

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

“LA OBLIGACIÓN DE LA CLÁUSULA PARA TRANSIGIR EN LA
PROCURACIÓN JUDICIAL COMO UNA AFECTACIÓN A LA AUTONOMÍA DE
LA VOLUNTAD DE LAS PARTES, A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y AL
DEBIDO PROCESO”

DISERTANTE: DIEGO NICOLÁS SUÁREZ AGUILAR.

DIRECTOR: DR. ROQUE ARMANDO FARTO BENAVIDES.

QUITO, 2021.

DEDICATORIA:

A los promotores de mi bienestar y felicidad, mis amados abuelos; Marta Susana Baldeón Ledesma, Martha Soraya Mena Tapia y Washington Rubén Suárez Mejía; que el esfuerzo y la dedicación de mi trayecto universitario representen un sincero y humilde gesto de retribución a su incansable e inconmensurable cariño y apoyo.

A mi amado padre, Diego Rubén, por su intachable ejemplo de responsabilidad, por otorgarme el invaluable regalo de la educación y por haber iluminado mi vocación permitiéndome tener mis primeros acercamientos al ejercicio de la noble profesión
jurídica.

A mi amada madre, Diana Alexandra, por haberme brindado las herramientas suficientes a lo largo de mi vida para consagrarme como una persona de bien. Mis logros son un reflejo de las virtudes que sembraste en mí; espero que esta cosecha
resulte digna.

A mis amados hermanos; Francisco, Paula y Saúl; que este trabajo no sea sino una prueba de una de las verdades absolutas de la vida, la primera forma de alcanzar la
libertad es la dedicación y la educación. Per Aspera Ad Astra.

A mi amada Mikaela, por tu incondicional apoyo y cariño tanto en la plenitud como en
la oscuridad de todo este tiempo.

AGRADECIMIENTOS:

Extiendo mi más sincero agradecimiento al Dr. Roque Farto Benavides y a la Dra. Ivette Haboud Bumachar, por ser mis eternos maestros, guías en el desarrollo de esta disertación y sobre todo mis directos referentes de honestidad y rectitud.

A mis queridas tía Andrea Ortiz Mena y Verónica Suárez Baldeón, por haberme brindado regocijo y aliento en la elaboración de esta disertación.

A mis queridos amigos Freddy y Patricio; por su indiscutible amistad, fraternidad y apoyo. Por ser vivo ejemplo de que el cariño sincero trasciende las cuatro paredes de un aula de clase.

A mis apreciados amigos y compañeros de facultad, Francisco, Ramiro, Belén, Eduardo, Jorge y Daniel; por haber sido parte importante de esta etapa de mi vida.

Et al.

RESUMEN

La presente disertación estudia la problemática relacionada con la obligación irrestricta de la cláusula especial para transigir dentro de la procuración judicial, sus secuelas procesales y las distintas afectaciones a la voluntad de las partes, la Tutela Judicial Efectiva y el Debido Proceso. En el capítulo primero, se desarrollará un estudio a profundidad sobre el contrato de mandato; en el capítulo segundo, se analizará la naturaleza de la procuración judicial y sus pormenores dentro del proceso; y por último, en el capítulo tercero se examinará la problemática en general, para así lograr determinar qué derechos, principios y garantías se vulneran al obligar a los litigantes a establecer la cláusula especial para transigir, para posteriormente plantear soluciones concretas al problema de investigación.

Términos clave: Contrato, Mandato, Procuración Judicial, Transigible, Conciliación, Voluntariedad, Tutela Judicial Efectiva, Debido Proceso, Derecho Comparado.

ABSTRACT

The current investigation studies the problematic related to the obligation of including a clause to compromise in the contract of judicial proceeding, its procedural aftermaths and the different affectations to the will of the parties, the effective judicial protection and the due process of law. In chapter one, an in-depth study will be discussed regarding to the contract of mandate; in chapter two, the nature of the contract of judicial proceeding and its particularities within the process will be analyzed; and finally, in chapter three, the general problematic will be examined, in order to determine which rights, principles and guarantees are violated by obliging the litigants to establish the special clause to compromise, and then propose concrete solutions to the problem of investigation.

Key words: Contract of mandate, Contract of judicial proceeding, Special clause to compromise, Conciliate, Willingness, Effective judicial protection, Due process of law, Comparative Law.

TABLA DE CONTENIDOS.

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO I: El contrato de mandato | 3 |
| 1.1 Antecedente y desarrollo histórico..... | 3 |
| 1.1.1. Génesis y evolución en el Derecho Romano..... | 3 |
| 1.1.2. Concepto y características del mandatatum..... | 5 |
| 1.1.3. La procura y su distinción con el mandatatum..... | 7 |
| 1.2 Concepto y naturaleza..... | 8 |
| 1.2.1. Definición..... | 8 |
| 1.2.2. Naturaleza del contrato..... | 10 |
| 1.3 Particularidades del mandato..... | 16 |
| 1.3.1. Reconocimiento de la existencia del mandato..... | 16 |
| 1.3.2. El mero consejo y la recomendación del negocio ajeno..... | 17 |
| 1.3.3. La agencia oficiosa dentro del mandato..... | 19 |
| 1.3.4. Las obligaciones y prohibiciones del mandante y el mandatario..... | 22 |
| 1.3.5. Relación entre el mandato y la representación..... | 27 |
| 1.3.6. Terminación del mandato..... | 30 |
| 1.4 Tipos de mandato..... | 31 |
| CAPITULO II: La procuración judicial | 34 |
| 2.1. Antecedentes históricos de la procuración judicial: El caso ecuatoriano..... | 34 |
| 2.2. Concepto y características..... | 41 |
| 2.2.1. Definición y naturaleza de la procuración judicial..... | 41 |

| | |
|--|-----------|
| 2.2.2. Elementos característicos de la procuración judicial..... | 49 |
| 2.3. Otorgamiento y ejercicio de la procuración judicial..... | 64 |
| 2.3.1. Requisitos para el otorgamiento de la procuración judicial..... | 64 |
| 2.3.2. Requisitos para ejercitar la procuración judicial..... | 66 |
| 2.3.3. Impedimentos para el ejercicio de la procuración judicial..... | 68 |
| 2.3.4. Formas de otorgar la procuración judicial..... | 70 |
| 2.4. Atribuciones del procurador judicial..... | 71 |
| 2.5. La procuración judicial dentro del proceso..... | 73 |
| 2.6. El error en la procuración judicial..... | 75 |
| 2.7 Formas de terminación de la procuración judicial..... | 79 |
| CAPÍTULO III: La procuración judicial y la cláusula especial para transigir: consecuencias jurídicas y procesales de su no inclusión..... | 83 |
| 3.1. Razón de ser de la obligatoriedad de la cláusula para transigir..... | 89 |
| 3.2. La obligatoriedad irrestricta de la cláusula para transigir como elemento vulneratorio a la voluntad del procurante..... | 94 |
| 3.3. La obligatoriedad irrestricta de la cláusula para transigir como elemento vulneratorio a los principios del proceso y del procedimiento..... | 96 |
| 3.3.1 Principio de celeridad..... | 98 |
| 3.3.2 Principio de igualdad en el proceso..... | 100 |
| 3.4. La obligatoriedad irrestricta de la cláusula para transigir como elemento vulneratorio a las garantías del Debido Proceso y la Tutela Judicial Efectiva..... | 102 |

| | |
|---|------------|
| 3.4.1. Vulneración al Debido Proceso..... | 105 |
| 3.4.2. Afectación a la Tutela Judicial Efectiva..... | 108 |
| 3.5. Posibles soluciones al conflicto..... | 110 |
| 3.5.1. Integración de las normas adjetivas e inclusión de un artículo que disponga a los jueces la aplicación del artículo 295 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos frente a la falta de cláusula especial para transigir..... | 111 |
| 3.5.2. Inclusión de un artículo que establezca la presunción judicial de que la no inclusión de cláusula especial constituye una manera tácita de expresar la falta de voluntariedad para transigir..... | 115 |
| CONCLUSIONES..... | 118 |
| RECOMENDACIONES..... | 122 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 123 |

INTRODUCCIÓN

En el Ecuador, administrar justicia y otorgar una tutela judicial efectiva es un deber irrenunciable del Estado; sin embargo, ¿qué sucede cuando los funcionarios públicos encargados de cumplir con este cometido incumplen con esta obligatoriedad por motivos de forma, a pesar de existir normas que expresamente los obliga a no denegar justicia por tales cuestiones?

El Código Orgánico General de Procesos establece como requisito obligatorio para quienes confieren una procuración judicial establecer una cláusula especial para transigir, la cual está destinada a utilizarse en la etapa de conciliación de los distintos procedimientos. El problema radica en que por motivo de una ausencia de norma expresa, en caso de no existir tal cláusula, los jueces optan por archivar las causas o relegar al litigante afectado a ser un mero observador del desarrollo procesal, hechos que, representan una afectación directa a ciertos bienes jurídicos como lo son la voluntad de las partes, la Tutela Judicial Efectiva y el Debido Proceso.

El objetivo principal de la investigación, la cual se encuentra enmarcada en el dominio académico y línea de investigación “Política y derecho para la participación social y el establecimiento de relaciones justas” de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, es analizar doctrinariamente instituciones civiles y procesales que permitan determinar que la obligatoriedad de la cláusula especial para transigir dentro de las procuraciones judiciales tiene en efecto las secuelas procesales descritas.

Para tales efectos, en el capítulo primero, se desarrollará un estudio a profundidad sobre el contrato de mandato; en el capítulo segundo, se analizará la naturaleza de la procuración judicial y sus pormenores dentro del proceso; y por último, en el capítulo

tercero se examinará la problemática en general, para así lograr determinar qué derechos, principios y garantías se vulneran al obligar a los litigantes a establecer la cláusula especial para transigir, para posteriormente plantear soluciones concretas al problema de investigación.

CAPÍTULO I: El contrato de mandato.

1.1 Antecedente y desarrollo histórico.

1.1.1. Génesis y evolución en el derecho romano.

Previo a analizar la actual concepción de lo que implica la institución del mandato es preciso indagar en aquellos aspectos históricos que constituyeron otrora los elementos fundamentales y básicos del mencionado contrato, de tal forma que analizando sus orígenes se pueda tener un mayor conocimiento sobre su evolución desde el derecho romano hasta los ordenamientos jurídicos modernos.

Al igual que otros institutos dispuestos en la normativa civil ecuatoriana, el mandato tiene su raíz inmediata en el derecho romano, sin embargo, como lo menciona Stitckin (1950), en un comienzo, el mandato no se reconoció como tal, ya que, en principio, no era concebido por los cives llevar a cabo un determinado negocio jurídico con la asistencia de un tercero. Únicamente debido a los crecientes cambios territoriales que eran comunes en el Imperio Romano en virtud de sus políticas expansionistas, las cuales, a su vez, producían otras variaciones en las relaciones económicas y en los actos de comercio, los romanos se vieron en la necesidad de solicitar a terceros que concretaran distintos negocios en su nombre a pesar de no existir ley que permitiese tales peticiones.

Aquello que hacía particular a estos actos asistidos es que quienes consumaban los servicios solicitados eran naturalmente individuos cercanos o de plena confianza para quien encomendaba concretar tal acción. Es así como el ejecutor se comprometía con el peticionario partiendo del determinado vínculo que los uniera prometiendo cumplir con

la tarea confiada y rendir cuentas de los resultados una vez cumplido el requerimiento. La manera simbólica de formalizar la convención era un estrechón de manos entre los individuos, y es de esto que proviene el nombre de mandato, por la acción del *manum dare* o *manu data* (Stitchkin, 1950).

Para el jurista Carames (1958), el acto derivado del *manum dare* se considera como uno de los primeros contratos fundamentados en la buena fe de las partes, donde el negocio se desarrollaba bajo una promesa de diligencia que podía traer beneficio o perjuicio exclusivo para quien encomendaba la ejecución. Además, al ser una convención no reconocida por el derecho de aquel entonces, no existían acciones ni excepciones que presentar ante un Pretor, dejándose como única censura una suerte de sanción moral frente a la opinión pública.

Posteriormente, tomando en consideración esta realidad, se incorpora y reconoce el *mandatum* como un contrato consensual mucho tiempo después de haberse generado los actos *manum dare*, principalmente, debido a las funciones pretoriales. A través de las soluciones de los Pretores, se establecieron dos acciones en beneficio de las partes que tuvieran detrimento alguno a causa del incumplimiento de la obligación surgida de esta convención (Carames, 1958).

Por una parte, la *actio mandati directa* consistía en una acción que podía presentar el mandante en contra del mandatario con el objetivo de que este último cumpla con lo acordado o rinda cuentas de la ejecución y los resultados del negocio encomendado; y, por otra parte, la *actio mandati contraria*, que facultaba al mandatario a solicitar al mandante la restitución de las pérdidas o expensas derivadas por el cumplimiento de la obligación (Sohm, 1928).

1.1.2. Concepto y características del *mandatum*.

Una vez conocidos los orígenes y desarrollo del *mandatum*, Medellín (2013) propone establecer una acepción jurídica partiendo de sus elementos característicos, y menciona que este acto es un contrato de naturaleza consensual, volitivo, no oneroso, sinalagmático imperfecto y con un estrecho fundamento en la buena fe y confianza de quien solicitaba la ejecución del negocio jurídico lícito, es decir, el mandante o *dominus* y de quien cumplía con la petición, es decir, el mandatario o *procurator*.

Por consensual, se entiende que este contrato se perfeccionaba por el simple hecho de que el mandatario diera su consentimiento libremente de cumplir con la tarea encomendada por el mandante. La aprobación consensual podía otorgarse de forma expresa o incluso tácita cuando un individuo realizaba actos en beneficio del mandante sin que este le haya constituido previamente como mandatario, y el primero no presentara oposición a tales actos (Jörs, 1937).

El carácter volitivo del *mandatum* implica que el contrato nace de la voluntad autónoma de quien lo otorga, es decir, que el mandatario estará ineludiblemente forzado a cumplir con la obligación encomendada en los términos establecidos por el mandato, de lo contrario, este extralimitaría sus funciones, estando sujeto a una *actio mandati directa* que verse sobre el cumplimiento del mandato original, e incluso estando obligado a responder por los daños causados al mandante (Jörs, 1937).

Que sea no oneroso implica que tal acto no es remunerado. Al principio se consideraba que al momento de otorgarse una remuneración por la ejecución de la obligación necesariamente el contrato degeneraba en otro tipo de acto jurídico (como es el caso del contrato de arrendamiento de servicios, en el que a cambio de brindarse

determinado favor, se pagaban las acciones realizadas); aún así, con el paso del tiempo, no se impidió que se extendieran honorarios al mandatario por su labor, aunque, esto no era una regla general (d'Ors, 2008).

El vocablo sinalagmático es un sinónimo de la palabra bilateral, por lo tanto, cuando se hace referencia a un acto jurídico calificado de tal manera, se describe una situación dentro de la cual los individuos que intervienen tendrán obligaciones o derechos recíprocos; ergo, un acto sinalagmático imperfecto es aquel en el que las obligaciones surgidas no son mutuas, estando una de las partes obligada desproporcionalmente con respecto a la otra.

Frente a tal situación, Puchaicela (1999), menciona que el carácter sinalagmático imperfecto del *mandatum* implica que, en su desarrollo, el mandante quedaba supeditado al mandatario en tanto el primero debía cubrir con todos los gastos incurridos, asumir pérdidas y perjuicios, cumplir con los intereses correspondiente a las cantidades o cosas prometidas e incluso cumplir con obligaciones accesorias al negocio jurídico original.

La buena fe y la confianza son elementos que fueron descritos con anterioridad, los cuales determinan que la celebración del contrato de *mandatum* tiene su génesis en la afinidad y familiaridad que existía entre el mandante y el mandatario, en el que el primero decidía conferir el cumplimiento de determinada obligación al segundo, quien necesariamente ostentaba el favor y la estima del solicitante.

Es importante comprender que la licitud de aquello sobre lo que versa el negocio es parte crucial del acto. Esto tiene una directa relación con el principio del derecho civil presente hasta nuestros días que determina que el objeto de todo contrato debe tener un estricto apego a la ley y sus disposiciones, de tal forma que no se concibe un objeto

contractual que contravenga el orden de la cosa pública, ya que, tal particular representaría fatalmente la nulidad el mandato (Medellín, 2013).

1.1.3. La *procura* y su distinción con el *mandatum*.

Además del *mandatum*, Puchaicela (1999) menciona que mucho antes del reconocimiento de éste como un contrato consensual se regulaba la existencia de un tipo de institución con cierta similitud conocida como *procura*. A diferencia del *mandatum* que tenía un carácter específico refiriéndose a la realización de un negocio concreto a nombre del mandante y que culminaba con la realización de la tarea encomendada, la *procura* más bien tenía una naturaleza general, prevista para periodos de tiempo y que tenía por objeto la representación del procurante por parte del procurador en una amplia gama de actos con relevancia jurídica, dentro de los cuales los más destacados son la administración patrimonial y la representación en juicio.

La administración patrimonial usualmente se confería por un pater familia a un liberto o a una persona subordinada a su autoridad; este cargo era de confianza y se basaba en poderes generales para efectuar negocios jurídicos que versasen sobre los bienes del procurante (Sohm, 1928). Por otro lado, la representación judicial no era como hoy la concebimos, pues lo que recibía del procurante el *procurator ad litem* era una suerte de cesión de crédito y de los derechos litigiosos que nacían de obligaciones vencidas, en el que el objetivo era seguir las acciones pertinentes para obtener los valores en mora de los deudores del procurante con la particularidad de que, el actor no estaba obligado a devolver lo recuperado (d'Ors, 2008).

1.2 Concepto y naturaleza del mandato.

1.2.1 Definición.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2019), el vocablo mandato proviene del latín *mandatum* que tiene por significado ‘orden o precepto que el superior da a sus súbditos’, este a su vez contiene dos componentes, *manum* que significa mano y *dare* que significa dar, esto hace alusión a su origen proveniente del derecho romano el cual ya se estudió previamente.

Frente a tal afirmación, Larrea Holguín (2011) aporta acertadamente que, aunque la expresión mandato ofrezca una primera impresión de que la relación nacida de la celebración del contrato versa sobre relaciones verticales (como por ejemplo la que mantiene el empleador con sus trabajadores), esta obligación se da entre sujetos de la misma calidad moral y estatus jurídico.

El artículo 2020 del Código Civil ecuatoriano (2015) establece que, ‘mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera’. Esta misma definición se encuentra concebida en el artículo 2142 del Código Civil colombiano y en el artículo 2116 del Código Civil chileno, en los que, a juzgar por la semejante redacción de las normas podemos inferir que se compartió el mismo criterio legislativo para brindar su naturaleza a este instituto jurídico.

Aquí se puede rescatar el término confiar, el cual hace referencia a que el mandante encomienda la práctica de una tarea específica al mandatario por motivo y consideración a su calidad individual o profesional, es decir, apelando a la fe que existe

en que el mandatario satisfaga las necesidades de quien propone la celebración del acto, dándole una naturaleza *intuitu personae*.

De manera distinta se conceptualiza al mandato en la legislación privada de Argentina y Uruguay. Por su parte el Código Civil y Comercial de la nación argentina (2014) en su artículo 1319 dispone que “ hay contrato de mandato cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra” (p. 251)., donde se puede destacar la frase actos jurídicos, que determina de forma expresa y a diferencia de los artículos analizados con anterioridad que el mandato versa sobre actos con relevancia jurídica, hecho que lo diferencia de otro tipo de contratos civiles.

El artículo 2051 del Código Civil uruguayo (2010) establece que “el mandato es un contrato por el cual una de las partes confiere a otra, que lo acepta, el poder para representarla en la gestión de uno o más negocios por cuenta y riesgo de la primera”. De esta definición se hace énfasis en el verbo representación, el cual ilustra que el mandatario tras aceptar la petición actúa como un procurador del desarrollo del acto jurídico, mas no como un garante de su eficacia per se.

Revisados las distintas definiciones establecidas en las legislaciones mencionadas, puede generarse un concepto partiendo de los aspectos de mayor notoriedad e importancia que se puedan distinguir de los artículos citados, considerándose que:

El mandato no es sino un contrato dentro del cual, un individuo conocido como mandante, encomienda la gestión de un determinado negocio jurídico que corre a su cuenta y perjuicio a otro sujeto llamado mandatario, el cual es escogido en virtud de sus cualidades personales o profesionales y que, tras aceptar la obligación propuesta, adquiere facultades de representación de los intereses del mandante.

1.2.2. Naturaleza del contrato.

Del concepto propuesto, y de la revisión de los aspectos comunes y específicos previstos en las definiciones legislativas y aportes doctrinarios, se estableció que la naturaleza de este contrato es unilateral o bilateral, gratuito u oneroso, principal y consensual, aspectos que serán descritos a continuación.

Unilateralidad y Bilateralidad.

De la revisión del artículo 1455 del Código Civil ecuatoriano (2015), se evidencia que el contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna, sin embargo, frente a la insuficiencia de tal afirmación, se acude a la doctrina de las obligaciones jurídicas.

Para Gómez (2010) la unilateralidad de un contrato implica que, este no cuenta con un sinalagma contractual, es decir, que no existe una bilateralidad perfecta en cuanto a las obligaciones nacidas del acto. De manera que, dependiendo del tipo de negocio jurídico, existirán algunos dentro de los cuales de forma exclusiva se obligará una parte para con la otra, estando esta última sin obligación para con la primera, como es el caso de la donación; mientras que, habrán otros contratos en los que en un inicio se establecerá una obligación bilateral, pero que, en el desarrollo del acto pueden darse condiciones en las cuales la situación original cambie, como en el comodato, en el que habiendo el comodatario utilizado sus recursos para precautelar el cuidado de la cosa, el comodante debe reconocer tales valores.

Es decir, la esencia de la falta de sinalagma contractual radica en el hecho de que las obligaciones nacidas de un contrato no parten de la interdependencia o reciprocidad, pues tienen como característica esta desproporción. Esto se evidencia en el hecho de que el mandatario cumplirá el mandato y, todo beneficio o perjuicio siempre correrá para el mandante exclusivamente.

Por regla general se toma al mandato como un contrato unilateral, pero, a pesar de esto oportunamente Larrea Holguín (2011) establece que es preciso analizar cada caso en concreto, pues al existir una remuneración de por medio, automáticamente la unilateralidad muta en una bilateralidad, esto, debido a que la dinámica de acción contractual cambia, creándose una nueva obligación en beneficio de quien en un principio no obtenía porvenir.

Resulta interesante exponer la posición de los juristas Ospina (2009), quienes discrepan del criterio de Larrea Holguín, ya que, ellos consideran que es un error combinar la clasificación relativa a la unilateralidad o a la bilateralidad de los contratos con la de gratuidad y onerosidad.

Para estos juristas, esto es una confusión, pues el carácter oneroso y gratuito de un contrato se refiere exclusivamente a aquellos aspectos positivos que se reportan a favor de las partes contractuales, existiendo la posibilidad de que un contrato unilateral represente una ganancia para ambos agentes sin que esto necesariamente implique una bilateralidad de obligaciones.

A pesar de esto, puede considerarse más coherente el criterio de Larrea Holguín, ya que, al suponerse un pago se sustituye la visión cooperativista y de beneficio exclusivo para el mandante por una perspectiva donde el mandatario está obligado a cumplir con el mandato, y a su vez, el mandante debe remunerar los servicios del ejecutor de sus

disposiciones, es decir, se crea un sinalagma contractual por estar ambos obligados a cumplir con una determinada disposición recíproca, generando necesariamente una bilateralidad contractual.

Gratuidad y Onerosidad.

Con respecto a la gratuidad y onerosidad, se determina en el artículo 2021 del Código Civil ecuatoriano (2015) que existe gratuidad cuando solo hay beneficio para una de las partes, y existe en cambio onerosidad cuando la utilidad es compartida en equidad.

Es por esto que el contrato de mandato en la legislación ecuatoriana tiene esta dualidad, es decir, puede ser gratuito u oneroso en virtud de lo establecido en el artículo señalado, en el que se dispone que tal negocio jurídico puede fundamentarse en la gratuidad cuando el beneficio sea exclusivo del mandante o, por otro lado, puede basarse en la onerosidad cuando el mandante remunera al mandatario de manera previa o posterior a la ejecución del acto según lo establezcan ellos mismos, la ley, la costumbre o un operador de justicia; existiendo un beneficio mutuo.

Al igual que el Código Civil ecuatoriano, las normas civiles de Chile (Art. 2117), Colombia (Art. 2143) y Uruguay (Art. 2052) consideran al mandato como un contrato que puede ser gratuito u oneroso, brindándoles esta doble naturaleza dependiendo de los términos establecidos por las partes en sus negociaciones precontractuales y, según lo establecido en la ley o tomando en consideración un criterio judicial de ser el caso. Sin embargo, frente a este discernimiento que podría considerarse mayoritario, discrepan el Código Civil de Perú y el Código Civil y Comercial de la nación argentina.

Así, el Código Civil peruano (2015) establece en su artículo 1791 que el mandato por regla general se presume oneroso y que el monto del honorario se fijará en consideración de la ocupación profesional u oficio del mandatario, por los usos comunes o judicialmente. De igual manera, la norma civil argentina (2014) establece en su artículo 1322 que el mandato siempre se supone oneroso, y que, salvo pacto en contrario, se tomará en consideración lo determinado por la ley, la costumbre o un juzgador.

Resulta oportuno resaltar una particularidad encontrada en el caso peruano, en el cual se toma en consideración al mandato como una especie de contrato de prestación de servicios, que, en virtud de lo establecido en sus distintos artículos, está previsto para personas con oficio y profesión, es por esto que, a diferencia de las demás legislaciones estudiadas, permite tomar como referencia para el honorario las bases tarifarias dispuestas por de cada ocupación (Código Civil de Perú, 2015).

Esta cuestión resulta ajena a lo que establece el ordenamiento jurídico ecuatoriano por brindársele una naturaleza distinta al mandato. En principio, si bien es cierto que el artículo 2022 del Código Civil del Ecuador determina que todos los servicios brindados por personas que ostenten un título profesional estarán a lo dispuesto para el contrato materia de estudio, esto no implica que necesariamente se restrinja el mandato a una connotación técnica o profesional. Evidencia de este hecho es que la legislación civil no reconoce la prestación de servicios profesionales, pues estas cuestiones se regulan exclusivamente en el Código del Trabajo.

Principalidad.

Según Navarro (2007), se puede caracterizar a un contrato como principal o aleatorio con base en el objeto que este tiene, es decir, si el acto jurídico tiene por objeto generar una obligación independiente de otras, será principal, por otro lado, si su objetivo es garantizar el cumplimiento de otra obligación, vendría a ser accesorio.

El Código Civil ecuatoriano (2015) hace énfasis en el término suficiencia dentro de su artículo 1458, determinando que el contrato que se tome por principal debe ser suficiente para sí mismo, y, que por lo tanto, no debe tener una relación con otra convención para justificar su existencia.

Frente al criterio legal establecido por el legislador ecuatoriano, Ospina y Ospina (2007) discrepan con respecto a la subsistencia jurídica del contrato, ya que en su criterio, todos los contratos mantienen su eficacia jurídica al establecer de manera oportuna sus obligaciones, mencionando que, únicamente deben tomarse en consideración la principalidad y aleatoriedad de las obligaciones que se generan del negocio jurídico, más no del contrato per se.

Consensualidad.

Como se ha observado, los contratos son actos de naturaleza jurídica que, dependiendo de distintas consideraciones de forma o fondo son clasificados por la doctrina, y, una de estas clasificaciones tiene que ver directamente con la forma en que estos se perfeccionan. El perfeccionamiento es aquella etapa del desarrollo del contrato

dentro de la cual las partes llevan a cabo una acción o conjunto de acciones que tienen por objeto directo concretar los derechos y obligaciones de cada uno dentro del acto, logrando así, dotar de eficacia, existencia y validez jurídica al acto (Etemadi, 2016).

En términos de Navarro (2007), existen tres formas de perfeccionar un contrato; primero, por medio del cumplimiento de formalidades determinadas por la ley; segundo, por medio de la tradición de la cosa sobre la cual versará el negocio jurídico; y, por último, a través del simple acuerdo de voluntades; esto dará como resultado contratos solemnes, reales y consensuales respectivamente.

Ahora bien, como se propuso, el mandato es un contrato consensual en virtud de que, como se reconoce a nivel doctrinario y legislativo, este se perfecciona con la aceptación de la ejecución del negocio por parte del mandatario (Código Civil, 2015). Aporta Larrea Holguín (2011) que la esencia de la consensualidad del mandato civil radica en que, para perfeccionarse, necesariamente debe existir una expresión positiva de ejecutar lo encomendado por parte del mandante, sin embargo, pone en consideración que en una perfección tácita, sin que exista una aceptación, el mandatario ejecuta actos relativos al objeto del contrato.

Similar criterio legislativo se establece en el Código Civil y Comercial de la nación argentina (2014), en el cual se determina que el mandato puede ser expreso o tácito. Para que el contrato se considere tácito debe cumplirse el supuesto de hecho en que una persona, sin habersele constituido como mandatario con anterioridad, efectúa actos relativos al mandato, y, frente a tales acciones, quien percibe el beneficio o perjuicio de sus actos, que en este caso sería el mandante, no hace nada para evitar que estos se concreten. Aquí, la simple ejecución del mandato ya crea la aceptación, y por tanto el nacimiento de la relación jurídica contractual.

1.3 Particularidades del mandato.

Dentro de este apartado del capítulo, se analizarán las disposiciones normativas correspondientes al contrato de mandato comprendidas en el Código Civil ecuatoriano, las cuales se contrastarán con otras normas civiles de Latinoamérica, y, por último, se analizarán disposiciones doctrinarias que aporten al análisis.

1.3.1. Reconocimiento de la existencia del mandato.

Por reconocimiento del mandato, se entienden aquellas disposiciones normativas que establecen las condiciones por las cuales el ordenamiento jurídico reconoce la existencia del contrato.

En la norma civil ecuatoriana se dispone que para que un acto jurídico se reconozca como mandato debe contarse con interés en la realización del objeto del contrato, siendo esto un factor intrínseco. Tal sentido de beneficio debe estar presente, entre el mandante y el mandatario; el mandante o el mandatario en conjunto con un tercero; o, a ambas partes del contrato y un tercero (Código Civil, 2015). Un similar criterio se comparte en la legislación civil de Chile (Art. 2120), Uruguay (Art. 2060) y Colombia (Art. 2146), donde se aceptan las mismas condiciones.

Stitchkin (1950) enfatiza en la importancia de diferenciar tres aspectos que nacen de las condiciones de reconocimiento del mandato. Primero, que el mandatario tendrá interés directo mayoritariamente en el caso del contrato oneroso; segundo, menciona que indistintamente del interés de un tercero en la ejecución del mandato, no se dará una

repercusión jurídica negativa con respecto a la calidad del mandante, pues, aunque usualmente este sea quien tiene un beneficio directo con el cumplimiento de la obligación, su principal función en tal situación es correr con los riesgos del negocio encomendado; y, en tercer lugar, que la posibilidad de que el mandato interese exclusivamente a un tercero depende de cómo regule cada ordenamiento jurídico el reconocimiento de la estipulación a nombre de terceros, pues, a diferencia del caso del Ecuador, en ciertas legislaciones europeas tal posibilidad no se concibe, haciendo imposible que el mandante interponga acción en beneficio del tercero por no tener interés en el negocio jurídico a pesar de ser parte contractual.

1.3.2. El mero consejo y la recomendación de negocio ajeno.

Existen dos aspectos que, aunque tengan que ver con intereses legítimos de las partes contractuales no se reconocen como actos que se enmarquen en las exigencias y denominaciones del mandato. Como se menciona en el artículo 2023 del Código Civil del Ecuador (2015), tanto el mero consejo como la recomendación de negocio ajeno, por su naturaleza, no se constituyen como mandato.

El mero consejo se define como todo negocio con relevancia jurídica que representa interés solo para el mandatario. A simple vista, este es un concepto que puede ser catalogado como escueto, sin embargo, su nombre viene precisamente de una analogía relativa a un consejo dado de buena fe que no genera obligación alguna para quien lo dio. A pesar de esto, si llega a probarse que tal idea se dio de mala fe, entonces se faculta al perjudicado para solicitar judicialmente una indemnización por los daños y perjuicios causados ya que, tal acto se constituiría en un acto doloso (Stitchkin, 1950).

Por otro lado, de la recomendación de negocio ajeno, el Código Civil del Ecuador (2015) en su artículo 2025 determina en términos simples que esta acción generalmente no corresponde a un mandato. Al igual que el mero consejo, la recomendación de negocio ajeno debe interpretarse de manera literal, es decir, se entiende como una situación en la cual una persona propone a otra efectuar determinado acto con relevancia jurídica. Esta proposición se podría considerar como una recomendación por parte del primer sujeto al segundo, sin embargo, a diferencia de una recomendación común y corriente que tiene como objetivo brindar beneficio a quien la recibe, la situación descrita tiene como trasfondo otorgar favor a otro individuo distinto al que recibe la recomendación y ejecuta el acto.

Ambas situaciones causan, de constituirse, perjuicio a quien lleva a cabo los actos en beneficio del tercero, pues, sea por ignorancia o mala fe, este se ha constituido en agente oficioso, que puede obtener o no la ratificación posterior requerida para no cargar con el peso obligacional de sus actos en su propio patrimonio.

Frente al mero consejo, no existe una situación que solucione el perjuicio, pero a manera de solución en el caso de la recomendación de negocio ajeno, el legislador ecuatoriano ha establecido que, en caso de concretarse esta figura jurídica, el perjudicado puede solicitar el reconocimiento judicial de sus actos como un mandato. Para que esto se logre, el operador de justicia observará dentro de un proceso judicial los elementos fácticos del caso y los analizará en conjunto con los medios probatorios presentados por el perjudicado para así, con base en los criterios legales de los que se reviste el mandato, decretar vía sentencia si la recomendación del negocio fue un mandato o no (Código Civil, 2015).

De igual forma, Larrea Holguín (201 1) señala que para la seguridad de las personas, la ley ha establecido que puede solicitarse judicialmente el reconocimiento de

tal recomendación como un mandato, siempre en observancia de los elementos facticos del caso, y es precisamente por eso que afirma que esta figura ha tenido un amplio tratamiento jurisprudencial, dentro del cual, el criterio judicial dominante ha sido el de reconocer la existencia del contrato de mandato siempre y cuando los hechos y el acto jurídico recomendado impliquen, aparte de una gestión de índole jurídica, una situación en la cual se llegue a evidenciar una representación de los derechos o intereses del tercero por parte del recomendado, de lo contrario, siempre se considerará la falta de existencia del negocio jurídico.

1.3.3. La agencia oficiosa dentro del mandato.

Previamente a definir la agencia oficiosa, es preciso mencionar que tal instituto es reconocido por la legislación ecuatoriana como un cuasicontrato.

Para Parraguez (2000), el cuasicontrato constituye un hecho unilateral y voluntario revestido de licitud que genera obligaciones. Su diferencia con un contrato es que el segundo es catalogado como un acto, el cual constituye un conjunto de acciones humanas conscientes que tienen por objeto ocasionar efectos jurídicos específicos; en cambio el hecho por su parte, cuando es un acto humano, no necesariamente tiene intención de tener relevancia jurídica pero indiscutiblemente sus efectos tienen tal calidad (como es el caso de la muerte, que ocurre por causas naturales y no voluntariamente), y, también pueden ocurrir por el simple imperio de la ley (como es el caso de la sociedad conyugal disuelta, en la cual quienes formaban parte de ésta, ahora serán comuneros con respecto a la propiedad de los bienes que la constituían).

Por lo tanto, la agencia oficiosa no es sino un hecho unilateral y voluntario que tiene relevancia jurídica y se ejecuta a favor de otro individuo que no ha consentido en un principio en tal actuación, pero que, con posterioridad, puede ratificar tal hecho a su favor y asumir las obligaciones contraídas (Larrea, 2011).

Ahora bien, es importante mencionar que la figura de la agencia oficiosa tiene una directa relación con el contrato de mandato, ya que, como se reconoce en la norma civil ecuatoriana dentro de su artículo 2026, suponiéndose un contrato de mandato correctamente constituido o en caso de que este sea nulo, todas las acciones que se caractericen por partir de la buena fe, o que, por una necesidad inminente e inevitable el mandatario tenga que actuar extralimitando sus funciones permitidas, lo constituirá como un agente oficioso (Código Civil, 2015).

Desde los aportes del derecho comparado, se puede observar que existen distintos criterios para tratar principalmente la extralimitación de las funciones dentro del mandato. Por su parte, Chile (Art. 2122) y Colombia (Art. 2148) comparten el criterio del legislador ecuatoriano de constituir al mandatario en agente oficioso en casos de buena fe en un mandato nulo o extralimitación de funciones a favor del mandante, sin embargo, existen otros criterios según los cuales se prefiere dejar de lado la opción de constituir el cuasicontrato por parte del mandatario.

El Código Civil uruguayo (2010) establece de forma expresa en su artículo 2057 que no existe posibilidad para el mandatario de actuar más allá de lo que el contrato le faculta, a pesar de esto, y sin desconocer la posibilidad de que se tengan que efectuar acciones fuera de las dispuestas en el mandato para beneficiar el negocio jurídico, establece que tales actos efectuados a favor del contrato se tomarán como parte de este, eliminando así la posibilidad de constituir una agencia oficiosa, y acumulando de cierta forma todo en el contrato de mandato.

En el Código Civil peruano (2015), en su artículo 1820 se dispone que en caso de que existan actuaciones posteriores a favor del mandante tras la extinción del contrato, estas serán válidas y se adjudicarán al negocio original. De su redacción, se observa que la norma citada alude a la obligatoriedad del profesional de prestar la debida diligencia a sus actividades en favor de quienes deciden contratar sus servicios, esto, debido a que el mandato tiene la naturaleza de prestación de servicios profesionales en este país.

Por último, el Código Civil y Comercial de la nación argentina (2014) en su artículo 1324 literal b, al contrario de los otros cuerpos normativos referenciados, establece que, en caso de que el mandatario se encuentre en una situación en la cual notoriamente debe extralimitar sus funciones, debe obligatoriamente solicitar instrucciones al mandante, quien, establecerá de su voluntad nuevas disposiciones o se ratificará en las originales.

A pesar de esto, en la misma norma, de forma oscura establece la obligación del mandatario de aplicar medidas de urgencia, lo cual resultaría contradictorio con lo anteriormente descrito ya que lo obliga a algo que sería inejecutable sin la instrucción y aceptación previa de la otra parte; de todas maneras, no prevé la posibilidad de constituir un cuasicontrato.

Frente a esta dualidad de posturas, tomando en consideración la seguridad de las partes en el contrato, se destaca por su coherencia el criterio de Navarro (2007), quien enfatiza en el hecho de que, indistintamente de la posibilidad existente en las legislaciones a favor de que el mandatario actúe en calidad de agente oficioso, la extralimitación necesariamente implica un perjuicio de responsabilidad para este último por motivo de haber incumplido el contenido del contrato, hecho que, resulta tangible en el supuesto de que el mandante no se ratifique en las actuaciones unilaterales.

1.3.4. Las obligaciones y prohibiciones del mandante y el mandatario.

La obligación es una institución jurídica de vital importancia y trascendencia, pues, esta tiene una relación directa con elementos esenciales que ayudan a comprender la operatividad de un contrato. Y puede definirse como un vínculo de naturaleza jurídica entre un número determinado de individuos que se distinguen por tener calidad activa o pasiva, y que tiene por objeto, la potestad de exigir que se entregue una cosa o se ejecute o no una acción en concreto por parte de los sujetos descritos respectivamente (Parraguez, 2000).

Por lo tanto, al referirse a las obligaciones presentes dentro del contrato de mandato, se hace énfasis en aquellos aspectos que deben cumplir las partes en el ejercicio de su papel contractual. El Código Civil ecuatoriano (2015) dispone dentro de un capítulo específico las obligaciones que tiene el mandante, las cuales se exponen a continuación:

1. Otorgar al mandatario de todo lo que requiera para el cumplimiento de lo solicitado.
2. Restituir todo gasto en el que incurrió el mandante para ejecutar el contrato.
3. Cancelar el honorario acordado o común.
4. Pagar toda anticipación pecuniaria con intereses.
5. Indemnizar al mandatario en caso de haber este sufrido perjuicio por pedidas a causa de la ejecución del contrato.

En el artículo 2059 del Código Civil ecuatoriano (2015) se establece como única obligación del mandatario rendir cuentas de la ejecución del negocio jurídico encomendado lo que, inminentemente, lleva a una reflexión relativa a que el motivo de no se establecer obligaciones como tal para el mandatario radica en que se enfatiza su

naturaleza unilateral, estando, por tanto, el mandatario libre de obligación contractual más que la de ejecutar lo solicitado.

A pesar de esto, lo que si se reconoce en nuestra legislación son facultades del mandatario, las cuales, tienen una directa relación con sus actuaciones dentro de la gestión del negocio que se le ha encomendado. Estas facultades se califican como generales, ya que reviste al mandatario de capacidades relativas a la administración, dentro de las cuales, de forma taxativa se determinan efectuar actos de crédito, iniciar acciones judiciales con respecto a la obligación o cosa encomendada por parte del mandante, y, contratar servicios o efectuar compraventas necesarias para el cuidado o ejecución de lo solicitado; instituyendo que, para cualquier actuación que no se comprenda en las cuestiones previamente señaladas se necesitará mayor especificidad en sus funciones, lo cual se logra ampliando el contrato a través de otras cláusulas (Código Civil, 2015).

Al establecerse categóricamente las facultades de acción del mandatario, se entiende, por tanto, que toda acción que vaya más allá de lo previsto desnaturalizaría el objeto del contrato (Art. 2037 Código Civil del Ecuador), y que, los términos originales para ejecutarlo se verían extralimitados, haciendo necesario por tanto un análisis fáctico y jurídico que ayude a evidenciar el nivel de afectación que causó al contrato, con el objetivo de delimitar responsabilidad y verificar si se consuma una agencia oficiosa. Si bien se reconoce que el mandatario debe actuar en los términos más convenientes y favorables para cumplir con lo solicitado (Art. 2038 Código Civil del Ecuador), según como se redacta la ley, se da a entender que tal posibilidad no implica una alteración del objeto de contrato y, es por esto que se establece una prohibición expresa de actuar notoriamente en contra del espíritu del contrato y su objeto o, de igual manera inobservar determinados actos que por disposición legal pueden necesitar cláusulas de naturaleza especial (Código Civil, 2015).

Con respecto a lo previsto en otras legislaciones, como se ha venido observando, la legislación chilena y colombiana mantienen un criterio legislativo idéntico al del Ecuador, apreciándose esta falta de especificidad con respecto a las obligaciones del mandatario dentro del contrato, y en su ausencia, implementando una determinación del tipo de facultades que esta parte contractual tiene en función a la gestión del negocio jurídico concreto, y, estableciendo de forma clara cuáles son las obligaciones del mandante.

El Código Civil uruguayo (2010) por su parte, comparte el mismo criterio que los países anteriormente mencionados, sin embargo, a diferencia con respecto a las otras legislaciones es que a estas facultades de acción del mandatario se las caracteriza directamente como obligaciones, en las que se toman en consideración primordialmente los actos necesarios para el crédito y la compraventa de insumos necesarios para cumplir con el mandato y la rendición de cuentas; y adicionalmente, añadiendo a estos deberes jurídicos aquellos relativos a la delegación del mandato, el cumplimiento del contrato, la responsabilidad por culpa, dolo y negligencia y la prevención del conflicto de intereses.

Por otro lado, siguiendo la línea de Uruguay de establecer en una sección específica las obligaciones del mandatario, se analiza el caso de la legislación de Argentina y Perú, en las que se considera establecer un criterio diferenciador para el contenido de esta sección, toman como más pertinente tratar como puntos aparte la cuestión relativa a las facultades de gestión del negocio para desarrollar apartados exclusivos sobre obligaciones contractuales.

En la legislación argentina, se toman en cuenta aspectos tales como el cumplimiento del mandato, la prevención de conflictos de intereses, el resguardo de información delicada sobre el contrato, la rendición de cuentas, solicitar directrices del mandante con respecto a posibles extralimitaciones y la exigencia al mandante de los

recursos necesarios para el cumplimiento de la obligación (Código Civil y Comercial de la nación argentina, 2014).

Con respecto a la normativa de Perú, es preciso mencionar que esta legislación brinda un menor énfasis en las obligaciones contractuales del mandatario ya que solo reconoce la práctica personal de los actos de gestión del contrato por parte del mandatario, comunicar la ejecución del negocio oportunamente y la rendición de cuentas, aspectos que, si bien se toman en cuenta por otros ordenamientos jurídicos, resultan notoriamente menores a los otros dos criterios legislativos estudiados (Código Civil del Perú, 2015).

Con respecto a la doctrina, para Rojina (2001), exponiendo una postura neutral, considera que indistintamente de cuál sea el criterio legislativo que se tome en consideración para detallar las obligaciones en este tipo de contrato, generalmente los deberes jurídicos que ostenta el mandatario son:

1. La ejecución personal del negocio jurídico, salvo casos excepcionales.
2. Cumplir con la obligación en los términos previstos por el mandatario, observando que criterio legal que debe seguirse frente a la extralimitación de funciones.
3. Rendir cuentas de la gestión del negocio encomendado oportunamente.
4. Responder en caso de culpa, dolo o negligencia en el cumplimiento de la obligación con sujeción a la normativa legal.

Por su parte Stitchkin (1950), reconociendo la falta de especificidad y confusión que puede resultar de la revisión de la normativa civil en el caso de los países que mantienen el criterio legislativo de no detallar las obligaciones del mandatario (Ecuador, Chile y Colombia en términos de la presente investigación), considera oportuno determinar tales deberes jurídicos partiendo del análisis e interpretación de principios contractuales generales, como lo son, por una parte, el principio de *pacta sunt servanda*,

y, por otro lado, el de que el contratado está obligado a todo aquello que por la naturaleza del contrato celebrado deba ejecutarse, concluyendo que, las obligaciones del mandatario se reducen a ejecutar el encargo encomendado de forma diligente y rendir cuentas de lo hecho al mandante.

Por último, Larrea Holguín (2011), exponiendo una posición objetiva, menciona que en vista de la falta de detalle en la ley, la forma más idónea para establecer las obligaciones del mandatario es hacer una revisión de criterios jurisprudenciales, por lo que, tomando en consideración lo determinado por tribunales de Latinoamérica y Europa, considera que los deberes jurídicos del mandatario se circunscriben a cumplir con el encargo solicitado, no abandonar sin justificación su encargo, informar del desarrollo y gestión del negocio al mandante, rendir cuentas, y entregar lo que le corresponde al mandatario.

Por otra parte, como se explicó con anterioridad, las obligaciones comprenden el hacer o no hacer determinada acción, o a su vez, dar determinada cosa, por lo que, se entiende que una prohibición es una obligación de abstenerse de efectuar determinada acción durante el desarrollo de una relación contractual e, incluso, posteriormente, dependiendo de las condiciones fácticas de cada caso. En consecuencia, al referirnos a las prohibiciones de las partes en el mandato, se hace alusión a todo aquello que las partes deben abstenerse de hacer mientras dure la relación contractual, según lo determinado en la ley.

Resulta preciso mencionar que, de los ordenamientos jurídicos elegidos para el desarrollo de la presente investigación, se puede evidenciar que existe una tendencia en no establecer un apartado específico para detallar las prohibiciones de ninguna de las partes que intervienen en el mandato, sino que, al contrario, se pueden encontrar tales obligaciones de forma dispersa en el desarrollo de los artículos que componen los

distintos capítulos que tratan al contrato, y, en otros casos, no se determinan en la norma, dando a entender que las prohibiciones corresponden a toda acción contraria a los deberes jurídicos del mandante y el mandatario.

Principalmente, como se dispone en los artículos 2040, 2043, 2048 de la norma civil ecuatoriana, en el caso del mandatario se toma en consideración la prohibición de efectuar donaciones a nombre del mandante, delegar el mandato sin autorización, comprar la cosa encomendada para ser vendida en primer lugar, efectuar cualquier acción que cause perjuicio al mandante (Código Civil, 2015).

1.3.5. Relación entre el mandato y la representación.

Se entiende por representación aquella situación en la cual un individuo conocido como representante realiza determinados actos jurídicamente relevantes a nombre del porvenir e interés de otro llamado representado, por lo que, tales actos comprometerán legalmente al segundo como si este los hubiera realizado personalmente (Alterini, 1999).

El Código Civil del Ecuador (2015), concuerda con la definición anteriormente propuesta añadiendo, adicionalmente, la distinción de que este instituto puede tener su origen en dos factores distintos, primero, por medio de una obligatoriedad establecida legalmente, como es el caso de los progenitores con respecto a sus hijos; y, por otro lado, tras haberse efectuado una expresa autorización por parte del representado.

Como lo afirma Navarro (2007), existen dos puntos de vista en cuanto a cómo tratar el contrato de mandato, los cuales, parten desde sus elementos. En el Código Civil Napoleónico, el mandato es un tipo de negocio jurídico que necesariamente se efectúa en

representación de quien encomienda el cumplimiento de la obligación, pasando a ser así este instituto como un elemento esencial del contrato materia de estudio; sin embargo, para las legislaciones civiles influenciadas por el trabajo de don Andrés Bello, esta particularidad es distinta, ya que, tal institución se considera como un elemento de la naturaleza del contrato lo cual, necesariamente, trae efectos jurídicos distintos, pues, dependiendo de cada caso, el mandato será representativo o no.

Frente a tal realidad, juristas provenientes de legislaciones con escuela civil de Bello han desarrollado doctrinariamente una pugna con respecto a la existencia de un vínculo cierto entre el contrato de mandato y la representación, en la que algunos mencionan que no se concibe tal negocio jurídico sin representación; y, por otro lado, otros afirman que si puede existir tal situación partiendo de los elementos del contrato.

Aquellos que no reconocen una desvinculación entre representación y mandato, mencionan que indistintamente de establecerse la posibilidad de que el mandatario actúe en determinadas situaciones por su cuenta, es decir, sin que se vincule o se obligue al mandatario como es el caso en que este contrata a su propio nombre para ejecutar el mandato, no se desmerece la intención de favorecer al mandante y sus intereses, y es por esto que de no existir una verdadera representación de por medio, el negocio jurídico degeneraría en otro tipo de contrato en el cual se actúa a nombre de otro pero a partir de negocio propio, como es el caso de la comisión mercantil, es decir, en esta tesis la representación es un elemento esencial (Larrea, 2011).

Por otra parte, quienes reconocen que la representación y el mandato son independientes de sí mismas, respaldan su posición en dos argumentos que pueden ser considerados como positivistas; en primero lugar, mencionan que para considerarse a la representación como un elemento esencial del contrato de mandato, esta debe disponerse expresamente en la ley; y, en segundo lugar, parte del análisis de que la representación,

se concibe en la norma civil como una institución distinta e independiente a los actos y contratos, que si bien tienen un efecto directo en su ejecución, no necesariamente son elementos *sine que non* para su formación, hecho que se evidencia con mayor fuerza precisamente en la no vinculación jurídica del mandante en caso de que el mandatario contrate a su nombre, acto que se encuentra desprovisto de la representación (Stitchkin, 1950).

Ahora bien, con respecto a la ley, existe una divergencia de criterios sobre la representación en el mandato, pues, hay varios cuerpos legales que respaldan esta idea determinándola en su desarrollo o aceptando que es un elemento esencial del mandato, y, de igual manera, existen casos en los cuales no se dispone de forma expresa en los artículos que componen al mandato, estableciendo confusión sobre si la representación se sobrentiende salvo en determinadas circunstancias como es el caso del Ecuador, Chile y Colombia.

A diferencia de los países que optaron por el último criterio mencionado, para el Código Civil de Uruguay (2010) la representación es una cuestión inherente a este tipo de contrato, pues, de forma expresa menciona que en tal acto jurídico el mandante encomienda su representación en la concreción de determinado negocio de su interés, es decir, se da a entender que el celebrar este contrato va más allá de una simple gestión, pues necesariamente están inmersos sus intereses legítimos, y se reconoce que todo acto que el mandatario efectúe tendrá efectos jurídicos directos para su representado.

Por su parte el Código Civil y Comercial argentino (2014), determina que la representación no se presume y debe otorgarse de forma expresa por parte del representado pues de lo contrario, los actos que se efectúan bajo la consideración de que se hace en representación, serán nulos por estar viciados en cuanto al consentimiento; pero también, existe el mandato no representativo, en el cual, de manera explícita el

mandante no otorga representación por lo que, todo acto que efectúe el mandatario correrá por su cuenta y perjuicio pero con base en el interés del mandante, estableciéndose como solución la figura de la subrogación, en la cual el mandante puede subrogarse en las acciones que tiene el mandatario contra el tercero.

1.3.6. Terminación del mandato.

Naturalmente, al igual que todos otros contratos, el mandato tiene un tiempo de vida o duración que se determina o bien por las partes que intervienen en el contrato o por causas determinadas legalmente. En el Código Civil del Ecuador (2015) se dispone en su artículo 2067 que el mandato terminará por las siguientes causas:

1. Cumplimiento del negocio encomendado.
2. Por haber expirado el término para realizarse el negocio o por haberse concretado la condición fijada con anterioridad para darse por terminado el contrato.
3. Por revocación hecha por parte del mandante.
4. Por renuncia del mandatario.
5. Por muerte de cualquiera de las partes.
6. Por haber quebrado o haberse declarado en insolvencia a cualquiera de las partes.
7. Por haberse declarado la interdicción de cualquiera de las partes.
8. Por haber cesado las funciones del mandante, en caso de que se haya celebrado el mandato en consideración a estas.

Estas mismas causas son tomadas como base para el caso de Chile, Colombia y Uruguay, países donde se evidencia una diferencia legislativa por haber derogado algunos de estos elementos.

En contraste con estas legislaciones, la ley civil y mercantil argentina (2014) reduce las causales de terminación circunscribiendo tales situaciones al cumplimiento de la obligación, la renuncia, la revocación, la muerte y haberse expirado el término de cumplimiento o habiéndose cumplido la condición de terminación; y, por su parte, el Código Civil peruano (2015) que toma en cuenta la ejecución del negocio, la culminación del plazo de tiempo para cumplirse la obligación, la muerte, la interdicción o inhabilidad, pero, en este caso, se toma en cuenta exclusivamente al mandatario.

1.4 Tipos de mandato.

Como último punto del presente capítulo, se expondrá la clasificación doctrinaria que engloba al contrato objeto de estudio, el cual parte de acuerdo con cómo se establece en la ley. Un ejemplo de este criterio lo comparte Rafael Rojina (2001), quien, con base en lo dispuesto en la legislación privada mexicana y los elementos del mandato, propone que este puede clasificarse como civil, mercantil o judicial, representativo o no representativo y general o especial. Larrea Holguín (2011), acota desde el punto de vista del Código Civil ecuatoriano las clasificaciones de simple o plural, directo e indirecto y oral, escrito o tácito.

1. Civil, mercantil o judicial: Esta primera clasificación es relativa a la naturaleza del negocio jurídico que se encomienda llevar a cabo. Si la gestión encomendada se liga a instituciones civiles o mercantiles se tratará al mandato de tal forma, y, si se encomienda al mandatario a comparecer a juicio en calidad de actor o demandado a nombre del mandante se tomará al mandato por judicial.

2. Representativo o no representativo: Como lo menciona su nombre, esta distinción aplica dependiendo de si el mandatario cuenta con la facultad de representación de los intereses del mandatario o no la ostenta.

3. General o especial: Esta distinción implica la especificidad del mandato, pues, como se determina en los artículos 2036 y 2037 del Código Civil ecuatoriano, el mandatario tiene una facultad de acción establecida detalladamente, por lo que debe ceñir el cumplimiento del contrato en tales términos, ya que, en caso de actuar fuera de estos límites legales necesariamente se desnaturalizará el contrato y se configurará una agencia oficiosa que deberá ratificarse para no perjudicar al mandatario (Código Civil, 2015).

En virtud de tal hecho, la propia normativa establece que dentro de la estructura contractual, podrán incluirse dos tipos de cláusulas; o bien una que faculte al mandatario a concretar actos que salgan de las facultades comunes del mandatario, las cuales nacen de la libertad de estipulación contractual; o bien una conocida como especial, la cual la ley obliga a establecer en caso de que se pretenda incurrir en actos específicos como transigir, comprometer o deferir un juramento judicialmente (Código Civil, 2015).

Por lo tanto, un mandato será general cuando las facultades del mandatario no sobrepasen las establecidas legalmente, y, será especial cuando el mandato cuente con cláusulas accidentales o especiales.

4. Simple o plural: Generalmente, el mandato se da entre un mandante y un mandatario, sin embargo, dentro de las posibilidades determinadas para este contrato, la ley prevé la posibilidad de que exista una diversidad de sujetos contractuales, sea de mandantes o de mandatarios, entendiéndose que, el mandato será simple cuando existan solo dos partes en el contrato, y, que será plural en caso de que existan varias partes (Código Civil, 2015).

5. Directo e indirecto: Este criterio de clasificación se relaciona con la facultad de “delegar el mandato” pues dentro de sus potestades, el mandatario puede encomendar a otras personas el cumplimiento de sus obligaciones, teniendo un vínculo directo con la representación.

Es así como se entiende que un mandato es directo cuando exclusivamente quien efectúa el negocio encomendado es el mandatario, y, es indirecto cuando el mandatario tiene esta facultad de delegación.

CAPÍTULO II: La procuración judicial.

2.1 Antecedentes históricos de la procuración judicial: El caso ecuatoriano.

La procuración judicial, al igual que otras instituciones jurídicas de carácter procesal, tiene su más remota raíz en la *procura* romana, la cual, como se vio en el primer capítulo, prácticamente fue una transmisión de derechos sobre una obligación de crédito, y, consecuentemente, de los derechos litigiosos que nacían de esta cesión por parte de un procurante que los ostentaba inicialmente a otro sujeto llamado *procurator ad litem*.

Como menciona Ovalle (2016), a lo largo del desarrollo jurídico en el antiguo ordenamiento jurídico de Roma, la *procura* se concretó como una distinción especial para quien comparecía a juicio, creándose así un íntimo vínculo de relación entre esta figura y la profesión jurídica enfocada al litigio, detallándose así, la diferencia entre el *procurator*, que era quien representaba a un individuo en juicio; y, el *advocatus*, que era quien apoyaba al litigante y, a su vez, exponía por medio de escritos sus motivos para defender a otra persona.

A pesar de que el imperio romano había llegado su fin para el año 476, y que su producción cultural fue omitida e inobservada durante la edad media debido a la fuerte influencia teocéntrica de aquella etapa histórica, para la llegada del renacimiento, vuelven a ser tomados en cuenta ciertos aspectos de la Roma antigua dentro de las sociedades de aquel entonces, entre los cuales, el derecho es uno de los aspectos de mayor influencia para ciertos países de la Europa occidental, donde, gracias al estudio de la legislación romana en las universidades de aquel entonces, los institutos jurídicos romanos se

empiezan a tomar como referente directo para estructurar y mejorar la normativa de aquella época.

Destaca principalmente, para efectos de esta investigación el documento legal conocido como las Siete Partidas, elaborado por Alfonso X, rey de la corona de Castilla, actual España. Esta normativa tuvo relación directa con el derecho romano por haberse fundamentado su autor en la legislación justiniana y, es relevante para el derecho ecuatoriano en virtud de que fue una de las fuentes directas del derecho de indias aplicado por los conquistadores ibéricos en la América hispana, y más concretamente, en el territorio ecuatoriano hasta la etapa republicana, en la que la producción jurídica propia comienza su desarrollo (Serrano, 2002).

Dentro del documento, específicamente en la tercera partida, se desarrollan de forma exhaustiva un conjunto de normas de carácter adjetivo, tanto para las personas naturales que sometían sus controversias a terceros para su resolución, como para los operadores de justicia y demás funcionarios públicos que aportaban a la realización de la justicia. En dicha partida se disponían la figura del *personero*, que se define como aquel individuo que por mandato de otro realiza determinada acción litigiosa, previéndose así la representación judicial y, estableciéndose como único requisito ser mayor de veinte y cinco años y no estar sujeto a otro mandato (Alfonso X, 1284).

Igualmente, en observancia con la tradición romana antigua, además del *personero*, la tercera partida reconoció la figura del abogado (también conocido como *vocero*), que se define como aquel sujeto que en juicio defiende y razona los derechos de otros sujetos, estableciendo como requisitos ser hombre, no estar vinculado a la curia, ser mayor de veinte y cinco años, tener conocimiento de la costumbre jurídica del lugar y no adolecer de discapacidad auditiva ni afectación mental. El abogado no actuaba

directamente como *personero*, pero se entendió que el abogado era contratado por este para encaminar sus necesidades litigiosas (Alfonso X, 1284).

Pasada la colonia y llegada la etapa republicana del Ecuador, se promulga en el año 1831 la primera norma de carácter procesal llamada Ley de Procedimiento Civil, la cual sería modificada y reformada hasta el año de 1863 y, no es sino hasta el año de 1869 en que, con el objetivo de corregir todos los errores legislativos de la normativa procesal, se emite el Código de Enjuiciamiento en materia Civil, el cual tendría una fuerte influencia de la normativa procesal española, argentina y peruana (Mejía, 2017).

Sin embargo, y como se describe por parte de la Asamblea Nacional del Ecuador (2015) en el apartado primero de la exposición de motivos para la promulgación del actual Código Orgánico General de Procesos, la historia jurídica del Ecuador considera y, considerará para la posteridad, al Código de Enjuiciamiento en materia Civil como la primera norma en dar una verdadera forma al derecho procesal ecuatoriano. Este cuerpo normativo se dividió en dos secciones; la primera, una sección dedicada a explicar la jurisdicción, los fueros, las funciones de los jueces y demás funcionarios públicos ligados a la administración de justicia en conjunto con las partes procesales, entre las cuales se nombra a los procuradores judiciales; y, la segunda sección, que desarrolla los procedimientos y sus distintas etapas.

Posteriormente, para el año de 1938 se promulga una nueva norma procesal llamada Código de Procedimiento Civil, que se mantuvo en vigencia hasta el año 2016 (Mejía, 2017). Esta ley, al igual que su predecesora, se dividió en dos libros, el primero para tratar temas de jurisdicción, fueros, operadores de justicia y partes procesales; y, el segundo para tratar los procedimientos y sus reglas.

Para este punto, la institución de la procuración judicial se desarrolló en el Ecuador hasta alcanzar el nivel de complejidad que se evidenció hasta la última reforma del Código de Procedimiento Civil que fue promulgada en el año 2005. Aquí, la procuración judicial se conceptualizaba en el artículo 38 como un mandato de naturaleza judicial que se otorgaba por cualquiera de las partes procesales a un profesional del derecho que no tuviera un impedimento legal para ejercer el cargo, y con el objetivo de que este comparezca a juicio en representación de sus derechos e intereses (Código de Procedimiento Civil, 2005).

Parte crucial de esta institución es la legitimación en proceso y en causa. Ambos conceptos son definidos por el profesor Guarderas (2017), quien menciona que la primera, es la facultad de carácter procesal que permite a determinado individuo comparecer a un juicio oportunamente; y, por lo tanto, actuar igualmente con plena capacidad; y, la segunda, consiste en ser la persona que legalmente tiene la facultad de dar inicio o dar contestación a un libelo y plantear excepciones por motivo de que es parte indiscutible de la relación jurídica procesal nacida del planteamiento de los actos de proposición.

Es así como, generalmente, los procuradores deben en su primera actuación procesal justificar su capacidad para comparecer a juicio, es decir, brindar justificación de su legitimación en proceso, sin embargo, la ley permitía a los juzgadores otorgar un tiempo de hasta 15 días para presentar su mandato judicial, sin perjuicio de que de no cumplir tal término existía una multa por comparecer en calidad de falso procurador (Código de Procedimiento Civil, 2005).

Como obligaciones, el Código de Procedimiento Civil (2005) en su artículo 43 establecía que el procurador debía justificar su legitimación en proceso, cumplir de forma estricta lo solicitado por su procurante, tener al día todos los documentos requeridos para la defensa técnica, mantener informado al procurante del estado de la causa, presentar y

practicar oportunamente los medios probatorios en las etapas procesales respectivas, guardar secreto profesional, cubrir las cosas judiciales, interponer de forma oportuna recursos horizontales o verticales y cumplir con el mandato salvo renuncia, revocatoria o cambio de procurador.

A pesar de brindársele facultades amplias de representación, la norma adjetiva en su artículo 44 obligaba a que el procurador cuente con cláusulas especiales para efectuar determinados actos, los cuales debían constar dentro de su mandato judicial. Entre las cláusulas especiales solicitadas se tomaban en consideración aquellas que servían al procurador para transigir, someter la causa a arbitraje, desistir del litigio, absolver posiciones, deferir un juramento decisorio y recibir o tomar posesión de la cosa materia del libelo (Código de Procedimiento Civil, 2005).

Por revocatoria se entiende aquella acción que tiene por objeto dejar sin efecto un acto de naturaleza jurídica que comprende una declaración de voluntad (Cabanelas, 1993). De la definición descrita, se puede comprender que el mandato puede ser sujeto de revocatoria y, por lo tanto, de igual manera puede revocarse una procuración judicial; es por esto que se previeron en el Código de Procedimiento Civil (2005) situaciones específicas para tratar tal acto, estableciendo que para que este surta efecto en un juicio en curso, debe el procurante comparecer personalmente o por medio de otro profesional que otorgue un poder para comparecer y denote expresamente la revocatoria en un nuevo mandato judicial.

En este punto cabe aclarar una distinción establecida por la ley; en la norma adjetiva se menciona la figura del procurador común (Art. 52) la cual, si bien en un principio puede parecer que tiene relación con la procuración judicial, su esencia es distinta. De la interpretación literal de la ley, se puede concluir que el procurador común, es un individuo que es escogido entre dos o más actores o demandados cuyos derechos y

excepciones sean equivalentes, esto, por motivo de una obligación constituida a través de providencia judicial (Código de Procedimiento Civil, 2005).

Es decir, a diferencia de la procuración judicial, el procurador común no necesariamente debe ser profesional del derecho y, no es necesaria formalidad alguna para instituirse como tal, y, aunque ambos ostenten la legitimación en proceso, solo el procurador común tiene la legitimación en la causa por ser sujeto procesal.

Por último, la otrora normativa adjetiva, el Código de Procedimiento Civil (2005) estableció como formas de terminación de la procuración judicial aquella que determine la ley, es decir, no se establecieron causas taxativamente, tomando en consideración aquellas que constaban en otros artículos de la norma como son la renuncia (Art. 50), la revocatoria (Art. 52) y la caducidad (Art. 54); y, por lo tanto, se entiende que de igual forma esta disposición abrió la posibilidad de que se tomen en cuenta las causas de terminación del contrato de mandato dispuestas en el Código Civil. En este punto, cabe mencionar que la muerte no fue una causa válida de terminación, en virtud de que, constaba en la ley que, en caso de fallecimiento del procurante, el procurador tendría que seguir ostentando la gestión técnica de la causa a nombre de los herederos o hasta que estos comparezcan personalmente.

A manera de conclusión, se puede determinar que, a lo largo del desarrollo de la institución de la procuración judicial en la historia del ordenamiento jurídico ecuatoriano, esta figura se caracterizó con base en lo determinado a continuación:

1. Como estuvo redactada la norma procesal en el Código de Procedimiento Civil, se da a entender que el procurador judicial actúa en calidad de mandatario, por lo que se entendían válidas las disposiciones normativas previstas en el Código Civil para el

contrato de mandato para tratar la relación surgida entre el poderdante y el gestor de la defensa jurídica.

2. Innegablemente, la procuración judicial se comprendió en el Código de Procedimiento Civil como un mandato especial y, es por esto que, en caso de faltar disposiciones normativas relacionadas con su interpretación o alcance, la norma procesal establecía que la norma civil relativa al contrato mencionado debía consultarse. Sin embargo, a pesar de haberse mantenido esta estrecha relación, en el desarrollo de la normativa civil no se distinguió la naturaleza de esta gestión judicial encomendada y, por lo tanto, se obligó a que esta distinción se desarrolle a partir de otras fuentes del derecho, de las cuales fue principalmente la doctrinaria la que llega a brindar aportes ciertos que aproximan la naturaleza real de la procuración judicial con base en el análisis de la operatividad jurídica de esta institución en el ámbito judicial.
3. Indistintamente de la naturaleza consensual del mandato y su forma de perfeccionarse según el Código Civil, la ley adjetiva ecuatoriana estableció en aquel entonces que la procuración judicial debía ostentar formalidades para concretar su perfección, esto en virtud de que el poder de representación se otorgaba por medio de escritura pública ante notario o por medio de un documento reconocido por el juzgador que conoció la causa (Código de Procedimiento Civil, 2005).
4. En caso de la procuración judicial, la justificación de la legitimación procesal es de crucial importancia, pues, por una parte el procurador tiene la obligación legal de presentar la escritura pública que constituye el mandato judicial, y, por otra, porque en caso de incumplir con tal disposición se lo calificaría de falso procurador bajo

cualquier circunstancia, hecho que conllevaba una penalidad pecuniaria para el abogado a favor de la parte perjudicada y del fisco (Código de Procedimiento Civil, 2005).

2.2 Concepto y características.

2.2.1 Definición y naturaleza de la procuración judicial.

Como regla general, salvo por la existencia de una prueba en contrario, todas las personas naturales y jurídicas pueden comparecer a juicio sin inconvenientes. Para poder hacerlo, estos individuos deben contar con legitimación de personería y de causa, institutos legales que, como se analizó en líneas anteriores, son aquellos que, primeramente, los faculta para comparecer de manera oportuna a las actuaciones judiciales; y, en segundo lugar, los determina en calidad de legítimos contradictores por ser parte de la relación jurídica procesal respectivamente.

A pesar de esto, la ley adjetiva, con observancia de las posibilidades previstas en las otras ramas de la disciplina jurídica y los pormenores de la realidad que pueden comprometer a los sujetos procesales y sus necesidades, no restringe que estos sujetos puedan acudir a otros individuos para que, a través de la figura jurídica pertinente, comparezcan al proceso en sus distintas etapas y diligencias procesales en representación de sus derechos e intereses. Tal elemento legal se conoce en el derecho procesal por el nombre de procuración judicial. Dependiendo de cada ordenamiento jurídico, esta

institución procesal puede tener distintos nombres, entre los cuales destacan, el mandato judicial, la representación judicial y el poder judicial.

En este punto cabe destacar el aporte que proporciona el profesor Echandía (2019), quien menciona que esta facultad de aceptar un mandato judicial es exclusiva para los abogados y se origina en el Derecho a la Postulación. Este derecho consiste en la capacidad que tienen las personas con conocimientos y certificación en las disciplinas jurídicas para comparecer a juicio de cualquier naturaleza en representación propia o de otra persona, y, consecuentemente, se desprende de este derecho la posibilidad de que estos estén en capacidad de aceptar la gestión de una procuración judicial.

El mismo autor añade que, la opción por la que optan la mayoría de los ordenamientos jurídicos es la de reducir esta posibilidad de comparecer a juicio en representación de las partes procesales solo para abogados; esto es así por dos motivos: primero, para regular el ejercicio de las disciplinas jurídicas enfocadas al litigio, y, segundo, para otorgar la garantía a las personas, de que recibirán asistencia técnica jurídica de parte quien representará sus derechos e intereses a lo largo del desarrollo de un procedimiento judicial, esto, por ser una disposición mandatoria consagrada como parte del derecho a la defensa y el debido proceso (Echandía, 2019).

Se evidencia la existencia de este derecho mayoritariamente en la legislación ecuatoriana. Por una parte, en el artículo 327 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009) el cual menciona que en cada proceso judicial existe la obligatoriedad de que participen abogados con excepción de las causas constitucionales y aquellas en las que intervengan jueces de paz. Desde la legislación comparada, el artículo 73 del Código General del Proceso de Colombia (2012), establece que necesariamente las personas están obligadas a comparecer a juicio por medio de un abogado certificado salvo para el caso de actuaciones procesales en las que tenga que comparecer personalmente.

Desde la doctrina procesal de Latinoamérica, se reconoce que la procuración judicial es retratada por la ley adjetiva como un mandato y se la conceptualiza a partir de tal criterio. A pesar de esto, se han establecido dos posturas marcadas sobre la naturaleza de la institución, un grupo mantiene la perspectiva clásica, la cual propone que la procuración tiene naturaleza contractual especial, y, por otro lado, otro grupo de juristas le atribuyen una naturaleza procesal.

Ramírez (2015), partiendo de la perspectiva clásica, define a la procuración judicial como un mandato *sui generis* dentro del cual un mandante (procurante) otorga a un mandatario (procurador) la facultad de representarlo dentro de un juicio al que, adicionalmente, está autorizado a comparecer en sus distintas etapas salvo prohibición legal expresa. El objeto de tal encomienda tendrá bajo esta definición dos obligaciones cruciales; primero, la representación de los derechos e intereses personales del procurante por parte del procurador; y, segundo, la comparecencia del procurador a las diligencias procesales que requiera el juicio.

Similar postura comparte el profesor Guarderas (2017), quien construye su criterio con base en la implicación práctica y la finalidad de la procuración judicial. Esencialmente menciona que la procuración cumple con lo dispuesto en el artículo 2020 del Código Civil del Ecuador (2015) esto es que, una persona encomiende la gestión de uno o más negocios a otro solo que de una forma más concreta, en la que un individuo encomendará su representación por una parte, y otorgará la capacidad de comparecencia a juicio a su nombre, a favor de otro sujeto, es decir, enfatiza en la naturaleza contractual de la procuración judicial y le atribuye su carácter especial debido a su distinción frente al mandato civil común.

En desacuerdo con los autores mencionados, De Pina y Castillo (2007) enfatizan en la importancia de comprender que si bien la procuración judicial parte de los elementos

constitutivos del contrato de mandato, el hecho de que las funciones confiadas al procurador se desarrollen en el ambiente judicial y se regulen por la normativa adjetiva, necesariamente tiene como consecuencia que tal institución jurídica se aleje del ámbito privado y se tome como instituto de derecho público de carácter procesal.

De manera ligeramente más neutral, pero no por eso favorable para los primeros autores, Coello (1997) inicia aceptando la tesis de que la procuración judicial debe analizarse con base en el mandato civil ya que este es el criterio predominante en la mayoría de los ordenamientos jurídicos a nivel latinoamericano; sin embargo, es partidario a reconocer que más que un mandato de naturaleza especial, la procuración judicial es una institución propia del derecho procesal ya que es esta rama del derecho la que regula en forma expresa su operatividad en las etapas procesales, es por esto que los juzgadores prefieren tomar en consideración las disposiciones previstas para la procuración judicial en los códigos procesales que en la normativa civil.

Frente a la expuesta dualidad de posturas sobre la naturaleza de la procuración judicial es preciso sintetizar los aspectos más destacables de cada tesis para, de esta manera, plantear elementos objetivos que sirvan para clarificar este debate doctrinario y también, permitan a esta investigación brindar una aproximación a un nuevo concepto para la institución estudiada.

Primeramente, resulta imposible contrariar en su totalidad el carácter civil del mandato. Como se analizó en líneas anteriores, desde su génesis, la procuración judicial se ha concebido en el criterio jurídico de los países con influencia romanista como un mandato debido a que el objetivo del procurador es prácticamente idéntico al del mandatario común (por esto, Guarderas explica la naturaleza del instituto partiendo de este hecho), es decir, esta figura se edifica directamente desde la idea del contrato, y es por esto que los juristas lo clasifican desde una perspectiva cualitativa, en la que el

mandato es el género y la procuración judicial es la especie. Esta afirmación será confirmada con posterioridad al analizar la ley procesal.

En segundo lugar, a pesar de que la procuración judicial se entienda a partir de una institución propia del derecho civil como lo es el contrato de mandato, hoy en día resulta también ser un aspecto indiscutible la separación del derecho civil y el derecho procesal.

Como menciona Echandía (2019) a comienzos del siglo XX, el estudio de los procedimientos eran parte del derecho civil, sin embargo, tras el surgimiento de principio y reglas propias, se reconoce que las instituciones relativas al proceso son distintas de las civiles, ergo, se distingue su naturaleza individual y así se crea esta diferenciación. Cabe recalcar que el derecho procesal se considera una disciplina jurídica de naturaleza pública y, por lo tanto, sus instituciones y aquellos elementos que regula, igualmente, tendrán tal calidad, como es el caso de la procuración judicial.

Estas dos afirmaciones dan forma a la idea de que, si bien se toma en consideración al contrato de mandato como guía para comprender la operatividad de la procuración judicial dentro de un proceso por motivo de su íntimo lazo, esto no implica que sean figuras sinónimas, pues, como se ha observado, la división entre lo civil y lo procesal es marcada y aceptada en la actualidad, por lo que cabe reconocer su esencia propia a cada institución jurídica.

Ahora bien, con respecto a la definición normativa de la procuración judicial, en el artículo 41 de la actual norma procesal ecuatoriana, es decir, el Código Orgánico General de Procesos (2015), se establece que los procuradores judiciales son aquellos mandatarios que tienen la facultad de comparecer al proceso judicial en nombre del actor o del demandado.

Sustancialmente, pueden realizarse dos observaciones; en primer lugar, es posible considerarse que el legislador ecuatoriano le otorgó la definición a esta institución con base a los elementos previstos en el derogado Código de Procedimiento Civil ecuatoriano pues, esencialmente son idénticas en fondo, más no, en cuanto a la redacción; y, en segundo lugar, la legislación ecuatoriana ha optado por definir a la institución desde la perspectiva clásica del derecho civil, esto es, dar a la procuración la calidad de un contrato de mandato especial.

Como se establece en el artículo 42 del Código Orgánico General de Procesos (2015), existe la posibilidad de que la procuración judicial pueda otorgarse a una pluralidad de sujetos, es decir, que de una interpretación literal del texto se entiende que el procurante podrá instituir más de un procurador por medio de las vías previstas en el mismo artículo; a pesar de esto, el mencionado artículo no dispone nada al respecto de una pluralidad de procurantes y es por este motivo que la ausencia de norma despierta el cuestionamiento sobre la posibilidad de que exista más de un procurante.

En principio, se podría pensar en la figura jurídica del litisconsorcio (artículos 51 y 52) prevista en la norma antes citada como una respuesta a la duda. Esta institución se define como una pluralidad de individuos quienes, de forma voluntaria, “[...] deciden litigar conjuntamente de manera activa o pasiva en un proceso judicial. Tal posibilidad se concreta debido a la conexidad de sus pretensiones o por los efectos jurídicos que la sentencia del caso haría recaer en ellos (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Según Echandía (2019), existen dos tipos de litisconsorcio; el primero es el litisconsorcio necesario u obligatorio, que ocurre debido a la esencia de la relación jurídica existente entre los individuos, en el que estos deberán unirse ya que por autoridad de la cosa juzgada la sentencia del proceso tendrá una repercusión en los dos sujetos por igual. De no existir esta unión mandatoria, la sentencia será exclusivamente de forma,

más no de fondo. El segundo es el litisconsorcio facultativo o voluntario, el cual se caracteriza por ser una pluralidad de sujetos no exigida por la ley y que deviene de la estrategia procesal de cada sujeto, aquí no es necesaria su conformación para obtener una sentencia de fondo.

Acota el profesor Guarderas (2017) que estos a su vez se subdividen en activos (cuando los litisconsortes son actores de la causa), pasivos (cuando son una pluralidad de demandados) y mixtos (cuando coexisten en un mismo proceso un litisconsorcio activo y pasivo).

Cabe recalcar que, por la manera en la que está redactada la norma procesal ecuatoriana esta pluralidad de litigantes no se consideran como un solo sujeto procesal (no de manera literal ya que exclusivamente esta consideración sería jurídica) al contrario, se los observa como sujetos independientes con respecto a la contraparte, salvo, disposición legal en contrario.

Con base en un análisis objetivo de la institución, en el caso de un litisconsorcio necesario, no existiría un impedimento jurídico que evite que los litisconsortes puedan otorgar una procuración judicial conjunta para que los procuradores realicen su defensa técnica; en este caso, los efectos de la sentencia tendrán una misma repercusión jurídica tanto en forma como en fondo para ambos, como podría ser el caso de los socios con responsabilidad solidaria que se encuentran inmersos en un procedimiento judicial relativo al cobro de una deuda o, el caso en que un conjunto de hermanos son demandados por la prescripción de la totalidad de sus derechos sobre la herencia.

A pesar de haberse formulado tal criterio, como bien hace conocer el profesor Guarderas (2017), la sinuosa redacción del artículo 51 de la norma procesal, da a entender a su interprete que en el sistema procesal ecuatoriano, se permite exclusivamente el

litisconsorcio facultativo por que el artículo incluye el verbo “poder” en su redacción. Sin embargo, es oportuno aclarar que igualmente se menciona que salvo disposición legal expresa la regla de tratar a los litisconsortes como sujetos independientes con respecto a su contraparte procesal, igualmente alude a la existencia del litisconsorcio necesario dentro de las reglas de procedimiento.

Por otro lado, la posibilidad de otorgar una procuración judicial aplica tanto para el actor como para el demandado e, incluso para aquellos que comparecen en calidad de terceros excluyentes o coadyuvantes para procesos civiles, laborales y contencioso – administrativos (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Con respecto a la materia penal, se puede tomar en consideración que, por no prohibirse en la norma adjetiva penal, existe la posibilidad de que la parte denunciada o querellada pueda nombrar un procurador judicial para los procedimientos penales y, por reconocerse en la disposición general primera del Código Orgánico Integral Penal, todo aquello que no se prevea en tal ley y conste en el Código Orgánico de la Función Judicial o el Código Orgánico General de Procesos podrán aplicarse siempre que no se contravenga la naturaleza del proceso penal (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

La legislación procesal extranjera escogida para la presente investigación (Argentina, Colombia, Chile, Perú y Uruguay), a diferencia de la norma adjetiva ecuatoriana, no dedica un artículo en específico para conceptualizar la procuración judicial, sin embargo, del análisis de sus disposiciones normativas establecidas en las secciones relativas a las partes procesales, la representación o la postulación según cada norma, se observa que los legisladores han indagado en otros aspectos del instituto jurídico que no se prevén en la normativa ecuatoriana, especialmente aquellos relacionados a la forma de constitución de la procuración, las obligaciones del procurador, la agencia oficiosa procesal, etc., aspectos se desarrollarán en líneas posteriores.

Sintetizando los aspectos revisados hasta este punto, se puede definir a la procuración judicial como un mandato de naturaleza procesal celebrado por dos o más partes conocidas como procurante y procurador, quienes se caracterizan por ser el legítimo contradictor de un proceso judicial y un profesional del derecho, respectivamente. Su objeto es otorgar por parte de un sujeto a otro la facultad de comparecer a las etapas procesales de un juicio para que lo represente y defienda sus derechos e intereses a lo largo de la prosecución de la causa.

2.2.2 Elementos característicos de la procuración judicial.

Una vez definida y establecida la naturaleza de la institución, es preciso hacer un análisis sobre los aspectos más relevantes establecidos en la norma procesal ecuatoriana, dando un enfoque de contraste con la norma adjetiva derogada y analizando disposiciones del derecho comparado que sirvan como aporte para comprender de mejor manera la operatividad de la procuración judicial.

En comparación con las disposiciones relativas a la procuración judicial previstas en el derogado Código de Procedimiento Civil, se puede observar que la sección específica con la que cuenta el Código Orgánico General de Procesos es distinta a la anterior debido a una notoria reducción de artículos y aspectos esenciales que otrora fueron normados, pero que actualmente no fueron tomados en cuenta para la elaboración de la actual norma.

Por cómo se encuentra elaborada la sección que regula la procuración judicial en el Código Orgánico General de Procesos, se percibe que ésta cuenta con la definición de

la institución, la forma de constituir el mandato, las facultades de los procuradores, la renuncia y la terminación del cargo.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil del Ecuador, además de tratar tales temas, contaba con los impedimentos para poder comparecer en calidad de procurador, la obligación de justificar la personería, las obligaciones de los procuradores, la revocación, costas procesales del procurador y la falsa procuración.

En el caso de las prohibiciones para ejercer el cargo de procurador, la reciente norma procesal ecuatoriana remite a un análisis de otras normas legales, sin embargo, no se especifica a qué ley debe acudir en caso de requerir información sobre los aspectos que el legislador omitió incluir en el nuevo texto normativo. Frente a tal falta de especificidad, se sugiere que todos los demás temas no previstos en la norma deben observarse del Código Civil, el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley de Federación de Abogados.

Ahora bien, a continuación, se analizarán aquellos específicos de la procuración judicial a los que se ha hecho alusión hasta este punto:

Legitimación procesal.

De este aspecto el Código Orgánico General de Procesos no hace mayor referencia en el apartado de la procuración judicial. El derogado Código de Procedimiento Civil ecuatoriano (2005) estableció este aspecto como una obligación por parte del procurador que, en caso de no cumplirse desde la primera actuación procesal del profesional, traía consecuencias negativas que podían variar entre una declaración de falsa procuración,

una multa pecuniaria al abogado, o en el peor de los escenarios, declarar la nulidad del proceso por existir una ilegitimidad de personería.

La jurisprudencia ecuatoriana es clara al detallar este particular. En un fallo emitido por la primera sala de lo civil y mercantil de la otrora Corte Suprema de Justicia, los magistrados establecen con claridad que uno de los motivos por los cuales se configura la ilegitimidad de personería en un proceso ocurre cuando comparece a juicio un profesional que no cuenta con procuración judicial, o también, cuando este comparece con poder insuficiente para actuar oportunamente en el proceso (Gaceta Judicial, Serie XVII No. 1, 1999).

Similar criterio se comparte por la legislación procesal de Argentina, Perú y Uruguay. Destaca entre estas normas el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la nación argentina (1981) que establece en su artículo 47 que quien comparezca en representación de otro a juicio deberá justificar su mandato con la debida escritura pública y, a partir del desarrollo del artículo 80 de la norma citada, se solicita también que los procuradores judiciales otorguen su poder judicial desde el principio del proceso a los juzgadores.

Por otro lado, de la revisión del caso del Código General del Proceso de Colombia (2012) se observa que el artículo 75 no hace una mención expresa sobre el momento procesal en que el procurador judicial legitimará su intervención, simplemente menciona que se reconocerán como procuradores a los abogados debidamente certificados que hayan aceptado expresamente la procuración, sin embargo, al permitirse la procuración oficiosa, también se toman por procuradores a los abogados que ejerzan actos procesales en proceso ajeno. Aquí no se solicita una ratificación posterior ya que el simple ejercicio procesal por parte del profesional se reconoce como una suerte de aceptación tácita (al igual que sucede con respecto al mandato civil).

Otra particularidad de la norma procesal colombiana radica en el segundo inciso del mencionado artículo, el cual permite a la parte litigante establecer el mandato judicial a nombre de una persona jurídica que tenga como razón social la prestación de servicios jurídicos. En este caso, la norma faculta a que cualquier profesional del derecho vinculado a la sociedad pueda comparecer a juicio por medio de actos procesales, permitiendo de igual manera su sustitución siempre y cuando se notifique debidamente al despacho judicial (Código General del Proceso de Colombia, 2012).

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil de Chile (2019) establece en su artículo 6 que existe la posibilidad de comparecer a juicio ajeno con el objetivo de representar al legítimo contradictor siempre que este le haya otorgado un poder suficiente, pero se da a entender que esto no es una regla general, ya que, se permite que el abogado comparezca sin procuración, pero con suficientes pruebas que demuestren que obtendrá una ratificación con posterioridad.

Comparecencia forzosa del procurante.

Al igual que su norma predecesora, el Código Orgánico General de Procesos (2015) dispone en el tercer inciso de su artículo 41 que, a pesar de haberse conferido un mandato judicial a un procurador judicial, existen ciertos casos en los que la presencia del mandante resultará inminente para poder cumplir correctamente con ciertas diligencias. Principalmente, el motivo de esta disposición es que los actos previamente mencionados son imposibles de cumplir por parte del mandatario judicial ya que tienen un carácter personal y exclusivo para el procurante; verbigracia, el reconocimiento de un documento privado del que este fue partícipe o la absolución de posturas.

A pesar de esto, el legislador, en conocimiento de que las circunstancias pueden ser variables dentro de un proceso, otorga facilidades para el cumplimiento de tales actos al procurante por medio del uso de medios telemáticos u otras vías de comunicación equivalentes. Por otro lado, posibilita la opción de que el juzgador que conoce y tramita la causa solicite ayuda a otra unidad judicial para que el mandante pueda cumplir con su obligación por medio de un deprecatorio o una comisión; igualmente, en caso de que el sujeto se encuentre fuera del territorio nacional, el operador de justicia podrá librar un exhorto (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Similar operatividad se observa en todas las legislaciones de derecho comparado utilizadas para el desarrollo de esta investigación. Como criterio general, se acepta en la legislación procesal argentina (Art. 51), colombiana (Art. 77), chilena (Art. 7), peruana (Art. 74) y uruguaya (Art. 39) que el procurante está obligado por mandato legal a cumplir personalmente con determinadas situaciones que no pueden abdicarse a su procurador. La principal diferencia con el ordenamiento jurídico ecuatoriano es que no se prevén en ninguno de estos códigos procesales las diligencias por medio de medios telemáticos, deprecatorios o exhortos.

Actos que requieren cláusulas especiales.

Como se aclaró en el capítulo precedente, el mandato es general cuando cumple con el catálogo de facultades establecidas en la ley, para todo lo que no entre en esta lista taxativa, se requerirá una cláusula especial que faculte al procurador a ejecutar tal acción. El Código Orgánico General de Procesos del Ecuador (2015), con respecto a lo previsto

en el antiguo Código de Procedimiento Civil, añade nuevas situaciones para las cuales se requieren cláusulas especiales. Se establecen por esta ley los siguientes escenarios:

1. Sustituir la procuración a favor de otro profesional del derecho.
2. Allanarse al contenido de la demanda.
3. Transigir.
4. Desistir de la acción.
5. Desistir de un recurso.
6. Aprobar convenios.
7. Absolver posiciones.
8. Deferir el juramento decisorio.
9. Recibir los valores materia del litigio.
10. Tomar posesión de la cosa materia del litigio.

Cabe hacer énfasis en dos aspectos; primero, el derogado Código de Procedimiento Civil (2005), a diferencia del Código Orgánico General de Procesos, reconocía en su artículo 44 numeral 2 la posibilidad de otorgar por medio de cláusula especial al procurador la facultad de someter el litigio a un procedimiento arbitral; segundo, la actual norma procesal ecuatoriana establece que se requerirán estas cláusulas especiales tanto para los procurador judicial legalmente establecidos al igual que para aquellos defensores que han sido autorizados a actuar en el juicio pero que no cuentan con la procuración, por este motivo, se entiende que los defensores sin poder deberán contar con un documento de similares características en el que se establezcan sus facultades detalladamente (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Ahora bien, con respecto al derecho comparado, como regla general se acepta en la legislación extranjera establecer apartados específicos en la estructura de los mandatos

judiciales que correspondan a las facultades especiales que tiene el procurador judicial, sin embargo, cada país presenta distintas particularidades con respecto al tema.

Por su parte, al igual que el Ecuador, el Código Procesal Civil de Perú (1975) sigue un criterio de taxatividad con respecto a cláusulas especiales. Como se menciona en su artículo 75, se requerirá que se faculte expresamente en su poder al procurador para demandar, contestar la demanda, reconvenir, contestar una reconvenición, desistir de un proceso iniciado, allanarse al contenido de una demanda, conciliar, transigir, someter el proceso al arbitraje, sustituir la procuración o delegar la procuración además de las establecidas por otras leyes.

Por otro lado, en el caso de países como Argentina, Colombia, Chile y Uruguay se ha establecido un criterio contrario al de taxatividad dispuesto por el Ecuador y Perú pues, principalmente, se denota en estas legislaciones que al otorgarse el poder se dan poderes generales de gran alcance. A pesar de esto, no se suprime la necesidad de establecer cláusulas especiales en determinados casos.

En el artículo 51 del Código Procesal Civil y Comercial de la nación argentina (1981) se establece que al otorgarse un poder de mandato judicial se comprende que el procurador está facultado a actuar ampliamente durante el desarrollo del proceso, tomándose en consideración aspectos como la interposición de recursos y la atención a audiencias con jueces jerárquicamente superiores al del juzgador original.

El Código General del Proceso de Colombia (2012) en su artículo 77 faculta al procurador que ha recibido el poder para litigar a solicitar actos preparatorios extraprocesales como es el caso de medidas cautelares y la práctica u obtención de prueba extraprocesal, formular todas las pretensiones y acciones que estime necesarias para brindar un mayor beneficio en el proceso a su procurante, e incluso podrá actuar aún en

tal calidad después de emitida una sentencia en temas relacionados con el cumplimiento de las órdenes judiciales.

Por último, el caso del Código de Procedimiento Civil chileno (2019) es el más explícito en cuanto a la libertad de acción del procurador, ya que, como se menciona en su artículo 7, al otorgarse el mandato judicial al procurador se le faculta a intervenir en todo aquello que podría actuar por sí mismo el procurante, incluso en aquellas acciones que en principio no se hubiesen establecido en este poder durante todo el proceso hasta la ejecución total de la sentencia.

Procuración oficiosa.

Se entiende a esta institución como una situación dentro de la cual un profesional del derecho comparece a un determinado juicio a nombre de uno de los legítimos contradictores del proceso sin una procuración judicial legalmente otorgada, debido a esta falta de documento habilitante, el abogado ofrece a la autoridad judicial competente una ratificación posterior sobre su personería y actuaciones proveniente de la persona a la cual pretende representar en el proceso.

Su origen proviene de dos particulares; por una parte, como se ha observado a lo largo del desarrollo de la investigación, en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos se reconoce a la procuración judicial como un tipo especial de contrato de mandato; y, por otra parte, dependiendo de cada país, se reconoce la agencia oficiosa como una forma de dar cumplimiento de forma más extensiva a las estipulaciones no previstas en el mandato desde un principio cuando la situación lo amerita.

Por estos motivos existen ciertas legislaciones adjetivas que aceptan la aplicación de este instituto por parte de los litigantes que no cuenten con una procuración judicial. La procuración oficiosa no se trató expresamente en el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano (2005) a pesar de esto, del análisis de su artículo 43 se puede ver que, en efecto, se aceptaban las actuaciones procesales de un litigante que ofreciera ratificación posterior de su calidad por parte de su representado, y para asegurar este hecho, la ley obligaba a los jueces a otorgar un tiempo no mayor a quince días para legitimar su personería al procurador oficioso.

A pesar de esto, en el actual sistema procesal ecuatoriano no se observa la posibilidad prevista por el derogado código citado, principalmente, no se determina de forma expresa ni se alude a esta posibilidad, por lo que se sobreentiende que los abogados que defiendan una causa deberán legitimar su actuación desde la presentación del primer escrito y tendrán que presentar la escritura pública que los establezca como procuradores en las etapas procesales pertinentes. Se ahondará con mayor énfasis en este hecho y sus implicaciones jurídicas y prácticas en el tercer capítulo de esta investigación.

Con respecto a los aportes del derecho comparado, se reconoce expresamente la posibilidad de actuar como procurador oficioso en el caso de Argentina, Colombia, Chile, Perú y Uruguay.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la nación argentina (1981) prevé la actuación procesal del “gestor” en su artículo 48. Este individuo está facultado a comparecer dentro del proceso con el objetivo de realizar actos urgentes que no pueden cumplirse por la parte que tiene la obligación de ejecutarlos, por motivo de la existencia de hechos que justifiquen el impedimento.

Debido a que el gestor no ha recibido una autorización previa, la ley argentina lo obliga a presentar ante el operador de justicia tres elementos; primero, la ratificación de sus actos por parte de su representado; segundo, el correspondiente instrumento público que acredite su personería; y tercero, la fundamentación de los hechos que impidieron la actuación del legítimo contradictor (Código de Procedimiento Civil y Comercial de la nación argentina, 1981).

Todo esto debe ser presentado por el gestor en un término de cuarenta días, y, en caso de incumplir con estos requerimientos, todo lo actuado será nulo de pleno derecho; ésta situación obliga al juez a condenar al gestor a cubrir las costas judiciales sin perjuicio de los daños y perjuicios que las partes pueden solicitar debido a la declaratoria de nulidad (Código de Procedimiento Civil y Comercial de la nación argentina, 1981).

El Código General del Proceso colombiano (2012) dispone en su artículo 57 que será considerado como agente oficioso procesal aquella persona que comparezca a juicio interponiendo o contestando actos de proposición a nombre de otro individuo sin que este le haya conferido poder alguno para hacerlo. En este caso, el simple hecho de llevar acabo estos actos procesales se entenderá como que el agente oficioso presta juramento de que la persona a quien representa no se encuentra en posibilidades de hacerlo por si mismo, sea por encontrarse ausente del lugar o sufrir algún impedimento.

Frente a esta posibilidad, la norma procesal colombiana solicita al agente oficioso que ofrezca una ratificación por parte de su representado al juez que conoce la causa, estableciendo que deberá hacerlo dentro del término de diez días después de haberse emitido la providencia que acepta y califica la demanda o su contestación, en caso de no cumplir con este hecho, inmediatamente el juzgador emitirá una nueva providencia que suspende el proceso por treinta días, de no otorgarse la ratificación en este tiempo, el

agente oficioso tendrá que pagar las costas procesales y los perjuicios ocasionados a su contraparte procesal (Código General del Proceso de Colombia, 2012).

El Código de Procedimiento Civil de Chile (2019), siguiendo la línea de la normativa procesal argentina y colombiana, reconoce al agente oficioso como un individuo que comparece a juicio en beneficio de uno de los legítimos contradictores del proceso sin haber recibido un mandato judicial previamente. La principal diferencia es que este sujeto desde su primera actuación deberá justificar su calidad de agente oficioso brindando al o los juzgadores una “garantía de ratificación”, la cual consiste en presentar los elementos fácticos que han impedido a su representado actuar por su cuenta en conjunto con un hecho o prueba suficientes que otorguen suficiente certeza de que se obtendrá una ratificación con posterioridad.

Esta garantía presentada por el agente oficioso será analizada por el juez o tribunal, y de esta situación pueden derivar dos opciones; que se califique la justificación y se fije un término para presentar la debida ratificación en conjunto con un mandato o nombramiento que justifiquen su personería y cumpla con los debidos parámetros legales; o, que se rechace por ser insuficiente. Es importante puntualizar que este agente oficioso deberá ser un profesional del derecho con plena facultad para actuar, o una persona natural representada por un abogado en libre ejercicio de la profesión (Código de Procedimiento Civil de Chile, 2019).

El caso del Código Procesal Civil de Perú (1975) no es distinto al de las legislaciones previamente citadas, sin embargo, brinda un mayor detalle respecto a los motivos que facultan al agente oficioso para actuar en calidad de procurador ya que reconoce como válido el hecho de que el legítimo contradictor no pueda comparecer por sí mismo debido a motivos físicos, por estar ausente del país, por tener motivos de temor, por haber sido amenazado, por encontrarse en una situación de emergencia o de inminente

peligro o por desconocimiento de la facultad de otorgar poder suficiente a un profesional del derecho.

Otro hecho distintivo de esta legislación es que el procurador no está obligado a justificar su personería ofreciendo la ratificación y garantía pertinente desde su primera actuación procesal, pues al contrario, la ley manifiesta que el procurador oficioso tendrá que fundamentar su actuación exclusivamente si existe una petición de la contraparte procesal al juez que tramita la causa. En tal caso, el juzgador solicitará vía providencia que se preste la debida garantía de ratificación en un término de dos meses a partir de la petición, y, en caso de no cumplir con la solicitud, el juez declarará al proceso concluido, dejando abierta la posibilidad de que las partes perjudicadas soliciten el pago de daños y perjuicios al agente oficioso por su incumplimiento, e incluso, de considerarlo pertinente, el juez podrá condenarlo al pago de costas procesales (Código Procesal Civil de Perú, 1975).

Por último, el Código General del Proceso de Uruguay (1988), casi en sincronía con la legislación peruana, establece que podrá comparecer a juicio una persona distinta al legítimo contradictor siempre y cuando el primero se encuentre impedido de comparecer personalmente o por encontrarse fuera del territorio nacional. Si la parte contraria lo solicita, el juez dará al procurador oficioso un término que a su criterio sea suficiente para brindar una caución de que su actuación se ratificará, y, si no cumple con el requerimiento, el proceso será nulo y la parte perjudicada podrá solicitar el pago de daños y perjuicios.

El punto con mayor significancia es que la norma procesal ordena que este procurador oficioso deberá ser para su representado un ascendiente, descendiente, pariente consanguíneo o hasta el segundo grado de afinidad, cónyuge, o en general un posible litisconsorte como un socio o un comunero que tengan un similar interés y

legitimación para actuar; estos sujetos además tendrán la obligatoriedad de comparecer en conjunto con un profesional del derecho (Código General del Proceso de Uruguay, 1988).

Falsa procuración.

Al analizar el vocablo falsedad en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2019) destacan tres elementos; la simulación, la imitación y lo contrario a la verdad; por tal motivo, se comprende que al calificar a determinada cuestión o situación como falsa desde una perspectiva jurídica implicará necesariamente que tal elemento se encontrará revestida de uno o varios de los particulares mencionados.

La falsa procuración, al contrario de otras figuras jurídicas en el derecho ecuatoriano, tiene en la práctica un nulo tratamiento por parte de los doctrinarios de la disciplina procesal, no obstante, se ha desarrollado con cierta profundidad por parte de otras fuentes del derecho como lo son, en primer lugar y mayoritariamente la jurisprudencia; y, en segundo lugar, efectuando simples referencias la ley escrita.

A pesar de esto, partiendo desde la perspectiva civilista de la naturaleza de la procuración judicial, se puede comprender la falsa procuración a partir de la falsa representación. Buendía (2019) menciona que precisamente en el ambiente de la relación contractual civil y mercantil, existen casos en los cuales un individuo que actuando en calidad de agente oficioso es calificado como un falso representante. Aquí, deben existir los siguientes elementos:

1. El individuo invoca o toma el nombre de un supuesto representado para comparecer a la celebración del acto.
2. Sus actuaciones se encaminan al beneficio del supuesto representado.
3. No tiene un poder legalmente establecido.
4. No obtiene o no otorga la ratificación y aceptación de sus actos.

Ahora bien, el Código de Procedimiento Civil del Ecuador (2005), estableció a la falsa procuración en su artículo 43 más que como una institución per se, como una consecuencia jurídica derivada de que quien actuaba como agente oficioso en representación de uno de los legítimos contradictores del proceso, no ofrecía la ratificación pertinente con respecto a sus actuaciones procesales, ni tampoco un mandato judicial que lo constituya en tal calidad en el término legal ordenado. Lo mencionado, sin embargo, no termina de ilustrar las consecuencias jurídicas de ser nombrado en tal calidad, por lo que en este punto es preciso acudir a las fuentes jurisprudenciales.

Como bien lo ilustra el fallo emitido el 31 de marzo de 1994 por la sala de lo social y laboral de la otrora Corte Suprema de Justicia del Ecuador, al no cumplirse con la presentación de los requisitos mencionados en líneas anteriores, todas las actuaciones procesales llevadas a cabo en el proceso judicial deben ser calificadas por los jueces como provenientes de parte de un falso procurador. El hecho de que esto suceda automáticamente le atribuye tal calidad al sujeto que perpetró el incumplimiento. Adicionalmente, los magistrados enfatizan en el hecho de que este particular produce una inminente nulidad por motivo de haberse inobservado y vulnerado una solemnidad sustancial como lo es la legitimidad de personería (Gaceta Judicial, Serie XVI No. 1, 1994).

Siguiendo el orden lógico de los párrafos precedentes, se generan dos definiciones; en primera instancia, y desde un punto de vista operativo, el falso procurador

vendría a ser aquel profesional del derecho que ha comparecido y actuado en un proceso judicial en representación de los derechos e intereses de una de las partes procesales, ofreciendo al juzgador o tribunal una ratificación posterior de su personería y sus actos proveniente por parte de su representado pero que, por motivos de variada naturaleza, no ha justificado tales aspectos en el término legal o judicial correspondiente, lo que ha tenido como consecuencia inmediata la emisión de una providencia de falsa procuración.

Y en segunda instancia, se concluye que la declaración de falsa procuración no es sino un efecto jurídico producido por una providencia judicial que tiene por objeto declarar la nulidad de las acciones procesales efectuadas por parte de un procurador oficioso que actuó a favor de uno de los legítimos contradictores del proceso pero que no justificó su personería ni ofreció una ratificación de sus actuaciones de parte de quien pretendió representar en el término legal o judicial determinado.

Con respecto al Código Orgánico General de Procesos del Ecuador y a los aportes de la legislación extranjera, se observa que no mencionan a la declaratoria de falsa procuración a diferencia del antiguo Código de Procedimiento Civil ecuatoriano; sin embargo, como se ha establecido (especialmente en el caso ecuatoriano) el efecto de la nulidad se establece por otras fuentes de derecho alternas a la ley, y por tal motivo, los juzgadores que conozcan una causa en la que se configure una falsa procuración deberán, partiendo de la sana crítica y la lógica jurídica, aplicar las directrices dispuestas por la tradición jurisprudencial y las disposiciones de la norma procesal que sean aplicables al caso en concreto.

2.3 Otorgamiento y ejercicio de la procuración judicial.

Al concebirse la procuración judicial como una especie de contrato de mandato, se entiende que los requisitos para otorgar y ostentar el cargo tienen directa relación con las directrices establecidas en el Código Civil; no obstante, en el caso ecuatoriano, el ordenamiento jurídico establece además ciertas condiciones con respecto a quien ejerce el mandato judicial en otras normas jurídicas que se detallarán a continuación.

2.3.1 Requisitos para el otorgamiento de la procuración judicial.

Como requisitos básicos y generales para otorgar y ejercer la procuración judicial es indispensable que se observe lo dispuesto en el artículo 1461 del Código Civil ecuatoriano (2015), esto es, que ambas partes que celebren el acto tengan una suficiente capacidad para obligarse por medio de un contrato, que el consentimiento que prestan las partes esté libre de vicio que pudiera comprometerlo (como es el caso del error, la fuerza o el dolo), que el objeto del acto este revestido de licitud; y por último, que la causa del acto cumpla con parámetros de legalidad.

Como factor importante a ser mencionado, el segundo inciso del artículo 41 del Código Orgánico General de Procesos del Ecuador (2015) establece adicionalmente que es un requisito ligado a la capacidad de quien pretende otorgar una procuración judicial, tener facultades para comparecer a juicio por sí mismo salvo las prohibiciones legales expresas.

Tal particular nos remite, por una parte, a los artículos 1462 y 1463 del Código Civil ecuatoriano (2015), que establecen como regla general que la capacidad de los individuos se presume, excepto cuando nos encontramos frente a niños y niñas, personas con discapacidad auditiva que no puedan comunicarse, personas con discapacidad mental, personas en condición de interdicción y las personas jurídicas.

Por otra parte, los artículos 31, 32, 33 y 35 del Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano (2015), ampliando lo establecido por la norma sustantiva previamente citada, mencionan que son capaces de comparecer a juicio niños, niñas, adolescentes y personas incapaces siempre y cuando estos se encuentren representados por sus representantes legales o sus tutores o curadores respectivamente. En el caso de las personas jurídicas, comparecerá a juicio su representante legal o judicial y, por último, quien representa en juicio a los insolventes será un síndico siempre que la causa tenga que ver con sus bienes, ya que, en caso de temas extrapatrimoniales, podrá el insolvente comparecer por su cuenta.

De los artículos expuestos, se comprende que podrán otorgar procuración judicial a favor de un profesional del derecho las personas que tengan plena capacidad de comparecer a juicio y, de igual manera, aquellos que tengan un impedimento legal pero que estén debidamente representados.

Desde el derecho comparado se observa que en la mayoría de los casos escogidos (Argentina, Colombia, Chile y Uruguay), simplemente se menciona la capacidad como un requisito para comparecer a juicio, mas no existe una mención expresa de la capacidad para otorgar una procuración judicial. Desde la perspectiva contraria, al igual que la legislación ecuatoriana, el artículo 68 del Código Procesal Civil de Perú (1975) establece que será capaz de otorgar mandato judicial quien tenga plena capacidad de comparecer por sí mismo al proceso.

2.3.2. Requisitos para ejercer la procuración judicial.

En un segundo plano, surge la incógnita de quién tiene facultades legales para poder ostentar una procuración judicial. Resulta curioso que, aunque por sentido común tal mandato debería otorgarse a un profesional del derecho, la normativa procesal ecuatoriana es oscura en referencia al tema.

Dentro del desarrollo del apartado respectivo a la procuración judicial, el Código Orgánico General de Procesos (2015) establece en su artículo 42 que se podrá otorgar la procuración judicial a uno o varios defensores que no ostenten prohibición legal. Indistintamente de que el vocablo “defensores” alude en cierta medida a los abogados en libre ejercicio de la profesión, esta disposición adolece de una falta de especificidad, por este motivo, es preciso hacer una revisión de otras normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano que ayuden a esclarecer tal particular.

Primeramente, la Constitución de la República del Ecuador (2008), dentro de su artículo 76 numeral 7 literal g, establece que es un derecho de las personas ser asistido por un abogado o un defensor público en todo procedimiento judicial del cual sea parte.

En concordancia con la carta política ecuatoriana, el Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador (2009) determina en su artículo 327 que en todo procedimiento judicial las partes procesales deberán ser asistidas por el patrocinio de un profesional del derecho privado o un defensor público con excepción de los procesos de naturaleza constitucional.

A su vez, la Ley de Federación de Abogados del Ecuador (1974) determina en su artículo 49 que es una facultad exclusiva de los abogados legalmente establecidos como

profesionales en libre ejercicio el comparecer a juicio; por una parte, a patrocinar una causa, y por otra parte, a ostentar el cargo de procurador judicial.

Al contrario de este particular presente en la norma actual, el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano (2005) estableció expresamente en su artículo 40 que era facultad exclusiva para los abogados en libre ejercicio de la profesión ostentar el cargo de procurador judicial, criterio que, si bien corresponde a la realidad procesal ecuatoriana en la actualidad, no se muestra explícitamente a quien analiza la ley actualizada.

Por otro lado, el artículo 42 del Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano (2015) establece que el legítimo contradictor podrá constituir por medio de una escritura pública a uno más procuradores siempre y cuando no incurran en alguno de los impedimentos legales para ejercer el cargo.

Frente a esto, el artículo 68 del Código Procesal Civil peruano (1975) opta por ampliar aspectos relevantes sobre la operatividad del poder en caso de constituir más de un procurador con respecto a la norma procesal ecuatoriana. Esta norma establece que solo se podrán establecer apoderados conjuntos en caso de allanamiento, transacción o desistimiento, y como regla general, si hay una pluralidad de procuradores entonces sus actos procesales se adjudicarán para cada uno de ellos.

Una postura más liberal se puede observar en el artículo 75 del Código General del Proceso colombiano (2012) ya que como se mencionó en líneas precedentes, se puede establecer una procuración judicial para uno o más abogados certificados, permitiendo también la posibilidad de otorgar el poder a una persona jurídica que se dedique a la prestación de servicios jurídicos y de patrocinio judicial, donde podrá comparecer libremente cualquier profesional del derecho que sea socio o trabajador del despacho jurídico, incluso, otorgando libertad a que se otorgue a otros consultores legales ajenos a

los miembros del equipo legal. Según la norma procesal, este hecho deberá ser registrado y sometido a control de la Cámara de Comercio de la respectiva ciudad o unidad territorial en la que se cumplirá con el mandato.

2.3.3. Impedimentos para el ejercicio de la procuración judicial.

Como se mencionó en líneas anteriores, quienes pueden ejercer el cargo de procurador judicial en un proceso judicial deben cumplir el requisito de ser abogados en libre ejercicio de la profesión, sin embargo, dependiendo de distintas circunstancias, los profesionales del derecho pueden no necesariamente encontrarse en plena capacidad para ejercer un mandato judicial. Como lo determinan los artículos 328 y 329 del Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador (2009), existen dos situaciones en las cuales los abogados no podrán ostentar una procuración judicial:

Existe la incompatibilidad de patrocinio, que se configura debido a que el abogado ostenta un cargo en específico. Entran en esta categoría funcionarios pertenecientes a la función ejecutiva (presidente, vicepresidente, ministros, secretarios de gobierno, etc.), funcionarios de la función legislativa (asambleístas, asambleístas suplentes y empleados de la Asamblea Nacional del Ecuador), funcionarios pertenecientes a la función judicial (operadores de justicia, secretarios judiciales y trabajadores de la función judicial), funcionarios pertenecientes a gobiernos autónomos descentralizados (prefectos, alcaldes, empleados del régimen seccional y descentralizado, etc.) y gerentes de entidades financieras (bancos públicos o privados, cooperativas de ahorro y crédito, bolsa de valores, etc.) (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

Existen por otra parte los impedimentos para ejercer la abogacía per se, como es el caso de los abogados que han sido suspendidos de ejercer la profesión por parte del Consejo de la Judicatura, quienes han sido inhabilitados para ejercer labores jurídicas por medio de una sentencia y abogados que han recibido una sentencia de interdicción o una sentencia ejecutoriada de privación de la libertad (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

Los profesionales del derecho que cumplan con los parámetros de estas descripciones no podrán ejercer libremente la profesión, y, por lo tanto, tampoco podrán ostentar una procuración judicial. Frente a este hecho existe una salvedad para los abogados que tengan como función representar judicialmente a las instituciones públicas a las cuales brindan sus servicios, un ejemplo de este particular son aquellos profesionales que brindan sus servicios a las áreas de patrocinio jurídico, donde su principal función es atender de manera técnica los litigios en que las entidades públicas son partes procesales.

Cabe aclarar que en el desarrollo del Código Orgánico de Procesos del Ecuador no se trata en ninguno de sus artículos los impedimentos de los profesionales del derecho para ejercer una procuración judicial, a diferencia del derogado Código de Procedimiento Civil del Ecuador (2005) que establecía en su artículo 41 como impedimentos para ejercer mandato judicial tener el ejercicio de los derechos políticos suspensos; haber sido declarado como tinterillo¹; ostentar el cargo de juez, secretario o funcionario de la función judicial; y estar inmerso en la descripción de los numerales 1,2,3,4,5,9 y 10 de la derogada Ley Orgánica de la Función Judicial.

¹ Fue un término utilizado por la derogada Ley de Juzgamiento a Tinterillos (1968 - Ecuador) para referirse a las personas que ejercían el derecho sin un título certificado legalmente. Tras un proceso penal, los tinterillos eran sentenciados a cumplir una pena privativa de libertad de 1 a 3 años (Rodríguez, 2016).

2.3.4. Formas de otorgar la procuración judicial.

Resulta imprescindible dar a conocer que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el Código Orgánico General de Procesos (2015) permite otorgar una procuración judicial a través de los siguientes medios:

1. Delegación emitida por el Procurador General del Estado para abogados que representan instituciones públicas que carezcan de personería jurídica.
2. Oficio emitido por el representante legal, judicial o ambos a favor de abogados que representan a entidades públicas que cuenten con personería jurídica.
3. Escrito judicial reconocido legalmente y presentado ante el juzgador que conoce la causa.
4. Poder otorgado ante autoridad competente en el Ecuador o en el extranjero.
5. De manera verbal en la audiencia preliminar en caso de procedimiento ordinario o en audiencia única en caso de procedimiento sumario.

Desde el derecho comparado, cabe hacer énfasis en dos cuestiones; en primer lugar, se observa que como regla general, en la legislación procesal de Argentina (Art. 72), Colombia (Art. 74), Chile (Art. 6), Perú (Art. 72) y Uruguay (artículos 38 y 39) se reconoce como método idóneo para conferir un mandato judicial una escritura pública emitida por autoridad competente, sin embargo, en el caso de Colombia, Chile y Perú se reconoce además la posibilidad de otorgar la procuración judicial por medio de un escrito reconocido y presentado ante el juzgador o tribunal.

En segundo lugar, solo Perú (Art. 69) establece explícitamente que las entidades de derecho público están facultadas a otorgar procuraciones judiciales en observancia con las circunstancias del caso, a pesar de esto, se entendería que tal mandato se confiere por

medio de una escritura pública. Esto marca una diferencia con el ordenamiento jurídico ecuatoriano ya que la norma procesal faculta a las entidades públicas a otorgar la procuración judicial por medio de actos administrativos como es el caso de la delegación y el oficio establecidos en los numerales primero y segundo revisados con anterioridad. Este es el único caso en que no se cumple con la regla general de que la procuración judicial es un contrato, sin embargo, dichos actos unilaterales de la administración cuentan con el mismo efecto procesal.

Por último, cabe destacar el caso del Código General del Proceso Colombiano (2012) ya que dispone que además de la escritura pública de procuración, en caso de poderes judiciales especiales se aceptarán documentos privados, y que estos, se deberán entregar personalmente por la parte procesal que otorgó el mandato al juez que tramita la causa, un juzgado de apoyo o un notario público. Con respecto a estos aspectos, se infiere que el documento privado deberá ser reconocido por un notario público, que el juzgado de apoyo será aquel que reciba la procuración judicial por medio de un deprecatorio y que tanto el juzgado de apoyo como el notario tendrán que remitir el documento al juez que gestiona el procedimiento judicial.

2.4. Atribuciones de los procuradores judiciales.

Por atribuciones se entienden aquellos actos procesales para los cuales se faculta por medio del correspondiente poder al procurador judicial. Como se pudo apreciar en líneas anteriores, existen dos posturas sobre el alcance de las atribuciones que tienen en el proceso los mandatarios judiciales; primero, destacan los ordenamientos jurídicos que establecen como obligatoriedad irrestricta que la procuración judicial cuente con

cláusulas que determinen expresamente las facultades permitidas por la ley (Ecuador y Perú); y, segundo, aquellos ordenamientos jurídicos que brindan mayor libertad de acción al procurador judicial por el simple hecho de ostentar un poder debidamente emitido por autoridad competente (Argentina, Colombia, Chile y Uruguay). Partiendo de este hecho, se analizarán las disposiciones legales establecidas específicamente para el caso ecuatoriano.

Del análisis del artículo 43 del Código Orgánico General de Procesos (2015) se observa que, como regla general, la principal y más básica función del procurador judicial consiste en comparecer al juicio a nombre de su procurante, sin embargo, en las siguientes líneas del artículo citado se establece que requerirán de cláusulas especiales para poder realizar los actos estudiados con anterioridad.

Interpretando literalmente la norma, se comprende que necesariamente la procuración judicial requerirá la presencia de estas cláusulas especiales pues, de lo contrario, se estaría facultando al mandatario judicial a prestar su presencia en la audiencia, pero sin tener posibilidad de ejercer la defensa técnica que se requería en un principio. Los efectos procesales de este hecho serán analizados a profundidad en el tercer capítulo de la investigación.

2.5 La procuración judicial dentro del proceso.

Como se mencionó con anterioridad, por cómo se estructura el actual sistema procesal ecuatoriano, el abogado patrocinador tiene la obligación de demostrar su calidad desde la presentación de los actos de proposición y adicionalmente, si interpone la demanda o su contestación en calidad de procurador judicial, la norma adjetiva obliga a que firme los documentos en tal calidad por lo que, además de presentar la certificación de ser un profesional del derecho, deberá acompañar con la demanda y sus documentos el mandato judicial (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Ahora bien, existe otro caso en el que el procurador judicial puede acreditar su calidad con posterioridad a la presentación de los actos de proposición. Suponiendo que la demanda ha sido calificada y contestada en el término legal permitido, el juzgador tiene la obligación de fijar una fecha para celebrar la audiencia preliminar en caso del procedimiento ordinario, o la audiencia única en caso del procedimiento sumario; en este punto, las partes procesales están obligadas a comparecer al proceso, sin embargo, se da una excepción a esta regla general cuando por distintos motivos las partes procesales no pueden comparecer a la audiencia; frente a tal particular, se permite que la parte comprometida otorgue por la vía correspondiente a su defensor técnico una procuración judicial. El documento tendrá que ser presentado por el mandatario ante el juez al momento en que este disponga al secretario la constatación de la presencia de las partes convocadas a la diligencia (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

En caso de no verificarse causa alguna que obligue al juez a objetar el contenido de la procuración judicial, se proseguirá con el proceso de la forma establecida en la norma adjetiva. Primordialmente, existen dos motivos básicos por los cuales en el sistema

procesal ecuatoriano se establece la obligatoriedad de presentar la procuración judicial en la etapa inicial del proceso:

1. Verificar la suficiencia del mandato judicial: como se mencionó previamente, resulta crucial que la procuración judicial cuente con elementos de forma (cláusulas especiales establecidas en el artículo 43 del COGEP) y fondo (determinación exacta de los motivos y facultades con las que cuenta el procurador para actuar) que revistan al contrato de suficiente validez jurídica.

En la práctica procesal, es el juez quien verifica que el documento que contiene el mandato cuente con tales elementos al momento de la presentación de la demanda o su contestación, o, en su defecto, antes de dar inicio al desarrollo del procedimiento judicial.

2. Evitar que se produzca nulidad en el proceso: como lo establece el artículo 107 del Código Orgánico General de Procesos (2015), la legitimación de personería es una de las siete solemnidades sustanciales del proceso; y, el efecto jurídico de incumplir con uno de estos aspectos produce la nulidad del proceso.

El profesor Guarderas (2017) define la nulidad como una sanción establecida por la ley al verificarse un error o inobservancia en cuanto a las reglas del procedimiento, que tiene como principal efecto, retrotraer la totalidad del proceso al momento procesal exacto en el cual esta se produjo.

Este hecho observado en el sistema procesal ecuatoriano es notoriamente diferente frente a lo dispuesto en las demás legislaciones estudiadas. Salvo por el caso de Colombia que no permite la constitución de la procuración oficiosa, se entiende que en el caso de Argentina, Chile, Perú y Uruguay existen dos posibilidades; que el mandato judicial se presente ante el juez en conjunto con los actos de proposición o al momento de la

pertinente diligencia procesal al igual que en el Ecuador; o, de lo contrario, que la parte procesal y su abogado se acojan a las reglas relativas a la procuración oficiosa.

2.6 El error en la procuración judicial.

Ospina y Ospina (2009) definen al error como una situación en la cual un individuo tiene una idea errónea con respecto a una situación real. Primordialmente, existe error al momento de que el individuo concibe una situación falsa como verdadera, o, una situación real como un hecho falso. Mencionan que su principal razón de ser tiene sus raíces en el desconocimiento y la ignorancia sobre determinado hecho o norma jurídica, y este es el motivo por el cual se genera la distorsión de la realidad.

Partiendo del último argumento, Ospina y Ospina (2009) clasifican esta institución en dos tipos; primero, el error de hecho se configura cuando la persona tiene una idea equívoca sobre los elementos fácticos que componen un hecho; y, segundo, el error de derecho se produce cuando el individuo tiene una idea errónea sobre la legalidad de una situación o el contenido de una norma jurídica.

Con el objetivo de ilustrar estas ideas, se plantea el ejemplo clásico aprendido en la clase de obligaciones jurídicas: existen dos personas que celebran una compraventa, uno de ellos es mayor de edad y el otro no. En el caso propuesto se configura un error de hecho al momento en que la persona en plena capacidad celebró el acto considerando que con el sujeto quien lo hacía cumplía con la edad suficiente para obligarse y existirá un error de derecho al momento en que el mayor de edad, conociendo de la edad de la persona con quien contrataba, considere que aún así el acto estaría revestido de legalidad.

El Código Civil del Ecuador (2015) trata al error en sus artículos 1468, 1469, 1470 y 1471, y establece varios aspectos que se detallarán a continuación:

1. Como regla general, el error es un elemento que vicia el consentimiento de quienes intervienen en el acto.
2. El error de derecho no se considera como un elemento que vicia el consentimiento de las partes contractuales.
3. El error de hecho vicia el consentimiento en dos circunstancias comunes; cuando existe confusión con respecto a la naturaleza del acto o contrato celebrado; y, en el caso de que exista error acerca de la calidad del objeto sobre el que versa el acto o contrato.
4. Como regla general, el error con respecto a la persona con quien se contrata no vicia el consentimiento, sin embargo, si existe un vicio en el caso de que la calidad del individuo con quien se pretendió contratar fue el principal motivo por el cual se celebró el acto. Frente a tal situación, la ley permite que la parte perjudicada que actuó de buena fe solicite los daños y perjuicios causados por la nulidad del contrato.

Ahora bien, en observancia con las disposiciones estudiadas en este apartado, cabe aclarar que al ser la procuración judicial un tipo de contrato puede recibir afectación en caso de que exista una causa que lo nulite a causa de un error de hecho. Como se mencionó con anterioridad, podría configurarse un error de hecho en este tipo de contrato en los siguientes supuestos de hecho:

- Cuando el procurante otorga la procuración judicial considerando que celebra otro tipo de acto jurídico distinto con su abogado patrocinador.

- Cuando el procurante otorga una procuración judicial a un individuo en particular, pero termina por ostentar el cargo y las funciones del mandato un sujeto diferente al que originalmente el mandante creyó contratar.

En la práctica, realmente sería complejo que se configure el primer supuesto fáctico ya que se presupone una comunicación directa entre el abogado y su patrocinado, donde el primero tiene la obligación de aclarar y mencionar todos los recursos jurídicos que utilice en su patrocinio, por lo que, previo a celebrar la procuración judicial, el abogado debe informar a su defendido sobre cuál es el objeto de llevar a cabo tal acto.

Por otra parte, en el caso del segundo supuesto de hecho propuesto, resulta aún más complejo que este llegue a configurarse, ya que en caso de que el abogado comunique a su defendido sobre su imposibilidad de comparecer a audiencia y proponga que dentro de la escritura de procuración judicial se establezca a otro profesional como el facultado para efectuar tal acto existen dos posibilidades; que el defendido se niegue en virtud de que su intención inicial fue ser patrocinada por determinada persona; o, en su defecto, que acepte la sugerencia del profesional y constituya como procurador al tercero.

En ambos casos, por la naturaleza personal del acto y de lo que representa una relación de patrocinio legal entre un contratante y un abogado resulta complejo, pero no imposible, que quien otorga la escritura pública de procuración judicial se vea comprometido debido a un error de hecho, ya que estará de una u otra forma pendiente del desarrollo de su caso.

Cabe aclarar que estos casos pueden suscitarse exclusivamente al referirnos al ámbito privado, ya que en el caso de las entidades de derecho público, el acto administrativo que constituye la procuración judicial tal y como lo establece el Código Orgánico General de Procesos tiene una distinta naturaleza jurídica que la celebración del

mandato judicial como se explicó con anterioridad y por lo tanto su tratamiento jurídico es distinto.

En el actual Código Orgánico Administrativo del Ecuador (2017) se prevén a la convalidación (Art. 110), la revocatoria (Art. 115) y la nulidad (Art. 104) como instituciones jurídicas que pueden modificar o dar por terminada la existencia de actos administrativos emitidos por autoridad competente, sin embargo, dentro del desarrollo de los apartados correspondientes para cada institución, el error no cuenta como una causa reconocida para comprometer la voluntad unilateral de la administración.

Desde los aportes del derecho comparado se observa que, como regla general, el error es una institución jurídica que vicia el consentimiento reconocida en la legislación civil objeto de estudio (Argentina, Colombia, Chile, Perú, Uruguay). Al igual que en el Ecuador, el error de derecho no vicia el consentimiento en las legislaciones escogidas, pero sí se reconoce al error de hecho como un vicio del consentimiento en sus tres dimensiones estudiadas, esto es, la naturaleza del acto, la identidad de la cosa y el error en la persona cuando su calidad ha sido el principal motivo para llevar a cabo el acto jurídico.

A pesar de la unanimidad en cuanto al contenido de la operatividad del error de hecho como vicio del consentimiento, resulta necesario resaltar una particularidad presente en el caso de Colombia y Chile. El Código Civil colombiano (2006) establece en su artículo 748 que, en el caso de la tradición, cuando la efectúa un mandatario, si este incurre en error invalidará el acto; lo mismo se puede observar en el artículo 678 del Código Civil chileno (2009) el cual reafirma que el acto jurídico de la tradición será inválido si el mandatario incurre en un error. Al revisarse el artículo 694 del Código Civil ecuatoriano (2015) se observa el mismo efecto jurídico observado en las legislaciones mencionadas en caso de error incurrido por parte del mandatario en la transacción.

Ahora bien, en virtud de estas disposiciones y de las reglas observadas en la norma adjetiva, se puede concluir que existe otro caso en el que la procuración judicial puede tener una relación con el error de hecho, y este es el caso en que el procurador dentro del ejercicio de su mandato tenga que ser el tradente de un determinado bien en un juicio, pero que, por un error de buena fe con respecto a la identidad de la cosa, la identidad del adquirente o la naturaleza del título con que se efectúa la tradición se invalide el acto como lo dispone el Código Civil.

2.7 Formas de terminación de la procuración judicial.

Al igual que la mayoría de los actos jurídicos, la procuración judicial puede terminar de distintas formas según lo previsto en la ley. En el caso ecuatoriano el derogado Código de Procedimiento Civil (2005) estableció tres formas de terminación de este tipo de mandato que fueron la revocatoria (Art. 47), la renuncia del procurador (Art. 50) y la muerte (Art. 48). Por su parte, el actual Código Orgánico General de Procesos (2015) establece la renuncia por objeción de conciencia (Art. 44) la terminación prevista en otras leyes y la muerte (Art. 45); de estas opciones resulta importante indagar en las dos últimas debido a que la operatividad de la revocatoria se explicó previamente en el primer capítulo.

La muerte de una de las partes es una causal común de terminación de contratos en el derecho civil, por esto, tanto la norma sustantiva como la adjetiva las prevén, a pesar de esto, operan de manera distinta. En el artículo 2067 del Código Civil (2015), al ocurrir al afectar el hecho a cualquiera de las partes de pleno derecho el contrato termina; al contrario, en el Código Orgánico General de Procesos (2015) se aprecian dos escenarios

relacionados con esta causal de terminación, si fallece el procurador se entiende que el contrato termina inevitablemente, en cambio, en el caso de que sea el procurante quien muere, ofreciendo garantía a los herederos del causante, no se da por terminado el contrato ipso iure sino que al contrario, se obliga al procurador a representar forzosamente a la sucesión hasta que comparezca un curador de la herencia yacente o los herederos, siempre y cuando ya se encuentre presentada la demanda ante un juzgado.

Con respecto a la derivación a otras leyes, el Código Orgánico General de Procesos (2015) establece que serán formas de terminar la procuración judicial las que establezca la ley, por lo que se entiende que se refiere a las dispuestas en el artículo 2067 del Código Civil. Por lo expuesto, en el Ecuador, las formas de terminación de la procuración judicial son:

1. Por haberse cumplido la tarea encomendada al procurador.
2. Por haberse cumplido el término para el cumplimiento del mandato judicial.
3. Por haberse cumplido una condición preestablecida en el contrato que diera por terminado el mandato judicial.
4. Por la revocación proveniente del procurante.
5. Por la renuncia del procurador.
6. Por la muerte del procurante o procurador con sujeción a las reglas establecidas por el COGEP.
7. Por la quiebra o insolvencia del procurante o el procurador.
8. Por la interdicción del procurante o el procurador.
9. Por haberse cesado las funciones del procurante si el mandato judicial se ha otorgado en ejercicio de ellas.

Desde el derecho comparado, se aprecia que Perú y Uruguay no hacen referencia expresa a la terminación de la procuración judicial, lo que genera el siguiente

cuestionamiento: ¿éste hecho implica una remisión directa a las reglas del mandato en su respectiva legislación civil?, se entendería que sí ya que la duración del contrato necesariamente debe finalizar en algún punto. Esta carencia difiere de lo distinguido en el caso de Argentina, Colombia y Chile que establecen las pertinentes reglas de terminación de la procuración judicial.

El Código de Procedimiento Civil y Comercial de la nación argentina (1981) dispone en su artículo 53 que la representación prestada por los procuradores judiciales terminará por revocatoria del poder, por renuncia del procurador, por haber cesado la personalidad que ostentaba el poderdante, por haberse concluido el proceso, por muerte o incapacidad del procurante o el procurador.

A diferencia de la norma ecuatoriana, no puede alegarse objeción de conciencia para la renuncia en esta legislación, al contrario, la norma obliga al procurador a continuar con el patrocinio hasta que el procurante establezca un nuevo procurador en el juicio bajo pena de daños y perjuicios.

Por otro lado, en caso de la muerte del procurante, la ley argentina sigue el mismo camino que la ley ecuatoriana en tanto obliga al procurador a seguir ostentando su personería en la causa hasta que se apersonen los herederos del causante. Resulta este hecho distinto frente a lo que ordena la ley en el caso opuesto, pues aquí, el juzgador suspenderá el desarrollo procesal del juicio y ordenará en un término que considere pertinente al procurante nombrar un nuevo procurador.

Cabe recalcar que el mismo tratamiento mencionado en el anterior párrafo se dará en el supuesto en que cualquiera de las partes contractuales resulte incapacitada de tal forma que no se denote una prestación consciente de la voluntad que permita continuar

con la prosecución de la causa o la vida del contrato; este hecho resulta de utilidad, sin embargo, no se prevé en la legislación ecuatoriana.

El Código General del Proceso (2012) prevé en su artículo 76 como forma de terminación de la procuración judicial a la revocatoria, la cual permite a la parte perjudicada incoar un procedimiento aparte para la regulación de sus honorarios profesionales; prevé también como métodos para terminar el mandato judicial a la renuncia, sin embargo, esta no opera al momento de notificarse al juzgador como en el caso de la revocatoria sino que surtirá efectos legales cinco días después de haberse notificado efectivamente al procurante.

La norma procesal colombiana menciona en el artículo anteriormente citado que la muerte del procurante, la extinción de la persona jurídica a la que representaba ni la cesación de funciones de quien confirió en primer lugar el poder pueden ser consideradas como formas de dar por terminado el mandato; de este hecho se infiere que en caso de muerte del procurador sí se daría por terminado el mandato (Código General del Proceso de Colombia, 2012).

Por último, el Código de Procedimiento Civil chileno (2019) al igual que en el caso de Perú y Uruguay, no establece directamente formas de terminación de la procuración judicial salvo por la renuncia del procurador a sus funciones, a pesar de esto resulta interesante conocer que en su artículo 10 establece que no podrá alegarse la terminación del mandato judicial a menos que la parte interesada en probar el hecho presente un testimonio de la expiración del mandato.

CAPÍTULO III: La procuración judicial y la cláusula especial para transigir: consecuencias jurídicas y procesales de su no inclusión.

Como se observó en los dos capítulos precedentes, tanto el mandato civil como la procuración judicial requieren, para determinadas situaciones, de cláusulas que la ley otorga la denominación de especiales ya que brindan facultades que exceden las capacidades básicas de un mandatario general; pero, ¿qué sucede si no se otorgan estas facultades extraordinarias al mandatario civil y al procurador judicial?

El Código Civil del Ecuador (2015) pretende establecer una distinción entre el mandato general y especial en el artículo 2034. Será un mandato general cuando el poder se otorgue para todos los negocios jurídicos del mandante; y, se convertirá en especial cuando la gestión encomendada verse sobre uno o más negocios específicos.

Más adelante, la norma civil añade varias consideraciones a este hecho. En el artículo 2036 dispone que las facultades naturales (ergo, generales) del mandatario serán aquellas destinadas a la administración de negocios de naturaleza de crédito y de cuidado de bienes inmuebles, y, en el último inciso se establece de manera expresa que aquellos actos que sobrepasen estas potestades requerirán cláusulas especiales (Código Civil del Ecuador, 2015).

Por su parte, la redacción del artículo 43 el Código Orgánico General de Procesos (2015) da a entender que, en el caso del mandato judicial, la facultad general única del procurador corresponde a comparecer a cualquier diligencia o etapa que corresponda a un determinado proceso, para todas las demás situaciones el gestor requerirá de cláusulas especiales que se desarrollan dentro del mismo artículo.

Ahora bien, si no se incluyen estas facultades a favor de los mandatarios se producirán efectos negativos para el correcto desarrollo de la gestión encomendada, sin

embargo, existe una marcada diferencia de gravedad con respecto a la naturaleza del mandato que esté aplicándose.

En el caso del mandato civil, indudablemente el mandatario se encontrará imposibilitado de actuar más allá de lo que su mandato se lo permita, y en caso de que lleve a cabo alguna acción no prevista en el contrato, estos hechos se considerarán nulos por haber sido efectuados con poder insuficiente.

A pesar de esto, el artículo 2026 del Código Civil (2015) suple la falta de potestades del procurador por cuanto reconoce que en caso de ejecutarse algún acto de buena fe que extralimite las funciones previstas originalmente por ocasión de una situación imperiosa, estas se observarán como realizadas por un agente oficioso.

Objetivamente se puede observar que en este caso la norma civil persigue dos propósitos con esta disposición; por una parte, evita la perturbación de la gestión encomendada, permitiendo que el negocio jurídico se lleve a cabo con normalidad siempre y cuando exista una ratificación posterior por parte del mandante; y, por otra parte, procura los intereses de ambos intervinientes en el contrato ya que impide que el mandante se vea perjudicado por la nulidad de lo actuado, y, permite al mandatario cumplir con la tarea encomendada.

Situación distinta se observa para el caso del procurador judicial; ya que, al no incluirse una de las facultades especiales previstas en la norma adjetiva, este quedará completamente imposibilitado para actuar oportunamente dentro del procedimiento que atienda, y consecuentemente, dentro del proceso del cual sea parte el procurante. La falta de cláusulas extraordinarias para el gestor en el escenario procesal pone sobre la mesa algunas consideraciones de importante tratamiento.

Primero, el procurador judicial no podrá extralimitar sus funciones pues el Código Orgánico General de Procesos no reconoce la procuración oficiosa como lo hizo el Código de Procedimiento Civil, ya que, en caso de que se lleve a cabo un procedimiento por parte de un agente oficioso y no se otorgue ratificación posterior de lo actuado por parte del legítimo contradictor todo lo actuado sería nulo, y, consecuentemente, la eficacia del proceso se vería vulnerada y comprometida.

Y segundo, al contrario del extinto Código de Procedimiento Civil, el Código Orgánico General de Procesos no cuenta con una disposición expresa de cómo tienen que actuar los operadores de justicia o a qué norma remitirse deberán remitirse para tomar una decisión con respecto a esta situación. La derogada norma adjetiva disponía que, en el supuesto de la falta de legitimidad de personería del procurador, los jueces debían remitirse a las normas previstas en el Código Civil, por esto, existió cabida para la gestión oficiosa, sin embargo, en la actualidad pretender aplicar las normas de la norma civil resulta incompatible.

La norma adjetiva obliga a los litigantes a incluir cláusulas especiales a favor de los procuradores judiciales que los representen en juicio. Una de éstas es la cláusula especial para transigir, que tiene por objetivo permitir al gestor a celebrar actos o contratos que den por terminado el conflicto que ha sido sometido a conocimiento de un juez.

Por lo tanto, la facultad conferida a través de esta cláusula operativamente otorga la potestad al procurador de actuar y tomar decisiones que concluyan extraordinariamente el proceso; sea al momento en el cual el juzgador promueve la conciliación entre las partes, al proponer a la contraparte derivar el conflicto a métodos alternativos de solución de conflictos o acuerdos transaccionales a la contraparte afuera, o en cualquier etapa procesal permitida.

Aproximando una respuesta a la interrogante planteada en párrafos anteriores, en caso de que el procurador judicial comparezca a juicio en nombre de uno de los legítimos contradictores sin ostentar cláusula especial para transigir, existen dos consecuencias concretas que se han podido observar en procedimientos judiciales reales a partir de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos.

En el caso del mandatario judicial establecido por el actor, los jueces, al detectar la falta de cláusula expresa para transigir previamente a instalar la audiencia, optan por aplicar el criterio jurisprudencial citado en el anterior capítulo, esto es, declarar la ilegitimidad de personería del gestor debido a que comparece con poder insuficiente al proceso, declarándolo falso procurador, y acogiéndose además a la disposición prevista en el numeral 1 del artículo 87 del Código Orgánico General de Procesos (2015), es decir, declarar el abandono del proceso.

Esta situación se ilustra en el juicio No. 17203- 2018-05320 de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la parroquia Mariscal Sucre, del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha; este proceso correspondió a una solicitud de divorcio por mutuo consentimiento que fue archivado debido a que la procuradora judicial de una de las partes compareció a la audiencia única con una escritura pública de mandato judicial que no contaba con cláusula especial para transigir.

Al verificar el juzgador la falta de la mencionada cláusula procedió a declarar a la abogada defensora como falsa procuradora y optó por hacer constar en su sentencia que la persona representada por la profesional no compareció a la diligencia, por lo que resultaba imposible dar prosecución de a la causa y consecuentemente brindar sentencia de fondo que atendiera la petición de las partes procesales.

Por otro lado, al referirnos al mandatario judicial sin facultad extraordinaria para transigir dispuesto por parte del demandado, los operadores de justicia, al identificar la incompleta legitimación de personería, aplica el contenido del numeral 2 del artículo 87 de la norma adjetiva, es decir, continúa con la audiencia sin tomar en consideración la presencia del gestor generando así dos situaciones concretas; primero, el procurador perderá la oportunidad procesal para hacer valer los derechos de su patrocinado; y, consecuentemente, lo relega a ser un mero espectador de la prosecución de la causa (Código Orgánico General de Procesos, 2015)..

El segundo caso se ejemplifica con claridad en el juicio No. 17371-2018-01172 de la Unidad Judicial del Trabajo con sede en la parroquia Iñaquito, del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha; el cual corresponde a una demanda de Indemnización por Despido Intempestivo en la cual en efecto existió una resolución del conflicto por medio de conciliación, sin embargo, consta de la providencia judicial que el gestor judicial de uno de los demandados no ostentaba procuración judicial alguna a pesar de haberla presentado al juzgador; la escritura pública no fue aceptada por motivo de que no contaba con una cláusula especial para transigir.

En este caso, el juzgador no inobserva la presencia del abogado patrocinador del perjudicado, reconoce que comparece a nombre de su cliente y, a pesar de esto lo inhabilita para actuar en todas las etapas de la audiencia única pues desconoció el contenido de su mandato judicial por falta de la cláusula previamente descrita, relegándolo así a cumplir exclusivamente con la facultad general de los procuradores judiciales, esto es, ser parte de las etapas de un procedimiento, pero exclusivamente como un observador.

Cabe enfatizar en tres aspectos notorios derivados de las mencionadas consecuencias:

- a. Antes de las reformas de la norma procesal vigente que tuvieron lugar el 26 de junio de 2019, la declaratoria de abandono impedía la posibilidad de volver a plantear una demanda con la misma identidad objetiva y subjetiva.

Al momento de la redacción de este capítulo, la declaratoria de abandono ya no impide volver a proponer nuevamente la demanda, pero obliga a que esta segunda interposición tenga lugar en el plazo 6 meses posteriores a la declaratoria de archivo de la causa original, alargando así la correcta resolución de conflictos por parte de la autoridad competente.

- b. Con el fin de evitar actuaciones procesales nulas, los operadores de justicia aceptan que los falsos procuradores del demandado sean parte del proceso, sin embargo, no les permiten realizar ninguna actuación en defensa o representación de los intereses del mandante.
- c. Indudablemente, estas decisiones se toman debido a la falta de norma expresa que disponga a los juzgadores una actuación concreta en este tipo de casos, por lo que necesariamente se verán conminados a aplicar soluciones a estas lagunas legales; y, aunque objetivamente apliquen disposiciones del código procesal, se inobservan otras reglas de carácter adjetivo que brindan una solución más efectiva al problema y resultan menos lesivas a la petición de administrar justicia de las partes.

Por lo expuesto en esta introducción del capítulo, y sobre la base de lo que se expondrá en los numerales posteriores, se analizará por qué la obligatoriedad irrestricta de incluir la cláusula especial para transigir resulta vulneratoria a la voluntariedad, la celeridad procesal y la tutela judicial efectiva, para plantear posibles soluciones a este inconveniente que se observa en la práctica procesal ecuatoriana.

3.1. Razón de ser de la obligatoriedad de la cláusula especial para transigir.

Como se trató en párrafos anteriores, los mandatarios judiciales requieren de un poder expreso para transigir debido a que todos los procedimientos previstos en la normativa procesal ecuatoriana disponen obligatoriamente que las partes planteen propuestas y contrapropuestas que den ayuda a generar una conciliación o un acuerdo transaccional que den por terminado el proceso extraordinariamente. Para comprender de mejor manera los efectos de la falta de cláusula especial estudiada es preciso que se revisen brevemente las instituciones que son materia de ésta.

La transacción es definida por Larrea Holguín (2011) como un contrato civil que busca finiquitar extrajudicialmente un proceso en desarrollo o evitar un litigio futuro. El criterio del autor parte del análisis directo del artículo 2348 del Código Civil del Ecuador (2015) que define al contrato mencionado y trata en varios artículos posteriores a este tipo de negocio jurídico.

Similar criterio comparte Navarro (2007) quien adicionalmente establece varias características a este instituto contractual:

- a. Es consensual, bilateral y representa un beneficio directo a las partes que lo celebran por terminar o precaver un litigio eventual.
- b. No se genera sino por concesiones recíprocas entre las partes interesadas en celebrar el contrato.
- c. Corresponde a un equivalente jurisdiccional pues, su correcta celebración otorga a las partes una solución con efecto de cosa juzgada.
- d. Tiene por objeto la renuncia, reconocimiento, constitución o transferencia de derechos o acciones dependiendo de cada caso en concreto.

- e. Los derechos o acciones materia del contrato necesariamente tendrán una naturaleza transigible, es decir, serán plenamente disponibles por la parte que ostente su titularidad.
- f. Tiene por causa terminar o prevenir un litigio existente o eventual entre dos o más partes.

Por otra parte, la conciliación es definida por Ovalle (2016) como una actividad en la cual un tercero imparcial propone opciones de solución o encamina las pretensiones de dos o más sujetos que se encuentran en un conflicto o un litigio. Menciona que, dependiendo de la situación y de la naturaleza de los conciliadores, esta podrá subdividirse en judicial y extrajudicial; la primera, será aquella en la cual un juez gestiona una conciliación entre las partes procesales de una causa que conoce; y, la segunda, aquella que las partes logran gracias a un conciliador privado o público que no tiene potestades jurisdiccionales.

Palacio (2003) ubica a la conciliación como una forma extraordinaria de culminación de los procesos por cuanto el juzgador, en su acto decisorio, no trata la pretensión originalmente planteada, sino que establece que las partes de manera voluntaria han decidido terminar el proceso anormalmente por la vía descrita.

Cabe mencionar que existen autores que confunden la conciliación como un sinónimo o equivalente a instituciones relativamente análogas o que tienen la misma función. En este sentido Ramírez (2015) concibe a la conciliación como un tipo de mediación pues establece a ambas figuras como métodos alternativos de solución de disputas que tiene por objeto lograr que dos sujetos gestionen la solución de un conflicto del cual son parte gracias a la asistencia de un operador de justicia, un mediador o un conciliador.

El criterio de Ramírez se observa en el artículo 55 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador (1997) en la cual se establece que la conciliación extrajudicial se entenderá como un sinónimo de mediación para efectos de la aplicación de las disposiciones contenidas en el cuerpo legal pertinente.

Por su parte, Echandía (2019) postula a la transacción y la conciliación como sinónimos, atribuyendo a ambas situaciones una naturaleza contractual con la única distinción de que existirá transacción en procedimientos de naturaleza civil o contencioso administrativo, y, en cambio, será una conciliación en procedimientos de naturaleza laboral.

Para aclarar la disparidad de ideas sobre la naturaleza de la institución, se destaca el criterio de Ayarragaray (citado en Palacio, 2003), quien propone un criterio de diferenciación entre la conciliación y la transacción con base en la naturaleza del derecho dispuesto; así, estarán sujetas a transacción aquellas situaciones vinculadas al peculio de los intervinientes; y, serán susceptibles de conciliación aquellos derechos o situaciones jurídicas que no estén prohibidos expresamente por el orden público, incluyendo las situaciones económicas previstas para la transacción.

Con los aportes estudiados hasta este punto se esboza indirectamente una situación que no es tratada por la doctrina ni la ley pero que resulta trascendental para comprender la obligatoriedad de incluir una cláusula especial para transigir; en efecto la transacción y la conciliación resultan ser figuras distintas, sin embargo, ambas comparten dos características comunes; primero, gracias a la interacción de las partes del conflicto se genera una situación jurídica de libre negociación en la cual, gracias a concesiones y acuerdos se pretende prevenir o terminar el escenario conflictual, sea fuera del proceso o dentro de este; y, segundo, ambas versan sobre derechos y bienes que pueden ser dispuestos libremente o se los considera como transigibles.

Para poder participar del descrito escenario de negociación sobre derechos transigibles, el procurador judicial necesariamente deberá contar con una cláusula especial que lo faculte, caso contrario, obra sin poder suficiente ante la ley ecuatoriana tanto desde el punto de vista civil, como del punto de vista procesal lo que acarreará la nulidad de lo actuado.

En ese sentido, la Constitución de la República del Ecuador (2008) reconoce que la materia transigible será la base sobre la cual se edificarán los métodos alternativos de solución de conflictos y las demás instituciones que procuren prever o finiquitar extrajudicialmente los conflictos de los individuos.

Si bien es cierto que no existe norma alguna que establezca taxativamente aquellas materias, derechos o situaciones sobre las cuales las personas podrán transigir, el Código Civil del Ecuador (2015) aproxima de manera general en su artículo 11 que las personas podrán disponer con libertad de los derechos que la ley les confiera siempre y cuando se observen dos situaciones concretas; primero, que tal situación no tenga por objeto más que el beneficio personal del individuo; y, segundo, que la renuncia de este derecho no se prohíba expresamente.

Desde la perspectiva procesal ecuatoriana, la conciliación no corresponde sino a una etapa procesal prevista para todos los procedimientos. Establece el Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano (2015) que la conciliación es una forma extraordinaria de culminación del proceso a la cual las partes podrán acceder en cualquier estado en el que éste se encuentre; se solicitará la conciliación sobre la totalidad del conflicto o parcialmente, e incluso, aplicará al momento del cumplimiento de la sentencia.

El momento procesal previsto para que el juzgador promueva obligatoriamente la conciliación entre las partes es la audiencia preliminar en caso del procedimiento

ordinario o la primera fase de la audiencia única en caso de los procedimientos con audiencia única. Indistintamente de lo mencionado, la norma procesal ecuatoriana permite a las partes procesales solicitar al juzgador una conciliación incluso concluida la etapa mandatoria (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Desde el derecho comparado se observa que la legislación civil de Argentina (Art. 13), Colombia (Art. 15), Chile (Art. 12), Perú (Art. 5) y Uruguay (Art. 8) de manera unánime reconoce la posibilidad de que las personas puedan disponer de sus derechos siempre y cuando estos miren a su interés personal, no se encuentre prohibida su libre renuncia o uso, y, que no se encuentren dentro de la esfera de derechos fundamentales. También reconocen la naturaleza contractual de la transacción y que es el medio idóneo para disponer de los derechos económicos transigibles.

Así mismo, para la legislación comparada la conciliación es principalmente, una forma extraordinaria de terminación del proceso, es obligatorio para los jueces promoverla y se aceptará en su totalidad o de manera parcial, y podrá llevarse a cabo por procurador siempre y cuando no exista prohibición legal expresa; sin embargo, existen distinciones considerables dependiendo de cada país.

Colombia (Art. 372 numerales 1 y 6), Perú (Art. 323 y 326) y Uruguay (Art. 293 numeral 1 y 3) disponen que la conciliación se efectuará en una audiencia única solicitada por el juez, obligando por lo tanto a que se deje constancia expresa por medio de providencia de la resolución del conflicto, la resolución parcial o la imposibilidad de conciliación. Por su parte, Argentina (Art. 309 y 3060) y Chile (Art. 262) al igual que en Ecuador, establecen la obligatoriedad del juez de promover la conciliación en la audiencia preliminar o la primera etapa de los procedimientos dependiendo de su naturaleza.

3.2. La obligatoriedad irrestricta de la cláusula de transigir como un elemento vulneratorio a la voluntad del procurante.

El pilar de la conciliación, la transacción o los métodos alternativos de solución de conflictos reside en la voluntariedad de los intervinientes, ya que, al contrario del procedimiento judicial, estos no resultan forzosos una vez acordados a celebrarse o al ser solicitados. Este hecho se reconoce por el Código Orgánico General de Procesos (2015), el cual establece en el segundo inciso del artículo 233 que la conciliación se basará entre otros principios en la voluntariedad de las partes.

Tarud (2013) interpreta a este principio como una de las piedras angulares de los métodos alternativos de solución de conflictos en general, y amplía esta afirmación mencionando que es importante comprender a la voluntariedad desde dos perspectivas; primero, como una expresión de la libertad personal de los individuos de ser partícipes o no del procedimiento; y, desde un segundo lugar, la posibilidad de permanencia o terminación de este en cualquier etapa en que se encuentre.

La autora es enfática al mencionar que la voluntariedad es crucial en este tipo de procedimiento principalmente debido a que estos parten de una filosofía que pretende otorgar a las partes la suficiente autonomía y libertad para contribuir equitativamente con una solución al problema que motivó la necesidad de acceder a estos métodos desde un principio (Tarud, 2013).

Ahora bien, ¿cumple la conciliación judicial prevista en el ordenamiento procesal ecuatoriano los parámetros de voluntariedad mencionados? Si bien este instituto legal tiene como esencia permitir a las partes y sus defensores formular propuestas y contrapropuestas que permitan agilizar la terminación del proceso por medio de una

negociación autónoma dirigida por parte del juzgador, al mismo tiempo se torna como una situación de carácter obligatorio para las partes procesales indistintamente de que tengan deseo o no de participar en esta.

En la práctica, los operadores de justicia después de instalar la audiencia, verificar la inexistencia de causales de nulidad del proceso y establecer en conjunto con las partes el objeto de la controversia deben promover la conciliación entre los legítimos contradictores.

Si las partes procesales se encuentran presentes en la audiencia no habrá mayor inconveniente por cuanto el intercambio de propuestas podrán fluir con normalidad, para eventualmente finalizar el litigio por medio de un acuerdo o continuar con este debido a una falta de acuerdo, o la declaración unilateral e irrevocable de una de las partes de su falta de voluntad para transigir.

Esta descripción formula la siguiente interrogante, ¿qué sucede si el procurador judicial que comparece a la audiencia sin su procurante no ostenta la cláusula especial para transigir por motivo de que no fue voluntad de su mandante transigir sobre la materia litigiosa? No cabe duda que el gestor no tendrá dentro de sus facultades el poder para generar propuestas conciliatorias ni aceptar o rechazar propuestas de la contraparte, sin embargo, esta situación bastará para que el juzgador que dirige la audiencia califique vía auto interlocutorio al mandatario como falso procurador y ordene el archivo de la causa.

Tras el análisis de los elementos de la voluntad, es claro que la obligatoriedad irrestricta de incluir una cláusula especial para transigir en una procuración judicial inobserva el libre albedrío de los legítimos contradictores. Estos se encuentran obligados a estar inmersos en una etapa para transigir debido a que la norma procesal así lo establece, sin embargo, resulta reprochable que cualquiera de los justiciables sea objeto

de una sanción procesal por demostrar de manera tácita la falta de voluntad para transigir al no otorgar esta facultad extraordinaria a su gestor judicial.

3.3. La obligatoriedad irrestricta de la cláusula de transigir como un elemento vulneratorio a los principios del proceso y del procedimiento.

El profesor Couture (1958) plantea de manera abstracta que los principios no son sino la esencia misma que define el ordenamiento jurídico, ya que, al partir de los derechos y garantías dispuestos en el código político de una determinada sociedad, estos brindarán y establecerán los cimientos sobre los cuales se edificarán las normas sustantivas y adjetivas, como estas serán interpretadas y la forma en la que se aplicarán para cada caso concreto.

Para el jurista, en el ámbito procesal los principios toman una trascendente relevancia ya que como él lo plantea, la ejecución de un instituto procesal o la celebración de una diligencia relacionada con la actividad jurisdiccional que ostenta la función judicial conlleva necesariamente la aplicación de todas y cada una de las máximas que el legislador consagró para regir el proceso (Couture, 1958).

Concretando estas ideas, Palacio (2003) define a los principios como aquellas herramientas de aplicación mandatoria que constituyen y definen a un ordenamiento procesal determinado. Menciona que, aunque existan ciertos principios que resultan generales para todos los ordenamientos jurídicos, estos realmente evolucionan a la par de las demás instituciones sociales de cada nación.

En el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la aplicación de principios resulta trascendental por cuanto la propia Constitución de la República (2008) dispone que tanto los principios como los derechos fundamentales tienen un carácter inalienable y ostentan una jerarquía similar por lo que innegablemente estos pueden ser exigidos y garantizados frente a la autoridad pública competente.

Por lo tanto, estos funcionarios necesariamente tendrán la obligación de otorgarlos e incluirlos conforme lo prescribe la norma fundamental, y de manera más específica para esta investigación, aquellos principios que pretenden dirigir al proceso tendrán que ser necesariamente observados e incluidos en el ejercicio jurisdiccional del Estado.

De manera específica, dentro del capítulo de los derechos y garantías de protección, el artículo 169 de la norma constitucional establece que dar a cada uno lo que le corresponde es un servicio social que se gestionará por parte de los funcionarios públicos con sujeción a varios principios, dentro de las cuales se destacan la eficacia y la igualdad de condiciones dentro de los actos procesales, la celeridad de la tramitación de las causas, y, por último, que el fin último de este poder del Estado será servir de vehículo a las personas para la obtención de la justicia, por lo que esta no será comprometida ni negada por meras formalidades (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Cabe hacer hincapié en el hecho de que la norma suprema ecuatoriana adicionalmente dispone que serán de inmediata y directa aplicación otros derechos que sean reconocidos por los tratados internacionales de derechos humanos, lo que es el caso de los principios aludidos en el párrafo anterior, ya que, tanto la celeridad e igualdad de condiciones son elementos fundamentales del catálogo de garantías judiciales (Art. 8) en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1948).

Como se ha observado hasta este punto, desde una perspectiva conceptual los principios procesales resultan simples directrices que deberán ser observadas por el Estado al momento de impartir justicia a los administrados; sin embargo, en el caso ecuatoriano, los principios procesales de celeridad, eficacia e igualdad en el proceso adquieren la calidad de verdaderos derechos que ostentan las partes procesales en un procedimiento determinado, los cuales deberán ser respetados y garantizados por parte de los operadores de justicia a lo largo del proceso.

Ahora bien, al analizar el problema de investigación propuesto en la presente disertación se denota que las secuelas procesales derivadas de denegar justicia al procurador judicial que no ostente una cláusula especial para transigir por parte de los juzgadores comprometen de manera notoria la eficaz y expedita prosecución de las causas en conjunto con la equidad procesal.

3.3.1. Principio de celeridad.

Como se estableció en líneas anteriores, la celeridad, más que un principio resulta un derecho fundamental de las personas que son parte de un proceso. Este derecho está consagrado en los artículos 75 y 169 del texto constitucional ecuatoriano, el cual determina que las personas que accedan a la justicia recibirán un tratamiento expedito de su solicitud, y el trámite por medio del cual esta petición sea formulada guardará celeridad debida (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Por su parte, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1977) dispone en su artículo 8 como una de las garantías judiciales básicas que los procedimientos judiciales serán gestionados en un plazo razonable.

Adicionalmente, el artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009) dispone como obligatoriedad de los juzgadores gestionen las causas que han llegado a su conocimiento con estricta observancia de los términos legales dispuestos en la norma adjetiva sin necesidad de que exista petición de parte para su cumplimiento.

Mejía (2018) define a la celeridad desde un punto de vista teleológico, estableciendo que este tiene dos principales fines; primero, prever la observancia y la aplicación de plazos razonables para la tramitación de los distintos procedimientos; y, segundo, evitar la concreción de dilaciones innecesarias, no razonables e injustificadas en la prosecución de las causas.

Jarama, Vásquez y Durán (2019) acotan que este principio busca adicionalmente repercutir en la reducción del lapso de duración de los procesos judiciales, teniendo como principales consecuencias denegar y evitar actos dilatorios, impedir diligencias que no aporten al desarrollo del proceso y la interposición de recursos verticales u horizontales innecesarios; por estos motivos, la celeridad tiene un estrecho lazo con la economía procesal.

Ahora bien, tomando en consideración la temática de investigación, se advierte que existe en efecto una vulneración a la garantía de celeridad y al plazo razonable para los justiciables ecuatorianos cuando los operadores de justicia archivan la causa por falta de cláusula especial para transigir en la procuración judicial.

Como lo ilustra Echandía (2019), la finalidad del proceso no es sino otorgar a los ciudadanos una tutela judicial efectiva de los derechos y libertades como miembros del Estado, por lo que este necesariamente termina al momento de cumplir con este propósito; por lo tanto, cuando los jueces emiten el auto que archiva el procedimiento original por

esta falta de formalidades legales y obligan de manera explícita a las partes a volver a iniciar un nuevo procedimiento se observan dos situaciones.

En primer lugar, esta providencia pone fin a la vía procedimental, sin embargo, no termina el proceso en sí debido a que el juzgador no satisfizo las pretensiones de los litigantes ni administró justicia, por lo que nuevamente las partes tendrán que tramitar ante los juzgadores competentes un nuevo procedimiento para poder continuar con el proceso ya iniciado.

Y como consecuencia directa de lo descrito en el párrafo precedente, el tiempo de tramitación del proceso se incrementará notoriamente debido a que lo transcurrido hasta la fecha de la audiencia fallida se adicionará al que requiera el cumplimiento de todas las solemnidades procesales que implica el nuevo procedimiento judicial (la presentación y calificación de la demanda, la citación, la contestación de la demanda y su calificación, y la designación de una nueva fecha para audiencia como ejemplo de un caso genérico sin particularidades).

3.3.2. Principio de igualdad en el proceso.

En términos simples, este principio consagra como norma básica que las partes procesales ostentarán las mismas oportunidades de defensa y derechos a lo largo del proceso, y estos serán garantizados durante las distintas etapas procesales por parte de los operadores de justicia y todos los funcionarios que estén llamados a velar por el cumplimiento del debido proceso legal, sin embargo, conviene profundizar más en la doctrina para analizar su importancia.

Para Ovalle (2016), este principio pretende lograr una reciprocidad procesal para los intervinientes en el proceso, de tal forma que todas las actuaciones que estos realicen incluyendo sus cargas y facultades representen una equidad cierta que supere la desproporción que puede existir por motivo de factores económicos o sociales que diferencien y caractericen a los litigantes. Así, la pretendida igualdad debe ostentar estándares tan altos que incluso intercambiando los papeles de las partes el curso normal del procedimiento resultara igual.

Mejía (2018) concluye que este principio no es más que una consecuencia de la interacción humana dentro de un escenario social donde este es consagrado como un derecho legalmente reconocido por el Estado. Así, se garantizará la igualdad en el proceso por parte del legislador, quien consagrará esta máxima no solo en la norma suprema sino también en la norma adjetiva, estructurando los procedimientos, las cargas y los deberes procesales de tal forma que las partes tengan una igualdad de condiciones que deberá ser observada y perseguida por el juzgador.

Se verá por lo tanto vulnerado este principio cuando por acciones u omisiones del encargado de procurar la equidad procesal entre las partes no cumpla cabalmente con su función, se inobserven disposiciones normativas que sirven de sustento o garantía para conseguir este objetivo o cuando no se respeten las formas procesales prescritas por la norma adjetiva.

Para el caso del archivo de la causa por motivo de la falta de cláusula para transigir en la procuración judicial de la parte demandada, existirá una inobservancia de las normas que propugnan la equidad de armas de las partes en el proceso por motivo del efecto procesal que se observó en la introducción del capítulo, esto es, relegar al gestor procesal a ser un mero observador del proceso.

Echandía (2019) menciona que la igualdad de armas dentro del proceso se obtendrá con dos requisitos; que ambos litigantes puedan hacer valer sus posturas y pretensiones por medio de la asistencia técnica de un letrado en las ciencias jurídicas; y que exista suficiente interés por parte del juzgador para hacer valer las disposiciones sustantivas y adjetivas que garanticen la igualdad de oportunidades y condiciones procesales.

Se hace hincapié en el hecho de que quien es constituido vía providencia judicial como falso procurador en el caso ecuatoriano no podrá cumplir con el rol para el cual fue designado originalmente, esto es, otorgar oportuna defensa técnica a los derechos e intereses de uno los legítimos contradictores del proceso, dejando en indefensión manifiesta al litigante perjudicado, por su incapacidad de llevar a cabo algún acto de manera oportuna.

3.4. La obligatoriedad irrestricta de la cláusula de transigir como un elemento vulneratorio a las garantías del Debido Proceso y la Tutela Judicial Efectiva.

Si bien la tutela judicial efectiva y el debido proceso son institutos distintos demuestran tener una íntima relación con respecto a la protección y la garantía de equidad que tienen las partes de un proceso, por esto, es importante que se dispongan distinciones y sus características de tal forma que se puedan apreciar, para así, comprender como el problema de investigación compromete a cada una.

En términos simples, debido proceso es concebido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como un conjunto de garantías mínimas que ostentan los justiciables al ser parte de un procedimiento judicial o administrativo; esto se evidencia primordialmente

en el artículo 76 de la Constitución de la República (2008), el cual consagra de manera específica un catálogo de aspectos mínimos que los operadores de justicia y los funcionarios que hagan sus veces deben procurar y precautelar al momento de dirigir el curso de un procedimiento; en armonía con el Código Político ecuatoriano, el artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1948) establece las garantías judiciales.

Prieto (2003) analiza la institución, y menciona que el hecho de que el concepto de debido proceso sea reconocido tanto por las constituciones de las naciones como por parte de tratados internacionales de derechos humanos implica necesariamente que todo aquello que la institución comprende deberá entenderse e interpretarse como un conjunto de derechos fundamentales; y que estos serán aplicables y exigibles no solo en procedimientos de naturaleza penal, sino que se extenderá a otras ramas del derecho.

Por su parte, la tutela judicial efectiva resulta en un concepto más complejo de definir por cuanto necesariamente se debe analizar su origen y finalidad para comprenderlo. Tal y como se desprende del análisis del texto constitucional ecuatoriano, la potestad de conocer y dirimir los conflictos colectivos e individuales suscitados en la sociedad es exclusiva del poder judicial, por lo que necesariamente quien quiera someter una desavenencia legal ante dicha función estatal deberá hacerlo ejercitando su derecho a la jurisdicción conforme lo prescrito en la ley.

Frente a esta realidad, Aguirre (2010) concluye que el instituto de la tutela judicial efectiva no es sino una consecuencia directa del ejercicio del derecho de acción ante la autoridad competente, la cual deberá cumplir con un conjunto de parámetros tanto sustantivos como adjetivos que tendrán por objeto otorgar una oportuna respuesta a la petición inicialmente formulada, la cual no necesariamente será favorable.

Esta figura es consagrada en el artículo 75 de la norma suprema del Ecuador (2008), el cual dispone que los individuos tendrán derecho a acceder de manera gratuita, oportuna, imparcial y expedita al servicio público y social de justicia; adicionalmente, el alcance y contenido de este derecho se amplía con el contenido del artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009) el cual dispone que los funcionarios públicos deberán circunscribir sus actuaciones procesales y decisorias con base exclusiva en los elementos fácticos y jurídicos aportados y probados oportunamente por las partes procesales, y las disposiciones normativas contenidos en la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley.

Adicionalmente, la Corte Constitucional del Ecuador ha concretado los elementos y requisitos básicos de la Tutela Judicial Efectiva a través de varios fallos de carácter vinculante, describiendo que el instituto comprende; el acceso a la justicia, la oportuna tramitación y conocimiento de la petición formulada, la expedición de una sentencia o resolución motivada.

A continuación, se describirá el criterio de la máxima magistratura de justicia constitucional ecuatoriana con respecto de los componentes señalados:

1. El acceso a la justicia se entenderá como la obligación que tienen los funcionarios públicos de permitir el libre y gratuito acceso de los ciudadanos al servicio de justicia sin la imposición de obstáculos legales o formales no previstos en la ley que comprometan el conocimiento de las causas (Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 364-16-SEP-CC, Caso 1470-14-EP, 15/11/16, 2016).

2. La tramitación de la petición formulada será desarrollada con base en la normativa legal vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y tendrá por objetivo emitir una resolución a la solicitud de justicia (Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 364- 16-SEP-CC, Caso 1470-14-EP, 2016).
3. La resolución o sentencia emitida por parte de la autoridad pública que conoció y dio trámite a una causa determinada deberá expresar de manera clara los fundamentos de hecho y de derecho sobre los cuales cimienta su acto decisorio, el cual no pretenderá necesariamente acoger la solicitud inicial, sino que precautelaré emitir un criterio reflexivo de la procedencia o la improcedencia de la acción (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 090-15-SEP-CC, Caso 1567-13-EP, 2015).

Oyarte (2016) alude a un cuarto requisito que compone la Tutela Judicial Efectiva, esto es el cumplimiento o ejecución del contenido de la sentencia o resolución emitida por la autoridad pública. En estricto orden lógico, el jurista argumenta que la jurisdicción no se limita a juzgar, sino que deberá necesariamente ejecutar lo juzgado, de lo contrario, el contenido del acto decisorio se convertiría en una simple sugerencia para las partes.

Al tenor del criterio citado, López (2013) enfatiza en el hecho de que la ejecución no es sino el medio por el cual concluye el proceso, se otorga seguridad jurídica a las partes y se consagra la tutela judicial efectiva real. Únicamente las sentencias ejecutoriadas y revestidas con calidad de cosa juzgada serán aquellas que faculten a los litigantes a exigir los derechos u obligaciones a la contraparte y satisfaga la petición solicitada al órgano jurisdiccional.

La Corte Constitucional del Ecuador reconoce la ejecución en varios fallos; menciona que la tutela judicial efectiva no se circunscribe únicamente al acceso a la justicia y la tramitación de la causa, necesariamente este proceso deberá desembocar de manera motivada y congruente en hacer efectiva la petición solicitada, pues solo así se garantizan los derechos de las partes y la obligatoriedad de la decisión (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1114-10-EP-CC, Caso 076-10-SEP, 2010).

De igual manera, reconociendo que el alcance de la tutela judicial efectiva resulta muy amplio, los magistrados constitucionales ecuatorianos consideran oportuno circunscribir su contenido al acceso a la justicia y la tramitación de la causa, la decisión motivada en derecho y el cumplimiento de aquello que el juez ha prescrito para el caso en concreto (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 0005-10-SEP-CC, Caso 0041-09-EP, 2010).

3.4.1. Vulneraciones a las garantías del debido proceso

Tras haber analizado la institución, se puede decir que existirá un quebrantamiento a las garantías del debido proceso cuando por una acción u omisión proveniente tanto de las autoridades públicas que administran justicia, como generada por las propias partes procesales de uno o varios de sus elementos constitutivos.

En el caso concreto de investigación, se advierte que cuando las situaciones fácticas o procesales llevan al juzgador a desconocer el contenido de la procuración judicial, sea relegando al litigante a ser un mero observador del proceso o archivando la causa propuesta por una declaratoria de falsa procuración, en efecto, las disposiciones constitucionales que componen el debido proceso se ven comprometidas.

El problema de investigación causará una afectación a varias de las disposiciones contenidas en el artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador, las cuales se describirán con detalle. El literal “a” establece que nadie podrá ser privado de su derecho a la defensa, sin embargo, en las dos situaciones vulneratorias descritas (relegar al litigante a mero observador / archivar la causa por declaración de falsa procuración), el procurante perjudicado por la decisión adoptada por el juez directamente evitará que el procurador desarrollo la defensa de los intereses o derechos discutidos en el procedimiento debido a que no podrán actuar directamente en el procedimiento.

El literal “c” dispone que los argumentos de las partes serán escuchados y analizados por parte de la autoridad pública en los términos previstos en la ley y en igualdad de condiciones, en las situaciones descritas, como consecuencia de la imposibilidad de actuar dentro del procedimiento, los procuradores no podrán dar a conocer el fondo del asunto ni probar su tesis jurídica al juzgador en las mismas condiciones que la contraparte, causando de igual manera un perjuicio al procurante.

Por último, el literal “h” faculta a las partes a replicar y rebatir libremente todos los argumentos planteados por su contrario procesal, nuevamente, existirá un detrimento a ejercer oportunamente las facultades de contradicción que ostentan las partes si estas son impedidas de actuar, o de misma manera cuando la prosecución del procedimiento planteado para solicitar justicia es archivado por un exceso de formalidades debido a una acción del juzgador.

Cabe recalcar que tanto la garantía de ser escuchado en igualdad de condiciones y el derecho a la defensa se encuentran consagrados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 8, por lo que además e inobservar las disposiciones constitucionales pertinentes se ven comprometidas las disposiciones de este tratado internacional.

3.4.2. Afectación a la tutela judicial efectiva.

Al igual que con las reglas y garantías del debido proceso, existirá una afectación a la Tutela Judicial Efectiva cuando por una acción u omisión del órgano jurisdiccional (en este caso, será de exclusivo cumplimiento para los operadores de justicia pues las partes procesales son quienes ostentan dicho derecho) se inobserven los elementos básicos descritos en párrafos precedentes.

En el caso de las situaciones en la cual se archiva la causa, estas comprometen el correcto desarrollo del contenido básico del instituto debido a que no se cumplen todos los requisitos a cabalidad.

Objetivamente, se cumplirá el acceso a la justicia ya que se presupone que para llegar a la etapa procesal en la que se genera la vulneración necesariamente la autoridad judicial habrá aceptado a trámite la petición inicial de justicia sin mayor inconveniente, para posteriormente otorgar a las partes una fecha para el desarrollo de la audiencia preliminar o única dependiendo del caso.

Ahora bien, al momento de la celebración de la etapa procesal de mayor trascendencia, es decir, la audiencia correspondiente (situación cuya relevancia resulta crucial por ser la fase del proceso en la cual el juzgador conocerá de manera directa los hechos de las partes y estas a su vez probarán sus alegaciones para obtener la resolución del caso), se generarán los incidentes que causarán las indefensiones descritas, por lo que los juzgadores emitirán una sentencia o resolución de forma que, si bien concluye el procedimiento, no necesariamente resuelve el fondo de la controversia, ni mucho menos terminará el proceso.

Es decir que, en caso de que llegue a generarse el incidente procesal ocasionado por la falta de cláusula especial para transigir en la procuración judicial, el ciclo natural de la Tutela Judicial Efectiva no se llevará a cabo de manera oportuna, esto debido a que exclusivamente se cumplirá con el acceso a la justicia, pero no se dará una completa tramitación a la petición de justicia debido a que la etapa decisiva del proceso no se cumple; tampoco se logrará obtener una sentencia que termine de satisfacer la causa petendi propuesta por el litigante perjudicado, y mucho menos se podrá hablar de una ejecución.

Adicionalmente, existen otro factor a tomar en consideración que vulnera de igual manera la Tutela Judicial Efectiva por ser un requisito necesario para su cumplimiento. Primero, tal y como lo plantea la Corte Constitucional ecuatoriana, la completa tramitación de las peticiones de justicia no se limita a que simplemente se cumplan con las normas procesales que rigen el procedimiento, implica también que los jueces están obligados a circunscribir sus actuaciones y decisiones al contenido legalmente establecido en el ordenamiento jurídico, brindando una especial observancia a los mandatos constitucionales (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 133-17-SEP-CC, Caso 0288-12-EP, 2017).

En ese sentido, existe norma expresa tanto en la Constitución de la República (2008) como en el Código Orgánico de la Función Judicial (2009) que plantean a la celeridad como un elemento predominante y constitutivo de la administración de justicia (Art. 75 y 169 CRE / Art. 18 y 20 COFJ); y que ordenan a los juzgadores a no importunar la correcta administración de justicia por motivo de la omisión de formalidades legales (Art. 169 CRE / Art. 18 COFJ).

Al archivar una causa debido a la falta de cláusula especial para transigir en la procuración judicial, los operadores de justicia contravienen las obligaciones

determinadas en las normas citadas. No puede existir celeridad en un proceso si indirectamente se obliga a los justiciables a volver a atravesar etapas procesales que en un principio ya cumplieron (conocimiento de la causa, citación y calificación de los actos de proposición); y, en efecto se deniega justicia a quienes la solicitan al momento de no tramitar la vía procedimental pertinente debido a la omisión de una formalidad (cláusula especial para transigir).

3.5. Posibles soluciones al conflicto.

Una vez analizados tanto el problema de investigación como las afectaciones que las partes procesales y la tramitación del procedimiento sufren por motivo de este, resulta conveniente plantear varias propuestas que aproximen soluciones viables a resolver estos incidentes procesales.

Como se estudió a lo largo del segundo capítulo, el Código Orgánico General de Procesos trata muy someramente a la institución a diferencia del extinto Código de Procedimiento Civil. La actual norma adjetiva se limita a definirla, plantear sus requerimientos, establecer sus formalidades y describir su operatividad en el proceso a diferencia del derogado código.

El Código Orgánico General de Procesos no prevé la inexistencia de la cláusula para transigir, por lo que los jueces se ven conminados a aplicar los criterios jurisprudenciales relativos a la falsa procuración y otras reglas procesales relativas a la falta de comparecencia de las partes al procedimiento.

En el mismo sentido, por cómo se estructura el sistema procesal ecuatoriano en la actualidad, los jueces tampoco podrán remitirse a las reglas del contrato de mandato contenidas en el Código Civil para intentar suplir la falta de la cláusula especial, esto debido a que pretender aplicar una agencia oficiosa podría comprometer la eficacia de las actuaciones procesales y otros principios relativos a esta.

En este punto, evidentemente se puede convenir que las actuaciones de los juzgadores relativas a la falta de cláusula para transigir en la procuración judicial atienden principalmente a una causa específica, esto es, la inexistencia de norma expresa que disponga una conducta determinada frente a la situación concreta.

Por esto, para plantear una solución tangible necesariamente se debe partir de dos posibilidades; la aplicación de normas jurídicas y/o la inclusión de normas expresas que establezcan reglas de actuación o interpretación específicas para los juzgadores dentro del Código Orgánico General de Procesos. A continuación, se describirán posibles aspectos que podrían ser tomados en consideración para generar una futura reforma procesal ecuatoriana al respecto.

3.5.1 Integración de las normas adjetivas e inclusión de un artículo que disponga a los jueces la aplicación del artículo 295 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos frente a la falta de cláusula especial para transigir.

Antes de profundizar en esta propuesta cabe detenerse en dos cuestiones específicas; primero, es necesario definir la institución de la integración del derecho; y, segundo, es necesario analizar el contenido del artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Ortega (1999) desde el punto de vista general del derecho, procura definir a la Integración desde su finalidad, pues indica que esto no es sino una técnica propia de los juzgadores, y que se aplica cuando se busca suplir las ausencias legislativas de un determinado tema en un sistema específico por medio de la aplicación de normas jurídicas análogas a la situación fáctica en un caso concreto.

Desde la perspectiva específica del derecho procesal, Chiovenda (citado en De Pina y Castillo, 2007) menciona que la norma jurídica procesal puede ser de dos tipos; una dedicada a regir y desarrollar la función judicial y sus actuaciones; y, otra dedicada a dar tratamiento a la estructuración y la operatividad del proceso y las varias vías procedimentales.

Aportando al respecto, Calamandrei (citado en De Pina y Castillo, 2007) distingue otros dos tipos de reglas adjetivas; aquellas que son estrictamente dedicadas a regir el proceso y sus distintas etapas o reglas *in procedendo*; y, aquellas que desarrollan el contenido procesal de las normas sustantivas, es decir, las que disponen al juez un tratamiento específico frente a determinado derecho o condición del individuo, también llamadas reglas *in iudicando*.

Con este antecedente, De Pina y Castillo (2007) en principio concuerdan en su mayoría con la definición de Ortega; sin embargo, hacen hincapié en el hecho de que por medio del ejercicio intelectual de la integración, el juez no crea derecho por cuanto se presupone que existe una norma adjetiva que da un tratamiento específico a una situación en concreto que es relativa o guarda una considerable similitud con el caso que el juzgador debe resolver; o directamente existe una norma de carácter subsidiario que el propio legislador a autorizado a al funcionario a utilizar frente a una hipotética falta de norma jurídica.

Ahora bien, indistintamente de las situaciones descritas a lo largo de la disertación, hechos que, en principio darían a entender que los jueces ecuatorianos no tienen la facultad sino de aplicar la norma jurídica escrita y específica, resulta importante poner en conocimiento del lector que la integración del derecho es en efecto una práctica aceptada de forma expresa por el ordenamiento jurídico.

Esta facultad puede evidenciarse con claridad en varias normas jurídicas vigentes a la fecha de la redacción de esta disertación. De manera general, el artículo 18 numeral 7 del Código Civil (2015) dispone que en caso de falta de norma expresa se deberán procurar aplicar otras normas preexistentes que resuelvan casos análogos.

De manera más específica, el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), determina dos situaciones; primero, que las normas procesales tienen por principal objeto lograr que los derechos de los justiciables sean efectivos a lo largo del proceso, por lo tanto, tanto su aplicación como su interpretación perseguirán tal finalidad; y, segundo, en caso de falta de normas procesales que regulen un hecho o caso, estos vacíos se suplirán con normas de similar naturaleza que regulen situaciones análogas.

Por lo tanto, esta primera solución pretende ser un recordatorio de que existe norma expresa que obliga a los jueces a integrar las normas procesales cuando exista una laguna legal, y, además, esta integración deberá precautelar la plena efectividad de los derechos de los litigantes.

En el problema de investigación, en efecto existe un ejercicio de integración del derecho por parte de los jueces, sea adoptando los criterios jurisprudenciales o aplicando el contenido del artículo 87 del Código Orgánico General de Procesos, es decir, la declaratoria de abandono del proceso cuando el procurador judicial no ostenta cláusula especial para transigir. Sin embargo, este primer ejercicio de integración no cumple los

parámetros establecidos por el Código Orgánico de la Función Judicial pues si bien es cierto otorga una solución con base en una norma preexistente esta no procura el completo desarrollo de los derechos de los justiciables ni la tutela judicial efectiva, al contrario, los limita y retarda la administración de justicia.

Resulta sugerible que para el problema de investigación se genere un ejercicio de integración más adecuado para precautelar estos bienes jurídicos, así, aplicar la disposición del artículo 295 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos puede traer beneficios considerables para el desarrollo procesal de la causa y resolver la laguna legal que genera indefensión a los litigantes.

El artículo citado describe el tratamiento de la excepción previa de ilegitimidad de personería en el desarrollo del procedimiento ordinario, en caso de aceptarse la excepción, el juzgador otorgará 10 días para que el litigante correspondiente subsane la posible causal de nulidad del proceso, caso contrario, se entenderá la demanda por no presentada y se aplicarán las consecuencias jurídicas pertinentes (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Finalmente, con base en el contenido desarrollado en párrafos precedentes, una segunda solución que tome en consideración la regla procesal citada partiría de una propuesta más concreta, pues implicaría la inclusión legislativa de un artículo específico en el Código Orgánico General de Procesos que ordene a los jueces actuar con base en el contenido del artículo 295 numeral 3.

A pesar de que la integración de las normas jurídicas adjetivas resulta mandatoria para los juzgadores y tiene suficiente respaldo legal para llevarse a cabo, en la práctica los funcionarios judiciales prefieren no incursionar en estas prácticas, por lo que optan

por aplicar de manera estricta el criterio judicial predominante, es decir, el archivo de la causa o relegar al procurante a mero observador.

Por este motivo, y para brindar una mayor seguridad jurídica y respaldo para tomar la decisión propuesta, necesariamente esta idea tendrá que positivizarse de tal forma que exista una regla específica que respalde este criterio y permita a los juzgadores actuar a favor de los derechos de los justiciables.

3.5.2 Inclusión de un artículo que establezca la presunción judicial de que la no inclusión de cláusula especial constituye una manera tácita de expresar la falta de voluntariedad para transigir.

Como se ha mencionado a lo largo del capítulo; la finalidad de la cláusula especial para transigir es revestir al procurador judicial de las facultades suficientes para llevar a cabo un ejercicio de propuesta y contrapropuesta que pretende dar por terminado el proceso vía conciliación dentro de la etapa procesal oportuna. De igual manera, tal y como se estudió, la voluntad de ser parte de un proceso conciliatorio es uno de los principales fundamentos para que la actividad transaccional tenga validez, hecho que se dispone en el Código Orgánico General de Procesos.

Ambos hechos descritos se pueden observar en la práctica con claridad, ya que los juzgadores tienen la obligación de promover la conciliación en la etapa procesal pertinente, y la manera de hacerlo es preguntar a las partes procesales de manera directa si existe la posibilidad de llegar a un acuerdo que resuelva el conflicto o directamente solicitan a una de las partes que se planteó una propuesta conciliatoria a la contraparte para dar inicio al debate correspondiente.

Frente a esta situación evidentemente las partes podrán actuar de dos maneras; en el primer caso, podrán aceptar ser parte de la conciliación y dar inicio al debate de propuestas y contrapropuestas consiguiendo dar por terminado o no al proceso por medio de la actividad transaccional; en el segundo caso, poner a consideración del juez de manera expresa la falta de voluntad de transigir, situación frente a la cual el juzgador no tendrá más opción que continuar con las demás etapas procesales, pues cumplió con su deber de promoción de la transacción judicial y no existe voluntad manifiesta para hacerlo.

En ese sentido, con el objeto de precautelar la concreción de las demás etapas procesales y salvaguardar los intereses del mandante procesal, esta investigación propone que vía legislativa se establezca en el Código Orgánico General de Procesos un artículo que ordene a los juzgadores a apreciar la no inclusión de la cláusula para transigir como una expresión tácita de la falta voluntad de transigir proveniente por parte del procurante.

Resulta importante partir del hecho de que es una posibilidad el que no necesariamente el procurante busque dar por terminado el proceso por medio de una transacción sino por el desarrollo procesal normal de la causa, y, por lo tanto, en ejercicio de sus obligaciones contractuales, es entendible que el procurador no incluya la cláusula especial para transigir, pero si las demás cláusulas que le faculden a actuar ampliamente.

Una situación que puede brindar mayor factibilidad a esta propuesta de solución es el hecho de que demostrar tácitamente la voluntad no resulta ajeno al ordenamiento jurídico ecuatoriano, y es tanto así que incluso se prevé la aceptación tácita del propio contrato de mandato civil, sea por una acción u omisión proveniente del procurador (Art. 2028 y 2029).

Por esto, consagrar legislativamente una obligatoriedad al juez de interpretar la falta de cláusula para transigir como una expresión tácita y negativa para transigir evitaría el archivo de la causa o la relegación a mero observador del procurador, permitiéndole de esta forma al procurador actuar en las demás etapas procesales de manera oportuna, y, sobre todo, se lograría cumplir el principio de voluntariedad que rige la conciliación judicial, logrando así una Tutela Judicial Efectiva.

CONCLUSIONES:

1. La procuración judicial es una institución jurídica propia; aunque su génesis resida innegablemente en el contrato civil, es inconcebible que reciba un tratamiento similar ya que como se observó en esta investigación, las reglas que rigen al mandato resultan insuficientes para la operatividad de la procuración en nuestro nuevo sistema procesal.
2. Si bien con las nuevas reformas de 2019 del Código Orgánico General de Procesos se evita que el litigante afectado por la declaratoria de falsa procuración no tenga oportunidad de volver a plantear una demanda con idéntica identidad objetiva y subjetiva (consecuencia de la reforma a los efectos del abandono); el hecho de tener que someter un mismo proceso a una doble tramitación compromete considerablemente la eficacia y la celeridad debido a que necesariamente se deberán duplicar tanto el tiempo como los recursos que originalmente se destinaron para la prosecución de la causa hasta el momento anterior a la generación del supuesto acto vulneratorio.
3. Dejar de tramitar una causa por no incluir la cláusula especial para transigir dentro de la procuración judicial resulta además de vulneratorio a los principios y derechos sustantivos estudiados a lo largo de la disertación, un acto inconstitucional por cuanto esta acción transgrede y menoscaba el ejercicio de las garantías del debido proceso y el derecho a la Tutela Judicial Efectiva, elementos que, por estar consagrados en nada menos que el texto constitucional ecuatoriano, se deben observar necesariamente como derechos fundamentales; y su transgresión, podría estar sujeta a responsabilidad

de los funcionarios judiciales correspondientes (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

4. Aunque a primera vista las vulneraciones causadas por el problema de investigación puedan ser consideradas relativamente leves en determinados casos (cuestiones patrimoniales o económicas) también existirán escenarios donde estas afectaciones resulten mucho más drásticas y por lo tanto merecerán una mayor preocupación debido a los derechos puestos a disposición del juzgador o los sujetos que los ostentan (casos relacionados con la tutela judicial de derechos de grupos de atención prioritaria).

Considero oportuno plantear dos casos específicos en materias no penales que retratan el problema planteado; primero un contexto en el cual se constituye un procurador judicial para plantear un procedimiento relativo a la solicitud del derecho de alimentos de una niña que ostenta una discapacidad; y segundo, una situación en la cual una mujer embarazada por motivo de su estado de gravidez fue objeto de un despido intempestivo, por lo que se ve obligada a otorgar una procuración judicial a un profesional del derecho para que este solicite al juez la declaratoria de ineficacia del acto unilateral proveniente del empleador. Se presupone que en ambos casos el mandato judicial no contiene clausula especial para transigir.

En ambos ejemplos, grupos de atención prioritaria accionan el aparataje jurisdiccional con el objeto de que los operadores de justicia conozcan cada caso y, tras llevar a cabo el procedimiento pertinente tutelen y protejan los derechos que la Constitución y la ley les procuran; sin embargo, al producirse el incidente procesal materia de investigación necesariamente aquellos derechos se verán comprometidos por cuanto los juzgadores, en su calidad de operadores y garantes directos del contenido del Código Político, forzosamente los obligarán a volver a tramitar la vía procedimental

para solo así emitir una resolución o sentencia que de atención a lo solicitado por las partes.

Resulta oportuno considerar que incluso en casos que no representen una vulneración directa a los derechos de estos grupos sociales con derechos específicos, de igual manera existe un incumplimiento de la finalidad última del poder judicial ecuatoriano, administrar justicia y resolver los conflictos que los administrados ponen en consideración del Estado de manera celeré, eficaz y oportuna, e incluso, tomando en consideración el criterio del profesor Echandía (2019), incumple su función de mantener la paz y el orden social ya que no genera sino mayor desconfianza y aversión al sistema por parte de los ciudadanos.

5. El hecho por el cual se produce el problema de investigación es, sin duda, la falta de prolijidad y profesionalismo de los abogados y abogadas que en explícita inobservancia de las disposiciones adjetivas obligatorias no incluyen en su procuración judicial la cláusula especial para transigir requerida.

Siendo objetivos, la profesión jurídica no es más que un vehículo para que los justiciables accedan al servicio público y social que administra la Función Judicial, cuyo principal fin es la obtención de justicia para cada caso en concreto como lo consagra el Código Político ecuatoriano. Los juzgadores aplican la norma existente por cuanto es una de sus legítimas obligaciones, sin embargo, resulta contrario a la propia esencia teleológica del poder judicial perjudicar a los individuos que buscan acceder a esa declaratoria de justicia por motivo de que el medio a través del cual lo hacen resulta insuficiente o incluso patológico para esta causa.

Por esto, es importante mencionar que bajo ningún concepto las soluciones planteadas al problema por esta investigación pretenden justificar o incluso promover la

concreción de errores injustificables por parte de profesionales poco conocedores del derecho; al contrario, busca aportar un conjunto de reflexiones que actúen como garantías para salvaguardar bienes jurídicos fundamentales de las partes procesales como lo son la Tutela Judicial Efectiva y el Debido Proceso.

RECOMENDACIONES:

1. En armonía con la primera recomendación planteada en líneas precedentes, considerar a la procuración judicial como un instituto jurídico propio demanda su debido desarrollo; como se expuso, es menester que el legislador ecuatoriano tome en consideración esta realidad y proceda a determinar con mayor detenimiento reglas que rijan de manera oportuna la operatividad de la misma, y, sobre todo, que prevengan situaciones fácticas que puedan comprometer su correcto ejercicio dentro del proceso.
2. Siendo la integración de las normas adjetivas un deber de los jueces ecuatorianos para solventar las lagunas legales y cumplir con su función de administrar justicia tal y como lo concibe la ley, resulta preciso que esta actividad jurídica sea reglamentada con mayor precisión por parte de la autoridad competente de tal manera que los operadores de justicia tengan más herramientas que les permitan actuar debidamente frente a situaciones que lo requieran, justifiquen su proceder y decisión, y sobre todo, se convierta en una facultad cierta del justiciable solicitar que el juzgador cumpla con este deber que le ha impuesto el ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA.

Fuentes doctrinarias:

Aguirre, V. (2010). El derecho a la tutela judicial efectiva: Una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos. *Foro: Revista de Derecho*, 14, (pp. 5 - 43). Recuperado de <http://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/issue/view/40>.

Buendía, L. (2019). *Seguridad Jurídica vs. Derecho de Propiedad. Remedios que tiene el falso representado en la falsa representación anómala*. (Trabajo de posgrado, Pontificia Universidad Católica de Perú). Recuperado de <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/169720>.

Cabanellas, G. (1993) *Diccionario jurídico elemental*. Recuperado de [https://www.academia.edu/19327120/DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL GUILLERMO CABANELLAS](https://www.academia.edu/19327120/DICCIONARIO_JURIDICO_ELEMENTAL_GUILLERMO_CABANELLAS).

Carames, J. (1958). *Curso de derecho romano; instituciones de derecho privado: obligaciones y sucesiones*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Perrot.

Coello, E. (2007). *PRÁCTICA CIVIL Volumen II*. Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.

Couture, E. (1948). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Argentina: ESDIAR.

De Pina, R. y Castillo, J. (2007). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. 29ª. Edición. Distrito Federal, México: Editorial Porrúa.

D'Ors, A. (2008). *Derecho Privado Romano*. Pamplona, España: EUNSA.

Echandía, H. (2019). *Teoría General del Proceso*. Bogotá, Colombia: TEMIS S.A.

- Etemadí, L. (2016). *La perfección del contrato: Comparación entre Derecho Civil y legislación de consumo con especial mención a la contratación entre ausentes*. (Trabajo de posgrado, Universitat Autònoma de Barcelona). Recuperado de https://cataleg.uab.cat/iii/encore/record/C__Rx1083956__SLEILA%20ETEMA_DI_Orightresult_U_X2?lang=spi&suite=def.
- Gómez, C. (2010). *Teoría del Contrato*. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.
- Guarderas, E., Cañas, M., y Hernández, R. (2016). *Código Orgánico General de Procesos MANUAL PRÁCTICO Y ANALÍTICO PROCEDIMIENTOS, AUDIENCIAS Y TEORÍA DEL CASO*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Guarderas, S. (2017). *Comentarios al Código Orgánico General de Procesos (COGEP) Artículos del 1 al 111*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Jarama, Z., Vásquez, J. y Durán, A. (2019). El principio de celeridad en el código orgánico general de procesos, consecuencias en la audiencia. *Universidad y Sociedad*, 11(1), (pp. 314-323). Recuperado de <http://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus>.
- Jörs, P. (1937). *Derecho Privado Romano*. Barcelona, España: LABOR.
- Larrea, J. (2011). *Derecho civil del Ecuador. Volumen XIII: Contratos, Arrendamiento, Sociedad y Mandato*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- López, M. (2013). *Tutela judicial efectiva en la ejecución de las sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Ecuador*. (Trabajo de posgrado, Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3424/1/T1249-MDP-Lopez-Tutela.pdf>.

- Medellín, C. (2013). *Lecciones de Derecho Romano*. Bogotá, Colombia: LEGIS.
- Mejía, A. (2017). Evolución histórica de la oralidad y la escritura en el proceso civil español y ecuatoriano. *Revista de Derecho*, 6, (pp.73 - 94). Recuperado de <http://www.iushumani.org/index.php/iushumani/article/view/101>.
- Mejía, A. (2018). *La oralidad y los principios del procedimiento*. Quito, Ecuador: Ius et Historiae.
- Navarro, R. (2007). *Contratos y responsabilidad extracontractual*. Recuperado de file:///C:/Users/dopet/OneDrive/Documentos/Downloads/Contratos_y_la_responsabilidad_extracont.pdf.
- Ospina, G., y Ospina, E. (2009). *TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y DEL NEGOCIO JURÍDICO*. 7ª. edición. Bogotá, Colombia: TEMIS S.A.
- Ortega, R. (1999). *Introducción al Derecho*. Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Ovalle, J. (2016). *Teoría General del Proceso*. 7ª. Edición. Distrito Federal. México: Oxford University Press.
- Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Palacio, L. (2003). *Manual de Derecho Procesal Civil*. 17ª. edición. Buenos Aires, Argentina: LexisNexis Argentina S.A.
- Parraguez, L. (2000). *Teoría General de las Obligaciones*. Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.

- Prieto, C. (2003). El proceso y el debido proceso. *Vniversitas*, 106, (pp. 811 - 823). Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/825/82510622.pdf>.
- Puchaicela, O. (1999). *Derecho Romano II*. Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Ramírez, C. (2015). *Principales cuestiones acerca del Código Orgánico General de Procesos en preguntas y respuestas*. Quito, Ecuador: Biblioteca de la Corte Nacional de Justicia.
- Rodríguez, B. (26 de enero de 2016). Juzgamiento a tinterillos. *El Universo*. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/opinion/2016/01/26/nota/5368912/juzgamiento-tinterillos>.
- Rojina, R. (2011). *Compendio de Derecho Civil V: Contratos*. 27ª. Edición. Distrito Federal, México: Editorial Porrúa.
- Serrano, V. (2012). *El Derecho Indígena*. Quito, Ecuador: Ediciones Abya – Yala.
- Sohm, R. (1928). *Instituciones de derecho privado romano; historia y sistema*. Madrid, España: Tipografía Artística.
- Stitchkin, D. (1950). *El mandato civil*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica.
- Tarud, C. (2013). El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar, en Chile. *Opinión Jurídica*, 12 (23), (pp. 115 - 132). Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v12n23/v12n23a08.pdf>.

Fuentes normativas:

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico General de Procesos. [Ley 0 de 2015].
(22 de mayo de 2015). RO. Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Civil. (24 de junio de 2015). RO. Suplemento
46 de 24 de junio de 2015.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico de la Función Judicial. [Ley 0]. (9 de
marzo de 2009). RO. Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley de Federación de Abogados. [Decreto 201]. (7 de
marzo de 2009). RO. 507 de 7 de marzo de 1974

Asamblea Nacional del Ecuador. Código de Procedimiento Civil. [Codificación 11]. (12
de julio de 2005). RO. Suplemento 58 de 12 de julio de 2005.

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). 2da Ed. CEP.

Fuentes normativas extranjeras:

Congreso de la Nación Argentina. Código civil y comercial de la nación argentina. (Ley
26.994 / Decreto 1795 - 2014). (7 de octubre de 2014). Recuperado de
[http://www.saij.gob.ar/docs-
f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf).

Congreso de la Nación Argentina. Código procesal civil y comercial de la nación
argentina. (1981). (Ley 17454 / Decreto 1042 - 81). (27 de agosto de 1981).
Recuperado de
[http://spij.minjus.gob.pe/graficos/Legcomp/Sudamerica/Argentina/CODIGO_PR
OCESAL_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/graficos/Legcomp/Sudamerica/Argentina/CODIGO_PR
OCESAL_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf).

Congreso Nacional Legislativo de Colombia. Código Civil. (1887). (Ley 57). (15 de abril de 1887). Recuperado de https://www.cvc.gov.co/sites/default/files/Sistema_Gestion_de_Calidad/Procesos%20y%20procedimientos%20Vigente/Normatividad_Gnl/Ley%2057%20de%201887-Abr-15.pdf.

Congreso de la República de Colombia. Código General del Proceso. (2012). (Ley 1564). (12 de julio de 2012). Recuperado de <https://www.cvc.gov.co/sites/default/files/Normatividad/Nacional/Leyes/Ley-1564-jul-12-2012-Codigo-General-del-Proceso.pdf>.

Congreso Nacional de Chile. Código Civil. (2000). (Ley 4808). (16 de mayo del 2000). Recuperado de <http://web.uchile.cl/archivos/derecho/CEDI/Normativa/C%F3digo%20Civil.pdf>.

Congreso Nacional de Chile. Código de Procedimiento Civil. (2019). (Ley 21159). (14 de mayo de 2019). Recuperado de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=22740>.

Congreso de la República de Perú. Código Civil. (2015). (Decreto 295). (14 de febrero de 2015). Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>.

Congreso de la República de Perú. Código de Procedimiento Civil. (1975). (Decreto 12760). (6 de agosto de 1975). Recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/graficos/legcomp/sudamerica/bolivia/codigo_de_procedimiento_civil.pdf.

Parlamento del Uruguay. Código Civil. (2010). (26 de febrero de 2010). Recuperado de https://legislativo.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/codigocivil/2002/cod_civil-indice.htm.

Parlamento de Uruguay. Código General del Proceso. (1988). (Ley 15982). (18 de octubre de 1988). Recuperado de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/uy/uy045es.pdf>.

Fuentes jurisprudenciales:

Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil. (25 de junio de 1999). [MP Tito Cabezas]. Gaceta Judicial No. 1. Serie XVII.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Social y Laboral. (31 de marzo de 1994). [MP Miguel Villacís]. Gaceta Judicial No. 1. Serie XVI.

Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional. (10 de mayo de 2017). [MP Tatiana Ordeñana]. Sentencia No. 133-17-SEP-CC. Caso No. 0288-12-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional. (15 de noviembre de 2016). [MP Tatiana Ordeñana]. Sentencia No. 364-16-SEP-CC. Caso No. 1470-14-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional. (25 de marzo de 2015). [MP Alfredo Ruiz]. Sentencia No. 090-15-SEP-CC. Caso No. 1567-13-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional. (22 de diciembre de 2010). [MP Roberto Bhrunis]. Sentencia No. 1114-10-EP-CC. Caso No. 076-10-SEP.

Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional. (24 de febrero de 2010). [MP Alfonso Luz]. Sentencia No. 0005-10-SEP-CC. Caso No. 0041-09-EP.