

ARTÍCULO DE REVISIÓN

LA INCAPACIDAD DEL ACTOR Y LITISCONSORCIO COMO EXCEPCIÓN EN EL PROCESO JUDICIAL

THE PLAINTIFF'S INCAPACITY AND JOINT LIMITATION AS AN EXCEPTION IN THE JUDICIAL PROCESS

Cevallos Zambrano, Iván ¹

¹. ivancevallosz@hotmail.com. Juez tributario, Quito, Ecuador.

Recibido: 10/08/2022

Aprobado: 06/12/2022

Como citar en normas APA el artículo:

Cevallos, I. (2023). La incapacidad de actor y litisconsorcio como excepción en el proceso judicial. *Debate Jurídico Ecuador*, 6(1), 16-41.

RESUMEN

El presente trabajo realiza un análisis de la segunda excepción previa prevista en los procesos no penales, como es, la incapacidad de la actora en el proceso judicial, ubicando al lector desde la jurisdicción y competencia de los juzgadores, los tipos de procesos, las características de las excepciones, distinguiendo las subsanables y no subsanables, para luego identificar los elementos determinantes para que se configure la excepción y el momento procesal para resolverla. Así también, se identifican quienes son los sujetos activos de la acción, su capacidad como titular del derecho o por representación en las distintas situaciones jurídicas, para cerrar con el tipo de actuación judicial que se debe dictar al resolver dicha excepción.

PALABRAS CLAVE: Excepción previa; Incapacidad de acción; Legitimación activa; litisconsorcio

ABSTRACT

The present work carries out an analysis of the second prior exception provided for in non-criminal processes, such as the inability of the plaintiff in the judicial process, locating the reader from the jurisdiction and competence of the judges, the types of processes, the characteristics of exceptions, distinguishing those that can be corrected and those that cannot

be corrected, to then identify the determining elements for the exception to be configured and the procedural moment to resolve it. Likewise, who are the active subjects of the action, their capacity as holder of the right or by representation in the different legal situations are identified, to close with the type of judicial action that must be issued when resolving said exception.

KEYWORDS: Previous exception; inability to act; active legitimation; joint litigation

INTRODUCCIÓN

La jurisdicción es una facultad que corresponde a los jueces establecida por la Constitución y las leyes, que según el (COFJ, 2009) consiste, en “la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia”, esta definición de la ley es concordante con la del (Diccionario panhispánico, 2022), al señalar “cuyo ejercicio corresponde exclusivamente a los juzgadores y tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, concepto utilizado en la interpretación que da el Consejo General del Poder Judicial, (Sentencia 123/2010. TS 3a CA, 2011) que partiendo del sentido etimológico de la expresión iuris dictio, “decir el derecho” para la resolución en derecho de cualquier controversia”. De ahí que, de acuerdo a la (Constitución C. , 2008) ecuatoriana se establece las jurisdicciones ordinaria, indígena, electoral y constitucional, la cual se ejerce a través de los órganos judiciales que la Constitución establece.

Mientras la competencia, según (Rocco U. , 2002) “Es aquella parte de jurisdicción que corresponde en concreto a cada órgano jurisdiccional singular, según ciertos criterios a través de los cuales las normas procesales distribuyen la jurisdicción entre los distintos órganos ordinarios de ella”. En el derecho ecuatoriano se define como “Competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados”. Dicha competencia inicia, de acuerdo con la ley, con el sorteo de la causa al juez que avocará conocimiento, quien declarará su competencia en la primera providencia, de así corresponder, conforme prevé el Código Orgánico de la Función Judicial.

Cabe puntualizar que, al referirse a la competencia territorial, por regla general, es el domicilio del demandado; no obstante, se establecen reglas para determinar la competencia de las causas en materia no penal, la cual podrá ser impugnada mediante excepción previa de las prevista en la ley. De allí que, en cumplimiento de los deberes y atribuciones fijados en la Norma Suprema (Art. 168), al juzgador le corresponde la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias; las cuales se llevará a cabo mediante el sistema oral (por audiencia), de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y

dispositivo. Por ello que el sistema oral no es absoluto; por el contrario, es un sistema mixto, por existir actos o actuaciones procesales que corresponde presentar por escrito, como la demanda, la contestación, la reconvencción y contestación a la reconvencción, que la norma dispone sean por escrito. Por ello, se trata de un sistema procesal por audiencias, de manera oral.

No se debe olvidar que el sistema procesal adquiere rango constitucional, al cual se lo define como el medio para la realización de la justicia, consagrando los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediatez, celeridad y economía procesal; así como de hacer efectivas las garantías del debido proceso, con el imperativo de no sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades.

Por tanto, se deben tener en cuenta no sólo los principios invocados en las normas constitucionales, sino el sustanciar los procesos en todas las materias mediante el sistema oral, activando principios procesales, como el de concentración, contradicción y dispositivo, entre otros, con el fin de garantizar no solo el acceso judicial, sino la tutela judicial y el debido proceso.

Al proceso judicial se define como el conjunto de actos concatenados y regulados por la legislación procesal que, con o sin la intervención de otras personas, se desarrolla a través de órganos jurisdiccionales de cualquier orden (civil, laboral, familia, penal, administrativo, tributario, constitucional, etc.) según (Diccionario panhispánico, 2022); pues, constituye el cauce para conocer un asunto controvertido en el ámbito de su competencia, para emitir resolución jurídicamente fundada. Por su parte, (Cabanellas, 2008) define al juicio como “Conocimiento, tramitación y fallo de una causa por un juez o tribunal”

En este escenario, en virtud del proceso o juicio, nace una relación jurídica procesal entre el juez y las partes, que se perfecciona con la contestación a la demanda (*litis contestatio*), y comprende el conjunto de derechos, cargas y obligaciones procesales señalados por la legislación; que tiene por objeto que el juez resuelva el litigio y de que las partes se sometan a su decisión, como lo explica (Diccionario panhispánico, 2022). En sí, la doctrina define al juicio como “tramitación procesal típica, aunque etimológicamente alude más bien a la función de cognición y enjuiciamiento inherente a todo proceso judicial, del cual las partes someten sus controversias a resolución del juzgador”, según (Alsina, 2001).

Vale recordar que el sistema procesal en nuestro país tuvo su antecedente desde inicio de la República en la (Constitución, 1835) y la expedición de diversas leyes que normaron el enjuiciamiento civil; y en 1869, una Asamblea Constituyente aprobó el (Código de enjuiciamiento en materia civil, 1869-1879), para dividir en 1890 el proceso civil y la organización judicial, con la expedición de la denominada (Ley Orgánica de la Función Judicial D. S., 1974), luego al expedir el (Código de Procedimiento Civil, 1983-2005), vigente hasta mayo del 2016, sustituido por el hoy vigente (COGEP C. O., 2015), Código Orgánico

General de Procesos, el cual reduce el número de procedimientos y genera el cambio de un sistema escrito a un sistema por audiencia o mixto.

Dicho cuerpo normativo agrupa la sustanciación de las materias civil (comercial o mercantil), Contencioso Administrativo, Contencioso Tributario, Laboral, Inquilinato, Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia; excepto la materia Constitucional, Electoral y Penal. Estas últimas están reguladas por la (LOGAJCC, 2009) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Ley Orgánica Electora o (Código de la Democracia, 2009); así como el hoy denominado Código Orgánico Integral Penal, en adelante (COIP, 2014), respectivamente. No obstante, el sistema procesal oral, adoptado en el COGEP, no es reciente en nuestro país, ni en otras latitudes; pues, desde la (Constitución E. , 1998), en la Disposición Transitoria Vigésima Séptima, se estableció que la sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se lleve a cabo mediante el sistema oral.

En cuanto a la actividad procesal, si bien el COGEP desarrolla principios rectores, previstos en la Constitución de la República, hay que tener en cuenta que la gestión procesal debe tener presente los principios de concentración, contradicción, dispositivo, simplificación, celeridad, inmediación y economía procesal, como aquellos que delinean la esfera del actuar jurisdiccional para garantizar la tutela judicial y la realización de la justicia.

También se debe recordar que la dirección del proceso corresponde al juez, quien debe controlar las actividades de las partes procesales, ejercer las acciones correctivas y evitar las dilaciones innecesarias en un proceso; facultades que permitirán al juzgador mandar a completar o aclarar la demanda, cuando incumpla requisitos formales que, de cumplirse aquellos dar el trámite que corresponda. En caso contrario, debe rechazarla y disponer el archivo.

La dirección del proceso por parte del juez también implica garantizar la lealtad procesal de las partes y controlar el abuso del derecho, porque puede solicitar aclaraciones a las partes, los testigos o peritos, para encausar el debate en cada actuación, tanto en las pretensiones, como durante las audiencias; inclusive, en la práctica de la prueba. A esto (Echandía & Velloso., 1994) denomina "...el ejercicio de esos poderes se hace mediante actos adecuados, que pueden ser de gobierno y de composición. Los actos de gobierno procesal del juez son las órdenes, y los de composición procesal, las decisiones. Los actos decisorios del juez están contenidos en las providencias que dicta; y entre nosotros, se clasifican en dos categorías: autos y sentencias", en cumplimiento de la obligación que impone el principio de inmediación al juez, como estar presente en todos los actos procesales, cuya presencia es inexcusable.

No se debe descuidar, que el juez tiene como deber primordial el de tener en cuenta las solemnidades comunes y sustanciales a todo juicio: 1. La existencia de jurisdicción; 2. La competencia de la o el juzgador en el proceso de su conocimiento; 3. La prueba de la legitimidad de personería; 4. La citación con la demanda al demandado, o a quien legalmente

lo represente; 5. La notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias; y, 6. La conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe. Estas solemnidades deben ser verificadas previamente, o en la fase de saneamiento del proceso, previo a resolver excepciones, o a declarar la validez del proceso.

Dichas solemnidades son concordantes con el actuar del juez, planteado por, (Chiovenda G. , 1989), sobre los deberes fundamentales del juez. Entre ellos: a) El deber de fallar sobre el fondo de la demanda, cuando la relación procesal está normalmente constituida. b) El deber de declarar la razón, porque no puede pronunciarse sobre el fondo, cuando la relación procesal haya sido irregularmente constituida por defecto de presupuestos procesales. c) El deber de realizar, ya legalmente requerido, ya de oficio, cuando la ley así lo impone, y todo lo necesario para colocarse en situación de resolver. d) El deber de actuar, en toda circunstancia, con rectitud e imparcialidad, que incluye el deber de abstenerse, en los casos previstos en la ley.

Por ello el presente trabajo de revisión bibliográfica, persigue como objetivo de investigación: Recopilar información teórica, de tipo doctrinal y jurisprudencial, acerca de la incapacidad de la actora y litis consorcio como excepción en el proceso judicial, que constituye la segunda excepción previa contemplada en el artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos.

MÉTODOS

La investigación es de tipo cualitativa porque corresponde a una revisión documental sobre aspectos de principios jurídicos, doctrina y jurisprudencia. Para ello se aplica el análisis de documentos, donde se tienen en cuenta como criterios de inclusión, trabajos científicos sobre el tema de referencia, de los últimos cinco años y que han sido publicados en base de datos de reconocido prestigio como Scielo y Scopus.

Se excluyeron aquellos trabajos que no se refieren al tema específico de la incapacidad y litis consorcio como excepciones en el proceso judicial y por ello se desecharon otros tipos de excepciones de índole y naturaleza diferentes de aquellas que constituyen el centro de atención.

RESULTADOS

Los aspectos más significativos encontrados en la bibliografía consultada son:

Todos los procesos judiciales tienen características comunes, como: La comparecencia ante la autoridad judicial competente, según la materia, territorio, grado y personas; la presentación de la petición o reclamación dentro de los términos o plazos conforme la ley. Si la acción no cumple con los requisitos formales procesales, se tendrá una resolución inhibitoria, sin resolver el fondo; que las partes deberán tener la oportunidad de defensa o igualdad de armas;

las partes tendrán derecho conocer la pretensión y el derecho de contradicción; y, que los procesos judiciales son públicos, conforme el principio de publicidad.

Las excepciones previas

La excepción se originó en la etapa del proceso por formulas, en el Derecho Romano, y consistía en una cláusula que el magistrado, a petición del demandado, insertaba en la fórmula para que el juez, si resultaban probadas las circunstancias de hecho alegadas por el demandado, absolviera a éste, aun cuando se considerara fundada la intención del actor, según (Albascal, 1985). A estas excepciones (Cabanellas, 2008) define como “En Derecho Procesal, título o motivo que como medio de defensa, contradicción o repulsa, alega el demandado para excluir, dilatar o enervar la acción o demanda del actor”

Se puede decir que las excepciones son aquellas que se proponen en contra del actor, contradiciendo las pretensiones al contestar la demanda en los términos previstos en el artículo 151 del COGEP. Con otras palabras, constituyen medios de defensa adoptadas por el demandado contra el actor. Dichas excepciones, tienen como finalidad evitar que el juzgador se pronuncie sobre el fondo, cuando existen aspectos formales que, de no ser subsanados, pueden limitar o impedir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Ahora bien, las excepciones previas, en un proceso judicial, conforme con el marco jurídico ecuatoriano vigente constante en el (COGEP C. O., 2020), contempla que sólo se podrán plantear como excepciones previas las siguientes: 1. Incompetencia del juzgador; 2. Incapacidad de la parte actora o de su representante; 3. Falta de legitimación en la causa de la parte actora, o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda; 4. Error en la forma de proponer la demanda, inadecuación de procedimiento o indebida acumulación de pretensiones; 5. Litispendencia; 6. Prescripción; 7. Caducidad; 8. Cosa Juzgada; 9. Transacción; y, 10. Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación.” De éstas, nos referiremos a la segunda excepción, por constituir el tema de fondo del presente trabajo.

Debemos precisar que la calidad de actor, en un proceso judicial, se la adquiere desde el momento mismo de presentar la demanda, que será el titular de un derecho que la ley establece; sin embargo, para hablar del representante, corresponde identificar la facultad que la ley establece para que, de no ser el titular del derecho que comparezca a juicio, lo pueda hacer a través de un tercero representante, quien deberá cumplir con los requisitos que la ley establece para el efecto.

No se debe desconocer el derecho del actor, a oponerse a las excepciones previas; pues, presentada la excepción o excepciones previas por parte del demandante o actor, el juez pondrá en conocimiento del actor o demandante sobre dicha excepción o excepciones, para quien se activan varios derechos, entre ellos, el de anunciar nueva prueba que se refiera a los hechos expuesto en la excepción impugnada. Pero será en la audiencia preliminar o única,

en la cual el Juez o tribunal resolverá acerca de cada una de las excepciones previas planteadas o alegadas por el demandado. Si la excepción no es subsanable, corresponde al juez declarar sin lugar la demanda y ordenar el archivo de la causa. A diferencia de las excepciones previas subsanables, el juez concederá un término para subsanar el error alegado y admitido por el juez o tribunal.

Ahora bien, la representación judicial, de acuerdo con la regla general, toda persona es legalmente capaz de comparecer a juicio; sin embargo, al momento de comparecer ante los órganos de justicia, quien actúa como actor, debe demostrar la legitimidad o calidad en la que comparece, y de igual manera, deberá justificar la personería a nombre de quien comparece, como el caso de las personas que requieren ser representadas como los menores de edad e incapaces, las personas jurídicas, del causante, del insolvente; quienes pueden ser representados mediante defensor, procurador común, procurador judicial, las comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos, sin perjuicio de que previamente preceda alguna diligencia preparatoria, a petición de parte, y con la finalidad de determinar o completar la legitimación activa, o pasiva de las partes, en el futuro proceso, como lo prevé el (COGEP C. O., 2020).

La excepción segunda, “Incapacidad de la parte actora o de su representante”, se vincula estrechamente con la excepción del numeral 3 del mismo artículo 153 del COGEP, que se refiere a la “Falta de legitimación en la causa de la parte actora, o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda”

Aclarando esta última, su análisis involucra a las dos partes procesales (actor y demandado). En este caso, la relación es respecto de la legitimidad en la causa, no del proceso, que tiene que ver estrictamente con el titular del derecho que se pretende reclamar; pero dentro del proceso judicial, en el que el actor deberá demostrar la legitimidad respecto al derecho reclamado.

Corresponde entonces analizar la capacidad e incapacidad del titular de un derecho, y la capacidad para comparecer a través de una demanda a juicio, lo cual es materia de análisis en el siguiente tema.

Incapacidad y capacidad civil elementos determinantes para configurar la excepción

La capacidad, definida como la carencia de aptitud legal para ejecutar válidamente determinados actos, en palabras de Canónico, según (Diccionario panhispánico, 2022), es una situación de carencia manifiesta de un sujeto, en relación con una determinada cuestión jurídica, a la que resultan aplicables todas las distinciones que se establecen en el ámbito de la teoría general sobre ella.

En cuanto a la capacidad, podemos distinguir, la jurídica (falta de idoneidad para ser titular de relaciones jurídicas); la capacidad de obrar (falta de idoneidad para realizar actos que modifiquen la propia esfera jurídica); la capacidad total y absoluta, o bien parcial y relativa

(según el grado de incidencia de la falta de idoneidad); la capacidad general, o especial (según el tipo de actividad jurídica considerada); la capacidad legal o natural (según el origen que determina la falta de idoneidad); y la capacidad activa o pasiva según la situación, que define (Diccionario panhispánico, 2022)

El objeto de esta excepción es la de que el accionante sea el legitimado activo y titular del derecho reclamado, sea por sus propios derechos, o a través de su representante. Eso demostrará la capacidad del accionante para adquirir derechos y contraer obligaciones. El artículo 40 del Código Civil ecuatoriano se refiere a la capacidad de las personas, la misma que tiene una connotación que debe ser distinguida, sea como persona natural, prevista en el artículo 41 del Código Civil, y la persona jurídica, en los términos del artículo 564 del mismo cuerpo legal.

Reitera la doctrina, en palabras de (Pérez, 2015), que la capacidad es la regla general, la situación normal; la incapacidad es la excepción. Por ello, la capacidad de goce o adquisitiva; es decir, que la aptitud legal para adquirir derechos, la tiene, por regla general, toda persona, por el sólo hecho de serlo; porque, precisamente es persona todo ser que es capaz de adquirir derechos, de ser titular de un derecho. Por excepción, no tiene capacidad de goce el muerto civil, que deja de ser una persona relativamente al derecho de propiedad. Mientras que la capacidad de ejercicio no se encuentra en la misma situación que la capacidad de goce; la capacidad de ejercicio es a las que pueden por sí mismo obligarse a exigir sus derechos”.

Quienes necesitan el ministerio de otra persona, o bien la autorización de otro, tienen la capacidad de goce; pero no pueden por sí mismos ejercitar sus derechos o contraer obligaciones, sino que deben ser autorizados o representados legalmente, para actuar. Una vez que se tiene claro el concepto de la capacidad y la incapacidad, es necesario enlistar brevemente a las personas determinadas incapaces, para continuar con el tratamiento de esta excepción.

La legislación ecuatoriana distingue dos tipos de incapacidad: la absoluta y la relativa. En la primera se enmarca en las siguientes personas: Los dementes, los impúberes, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito; porque, debido a su condición, se encuentran impedidas por sí mismas, para ejercer derechos y adquirir obligaciones; es decir que, para ser titulares de un derecho, para ejercerlo o adquirir obligaciones, requieren de otra persona que los represente, pero no por voluntad de ellos, sino porque la ley establece esa obligación. Esas personas que representan a los incapaces se los denominan tutores o curadores; quienes pasan a ejercer la patria potestad del incapaz absoluto; pero éste, al actuar en representación del incapaz, deberá cuidar de los derechos de aquél, como así lo dispone el (Código Civil, 2005). Mientras sobre la incapacidad relativa se identifican a los menores adultos, quienes se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas.

En este escenario, dicha incapacidad es temporal o perentoria; motivo por el cual, identificada la incapacidad, se puede predecir el tiempo, para que aquél supere dicha incapacidad. En ese contexto, tanto los derechos adquiridos, como las obligaciones contraídas son convalidables, según sea el caso, para que se supere la incapacidad, o por la comparecencia de quienes ejercen la representación legal.

En el artículo 153 del COGEP, sin descuidar lo previsto en el numeral 3 del Art. 295, que amplía la excepción 2 y 3, relacionadas con la litis consorcio necesaria. Cabe precisar que la fase de saneamiento no sólo incluye la validez del proceso, reclamos de terceros, competencia, cuestiones de procedimiento, sino también verificar la oportunidad para presentar la acción, conforme los términos fijados por la ley.

La audiencia en el proceso sumario, monitorio, voluntario y ejecutivo, se desarrollan en audiencia única, con dos fases: la primera, de saneamiento, en la que se atenderán las excepciones previas -de haberlas- fijación de los puntos de debate y conciliación; y, la segunda, de prueba y alegatos.

Lo señalado permite distinguir claramente que para el juicio ordinario serán dos audiencias - preliminar y de juicio-; mientras en los demás procedimientos, la audiencia será única, con dos fases. De ahí que se concluye que, conforme con el *COGEP*, *se deben distinguir los momentos en la audiencia que se deben plantear y resolver las excepciones previas, las cuales se resolverán en la audiencia preliminar, o en la primera fase de la audiencia única. Identificados varios aspectos que permiten entender con claridad la sustanciación de los procesos, pasaremos a revisar la excepción de incapacidad de la parte actora o de su representante.*

Incapacidad de la parte actora o de su representante

Sobre la base de esta excepción, corresponde identificar quién es la parte actora, según el proceso judicial, las acciones y los derechos reclamados; parte actora identificada en forma general, como aquella que propone la demanda, como pasamos a revisar.

Representación de menores de edad e incapaces

En el caso de la representación de menores de edad e incapaces, los niños, adolescentes, y quienes estén bajo tutela o curaduría, comparecerán por medio de su representante legal. Las personas que se hallen bajo patria potestad serán representadas por la madre, o el padre, que la ejerza. Las personas que no estén bajo patria potestad, tutela o curaduría, serán representadas por el curador, designado para la controversia. En caso de producirse conflicto de intereses entre el hijo y la madre, o el padre, que haga imposible aplicar esta regla, el juzgador designará curador ad-litem o curador especial, para la representación de niños y adolescentes.

En este contexto, se pueden distinguir a los titulares del derecho y sus representantes. Por tanto, comparecerán como actor el menor o incapaz, a través de su representante, los que

pueden ser:1.- Actor. Menor o incapaz, bajo patria potestad, representado por el padre, o la madre.2.- Actor. Menor o incapaz, que no estén bajo patria potestad, representado por el tutor o curador, quien será el representante legal.3.- Actor. Menor o incapaz, que no estén bajo patria potestad, representado por el curador designado para la controversia, nombrado por el juzgador, a insinuación de parte, y, 4. Actor. Los menores o incapaces, representados por curador ad-litem, en caso de conflicto de intereses entre hijo y padre, o madre, designado por el juzgador. Ampliando el alcance de dicha representación y las excepciones, a la disposición sobre la representación de menores e incapaces, cabe referirse al titular del derecho, conforme el artículo 32 del (COGEP C. O., 2015).

Titular del derecho de alimentos

Los adolescentes pueden ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías, conforme con la ley.

En cuanto al derecho de los menores. Los menores adolescentes tienen excepcionalmente derecho de acción para garantizar el ejercicio y la protección de sus derechos y garantías, lo cual se sustenta en el artículo 21 del (Código Civil, 2005), y los artículos 2 y 4 del (Código de la Niñez y Adolescencia, 2009); aunque a los menores se los consideraba incapaces de ejercer una acción. Pero conforme lo previsto en el artículo 31, inciso 2° del (COGEP C. O., 2015): "En los casos en que ciertos incapaces contraigan obligaciones, se admitirá con respecto a estos asuntos, su comparecencia, de acuerdo con la ley".

Así mismo, en el caso de menores de edad e incapaces, o quienes estén bajo tutela o curaduría, comparecerán por medio de su representante legal; quienes serán representados, en caso de estar bajo patria potestad, por la madre, o padre que la ejerza; quienes no estén bajo patria potestad, tutela o curaduría, serán representados por el curador designado para la controversia, o por el curador ad-litem o curador especial, para su representación, cuando se produzca conflicto de interés entre el hijo y la madre, o el padre que haga imposible aplicar la regla anterior, cuando se trate de niña, niño o adolescente, conforme el (Código de la Niñez y Adolescencia, 2009); quienes deberán ser escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos.

*En cambio, en el juicio de alimentos, el Código de la Niñez y Adolescencia, identifica a los titulares del derecho de alimentos, basado sobre quienes tienen el derecho a reclamar:*1. Los niños y adolescentes, salvo los emancipados voluntariamente que tengan ingresos propios, a quienes se les suspenderá el ejercicio de este derecho, de conformidad con la norma. 2. Los adultos, hasta la edad de 21 años que demuestren que se encuentran cursando estudios en cualquier nivel educativo, que les impida o dificulte dedicarse a una actividad productiva y carezca de recursos propios y suficientes; y,3. Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad, o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido

por el Consejo Nacional de Discapacidades, CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso .

De este modo, el Código de la Niñez y Adolescencia establece, como legitimados para demandar la prestación del derecho de alimentos a favor de un niño o adolescente, o de las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad física o mental que les impida hacerlo por sí mismas: la madre, o el padre, bajo cuyo cuidado se encuentre el hijo; y, a falta de ellos, la persona que ejerza su representación legal, o quien esté a cargo de su cuidado; y, por último, los adolescentes mayores de 15 años (Lo que es concordante con la disposición del artículo 28 Código Civil).

Cabe mencionar que, conforme expresa el Código de la Niñez y Adolescencia, en este tipo de reclamación no se requerirá del auspicio de abogado, porque se puede presentar la reclamación en el formulario diseñado por el Consejo de la Judicatura. No obstante, si por la complejidad del caso, el juez, o la parte procesal considerare la necesidad del patrocinio legal, se dispondrá la participación de un defensor público, o de un defensor privado. Mas, si se tiene en cuenta la facultad que la ley confiere al hijo, para demandar al padre o la madre, se deberá solicitar la venia al juez, la que deberá ser concedida en su primer decreto que dicte (Art. 299) (Código Civil, 2005); pero se debe tener presente que el hijo de familia, como lo define el Código Civil, no puede comparecer en juicio, como actor contra un tercero, sino representado por el padre, o la madre, que ejerce la patria potestad. De tal suerte que, si el padre o la madre niega su consentimiento al hijo, para la acción civil que éste quiere intentar contra un tercero, o si están inhabilitados para prestarlo, podrá el juez suplirlo, y al hacerlo; y así dará al hijo un curador, para la litis, conforme el mismo (Código Civil, 2005).

También se debe recordar, que las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismo, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida. Por ello, las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores, en los términos del artículo 367 del (Código Civil, 2005).

Así mismo, las curadurías especiales son dativas, y los curadores para pleitos o ad-litem, son dados por la judicatura que conocen el pleito. De tal suerte que el curador especial no está obligado a la formación de inventario, sino sólo a otorgar recibo de los documentos, cantidades o efectos que se pongan a su disposición para el desempeño de su cargo, y de que rendirá cuenta fiel y exacta según los artículos 515 y 516 del (Código Civil, 2005).

La excepción previa prevista en el numeral 2 del artículo 153 del COGEP, cuando se trate de acciones iniciadas por personas naturales menores de edad o incapaces, podrán plantearse cuando el accionante, actor o demandante, no se enmarque en los presupuestos descritos de conformidad con las normas citadas.

1.1. Representación de personas jurídicas en el proceso

Cuando se trate de persona jurídica, deberá ser representada en el proceso por su representante legal. A falta de éste, por un procurador judicial, conforme el artículo 33 del (COGEP C. O., 2015). Esa representación deberá sustentarse en una procuración judicial, en la que faculte al o los procuradores no sólo la calidad en la que comparece, sino la capacidad para comparecer en el proceso, en nombre de la parte actora.

Al respecto el COGEP, define al procurador judicial como el mandatario que tiene poder para comparecer al proceso, por el actor, o el demandado. Las personas que pueden comparecer al proceso por sí mismas son hábiles para nombrar procuradores. Aun cuando haya procurador en el proceso, se obligará al mandante a comparecer, siempre que tenga que practicar personalmente alguna diligencia, como absolver posiciones, reconocer documentos o firma, u otros actos semejantes.

Cuando la naturaleza de la diligencia lo permita, el juzgador autorizará que la comparecencia del mandante se realice mediante videoconferencia, u otros medios de comunicación de similar tecnología. Si se halla fuera del lugar del proceso, se libraré deprecatorio o comisión, en su caso, para la práctica de tal diligencia. Si se encuentra fuera del país, se libraré exhorto, en los términos del artículo 41 del (COGEP C. O., 2015).

Es pertinente indicar que el otorgamiento de la procuración judicial debe cumplir con presupuestos legales que condicionan la capacidad legal del otorgante, aunque si bien el Código Civil establece que toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaz; en tanto que, quien ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella, o por la ley, para representarla, surte respecto del representado, iguales efectos que si hubiese contratado él mismo. En ese contexto, es por mandato que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos, por cuenta y riesgo de quien lo otorga, en los términos de los artículos 1462, 1464 y 2020 del (Código Civil, 2005).

También se debe tener en cuenta que, para no incurrir en la excepción previa, la procuración judicial debe constituirse a favor de uno o varios defensores que no se encuentren inserto en alguna de las prohibiciones previstas en la ley; y se puede instituir uno o más procuradores, en un mismo instrumento; el mismo que se podrá conferir:¹ Por delegación otorgada por el Procurador General del Estado, para los abogados de las instituciones públicas que carecen de personería jurídica; o a través de, por oficio, en el caso de entidades de derecho público con personería jurídica. El oficio deberá ser suscrito por el representante legal de la entidad, su representante judicial, o ambos, si así corresponde. En el texto se expresará con precisión la norma legal que confiere la personería jurídica a la entidad y que establece la autoridad a quien corresponde el carácter de representante legal o judicial; se acompañará el nombramiento de la autoridad, y de ser el caso, el documento que contenga la designación del delegado. Los defensores de las instituciones públicas con o sin personería jurídica,

acreditarán que su comparecencia en representación de la máxima autoridad, y acompañarán el instrumento legal mediante el cual se les ha conferido dicha atribución, con los documentos habilitantes necesarios.2. Mediante escrito reconocido conforme la ley, ante el juzgador del proceso.3. Mediante poder otorgado en el Ecuador, o en el extranjero, ante autoridad competente, en cuyo caso la procuración se someterá a las solemnidades previstas en los artículos 41, 42, 43, 44 y 45 del COGEP, para su validez o eficacia; y, 4. De manera verbal, en la audiencia respectiva, ante el juez o tribunal competente.

Las procuraciones provenientes del exterior deberán estar debidamente apostilladas, o, en su defecto, legalizadas ante autoridades diplomáticas o consulares ecuatorianas; sin embargo, los procuradores judiciales podrán comparecer a cualquier diligencia o instancia del proceso, pero requerirán cláusula especial para sustituir la procuración a favor de otro profesional, allanarse a la demanda, transigir, desistir de la acción o del recurso, aprobar convenios, absolver posiciones, deferir al juramento decisorio, recibir valores o la cosa sobre la cual verse el litigio o tomar posesión de ella, dicha disposición también se aplicará a la o al defensor autorizado que no tenga procuración judicial.

En cuanto a la temporalidad de la procuración judicial, aquélla termina en todos los casos expresados en la ley. Si fallece el poderdante después de presentada la demanda, el procurador judicial representará a la sucesión en el proceso hasta que se nombre curador de la herencia yacente, o comparezcan los herederos.

1.2. Representación del causante

Acerca del derecho de herencia o sucesión, ésta nace con la muerte del causante, y quienes le suceden son los herederos, siempre que haya precedido el reclamo o aceptación de la herencia, en los términos del artículo 34 del (COGEP C. O., 2020). No obstante, se llaman curadores de bienes los que se dan o asigna a los bienes del ausente, a la herencia yacente y a los derechos eventuales del que está por nacer. Por tanto, se dará a la herencia yacente, esto es, a los bienes de un difunto cuya herencia no ha sido aceptada. En esos casos, la curaduría será dativa, según el artículo 372 y 502 del (Código Civil, 2005).

1.3. Representación del insolvente

El insolvente será representado por el síndico, en todo lo que concierne a sus bienes; pero tendrá capacidad para comparecer por sí mismo, en lo que se refiere exclusivamente a derechos extras patrimoniales, o en las diligencias permitidas en la ley. En este caso, la representación en calidad de legitimado pasivo o deudor, deberá tener en cuenta la clase de insolvencia de la que se trata, la misma que puede ser fortuita, culpable, o fraudulenta. Es fortuita la que proviene de casos fortuitos o de fuerza mayor; es culpable, la ocasionada por conducta imprudente o disipada del deudor; y es fraudulenta aquella en que ocurren actos maliciosos del fallido, para perjudicar a los acreedores, según lo previsto en los artículos 35 y 417 del (COGEP C. O., 2020).

1.4. Comparecencia al proceso mediante defensor

Las partes que comparezcan a los procesos deberán hacerlo con el patrocinio de un defensor (abogado patrocinador), salvo las excepciones contempladas en la ley. La persona que por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural no pueda contar con los servicios de una defensa legal privada, para la protección de sus derechos, recurrirá a la Defensoría Pública.

Siempre que los defensores concurren a una diligencia sin autorización de la parte a la que dice representar, deberán ratificar su intervención en el término que el juzgador señale, de acuerdo con las circunstancias de cada caso. Si incumple la ratificación, sus actuaciones carecerán de validez. Esta disposición no será aplicable a la comparecencia a audiencia preliminar o única, en los procedimientos de una sola audiencia, a la cual deberá concurrir el defensor con la parte actora o demandante, de acuerdo a lo previsto en el artículo 36 del (COGEP C. O., 2020).

1.5. Procurador común

Si son dos o más los actores, por un mismo derecho, siempre que sus derechos o excepciones no sean diversos o contrapuestos, nombrarán un procurador común, o el juzgador dispondrá que constituyan un procurador común dentro del término que se les conceda. Si no lo hacen, el juzgador designará entre ellos a la persona que servirá de procuradora, con quien se contará en el proceso. La persona designada como procurador común no podrá excusarse de desempeñar el cargo. Para el ejercicio de la procuración común no se requiere ser abogado. El nombramiento de procurador común podrá revocarse por acuerdo de las partes, o por disposición del juzgador, a petición de alguna de ellas, siempre que haya motivo que lo justifique. La revocatoria no producirá efecto, mientras no comparezca el nuevo procurador. La parte que quede liberada de la procuración por revocatoria podrá continuar con el proceso, de forma individual, según el artículo 37 del COGEP.

Debe tenerse en cuenta que, en este caso, la procuración común no se somete a las solemnidades previstas en los artículos 41 a 45 del COGEP, para su validez o eficacia.

1.6. En cuanto al derecho de la naturaleza

En cuanto al derecho de acción que tiene la naturaleza, por ser sujeto de derechos, conforme lo previsto en la Constitución, que permite demandar a nombre de la naturaleza, la efectividad de alguna pretensión. Esta condición de ser sujeto de derechos no quiere decir que la naturaleza sea también sujeto pasivo, a quien se le pueda demandar o reconvenir; o porque la naturaleza no es sujeto de obligaciones, no tiene voluntad; aunque, si bien tiene capacidad de goce, pero no de ejercicio.

La misma Constitución reconoce a la naturaleza tres derechos: 1. El derecho a que se respete íntegramente su existencia; 2. El derecho al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, así como los elementos que forman sus ecosistemas; y, 3. El derecho que tiene la

naturaleza a la restauración de los daños que se le causen, conforme lo previsto en el artículo 71 de la (Constitución C. , 2008).

Dichos derechos serán efectivos con la acción pública, para que cualquier persona, comunidad, pueblo o nacionalidad, exijan a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.

Eso tres derechos no se pueden confundir con los derechos que tienen las personas y los colectivos, a la indemnización de perjuicio, por los daños causados al ambiente, previstos en el artículo 72 de la (Constitución C. , 2008).

De igual manera el COGEP, en cuanto a la representación de la naturaleza, establece que la naturaleza podrá ser representada por cualquier persona natural o jurídica, colectividad, o por el Defensor del Pueblo. Este último, además, podrá actuar por iniciativa propia, quien responderá de acuerdo con la ley. La naturaleza no podrá ser demandada en juicio, ni reconvenida.

Las acciones por daño ambiental y el producido a las personas, o a su patrimonio, como consecuencia de éste, se ejercerán de forma separada e independiente. Cabe entonces precisar que cuando se trata de las acciones derivadas de los daños a la naturaleza y los perjuicios producidos al patrimonio de las personas o colectivos, por efecto de los daños ambientales, se deberán demandar por vía separada.

En lo que se refiere a los derechos de las comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos, cuando se trate de comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos, comparecerán a través de su representante legal, o voluntario según el artículo 38 de la (Constitución C. , 2008).

1.7. Litisconsorcio

Es importa referirse a este tema, ya que en muchos casos se desestima o inadmite la pretensión, por falta de integración del litis consorcio; porque, de no integrarse, no puede prosperar la acción. Por ello se habla de la obligación de integración del litis consorcio necesario; puesto que, en caso contrario, no se podrá dictar una decisión de mérito, sino que concluirá con una decisión inhibitoria, como pasamos a analizar.

Así tenemos que, dos o más personas pueden litigar en un mismo proceso, en forma conjunta, cuando sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto, o cuando la sentencia que se expida con respecto a una podría afectar a la otra (Arts. 51, 52, 153 y 295, del Código Orgánico General de Procesos, COGEP).

Ahora bien, hay que distinguir la relación de los litis consortes con la contraparte. Salvo disposición en contrario, los litis consortes serán considerados en sus relaciones con la contraparte, como litigantes separados. Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso, en los términos de los artículos 51 y 52 de la (COGEP C. O., 2020).

En este contexto, en un proceso corresponde al juzgador verificar si los actores son o se encuentran legitimados, tanto en el proceso, como en la causa. Para ello el juzgador, sobre la base del acto de proposición, deberá identificar la calidad en la que comparece el demandante o actor de la acción: si la misma la hace por sus propios derechos, por medio de representante legal, procurador, o apoderado general del titular del derecho.

Así por ejemplo, cuando el titular de un derecho actúa basado sobre la existencia de un convenio de participación, con dos o más partícipes, para la ejecución o cumplimiento de un contrato (en cuyo caso la legitimidad de la comparecencia se sustenta en la calidad que comparece), la que debe ser a nombre de la sociedad resultante de un convenio, siempre que se encuentre legalmente autorizado a nombre de la sociedad o consorcio, para comparecer a reclamar los derechos de aquél; autorización que, para el caso de una sociedad por participación, deberá estar constituida mediante instrumento público. En este caso la legitimidad de los comparecientes debe ser escrutada o verificada, si la reclamación del actor o demandante se sustenta en el derecho que representa en el proceso.

Así las cosas, el escrutinio que debe realizar el juzgador es el de verificar si el acto constitutivo (contrato o convenio), identifica plenamente a quien ejerce la representación legal, y si dicha representación comprende todos los negocios jurídicos, incluyendo la representación judicial y extrajudicial, y la capacidad para decidir y asumir las responsabilidades de conformidad con la ley. De allí que el contrato de asociación debe determinar las obligaciones que asume la sociedad, en representación de sus integrantes y las que asumen los partícipes de aquélla, de manera individual; pero estas últimas no pueden afectar la representación legal. Todo ello sin confundir el porcentaje de participación que tiene cada integrante del consorcio o sociedad, porque dicho porcentaje deberá ser considerado para la distribución de los resultados. Mas, si la sociedad con relación a los integrantes o partícipes constituye un ente o sujeto distinto de aquellos, esto debe estar plenamente descrito en el contrato de la sociedad.

Por lo mismo, cuando se trata de una sociedad, sin que importe su naturaleza, la comparecencia como legitimado activo en cualquier proceso, debe hacerla a través del representante legal o apoderado, no a nombre o de manera individual de cada uno de los integrantes o partícipe de la sociedad, sino a nombre de la sociedad, y debidamente autorizado; ya que la comparecencia en esos términos ubica a la sociedad en la falta de legitimidad o de falta de legitimado activo, para actuar en un proceso administrativo, o judicial, al representar derechos individuales de los partícipes; lo que llevará a la falta de conformación de lo que denomina la doctrina, el litis consorcio necesario, para que prospere la acción.

La falta de personería en la DOCTRINA, según (Cabanellas, 2008), consiste en la, “Excepción dilatoria que el demandado puede esgrimir, cuando el actor carezca de las condiciones necesarias para comparecer en juicio, o si no acredita el carácter o representación con que reclama; y también cuando el procurador del demandante tenga insuficiente o ilegal poder.

Puede oponerla también, como dilatoria, el demandante, cuando la falta de personalidad se dé en el demandado, o su representante”.

Esta definición presenta supuestos o escenarios: por defecto para comparecer en juicio, al demandante, al demandado y a sus procuradores, apoderados o representante, ya por carecer de capacidad civil, o por falta de representación suficiente para estar en juicio.

Sobre la capacidad de comparecer en juicio (capacidad procesal) (Chiovenda G.) señala: “Del mismo modo que se puede ser sujeto de derecho y no tener el ejercicio de los derechos, o tenerlo limitado, puede tenerse la capacidad para ser parte en juicio y no tenerse el ejercicio de los derechos procesales. La capacidad para comparecer en juicio, esto es, para realizar actos procesales con efectos jurídicos en nombre propio, o por cuenta de otro, se llama *capacidad procesal* (legitimatío ad processum, que no hay que confundir con la legitimatío ad causam...)”

Acerca de esa falta de legitimación, la doctrina identifica -en el sistema procesal- dos instituciones jurídicas: la legitimidad en el proceso y la legitimidad en la causa. La primera, es la legitimidad procesal o “legitimatío ad processum”, la que se presenta cuando se refiere a la legitimidad de personería, que es la capacidad para obrar en procesos por sí mismo, o mediante apoderado o representante legal. Por lo tanto, de prosperar la excepción, como es la de “incapacidad o falta de personería de la parte actora o su representante”, sobre la base de los presupuestos descritos, ello conlleva a que, sin que se niegue el nacimiento del derecho del actor ni se afirme su extinción, impide que el proceso se pueda seguir sustanciando y concluya con una sentencia de mérito.

En este caso, el sistema procesal ecuatoriano, conforme lo prescribe el Código Orgánico General de Procesos (Art. 295), faculta el saneamiento de la falta de legitimidad, o falta de conformación del litis consorcio necesario, en audiencia preliminar, o en la primera fase de la audiencia única o de saneamiento. Para ello el juzgador deberá conceder el término de seis días al compareciente, para dicha subsanación; pero, de no hacerlo se tendrá como no presentada la demanda, y se ordenará el archivo de la causa, con lo cual concluye el proceso. No obstante, lo señalado, el auto con el cual se pone fin al proceso, por falta de legitimación activa, o falta de conformación del litis consorcio necesario, no constituye cosa juzgada, ya que deja la facultad de reiniciar el debate procesal, cuando la situación se subsane; por cuyo motivo es una excepción subsanable.

Ahora bien, es distinto, si se trata de falta de legitimación en la causa, que ocurre cuando en el proceso iniciado concluya con una sentencia de mérito. En este caso, la figura de la legitimación en la causa o “legitimatío ad causam”, que es “el presupuesto de la pretensión contenida en la demanda y de la oposición que de aquella formula el demandante, para que sea posible la sentencia de fondo, que resuelva sobre la pretensión”, según (Echandía & Velloso., 1994), (quien también advierte que esta legitimación en la causa no es un

presupuesto procesal), “lejos de referirse al procedimiento o al válido ejercicio de la acción, contempla la relación sustancial que debe existir entre el sujeto demandante o demandado y el interés sustancial discutido en el proceso. Se tratan de presupuestos materiales o sustanciales para la sentencia, de fondo”.

Este litis consorcio necesario, explica (Carnelutti, 1959), de la siguiente manera: “Puede darse entre dos o más litis o negocios una relación tal que uno no pueda existir sin el otro; en tal caso se habla de litis consorcio necesario, en el sentido de que las dos o más litis no pueden ser decididas, sino conjuntamente.” Esto es que no se puede decidir separadamente. A ello, corrobora (Guasp, 1962), “aquí la ley no se limita ya a autorizar, sino que exige, con exigencia que puede hacer valer el juez o la parte contraria, que las partes actúen en la unión en que consiste el litis consorcio”. Reitera que existe litis consorcio necesario “cuando estamos en presencia de una carga de carácter material que contempla la situación jurídica pre procesal, en virtud de la cual la pretensión no puede ser válidamente propuesta, sino por varios sujetos, o frente a varios sujetos, o por varios y frente a varios, a la vez”, por exigirlo así la norma legal, o bien en razón del principio general de la indivisibilidad o inescindibilidad de la situación jurídica, que no permite su tratamiento por separado, para los varios sujetos que en ella concurren”

El Código Tributario identifica como partes, en el procedimiento ante el Tribunal Distrital Tributario, del cual el actor es la persona natural, la persona jurídica o ente colectivo sin personalidad jurídica, que deduce la demanda a nombre de quien se propone la acción, o interpone el recurso que ha de ser materia principal del fallo; quien podrá plantear la acción contra la autoridad del órgano administrativo del que emanó el acto o resolución que se impugna; el director o jefe de la oficina u órgano emisor del título de crédito, cuando se demande su nulidad o la prescripción de la obligación tributaria, o se proponga excepciones al procedimiento coactivo; y, el funcionario recaudador o el ejecutor, cuando se demande el pago por consignación, o la nulidad del procedimiento de ejecución. Hay que tomar en cuenta que la actuación del actor puede afectar a un tercero, sea en el proceso administrativo, o en el contencioso, quien solicita ser oído en la causa, por ser el tercero titular de un derecho incompatible con el que pretende el actor (Art. 227 CT).

Lo señalado presenta una situación muy especial, en cuanto a los documentos que se deben acompañar a la demanda, como justificativos de la personería del compareciente, cuando no se actué a nombre propio, a menos que se le haya reconocido en la instancia administrativa. En este caso, se debe analizar con detenimiento, por cuanto puede derivar en dos situaciones: una, con respecto a quien haya sido el compareciente, en fase administrativa, no obstante que la administración tributaria no se percató de la capacidad legal como legitimado, para intervenir a nombre del sujeto obligado o responsable de la obligación o responsabilidad tributaria; pero en instancia judicial, al verificar, se comprueba que no corresponde al

representante o legitimado, para comparecer en el proceso judicial; lo que traerá como consecuencia se inadmita la pretensión del actor, por no ser el legitimado activo. El segundo escenario es que, sin actuar a nombre propio, aunque la administración le reconoció al compareciente en la fase administrativa, pero que en la jurisdicción no es el titular del derecho; es decir, el interviniente no actuó por un derecho propio, a pesar de que se le reconoció en la instancia administrativa, provocando una falta de legitimación activa. El desenlace que podrá ser, sobre la base de la excepción en análisis, la incapacidad del actor, o de quien actúa como representante para plantear la acción (Art. 325 CT).

Cabe recordar, que con el entonces Código de Procedimiento Civil (sistema escrito), los juzgadores no se detenían a verificar previamente esa capacidad, como excepción, sino que, por el contrario, la verificación respecto a los legitimados se lo hacía al momento de resolver la causa; es decir, era después de haber agotado todas las fases de sustanciación del proceso y del reposo del mismo en el archivo. El juzgador, al momento de resolver, verificaba la falta de legitimidad del actor, o ilegitimidad del compareciente en la causa, sobre cuya situación resuelve negar la petición; pero después de cuantos años. Esto no ocurre en el sistema procesal actual (oral o por audiencia mixto), que previo a la sustanciación del proceso, se debe verificar el cumplimiento de todos los requisitos formales, como el acto de proposición, respecto del compareciente.

Por ello, se debe tener presente, que se incurre en la falta de legitimidad del actor o su representante, cuando se trata de sociedades o de derechos colectivos, cuando uno de ellos comparece en representación de la sociedad, sin que posea la representación legal de la sociedad. En este caso no es pertinente que comparezca uno de los integrantes de la sociedad, por su interés propio en la sociedad o contrato, ni por el porcentaje de participación, sino como representante legítimo de la sociedad.

Claro que, en materia tributaria, las situaciones de comparecencia se derivan por la exigencia de pago de la obligación tributaria, al compareciente, por supuesto sujeto pasivo; lo que le ubicaría a la actora como parte procesal para obrar y con interés en la pretensión o sentencia de fondo, pero identificando la calidad en la que se constituye el sujeto pasivo de la obligación. Esto es lo que se debe verificar del acto emanado de la administración, y las razones por las que se configura la calidad de sujeto pasivo de la obligación exigida.

En ocasiones, el actor o quien se considera sujeto pasivo tributario, basado sobre la protección de los derechos garantizados en la Constitución, pretende que sea tutelado su derecho o interés para obrar, porque el demandante inicia el reclamo ante el tribunal, con la expectativa que se resuelva sus pretensiones fijadas en la demanda; pero este interés para obrar es subjetivo, por lo que no se puede confundir con el interés que justifica la acción, que si bien se garantiza en la Constitución a través del derecho de petición, dicho interés, al ser exclusivo y particular e intrínseco del accionante, según su pretensión concreta, frente a la acción y el

proceso, se vuelve de carácter general y público; porque busca un resultado en el juicio, pero no es la causa de la acción, la que entre sus elementos no se encuentra el llamado interés para obrar.

Si bien los juzgadores tienen el deber jurídico de emitir un pronunciamiento, no necesariamente debe ser resolviendo las pretensiones, porque para aquello se requiere que se cumplan los presupuestos procesales de legitimidad y de procedibilidad, para entrar a analizar los presupuestos de fondo, al dictar sentencia; pero se debe identificar con claridad el interés para obrar y la legitimación en causa. De ahí, la necesidad de examinar previamente la existencia del derecho legítimo para obrar; porque, si falta, no puede el juez aceptar la demanda; aunque conforme con lo previsto en el artículo 295 del COGEP y en la Resolución 12-2017, del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, se debe subsanar dicha deficiencia dentro del término que la ley establece.

Al respecto, la doctrina en palabras de (Rocco U. , 1970), al explicar el litis consorcio necesario, agrega: “Puede suceder, en cambio, que la relación jurídica tenga como características una unidad tal, que no pueda existir frente a uno de los varios sujetos, sin tener que existir necesariamente frente a los otros, en razón, de que por su misma estructura se presenta como única e indivisible. En tal caso, es obvio que no es posible pedir una providencia jurisdiccional respecto a tal relación, si no están presentes en el juicio todos los sujetos de esa relación, ya que la sentencia que fuere pronunciada respecto a algunos de los sujetos solamente, sería “inutiliter data”, advirtiendo, que si se pronuncia la sentencia sin la concurrencia de algunos de esos sujetos obligados, pueden estos “eliminar los efectos de la sentencia pronunciada sin una controversia regular, mediante el instituto de oposición de terceros”.

En este caso, no sólo se trataría de una decisión inútil y sin efectos, sino inoportuna o improcedente, por lo que el juez debe abstenerse de pronunciarla. Si sólo por error, es pronunciada, se tendría una sentencia ineficaz e inútil, al ser imposible su ejecución, según Carnelutti. No obstante, lo citado, (Alsina Hugo, 1963/2011) expresa: “Cualquiera sea el tipo de litis consorcio, son claras dos características fundamentales: unidad de relación jurídica y autonomía de los sujetos procesales. Es decir, la pluralidad de sujetos actúa en forma autónoma o independiente, de tal suerte que los actos de unos ni aprovecha ni perjudica a los otros, salvo cuando por las disposiciones que regulan la relación jurídica el efecto está previsto expresamente en un precepto legal, como ocurre en las obligaciones solidarias; pero entonces ya no deriva de su calidad de litis consorte, sino de la del sujeto activo o pasivo de la obligación”.

En este escenario de cosas, con el sistema escrito, mediante sentencia, obligaría a rechazar la demanda y disponer su archivo, sentencia que no podría ser considerada, como ya indicamos, de mérito ni cosa juzgada, como así se ha pronunciado la Corte Suprema de

Justicia, en fallos N°. 508, de 20 de diciembre de 2000, RO 284, de 14 de marzo de 2001; N°. 484, de 9 de septiembre de 1999, RO 333, de 7 de diciembre de 1999; y, No. 372 de 25 de julio de 1999, Registro Oficial 257 de 18 de agosto de 1999; y resolución publicada en el RO 320, de 19 de mayo de 1998, salvo su ejecutoriedad. De allí que la comparecencia del actor, de manera individual, por sus propios derechos, no sólo equivale a falta de legitimación activa, sino de falta de "legitimación en el proceso" y "legitimación en la causa", consistente en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado, el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda; pues, frente a ellos la ley permite que el Juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda; porque la sentencia de mérito los obliga, además de que produce efectos de cosa juzgada sustancial.

Sobre lo señalado, el precedente pronunciado por la Corte Suprema de Justicia, en el fallo de 25 de julio de 1999, en el juicio 820-94, publicado en el RO N° 257, de 18 de agosto de 1999, indica: "... del proceso no constan documentos o registros que evidencien el derecho, respecto del acto impugnado; pues, del mismo, si bien la operadora no ha demostrado su derecho legítimo afectado de manera individual, mas, sí los resultados de las operaciones de la contratista, en la ejecución del contrato se sustentan en los resultados de la misma operación, con relación a los ingresos, gastos e inversiones, incluyendo la participación según la producción petrolera que es la que determina el porcentaje de participación en el resultado, y no como erradamente pretende el actor reclamar un supuesto derecho basado sobre su participación contractual y no sobre la base de la producción y resultados de la operación del contrato. Por lo tanto, la actora no evidencia legitimación en el proceso, ni en la causa; esto es, no ha demostrado ser titular del derecho sustancial discutido, ni mucho menos ha probado la afectación directa e individual con el acta de determinación..."

Como se puede observar, tanto las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, el Código Tributario y el actual Código Orgánico General de Procesos, establecen los presupuesto para el reconocimiento del titular de un derecho, con la clara distinción que, hoy por hoy, el sistema procesal vigente no permite que el proceso avance, sin antes verificar la capacidad legal del accionante y de la conformación del litis consorcio, para el reclamo de un derecho; lo cual debe ser subsanado en la etapa de saneamiento del proceso, sea en la audiencia preliminar, cuando se trata de juicio ordinario, o en la primera fase de la audiencia única, cuando se trata de juicio sumario. Con ello no sólo que se activa la inmediación, oportunidad y eficaz del actuar jurisdiccional, sino la celeridad para subsanar la deficiencia, de ser factible, y avanzar en la sustanciación del proceso, para llegar a una sentencia de mérito o de conocimiento, y resolución sobre el fondo.

Analizados así los presupuestos normativos de la capacidad y legitimidad activa en los procesos, es claro que la incapacidad del actor se puede producir por incumplimiento debido de los presupuestos que la ley contempla para comparecer a reclamar un derecho.

DISCUSIÓN

Sobre las excepciones previas, la Corte Nacional de Justicia hace un análisis de la división que fija el COGEP, en el proceso; y distingue dos momentos: el primero, respecto de las cuestiones que deben ser conocidas y resueltas de forma previa; y, el segundo, cuando se superen las cuestiones previas y avanzar a la fase central o juicio, donde se resolverá el objeto de la controversia. Pero aquello dependerá del procedimiento; pues, para los procesos de dos audiencias, las cuestiones previas se resolverán en la audiencia preliminar, y en los procesos de audiencia única, se resolverán las excepciones previas en la primera fase de la audiencia única.

El mismo código dispone las reglas para la resolución de las excepciones previas; pero, en ese caso, habrá que tener presente cuáles son las excepciones subsanables y no subsanables, de las previstas en el artículo 153 del COGEP, cuyas reglas determina el Art. 295 del mismo código:1. Si se acepta una excepción previa que no es subsanable, se declarará sin lugar la demanda y se ordenará su archivo.2. Si se acepta la excepción de defecto en la forma de proponer la demanda, la parte actora subsanará los defectos, dentro del término de seis días, y otorgará a la parte demandada el término de diez días para completar o reemplazar su contestación y anunciar prueba, con atención a las aclaraciones o precisiones formuladas. De no hacerlo, se tendrá la demanda o la reconvención como no presentada. 3. Si se aceptan las excepciones de falta de capacidad, de falta de personería o de incompleta conformación del litisconsorcio, se concederá un término de diez días para subsanar el defecto, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda y de aplicarse las sanciones pertinentes; y 4. Si el asunto es de puro derecho, se escucharán las alegaciones de las partes.

En ese contexto, la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución 12-2017, señala que, en el ámbito de nuestro derecho procesal, considera que las excepciones previas tienen como finalidad excluir la discusión sobre el fondo de la controversia y “evitar la audiencia de juicio” Las excepciones han de ser examinadas, probadas y resueltas por el juzgador competente, en la audiencia preliminar; esto es, instalada la audiencia, el juzgador solicitará a las partes que se pronuncien sobre las excepciones previas propuestas, sobre la base del artículo 295 del COGEP, por lo que, en esa fase todas las excepciones previas han de ser resueltas.

CONCLUSIONES

Para resolver la excepción, en la fase de saneamiento procesal, y mandar a subsanar, debe necesariamente existir prueba documental que demuestre la incapacidad en el proceso. A efectos de que ejerza sus derechos, deberá -de manera imperativa y obligatoria- comparecer con su curador designado; porque la ausencia del demandado permite al juez realizar el ejercicio -de oficio- del cumplimiento de solemnidades sustanciales. La excepción previa planteada por el demandado, notificará con la misma a la parte actora, a quien le concederá el término de diez días, para que anuncie prueba nueva si es del caso. Dicho término será de cinco días, cuando se trate de materia de niñez y adolescencia.

No solo se pueden reformar las excepciones, sino desistir de las mismas; puesto que el demandado puede creer que, por un equívoco, no se habría verificado los hechos considerados para proponer alguna excepción previa; pero que verificados los mismos, por principio de lealtad procesal, corresponde no sólo reformar la contestación demanda, de ser el caso, sino de desistir de la excepción, cuando la misma sea impertinente, o haya elementos fácticos para que aquélla prospere.

En la excepción previa subsanable, si no se subsana los defectos dentro del término correspondiente, el juzgador, mediante auto definitivo tendrá como no presentada la demanda, con efectos correspondientes; y, ordenará el archivo del proceso. Si el juzgador encuentra procedente la excepción previa de incompetencia, dictará auto de inhibición y ordenará la remisión del proceso al juzgador competente, conforme el artículo 13 del Código Orgánico General de Procesos.

En cuanto a la incapacidad de la parte actora o de su representante, es una excepción previa subsanable, ante lo cual se concede al actor el término fijado por la ley, en caso de no presentarse el demandado, ni fundamentar la misma, no puede ser considerada. No obstante, si el juez verificare la existencia de incumplimiento con la calidad de legitimado activo, de oficio, debe disponer la legitimación de la parte actora, previo a declarar la validez procesal, mediante la verificación del cumplimiento de solemnidades sustanciales. De no hacerlo, no sólo incumpliría una obligación jurisdiccional, sino que hay también la posibilidad de que pudiera incurrir en la violación del debido proceso y la seguridad jurídica.

REFERENCIAS

- Albascal, Z. J. (1985). *Diccionario jurídico mexicano Tomo IV.* . México: Ed. Porrúa Pg. 150.
- Alsina Hugo. (1963/2011). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. I 2da. Ed.* Buenos Aires: Ediciones jurídicas/ Compañía argentina de editores, soc. de resp. ltda., pg.561.
- Alsina, H. (2001). *Fundamentos de Derecho Procesal.* Méxcio DF: Editorial Jurídica Universitaria S.A.

- Cabanellas, T. G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires-Argentina: Helasta Pg. 175, 243.
- Carnelutti. (1959). *Instituciones, t.I, trad. De Sentís Melendo,*. Buenos Aires: De Sentís Melendo, pág. 389,.
- Carnelutti, F. (1998). *Sistema de derecho procesal civil (pg. 135)*. Cardenas Editor, https://books.google.com.ec/books/about/Sistema_de_derecho_procesal_civil.html?id=1ooWxQEACAAJ&redir_esc=y.
- Chiovenda, G. (1941). *Los principio de derecho procesal civil Valumen III*. Madrid: Revista de derecho privado pf. 104.
- Chiovenda, G. (1989). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Volumen III*. México DF: CED Cárdenas Editor Distribuidor. Pg. 57.
- Chiovenda, G. (s.f.). *Instituciones del derecho procesal civil, actos del Juez y Prueba Civil. Los Poderes del Juez*. En S. Satta.
- Chiovenda, J. (1922). *Principios de derecho procesal civil, Traducción de José Casáis y Santló*. Madrid: Ed. Reus T II pg. 578.
- CNJ 12-2017, R. (2017.). Corte Nacional de Justicia, consideración primera. Corte Nacional de Justicia.
- Código Civil. (24 de junio de 2005). Capacidad. *Codificación*. Ecuador: Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.
- Código de enjuiciamiento en materia civil. (1869-1879). <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/7826>. <http://hdl.handle.net/10469/7826> Imprenta del Gobierno.
- Código de la Democracia, L. O. (27 de Abri de 2009). Ley 22009. *Ley Orgánica Electoral*. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 578 de 27 de abril de 2009.
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2009). Art. 2. Sujetos protegidos. Art. 4. Titulares del derecho de alimentos. Quito: Agregado por el Art. Único de la Ley s/n, R.O. 643-S, 28-→VII-→2009.
- Código de Procedimiento Civil. (1983-2005). Registro Oficial 511 de 10 de junio de 1983.
- COFJ, C. O. (2009). *La Jurisdicción, Art. 150* . Quito: Registro Oficial Suplemento No. 544 de 09 de marzo de 2009.
- COGEP, C. O. (22 de mayo de 2015). Quito: Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.
- COGEP, C. O. (08 de 12 de 2020). *Excepciones previas*. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015, última reforma ROS 345 de 8 de diciembre de 2020 Art. 153.
- COIP, C. O. (10 de febrero de 2014). Ley 0. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 180.

- Constitución. (13 de Agosto de 1835). Decreto Legislativo 000, Registro Auténtico 1835. *Constitución Política del año 1835*. Quito, Ecuador: https://derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion_1835.pdf.
- Constitución, C. (20 de Octubre de 2008). Jurisdicción. *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.
- Constitución, E. (11 de Agosto de 1998). Constitución del Ecuador. *Decreto Legislativo No. 000*. Quito: RO 1 de 11 de agosto de 1998.
- Corte C Colombia. (2 de noviembre de 2011). Sentencia C 820/11. Bogota: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-820-11.htm#:~:text=Se%20vulnera%20el%20derecho%20al,probadas%20mediante%20un%20auto%20interlocutorio>.
- Diccionario panhispánico, d. e. (septiembre de 2022). <https://dpej.rae.es/lema/jurisdicci%C3%B3n>. Obtenido de Dpej.rae.es. Asociación de Academias de la Lengua Española.: <https://dpej.rae.es/lema/jurisdicci%C3%B3n>
- Echandía, D., & Velloso, A. A. (1994). *Compendio del Derecho Procesal y Compendio de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Ed. Rubinzal. 1994. Pg. 459.
- García Falconí, J. (2018). *Demanda en el COGEP*. Quito: Derecho Ecuador. <https://derechoecuador.com/demanda-en-el-cogep/>.
- Gozaíni, O. A. (2005). *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Ediar: https://books.google.com.ec/books/about/Elementos_de_derecho_procesal_civil.html?id=dllXtwAACAAJ&redir_esc=y.
- Guasp, J. (1962). *Derecho procesal civil. Citado por Hernan Devis Echandía. Nociones generales de derecho proceso civil, pg. 446*). Madrid: Civitas, pg. 217 . .
- Ley Orgánica de la Función Judicial. (11 de septiembre de 1974). Decreto Supremo 891. Quito: Registro Oficial No. 636.
- Ley Orgánica de la Función Judicial, D. S. (1974). Quito: Registro Oficial 636 de 11 de septiembre de 1974.
- LOGAJCC, L. O. (22 de octubre de 2009). Ley 0. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.
- Pérez, A. (2015). *Capacidad de las personas jurídicas*. <http://ecuador.leyderecho.org/capacidad>. Enciclopedia jurídica gratuita.
- Resolución 12-2017 CNJ. (2017). Corte Nacional de Justicia, consideración primera. Quito: Corte Nacional de Justicia.
- Rocco, U. (1970). *Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen I. Tomado Trattato, T, II, cap. IV, 1957*. Bogota: Editorial Temis, pg. 110 a 112.
- Rocco, U. (2002). *Derecho Procesal Civil*. Ciudad de México: Editorial Jurídica Universitaria, p. 246.

Sentencia 123/2010. TS 3a CA, 123/2010 TS 3a La Jurisccción (Consejo General del Poder Judicial 31, <https://vlex.es/vid/-274944107> de Marzo de 2011).