procesales constituyen una de las posibilidades que tiene el demandado para hacer frente a la demanda presentada en su contra. Esta denominación alude a problemas de corte procesal, oponiéndose a los problemas derivados del fondo del asunto. En efecto, se trata de alegaciones que ponen de relieve la ausencia de algún requisito o presupuesto de carácter procesal o la presencia de un óbice del mismo carácter y que, estimadas, impiden una sentencia sobre el fondo. Con ellas el demandado quiere evitar una sentencia sobre el fondo, quiere librarse de una sentencia condenatoria. Esta materia debe relacionarse con uno de los más importantes contenidos que se reservan a la llamada *audiencia previa* del juicio ordinario, justamente el examen y resolución de cuestiones procesales. [...] La cuestión resulta particularmente importante de destacar, toda vez que es un claro ejemplo del interés del legislador procesal por terminar con el riesgo de las sentencias absolutorias de la instancia (inhibitorias). La estimación de alguna excepción procesal debe poner fin al proceso si el problema es insubsanable o siéndolo ha transcurrido el plazo sin proceder a ello. Ahora, si bien es cierto que se pone fin al juicio, la cuestión objeto del juicio queda imprejuizada, por lo que no se impide al demandante, corregido que sea el defecto procesal, interponer una segunda demanda e incoar un nuevo juicio con el mismo objeto procesal. b) La oposición material. Las alternativas que tiene el demandado también comprenden oposiciones materiales o de fondo. A través de ellas persigue el demandado una sentencia absolutoria sobre el fondo, la desestimación de la demanda. Mediante ella el demandado niega que el actor tenga derecho a la tutela judicial que pide. [...] Las excepciones materiales implican la introducción de defensas sustantivas frente al fundamento de la pretensión del actor. El demandado, descolgándose de lo sostenido por el demandante, introduce al proceso hechos nuevos y distintos. Por eso, el planteamiento de excepciones materiales significa, necesariamente, ir más allá de la mera negación de los hechos y fundamentos jurídicos aducidos por el actor.⁴⁴

Sin embargo de que aceptamos la moderna clasificación de excepciones, conviene referirnos a las clasificaciones efectuadas en el pasado por algunos tratadistas como Couture, quien define las excepciones dilatorias, perentorias y mixtas del modo siguiente:

(las dilatorias) Son defensas previas, alegadas *in limini litis*, y que, normalmente, versan sobre el proceso y no sobre el derecho material alegado por el actor. Tienden a corregir errores que obstarán a una fácil decisión (defecto legal en el modo de preparar la demanda); a evitar un proceso inútil (litispendencia); a

44. D. Palomo Vélez, *op. cit.*, p. 153-155.

impedir un juicio nulo (incompetencia absoluta, falta de capacidad o de personería); a asegurar el resultado del juicio (fianzas de arraigo y de *rato et grato*); etc. Constituyen como se ha dicho, una especie de eliminación previa de ciertas cuestiones que embarazarían en lo futuro el desarrollo del proceso. Las excepciones *perentorias* no son defensas sobre el proceso sino sobre el derecho. No procuran la depuración de elementos formales del juicio, sino que constituyen la defensa de fondo sobre el derecho cuestionado. Estas excepciones descansan sobre circunstancias de hecho o sobre circunstancias de derecho. Las excepciones *mixtas son aquellas que funcionando procesalmente como dilatorias, provocan, en caso de ser acogidas, los efectos de las perentorias.*⁴⁵

Para Juan Isaac Lovato:

Las excepciones dilatorias tienden a impedir que el juez conozca de la demanda, o a impedir que la conozca en la forma en que ha sido propuesta, tal como ha sido propuesta. Esto, naturalmente, suspende o retarda el conocimiento del fondo de la cuestión controvertida, de lo principal materia del juicio, pero no constituye el objeto de la excepción; es solo una consecuencia. La excepción perentoria es la que tiende a destruir, en todo o en parte, la acción deducida en la demanda; constituye un ataque al fondo, a lo principal de la cuestión controvertida.⁴⁶

Lino Enrique Palacio las distingue del modo siguiente:

Son perentorias aquellas oposiciones que, en el supuesto de prosperar, excluyen definitivamente el derecho invocado por el actor, de manera tal que la pretensión pierde toda posibilidad de volver a proponerse eficazmente. [...] Llámase oposiciones dilatorias a aquellas que, en la hipótesis de ser acogidas, excluyen temporariamente un pronunciamiento sobre el derecho del actor, de manera que solo hacen perder a la pretensión su eficacia actual y no impiden que esta vuelva a proponerse o a reactualizarse una vez obviados los defectos de que adolecía.⁴⁷

Por último, señalaremos lo que para Guasp constituye la naturaleza jurídica de estas excepciones:

La oposición perentoria consiste en una resistencia frente a los elementos intrínsecamente fundamentadores de la pretensión, tengan o no carácter procesal, y al triunfar sobre aquella determina su total ineficacia ulterior; metafóricamente cabría decir que la oposición perentoria mata el fundamento de la

45. E. Couture, *op. cit.*, p. 115-117.

46. J. Isaac Lovato, *op. cit.*, p. 172.

47. L. E. Palacio, *op. cit.*, t. I, p. 481.

pretensión; y estimada una negación, una contradicción o una objeción dilatorias, la pretensión no puede ser actualmente satisfecha, pero cabe su actuación ulterior eliminando el obstáculo que la oposición ha puesto de relieve; aquí, metafóricamente, habría que decir que la oposición dilatoria no mata, sino que simplemente hiere el fundamento de la pretensión.⁴⁸

De las definiciones transcritas podemos colegir que las excepciones dilatorias no son otras que aquellas que tienden a atacar la debida conformación del proceso y están relacionadas con los presupuestos procesales (antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal), o sea, son aquellas que ahora llamamos de *previa resolución*; en cambio, las excepciones perentorias son aquellas que atacan el derecho sustancial de las pretensiones del actor, esto es, el fondo de la cuestión que debe ser resuelto en sentencia.

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano vigente mantiene aún la denominación de excepciones dilatorias y perentorias y efectúa un listado no taxativo de las mismas:

Art. 99. Las excepciones son dilatorias o perentorias. Son dilatorias las que tienden a suspender o retardar la resolución de fondo; y perentorias, las que extinguen en todo o en parte la pretensión a que se refiere la demanda.

Art. 100. Las dilatorias más comunes son, o relativas al juez, como la de incompetencia; o al actor, como la de falta de personería, por incapacidad legal o falta de poder; o al demandado, como la de excusión u orden; o al modo de pedir, como la de contradicción o incompatibilidad de acciones; o al asunto mismo de la demanda, como la que se opone contra una petición hecha antes del plazo legal o convencional; o a la causa o al modo de sustanciarla, como cuando se pide que se acumulen los autos para no dividir la continencia de la causa, o que a esta se dé otra sustanciación.

Art. 101. Las excepciones se deducirán en la contestación a la demanda. Las perentorias más comunes son: la que tiene por objeto sostener que se ha extinguido la obligación por uno de los modos expresados en el Código Civil, y la de cosa juzgada.

Es preciso recalcar que el carácter dilatorio de las excepciones no tiene, como lo consigna el art. 99 del Código de Procedimiento Civil, el fin premeditado de dilatar o alargar el proceso sino que, la extensión en el tiempo del mismo, no es más que una consecuencia de su incorporación al proceso en los sistemas jurídicos que, como el nuestro, aún no determina que sean de previa resolución.

48. Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Derechos Públicos, 1956, p. 255, citado por J. I. Lovato, *op. cit.*, p. 173.

Conviene recordar que antes de las reformas al Código de Procedimiento Civil, –promulgadas en el RO No. 753 de 20 de diciembre de 1978–, las excepciones dilatorias en el juicio ordinario eran de previo y especial pronunciamiento y si eran aceptadas ponían fin al juicio (cosa juzgada formal), lo que no impedía que se pueda proponer una nueva demanda en la que se discuta los asuntos de fondo en sentencia, que esta vez, causaba cosa juzgada material. Las reformas constantes en la normativa vigente establecieron, en cambio, que tanto las excepciones dilatorias como las perentorias deben resolverse en sentencia, ya que la división de la resolución en dos etapas (una para resolver las dilatorias y otra las perentorias), fue aprovechado por los litigantes para retardar injustificadamente el procedimiento.

Conforme anota Juan Falconí Puig: «a la postre este sistema (anterior a 1978) puede resultar más seguro y económico en términos procesales pues, más riesgo existe, inclusive por la prescripción, que en sentencia de última instancia se acoja una excepción dilatoria que excluya el pronunciamiento sobre el asunto de fondo».⁴⁹ Posición contraria adopta Emilio Velasco Célteri, cuando expone que: «En 1978 se procedió a una nueva reforma, aunque no muy seria y meditada, pero logró desterrar lo inútil y anticuado y eliminó los obstáculos como la tramitación en dos fases de las excepciones dilatorias y perentorias».⁵⁰ Criterios con los que discrepamos de modo absoluto, ya que consideramos que ninguno de los sistemas era ni es el adecuado para solucionar los problemas procesales que se dan en la práctica.

Para nuestra satisfacción, en el derecho procesal moderno, la tendencia es que este tipo de excepciones sea de previo pronunciamiento, esto es que el juzgador pueda, mediante la correcta utilización de sus poderes-deberes, sanear el procedimiento desde el inicio. A ello coadyuva eficazmente el hecho de que en otras legislaciones, las excepciones que versan sobre materia tan importante y decisiva como los presupuestos procesales, necesariamente sean consideradas de previo y especial pronunciamiento.

El despacho saneador, vinculado a la audiencia preliminar, está incorporado en las legislaciones procesales contemporáneas como la colombiana, peruana y uruguaya; y, como lo explica Velasco Célteri, precisamente «tiene la función de sanear el proceso, resolviendo las excepciones procesales y examinando la existencia de los presupuestos procesales y posibles nulidades, a fin de evitar su planteo o examen tardío, en defensa del principio de celeridad».⁵¹

Por todo lo dicho, coincidimos con Juan Montero Aroca cuando propugna:

49. Juan Falconí Puig, *Código de Procedimiento Civil*, Guayaquil, Edino, 2a. ed., 1991, p. 79.

50. E. Velasco Célteri, *op. cit.*, p. 12.

51. E. Vécovi, *op. cit.*, p. 83.

El sistema para evitar procesos inútiles y actos innecesarios consistió (dejando a un lado el intento de conciliación, que pretendía poner fin al proceso) en: 1o. Plantear y resolver inicialmente todas las cuestiones procesales, con lo que la audiencia sirve, bien para terminar el proceso, si los defectos procesales son insubsanables, bien para que el proceso continúe habiendo quedado «sanados» los defectos subsanables. 2o. Delimitar el ámbito del proceso, es decir, en dejar determinado cuál es el objeto del proceso fijado por el actor, cuál es el objeto del debate suscitado por el demandado y sobre qué debe versar la prueba, y con ello se evitan actos procesales innecesarios, teniendo presente que en la audiencia existe, por regla general, la prohibición de la transformación de la demanda y de la contestación, objeto del debate. [...] «Sanear» el proceso puede entenderse en un doble sentido: 1. Unas veces se tratará de terminar el proceso, impidiendo su entera tramitación, cuando se sabe que no puede conducir a una sentencia de fondo y, 2. Otras veces se tratará de resolver las cuestiones procesales para que, tramitado después el proceso, no exista ya la posibilidad de una sentencia meramente procesal o de absolución en la instancia (inhibitoria). Estamos, pues, ante los presupuestos y requisitos procesales, y el control de la concurrencia de los mismos ha de efectuarse precisamente por el orden previsto en la ley.⁵²

Las excepciones de previa resolución que se presentan con mayor frecuencia son: incompetencia, falta de jurisdicción, ilegal intervención del juzgador o tribunal, el compromiso de someter la cuestión al juicio de árbitros o amigables compondores, ilegitimidad de personería, litispendencia, falta de legítimo contradictor, contradicción o incompatibilidad de acciones, plazo pendiente, condición suspensiva, acumulación de autos, violación de trámite, equivocada sustanciación de la causa, garantía o saneamiento, excusión u orden, entre otras.

Las excepciones de fondo, de acuerdo a lo establecido en las normas transcritas, pueden ser tantas cuantas causas de extinguir obligaciones existen. Para Tama Viteri:

Una enumeración que pretendiera comprender las principales excepciones perentorias debería mencionar el pago, la dación en pago, la compensación, la confusión de derechos, la remisión de deuda, la novación, la revocación, la pérdida de la cosa, la prescripción, el término extintivo, la transacción, la caducidad, el pacto o promesa de no pedir, la renuncia de derecho del reclamante, la nulidad o rescisión del contrato, la excepción *pecunia non numerata* (el dinero no le ha sido entregado), la falta de acción, la *plus petitio* (pedir más de lo que se debe), la improcedencia de la demanda, [...] la simulación o inexistencia, la falsedad del título y la cosa juzgada.⁵³

52. J. Montero Aroca, *Derecho...*, p. 225-231.

53. Manuel Tama Viteri, *Defensas y excepciones en el procedimiento civil*, Guayaquil, Edilex, 2009, p. 542.

En todo caso, no existe impedimento para que algunas excepciones de fondo o de mérito puedan proponerse como previas –mixtas según Couture–, en virtud del principio de economía procesal. Así lo ratifica el tratadista colombiano Hernando Morales Molina, al consignar:

A pesar de que las excepciones de cosa juzgada, transacción, caducidad y prescripción, son de mérito, pues pretenden enervar la pretensión, en busca de la economía procesal pueden proponerse y tramitarse como previas. Respecto a las dos primeras la cuestión se explicó, porque en últimas la cosa juzgada se funda, procesalmente hablando, en falta de jurisdicción para resolver la demanda, y la transacción produce efectos de cosa juzgada. En cuanto a la tercera no hay problema, puesto que inclusive la demanda se rechaza *inlimine* cuando de esta o sus anexos resulta probada la caducidad. Acerca de la prescripción tampoco existe objeción, porque si ella se interrumpe con la demanda, no se ve por qué no puede probarse y decidirse un incidente previo al plenario, máxime cuando su demostración generalmente es sencilla.⁵⁴

De lo dicho podemos concluir que, de acuerdo a lo establecido en líneas anteriores, los efectos jurídicos de la aceptación de una excepción de previo pronunciamiento, basada en defectos formales que no sean susceptibles de ser convalidados o considerados como causales de nulidad del proceso, serán poner fin al proceso (de acuerdo al sistema jurídico vigente son motivo de una sentencia inhibitoria), sin causar cosa juzgada material sino solamente formal y, consecuentemente, permitirán el reinicio de las acciones, una vez subsanado el defecto que obligó a concluir el enjuiciamiento.

En cambio, los efectos jurídicos de la aceptación de una excepción de fondo implican necesariamente el pronunciamiento de una sentencia desestimatoria de la pretensión, causando cosa juzgada material respecto de los hechos controvertidos.

La negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y su tratamiento en la doctrina

El fin esencial de la contestación a la demanda, como parte del sistema procesal, es muy claro y concreto, fijar de una manera clara los límites o parámetros de la controversia (el *thema decidendum*), es decir, plantear el problema jurídico que en el curso del juicio debe desenvolverse y decidirse, de modo que tanto las partes como el juzgador conozcan a ciencia cierta los

54. Hernando Morales Molina, *Curso de derecho procesal civil*, Bogotá, ABC, 1973, p. 345-346.

puntos controvertidos sobre los cuales se ha trabado la litis, las pruebas que requieren y las cuestiones que deben decidirse en sentencia.

En irrestricta aplicación al principio dispositivo, constitucionalmente consagrado, el moderno proceso civil se basa principalmente en la actividad que desarrollan las partes, independientemente de cualquier injerencia oficiosa del juez que con el transcurso de los años, se ha ido potenciando. Como consecuencia de la aplicación de dicho principio es que de todos modos existirá proceso, aun cuando el demandado decida no intervenir, o hacerlo de una manera vaga y retórica, con defensas muy generales.

Juan Montero Aroca ratifica que en el proceso civil el principio de contradicción

se respeta cuando se ofrece al demandado la posibilidad real de ser oído, sin que sea necesario que este haga uso de esa posibilidad. La demanda, pues, no impone al demandado la obligación de comparecer, sino simplemente la carga de hacerlo, es decir, un imperativo de su propio interés, que puede o no «levantar» según le parezca más conveniente.⁵⁵

Palomo Vélez coincide con nuestras afirmaciones cuando señala que

la contestación a la demanda, está claramente marcada por la *contingencia* de su realidad, reflejando que se trata de una cosa que puede suceder o no, de algo que es eventual en su ocurrencia, y cuya ausencia no afecta el curso del juicio. Se trata de una facultad del demandado y no de un acto o período procesal que deba realizarse de modo necesario.⁵⁶

Cuando al contestar la demanda el demandado opta por el silencio o por oponer una defensa tan general como la negativa simple y llana de los fundamentos de la demanda, tratadistas como Peñaherrera han sido coincidentes en determinar que dicha «omisión de la contestación es, ante todo y sobre todo, el no uso de un derecho, del principal derecho del demandado; pero es, además, una desatención, una desobediencia, una rebeldía».⁵⁷ Claro que –al decir de Juan Montero Aroca–

la rebeldía del demandado no impide la continuación del proceso hasta su final. La preclusión, propia de la inactividad, lleva a que el demandado pierda la posibilidad de realizar los actos procesales correspondientes, y en especial la contestación a la demanda, pero ello no implica consecuencia positiva alguna.

55. J. Montero Aroca, *Derecho...*, p. 205.

56. D. Palomo Vélez, *op. cit.*, p. 147.

57. V. M. Peñaherrera, *op. cit.*, p. 561.

En otros ordenamientos la rebeldía supone que el demandado admite los hechos alegados por el demandante y se allana a la pretensión.⁵⁸

Pero el hecho de que el demandado solo interponga defensas retóricas y lacónicas ¿significa aquiescencia o aceptación tácita de la demanda o, por el contrario, significa oposición o resistencia tácita? Antes de dar una respuesta a nuestra interrogante conviene revisar lo que la doctrina ha manifestado al respecto.

Algunos tratadistas como Caeiro y Saryanovich afirman que: «No existe una obligación de comparecer, sino una carga de hacerlo. Dicha omisión implicará la pérdida de oportunidades para ejecutar los actos que sean favorables a sus intereses».⁵⁹ Efectivamente, oponer la negativa de los fundamentos de la demanda, que le representa el tácito allanamiento a las pretensiones del actor, es sin duda una omisión que resulta absolutamente contraria a los intereses del demandado. Es, en definitiva, como afirma Devis Echandía: «el derecho a ser oído en el juicio si se tiene la voluntad de hacerse oír, o sea, el derecho a gozar de la oportunidad procesal para ello y de obtener, mediante el proceso, la sentencia que resuelva favorable o desfavorablemente sobre sus defensas».⁶⁰

Según Víctor Manuel Peñaherrera, «la omisión de nuestro Código respecto de las expresiones que deben ser obligatorias al demandado, dio lugar a que en el foro fuera generalizándose la creencia de que las contestaciones más hábiles y seguras eran las más vagas y lacónicas, capaces de ser interpretadas con toda la amplitud que el mismo demandado quisiese».⁶¹

De allí que en un principio se dio por considerar que las meras reticencias o defensas vagas e imprecisas, como la negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho, eran excepciones generales que englobaban a todas las demás excepciones, favoreciendo al demandado, pues algo se le podría ocurrir posteriormente, en la amplitud del espectro de su oposición.

Esto porque, el efecto legal, actualmente vigente, de la no contestación, la contestación vaga o la rebeldía, equivalen a la negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. En consecuencia, por disposición legal, al actor le corresponde probar los fundamentos de sus pretensiones, o sea los hechos que él propuso afirmativamente en la demanda y que han sido negados por el demandado; y, si no lo hace, la demandada deberá ser desechada.

58. Juan Montero Aroca, *Tratado del juicio verbal*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 908.

59. M. C. Caeiro y P. Saryanovich, *op cit.*, p. 59.

60. Hernando Devis Echandía, «El derecho de contradicción: Defensas y excepciones del demandado», en *Revista de derecho procesal-iberoamericana y filipina*, No. 3, Madrid, Instituto Español de Derecho Procesal, 1963, p. 397.

61. V. M. Peñaherrera, *op. cit.*, p. 557.

Sin embargo, la jurisprudencia ecuatoriana fue, poco a poco, limitando dicho espectro. Así nos cuenta el mismo tratadista Peñaherrera, cuando expresa:

Ruidosa discusión suscitóse a este respecto en el Tribunal Supremo, a propósito de un cuantioso litigio, entre el antiguo Banco Internacional y el Gobierno; y desde entonces triunfó el verdadero principio de que en la contestación del demandado no se han de considerar deducidas otras excepciones que las expresas o las que de un modo preciso e inequívoco se infieran de las expresiones en ella consignadas. En consecuencia, la contestación *simplemente negativa*, o bien la frase *no debo* u otra equivalente, se estima como una simple negación de los *fundamentos de la demanda*, esto es, de los hechos constitutivos de la acción; y no comprende la excepción de pago ni la prescripción, remisión, etc., es decir, ninguna de aquellas que deben fundarse en hechos positivos diversos de los que dieron origen al derecho del actor; hechos que, por lo mismo, deben ser clara e inequívocamente alegados por el demandado, para que puedan considerarse como puntos controvertidos, y servirle de fundamento a su defensa.⁶²

Por su parte, tratadistas como Jaime Azula manifiestan que al momento de decidir no debería importar si el demandado propuso o no excepciones concretas, sino que la descripción de los hechos con los que contradice la demanda, las lleve implícitas; revisemos su criterio:

Es incongruente, en razón de que parece imponer al demandado la obligación de proponer todas las excepciones de mérito que tenga, cuando eso no es cierto, pues, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que es indispensable invocar en la contestación de la demanda, so pena de que se tengan como renunciadas, sobre todas las restantes puede guardar silencio o formularlas en cualquier oportunidad, como sería, por ejemplo, los alegatos de conclusión, por cuanto el funcionario judicial está en el deber de reconocer las que aparezcan probadas. Además, es factible que el demandado se equivoque en la calificación o denominación de la excepción de mérito, sin que eso sea óbice para que el juez la reconozca. Lo que importa, y a eso realmente se dirige el requisito, es que se enuncien los hechos que la estructuran. Así, con buen criterio, lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, al decir que «lo importante no es el nombre con que se bautice la excepción de fondo sino la relación de los hechos en que se apoya». Algo más hoy, frente a los poderes oficiosos del juez, necesario se hace afirmar que lo fundamental, en verdad, no es la relación de los hechos que configuran una determinada excepción, sino la prueba de los mismos, en virtud de que, al tenor de lo dispuesto en el art. 306 precitado, si el juez encuentra probados los hechos que la constituyen, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia. [...] En consecuencia, al demandado le corresponde no solo pedir las pruebas que estime convenientes para acreditar los hechos

62. *Ibid.*, p. 558.

constitutivos de su defensa, sino también relacionar, adjuntándolas, todas las de carácter documental que pretenda hacer valer.⁶³

De tal modo podría colegirse que no contestar la demanda en debida forma o contentarse con negar simple y llanamente los fundamentos de la acción, de acuerdo a la doctrina, constituiría un indicio en contra del demandado que el juzgador debe tener en cuenta al momento de dictar sentencia, salvo que la ley le atribuya otro efecto, como es precisamente el del allanamiento, previsto en la mayoría de legislaciones latinoamericanas, que han acogido las nuevas tendencias del derecho procesal y que revisaremos en los próximos capítulos.

Pero, al decir de Jaime Azula,

este indicio, por grave que sea, no determina por sí solo una decisión adversa al demandado, por lo cual, salvo que la norma expresamente así lo consagre, para que ese pronunciamiento se produzca, es necesario que del acervo probatorio aparezcan demostrados los hechos que fundan la pretensión formulada por el demandante. En otras palabras, el indicio grave constituye una presunción que pesa sobre el demandado, pero que puede desvirtuarse con las pruebas practicadas en el proceso.⁶⁴

Siempre y cuando, como dijimos, la legislación no contemple una sanción más drástica para la inactividad del demandado.

En todo caso, la negativa simple y llana de los fundamentos de la demanda, doctrinalmente ha sido tomada como lo que es, una de las posibilidades con las que cuenta el demandado para contestar la demanda, oponiéndose a ella, en garantía de su legítimo derecho de defensa, salvo los casos en los que la ley expresamente determina otros efectos.

En definitiva, coincidimos con Lino Enrique Palacio cuando afirma que «por aplicación del principio según el cual la garantía de la defensa no resulta vulnerada cuando el agravio deriva de la propia conducta discrecional del interesado, se ha declarado que aquella no es invocable por quien renunció expresamente a la oposición de excepciones».⁶⁵

Efectivamente creemos que si el demandado comparece y niega simple y llanamente los fundamentos de la demanda, sin ninguna otra argumentación, ni siquiera la consignación de nuevos hechos, está ejerciendo su derecho a defenderse con pleno conocimiento de los efectos jurídicos que ello conlleva, por lo que mal podría, posteriormente, en el transcurso del proceso, alegar que se le ha impedido oponer excepciones expresas con las que hubiera podido justificar

63. J. Azula, *op. cit.*, p. 130-131.

64. *Ibid.*, p. 133.

65. L. E. Palacio, *op. cit.*, p. 149.

sus asertos y obtener una sentencia a su favor. Más aún cuando, en el derecho procesal contemporáneo, ni siquiera se le permitirá que efectúe pruebas o reclamaciones de ningún tipo, ya que su contestación será tomada como tácito allanamiento a las pretensiones del actor, el que aceptado en la correspondiente sentencia pondrá fin al proceso de inmediato.

En efecto, comparecer o no comparecer, fundamentar o no fundamentar la demanda o la contestación, constituyen posibilidades de conductas lícitas, cuya elección está exclusivamente librada a la decisión individual de las partes, quedando las mismas supeditadas a lo que la ley procesal determine en cada uno de los casos.

Otra sería la situación si la normativa vigente permitiera una audiencia previa de saneamiento, en la que el Juez podría ordenar y dirigir el proceso, colaborando con la búsqueda de la verdad material, resolviendo en primer orden las excepciones de previo y especial pronunciamiento y solicitando a las partes las aclaraciones necesarias respecto de los hechos controvertidos para luego fijar los límites exactos de la controversia sobre los que tendrá que decidir en sentencia.

Realmente confiamos en que hacia allá se encamine el nuevo proceso civil ecuatoriano.

CAPÍTULO II

La negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda en la legislación y jurisprudencia ecuatorianas

LA NEGATIVA SIMPLE Y LLANA DE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA DEMANDA EN EL PROCESO CIVIL

El ámbito de su determinación

Al tratar las consideraciones generales del tema en el capítulo anterior hemos visto que la doctrina moderna distingue necesariamente entre defensas y excepciones. Luego, todo lo que el demandado enuncia en su contestación a la demanda puede ser encasillado en estos dos grandes grupos, mediante los cuales el demandado puede ejercitar su legítimo derecho de defensa y oposición a la demanda.

Ahora bien, respecto a nuestro tema de estudio, ¿en dónde debe encasillarse a la negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda? ¿Es una simple defensa o constituye una «excepción» que engloba a todas las excepciones?

De acuerdo a los parámetros entregados por la doctrina, como ya lo hemos ratificado, consideramos útil distinguir entre defensa y excepción, como modos de ejercer la oposición a la demanda y lograr una sentencia favorable, las que el demandado tiene derecho a oponer, en virtud de los principios de contradicción y defensa, constitucionalmente consagrados. Al efecto conviene recapitular que defensa es una oposición general a la demanda y excepción es una oposición concreta a cada una de las pretensiones del actor.

Entonces, partiendo de las premisas anteriores pasaremos a dilucidar si la naturaleza de la negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demandada corresponde, conforme la legislación ecuatoriana, y

a las nuevas tendencias procesales incluyendo el Proyecto de Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, a una defensa o a una excepción.

El alcance de su enunciado como mandato legal

Antes que nada conviene analizar los principios o pilares fundamentales con base en los que se levanta, en el derecho procesal ecuatoriano, el derecho de defensa del que goza el demandado, motivo de nuestro estudio.

Efectivamente, claras disposiciones constitucionales, como las que a continuación se enuncian, ratifican ese derecho; a saber:

Art. 75. Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

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

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
 - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
 - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
 - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
 - d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
 - g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
 - h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
1. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Art. 168. La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Art. 426. Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Ahora bien, garantizando la igualdad de derechos constitucionales que tienen tanto el actor como el demandado, el Código de Procedimiento Civil legisla las situaciones procesales concretas que pueden darse en un proceso civil, y es así como determina lo que debe contener la contestación a la demanda, para que esta pueda surtir los efectos legales buscados. Revisemos el artículo pertinente:

Art. 102. La contestación a la demanda contendrá:

1. Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del demandado, comparezca por sí o por medio de representante legal o apoderado, y la designación del lugar en donde ha de recibir las notificaciones;
2. Un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor y los documentos anexos a la demanda, con indicación categórica de lo que admite y de lo que niega; y,
3. Todas las excepciones que se deduzcan contra las pretensiones del actor.

La contestación a la demanda se acompañará de las pruebas instrumentales que disponga el demandado, y las que acrediten su representación si fuere del caso. La trasgresión a este precepto ocasionará la invalidez de la prueba instrumental de la pretensión.

El juez cuidará de que la contestación sea clara y las excepciones contengan los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya, y los requisitos señalados en los números de este artículo, y, de encontrar que no se los ha cumplido, ordenará que se aclare o complete. Esta disposición no será susceptible de recurso alguno.

De dicho artículo se infiere que es obligación primordial del demandado comparecer al juicio y efectuar un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor, con indicación categórica *de lo que admite y de lo que niega*, lo que, como explicamos en el capítulo anterior, constituye una carga procesal que el ordenamiento jurídico establece para el demandado.

Sin embargo, a renglón seguido –en el art. 103 del Código de Procedimiento Civil– el legislador prevé la posibilidad de que el demandado no cumpla con la norma antes citada y, con el supuesto fin de proteger, de manera especial, los derechos constitucionales del demandado, crea una ficción legal mediante la cual, en caso de que el demandado no conteste de forma apropiada la demanda, el juez la considere contestada. Veamos el contenido de la norma: «Art. 103. La falta de contestación a la demanda, o de pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor, será apreciada por el juez como indicio en contra del demandado y se considerará como negativa simple de los fundamentos de la demanda, salvo disposición contraria».

Consideramos que esta protección legal no debería ser jurídicamente considerada por ser absolutamente injusta, ya que el ordenamiento jurídico no tiene razón alguna para proteger de manera especial al demandado respecto de su propio quemimportismo, desinterés, desidia o negligencia y, lo único que su consignación ocasiona, es romper el equilibrio que debería existir entre las partes procesales, las que de conformidad con la norma constitucional deben merecer un trato igualitario, sin ningún tipo de privilegio.

Del razonamiento anterior se descarta, evidentemente, la situación en la que el demandado no haya contestado la demanda por un motivo de caso fortuito o fuerza mayor, ajeno a su voluntad, por ejemplo, el que el abogado al que encargó la defensa haya fallecido o que el empleado que debía presentar la contestación en el juzgado haya sido víctima de un asalto o un accidente que le impidió llegar a tiempo. En este caso la legislación ecuatoriana debería permitir que el demandado justifique su imposibilidad con el fin de que le sea otorgada una nueva oportunidad para argumentar su defensa aunque el término para presentarla haya precluido.

Cabe tener presente que a pesar de que en el art. 102 del Código de Procedimiento Civil, el legislador le concede al juez de la causa la prerrogativa de mandar a aclarar y ampliar la contestación con la demanda, si considera que esta no cumple con los requisitos determinados en la norma, cosa que en la práctica nunca se cumple; sin embargo, en el artículo siguiente (el 103) le da la posibilidad de suplir la contestación confusa, incompleta y vaga con la ficción legal de considerarla como una defensa general, es decir, como una negativa simple de los fundamentos de la demanda.

Y, el hecho de que esta ficción legal conlleve la posibilidad de que el juez la aprecie como indicio en contra del demandado, en realidad, de acuerdo a las normas procesales vigentes, dicho indicio no le puede llevar al juez a aceptar la demanda si los fundamentos de la acción no han sido justificados conforme a derecho, sino que simplemente le obliga a condenar al demandado en costas, si considera legalmente procedente aceptar la demanda. Luego, en nuestro sistema procesal vigente, considerar a la contestación a la demanda como la negativa simple y llana de los fundamentos de la misma, en realidad,

no constituye un indicio efectivo en contra del demandado si se desprende del proceso que este tiene la razón, en virtud de que el actor no logró justificar los fundamentos de su acción.

De lo dicho se determina que, el legislador ecuatoriano al igual que otras legislaciones, por suerte cada vez menos en razón de las nuevas tendencias que actualmente rigen el procedimiento civil, le otorga al demandado que no cumple con consignar debidamente los requisitos de la contestación a la demanda, la ficción legal de que su demanda está simplemente contestada y consiente en ratificar que la carga de la prueba la mantiene el actor, lo cual se aclara meridianamente en el art. 113 del Código de Procedimiento Civil, cuyo contenido es el siguiente:

Art. 113. Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo.

El demandado no está obligado a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.

El reo deberá probar su negativa si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la cosa o cantidad litigada.

Tratadistas como Pietro Castro describe las posibilidades que a lo largo de la historia se han planteado para el caso de que el demandado no conteste en debida forma la demanda, una de las cuales, como hemos referido en líneas anteriores, ha sido la adoptada por la legislación ecuatoriana; veamos:

La inactividad total del demandado se puede tratar, y así ha sido en el curso de la historia, más o menos rigurosamente. En el derecho antiguo se llegaba a entregar los bienes de aquel al demandante. En la actualidad, ciertos sistemas estiman la rebeldía como conformidad del rebelde con la petición del actor (allanamiento); en otros, se considera simple reconocimiento de los hechos de la demanda (*ficta confessio*), que solo releva de la prueba al actor; y en algunos, por último, no se le asocian más consecuencias que las implícitas en la propia conducta del demandado, sin perjuicio para él, de manera que el actor ha de probar su demanda y quedando libre el camino para una absolución si la misma fuese infundada. Esta solución, la menos formalista y más justa, es la normal en nuestro derecho. La rebeldía en personarse solo origina, según esto, la ficción de «darse por contestada la demanda» (hay que entender en el sentido de oponerse a ella el demandado), después de lo cual el procedimiento sigue su curso.⁶⁶

66. Leonardo Prieto Castro, *Manual de derecho procesal civil*, t. II, Madrid, Ateneo, 1953, p. 249, citado por J. I. Lovato, *op. cit.*, p. 187-188.

Cabe señalar que, tanto el silencio del demandado, la rebeldía y el que en su contestación exprese simplemente defensas, es decir, negativas generales a los fundamentos de la acción, equivale, por una ficción legal, a haber negado simple y llanamente los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. Sin embargo, cabe recordar que, el demandado rebelde o el que ha deducido una contestación incompleta, puede, por disposición expresa del art. 104 del Código de Procedimiento Civil, reformar la contestación a la demanda, es decir, que de acuerdo a la normativa procesal vigente, se le da una última y ulterior posibilidad de cumplir con el mandato del art. 102 antes de que se reciba la causa a prueba, entendiéndose que, hasta esta etapa, puede trabarse la litis con los hechos propuestos por las partes. Veamos lo que dice la norma: «Art. 104. Antes de recibida la causa a prueba podrá el demandado reformar sus excepciones y aun deducir otras perentorias».

¿Podría beneficiarse de la prerrogativa de esta norma el demandado que ha guardado silencio, no ha comparecido o solo ha negado los fundamentos de la demanda?

Si nos atenemos al estricto tenor literal de la norma transcrita no podría hacerlo, porque el demandado que se encuentra en las situaciones indicadas, técnicamente hablando, no habría opuesto excepciones, solo meras defensas ya sean expresas o tácitas, así consideradas por ficción legal.

Precisamente acogiendonos al mal entendido espíritu de la norma, algunos tratadistas ecuatorianos, como el que mencionaremos a continuación, consideran que lo que el legislador pretendía es permitir al demandado enderezar su defensa de la mejor manera, entendiendo que en los años en los que se redactó el código adjetivo civil se hablaba indistintamente de defensas y excepciones. Y así parecía haberlo entendido la jurisprudencia ecuatoriana cuando, de acuerdo a Víctor Manuel Peñaherrera, concluyó:

Si el rebelde comparece en el intervalo entre el auto que le declara tal y la recepción de la causa a prueba, sí podrá deducir excepciones, aprovechando de la regla del art. 133, que permite al demandado modificar sus excepciones y aún deducir otras. Considera el legislador que el período de la litiscontestación subsiste hasta el momento en que, recibida la causa a prueba, comienza el segundo período del juicio; y en aquel período, en el de la litiscontestación, bien puede el demandado hacer uso de la susodicha disposición legal, tanto más cuanto, según hemos observado, el silencio del demandado, su no contestación, debe interpretarse y se interpreta como una negación tácita de la demanda. Y si después de la negación expresa, puede el demandado modificar su contestación, cambiando sus excepciones o agregando otras, no hay razón para que no pueda hacerlo después de la negación tácita.⁶⁷

67. V. M. Peñaherrera, *op. cit.*, citado por J. I. Lovato, *op. cit.*, p. 189.

Sin embargo, nosotros consideramos que las disposiciones legales vigentes de nuestro Código de Procedimiento Civil, lejos de cumplir con su verdadera función social, persisten en esta postura que tanto daño le ha hecho a la administración de justicia en nuestro país, pues continúan concediendo privilegios exorbitantes y desmedidos a favor del demandado, rompiendo el equilibrio y la igualdad que constitucionalmente debe existir entre las partes procesales, considerando equivocadamente que la desidia y apatía procesal del demandado, son motivo de protección.

Tanto que, en algunas ocasiones, aun teniendo la posibilidad jurídica de defenderse de la mejor forma posible dentro de un determinado proceso, a pesar de las inmerecidas facilidades y prerrogativas que le provee el ordenamiento jurídico ecuatoriano, persiste en efectuar una defensa vaga y general simplemente porque así lo quiere y su conducta reticente constituye una burla al sistema procesal, por lo que claramente conviene que tal actitud sea tomada como tácito allanamiento a las pretensiones del actor, como lo propugna, acertadamente, el Proyecto de Código de Procedimiento Civil ecuatoriano.

El ambiguo tratamiento que como excepción le han dado los jueces y tribunales ecuatorianos

Como hemos analizado en la revisión doctrinaria, ni para los procesalistas estaba claramente definido a qué categoría de oposiciones pertenecía la negativa simple de los fundamentos de la acción. Lo mismo ocurrió en la jurisprudencia ecuatoriana, la que ha dado un tratamiento ambiguo a esta defensa. Para ello revisaremos algunos de los fallos más representativos que se han dado a través de la historia jurisprudencial ecuatoriana. A saber:

Fallos que asimilan la negativa a una excepción

Los extractos de los fallos que a continuación transcribimos representan una muestra de que algunos de los jueces han considerado, a través del tiempo, a la negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho, como una «excepción general» que incluye a otras excepciones, del más variado tipo, las mismas que pueden ser justificadas dentro del proceso para obtener una sentencia favorable al demandado. Si bien son en menor cantidad que los fallos que han propugnado lo contrario, han coexistido en todas las épocas como muestra de esta ambigüedad o disyuntiva con la que se ha tratado a la negativa en la jurisprudencia ecuatoriana. Revisemos algunos de contenido más relevante:

Quando el reo contestó a la demanda, su respuesta fue simplemente negativa; y, si es verdad que, en este caso, la discusión tenía que contraerse única-

mente, a la existencia de la obligación, de conformidad con lo que ordena el art. 509 del Código de enjuiciamiento en materia civil, lo es también que, cuando una parte interesada reconoce a favor de la otra tal o cual cantidad y pide que se le abone, debe acogerse este reconocimiento en sentencia.⁶⁸ (En este caso se determina que la negativa incluye la excepción de abonos parciales).

La negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda incluye o involucra a la excepción de improcedencia de la acción.⁶⁹ (A semeja la negativa con una excepción expresa de improcedencia de la demanda).

En la contestación absolutamente negativa de la demanda, no se alega cierto, ninguna excepción extintiva de las determinadas en el art. 1557 del Código Civil; pero no es menos cierto que, no obstante esa contestación, el demandado tiene derecho de probar así contra los hechos afirmados en la demanda como contra las pruebas del actor.⁷⁰ (El fallo acepta que a pesar de la negativa en la contestación, si mediante prueba se demuestra una excepción extintiva, esta debe ser declarada).

Respecto de este fallo, Víctor Manuel Peñaherrera, efectúa el siguiente comentario:

Cierto que la excepción negativa no le impide al actor rendir prueba contra los hechos afirmados en la demanda y contra las pruebas del actor; pero para ser pertinentes y admisibles esas pruebas han de versar sobre los puntos controvertidos. Y como, supuesta una contestación de esa clase, la controversia se traba únicamente sobre los hechos constitutivos del derecho del actor, resulta que las pruebas con que se demuestra la extinción de su derecho que ya llegó a existir legalmente, son extrañas a la controversia, y por lo mismo, impertinentes e improcedentes en el litigio.⁷¹

2. La negativa del hecho y del derecho de la acción es una excepción tan genérica y de cajón, que el juzgador debe tomarla dentro del contexto de las demás excepciones específicas y, más que nada, de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyan, dilucidar si hay contradicción y, de haberla, si es total o parcial.⁷² (La negativa es un excepción genérica.)

a) en cuanto al petitorio de la actora: Que en el considerando «SEXTO» del fallo, al tratar sobre la negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción, oportunamente alegada como excepción por la parte demandada, se dice que, innumerables son los fallos de nuestros Tribunales de Justicia, y de esta misma Sala, en el sentido que tal medio de defensa, es decir la negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda involucra la alegación de improcedencia de la acción, señalándose a continuación una cita al respecto del ilustre

68. Gaceta Judicial, Serie I, No. 149, p. 1189.

69. *Ibid.*, Serie XVI, No. 13, p. 3531.

70. *Ibid.*, Serie III, No. 173, p. 2618.

71. V. M. Peñaherrera, *op. cit.*, p. 660.

72. Gaceta Judicial, Año LXXXVII, Serie XIV, No. 13, p. 3059, Quito, 22 de diciembre de 1986.

profesor Víctor Manuel Peñaherrera. Ahora bien, si a título de aclaración y/o ampliación la parte actora quiere que se señale concretamente alguna resolución en tal sentido que hubiere sido emitida por nuestros tribunales, los suscritos no tienen inconveniente en invitar a ver el fallo que se publica en las págs. 315 y 316 del Tomo 1 de la Segunda Serie del «Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia» del Dr. Galo Espinosa, entre muchos otros; en suma, no hay necesidad de alegar la improcedencia de la demanda cuando se han negado los fundamentos de hecho y de derecho de ella, como ocurre en la especie, supuesto en el cual el juzgador puede referirse a la «improcedencia de la demanda», como ha ocurrido en el presente caso, pues, reiterase, la negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda incluye o involucra a la excepción de improcedencia de la acción [...].⁷³ (La negativa incluye o involucra la excepción de improcedencia de la acción).

Fallos que ratifican que la negativa es una simple defensa

Los textos que se consignan como anexo y que considero que son los más representativos, en cambio, ratifican que la negativa de los fundamentos de la demanda es una simple defensa, esto es, que enunciarla al contestar la demanda no incluye ni involucra ningún tipo de excepciones, las cuales para ser consideradas en sentencia, tenían necesariamente que haberse consignado expresamente. Este tipo de fallos son los que se han dado con mayor frecuencia.

De la muestra jurisprudencial recabada se colige, precisamente, que la negativa no incluye –de modo alguno– excepciones específicas que necesariamente deben constar descritas en el texto de la contestación a la demanda, para que puedan ser tomadas en cuenta por el juzgador, como por ejemplo, la incompetencia del juzgado, la renuncia o prescripción de la acción, la extinción de la obligación, la ilegitimidad de personería, la falta de derecho del actor, el pago, la novación, la compensación, la nulidad o el incumplimiento contractual, entre otras, con lo que los fallos referidos, ratificando que la negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción es una simple defensa, cuyos efectos jurídicos no pueden ser asimilados a los de las excepciones.

La congruencia de su enunciado

Frente a la demanda

El ejercicio del derecho de acción, constitucionalmente consagrado, por lo general, se traduce mediante una petición escrita dirigida a un juez para que

73. *Ibid.*, Serie XVI, No. 13, p. 3530.

este dé inicio a un proceso. A este escrito de carácter formal se le llama demanda, el mismo que contiene la pretensión del actor, es decir, el fin concreto que el demandante persigue sea acogido en sentencia. Lo dicho concuerda con el concepto con el que Devis Echandía define a la demanda, que para él es: «un acto de declaración de voluntad introductivo y de postulación, que sirve de instrumento para el ejercicio de la acción y la afirmación de la pretensión, con el fin de obtener la aplicación de la voluntad concreta de la ley, por una sentencia favorable y mediante un juicio, en un caso determinado».⁷⁴

Sin embargo, ¿en qué consiste específicamente la pretensión que contiene la demanda? Creemos que no es otra cosa que la declaración de voluntad del actor para que se relacione al demandado en un determinado sentido para los efectos jurídicos que busca sean aceptados en sentencia. Ello se deduce de lo que para Devis Echandía constituyen el objeto, la razón, y los efectos de la pretensión, a saber:

De lo que acabamos de exponer se deduce que la pretensión tiene dos elementos esenciales: su objeto y su razón, es decir, el objeto litigioso y la afirmación de que lo reclamado en virtud de ciertos hechos coincide con la norma jurídica cuya actuación se pide para obtener esos efectos jurídicos, que es el fundamento que se les asigna. La razón de la pretensión se identifica con la *causa petendi* de la demanda. El objeto de la pretensión se identifica con la tutela jurídica perseguida mediante las conclusiones o declaraciones de la sentencia, y determina sobre qué cuestiones debe versar la sentencia; la *causa petendi* o razón de la pretensión delimita el contenido y alcance de la resolución en relación con este objeto. [...] La pretensión en sus dos elementos (objeto y razón de hecho y de derecho), delimita el alcance y sentido del litigio, del proceso, de la sentencia y de la cosa juzgada; sirve para determinar cuándo hay *litis pendentia*, cuándo procede la acumulación de procesos por identidad del objeto y la acumulación objetiva (mal llamada de acciones) en una demanda, lo mismo que para conocer cuándo la sentencia es congruente o incongruente para la eficacia de los recursos que por tal motivo se interpongan contra ella.⁷⁵

Hemos dicho, a lo largo de este estudio, que frente a la demanda el demandado debe necesariamente tomar una actitud, y de hecho lo hace. Pero lo lógico sería que la actitud que tome se derive de la pretensión que ha formulado el actor. Siendo la más frecuente el oponerse a su pretensión, es por demás conveniente que para tomar una actitud que realmente favorezca sus intereses debe estudiar con detenimiento lo que el actor pretende para que, haciendo uso

74. H. Devis Echandía, *Estudios...*, p. 419.

75. *Ibid.*, p. 420.

de sus legítimos derechos de contradicción y defensa, encamine estratégicamente su oposición por el camino correcto.

Esto quiere decir que solo al demandado le compete escoger la defensa o las excepciones adecuadas, primero para que puedan contradecir debidamente la pretensión y en segundo término para que, de ser pertinente, sean objeto de prueba de su parte. En definitiva, que la contestación sea congruente con la demanda.

En algunos casos podría ser lógico que la negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho pueda, por sí sola, destruir la pretensión del actor. Pero no siempre. Lo más común es que en la práctica cotidiana los abogados tendemos a contestar una demanda con una mezcla de defensas y excepciones, contradictorias e incompatibles entre sí, que vuelve difícil, si no imposible, la tarea del juzgador a la hora de definir el objeto de la litis sobre el cual debe pronunciar su sentencia.

Ahora bien, tenemos que ser realistas al afirmar que, si los abogados ecuatorianos aún no estamos preparados para asumir la estrategia defensiva que la normativa exige, tampoco los jueces ecuatorianos están preparados para discernir el alcance de nuestras defensas y excepciones y fijar correctamente los límites de la controversia, por lo que evidentemente, actualmente, constituiría un riesgo que opongamos una sola defensa o excepciones, aunque sea subsidiarias, mismas que podrían ser malinterpretadas por el juzgador. Solo la continua capacitación y preparación de abogados y jueces podrá en el futuro brindar la seguridad jurídica anhelada respecto de brindar claros lineamientos de cómo debe ser contradicha una demanda, de modo que la contestación sea considerada congruente con ella.

Armando Cruz Bahamonde, argumenta al respecto

Cuando la demanda es contestada por el demandado, nos encontramos ante una situación opuesta a la que produce el silencio, esto es, con expresiones que deben ser claras y precisas, con determinaciones específicas que se refieran a la acción. La Corte Suprema, en fallo de 1946, ya advirtió que estos requisitos tenían por objeto, según la legislación procesal de entonces, «desterrar de la práctica forense la corruptela de eludir, por parte de los demandados, mediante frases oscuras, ambiguas o reticentes, el deber de fijar con precisión los puntos controvertidos», con cuanta mayor razón que las reformas introducidas en 1978 dieron una forma más precisa y detallada a la intervención expresa del demandado.⁷⁶

Como hemos visto, dado que se inicia la relación procesal con la interposición de la demanda, es respecto de ella que el demandado está obligado a argumentar para que la contestación sea congruente con las pretensiones

76. A. Cruz Bahamonde, *op. cit.*, p. 113.

formuladas en la misma. La negativa simple y llana de los fundamentos de la acción, planteada como única defensa por parte del demandado, tendrá razón de ser si rechaza la pretensión en todas sus partes, por ejemplo cuando se demanda el pago del dinero prestado y el demandado niega que haya existido el préstamo. En ese caso habría congruencia en su enunciado, pero carecería de ella si después de alegarla, a renglón seguido se excepciona, por ejemplo, con abonos parciales o *plus petitio*.

La exigencia legal de que exista la necesaria congruencia de la contestación con las pretensiones de la demanda está expresamente consignada en las normas adjetivas procesales, de allí la necesidad de que los abogados estemos dispuestos a cumplir tales presupuestos cuando optemos por incluir solo defensas o plantear excepciones en una contestación.

Por último, debemos tener presente que, como afirma Juan Isaac Lovato:

Así como el actor puede cambiar la acción deducida, es decir, cambiar la demanda, hasta antes de que el demandado la conteste, y reformarla hasta antes de que empiece a decurrir el término de prueba, así también el demandado puede reformar sus excepciones y aun deducir otras perentorias, hasta antes de que empiece a decurrir dicho término. De este modo, se mantiene el principio de igualdad de las partes ante la Ley.⁷⁷

Ello implica que tanto el actor como el demandado tienen, dentro del proceso, una segunda y última oportunidad para reformar su pretensión u oposición, de modo que ambas guarden la congruencia que se requiere para trabar la litis de una manera óptima.

Y si el demandado opta por consignar la negativa simple y llana de los fundamentos de la demanda como única defensa, que tal decisión no sea porque no tuvo tiempo para revisar el caso o porque es la costumbre de cajón que todos los profesionales utilizan, sino porque efectivamente dicha defensa es una estrategia bien analizada y realmente conviene a los intereses de su cliente.

Frente a la prueba

Ahora bien, hemos ratificado que la negativa de los fundamentos de la demanda es una simple defensa porque no agrega hechos que merezcan ser probados. Es más, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, el demandado que utiliza esta única defensa como base de oposición, no tiene obligación alguna de efectuar prueba pues la carga de la misma se traslada al actor, quien

77. J. I. Lovato, *op. cit.*, p. 309.

debe probar los fundamentos de su demanda para que esta sea acogida en la correspondiente sentencia.

Ante estas situaciones el juez, en primer lugar, podría rechazar de plano el pedido de pruebas impertinentes, conforme le faculta el art. 116 del Código de Procedimiento Civil argumentando, como dice la norma, que las pruebas deben estar relacionadas con el asunto que se litiga o los hechos sometidos a juicio; o, en segundo lugar, decidir que todas las pruebas solicitadas sean practicadas, de acuerdo a lo que dispone el art. 119, pero al momento de emitir el fallo, utilizar la sana crítica para discernir o discriminar respecto de las pruebas que considere o no pertinentes para fundamentar su decisión.

Así lo entiende Chiovenda, cuando afirma que:

El interés (y la carga) de *la prueba* surge para el demandado tan solo desde el momento en que el no afirmar y el no probar le acarrearían *daño*; y esto sucede cuando el actor ha probado ya hechos *idóneos* para *constituir* un derecho en su favor, de modo que el juez tendría que estimar su demanda si la parte contraria no afirmara y probara hechos que se opongan a ello. En consecuencia, hasta que el actor no ha probado los hechos que son el fundamento de su demanda, puede el demandado limitarse a negar pura y simplemente, sin que pese carga alguna de prueba sobre él. No debe decirse que los hechos negativos no pueden probarse; lo que hay es que la simple negación de los hechos afirmados por la otra parte no expone a ninguna carga de prueba. Aún en el caso de negación indirecta, esto es, de afirmación de un hecho incompatible con el deducido por el actor (*negatio per positionem*), el demandado no debe por el momento probar el hecho por él deducido; porque si bien afirma un hecho independiente, lo hace para negar el hecho constitutivo del derecho del actor, y no solo para oponerse a sus efectos jurídicos.⁷⁸

Sin embargo, de la jurisprudencia estudiada podemos colegir que es costumbre en nuestro medio que a pesar de haber negado los fundamentos de la demanda, durante la prueba efectuamos pruebas incongruentes con dicho enunciado ya que, por ejemplo, hacemos prueba de algunas excepciones como la prescripción, la novación, la *plus petitio*, etc., las cuales ni siquiera fueron mencionadas en nuestra contestación a la demanda, volviendo nuestra prueba incongruente respecto de la defensa esgrimida.

Ya lo dice Eduardo Couture: «la invocación del derecho, cuando ella es indispensable, y la producción de la prueba cuando se tiene sobre sí la carga de la misma, son presupuestos procesales de una sentencia favorable. No alcanza,

78. Giuseppe Chiovenda, *Curso de derecho procesal civil*, México DF, Oxford University, 2002, p. 399.

como dice el precepto de la sabiduría popular, con tener derecho: es preciso también saber demostrarlo y probarlo».⁷⁹

Pero, ¿qué ocurre, cuando en el caso de haber opuesto como única defensa la negativa de los fundamentos de la acción, el demandado no tiene carga procesal alguna para demostrar nada. ¿Es necesario que haga prueba o no?

Partamos primero de lo que según Couture debemos considerar como carga de la prueba:

Carga de la prueba quiere decir, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos. [...] La carga de la prueba no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito. [...] El actor tiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la obligación, y si no la produce, pierde el pleito, aunque el demandado no pruebe nada: el demandado triunfa con quedarse quieto, porque la ley no pone sobre él la carga de la prueba.⁸⁰

De lo dicho se desprende que el demandado que, por decisión expresa o por ficción legal ha negado los fundamentos de la demanda, no tiene por qué efectuar prueba de ninguna clase. La primera razón para ello estaría dada porque la propia legislación procesal así lo ratifica, cuando en el art. 103 del Código de Procedimiento Civil claramente se establece que los únicos hechos que merecen prueba son aquellos propuestos afirmativamente por actor o demandado. Siendo la negativa lo contrario a una afirmación, obviamente, no necesita ser probada.

Aunque para algunos tratadistas como Couture, los hechos negativos también deberían ser objeto de prueba, cuando afirma que:

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han superado la complicada construcción del derecho intermedio acerca de la prueba de los hechos negativos. Ninguna regla jurídica ni lógica releva al litigante de producir la prueba de sus negaciones. Cuando nuestras leyes hablan de que si el reo *afirmase* alguna cosa tiene el deber de probarla, establecen una regla para el caso de que las proposiciones se expongan en forma asertiva; pero nada establecen para el caso inverso, en que las proposiciones se hayan formulado en forma de negación. Y ninguna razón lógica ni jurídica hace que el silencio deba interpretarse como relevo de la prueba respectiva. La jurisprudencia es indulgente con los que tienen que probar hechos negativos, comprendiendo las dificultades inherentes a esa situación. [...] Pero esas soluciones no quitan entidad al precepto general de que los hechos negativos, tanto como los expresados en forma afirmativa, son

79. E. Couture, *op. cit.*, p. 110.

80. *Ibid.*, p. 241-243.

objeto de prueba. Además, como las proposiciones negativas son, normalmente, la inversión de una proposición afirmativa, no puede quedar librada a la incertidumbre de la fórmula, la suerte de la carga probatoria. Admitir tal solución, significaría entregar a la voluntad de la parte y no a la ley, la distribución de este aspecto tan importante de la actividad procesal.⁸¹

Consideramos que la razón principal o de fondo radica en que la negativa general no incluye un hecho concreto que pueda ser objeto de prueba, por ello solo las excepciones expresas que brindan nuevos hechos dentro del proceso, deben ser probadas. En este caso corresponde a la jurisprudencia fijar las consecuencias procesales que tendría quien alegó solo negativa pura y simple y luego se dedicó a probar otros supuestos.

No está del todo de acuerdo con el enunciado anterior el tratadista Devís Echandía, quien considera que en estricta aplicación de los principios procesales de unidad y comunidad de la prueba, esta ya no es exclusivamente de la parte que la produce y el juez estaría en la libertad de aprobar excepciones perentorias que no hayan sido alegadas por el demandado si estas aparecen probadas en el proceso (salvo la prescripción, compensación y nulidad relativa). Veamos en qué basa su criterio:

Esa unidad se refleja también en el fin propio de la prueba judicial y en la función que desempeña: llevarle al juez el convencimiento sobre la realidad de los hechos que interesan al proceso; por encima del interés que cada parte tiene en sacar adelante sus propias pretensiones o excepciones, con las pruebas que aporta, en oposición a lo perseguido por la otra con las que por su lado aduzca, existe una unidad de fin y de función en esa prueba: permitirle al juez decidir conforme a la realidad y de manera justa. Una vez aportadas legalmente, su resultado depende solo de la fuerza de convicción que en ellas encuentre el juez, pertenecer al proceso y no a la parte que las presentó o pidió, por lo que es inadmisiblesu desistimiento o renuncia, después de aceptada o practicada (según el caso). Como puede apreciarse de las breves consideraciones anteriores, la prohibición al juez para que declare de oficio las excepciones perentorias que aparezcan probadas en el juicio (salvo las de prescripción y compensación), es un rezago del concepto privatista del proceso civil, que veía en este una contienda de interés particular y le asignaba como único fin la solución del conflicto surgido entre las partes, en beneficio exclusivo de estas. Pero la presencia de las nuevas concepciones sobre el derecho de acción, la jurisdicción, el proceso y la sentencia, que les asignan un claro fin de interés público, la suerte del litigio y el contenido de la decisión que lo desate dejaron de ser de interés exclusivo para los litigantes. El juez debe buscar la justicia de la sentencia, procurando conformarla con la realidad de los hechos, en cuanto aparezca demostrada en el

81. *Ibid.*, p. 247.

juicio, sin que importe el silencio del demandado, ni su inactividad probatoria; por eso se le otorgan hoy, en todos los países que han superado el subdesarrollo procesal, amplias facultades para practicar de oficio las pruebas que le hagan falta para adquirir la certeza necesaria al efectivo logro de ese fin.⁸²

Enrique Véscovi coincide con el tratadista colombiano citado, cuando concluye que si bien las nuevas legislaciones le han otorgado al juez mayores poderes para averiguar la verdad material de modo que pareciera que se ha establecido el sistema inquisitivo, «la mayoría, en cambio, entiende que esta facultad del juez no es incompatible con el proceso dispositivo, pues el juzgador debe atenerse a los hechos alegados por las partes, pero su neutralidad no puede conducirlo a no investigar por sí mismo la verdad de los hechos».⁸³

Caeiro y Saryanovich consideran que la facultad del demandado de ejecutar prueba le está dada aunque haya sido declarada su rebeldía, siempre que tales pruebas sean congruentes con la relación procesal que se trabó con su falta de comparecencia. Revisemos sus argumentos:

Aun cuando haya sido declarada su rebeldía, si comparece en la etapa previa al ofrecimiento de prueba, podrá proponer y practicar prueba relativa a hechos que hayan sido alegados por un litisconsorte suyo al contestar la demanda o también prueba dirigida a desvirtuar la del actor. El comparecimiento tardío significa cesar el estado de rebeldía, recobrar las facultades de control directo del proceso y actuar en él a partir del tiempo que lo tiene por presentado. De todas maneras, la regresión que se consiga no permite modificar los términos de la relación procesal, de manera que el declarado contumaz no puede oponer defensas que solo estuvo facultado a plantear en la contestación a la demanda.⁸⁴

En definitiva, podemos determinar que si bien el demandado que ha efectuado una simple negativa de los fundamentos de la demanda no tiene la carga procesal de efectuar prueba alguna, no existe ninguna disposición legal que le impida solicitarla y ejecutarla, debiendo tratar de que siempre sea, como hemos dicho en líneas anteriores, congruente con su enunciado y no absolutamente contradictoria a lo dicho, lo cual consideramos, que si bien no invalidaría la prueba actuada, si le restaría eficacia para la convicción del juzgador, a quien el ejercicio de la tutela judicial efectiva le impide la arbitrariedad respecto de la ejecución y/o consideración de pruebas que no son materia de la litis.

De lo dicho cabe recalcar, como lo menciona Joan Picó i Junoy que, «la mala fe procesal puede poner en peligro el otorgamiento de una efectiva tutela

82. H. Devis Echandía, *Estudios...*, p. 281-282.

83. E. Véscovi, *op. cit.*, p. 47.

84. M. C. Caeiro y P. Saryanovich, *op. cit.*, p. 66-67.

judicial, por lo que debe en todo momento proscribirse». ⁸⁵ En tal virtud, si el juzgador considera que el litigante pretende utilizar en forma distorsionada las normas que regulan la petición y ejecución de pruebas, especialmente las impertinentes, podría sancionar su mala fe procesal, especialmente respecto de la prueba deformada que pretenda incorporar al proceso, tal como le faculta el art. 26 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Coincidimos con Lino Enrique Palacio, cuando nos dice:

Concebida la facultad jurídica como la posibilidad de proyectarse libremente en un determinado sentido, la carga constituye un elemento de aquella. Contestar la demanda, por ejemplo, representa el ejercicio de una facultad jurídica, por cuanto significa optar libremente por tal posibilidad y eliminar la posibilidad contraria, es decir, la consistente en abstenerse de cumplir aquel acto. Ocurre, empero, que si bien depende de la libre determinación del demandado contestar o no la demanda, cuando opta por lo primero no puede hacerlo en cualquier tiempo y en cualquier forma sino ateniéndose a los requisitos establecidos en la ley procesal, pues solo en este último caso la conducta de aquel engendra las imputaciones normativas correspondientes al ejercicio de la facultad. [...] La posibilidad de obtener el amparo judicial de los derechos lesionados requiere, como es obvio, el pronunciamiento de una sentencia fundada en la ley y en la prueba de los hechos controvertidos. Cuando, por el contrario, se resuelve contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley respecto al caso, se prescinde de pruebas fehacientes, regularmente traídas al juicio o se hace remisión a las que no constan en él, existe *arbitrariedad*, y por lo tanto, inobservancia de uno de los requisitos fundamentales que condicionan la efectiva vigencia de la garantía constitucional examinada. ⁸⁶

Es que ninguna facultad jurídica, de ejecutar prueba o de aceptar dicha prueba, configura un poder extralimitado, desconectado de todo parámetro jurídico establecido, porque ello resultaría incompatible con la seguridad jurídica necesaria para la coexistencia pacífica de los individuos de un determinado grupo social.

Frente a la sentencia

El efecto jurídico de la contestación a la demanda es la fijación del objeto del litigio, independientemente de si la controversia se ha trabado con una defensa general como la negativa de los fundamentos de la demanda como con

85. Joan Picó i Junoy, «El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional», en *Cuadernos de Derecho Judicial. El abuso del proceso: mala fe y fraude a la ley procesal*, No. 18, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 33.

86. L. E. Palacio, *op. cit.*, p. 147-248.

excepciones expresas que ataquen específicamente las pretensiones del actor, pues, como bien recalca Alsina «el juez deberá dictar sentencia de acuerdo con las acciones deducidas en juicio, es decir, a lo que el actor haya expuesto en su demanda y el demandado en su contestación. Por consiguiente, trabada definitivamente la litis, las partes no podrán modificarla, y a sus límites debe ceñirse el pronunciamiento judicial».⁸⁷

El tratadista ecuatoriano Víctor Manuel Peñaherrera ya lo señalaba al decir que

el fin esencial de la contestación a la demanda, como parte del sistema procesal, es la fijación definitiva de la materia de la controversia; plantear el problema jurídico que en el curso del juicio debe desenvolverse y decidirse, de manera que las partes y el juez conozcan a ciencia cierta qué puntos se discuten, qué pruebas o demostraciones se necesitan, y qué cuestiones deben decidirse en sentencia.⁸⁸

De lo dicho se desprende que si la litis se ha trabado con la negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, sea por expresa determinación o por ficción legal, resulta inoficioso entrar a decidir sobre hechos, pruebas o alegatos distintos a lo que dicha determinación implica. Consideramos que la negativa es una simple defensa luego, no conlleva ningún nuevo hecho que merezca ser parte de la decisión judicial. Si el demandado hubiera querido darle una distinta concepción, habría consignado hechos contrarios a las pretensiones del actor que así lo ratifiquen. Pero, la negativa general y completa de la demanda, es decirle al juez que es al actor al que le corresponde justificar lo aseverado en la demanda y que solo basándose en tales parámetros se ha trabado la litis que debe dilucidar.

Como bien lo consigna Peñaherrera:

A falta de contestación expresa, la litis queda trabada pura y exclusivamente sobre los fundamentos de la acción, como en el caso de una negación simple y absoluta expresa. Todos los hechos que, diversos de los alegados por el actor, hubieren podido dar por resultado la insubsistencia o extinción del derecho de este (el pago, la prescripción, la novación, etc.), quedan extraños a la controversia, y nada podrá decidir sobre ellos el juez, aunque consten del proceso. La nulidad misma del acto o contrato en que se funde la demanda, no podrá ser objeto de la sentencia, sino en los caso en que, por ser absoluta y estar de manifiesto en el acto mismo, pueda y deba ser declarada de oficio.⁸⁹

87. H. Alsina, *op. cit.*, t. I, p. 434.

88. V. M. Peñaherrera, *op. cit.*, p. 560.

89. *Ibid.*, p. 564.

En definitiva, lo que el derecho procesal busca es que la sentencia que se dicte en un determinado proceso, sea una sentencia válida, es decir, una sentencia congruente con los hechos controvertidos. De allí la importancia primordial que tiene el juzgador en definir bajo qué parámetros se ha trabado la litis para luego resolver, conforme a derecho, exclusivamente respecto de aquello que constituye materia de la controversia.

Conforme nos enseña Chiovenda:

La sentencia desestimatoria puede, pues, negar la acción: a) O porque el juez ha considerado como inexistente un hecho constitutivo del derecho o de la acción, o porque, sin negar el hecho afirmado por el actor, ha negado su idoneidad para producir efectos jurídicos por defecto de una norma abstracta de ley con arreglo a la cual dirigirlo; b) O porque el juez, aun admitiendo la existencia de un hecho constitutivo ha considerado al mismo tiempo como también existente un hecho impeditivo; c) O porque el Juez ha considerado como existente un hecho extintivo. En estos tres casos la sentencia desestimatoria en sí misma puede tener lugar aun sin la instancia particular del demandado. El juez por su oficio tiene el deber de desestimar las demandas infundadas, en derecho o en hecho, aun si el demandado, por ejemplo, es rebelde. Ordinariamente la desestimación ocurre en este caso porque el juez considera como inexistente el hecho constitutivo puesto que es raro que resulte existente un hecho *impeditivo o extintivo* cuando el demandado es rebelde. [...] Hay casos en los cuales la instancia del demandado es siempre una condición *indispensable*, para la desestimación de la demanda actora: y esto ocurre cuando la instancia de desestimación se funda en hechos de los cuales el juez nunca podría hacerse cargo de oficio, *aunque fuesen afirmados por el actor*, sino que solo puede hacerse cargo si son afirmados y hechos valer por el demandado. En estos casos, el poder jurídico del demandado toma el nombre específico de *excepción*.⁹⁰

En un caso concreto no siempre es fácil determinar cuándo es indispensable la instancia del demandado para definir o no en qué puntos se ha trabado la litis, de allí que de la revisión de nuestra jurisprudencia hemos podido constatar que se ha dado un tratamiento ambiguo a este punto, ya que a través de la historia los jueces han variado de criterio desde dar a la negativa simple de los fundamentos de la demanda el carácter de excepción general, que engloba a todas las demás excepciones, hasta restringir al mínimo su enunciado, dándole el carácter de una mera defensa, sin connotación sustancial respecto de las excepciones que, si el demandado hubiera querido que formaran parte de la litis, debían haber sido expresamente consignadas.

Y ello, porque si bien la sentencia puede aplicar el derecho que no ha sido identificado por las partes en virtud del principio *iura novit curia*, de nin-

90. G. Chiovenda, *op. cit.*, p. 329-333.

gún modo puede referirse a los hechos que las partes no han señalado; luego, mal podría aceptar el juez, como ciertos los hechos que el demandado no ha consignado en su contestación a la demanda y que en la mayoría de los casos resultan contradictorios con la negativa de los fundamentos de la acción.

Lino Enrique Palacio corrobora nuestra afirmación cuando expresa que

la circunstancia de que la sentencia decida el pleito en virtud de razones jurídicas distintas a las invocadas por las partes, solo traduce la facultad de suplir el derecho que es propia de los jueces, y no comporta violación a la garantía de la defensa, siempre, desde luego, que lo decidido no altere las circunstancias de hecho involucradas en el proceso ni comporte la introducción de cuestiones no debatidas.⁹¹

Consideramos, en consecuencia, que la sentencia debe centrarse a resolver el *thema decidendum* del litigio, es decir, los puntos controvertidos entre actor y demandado, tal y como se evidencian de los hechos por estos presentados, de modo que coincidimos con Lino Enrique Palacio cuando ratifica que:

Desde otro punto de vista, ya incluido en el concepto enunciado más arriba, el principio dispositivo impone la regla de que son las partes, exclusivamente, quienes determinan el *thema decidendum*, pues el órgano judicial debe limitar su pronunciamiento tan solo a lo que ha sido pedido por aquellas. A las partes incumbe, en otras palabras, fijar el alcance y el contenido de la tutela jurídica. [...] Concordantemente con la regla precedentemente analizada, y como una natural derivación de ella, el principio dispositivo requiere que constituya una actividad privativa de las partes la consistente en la *aportación de los hechos* en que aquellas funden sus pretensiones y defensas, y que, por lo tanto, le esté vedada al juez la posibilidad de verificar la existencia de hechos no afirmados por ninguno de los litigantes.⁹²

Cualquier pronunciamiento distinto a los fundamentos fácticos y puntos controvertidos respecto de los cuales se ha trabado la litis, hará que el fallo que sea dictado por el juzgador, necesariamente incurra en el vicio de incongruencia, pudiendo incluso ser objeto del correspondiente recurso de casación que lo deje sin efecto.

Recordemos que de acuerdo a lo consignado en las causales cuarta y quinta del art. 3 de la Ley de Casación, las sentencias que resolvieren materia extraña al litigio o violaren el principio de motivación que las obliga a ser congruentes con los hechos que han sido objeto de la litis y no adoptar decisio-

91. L. E. Palacio, *op. cit.*, p. 152.

92. *Ibid.*, p. 259.

nes contradictorias o incompatibles, pueden ser casadas de acuerdo a nuestro sistema procesal ecuatoriano.

No obstante, los tratadistas Devis Echandía y Monroy Cabra consideran que a pesar de que el demandado haya negado simplemente la demanda, en atención a las facultades y deberes del juez, modernamente consagradas, el juzgador podría declarar oficiosamente las excepciones de fondo, cuando aparezcan probadas, salvo las de compensación, prescripción y nulidad relativa. Si bien esta postura no está aceptada por el derecho ecuatoriano, conviene revisar los fundamentos de sus aseveraciones; a saber para Devis Echandía:

La doctrina y las legislaciones europeas y latinoamericanas, con excepción de las colombianas, siguen la concepción romana de la excepción, que se caracteriza por la circunstancia de que el juez no puede declararla de oficio, ni siquiera cuando aparezca probada en los autos, de manera que exigen siempre su alegación por alguno de los demandados o de sus coadyuvantes. El Código de Procedimiento civil colombiano, consagra el sistema opuesto: «Cuando el juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque esta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida, salvo la de prescripción que debe siempre proponerse o alegarse». ¿Cuál de los dos sistemas es mejor y se ajusta más a los modernos conceptos sobre los fines y la naturaleza de la jurisdicción, de la acción, del proceso y de la sentencia? No vacilamos en preferir el colombiano y en proponerlo como modelo para la reforma de los procedimientos civiles de los demás países. Por consiguiente, el presupuesto de hecho que el juez debe considerar para su sentencia, está formado conjuntamente por las razones del demandante y las contrarrazones del demandado. No es lógico ni jurídico que el juez separe artificialmente las primeras de las segundas y se limite a considerar aquellas porque el demandado olvidó pedirle que atendiera también estas. Si el hecho exceptivo desvirtúa, altera o dilata los efectos jurídicos del hecho que fundamenta la pretensión, es apenas obvio que para conocer cuáles son los efectos jurídicos actuales del segundo se debe considerar oficiosamente el primero, siempre que aparezca debidamente probado. Lo contrario equivale a una mutilación arbitraria o injurídica del presupuesto de hecho de la sentencia. Ambos hechos constituyen, en conjunto, la verdadera situación fáctica sujeta a la decisión del juzgador; lo contrario es fallar contra la realidad, a sabiendas de que esta es diferente, con un criterio similar al en buena hora archivado en el derecho moderno, que le imponía al juez, por tarifa legal, una convicción prefabricada abstractamente, a pesar de que estuviera convencido de la evidencia contraria.⁹³

93. H. Devis Echandía, *Estudios...*, p. 279-280.

De acuerdo a Monroy Cabra:

Si el demandado no contesta la demanda, o si la contesta y no propone excepciones de mérito, le precluye la oportunidad para proponer excepciones. Sin embargo, el juez puede declarar probadas las excepciones de mérito si en el proceso aparecen probados los hechos constitutivos de la excepción, salvo la prescripción, compensación y nulidad relativa, que debe alegarse expresamente por el demandado.⁹⁴

De acuerdo a lo expresado por los tratadistas referidos, es como si se consintiera en cambiar la naturaleza jurídica de la simple negativa de acuerdo al caso concreto, es decir, que en algunas situaciones cuando la prueba no le favorezca al demandado sería considerada como defensa y en otros, cuando de las constancias procesales se evidencien hechos que favorezcan al demandado, sería tomada en cuenta como excepción, dejando a criterio del juzgador la valoración de aquello, lo cual nos parece que de alguna manera atentaría contra el derecho a la seguridad jurídica que deben tener las partes dentro de un procedimiento contencioso.

Sin embargo de los argumentos relevantes, que sin duda tienen los tratadistas colombianos, consentimos en estar de acuerdo con la opción tomada por el derecho procesal ecuatoriano, en razón de que involucra al demandado de una manera protagónica y activa en su relación contencioso-judicial y determina que será parte de la sentencia que se dicte solo lo que él quiera que sea considerado, garantizando el derecho de defensa al respetar la manera cómo el demandado ha decidido defenderse en un determinado litigio. Además que otorga al actor igualdad de condiciones que las que otorga al demandado, sin concederles más ni menos prerrogativas ni privilegios que aquellos estrictamente contemplados en el ordenamiento jurídico para el ejercicio de sus derechos de acción y contradicción, respectivamente.

Claro que lo anterior necesariamente requiere de una jurisprudencia uniforme que brinde seguridad jurídica a los sujetos procesales, una jurisprudencia que clarifique los puntos que serán analizados en sentencia respecto de cada una de las actitudes que el demandado pueda tener frente a la demanda, una jurisprudencia que guíe el trabajo de los abogados para argumentar correctamente las pretensiones y oposiciones que requieran formular en cada caso concreto, una jurisprudencia que determine cuándo existe congruencia entre lo pedido y lo decidido por el juez, una jurisprudencia que realmente sienta precedentes a seguir.

94. M. G. Monroy Cabra, *op. cit.*, p. 259.

Coincidimos por ello, con Devis Echandía, cuando afirma que:

Para la realización práctica de la igualdad de todas las personas ante la ley y el proceso, es conveniente que en un mismo momento histórico las decisiones de los jueces sean igualmente sabias y justas en todos los casos, y que cuando estos sean iguales en todos sus detalles y circunstancias, aquellas también resulten análogas, pues de lo contrario ya no se creará en su sabiduría, ni en su legalidad y su justicia. La jurisprudencia contradictoria, crea la incertidumbre jurídica, la desconfianza en la justicia de los jueces y por lo tanto conduce a la desarmonía e intranquilidad sociales, desvirtuando el fin propio de la jurisdicción y el proceso. Desde este punto de vista puede decirse que la jurisprudencia contradictoria y desordenada, en el mismo momento histórico, atenta contra la garantía constitucional de la igualdad ante la ley y en el proceso.⁹⁵

Por ello, sea lo que nuestra legislación disponga y nuestra jurisprudencia acoja, respecto del tema analizado, tiene necesariamente que ser uniforme y reiterativo en un momento histórico determinado.

La congruencia de los fallos sobre lo que la negativa simple y llana de la demanda envuelve debe estar claramente establecida por los juzgadores, de modo que, no exista discrepancia o mal entendido respecto de su ámbito de acción o sobre la naturaleza jurídica que la interpretación de la legislación le ha asignado.

95. H. Devis Echandía, *Estudios...*, p. 198.

CAPÍTULO III

Enfoque procesal moderno de la negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda en el proceso civil

PERSPECTIVA PROCESAL LATINOAMERICANA SOBRE LA NEGATIVA

Naturaleza jurídica

De acuerdo a lo expuesto en los capítulos anteriores podemos colegir, con absoluta certeza, que la negativa simple y llana de los fundamentos de la demanda es una defensa y no una excepción.

Rocco lo ratifica de la siguiente manera:

La jurisprudencia ha aclarado suficientemente la distinción entre excepción por una parte y defensa o excepción en sentido impropio por otra, así como las modalidades de proposición de las excepciones verdaderas y propias. Al respecto ha establecido lo siguiente: Para que haya excepciones en sentido sustancial, es necesario que el demandado no se limite a discutir la existencia, incluso por falta de prueba, de todos aquellos presupuestos de hecho y de derecho de cuyo concurso la acción puede entenderse ya surgida con plena eficacia jurídica, sino que dé a la discusión el verdadero y propio contenido de una impugnación fundada en hechos específicos que sirvan para suministrarle al juez elementos que excluyan el derecho alegado por el actor, y rechazar así su demanda. Tales hechos entran en el supuesto de particulares hipótesis que se ponen en antítesis con las que reclama para sí el actor por su demanda, y que, por tanto, solamente operan si se los alega y se los hace conocer al juez. No hay, en cambio, excepción en sentido propio cuando el demandado, poniendo en ejercicio una actividad de carácter puramente defensional, no contrapone propias razones a las puestas en fundamento de la demanda, sino que deduce solamente que no se han verificado o que no hay posibilidad de que se verifiquen todos los elementos de la hipótesis puestos en fundamento de la demanda, elementos que representan las condiciones para hacer que se le reconozca al

actor el derecho cuya actuación pide; en tal caso, el demandado, poniendo de relieve el defecto de los elementos constitutivos de la demanda actora, hace lo que ya de oficio hubiese debido hacer el juez, y por tanto su declaración no es una excepción, sino una simple defensa. Excepciones en sentido impropio deben considerarse todos aquellos medios de defensa de que se valga la parte para contrastar una demanda vinculada a una acción no nacida jamás o desaparecida antes de la controversia; entran en el número de excepciones en sentido propio aquellos medios de defensa que, aun estando dirigidos al rechazo de la demanda, tienden a conseguir ese resultado a través de la anulación de la acción ejercitada, contraponiendo al hecho constitutivo aducido por el actor otro hecho modificativo o extintivo de los efectos de él. No es excepción en sentido propio la simple negación de la pretensión ajena, ya que no amplía la indagación que el juez debe realizar acerca del fundamento de la demanda actora, ni presenta otra cuestión. La verdadera excepción es la que implique la ineficacia de los hechos puestos por el actor como fundamento de su acción, o bien hechos modificativos o extintivos del derecho ajeno; la excepción es una antipretensión fundada en circunstancias, elementos o datos callados u olvidados por el solicitante.⁹⁶

Efectivamente, consideramos que la negativa es una defensa general que el demandado puede plantear dentro de un proceso, en ejercicio de su legítimo derecho de defensa, ateniéndose a los efectos que la ley prevé en el caso de su alegación.

Conviene en este punto, recordar a Alsina cuando explica cómo operan los principios constitucionales de contradicción y defensa al permitirle al demandado optar por no contestar una demanda o contestarla en la forma que él considere conveniente:

De acuerdo con el principio constitucional que garantiza la defensa en juicio, nuestro código procesal ha establecido el régimen de la bilateralidad, según el cual todos los actos de procedimiento deben ejecutarse con intervención de la parte contraria. Ello importa la contradicción, o sea el derecho a oponerse a la ejecución del actor, y el contralor, o sea el derecho a verificar su regularidad. [...] Pero la bilateralidad no quiere decir que necesariamente deban intervenir las dos partes para que el acto tenga validez, sino que se les haya dado la oportunidad de intervenir. Así, si el demandado no comparece al juicio, la sentencia no será nula porque este haya seguido en su rebeldía, desde que tuvo oportunidad de intervenir en cualquier momento hasta que la sentencia se dictó.⁹⁷

Entonces, si se cumple, como se ha dicho, con el principio constitucional de contradicción al darle al demandado la oportunidad de defenderse, es exclusivamente responsabilidad de este la forma en que asuma su defensa.

96. U. Rocco, *Derecho procesal civil*, p. 173-174.

97. H. Alsina, *op. cit.*, t. I, p. 457-458.

Consideramos que el Estado no tiene que tender a proteger excesivamente al demandado como si este estuviera en desventaja jurídica frente al actor, lo cual evidentemente no tiene sustento alguno, ya que a las dos partes se les otorga el derecho de accionar y contradecir bajo parámetros legislativos claros y previamente conocidos.

Nuestra Carta Magna, en el art. 169, propugna el sistema dispositivo, es decir, aquel que asigna a las partes y, no al juez, la iniciativa del proceso, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos procesales previstos en la normativa vigente. El juez debe decidir dentro de los límites que fijan las partes en su demanda y contestación, por lo que todo lo que exceda esos límites será tenido necesariamente como incongruente.

Para Lino Enrique Palacio:

La postura procesal que, normalmente, adopta el sujeto frente a quien se deduce la pretensión, consiste en resistirse a ella mediante la formulación de declaraciones tendientes a que su actuación sea desestimada por el órgano judicial. Aparece de tal manera, frente a la pretensión del actor, la *oposición* del demandado; y en la medida en que la primera configura un ataque, la segunda se caracteriza como una *defensa*, expresión esta que sirve para denotar, genéricamente, las distintas clases de oposiciones que el sujeto pasivo puede formular contra la pretensión procesal.⁹⁸

En atención a ello concluiremos considerando que la negativa es una defensa, principalmente porque no incorpora hechos nuevos al procedimiento que requieran ser probados y porque constituye una simple expresión general de la resistencia que opone el demandado frente a la demanda y en tal medida debe ser apreciada por el juzgador.

Conveniencia de su existencia o aplicación en el moderno derecho procesal

Juan Isaac Lovato ya lo dijo:

La Ley no quiere oscuridad, en ninguna parte del proceso, porque esta conduce a la duda, al error, al desacierto; quiere que tanto el actor como el demandado sean claros, precisos, en sus exposiciones, en sus pretensiones, para que el juez sepa, con precisión, qué es lo que piden, y fundándose en qué; y, en consecuencia, sobre qué versa el juicio, y qué es aquello sobre lo que ha de decidir.⁹⁹

98. L. E. Palacio, *op. cit.*, p. 473.

99. J. I. Lovato, *op. cit.*, p. 169.

Acogiendo sus sabias palabras estamos en la posición de argumentar que de acuerdo a los cánones del moderno derecho procesal, su existencia y aplicación resulta, por decir lo menos, antijurídica y antitécnica. Ello porque nuestra legislación claramente determina, de una forma por demás concreta, lo que se le pide al demandado que haga al momento de comparecer al proceso. Y precisamente se le pide que su contestación contenga su pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor y los documentos que se acompañan a la demanda, con indicación categórica de lo que admite y de lo que niega. Luego, resulta contradictorio que en disposiciones posteriores se premie su negligencia en el cumplimiento de la norma descrita y se le brinde una tácita defensa que traslada la prueba al actor.

Otro y muy diferente es el trato que se otorga a la rebeldía en el derecho comparado, el mismo que conviene revisar para conocer la tendencia procesal latinoamericana al respecto.

El Código de Procedimiento Civil colombiano, sin considerarla como excepción de ninguna naturaleza, determina claramente que la falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso no solo sobre las pretensiones sino sobre los hechos consignados en la demanda o el hecho de que las afirmaciones o negaciones contenidas en la contestación sean evidentemente contrarias a la realidad, deben ser apreciadas por el juez como indicio grave en contra del demandado, esto es, constituye una prueba en su contra.¹⁰⁰

El Código de Procedimiento Civil peruano, por su parte, es mucho más estricto a la hora de valorar la actitud del demandado frente al proceso ya que determina que, si incumple la obligación de pronunciarse detalladamente respecto de la demanda, podrá tenerse la falta o la débil argumentación como un tácito allanamiento a la pretensión del actor. Efectivamente, señala que el silencio del demandado, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el juez como reconocimiento de la verdad de los hechos alegados.¹⁰¹ Deja entonces, a la sana crítica del juzgador el determinar si la falta de contestación o la contestación ambigua o evasiva, pueda considerarse como un allanamiento tácito a las pretensiones del actor. Ello conlleva una sanción merecida para el demandado que pretende justificar lo injustificable con negativas genéricas que vulneran el principio de lealtad procesal.

El Código de Procedimiento Civil peruano considera rebelde al demandado que habiendo sido citado legalmente no contesta la demanda o no lo hace en forma satisfactoria.¹⁰² La declaración en rebeldía debe ser notificada al demandado mediante cédula (boleta) en su dirección domiciliaria o mediante

100. Código de Procedimiento Civil colombiano, art. 96.

101. Código de Procedimiento Civil peruano, art. 442.2

102. *Ibid.*, art. 458.

edicto (por la prensa) cuando se desconozca su domicilio. De la misma manera se le notificará las providencias que declaren saneado el proceso, citen a audiencia, citen para sentencia, notifiquen sentencia y requieran su cumplimiento.

El efecto de la declaración de rebeldía en el proceso civil peruano es que se establece una presunción judicial relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, esto es, el juez concluye ante el silencio del demandado que las afirmaciones del actor son verdaderas, por lo que existe una presunción tácita de que el demandado se ha allanado a la demanda. Luego, la carga de la prueba la tiene el demandado. Por excepción, dicha presunción judicial no procede, si se dan los siguientes supuestos: a) Cuando habiendo varios emplazados (demandados), alguno contesta la demanda; b) Cuando la pretensión se sustente en un derecho indisponible; c) Cuando habiendo sido requerido por ley que la pretensión de la demanda se pruebe con algún documento, este no haya sido acompañado a la demanda y, d) Cuando el juez declare, en resolución motivada, que los hechos alegados a la demanda no le producen convicción. En este último caso, el juez puede concluir que, a pesar del silencio del demandado, las afirmaciones del actor son falsas o no merecen prueba suficiente que consiga su convicción.

Otros efectos de la declaratoria en rebeldía que consigna el Código de Procedimiento Civil peruano es que establecida aquella, pueden concederse medidas cautelares contra el demandado para asegurar el resultado del proceso o contra el demandante, en caso de reconvencción.¹⁰³ Ello conlleva el hecho de que en un juicio en el que normalmente no sean previsibles algunas medidas cautelares, la declaratoria en rebeldía, faculta a hacerlo. De igual modo son de cargo del rebelde las costas judiciales causadas por su rebeldía.

Para concluir con la revisión de las más relevantes legislaciones procesales latinoamericanas, debemos consignar que en el Código de Procedimiento Civil uruguayo, que tuvo como inmediato antecedente al Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica¹⁰⁴ (en el que se sentó las bases para los códigos

103. *Ibid.*, art. 463.

104. Algunas de las Bases Generales comunes para Códigos Latinoamericanos de Procedimiento Civil, redactadas por los profesores Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Véscovi son: 9o. Los procedimientos garantizarán los derechos de las partes, otorgándoles oportunidad razonable para defenderse y hacer valer pruebas; 10o. Debe asegurarse la efectiva igualdad de las partes en todas las actuaciones del proceso; [...] 13o. El juez deberá examinar de oficio los presupuestos procesales, y las excepciones cuando la ley no exija su alegación por el demandado; 14o. Es aconsejable consagrar una audiencia preliminar en la cual se intente la conciliación de las partes, se precisen los hechos en que haya desacuerdo o *thema decidendum*, y se depure el proceso de defectos mediante el despacho saneador u otras medidas procesales similares; [...] 18o. La sentencia debe respetar el principio de congruencia; [...] 20o. La demanda y su contestación deben contener la indicación de las pruebas que se pretenda hacer valer y a ella

latinoamericanos, propugnando un cambio estructural del sistema procesal hasta entonces conocido), se da un gran avance respecto de la actitud negativa o rebeldía del demandado (entendiéndose rebeldía no solo la falta de contestación sino la contestación ambigua o evasiva) ya que expresamente equipara tal actitud al allanamiento a los hechos y pretensiones consignados en la demanda. Efectivamente, el código adjetivo referido es claro al señalar que el silencio del demandado respecto de las pretensiones del actor, así como las respuestas ambiguas o evasivas que haga, se tendrán obligatoriamente como admisión de los hechos y de la autenticidad de los documentos consignados en la demanda.¹⁰⁵

Solo ante una circunstancia excepcional el juzgador uruguayo podría dejar de aplicar la regla determinada y es aquella que se produce cuando el demandado atendiendo a razones debidamente fundadas y expuestas, expresamente invoca que no le es posible recordar algún hecho o una circunstancia alegada por el actor en el libelo de demanda.

Del análisis realizado claramente se colige que la legislación latinoamericana contemporánea tiende a evitar que el demandado se valga de excepciones negativas genéricas a la hora de contradecir la demanda y tiende a castigar tanto la inactividad del demandado como el hecho de presentar un contestación llena de postulados vagos, retóricos, ambiguos o evasivos respecto de las pretensiones de la demanda.

El proyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil ecuatoriano¹⁰⁶ acoge este cambio y elimina del derecho procesal civil a la negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho como supuesta excepción a la que el demandado puede echar mano para contradecir la acción. La considera como tácito allanamiento a las pretensiones del actor, relevándole de la carga probatoria.

Consideramos que esta postura no solo es la más justa para las partes sino que además, ratificando principios del debido proceso como el de la lealtad procesal,¹⁰⁷ determina claramente el ámbito de acción en la que las excep-

se acompañarán los documentos en poder de la respectiva parte, sin perjuicio de presentarlos en la audiencia preliminar cuando esta exista. Tales actos deben ser escritos inclusive en los procesos orales. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *El código procesal civil modelo para Iberoamérica, Historia, antecedentes, exposición de motivos*, Montevideo, 1988.

105. Código de Procedimiento Civil uruguayo, art. 130.

106. Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, *op. cit.*

107. «Esta cualidad del proceso de lucha civilizada sustenta la obligación de los litigantes de abstenerse en el ejercicio de sus derechos de una serie de conductas que pueden impedir de manera injusta el despliegue de la defensa del adversario, o que puedan obstaculizar con medios incorrectos la decisión judicial del caso con arreglo a derecho. Así, pues, en cuanto que se desprende de la naturaleza del proceso, y también seguramente del propio principio de tutela judicial efectiva, el deber de lealtad o buena fe es exigible, con mayor o menor alcance, en la generalidad de los ordenamientos procesales. Cuales sean las conductas maliciosas

ciones opuestas por el demandado deben ser formuladas, probadas, interpretadas y acogidas por el juzgador, de modo que generan la sensación deseada de seguridad jurídica respecto de cómo las excepciones deben ser consignadas en la contestación a la demanda para que tengan los efectos jurídicos previstos.

Por otro lado, esta postura, proscribte definitivamente las prácticas procesales deshonestas de los abogados que adoptan el camino más fácil a la hora de defender a su cliente y en lugar de estudiar el caso detenidamente para argumentar la defensa, optan por la negativa genérica de lo que el actor pretende, sin facilitar la labor del juzgador ni colaborar con la justicia.

Y, por último, impide que se deje una puerta abierta a la arbitrariedad del juzgador, el que, sin reglas claras, puede considerar que la negativa simple de los fundamentos engloba todas las posibles defensas y excepciones que el demandado podía prever y dictar sentencia –vulnerando el principio constitucional y legal de congruencia–, pronunciándose respecto de hechos o argumentos sobre los cuales no se ha trabado la litis.

Efectos de su alegación

Allanamiento a la demanda por mandato legal

Revisemos algunos artículos del Proyecto de Código de Procedimiento Civil ecuatoriano elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal:

Art. 104. Rebeldía del demandado.

1. Si a pesar de haber sido citado legalmente el demandado, este no compareciere dentro del término para contestar la demanda, se le declarará rebelde. Queda a salvo el derecho del demandado de comparecer en cualquier momento y asumir el proceso en el estado en el que se encuentre. [...]
3. La rebeldía del demandado determinará que el juez deba tener por admitidos los hechos alegados por el actor, en cuanto no resultaren contradichos

proscritas por el deber de buena fe procesal es cuestión que suele variar de un ordenamiento a otro, según el modelo de configuración del deber de buena fe acogido por el legislador, más o menos estricto, o más o menos permisivo. Ha de tenerse en cuenta, además, que, ante la virtual imposibilidad de regular mediante la técnica de la enumeración de estas conductas, el legislador se suele limitar, en caso de que lo contemple expresamente, a la enunciación del deber y a la indicación de sus manifestaciones más generales, como la evitación del engaño o la falsedad, la exclusión de la oscuridad deliberada o de la inducción al error, o la proscripción de molestias inútiles». Antonio Martín Valverde, «El abuso del proceso en la jurisdicción social», en *Cuadernos de Derecho Judicial. El abuso del proceso: mala fe y fraude a la ley procesal*, No. 18, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 203.

por la prueba de autos, la que deberá igualmente, ser practicada, en todo lo que el juez considere necesario.

4. Desde el momento en que el demandado fuere declarado en rebeldía, podrá disponerse las medidas cautelares que el actor solicite, en cuanto fuere necesario para asegurar el resultado del proceso.

Art.141. Forma y contenido de la contestación.

1. La contestación deberá presentarse por escrito y cumplir, en lo aplicable, los requisitos formales para la demanda.
2. El demandado deberá pronunciarse en forma expresa sobre cada una de las pretensiones del actor, sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de los documentos que se hubieren acompañado con indicación categórica de lo que admite y de lo que niega.
3. Su silencio, sus respuestas ambiguas y evasivas, se tendrán como admisión de esos hechos y de la autenticidad de los documentos.
4. Recibida la contestación se correrá traslado con su contenido al actor dentro de las veinticuatro horas siguientes, quien podrá anunciar pruebas en el término de seis días, las cuales se contraerán a los hechos propuestos en tal contestación.

Art. 223. Contenidos de la sentencia.

5. [...] La decisión, que deberá ser congruente, en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y las excepciones que aparezcan probadas o hubiesen sido alegadas.¹⁰⁸

Como vemos, el proyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil constituye un cambio radical respecto de la visión o paradigma que hasta el día de hoy se ha mantenido respecto de la negativa simple de los fundamentos de la demanda, sea expresa o tácita por disposición legal y, determina, lo que nosotros consideramos adecuado y acorde al desarrollo, objetivos y fines del moderno procedimiento civil latinoamericano, ya que, de acuerdo al proyecto, la negativa ya no es más una ficción legal injustificadamente protectora del demandado sino que castiga la desidia, negligencia o quemeimportismo de su postura, calificándola de tácito allanamiento a la demanda.

Téngase presente que el proyecto del nuevo Código no solo asimila al allanamiento a la negativa o cualquier otra defensa general que proponga el demandado, sino va más allá –al más puro estilo peruano o uruguayo–, porque también considera allanamiento tácito a las pretensiones del actor las respuestas «ambiguas o evasivas» que haga el demandado respecto de ellas, las mismas que deberán ser consideradas de ese modo por el juzgador de la causa.

Como consecuencia de ello, las posibles actitudes que tiene el demandado frente a la demanda, darán un giro de ciento ochenta grados, obligando al abogado que lo patrocine a revisar con detenimiento la estrategia de su

108. Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, *op. cit.*, p. 62-88.

defensa, cuidando incluso de la redacción de la contestación a la demanda, para no introducir en ella respuestas ambiguas o contradictorias respecto de las cuales pueda desprenderse que el demandado lo único que busca es evadir la obligación y buscar un subterfugio legal que dilate el procedimiento, pues si tales vaguedades o evidentes evasivas, son así determinadas por el juez de la causa, tendrá como consecuencia que a dicha contestación a la demanda se la pueda considerar un tácito allanamiento a las pretensiones del actor, por expreso mandato legal.

Consideramos que este enfoque transformador se apoya en las grandes tendencias que se avizoran en el derecho procesal latinoamericano, atacando de manera drástica los defectos y disfunciones de nuestro actual procedimiento civil y exhibiendo los sistemas jurisdiccionales que el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica de 1988 ya lo propugnaba, respecto del cual coincidimos con Roberto Omar Berizonce cuando dice que:

El valor del Código tipo no se agota en su virtualidad paradigmática, sino que se trata, además y por sobre todo, de un instrumento eficiente para la *integración jurídico-procesal* del subcontinente y la necesaria *cooperación judicial* que se persigue. Metas harto ambiciosas cuya concreción, a través de un largo camino, inaugurado en 1989 por Uruguay, requiere sin lugar a duda esfuerzos denodados e indeseñables.¹⁰⁹

Por último, estamos completamente seguros que las tendencias procesalistas actuales respecto de la negativa, de ningún modo constituyen un desmedro del principio de contradicción, constitucionalmente consagrado, porque en forma alguna coarta el derecho del individuo a defenderse sino que simplemente le advierte de las consecuencias de hacerlo de tal o cual manera, para que consiga los efectos que busca.

Ya lo decía Lino Enrique Palacio:

La vigencia del principio de contradicción requiere, fundamentalmente, que las leyes procesales acuerden, a quienes se encuentren en las situaciones mencionadas, una suficiente y razonable *oportunidad* de ser oídos y de producir pruebas. No exige la efectividad del ejercicio de tales derechos, razón por la cual el principio que nos ocupa no resulta desconocido cuando la parte interesada no hizo valer, por omisión o negligencia, los medios de defensa, las pruebas o los recursos que pudo utilizar en la respectiva oportunidad procesal. De allí, por ejemplo, que las leyes procesales estructuren el llamado proceso *contumacial* o en *rebeldía*, el cual puede desenvolverse válidamente, y en su integridad,

109. Roberto Omar Berizonce, «Bases y principios que informan el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica», en Andrés de la Oliva Santos, comp., *Proceso civil hacia una nueva justicia civil*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 53.

sin la intervención del demandado que es debidamente citado al proceso y se abstiene voluntariamente de comparecer a él, o bien proseguir con prescindencia de la participación de cualquiera de las partes que lo abandona después de haber comparecido.¹¹⁰

Luego, a nuestro criterio, no existe violación ni restricción alguna los principios constitucionales de contradicción y defensa cuando en el moderno derecho procesal, se fija y determina específicamente la configuración legal de la negativa simple y llana de los fundamentos de la acción.

La carga de la prueba de su alegación

En estricto sentido, nunca ha habido la obligación de probar la negativa, si es que se presenta propiamente como tal y no implica ninguna afirmación, ni siquiera sobreentendida.¹¹¹ Y, no existe carga de la prueba para el demandado, simplemente porque no existe un hecho susceptible de ser probado, no solo porque la simple negativa es una defensa y no contiene hechos sino porque, por mandato legal, de acuerdo a la nueva tendencia, quien oponga una simple negativa se estará allanando tácitamente a la demanda y ante el allanamiento, jurídicamente hablando, no existen hechos controvertidos que merezcan ser probados.

Un caso especial encontramos en el derecho procesal laboral, que vale la pena mencionar, y es el que se produce cuando ante el silencio del demandado en la audiencia preliminar, se ha trabado la litis con la negativa simple de los fundamentos de la acción. En este caso, al actor le correspondería la carga de probar la existencia de la relación laboral, pero una vez demostrada se reinvierte la carga de la prueba y es al demandado al que le corresponde justificar que ha satisfecho todas las prestaciones demandadas. Entonces, el demandado tendría que efectuar prueba aun cuando su contestación haya sido puramente negativa, con el grave riesgo de que tales pruebas no podrán ser dispuestas ni practicadas, ya que si no compareció a la audiencia preliminar y no las anunció con anticipación, está impedido de ejecutarlas en posteriores diligencias señaladas al efecto, ni en la audiencia definitiva, en virtud de la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso segundo del art. 581 del Código del Trabajo efectuada por la Corte Constitucional.¹¹²

110. L. E. Palacio, *op. cit.*, p. 263.

111. H. Devis Echandía, *Estudios...*, p. 424.

112. El inc. 2o. del art. 581 del Código del Trabajo que facultaba para que «si una de las partes ha obtenido directamente documentos no adjuntados en diligencia preliminar, necesarios para justificar sus afirmaciones o excepciones, podrá entregarlos al juez antes de los alegatos» fue declarado inconstitucional por contravenir lo dispuesto en los art. 11.2, 66.4 y 75 de la

En el derecho procesal constitucional encontramos también que se presumirá como ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida (demandada) no demuestre lo contrario (simple negativa) o no suministre información (no se presente).¹¹³ Entonces, en este caso particular de justicia constitucional, existe, como vemos, una presunción de que la negativa constituye un tácito allanamiento a las pretensiones del actor.

Luego, la carga de la prueba, en las acciones constitucionales, le corresponderá exclusivamente a la entidad pública demandada que no ha comparecido o lo ha hecho simplemente para negar los argumentos del accionante.

Ya lo decía Couture:

La parte que tiene el derecho de defenderse tiene también la facultad de no hacerlo. La defensa es un derecho del demandado, como la demanda lo es del actor. El que en uso de su libertad no ejerce su derecho de defenderse se atiene a las consecuencias, ya que además del derecho, la defensa es una carga procesal [...]. La parte que omite la conducta procesal que la ley impone, sufre las consecuencias de su omisión. El fin de la conducta impuesta consiste en hacer efectivos los valores que el derecho debe asegurar. La omisión de la conducta impuesta tiene como consecuencia axiológica la responsabilidad. En las cargas procesales, la consecuencia no es la responsabilidad sino el sacrificio del propio interés. La parte que omite la conducta procesal para la cual la ley le faculta, sufre las consecuencias de su omisión.¹¹⁴

Efectivamente, la consecuencia de la omisión de contestar la demanda o hacerlo en la forma indebida, de acuerdo a la nueva tendencia procesal latinoamericana, será que la contestación con evasivas y generalidades podrá ser tomada como allanamiento a las pretensiones del actor.

Para Quintero y Prieto:

El Juez no imparte orden de actividad al opositor, simplemente le hace conocer la existencia de una pretensión en su contra y por ello el opositor no tiene una obligación de actuar sino una carga, corre un riesgo si no actúa; pero además, las legislaciones suelen consagrar como *indicativa procesalmente* esa conducta comisiva, como un indicio de que no se tiene la razón sustancial. Y esa es la consecuencia de la imposición que corresponde a una carga, la propia desventaja procesal que paralelamente comporta una expectativa de ventaja para la otra parte.¹¹⁵

Constitución de la República que garantizan el derecho a la igualdad formal, material y a la no discriminación, según sentencia de la Corte Constitucional No. 031-10-SCN-CC, RO No. 372 de 27 de enero de 2011.

113. Constitución de la República del Ecuador, art. 86.3.

114. E. Couture, *op. cit.*, p. 486-491.

115. B. Quintero y E. Prieto, *op. cit.*, p. 138.

Luego, la consecuencia de la desventaja procesal en la que incurre el demandado al no contestar la demanda como la ley dispone, provoca de forma paralela para el actor, ya no una expectativa de ventaja como refieren los autores antes citados, sino que, le acarrea, de modo indefectible, por mandato legal, la más absoluta y clara ventaja consistente en que una vez aceptado el allanamiento se verá relevado de probar las pretensiones que consignó en el libelo inicial, a las que el juzgador deberá tener por verdaderas.

Al respecto, cabe recordar que, la teoría de la carga de la prueba está íntimamente ligada a la aplicación del principio dispositivo procesal, constitucionalmente consagrado, en lo referente a la determinación de los hechos controvertidos susceptibles de ser probados. En un sistema que admitiese de forma absoluta la investigación de oficio, esta institución no tendría razón de existir.

Sin embargo, aunque parezca un contrasentido, nuestro sistema procesal también acepta la actuación oficiosa del juez cuando ejercita, a su criterio, la garantía de la búsqueda de la verdad material, principio que también ostenta jerarquía constitucional. Entonces, si en algún caso concreto, existe un enfrentamiento entre estos dos principios, efectuando una correcta ponderación, se tendrá que optar por la búsqueda de la verdad material ya que atañe al espíritu mismo de la norma constitucional, pues el principio dispositivo se refiere básicamente a la sustanciación de los procesos.

El maestro Chioventa considera que el hecho de que

prevalezca el principio dispositivo en un sistema procesal determinado, no significa dominio en él de la *voluntad* de las partes, sino que se concede un acentuado valor a su *actividad*; no implica reconocimiento de un pretendido derecho de *disposición* de las partes sobre el material de la causa, sino la sanción de su *responsabilidad* en la tarea de facilitar al juez el material de conocimiento.¹¹⁶

Más aún si por disposición legal se determina específicamente en qué debe consistir la actividad del demandado y este no la cumple.

Luego, como menciona Gian Antonio Micheli «en qué sentido se puede hablar de carga de la prueba, que incumbe a una parte, en el proceso actual, en el que el juez puede formarse la propia convicción sobre todo el material de la causa, valorando también el comportamiento procesal de las partes»,¹¹⁷ criterio con el que coincidimos, si nos referimos puntualmente a que de acuerdo a las nuevas tendencias procesales recogidas en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, antes referido, el juez debe valorar el comporta-

116. G. Chioventa, *op. cit.*, p. 405.

117. Gian Antonio Micheli, «Estructura del proceso civil y carga de la prueba», en Fernando Qui-ceno Álvarez, comp., *Actos del juez y prueba civil*, Bogotá, Ed. Jurídica Bolivariana, 2001, p. 495.

miento procesal del demandado de la forma en que dispone la ley, es decir, que debe considerar como allanamiento su falta de contestación coherente, lógica, completa y concreta de lo que afirma y niega respecto de las pretensiones del demandante.

En tal virtud, la llamada carga procesal de la prueba dependería de las diferentes actitudes que adopte el demandado al contestar la demanda. Si es una simple negativa no tendría nada que probar y la carga de la prueba recaería en el actor, salvo que la contestación evasiva o ambigua incluya afirmaciones sobreentendidas, entonces la carga de la prueba recaería necesariamente en el demandado, como en el caso laboral, descrito en líneas anteriores, en el que la negativa solo funciona cuando no ha existido la relación jurídica de trabajo entre las partes.

Y, por supuesto, de acuerdo a la nueva tendencia procesal, en los casos en que el juez considere a la negativa como allanamiento debe presumir tácitamente como verdaderos los hechos consignados por el actor en su libelo inicial, por lo que evidentemente se releva al demandante de la carga de probar sus asertos.

La congruencia en los fallos

Como única defensa

La motivación en las providencias judiciales y por ende en las sentencias es un principio jurídico garantizado por nuestra Carta Magna, establecido en el art. 76, cuyo texto determina lo siguiente:

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

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
 1. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

El Código Orgánico de la Función Judicial, por su parte, ratifica la obligación de motivar, constitucionalmente consagrada, así:

Art. 130. Facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces. Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos

y las leyes; por lo tanto deben: [...] 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, lo hace del modo siguiente:

Art. 4. Principios procesales. La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales: [...] 9. Motivación. La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestos durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso.

Asimismo, podemos encontrar ratificaciones de este principio en otros cuerpos legales como el Código de Procedimiento Civil, pues en el texto del art. 274, claramente se dispone que: «En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la Ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal». El referido artículo establece que, en caso de que los fallos sean dictados por Tribunales Superiores, no se entenderá que estos han cumplido su obligación de motivar los fallos si hacen una mera referencia al fallo recurrido.

Para garantizar el principio procesal de la motivación de las sentencias judiciales, nace como contrapartida la garantía necesaria para su cumplimiento, consagrada en el art. 94 de la Carta Magna, a saber:

Art. 94. La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.¹¹⁸

118. Garantía que ha sido posteriormente ratificada por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su art. 58, cuando determina que la acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.

En atención a que la normativa vigente no establece el ámbito de aplicación de la negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho en el proceso civil, como se lo hace en otras legislaciones americanas (colombiana, peruana y uruguaya), por el momento y hasta que entre en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Civil, cabe acudir a la jurisprudencia de la ex Corte Suprema, la que nos aclara la dimensión de esta *seudo* excepción.

De acuerdo a nuestra Constitución, la obligación de motivar una sentencia es sin lugar a dudas una garantía del derecho a la defensa y al debido proceso que debe ser atendida por los juzgadores, so pena de que dicha sentencia sea declarada nula y sin ningún valor, en atención a la garantía constitucional denominada acción extraordinaria de protección, de reciente innovación procesal mediante su inclusión en la Constitución de 2008.

Asimismo, revisada la doctrina sobre motivación¹¹⁹ se desprende que la sentencia que contenga alguno de los denominados vicios de incongruencia, particularmente los vicios *extra*, *ultra petita* y *citra petita*, no alcanza la finalidad constitucional y puede ser anulada por el órgano que ejerce las funciones revisoras y de control constitucional. Consideramos que tiene que ser así porque con la falta de motivación se incurre en un defecto insubsanable que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y necesariamente tendrán que reponerse las actuaciones al estado en que se hubiere cometido la infracción y vulnerado el derecho.

El alcance de los vicios de incongruencia ha sido profundamente tratado por la jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia, determinándose que implican la inconsonancia o incongruencia resultante de la confrontación de las partes considerativa y resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas para desvirtuar tales pretensiones.

Respecto de las excepciones y defensas opuestas por el demandado, la ex Corte Suprema de Justicia ha determinado expresamente que debe existir identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto.¹²⁰

119. Véase Fernando de la Rúa, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1991; Nancy Franco, *Iura Novit Curia vs. Principio de Congruencia o Principio de Congruencia vs. Iura Novit Curia*, Ponencia en el «Congreso Nacional de Derecho Procesal», Mar de Plata, 2007 en *Fundación Gedisos org.*, <<http://74.www.procesal2007mdp.com.ar/>>. Consultado en noviembre de 2009; Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 279-281; Joaquín Ivars Ruiz, «La motivación de la sentencia como motivo de recurso extraordinario por infracción procesal», en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, No. 17, Madrid, 2006, p. 1-7, <www.ripj.com>. Consultado en noviembre de 2009.

120. Véase: sentencia No. 20-99, RO No. 142, 5 de marzo de 1999; sentencia No. 507, RO No. 284, 14 de marzo de 2001 y sentencia No. 123-2003, RO No. 127, 17 de julio de 2003, todas de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia.

Entonces, como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda, la contestación y la parte considerativa y dispositiva de la sentencia. El art. 277 del Código de Procedimiento Civil establece que la sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre los que se trabó la litis; lo que quiere decir la norma es que el juez debe resolver no solo aquello que fue objeto de la demanda, sino también sobre lo que fue materia de la contestación dada por cada uno de los demandados. Estos son, pues, los límites de la controversia.

La *causa petendi* –al decir de la ex Corte Suprema de Justicia¹²¹ se ha definido como aquella situación de hecho jurídicamente relevante y susceptible de recibir la tutela jurídica solicitada. La *causa petendi* se reduce a la sola fundamentación fáctica, al conjunto de hechos, a las circunstancias concretas o al relato histórico sobre los que el actor basa su petición y el demandado su defensa.

Como hemos referido, es el juez quien ha de señalar el derecho que corresponde aplicar a tal fundamentación fáctica. Los tribunales no tienen la obligación ni la necesidad de ajustar los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y bien pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, puesto que precisamente ello significa juzgar de acuerdo a *iura novit curia*.¹²² Es suficiente que las partes le den los hechos para que el juez les otorgue el derecho.

Efectivamente, nuestro ordenamiento jurídico recoge el principio *iura novit curia* en el art. 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el que claramente determina que los jueces deben aplicar el derecho que corresponda al proceso aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente invocado.

En cumplimiento de tal normativa los jueces y tribunales están obligados a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, siempre y cuando los fundamentos de hecho relatados por el actor en su demanda, sean pormenorizados y explícitos y su pretensión clara y concreta; lo

121. Véase: sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia No. 305-98, RO Suplemento No. 208, 9 de junio de 1999; sentencia de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia No. 123-2003, RO No. 127, 17 de julio de 2003; y, sentencia de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia No. 83-2006, RO No. 347, 1 de septiembre de 2006.

122. Véase: sentencia publicada en la Gaceta Judicial, Año CIV, Serie XVII, No. 13, p. 4099, 2 de mayo de 2003; sentencia No. 216-2004, RO Suplemento No. 532, 25 de febrero de 2005; sentencia No. 276-2003, RO Suplemento 537, 4 de marzo de 2005; sentencia No. 140-2004, RO Suplemento No. 338, 16 de mayo de 2008; y, sentencia No. 182-2008, RO Suplemento No. 152, 17 de marzo de 2010, todas de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia.

propio cabe decir de la contestación a la demanda que efectúe el demandado; de tal manera que el juzgador pueda establecer, con certeza, cuáles son las normas aplicables a los hechos controvertidos específicamente relatados por las partes.

Sin embargo, completa la norma referida, los jueces no pueden ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, salvo que de hechos, que no están en discusión, aparezca que se pueda vulnerar los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Cabe recalcar que salvo la excepción expresada por la norma referida, ni aplicando el principio *iura novit curia* el juzgador está facultado, so pretexto de interpretar los hechos invocados por las partes, a darles un alcance distinto del que aquellas les han otorgado, ya que de proceder así estaría incurriendo en el vicio de incongruencia. Al igual que está vedado a las partes innovar, también a los jueces y tribunales les está prohibido modificar, en definitiva innovar la *causa petendi*. Hacerlo significará que la resolución adolecerá del vicio de falta de motivación por incongruencia e incoherencia, por incurrir en *ultra o extra petita*, esto es, por haber resuelto sobre un asunto extraño al litigio.¹²³

Por lo tanto, no es exacta la creencia de que por el simple hecho de alegar la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, el juzgador está autorizado a revisar hechos distintos de los consignados por el demandado en su contestación (*causa petendi*) y peor aún si de acuerdo a las nuevas tendencias procesales latinoamericanas contempladas en el Proyecto del Código de Procedimiento Civil, se atribuye a la negativa la consecuencia jurídica de tácito allanamiento a la demanda.

Indudablemente interponer una demanda o contestarla trae implícita la obligación de las partes (una verdadera carga procesal) de fundamentar adecuadamente tanto sus presunciones como sus oposiciones. Toda pretensión y, de la misma manera, toda oposición, debe encontrar su fundamento en el contenido de los hechos expuestos en los respectivos libelos, caso contrario se vuelven fórmulas genéricas de defensa sin ningún contenido real, las cuales deberían ser rechazadas por el juzgador por carecer de la claridad que exige el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

No hacerlo y dar a las defensas vagas y retóricas un alcance no querido por el legislador ni por la jurisprudencia sería fallar incongruentemente por vicio de *ultra o extra petita*, con la normal consecuencia de haber incurrido en la falta de motivación de la sentencia en correlación con el debido proceso, causales constitucional y legalmente previstas para que la sentencia pueda ser

123. Véase sentencia de la Sala de Conjuces Permanentes de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia, dictada el 2 de marzo de 2010, dentro del juicio No. 124-2008-ER.

anulada mediante el recurso extraordinario de casación e incluso con la acción extraordinaria de protección.

Esta falta de motivación se evidenciaría con mayor claridad si la Asamblea Nacional llega a aprobar el Proyecto de Código de Procedimiento Civil, pues en caso que el demandado se haya opuesto a la demanda con una simple negativa y el juez, habiendo permitido que haga prueba, acoge las excepciones que en el término respectivo no hayan sido opuestas, evidentemente se estaría extralimitando respecto de lo que constituye el objeto de la litis y los puntos controvertidos sobre los que debe basar su decisión, al decir de Enrique Vescovi «del *thema decidendum* fijado por las partes y dentro de cuyos límites el juez debe decidir»,¹²⁴ porque debemos tener presente que lo que compete que el juez efectúe en este caso concreto es aprobar en sentencia el allanamiento tácito en el que ha incurrido el demandado, vigilando simplemente que el mismo no perjudique a terceros ni se halle inmerso dentro de las causales en que por disposición legal se vuelve ineficaz.

El Proyecto del Código de Procedimiento Civil ratifica, en el citado art. 223, que la decisión del juez tiene que ser congruente y consonante con los hechos constantes en las excepciones que aparezcan probadas y hayan sido alegadas. Luego, en el supuesto de que no exista contestación o que esta solo contenga una negativa simple o hechos ambiguos, evasivos y contradictorios, no existirá excepción alegada y menos que haya podido ser probada dentro del proceso porque si a tal contestación se le da el carácter de allanamiento a las pretensiones del actor, entonces debe necesariamente darse el tratamiento que el derecho procesal otorga al allanamiento y fallar en consecuencia.

Hacerlo de otra manera podría ser causa para interponer todos los recursos que franquea la normativa vigente para anular los fallos.

En relación con otras excepciones

Iniciaremos este análisis ratificando que estamos de acuerdo con la nueva tendencia del moderno derecho procesal civil que considera que si el demandado ha opuesto la negativa como única defensa, debe configurarse la presunción legal de haber operado el allanamiento a los fundamentos de hecho y derecho de la demanda, por supuesto, siempre que esta fuere procedente.

Sin embargo, existe la probabilidad, bastante conocida y practicada en nuestro medio de que los abogados, al contestar la demanda, mencionan una larga lista de defensas y excepciones, entre las cuales por lo general consta considerada, en primer término, la negativa simple y llana de los fundamentos de la demanda, para luego pasar a enumerar la más variada gama de excep-

124. E. Vescovi, *op. cit.*, p. 45.

ciones, una tras otra, la mayor parte de las veces sin mencionar los hechos en las que se fundan, como para abarcar todas las posibilidades de defensa del cliente.

Al respecto, revisemos lo que el profesor ecuatoriano Emilio Velasco Célleri refiere:

En algunas ocasiones escuchamos que «el negar es padre y madre», por eso es que los abogados se limitan a señalar domicilio y esperar la prueba para en ella ejercer la defensa; desde luego que esto debe ocurrir en limitados casos, porque como queda dicho cuando se niega simple y llanamente los fundamentos de la demanda, quedan fuera varias excepciones que deben ser propuestas en forma expresa y afirmativa; y lo que es más cuando se contesta la demanda, negando simplemente el derecho del actor, el demandado no puede alegar con posterioridad nada que manifieste que ese derecho se extinguió, ya que en la negativa no se controvierte nada sobre excepciones relativas a haberse extinguido la obligación, de manera que esto es extraño a los puntos que el juez debe considerar en la sentencia; cuando la contestación es negativa la discusión se contrae únicamente a la existencia de la obligación o de los hechos afirmados por el actor; sin embargo a veces el demandado, no obstante la contestación negativa, tiene derecho para probar, que una obligación se extinguió cuando la negativa contiene una afirmación implícita, como es la de haber satisfecho una cantidad de dinero, pensiones de arrendamiento, etc.; hay ocasiones en que puede considerarse como un reconocimiento tácito de la verdad del hecho afirmado por el actor en su demanda si el reo al contestarla no niega la afirmación; y a veces, por esta razón se ha considerado que el actor no está obligado a probar el hecho reconocido tácitamente por el demandado; hay ocasiones en las que se contesta la demanda aduciendo varias circunstancias que en el fondo son el reconocimiento de los hechos; cuando existe este reconocimiento y se comete el error al concluir la contestación, negando absolutamente aquellos hechos, esta negativa es una contradicción con las demás manifestaciones, a veces reforzada con la reconvención, determinan que el actor no tiene obligación de probar los hechos propuestos afirmativamente; es de cuidar en la contestación de la demanda, evitar excepciones en las que se reconoce implícitamente por el demandado la obligación demandada porque no valdrán los medios de defensa empleados por este en alegaciones posteriores.¹²⁵

Sabemos que existen hechos que necesariamente requieren de excepción expresa para que puedan ser considerados y resueltos en sentencia. Como lo dice Prieto Castro:

La Ley recoge ciertos hechos a los que atribuye la eficacia de crear una facultad o derecho potestativo a favor del demandado de naturaleza tal, que solo

125. E. Velasco Célleri, *op. cit.*, p. 81-82.

si los opone a la pretensión del actor (y no por la propia fuerza de ellos), esta queda obstruida, como si el derecho no existiese, y a la inversa si no los hace valer, la demanda del actor ha de reputarse fundada, debiendo el juez estimarla. Por la mera circunstancia de existir ese tipo de hechos no es bastante, aunque el juez los conozca por conducto distinto del demandado, para enervar el derecho del actor, hay quien los llaman *hechos excluyentes*, y en el tecnicismo usual entre nosotros son constitutivos de *excepción* en sentido estricto; por ejemplo, el transcurso del tiempo como supuesto legal de la prescripción.¹²⁶

¿Pero qué ocurre si estos hechos en los que basa las excepciones que el demandado menciona en su contestación a la demanda, cuando alcanza a mencionarlos, son absolutamente contradictorios con las defensas que propone?

Para responder esta interrogante es necesario ratificar que tanto el vigente Código de Procedimiento Civil como también el Proyecto de reformas al mismo, exigen que el demandado al contestar la demanda efectúe un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor, indicando categóricamente lo que admite y lo que niega, exigiendo, además, que el pronunciamiento sea respecto de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de los documentos que acompañan al libelo inicial. Entonces, en el evento de que el abogado que patrocina a un demandado se limite a efectuar un largo listado mencionando todos los nombres de las defensas y las excepciones que recuerda, estaría incumpliendo el mandato legal que dispone tal pronunciamiento expreso.

Coincidimos con Armando Cruz Bahamonde cuando consigna:

Existe diferencia procesal entre las providencias del juez cuando califica la demanda, en comparación a la que califica la contestación. En la primera, el demandante cuya demanda se rechaza puede interponer el recurso de apelación; en la segunda, el demandado está vedado de tal recurso cuando el juez estime que no ha cumplido su orden de aclaración y la deseche, dejándole sin ella, lo cual sería particularmente grave cuando se trate del juicio ejecutivo, art. 440. Mas, si el juez omite el deber que tiene de exigir al demandado que aclare o amplíe su contestación, la Ley no sanciona al juez, como lo hace cuando sea omiso en el cumplimiento del mismo deber, al tratarse de la calificación de la demanda. No puede ocultarse que hay una notoria incongruencia en el régimen de situaciones jurídicas tan similares, pues ambas están destinadas a fijar aspectos esenciales para el ordenamiento jurídico del proceso y las bases de la contienda judicial y sus resultados. Al examinar las tesis jurisprudenciales podrá notarse con cuanta frecuencia las excepciones son contradictorias, inadmisibles o inaceptables.¹²⁷

126. L. Prieto Castro, *op. cit.*, p. 239, citado por J. I. Lovato, *op. cit.*, p. 163.

127. A. Cruz Bahamonde, *op. cit.*, p. 136.

Lo dicho por el tratadista ecuatoriano es absolutamente cierto. Poquísimos son los jueces que se preocupan de la contestación a la demanda y que mandan a completarla si no reúne los requisitos de ley. Por tal razón, en virtud de que es costumbre en nuestro medio admitirla tal y como se presenta, es que los abogados no se han preocupado nunca de la formalidad y sapiencia que debe involucrar su elaboración.

Y de ello se colige que podamos encontrar en la práctica procesal ecuatoriana contestaciones tan poco elaboradas y contradictorias que ponen a los jueces en verdaderos aprietos a la hora de interpretarlas. Cómo puede ser posible, por ejemplo, que en una demanda ejecutiva para el pago de una suma de dinero, el demandado conteste negando simple y llanamente los fundamentos de la acción, es decir, negando que deba valor alguno al actor y, a renglón seguido alegue *plus petitio* o pagos parciales, ¿no constituye esto un verdadero contrasentido que obliga al juzgador, que tenga un poco de conocimiento de derecho procesal, a rechazar las excepciones por contradictorias y obviamente evasivas?

Por tales prácticas es que el Proyecto del Código de Procedimiento Civil termina con estos malentendidos para erradicar, de una vez por todas, la arraigada costumbre de elaborar contestaciones evidentemente inadmisibles e inaceptables.¹²⁸

Cabe añadir incluso que, las excepciones de fondo, objeto de la prueba, serán cada vez más y más concretas porque, instaurado el sistema procesal de resolución anticipada de las llamadas excepciones previas, antes conocidas como dilatorias, podrá sanearse el proceso con antelación, de modo que se haya delimitado de una mejor manera el objeto de la decisión judicial.

Mientras tanto, en aplicación de la normativa vigente, consideramos que sería de mucha ayuda en caso de que el abogado decida optar por efectuar una contestación que contenga múltiples defensas y excepciones, que por lo menos tenga la precaución de consignarlas una en subsidio de la siguiente, resaltando como excepción o defensa principal aquella que tenga mayor fundamento jurídico para obtener una sentencia favorable y, posteriormente, consignando las demás defensas o excepciones, una en subsidio de la otra, de modo que el juzgador, a la hora de resolver el caso, pueda revisarlas de forma

128. Un ejemplo para erradicar tales malas prácticas, constituye sin lugar a dudas, la normativa respecto de la no contestación a la demanda en el juicio ejecutivo, porque de conformidad con el art. 430 del Código de Procedimiento Civil, a falta de pago o excepciones el juez debe dictar sentencia, misma que causará ejecutoria, porque como lo ha señalado la Corte Constitucional el derecho a recurrir las resoluciones judiciales en un juicio ejecutivo no se encuentra prohibida; sin embargo, se encuentra limitado en atención a la naturaleza de dicho juicio y al principio de celeridad de la administración de justicia (Sentencia No. 017-10-SCN-CC de la Corte Constitucional, dictada el 5 de agosto de 2010).

separada. De lo contrario se caerá en evidentes contradicciones que probablemente no solo angustien la defensa sino que la impidan definitivamente.

Para ello los abogados demos recordar que en el sistema normativo actual, tenemos la opción de reformar las excepciones, hasta antes de que se abra el término de prueba, en los procesos en que la ley así lo faculta, por lo que si no estudiamos el caso con detenimiento podremos tener una ulterior oportunidad para enderezar la defensa.

Cabe tener presente, eso sí, que el peligro de no poder hacerlo subsistirá si el demandado no contestó la demanda, pues no podrá hacer uso de la norma del art. 104 del Código de Procedimiento Civil, estudiada en el capítulo anterior, si el juez considera que dicha norma solo permite la reforma de excepciones, las que obviamente no propuso, por lo que no nos conviene suponer que la reforma será aceptada en todas las situaciones.

Tal reforma tampoco será jurídicamente factible si entra en vigencia el Proyecto del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, ya que de acuerdo a tal normativa no habrá tiempo de reformar la contestación si esta no ha cumplido con los requisitos de ley, en caso de que el demandado haya optado por el silencio o por dar respuestas ambiguas o evasivas a las pretensiones del actor; pues, la consecuencia inmediata, por mandato legal, será que se considere a tal contestación como allanamiento a la demanda.

De allí la urgencia de aprender, desde ahora, a contestar una demanda de manera prolija, pronunciándonos respecto a cada uno de los hechos en que se fundamentan las pretensiones del actor, aceptando los hechos verdaderos como efectivamente verdaderos y negando los falsos, oponiendo las defensas o excepciones correctas para cada particular situación, sin caer en evidentes contrasentidos y contradicciones que perjudiquen la labor del juzgador y puedan ser objeto de rechazo de su parte tan solo por no haber sido consignadas con la claridad que requieren.

Mientras tanto y en coherencia con la normativa vigente es de esperar que una vez que el juez haya revisado las excepciones y defensas consignadas en la contestación a la demanda y encuentre que estas se presentan vagas y contradictorias, debe tener la valentía para declarar su ineficacia e improcedencia sin que quepa siquiera el más mínimo análisis de su parte respecto de ellas. No es posible que sigamos tratando al demandado como un sujeto procesal incapaz y débil que requiere ayuda judicial para interpretar lo que supuestamente pretendía argumentar. Recordemos que si bien el juzgador puede suplir tanto al actor como al demandado con la correcta determinación del derecho, no cabe que el juzgador suponga, adivine o incluya hechos que el demandado no haya consignado expresamente en su contestación.

La sanción legal promovida en los códigos procesales modernos en respuesta de la desidia e inactividad de los demandados será la justa consecuen-

cia del castigo que merezcan los profesionales mediocres que los patrocinen, quienes aspirarán obtener el éxito en un proceso judicial con el mínimo esfuerzo, cuando lo único que en realidad conseguirán será su propio desprestigio y descrédito por ser copartícipes directos de la evidente vulneración de los principios de contradicción y defensa de sus clientes, irrespetando la sagrada misión que juraron al asumir la abogacía, esto es, proveer un servicio que involucre el conocimiento, la lealtad y fundamentalmente la responsabilidad y el compromiso con la defensa encomendada.

Conclusiones

El presente trabajo ha contestado las interrogantes que surgieron en su inicio, en primer lugar porque del análisis de la naturaleza jurídica de la institución de la negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, hemos arribado a la conclusión de que ella no constituye una excepción, precisamente porque no contiene el presupuesto fáctico para la existencia de la misma, de modo que le permita ser objeto de prueba dentro del proceso civil.

Debemos colegir también, en segundo lugar, que su ámbito de acción es evidentemente restringido, porque conlleva una simple defensa que no tiene por qué incluir a otras excepciones que necesariamente requieren de hechos que las configuren. Por lo tanto, como defensa, es un mero enunciado del todo irrelevante a la hora de decidir, pues no brinda al juzgador ningún indicio respecto al camino hacia el que va encaminada la defensa y que puede guiarlo en la búsqueda de la verdad material del proceso.

Tan es así que, frente a los hechos de la demanda, no constituye ningún aporte decisor, de tal modo que da exactamente lo mismo que esté o no consignada en la contestación a la demanda, pues de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente, no es más que una ficción legal que tiene por objeto trasladar la carga de la prueba al actor y que será, de acuerdo a las nuevas tendencias procesales latinoamericanas, incluyendo el Proyecto de Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, considerada como tácito allanamiento a la demanda, constituyendo una sanción al demandado que no ha querido colaborar con la justicia, en evidente desacato a la obligación de describir categóricamente lo que afirma y lo que niega del libelo de demanda.

Del estudio efectuado podemos determinar también que, de la interpretación que el juzgador dé a su inclusión procesal depende la congruencia que este adopte en sus fallos. Por ello, es necesario que el juez conozca meridianamente los límites o parámetros específicos de su aplicación, para que deje de elucubrar con temas tan delicados, cuyas tergiversaciones pueden ocasionar criterios contradictorios, perjudicando el derecho a la seguridad jurídica que tienen los particulares y dando cabida a recursos constitucionales previsibles ante la evidente violación del derecho a la correcta motivación de las sentencias.

Luego, la actitud que el juzgador debe adoptar cuando la negativa simple y llana de los fundamentos de la demanda se presenta es darle su verdadero sentido legal de acuerdo al espíritu legislativo que la tomó en cuenta, esto es, conforme se encuentre determinado en las normas que la consagran y no optar por incluir en ella hechos que no se han mencionado expresamente, en evidente sobreprotección a la actuación del demandado y en desmedro del principio constitucional de igualdad de las partes que debe primar en las relaciones jurídico-procesales.

Por ello consideramos muy recomendable que el Proyecto del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano entre en vigencia lo más pronto posible, aunque no cabe duda, que cuando aquello suceda, al juez le tocará adaptarse a su facultad de determinar, cuando pueden considerarse las respuestas del demandado como simples defensas, ambiguas o evasivas, como para que opere la presunción legal de tácito allanamiento a la demanda. Ello cambiará completamente el paradigma anterior, pues de un juez absolutamente benevolente con la contestación que efectuaba el demandado, que ni siquiera hacía reparos en su consignación ni le pedía aclaraciones o ampliaciones de su texto, por mandato legal, se convertirá en un juez que podrá decidir la continuación o no del juicio, si después de un exhaustivo análisis llega a la conclusión de que la contestación cumple o no con los presupuestos legales, de modo que de él dependerá asignarle los efectos que la ley le asigne en cada uno de los casos.

Si bien las reformas respecto de la actuación del juez y del demandado y su abogado defensor, en el reciente Código Orgánico de la Función Judicial son realmente innovadoras, creemos que no fueron suficientes para abarcar todas las posibles conductas del demandado dentro de un proceso y, consignar, por lo menos, los parámetros mínimos en los que el juez debe basar su actividad, para guiar a las partes procesales de manera que se obtengan los resultados esperados en su loable función.

A concretar tales directrices contribuirá sin lugar a dudas la reforma, también recomendable, de incorporar al proceso civil la audiencia previa de saneamiento, en la que en principio se intentará la conciliación de las partes y si esta no ocurre, se precisarán los hechos controvertidos que serán objeto de la sentencia en atención a las pretensiones de la demanda y las defensas y/o excepciones consignadas en la contestación a la misma, una vez que se hayan subsanado los defectos procesales que impidan la prosecución formal del juicio.

Por último y sin temor a equivocarnos consideramos que las exigencias legales obligarán a los profesionales del derecho a investigar con mayor detenimiento el caso encargado, para que conjuntamente con el cliente, elaboren la estrategia defensiva de una mejor manera, desarraigando de la práctica jurídica la ligereza e irresponsabilidad en las contestaciones a las demanda, hasta ahora cotidianas, pues tales actitudes serán evidentemente sancionadas con todo el rigor de la ley.

Bibliografía

Fuentes bibliográficas

- Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I y II, Buenos Aires, Ediar, 1963.
- Azula Camacho, Jaime, *Manual de derecho procesal civil*, t. I, Bogotá, Temis, 1997.
- Berizonce, Roberto Omar, «Bases y principios que informan el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica», en Andrés de la Oliva Santos, comp., *Proceso civil hacia una nueva justicia civil*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, p. 53-77, 2007.
- Briseño Sierra, Humberto, *Excepciones procesales*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1987, p. 47, citado por Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, *Teoría general del proceso*, t. II, Bogotá, Temis, 1995.
- Caeiro, María Constanza, y Pablo Saryanovich, «La rebeldía y la incomparecencia en juicio», en Oswaldo Alfredo Gonzáini, comp., *Defensas y excepciones*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p. 53-75, 2007.
- Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Uthea, 1944, p. 26, citado por Jaime Azula Camacho, en *Manual de Derecho Procesal Civil*, t. I, Bogotá, Temis, 6a. ed., 1997.
- Chiovenda, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil*, México DF, Oxford University, 2002.
- Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- Cruz Bahamonde, Armando, *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*, vol. II, Quito, Edino, 1992.
- De la Rúa, Fernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1991.
- Devis Echandía, Hernando, *Estudios de derecho procesal*, t. I, Buenos Aires, ABC, 1979.
- «El derecho de contradicción: Defensas y excepciones del demandado», en *Revista de Derecho Procesal-Iberoamericana y Filipina*, No. 3, Madrid, Instituto Español de Derecho Procesal, p. 397-426, 1963.
- *Compendio de derecho procesal*, t. I, Bogotá, ABC, 10a. ed., 1985.
- *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 3a. ed., 2004.
- *Nociones generales de derecho procesal civil*, Bogotá, Temis, 2a. ed., 2009.

- Falconí Puig, Juan, *Código de Procedimiento Civil*, Guayaquil, Edino, 2a. ed., 1991.
- González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984.
- Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Derechos Públicos, 1956, p. 255, citado por Juan Isaac Lovato, en *Programa analítico de derecho procesal civil ecuatoriano*, t. V, Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1962.
- Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Quito, Abya-Yala, 2007.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia, antecedentes, exposición de motivos*, Montevideo, 1988.
- Lemmo, Ana María, y Matías Lizatovich, «La contestación de demanda como defensa», en Oswaldo Alfredo Gonzafni, comp., *Defensas y excepciones*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p. 45-52, 2007.
- Lovato, Juan Isaac, *Programa analítico de derecho procesal civil ecuatoriano*, t. V, Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1962.
- Micheli, Gian Antonio, *Curso de derecho procesal civil*, vol. II, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1970.
- «Estructura del proceso civil y carga de la prueba», en Fernando Quiceno Álvarez, comp., *Actos del juez y prueba civil*, Bogotá, Ed. Jurídica Bolivariana, p. 495-510, 2001.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Derecho procesal civil*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1996.
- Montero Aroca, Juan, *Derecho jurisdiccional*, t. II, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.
- *Tratado del juicio verbal*, Navarra, Aranzadi, 2004.
- Morales Molina, Hernando, *Curso de derecho procesal civil*, Bogotá, ABC, 1973.
- Palacio, Lino Enrique, *Derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, s.f.
- Palomo Vélez, Diego, *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*, Santiago, Librotecnia, 2008.
- Peñaherrera, Víctor Manuel, *Lecciones de derecho práctico civil y penal*, t. III, Quito, Ed. Universitaria, 1960.
- Prieto Castro, Leonardo, *Manual de derecho procesal civil*, t. II, Madrid, Ateneo, 1953, p. 249, citado por Juan Isaac Lovato, en *Programa analítico de derecho procesal civil ecuatoriano*, t. V, Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1962.
- Quintero, Beatriz, y Eugenio Prieto, *Teoría general del proceso*, t. II, Bogotá, Temis, 1995.
- Rocco, Ugo, *Derecho procesal civil*, vol. I, México DF, Ed. Jurídica Universitaria, 2001.
- Tama Viteri, Manuel, *Defensas y excepciones en el procedimiento civil*, Guayaquil, Edilex, 2009.
- Velasco Célleri, Emilio, *Sistema de práctica procesal civil*, t. IV, Quito, Pudeleco, 1996.
- Véscovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 1999.

Fuentes legales

Código de Procedimiento Civil.

Código de Procedimiento Civil colombiano.

Código de Procedimiento Civil peruano.
 Código de Procedimiento Civil uruguayo.
 Código del Trabajo.
 Código Orgánico de la Función Judicial.
 Constitución Política de la República del Ecuador.
 Ley de Casación.
 Ley de Enjuiciamiento Civil Española.
 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Fuentes electrónicas

- Franco, Nancy, *Iura Novit Curia vs. Principio de Congruencia o Principio de Congruencia vs. Iura Novit Curia*, Ponencia en el «Congreso Nacional de Derecho Procesal», Mar de Plata, 2007, en *Fundación Gedisos Org*, <<http://74.www.procesal2007mdp.com.ar/>>. Consultado en noviembre de 2009.
- Ivars Ruiz, Joaquín, «La motivación de la sentencia como motivo de recurso extraordinario por infracción procesal», en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, No. 17, Madrid, p. 1-7, 2006, *Universidad de Valencia*, <www.ripj.com>. Consultado en septiembre de 2012.
- Martín Valverde, Antonio, «El abuso del proceso en la jurisdicción social», en *Cuadernos de Derecho Judicial. El abuso del proceso: mala fe y fraude a la ley procesal*, No. 18, Madrid, *Consejo General del Poder Judicial Español*, <<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords Template=cgpj /cgpj>>. Consultado en noviembre 2012.
- Picó i Junoy, Joan, «El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional», en *Cuadernos de derecho judicial. El abuso del proceso: mala fe y fraude a la ley procesal*, No. 18, Madrid, *Consejo General del Poder Judicial*, <<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords>>. Consultado en noviembre de 2012.

Fuentes jurisprudenciales

- Gaceta Judicial, Año CII, Serie XVII, No. 5, p. 1444 (Quito, 10 de octubre de 2000).
 — Año CIII, Serie XVII, No. 9, p. 2683.
 — Año CIII, Serie XVII, No. 9, p. 2695 (Quito, 2 de mayo de 2002).
 — Año CIV, Serie XVII, No. 11, p. 3474 (Quito, 26 de febrero de 2003).
 — Año LXXXVII, Serie XIV, No. 13, p. 3059 (Quito, 22 de diciembre de 1986).
 — Año XCVIII, Seri XVI, No. 11, p. 2820 (Quito, 30 de enero de 1998).
 — Serie I, No. 149, p. 1189.
 — Serie I, No. 26, p. 205.
 — Serie III, No. 117, p. 2173.
 — Serie III, No. 173, p. 2618.
 — Serie VII, No. 2, p. 176.
 — Serie VII, No. 3, p. 238.
 — Serie VIII, No. 10, p. 994.
 — Serie VIII, No. 9, p. 854.

- Serie XI, No. 15, p. 2320.
- Serie XII, No. 13, p. 2988.
- Serie XIII, No. 15, p. 3589.
- Serie XV, No. 15, p. 4578.
- Serie XVI, No. 13, p. 3530.
- Serie XVI, No. 13, p. 3531.
- Serie XVI, No. 7, p. 1814.
- Serie XVI, No. 7, p. 1814.
- Serie XVII, No. 9, p. 2713 (Quito, 15 de mayo de 2002).
- Registro Oficial, No. 127 de 17 de julio de 2003.
- No. 142 de 5 de marzo de 1999.
- No. 284 de 14 de marzo de 2001.
- No. 333 de 9 de mayo de 2008, p. 23.
- No. 626 de 25 de julio de 2002, p. 24.
- No. 91 de 28 de Mayo de 2003, p. 8.
- Sentencia Corte Constitucional, Sentencia No. 017-10-SCN-CC, dictada el 5 de agosto de 2010.
- Sentencia No. 031-10-SCN-CC, publicada en el RO No. 372 de 27 de enero de 2011.
- Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Primera Sala de la ex Corte de Justicia, Sentencia No. 20-99, RO No. 142, 5 de marzo de 1999.
- Sentencia No. 507, RO No. 284, 14 de marzo de 2001.
- Sentencia No. 13, Gaceta Judicial, Año CIV, Serie XVII, p. 4099, de 02 de mayo de 2003.
- Sentencia No. 99, RO No. 627, 26 de julio de 2002.
- Sentencia No. 109, RO No. 99, 9 de junio de 2003.
- Sentencia No. 123-2003, RO No. 127, 17 de julio de 2003.
- Sentencia No. 140-2004, RO Suplemento No. 338, 16 de mayo de 2008.
- Sentencia No. 182-2008, RO Suplemento No. 152, 17 de marzo de 2010.
- Sentencia No. 216-2004, RO Suplemento No. 532, 25 de febrero de 2005.
- Sentencia No. 276-2003, RO Suplemento 537, 04 de marzo de 2005.
- Sentencia No. 305-98, RO Suplemento No. 208, 9 de junio de 1999.
- Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 83-2006, RO No. 347, 1 de septiembre de 2006.
- Sala de Conjuces Permanentes de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia, Sentencia de 2 de marzo de 2010, dentro del juicio No. 124-2008-ER.
- de 28 de septiembre de 2010, dentro del juicio No. 261-2007 (ex Tercera Sala)-GNC.

ANEXOS**Fallos que ratifican que la negativa es una simple defensa**

El doctor Nájera ha contestado a esa demanda negando simplemente el derecho de los demandantes. Trabado así el juicio, hay que examinar ante todo, si atentas las disposiciones contenidas en el testamento y los codicilos del doctor Vallejo Peñafiel, la voluntad de este fue establecer verdadero vínculo y mayorazgo, y en este caso, quien haya sido el poseedor de los bienes vinculados cuando se publicó la susodicha ley; o si solo quiso que se constituyera un censo, como sostiene el doctor Nájera, en todos los fundos. Que la negativa simple del derecho de los actores, que la contestación del doctor Nájera contiene, ha privado a este de la facultad de alegar con posterioridad al término de proponer excepciones, las que extinguen ese derecho, cuya existencia negó; de suerte que las de renuncia y prescripción, alegadas por incidencia, no pueden ser consideradas en este fallo.¹²⁹ (Este fallo determina que la negativa no puede incluir excepciones expresas como la renuncia o prescripción de la acción.)

Dadas las contestaciones absolutamente negativas de las dos demandas, no se controvierte nada sobre excepciones relativas a haberse extinguido la obligación; y, por esto, todo cuanto se refiere a alegaciones y pruebas conducentes a demostrar el hallarse extinguida la obligación de cuyo cumplimiento se trata, es materia extraña de los puntos que el Tribunal está en caso de considerar en este fallo.¹³⁰ (La contestación simplemente negativa no comprende las pruebas o alegatos respecto de una excepción que no ha sido expresamente deducida como la extinción de la obligación.)

La excepción simplemente negativa no comprende ninguna de aquellas que deban fundarse en hechos diversos de los que dieron origen al derecho del actor; hechos que, por lo mismo, deber ser pura e inequívocamente alegados por el demandado, para que puedan considerarse como puntos controvertidos, y servirle de fundamento a su defensa. Solo así resulta que, al tiempo de la litis contestación, conozca ambas partes y el juez, a punto fijo, cuáles son los hechos controvertidos, cuáles los que deberán ser comprobados por una u otra de las partes en el segundo período del juicio y constituirán, en el tercero, la materia de la sentencia.¹³¹ (La negativa no engloba o incluye ninguna excepción.)

129. Gaceta Judicial, Serie I, No. 26, p. 205.

130. Gaceta Judicial, Serie III, No. 117, p. 2173.

131. Gaceta Judicial, Serie XVI, No. 7, p. 1814.

La presente sentencia no puede referirse a las alegaciones de la demandada sobre incompetencia del juzgado para conocer el presente juicio, ni a las referentes a nulidad del proceso en razón de ilegitimidad de personería del actor, ni a la ilegitimidad de personería del demandado, alegaciones que no fueron presentadas como excepciones, debido a la inasistencia de la parte demandada en la audiencia de conciliación. Por ello, el estudio de la controversia se concretará entre los puntos que contiene la demanda y la negativa pura y simple de la misma, que, por mandato de la Ley y de la Jurisprudencia, ha de entenderse tal inasistencia.¹³² (La negativa no incluye ninguna excepción específica.)

Cuando el demandado o el imputado se contentan con negar los elementos de derecho o de hecho de la demanda o de la imputación o con afirmar su inexistencia, ciertamente hay discusión de la pretensión, pero no existe excepción, sino una simple defensa; por el contrario cuando el demandado afirma la existencia de hechos distintos de los que presenta la demanda o circunstancias o modalidades diferentes de los contenidos en esta, con el objeto de plantear nuevos fundamentos de hecho que conduzcan a la desestimación de las pretensiones del demandante; en estos casos se dice que propone o formula excepciones. La defensa frente a la acción de reivindicación fue negar la propiedad del bien, la singularización del mismo y el hecho de que el demandado se encontraba en posesión, con lo cual toda la carga de la prueba recaía en el actor.¹³³ (La negativa no incluye excepción alguna pues no incorpora nuevos hechos que sean objeto de prueba.)

En el trámite verbal sumario, el momento procesal oportuno para proponer excepciones y contestar la demanda, es la audiencia de conciliación. Con la demanda y contestación de la misma se traba la litis, sobre la que decide el juzgador. La falta de contestación o la no comparecencia en la diligencia de audiencia de conciliación, debe ser entendida como negativa pura y simple, al tenor del art. 107 del Código de Procedimiento Civil. En la especie, el Tribunal de Instancia ha procedido a pronunciarse sobre la calidad de la demandada, quien no la ha alegado oportunamente, verificándose la infracción del art. 277 del Código de Procedimiento Civil, ya que se ha irrespetado el principio de concentración y contracción que contiene dicha norma legal, que obliga al juez a limitarse en la resolución a la traba de la litis.¹³⁴ (La negativa no incluye la excepción de ilegitimidad de personería.)

Trabada la litis con base en la demanda y a la contestación, no es posible introducir a posteriori un elemento de discusión que no fue objeto de

132. Gaceta Judicial, Serie XIII, No. 15, p. 3589.

133. Gaceta Judicial, Serie XVII, No. 9, p. 2713 (Quito, 15 de mayo de 2002).

134. Gaceta Judicial, Año CIV, Serie XVII, No. 11, p. 3474 (Quito, 26 de febrero de 2003).

excepción. En el juicio verbal sumario las excepciones, sean dilatorias o perentorias, tienen que plantearse conjuntamente en la audiencia de conciliación; la falta de contestación a la demanda, por inasistencia a ese acto procesal de la parte demandada, debe interpretarse como negativa pura y simple de los fundamentos de la acción, como se ha explicado en el considerando precedente. El silencio del demandado es, pues, según los principios jurídicos y nuestro sistema legal, negación tácita de los fundamentos de la demanda; la persistencia del demandado en el estado de oposición o resistencia que sirvió de base o antecedente a la demanda. En consecuencia, a falta de contestación expresa, la litis queda trabada pura y exclusivamente sobre los fundamentos de la acción, como en el caso de una negación simple y absoluta, expresa. Todos los hechos que, diversos de los alegados por el actor, hubieran podido dar por resultado la insubsistencia o extinción del derecho de este, (el pago, la prescripción, la novación, etc.), quedan extraños a la controversia, y nada podrá decidir sobre ellos el juez, aunque consten del proceso. Cuando el demandado se contenta con negar los elementos de derecho o de hecho de la demanda o de la imputación o con afirmar su inexistencia, ciertamente hay discusión de la pretensión, pero no existe excepción, sino una simple defensa. Por el contrario, cuando el demandado afirma la existencia de hechos distintos de los que presenta la demanda o circunstancias o modalidades diferentes de los contenidos en esta, con el objeto de plantear nuevos fundamentos de hecho que conduzcan a la desestimación de las pretensiones del demandante; en estos casos se dice que propone o formula excepciones.¹³⁵ (La negativa no incluye las excepciones de pago, prescripción o novación.)

Afirmar que la falta de contestación, involucra la alegación de improcedencia de la acción, contradice al maestro Peñaherrera, según el cual la contestación simplemente negativa o bien la frase no debo u otra equivalente, se estima como una simple negación de los fundamentos de la demanda, esto es, de los hechos constitutivos de la acción; y no comprende la excepción de pago ni la prescripción, remisión, etc., es decir, ninguna de aquellas que deben fundarse en hechos posibles diversos de los que dieron origen al derecho del actor; hechos que, por lo mismo, deben ser clara e inequívocamente alegados por el demandado, para que puedan considerarse como puntos contravenidos, y servirle de fundamento a su defensa.¹³⁶ (La negativa no incluye ninguna excepción referente a hechos diversos.)

El art. 107 del Código de Procedimiento Civil, además de considerar la falta de contestación a la demanda como una negativa simple, de los fundamentos de ella, dispone que el Juez aprecie como indicio en contra del deman-

135. Gaceta Judicial, Año CIII, Serie XVII, No. 9, p. 2695 (Quito, 2 de mayo de 2002).

136. Gaceta Judicial, Año XCVIII, Serie XVI, No. 11, p. 2820 (Quito, 30 de enero de 1998).

dado la omisión de su principal obligación procesal, que es la de contestar la demanda.¹³⁷ (La negativa es una defensa que debe apreciarse como indicio en contra del demandado.)

Como vemos entonces, el único efecto real de la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda (cuando se establece como única defensa), es que la carga absoluta de la prueba recae sobre el actor, nada más. Por lo tanto, no es para nada exacta la afirmación realizada por el Ministerio de Turismo de que por el simple hecho de alegar la negativa pura y simple, el Tribunal Arbitral estaba autorizado a revisar el cumplimiento de todo el contrato. Si dicha institución quería establecer como excepción (o defensa en términos más amplios) el hecho de que la actora no había cumplido con las exigencias contractuales para tener derecho al pago, puesto que no había obtenido la aprobación del informe final, así debía decirlo en su contestación, cosa que no hizo. Por lo tanto, ese hecho, el no cumplimiento del contrato por parte de la actora al no obtener la aprobación del informe final, nunca formó parte de la *causa petendi* del proceso arbitral. Décimo Segundo. Por otro lado, es importante analizar el resto de excepciones propuestas por las demandadas dentro del proceso arbitral. Cabe indicar, como se ha vuelto costumbre dentro del foro ecuatoriano, que tanto la contestación de la Procuraduría General del Estado como la del Ministerio de Turismo establecen excepciones generales y vagas que no tienen relación alguna con los hechos que dichas instituciones someramente alegan. La Corte se ha expresado de esta manera respecto de estas excepciones rituarías: «las expresiones vagas y genéricas utilizadas en la contestación a la demanda, tales como «Alego nulidad del proceso por violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto mismo»; «No me allano a ninguna nulidad procesal de este infundado juicio por omisión de solemnidades sustanciales [...]»; [o la que se esgrime en el caso bajo análisis: «Sin allanarme a las evidentes causas de nulidad que registra el proceso»]; de modo alguno significa que se invoque la excepción de falta de legitimación en la causa o en el derecho, ya que en el fondo son fórmulas rituarías carentes de significación y eficacia procesal como verdaderos medios de defensa o excepciones»; «el repetir fórmulas rituarías, como lo es la de redargüir la falsedad u objetar la legitimidad de un documento privado, puede caer en el empleo de fraseología intrascendente»; «No basta con decir que se impugna una prueba; se ha de determinar concretamente por qué se considera que es falsa o ilegal, y demostrar estos vicios probatorios». (Resoluciones No. 105-2001 publicada en el RO No. 417, 21 de septiembre de 2001; No. 172-2001 publicada en el RO No. 521, 25 de febrero de 2002; y, No. 68-2001 publicada en el RO No. 420, 26 de septiembre de 2001). Indudablemente el interponer una demanda, o contes-

137. Gaceta Judicial, Año CII, Serie XVII, No. 5, p. 1444 (Quito, 10 de octubre de 2000).

tarla, trae implícita la obligación de las partes (una verdadera carga procesal) de fundamentar adecuadamente tanto sus pretensiones como sus excepciones. Toda pretensión, y sobre todo toda excepción, deben encontrar su fundamento en el contenido de los hechos expuestos, caso contrario se vuelven fórmulas de defensa genéricas sin ningún contenido real, las cuales deben ser rechazadas por los jueces por carecer de la claridad que exige el ordenamiento jurídico ecuatoriano (art. 67, num. 3 y 4, y art. 102, num. 2 y 3 del Código de Procedimiento Civil). Por lo tanto, ninguna de las excepciones contenidas en las contestaciones a la demanda arbitral, le autorizaban al Tribunal Arbitral a tomar en cuenta un hecho que nunca fue parte de la *litis*, y sobre el cual dicho Tribunal falló.¹³⁸ (La negativa no incluye la excepción de incumplimiento contractual.)

El demandado formuló sus excepciones en los siguientes términos: a) Niego los hechos en que se funda la demanda; b) Niego el derecho del actor; y c) Niego su acción. No obstante lo prescrito en el art. 103 (106) del C. P. C., el juez de primera instancia no ordenó a Rodríguez (el demandado) que expresara los fundamentos de hecho y de derecho de sus excepciones y tramitó la causa recibéndola a prueba, después de no haberse llegado a ninguna conciliación [...] pero, como en la realidad de la vida jurídica, la reforma contenida en el art. 103 (106) del C. P. C., no ha llegado a desterrar, por descuido o impericia de los jueces, la costumbre de recurrir a la negativa simple como fórmula de defensa, y, por otra parte, aparece que frente a la prueba deficiente del actor el mismo demandado presentó las justificaciones enunciadas, se considera que no hubo temeridad ni mala fe; que su negativa fue en el sentido de alegar ese hecho positivo, quedando aquel sin derecho para la acción reivindicatoria [...].¹³⁹ (Si el actor no prueba los fundamentos de su demanda no cabe aceptarse la acción a pesar de que la defensa haya sido simplemente una negativa.)

La contestación de la demanda en la audiencia de conciliación no consta expresamente que sea simple y absolutamente negativa, ni tampoco ha negado de modo expreso los hechos propuestos por el actor afirmativamente en juicio; la demandada ha guardado silencio sobre los hechos a que se refiere la demanda como requisito para el divorcio y el que guarda silencio nada afirma ni niega de modo expreso. Más bien tal silencio se interpreta en derecho como negativa general de los fundamentos de la demanda, que obliga al actor a probar los hechos propuestos afirmativamente en juicio y no impide al demandado contrarrestar esa prueba en la forma legal. Muy menos puede atribuirse a tal silencio el valor de confesión, que termina el juicio civil solo cuando es legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda; ni el valor de allanamiento,

138. Sentencia de la Sala de Conjuces Permanentes de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia, dictada el 2 de marzo de 2010, dentro del juicio No. 124-2008-ER.

139. Gaceta Judicial, Serie VII, No. 2, p. 176.

que ha de hacerse siempre en forma expresa.¹⁴⁰ (La negativa no constituye allanamiento.)

El hecho de que las excepciones de la Compañía demandada se hubiesen declarado sin valor por las razones expuestas en la providencia ejecutoriada de segunda instancia, no puede atribuirse a la naturaleza misma del juicio ejecutivo en que se las dedujo, sino a la forma irregular del escrito de excepciones, forma imputable a la parte demandada o a su defensor, tanto más cuanto que lo propio pudo ocurrir en cualquier otro juicio, inclusive el ordinario. [...] Se observa que por la revocatoria de la nulidad vuelve la causa al estado en que estuvo al tiempo de expedirse la providencia que anula el proceso, en el presente caso, al estado del art. 466 (440) del C. P. C., puesto que las excepciones fueron declaradas sin valor por el inferior en providencia ejecutoriada.¹⁴¹ (Si la contestación no es completa y las excepciones estuvieron mal planteadas, en realidad no hubo contestación.)

La controversia con respecto a la demanda se ha trabado con la simple negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta y, por lo mismo, no comprende ninguna excepción de aquellas que se fundan en hechos positivos diversos de los que dieron origen al derecho de la parte actora. En consecuencia, es indebido que la sentencia trate de resolver los hechos de incumplimiento de la empresa demandante, siendo la sentencia de segunda instancia injurídica, ya que quebranta lo dispuesto en el art. 293 (277) C. P. C.¹⁴² (La negativa no incluye la excepción de incumplimiento.)

Habiéndose limitado los demandados a negar simplemente, a través de su silencio, los fundamentos de su demanda, su alegación posterior de compensación entre lo así adeudado a ellos por el actor y el valor reclamado por este en la demanda, alegación que surge en la prueba por ellos rendida y en sus manifiestos de primera y segunda instancia, no pudo producir ningún efecto, toda vez que en la contestación absolutamente negativa de la demanda se discute solo sobre el título o fundamentos de la acción y siendo, por lo mismo, extraño al juicio todo hecho extintivo de aquella, pues no se alega ninguna de las excepciones extintivas determinadas en art. 1610 CC, lo cual significa que excepciones como las de compensación, remisión, etc., es decir, aquellas que deben fundamentarse en hechos positivos diversos de los que dieron origen al derecho del actor, tienen que ser clara e inequívocamente alegadas por el demandado para que puedan considerarse como puntos controvertidos, de modo que al tiempo de la litis contestación el juez y las partes conozcan a punto fijo cuales son los hechos en discusión, y sobre cuales ha de versar la prueba. Dis-

140. Gaceta Judicial, Serie VII, No.3, p. 238.

141. Gaceta Judicial, Serie VIII, No. 9, p. 854.

142. Gaceta Judicial, Serie XII, No. 13, p. 2988.

tinto es el punto relativo a que la compensación se opera por el solo ministerio de la ley, conforme a lo previsto en el art. 1699 CC, compensación esta que aunque así existente, para hacerla valer en juicio requiere que sea expresamente alegada como excepción. No puede, por consiguiente, considerarse por parte del Tribunal la compensación extemporáneamente invocada por el demandado.¹⁴³ (La negativa no incluye la excepción de compensación.)

Atento al art. 105 (108) C. P. C. el demandado puede reformar sus excepciones y aun deducir otras perentorias, siempre que no se haya recibido la causa a prueba; pero después de esta recepción es ilegal ejercer esta atribución. [...] El escrito que corre a fs. 12, no solo contiene una reforma sino un cambio total y evidente de la contestación a la demanda, puesto que contradice fundamentalmente a lo expresado en el escrito de fs. 5 en el que demandado contestó la demanda, lo cual está prohibido por el citado precepto legal.¹⁴⁴ (Solo cabe reformar la contestación hasta antes de que se haya recibido la causa a prueba y respecto de las excepciones formuladas en el primer escrito de contestación a la demanda.)

La presente sentencia no puede referirse a las alegaciones de la demanda sobre incompetencia del juzgado para conocer el presente juicio, ni a las referentes a nulidad del proceso en razón de ilegitimidad de personería del actor, ni a ilegitimidad de personería del demandado, alegaciones que no fueron presentadas como excepciones, debido a la inasistencia de la parte demandada a la audiencia de conciliación. Por ello, el estudio de la controversia se concretará entre los puntos que contiene la demanda y la negativa pura y simple de la misma que, por mandato de la Ley y de la jurisprudencia, ha de entenderse tal inasistencia.¹⁴⁵ (La negativa no incluye la excepción de incompetencia del juzgado, la excepción de nulidad ni la de ilegitimidad de personería de actor y demandado.)

Frente a las letras de cambio insolutas, aceptadas por los Ingenieros Constructores C. Ltda., y avalizadas por los Ing. J. P. P. y A. P. P., la excepción de negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, sin ninguna otra explicación, deviene carente de todo sustento racional y jurídico. Conforme al art. 436 del Código de Comercio, por la aceptación, el girado se obliga a pagar la letra de cambio a su vencimiento. «Quien acepta paga» –*qui acceptat Salvat*– dice un antiguo e inflexible adagio latino, sin que interese la causa o razón de su obligación y sin que pueda excusarse de hacerlo por motivo alguno, ni aun probándose que la letra es falsa, si la aceptación es verdadera, o que el librador no ha hecho provisión de fondos. Se agrega a ello,

143. Gaceta Judicial, Serie XI, No.15, p. 2320.

144. Gaceta Judicial, Serie VIII, No. 10, p. 994.

145. Gaceta Judicial, Serie XIII, No. 15, p. 3589.

que el aceptante no está obligado a pagar única y exclusivamente al sujeto originariamente determinado, sino a quien ulteriormente apareciere legitimado como poseedor o portador del título valor. Caracterizándose la obligación del aceptante frente al tomador que no sea el librador, como en el caso, por ser unilateral, solidaria, formal, abstracta, autónoma, incondicional, definitiva e irrevocable, resulta jurídicamente ineficaz la defensa en examen.¹⁴⁶ (La negativa, sin ninguna otra explicación, frente a una letra de cambio, deviene en carente de todo sustento racional y jurídico.)

Es erróneo el criterio según el cual, en la negativa de los fundamentos de la demanda de petición de herencia no se encuentra comprendida la excepción de no ser el cedente heredero del causante de la herencia que, en todo o en parte, transfiere al cesionario, por razón de haberse anulado judicialmente la escritura pública de reconocimiento de hijo extramatrimonial que lo contenía. «La excepción simplemente negativa –dice el señor doctor Víctor M. Peñaherrera, en sus Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal, T.3, P. 558 a 559- no comprende ninguna de aquellas que deben fundarse en hechos positivos diversos de los que dieron origen al derecho del actor; hechos que, por lo mismo, deben ser pura e inequívocamente alegados por el demandado, para que puedan considerarse como puntos controvertidos, y servirle de fundamento a su defensa. Solo así resulta que, al tiempo de la litis contestación, conozcan ambas partes y el juez, a punto fijo, cuáles son los hechos controvertidos, cuáles los que deberán ser comprobados por una u otra de las partes en el segundo período del juicio, y constituirán, en el tercero, la materia de la sentencia». En el caso, la defensa en examen debió ser opuesta expresamente como excepción, y no lo ha sido.¹⁴⁷ (La negativa no incluye la excepción de no ser cedente del heredero del causante de la herencia.)

La demandada en su escrito de prueba señala varias excepciones, pero lo hace en forma extemporánea, pues el momento procesal en el que debía hacerles había precluido. Dichas afirmaciones se refieren a la incompetencia del juez en razón del territorio y a la falta de derecho de la actora en virtud de que el bien inmueble se encontraba deshabitado y por tanto no existía cobertura de riesgo en este caso, más aún si el asegurado debía comunicar esta circunstancia al asegurador con el propósito de determinar el agravamiento del riesgo. Por lo tanto, tales «excepciones» no pueden ser consideradas, pues la litis se trabó exclusivamente con la negativa pura y simple ante las pretensiones de la actora, ya que así debe entenderse la no comparecencia de la compañía demandada.¹⁴⁸

146. Gaceta Judicial, Serie XV, No. 15, p. 4578.

147. Gaceta Judicial, Serie XVI, No. 7, p. 1814.

148. RO No. 626 de 25 de julio de 2002, p. 24.

(La negativa no incluye excepciones como la incompetencia del juez ni la falta de derecho de la actora.)

De conformidad con el art. 103 del Código de Procedimiento Civil se debe entender que la falta de contestación a la demanda se la considera como negativa simple de los fundamentos de aquella, pues en este caso la ley suple el silencio del demandado y considera que aquel se limita a negar pura y simplemente los fundamentos de la demanda. Así el Dr. Juan Isaac Lovato indica: «Nosotros también hemos seguido la solución adoptada por la Ley de Enjuiciamiento Civil de España: el silencio del demandado, cuando debe contestar la demanda, la no contestación, la rebeldía, equivalen a la negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. En consecuencia, al actor corresponde probar estos fundamentos, o sea los hechos que él propuso afirmativamente en la demanda y que han sido negados por el demandado; y, si no lo hace, la demanda debe ser desechada, y de este modo, el actor pierde el juicio». (Obra Programa Analítico del Derecho Procesal Civil ecuatoriano, Editorial Casa de la Cultura, 1962, p. 188). En consecuencia, en el presente caso, con la negativa u oposición a todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda se ha trabado la litis, pues por mandato legal se debe entender que si no hubo una contestación a la demanda, la ley ha suplido de esta manera la rebeldía del demandado. La sentencia de mayoría de la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, resolvió revocar en todas sus partes la sentencia venida en grado por apelación, lo cual significa que efectivamente se pronunció desechando la pretensión del actor, basándose en el hecho de que ante la falta de contestación a la demanda, tal situación se entenderá como negativa pura y simple de aquella, correspondiendo entonces evaluar la prueba practicada dentro del proceso a efecto de establecer si el actor demostró los fundamentos de su acción [...].¹⁴⁹ (En virtud de la negativa al actor le corresponde la carga de la prueba.)

Debemos advertir que el fundamento fáctico sobre el cual reposa la violación alegada, consiste en que la demandada y reconviniendo nunca singularizó el terreno cuya prescripción buscaba, nunca fue alegado expresamente por el recurrente en la contestación a la reconvencción y por tanto, sobre este hecho nunca se trabó la litis. Es decir que el actor, al contestar la reconvencción propuesta por la demandada, no especificó que los linderos que señalaba la reconviniendo eran incorrectos; luego, al efectuar estas aseveraciones fácticas al interponer su recurso de casación, está introduciendo hechos distintos a los que obran del proceso para sustentar dicho recurso. En el escrito que contiene el recurso de casación se intenta justificar la introducción de estos nuevos hechos en esta etapa procesal, argumentando que se contestó la reconvencción con la

149. RO No. 333 de 9 de mayo de 2008, p. 23.

negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho, sugiriendo que esta «excepción» (que en estricto derecho no es más que una defensa judicial) le otorga la facultad para esgrimir cualquier excepción o considerar cualquier nuevo hecho en el momento procesal que considere oportuno.¹⁵⁰ (La negativa es una defensa no una excepción, por lo tanto no puede incluir excepciones o hechos consignados en el proceso cuando el término para hacerlo ha precluido.)

La calificación del actor de que se celebraron válidamente contratos «de turismo» se tiene por contradicha en virtud de la negativa simple de los fundamentos de la demanda que implica el silencio del demandado y es materia de este recurso de casación ya que, según el recurrente, se trataría de contratos de fletamento que conforme lo dispone el art. 763 del Código de Comercio, debieron celebrarse necesariamente por escrito, y que al no haberse celebrado por escrito no era admisible otra prueba y los contratos mismos se deben tener como no celebrados, de conformidad con lo que dispone el art. 165 *ibidem*.¹⁵¹ (La negativa es una defensa general que contradice las afirmaciones de la demanda.)

Ahora bien, de todo lo dicho se puede concluir con certeza que la negativa pura y simple no puede sino referirse y comprender a todos los hechos que constituyen los fundamentos de la demanda reivindicatoria más arriba señalados y, entre ellos, por cierto, a la afirmación de que el Estado ecuatoriano era poseedor de los bienes cuya reivindicación se pretende. Por tanto, cuando el Tribunal de instancia rechaza la demanda por considerar que no se ha probado por parte del demandante el hecho de la posesión, exigido como requisito para la procedencia de la acción reivindicatoria por el art. 953 del Código Civil, no ha violado el art. 277 del Código de Procedimiento Civil, pues en la sentencia se han decidido los puntos sobre los que trabó la litis, esto es, la demanda reivindicatoria propuesta por el actor y, por parte del demandado, la negativa simple de los fundamentos de la demanda, conforme lo señala el art. 107 del mismo Código de Procedimiento Civil.¹⁵² (La negativa es una defensa general que contradice todas las afirmaciones del demandante.)

Estos hechos, afirmados por el actor en su demanda, han sido simplemente negados por el demandado en su contestación por lo que al accionante le correspondía la carga procesal de demostrarlos en la etapa probatoria; sin embargo, a juicio del Tribunal de Alzada, no lo ha hecho porque a la fecha de

150. Sentencia de la Sala de Conjuces Permanentes de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia dictada el 28 de septiembre de 2010, dentro del juicio No. 261-2007 (ex Tercera Sala)-GNC.

151. Gaceta Judicial, Año CIII, Serie XVII, No. 9, p. 2683.

152. Fallo de Casación No. 99, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, RO No. 627, 26 de julio de 2002.

citación, no había fenecido aún el plazo de un año, pactado por las partes para la terminación del contrato, y que además es inferior al plazo mínimo de dos años previsto en amparo del inquilino por el art. 28 de la Ley de la materia, y al que el inquilino puede acogerse aunque exista un contrato escrito por menor tiempo ya que es un derecho irrenunciable y en este sentido se ha pronunciado esta Sala en las resoluciones 33-02 de 20 de febrero de 2002; 36-02 de 22 de febrero de 2002, y 205-02 de 7 de octubre de 2002, por lo tanto el actor no tenía derecho a solicitar la desocupación del inmueble arrendado, es decir, porque no ha justificado uno de los fundamentos de hecho de su demanda.¹⁵³ (La negativa es una defensa general que traslada la carga de la prueba al actor.)

153. Fallo de Casación No. 109, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, RO No. 99, 9 de junio de 2003.

Últimos títulos de la Serie Magíster

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

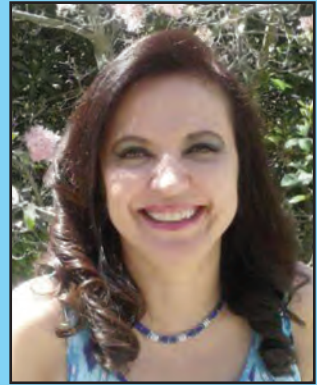
- 139** Gustavo Prieto, EL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES
- 140** Luisa Paola Sanabria Torres, REPARAR A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA: desafíos del enfoque diferencial de edad en la política pública
- 141** Pamela Aguirre, EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD Y LA FACULTAD NORMATIVA DEL SRI
- 142** Lina Parra, CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y LA TEORÍA DEL CONTENIDO MÍNIMO: el derecho al trabajo
- 143** Sofía Luzuriaga Jaramillo, QUITO Y SUS RECORRIDOS DE AGUA: abastecimiento, discursos y pautas higiénicas modernizantes
- 144** Robinson Cabrera Gómez, LA EDUCACIÓN COMO OPORTUNIDAD PARA LA EMERGENCIA DE LA HUMANIDAD
- 145** María Elsa Copa, LA DIMENSIÓN POLÍTICA DE DOS EXPERIENCIAS EDUCATIVAS DE BOLIVIA Y ECUADOR IMPULSADAS POR DOS ORGANIZACIONES CAMPESINO INDÍGENAS
- 146** Ylonka Tillería Muñoz, USOS POLÍTICOS Y CULTURALES DEL ESPACIO PÚBLICO EN QUITO, 1997-2007
- 147** Amaranta Pico, VOLADORAS: la red invisible del relato
- 148** Pablo Alarcón, LA ORDINARIZACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN
- 149** Enrique Contreras, EL RETO DE LA ESCRITURA. El caso de la escuela Cacique Jumandy y el pueblo kichwa Rukullakta, en Napo
- 150** Wilson Mamani, LOS CAMBIOS DE POLÍTICA EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA CAN de un «régimen común» a un «régimen sui géneris»
- 151** Helga Serrano Narváez, CASO CHEVRÓN-TEXACO: cuando los pueblos toman la palabra
- 152** Dana Abad Arévalo, LA NEGATIVA PURA Y SIMPLE EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN

Esta obra analiza la actitud que el demandado debe tomar frente a la demanda y sus pretensiones en el moderno proceso civil, desde la perspectiva doctrinaria y legal ecuatoriana, y la comparada, especialmente del derecho procesal latinoamericano.

Con base en ello y en el análisis de la ambigua jurisprudencia ecuatoriana referente al tema redescubre y define la verdadera naturaleza jurídica de la negativa simple y llana de los fundamentos de la demanda, por años malentendida en la costumbre judicial, y describe el alcance y tratamiento que el consignarla tiene en los operadores de justicia ecuatorianos.

Posteriormente, examina el enfoque y las tendencias actuales respecto de la consideración de la negativa en el proceso civil contemporáneo, principalmente respecto de la carga de la prueba ante su enunciado y la consecuente aplicación del principio de congruencia en los fallos que la analizan, de modo que estos consoliden la seguridad jurídica constitucionalmente garantizada, recalcando la urgente necesidad del cambio de paradigmas en el derecho procesal civil ecuatoriano y en sus usuarios.

El estudio constituye una excelente fuente de consulta para los abogados al momento de elegir y ejecutar la estrategia idónea y debidamente fundamentada de defensa para sus clientes.



Dana Abad Arévalo (Quito, 1964) es Licenciada en Ciencias Jurídicas (1986) y Abogada y Doctora en Jurisprudencia (1988) por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito; Especialista Superior en Derecho Procesal (2008) y Magíster en Derecho Procesal (2011), por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito (UASB-E). Es miembro del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal; fue conjuera permanente de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia (2009-2011); fundadora del estudio jurídico Abad & Campos, especializado en litigio y arbitraje, con práctica profesional en Santiago de Chile y en Quito desde 1991. Actualmente comparte el ejercicio de la abogacía con la docencia en el Área de Derecho de la UASB-E.

ISBN: 978-9978-84-699-5



9789978846995