



UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

ESTUDIO DE CASO

Previo a la obtención del título de:

**ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA
DEL ECUADOR.**

Tema:

Caso Civil No. 13334-2017-00489, que, por prescripción adquisitiva de dominio, sigue Falconí Anchundia Aristóteles, en contra de Luis Roberto Chancay Valdivieso: “Inobservancia de las normas expresas establecidas en el numeral 2 del artículo 56 del COGEP y sus consecuencias jurídicas”.

Autoras:

María Victoria Bowen Bowen

Gema Yadira Moreira Giler

Tutor

Ab. Carlos Alberto Chavarría Mendoza Mg.

Cantón Portoviejo-Provincia de Manabí-República del Ecuador.

2018 - 2019.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.

María Victoria Bowen Bowen y Gema Yadira Moreira Giler, de manera expresan hacen la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo investigativo: Caso Civil No. 13334-2017-00489, que, por prescripción adquisitiva de dominio, sigue Falconí Anchundia Aristóteles, en contra de Luis Roberto Chancay Valdivieso: “Inobservancia de las normas expresas establecidas en el numeral 2 del artículo 56 del COGEP y sus consecuencias jurídicas” a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido elaborada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo, marzo 2019.

María Victoria Bowen Bowen
C.C. 1313071563
Autora.

Gema Yadira Moreira Giler
C.C. 1313075887
Autora.

ÍNDICE.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	ii
INTRODUCCION	1
MARCO TEÓRICO.....	3
1.1. El proceso civil.....	3
1.2. Inicio del proceso	4
1.3. La citación.....	5
1.4. Normas que regulan la citación y sus modalidades.....	7
1.5. Efectos jurídicos de la citación.....	10
1.6. Errónea o inadecuada citación.....	11
1.7. La nulidad procesal.....	12
1.8. Nulidad por falta de citación.....	13
1.9. El Derecho a la Defensa como Garantía del Debido proceso.....	14
2. ANÁLISIS DEL CASO	18
2.1. Hechos de interés.....	18
2.2. Análisis general de caso.....	27
CONCLUSIONES	48
BIBLIOGRAFÍA	50
Anexos.....	52

INTRODUCCION

En el presente estudio de caso se analizan, primero lo que la Constitución ordena, el principio constitucional de administración de la justicia, el mismo que, contiene el mandato de que, el sistema procesal, es el medio para la práctica de la justicia, así mismo se estudia desde el mandato constitucional los derechos de protección y la tutela efectiva, donde la Carta Magna menciona, que, nadie puede quedar en indefensión.

En materia procesal se analiza a la citación como requisito de validez, figura procesal que se halla inmiscuida dentro del Debido Proceso que también es una garantía de la que gozan todos los ciudadanos que se encuentren en algún conflicto administrativo o judicial.

El inciso tercero del numeral dos del Artículo 56 del COGEP, determina que si se tiene constancia de que el demandado se encuentra fuera del país y se desconoce su dirección en el extranjero, como tampoco se tiene constancia en el registro consular, pero existe el movimiento migratorio que salió del País, debe citárselo a través de fijación de carteles en todos los consulados del país de destino, de acuerdo al movimiento migratorio, esto en garantía del derecho a la defensa del demandado.

Lo anteriormente indicado es una norma expresa, adicionalmente, es preciso señalar que, existe el Acuerdo Ministerial 85, en el Registro Oficial 636 de 26 de noviembre de 2015, sobre el instructivo para certificación y citación conforme

Artículo 56 del COGEP, en cuyo numeral 2 inciso 3, expresa de forma clara como ha de citarse a quien resida en el extranjero.

Tanto la Constitución como el Código Orgánico de Función Judicial y el COGEP establecen como deber de los juzgadores, el de cuidar que se respeten los derechos de las partes, especialmente que ninguna de ellas quede en indefensión, conforme lo previsto en el Artículo 76. 7 literales a), b) y c) de la norma suprema.

El objetivo principal del presente estudio es determinar cuáles son las consecuencias jurídicas por la inobservancia de las normas expresas establecidas en el numeral 2 del artículo 56 del COGEP en el caso No. 13334-2017-00489, para ello se procede a analizar jurídica, doctrinal y jurisprudencialmente a la citación como requisito procesal necesario para evitar una vulneración de Derechos.

Otro de los objetivos es el de identificar la forma en que debe citarse a quien reside en el exterior de acuerdo a los establecido en el numeral 2 del artículo 56 del COGEP para verificar si la Juez de primera instancia cumplió con la obligación de verificar que la citación se practique cumpliendo los parámetros legales establecidos en el caso específico.

MARCO TEÓRICO

1.1. El proceso civil

Dentro del derecho procesal existen varios procedimientos, uno de los más importantes y que abarca otras materias; es el proceso civil. El proceso judicial de manera general hace referencia a las etapas que se dan en la persecución de una sentencia.

Para Couture el proceso es: “aquel encadenamiento de sucesos, que se han de desenvolverse en forma progresiva, con el único propósito de dar solución, por medio de un juicio de autoridad, el conflicto que se somete a su decisión” (Couture, 1997, pág. 102).

El procedimiento civil como tal ha sido conceptualizado por varios autores expertos en la materia, así es conceptualizado como: “Es el que practica la autoridad administrativa; en asuntos de su competencia. Enunciado, que manifiesta la capacidad que tiene la autoridad para conocer sobre un asunto o materia y todas las diligencias que requieren ser ejercidas” (Espinoza, 1999, pág. 582).

Para (Machicado, 2009):

El Proceso civil; es la sucesión de fases jurídicas vinculadas y realizadas por un Juez; en observancia de las obligaciones y deberes que la ley procesal le impone, por las partes y los terceros cursadas ante órgano jurisdiccional en ejercicio de sus poderes, derechos, facultades y cargas que también la ley les otorga, pretendiendo y pidiendo la actuación de la ley para que: dirima la controversia, verificado que sean los hechos alegados, en una sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada (pág. 1).

De las definiciones doctrinarias registrada se tiene entonces que el Proceso Civil es o son las normas que en su conjunto; precisan el proceder que debe de seguirse en una legislación que actúe el derecho positivo.

Como materia procesal otorga a los interesados en iniciar una causa los tipos de procedimientos que se han de seguir de acuerdo al conflicto que se presente, así el procedimiento civil establece quien y en qué circunstancias puede activar el aparato judicial relacionado con cualquier institución Civil.

El Proceso Civil en el ordenamiento jurídico de la legislación ecuatoriana, es regulado por el COGEP, este cuerpo normativo que es de reciente vigencia en el territorio ecuatoriano, contiene procesos de conocimiento y de ejecución, en específico tres de los primeros y uno de los últimos.

1.2. Inicio del proceso

El Proceso Civil, por cualquiera que sea el conflicto, de inicio con la demanda. La demanda viene siendo el primer acto procesal de la acción, que en lo principal se enfoca en los hechos materiales, la acción por la que se presenta, las pruebas para evidenciar el hecho, y la pretensión que se desea.

De lo antedicho, sin embargo, la demanda en materia civil tiene que cumplir con todos y cada uno de los requisitos legales que se encuentran en el COGEP, específicamente detallados en el artículo 142. Por medio de la demanda, el actor

que es la primera parte procesal solicita que se ponga en marcha del mecanismo judicial y que se acoja la pretensión que la propia demanda contiene en su libelo.

Doctrinalmente la demanda es conceptualizada como: “Es el acto procesal que introduce a la instancia, por virtud del cual; el actor somete su reclamación al juez con las formas requeridas por la ley, pidiendo una sentencia favorable a sus intereses” (Couture, 1997, pág. 124)

Todos concuerdan en que la demanda; en primer lugar, es un acto formal y procesal, segundo; es con la que se emprende el proceso, tercero contiene acumulado el ejercicio del derecho de acción, e interpone una pretensión, en este sentido la demanda como tal es de gran significación en cualquier tipo de procedimiento, ya sea este civil o administrativo, laboral, tributario, ejecutivo etc.

Como acto del proceso, es esencial para iniciar el proceso, en razón de que, con ella el actor procede a plantearle al juez su versión de los hechos, el porqué del litigio que ha iniciado, formulando de forma concreta sus pretensiones, de conformidad con lo que establece el COGEP y anunciado las pruebas que va a reproducir.

Luego de presentada la demanda, el Juez verificará si esta cumple con todos los requisitos que la ley ordena, de ser así, la admite a juicio y la califica, el acto de calificación es seguido por el acto de citación, que es donde el Juez le da a conocer al Demandado que está en esa situación y por qué se lo ha citado a litigar en la causa.

1.3. La citación

La citación es el acto procesal, que como solemnidad cumple con el propósito de hacerle conocer a la otra parte, que se ha iniciado un proceso en su contra, por su importancia dentro de las causas ha sido figura de tesis y estudios doctrinales.

En los diccionarios jurídicos, es definida así de manera similar por los distintos autores, así Cabanellas señala que es: “Diligencia por la cual se hace saber a una persona el llamamiento hecho por orden del juez, para que comparezca en juicio a estar en derecho” (Cabanellas, 2014, pág. 68).

La doctrina ecuatoriana señala que la Citación es una solemnidad de carácter sustancial: “común a todos los juicios e instancias; pues la omisión de esta acarrea la nulidad de toda la causa; más aún dada la singularidad de trascendencia de este acto, su omisión es causa de nulidad de la sentencia ejecutoriada” (Tama, 2012, pág. 193).

De las primeras definiciones registradas, se puede interpretar la importancia que tiene la citación en los procesos, en la segunda de éstas se indica que es un acto solemne, al ser solemne se torna sustancial, pues, de omitirse causa nulidad que puede ser parcial o absoluta. De los tipos de nulidades se hará referencia más adelante.

Otro de los diccionarios jurídicos reconocidos es el de Osorio, en este se manifiesta también que la citación es: “el hecho por el cual; un Juez dictamina la

comparecencia de una persona, sea parte, testigo, perito o cualquier otro tercero, para que se presente a la diligencia que le afecte en una causa.” (Ossorio, 2010, pág. 120).

De los autores registrados, todos han concluido en señalar primero; que la citación es una solemnidad, es un instrumento legal con el que se le comunica al demandado que hay una parte que le ha seguido una acción, es un acto del cual el Juez es el competente, se ordena únicamente cuando se halla calificado la demanda, es ordenada en la misma providencia de calificación.

El encargado de entregar la citación a la otra parte la unidad de citaciones de las diferentes unidades judiciales, es un servidor público designado por el Consejo de la Judicatura. Existen varios tipos de citaciones en la legislación ecuatoriana. A la citación de la vincula directamente con el Derecho Constitucional a la Defensa, (Cañarte, 2014), en su trabajo de titulación manifiesta que:

La citación es fundamental para ejercitar el derecho de defensa, toda demanda debe ser citada al demandado o demandados, de esta manera se asegura la vigencia del principio de contradicción, poniendo en conocimiento del demandado las pretensiones del actor, para que este proceda ejercer su derecho a la defensa y conteste a la demanda (pág. 12).

1.4. Normas que regulan la citación y sus modalidades.

La norma que regula la citación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se halla contenida en los articulados del COGEP específicamente todo lo relativo a esta figura legal se establece del artículo 53 al 64 del cuerpo legal mencionado. De

acuerdo a los artículos referidos se establecen tres tipos de citaciones en la legislación ecuatoriana, estas son:

- 1) Citación personal.
- 2) Citación por boletas.
- 3) Citación por un medio de comunicación.

Citación personal: Establecida en el artículo 54 del COGEP:

Es la que se cumple cuando se entrega personalmente a la persona demandada, en cualquier día, lugar y hora, lugar, como tal ha de entregarse además, el contenido de la demanda, el petitorio de una diligencia preparatoria, de todas las providencias recaídas en ella y de cualquier otra información que a juicio de la o del juzgador sea necesaria para que las partes estén en condiciones de ejercer sus derechos. De la diligencia la o el citador elaborará el acta respectiva (Asamblea Nacional, 2015, pág. 48).

De este primer modo de efectuar las citaciones, entonces queda claro que, como su nombre lo indica es personal, la diligencia la efectúa el citador en donde encuentra personalmente al demandado y este procede a firmarle que ha sido legalmente citado para luego realizar el acta correspondiente informándole al Juez que ha cumplido con la diligencia.

Citación por boleta. - De la citación por boletas, el artículo 55 menciona que esta procede cuando no se logra localizar al demandado de forma personal, de ser este el caso, se le efectúa la citación mediante tres boletas, al no ser personal, estas boletas pueden ser entregadas en el domicilio del demandado a cualquier familiar o persona que se encuentre presente.

Citación por los medios de comunicación. – Este tipo de citación se efectúa con las reglas que establece el artículo 56 del COGEP, es utilizada cuando el actor de la causa no tiene conocimiento de la individualidad de la persona demandada, de su domicilio o residencia, las reglas son, que tiene que citarse por prensa, radio o periódico.

De la primera, esto es, por los periódicos, de acuerdo al numeral primero del artículo 56 del COGEP se la hace en el diario de mayor circulación en la provincia, en el caso de Manabí sería por el Diario manabita. Esta citación se la registra en el periódico con un extracto de la demanda y de la providencia respectiva, han de ser tres publicaciones en fechas diferentes.

Por otro lado, las radiodifusoras son un medio por el cual se puede citar al demandado de quien se desconoce su paradero, se lo hace por medio de tres mensajes en fechas distintas, aquí los mensajes tienen que darse al menos tres veces al día, el COGEP indica: “en una radiodifusora de la localidad, en un horario de seis a veintidós horas y que contendrán un extracto de la demanda o solicitud pertinente” (Asamblea Nacional, 2015, pág. 49).

En este último modo, quien emite la certificación de las fechas de los mensajes; es el propietario o la o el representante legal de la radiodifusora, para lo cual; como lo determina el numeral del artículo citado debe adjuntar una copia del audio con los mensajes.

Cabe mencionar que este tipo de citación, (por un medio de comunicación) se aplica también a los herederos conocidos y desconocidos del demandado, así lo especifica el artículo 58. El actor además tiene la facultad de que; si ha agotado todas las diligencias y aun no puede determinar la persona, su domicilio o residencia de la parte demandada hacer una declaración bajo juramento, en esta declaración el actor se presenta en una diligencia con el Juez que conoce la causa.

El último párrafo del artículo 56 además es claro en manifestar que; en el caso de esta declaración bajo juramento se ha de adjuntar la certificación del MREMH: “que indique si la persona salió del país o consta en el registro consular. Si se verifica que es así, **se citará mediante carteles fijados en el consulado en el que se encuentra registrado**” (Asamblea Nacional, 2015, pág. 50).

1.5. Efectos jurídicos de la citación

La citación, al ser un acto revestido de solemnidad y formalidad; posee cuatro efectos principales, los cuales se hallan establecidos en el mismo cuerpo legal en materia procesal como lo es el COGEP el Artículo 64 manifiesta que son efectos de ésta los siguientes:

- 1) Solicita al demandado a que comparezca a juicio y ejercite su Derecho a la Defensa, deduciendo excepciones
- 2) En materia de bienes, constituye a la persona demandada como poseedor de mala fe, impidiendo que haga suyos; los frutos de la cosa que se le demanda, según lo dispuesto en la ley.
- 3) Constituir a la o el deudor en mora, según lo previsto en la ley.

4) Interrumpe la prescripción (Asamblea Nacional, 2015, pág. 13).

Del efecto jurídico determinado en el numeral primero, se señala que, por medio de la citación se le anticipa al demandado el conocimiento de un proceso, efectivamente ejercita su Derecho a la defensa, pues, con la copia o extracto de la demanda que se le hace llegar, este sabe de qué se trata el litigio, y cuáles son los fundamentos y pruebas que el actor va a presentar, con ello el demandado puede preparar su defensa técnica.

1.6. Errónea o inadecuada citación

Una citación errónea o inadecuada también posee efectos jurídicos, pues, como se ha venido mencionando, es una solemnidad de carácter sustancial presente en todos los procesos que establece el COGEP. Los efectos jurídicos suelen ser negativos cuando se incurre en este error.

La Constitución declara en su preámbulo que el Estado Ecuatoriano es un Estado de Derechos, lo que significa que protege y garantiza la aplicación de los principios constitucionales y garantías básicas, en la que entra el Derecho al Debido Proceso que es exigida su aplicación para ambas partes.

La inadecuada o mala citación; en la práctica ocurre por errores por parte del actor de la causa o su apoderado, para Morocho: “Esto suele pasar por misión de información verídica de donde vive o reside la persona demandada, por un mal proceder del funcionario citador, porque ha faltado una cautela por parte del Juzgador, pues, la causa está en sus manos” (Morocho, 2017, pág. 17).

La errónea o inadecuada citación, conlleva la vulneración de Derechos Constitucionales, en específico; transgrede las garantías básicas del debido proceso en el derecho a la defensa del demandado, pues, al no hacerle conocer que se ha iniciado una causa en su contra se le deja en indefensión, esto en relación al demandado.

En relación al actor, de ser este el culpable de una errónea o mala citación, teniendo conocimiento y faltando a la verdad con respecto al domicilio, residencia o al hecho de no haber sido posible determinar la individualidad del demandado o demandados, como lo determina la ley, logra traspasarlo a la legislación penal, para que pueda ser investigado por perjurio, en razón de que; manifestó bajo juramento el “desconocimiento”.

Respecto del tercer implicado como lo es el citador, si incumple con esta diligencia que es obligación de sus labores, o es negligente en la misma, puede tener responsabilidades de carácter administrativas, civiles y penales, en el sentido de que es un servidor público que representa al Consejo de la Judicatura.

1.7. La nulidad procesal

En materia de Derechos, existen varios tipos de nulidades, estas egresadas se limitarán a hacer referencia a la nulidad procesal. La nulidad procesal que es la que se alega y procede cuando se ha vulnerado alguna solemnidad sustancial común a todos los procedimientos, como lo es la citación.

Como nulidad en general, se ha definido a esta figura legal como: “Nulidad menciona, el error, los efectos de error (sentencia nula, como sentencia privada de eficacia), el medio de impugnación (recurso de nulidad) y el resultado de la impugnación (anulación de la sentencia o sentencia anulada” (Couture, 2004, pág. 204).

La aportación efectuada por el jurista uruguayo, el ecuatoriano Cruz Bahamonde, también señala la procedencia de la nulidad procesal, indicando que esta surge “De la omisión de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios y de la violación de trámite que influye en la decisión de la causa” (Cruz, 2001, pág. 71).

1.8. Nulidad por falta de citación.

La citación, como se lo ha indicado en el desarrollo del trabajo, es una solemnidad sustancial, por ello, la falta de esta en un proceso acarrea la nulidad, su fundamento legal se establece en el numeral cuarto del COGEP, donde se indica que ésta con la demanda a la parte demandada es una solemnidad valiosa.

Únicamente cuando el demandado ha sido llamado a un proceso por medio de la citación, se cumplirán con las garantías constitucionales plasmadas en la constitución, en lo principal el Debido proceso y el privilegio de ser escuchado en el momento correcto y en términos equivalentes, o sea la defensa.

Volviendo al COGEP, en su artículo 108, establece cuando procede la nulidad por falta de citación en este caso, indicando que tiene que ser preciso que la omisión de esta solemnidad haya imposibilitado que la parte demanda deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos.

Lo que se evidencia en el artículo anterior es que, es nulo el proceso por omisión a la solemnidad de citar porque se vulnera el Derecho a la defensa en lo principal, respecto de este punto, el ecuatoriano (Larrea, 2003) menciona:

La nulidad procesal por falta de citación, alcanza su procedencia, no únicamente cuando se haya citado al demandado, o que haya realizado la citación de forma incorrecta o imperfecta, sino que además el juicio se haya seguido y terminado sin su comparecencia. La nulidad procesal se produce cuando esta omisión impide la comparecencia del demandado a juicio para ejercer el derecho a la defensa (pág. 103).

No existen palabras más claras que las impresas por Larrea Holguín, cuando un demandado no acude a la sede judicial por el proceso que se lo llama a litigar, a consecuencia de que no ha sido legalmente citado; procede la nulidad procesal por omitirse la citación o por esta ser inadecuada.

Los efectos. - los efectos que conlleva la nulidad por no citarse de forma legal a la otra parte es que retrotrae el proceso al instante procesal previo a aquel en que se dictó el acto nulo, esto es un mal, en el ámbito jurídico, pues, logra vulnerar Derechos, Principios, y acarrea una serie de trámites posteriores.

1.9. El Derecho a la Defensa como Garantía del Debido Proceso.

El Derecho al Debido proceso: “presupone el derecho de toda persona a recurrir al juez, mediante un proceso en el que se respeten todas las garantías, con el fin de obtener una resolución motivada, que sea conforme a derecho (García M. , 1994, pág. 216).

La Constitución dentro de sus garantías, señala que nadie puede quedar en indefensión, para Zúñiga: “la persona siempre tiene que contar con el patrocinio de un abogado, sea público o particular, en todas las etapas del proceso, apelaciones y última instancia” (Zúñiga, 2008, p4).

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 75 manda que, todos los individuos:

(...) Gozan del Derecho a acceder gratuitamente a la justicia; y a la tutela efectiva, imparcial; expedita; de sus derechos e intereses; sujetándose siempre; a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedara en indefensión. (Asamblea Nacional, 2008, pág. 53).

Si ocurriera la negación de este derecho, la vulnerabilidad vendría a una de las partes procesales primarias, que es el demandado; y para que se desarrolle debe existir la falta de este privilegio como lo es el Derecho a la Defensa del cual gozan todos los ciudadanos del territorio ecuatoriano.

Para la existencia de la intensión, debe existir la simultaneidad de un componente subjetivo, una actividad o exclusión de un órgano judicial, y otro objetivo, la infracción de una directriz procesal. El infringir la norma procesal por el juez; tiene que terminar provocando la ausencia del derecho de defensa. Quien

Piensa en que ha ocurrido la vulnerabilidad, no solo ha de garantizarlo que ha habido una ruptura de una norma procesal por el juez, sino que además tiene que demostrar que esta infracción le ha negado su derecho a defenderse.

Los procedimientos judiciales se determinan en un ordenamiento, con la finalidad de resolver un litigio, en donde interviene la parte actora y la parte demandada. Estos procedimientos tienen etapas y actos procesales distintos en su proceder.

Todos estos actos que permiten por mandato constitucional ejercer el derecho a la defensa de las partes intervinientes, en este sentido, con la citación correcta en los procesos ordinarios como en este proceso que es de prescripción se logra:

- 1) Se les ofrece a las partes a ejercer la legítima defensa.
- 2) Es un privilegio que ha de darse en igualdad de condiciones
- 3) Se les da la oportunidad de expresarse en forma oportuna.

El Derecho al debido proceso, entonces, es tan fundamental para todos los ciudadanos que de un u otro modo logran inmiscuirse en situaciones de carácter judicial o administrativo, podría identificarse como uno de los Derechos más importantes en un sistema jurídico.

De hecho, la doctrina, las leyes, la jurisprudencia de carácter vinculante así lo ha manifestado, ha sido incluso reconocido en instrumentos de carácter

internacional como un principio universal, lo que significa, que es de aplicación obligatoria en todas las causas que llegan a los juzgados, o a las autoridades administrativas.

Con la aplicación del Principio constitucional y Derecho exigido por el ordenamiento, respecto del Debido proceso, un ciudadano puede tener la seguridad de que se le respetan todos y cada uno de los Derechos que le ampara la norma mayor así entonces se puede mencionar que:

- 1) El ciudadano en primer lugar, no queda en indefensión.
- 2) Se cumplen los términos para cada secuencia de actos en el sistema procesal
- 3) No se vulneran Derechos.

2. ANÁLISIS DEL CASO

2.1. Hechos de interés.

De acuerdo a la normativa interna de la Institución, en los estudios de caso se deben manifestar los hechos facticos o hechos de interés del caso escogido para someterlo a análisis, con el propósito de que el lector tenga conocimiento del planteamiento del problema jurídico encontrado por estas investigadoras.

Los siguientes hechos, son redactados, en resumen, anotando las partes más relevantes de los cuerpos del proceso estudiado como lo es el Caso Civil No. 13334-2017-00489, que, por prescripción adquisitiva de dominio, sigue Falconí Anchundia Aristóteles.

El caso se inicia en contra de Luis Roberto Chancay Valdivieso. La línea de investigación en el que ha efectuado el análisis y se sustentó la pre defensa, radica en las garantías básicas del debido proceso como lo es el Derecho a la Defensa en el presente proceso ordinario.

Con el análisis se responderá cuáles son las consecuencias jurídicas derivadas de la inobservancia de las normas expresas establecidas en el numeral 2 del artículo 56 del COGEP en el proceso Civil, esto es la citación a las personas en el extranjero de la cual se desconoce su domicilio. Los hechos facticos son registrados sin ningún juicio de valor.

Caso Civil No. 13334-2017-00489, que, por prescripción adquisitiva de dominio, sigue Falconí Anchundia Aristóteles, en contra de Luis Roberto Chancay Valdivieso se origina con la presentación de la demanda de la parte actora en la Unidad Civil de Portoviejo.

La causa No. 13334-2017-00489, es recibida en la ciudad de Portoviejo, con fecha laborable de, día viernes 19 de mayo del año 2017, donde se indica que ingresa por tipo de procedimiento ordinario por el asunto de demanda de prescripción adquisitiva de dominio.

Por sorteo de ley, la competencia de la causa No. 13334-2017-00489, radicó en la Unidad Judicial Civil de Portoviejo, conformado por Juez(a): Abogado Delgado Zambrano Karla Gisella Mercedes. Secretaria(o): Plaza Gorozabel Jhon Alex.

En calidad de actor el señor Aristóteles Falconi Anchundia; comparece a proponer la demanda por prescripción, en la que en sus fundamentos de hecho menciona que es poseedor pacífico e ininterrumpido, con ánimo de señor y dueño de un inmueble compuesto de una casa de vivienda y tres lotes de terreno.

Menciona que; el primero de esos lotes; con el numero treinta y tres, el segundo con el numero dieciocho, y numero diecisiete ubicado en la vía a la Parroquia Crucita de este cantón de Portoviejo exactamente parroquia Dieciocho de Octubre.

Los lotes de terreno se ubican en la lotización denominada Valle Hermoso, Provincia de Manabí, los mismos que están comprendido entre los siguientes linderos y dimensiones:

LOTE TREINTA Y TRES MANZANA "C" POR EL FRENTE: calle principal con diez metros; POR ATRÁS: con lote número diecisiete anteriormente con Guido Carranza y en la actualidad con el demandado Luis Roberto Chancay Valdiviezo con diez metros; POR COSTADO IZQUIERDO: con lote número treinta y cuatro del Ing. Carranza con veinticinco metros; y, POR EL COSTADO DERECHO: con lote treinta y dos del Ing. Carranza con veinticinco metros.

LOTE DIECIOCHO MANZANA "C" POR 01, EL FRENTE: con calle C, con diez metros; POR ATRÁS: con lote numero treinta y cuatro con Ing. Carranza con diez metros; POR COSTADO IZQUIERDO: con lote numero diecisiete anteriormente con Guido Carranza y en la actualidad con el demandado Luis Roberto Chancay Valdiviezo con diez metros; y, POR EL COSTADO DERECHO: con lote diecinueve con veinte metros.

LOTE DIECISIETE MANZANA "C" POR EL FRENTE: con calle C, con diez metros; POR ATRÁS: con lote numero treinta y tres con el demandado Luis Roberto Chancay Valdiviezo con diez metros; POR COSTADO IZQUIERDO: con lote numero dieciséis con Henry Alvia Ramírez con veinte metros; y, POR EL COSTADO DERECHO: con lote dieciocho con veinte metros ÁREA TOTAL: 650 Metros Cuadrados.

De estos lotes registra en el libelo de su demanda las claves catastrales, siendo esta No. (01 13033017 / 4687), (01 13033033 1 4684), y, (0113033018 4677) Señala que, en febrero de 1999, en virtud de lo cual, desde hace más de dieciocho años, ha mantenido posesión legítima, pacífica e ininterrumpida con ánimo de señor y dueño sobre el bien inmueble descrito.

En este inmueble, a la fecha en la cual ha constituido su hogar el cual la tiene con su familia, con sus propios recursos, había levantado una casa de habitación con sus servicios básicos, tales como: energía eléctrica, agua potable, casa esta mixta de cemento y madera, en la que junto a su familia ha vivido sin haber pagado arriendo en 18 años y siempre manteniendo el ánimo de señor y dueño.

Que debido al fatídico 16 de abril del 2016 que quitó toda esperanza el terrible terremoto que segó la vida a muchas personas incluyendo familiares, la casa en la que ha habitado por más de dieciocho años colapsó producto del fuerte sismo quedando destruida en su totalidad.

Señala que; como no tiene la documentación que lo acreditan como señor y dueño de la propiedad (es) mencionadas en su demanda, las autoridades no han podido reconstruir su vivienda, por tal motivo indica que comparece a demandar la prescripción.

En los fundamentos de derecho, fundamenta su demanda en lo establecido en los numerales 23 y 26 del Art. 66 de la Constitución de la República, en

concordancia con los numerales 1, 2 y 5 del Art. 240 del Código Orgánico de la Función Judicial y Arts. 142, 143, 144, 289 y 290 del Código Orgánico General de Procesos. Así mismo en la norma sustantiva señalada en los artículos 603, 715, 2398, 2405, 2410, 2411 y siguientes del Código Civil.

Su pretensión contenida en la demanda es que se declare a su favor la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio sobre el bien inmueble compuesto de una casa de vivienda y tres lotes de terreno concursito en las medidas y linderos relatados en su demanda.

Como prueba anexa: documentos como levantamiento planimétrico, certificada de avalúos y catastro, Fotocopias de recibo de pagos de los predios del bien en cuestión del cual me encuentro en posesión, certificado de solvencia emitido por el registradores de la propiedad.

Anexa también otro tipo de pruebas, esta es la testimonial, y un informe pericial, con los que indica va a probar que cumple con los requisitos para que opere la prescripción como son, posesión por más de 15 años, singularización del bien, y que el demandado es el legítimo contradictor.

El demandado de la presente causa es el señor, Luis Roberto Chancay Valdivieso, el actor en su demanda indica desconoce el domicilio del demandado, por lo que solicita al Juez se designe día y hora para para comparecer ante su presencia.

La solicitud al operador de justicia es para poder declarar este desconocimiento bajo juramento, además anexa el certificado de movimiento migratorio. Este juramento es concedido y el 31 de mayo y la providencia de la misma señala:

(...) VISTOS.-En lo principal previo a proceder a la calificación de la demanda Art 146 del Código Orgánico General de Procesos y atendiendo lo que en su parte pertinente ordena el Art. 56 numeral uno y numeral dos inciso uno y tres del Código antes nombrado se ordena que la parte actora esto es el señor Aristóteles Falconi Chinga, se acerque a las oficinas de esta Unidad Judicial Civil a ratificar bajo la gravedad del juramento que desconoce la individualidad, domicilio y residencia de los posibles interesados en la causa, o personas que se sientan con derecho a reclamar ; se señala para el viernes, 02 de Junio del 2017 a las 15h00, esta diligencia. Hecho vuelva el expediente, para los fines pertinentes. cúmplase y notifíquese (Prescripción adquisitiva de dominio, 2017).

En la fecha que se citó al actor para que rinda su declaración, este acudió a dicha diligencia, donde la Juez advertido de las penas de perjurio y de la obligación legal que tiene de decir la verdad con claridad y exactitud, se le hizo la toma de juramento.

El actor, acto seguido, dijo bajo juramento que efectivamente le es imposible determinar la individualidad o residencia del demandado habiendo realizado todas las diligencias pertinentes para establecer su domicilio, tal como lo expresa en su demanda.

Una vez que se calificó la demanda con fecha 05 de junio de 2017, en la misma providencia de calificación se procede a citar al demandado conforme la forma prevista en el Art. 56 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos,

se ordena que se le haga conocer por el diario, el extracto de la demanda y del auto inicial.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 291 del Código Orgánico General de Procesos, se concede al demandado el término de treinta días, para que conteste la demanda en la forma establecida en el artículo 151 del mismo cuerpo normativo procesal.

Se señala que se cuente, por tratarse de una prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, con los señores, el Alcalde y Procurador Síndico respectivamente GAD Municipal del Cantón Portoviejo como es habitual en este tipo de procedimientos.

Una vez cumplida las citaciones por la prensa, el actor realiza un escrito para indicar el Juez que el demandado ha sido citado legalmente, el 12 de noviembre la providencia de citación legal señala:

(...) RAZÓN: Siento por tal que revisado el proceso y de conformidad a lo ordenado en providencia que antecede el demandado señor Luis Roberto Chancay Valdiviezo, **se encuentra citado de conformidad a las publicaciones realizadas en El Diario con fecha martes 4 de Julio del 2017, miércoles 5 de Julio del 2017 y jueves 6 de julio del 2017, constante a fs. 32, 33 y 34 del proceso y el término para contestar la demanda venció el siete de septiembre del 2017**, y el demandado no ha comparecido a juicio hasta la presente fecha. Lo que se comunica para los fines legales pertinentes. Portoviejo, septiembre 12 del 2017.

Como se anuncia en la providencia, se señala que el demandado luego de las citaciones legales no ha contestado la demanda en el término que le correspondía. El demandado comparece a juicio fuera del término legal e interpone un escrito en el que señala que, a unos días de regresar al país, porque se encontraba

en España, se viene a enterar que tiene una demanda de prescripción adquisitiva de dominio en su contra.

En su escrito manifiesta que, no vive en el Ecuador, que vive en España tal como lo demuestra con el certificado de movimiento migratorio que anexa, que le sorprende que el señor actor haya manifestado que desconoce su domicilio y peor aún que haya declarado bajo juramento que desconoce que él vive en España.

Se alega en la contestación que, la actual pareja del actor con la que convive fue su ex conyugue de la cual se encuentra divorciado y tiene un hijo con ella que en la actualidad vive con él en España y que con su señora madre vivieron juntos hasta el 2015 cuando ella decidió regresar a Ecuador.

Que con el actor siguen siendo amigos y que hablan y mensajan, y no sabe cuál es la intención de querer despojarlo de sus terrenos, que son tres con sus respectivas escrituras, y lo que es peor, que jamás lo ha dejado cuidando sus terrenos ni tampoco ha vivido ahí.

Indica a la Juez en su escrito de contestación, que el actor ha caído en la pena de perjurio. Solicita que se declare la nulidad del proceso por cuanto no debió citársele por la prensa en el Ecuador sino de conformidad a lo previsto en el artículo 56 numeral 2 inciso tercero del COGEP.

La Juez de primera instancia, sin pronunciarse sobre este pedido de nulidad, convocó a audiencia preliminar correspondiente en este proceso, la cual se celebró

el día 01 de noviembre del 2017, a las 15h30, diligencia a la cual acudieron las partes procesales.

Realizada la misma en sus diferentes etapas, se determinó la competencia de la Juez, declarándose además la validez del proceso, por cuanto la Juez consideró **que no se había incurrido en omisión de las solemnidades establecidas en el artículo 107 del COGEP.**

En la audiencia preliminar también se indicó de forma oral que no se incurrió ni en violación de trámite que afectara el procedimiento, por lo que posteriormente se llevó a cabo la audiencia de juicio, diligencia que tuvo lugar en el día, fecha y hora antes señalados, con la comparecencia de las partes.

En audiencia de juicio se dictó un auto interlocutorio en función de la comparecencia fuera de término de la parte demandada observándose "... Que esta comparecencia será apreciada por la o el juzgador como negativa de los hechos alegados contenidos en la demanda..." (Prescripción adquisitiva de dominio, 2017). (Art. 157 COGEP)

Una vez practicadas las pruebas anunciadas y admitidas en la audiencia preliminar, así como también, escuchado el alegato de la parte presente, se dictó resolución de manera oral en dicha audiencia y posteriormente fue notificada por escrito, sentencia en la que se declara con lugar la demanda.

El actor no conforme con la decisión de la Juez de primera instancia interpone en audiencia el recurso de apelación, en razón de que anuncia que se lo debió haber citado conforme a los que establece el numeral 2 del artículo 156 del COGEP esto es, mediante carteles, se le concede el recurso y el trámite es admitido en Sala de la Corte Provincial de Manabí.

Los Jueces de la Sala por decisión unánime deciden revocar la sentencia de primera instancia por cuanto, indican que, aunque en la sentencia se menciona que el accionado fue legal y debidamente citado, por un medio de comunicación y al prestar juramento el actor de desconocer el domicilio y anexando el certificado emitido por La Coordinación Zonal 4-Manta MREMH se debió hacer citado mediante carteles, con la revocatoria de la sentencia declara la nulidad.

2.2. Análisis general de caso

Para efectuar el análisis general del caso, es significativo analizar todo el proceso, demanda, contestación, pruebas, sentencias y lo más relevante de éste, en el presente se hace un enfoca principal a las sentencias, pues, es aquí donde se motivan las decisiones de los operadores de justicia.

Como se observan de los hechos de interés, en primera instancia se declara con lugar la demanda por considerarse que no se ha incurrido en ninguna violación al Debido proceso, ni en la omisión de solemnidades sustanciales, sin embargo, en segunda instancia los Jueces de la Sala mencionan que la Juez Aquo incurrió en una omisión de éstas, como lo es la falta de citación al demandado.

Como se ha señalado en el desarrollo del estudio de caso, la omisión o mala citación en la que el demandado no pueda comparecer a contestar y deducir excepciones es dejarlo en estado de indefensión y es lo que se considera ha sucedido en la primera instancia de este caso, por ello, los Jueces de la Sala revocan la sentencia y declaran la nulidad.

La primera instancia.- En la demanda el actor señala que desconoce el domicilio del demandado y declara ello bajo juramento y anexa el certificado del MREMH que indique si la persona salió del país o consta en el registro consular, del expediente se observa que en dicho certificado consta la salida del país del a demandado hacia España.

Cabe indicar que, en su resolución, la Juez de primera instancia, nunca se pronunció respecto de dos cosas en lo principal:

- 1) Al certificado de movimiento migratorio presentado por las dos partes.
- 2) Al pedido de nulidad que realizo el demandado por cuanto éste ha considerado que las publicaciones en la prensa no era la forma de citarlo si vivía en el exterior, pues, manifestó que debió ser citado de acuerdo con lo que señala el numeral 2 del art 156 del COGEP, esto es, mediante carteles en los consulados.

La sentencia de primera instancia, en la parte pertinente que es motivo del análisis señala:

(...) El accionado fue legal y debidamente citado, por un medio de comunicación al prestar juramento el actor de desconocer el domicilio y anexando el certificado emitido por La Coordinación Zonal 4-Manta del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, conforme se aprecia del acta que obra a fojas 28 vuelta, habiendo comparecido a juicio el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Portoviejo dentro del término que se concedió para hacerlo (Prescripción adquisitiva de dominio, 2017).

Con trascrito de la sentencia de primera instancia deduce que no se incurrido en omisión de las solemnidades establecidas en el artículo 107 del COGEP. Sin embargo, ¿Cuál fue la motivación para que los jueces de alzada determinaran que efectivamente si se había incurrido dicha omisión?

Para responder esta interrogante se tiene que realizar una revisión del escrito de recurso de apelación y de la motivación que llevó a los Jueces a revocar la sentencia y declarar la nulidad, cabe señalar que de cada párrafo que se transcriba se hace el análisis personal.

Segunda instancia: fundamentación y réplica del recurso de apelación.- El escrito de recurso de apelación por parte del demandado de la presente causa, se enfoca en hacerle conocer a los Jueces que nunca fue citado en debida forma tal como lo establece la norma expresa, y que eso, obviamente ha vulnerado las garantías del Debido proceso, específicamente el Derecho a la defensa. Manifiesta los siguientes puntos en su escrito:

Reclama nulidad procesal; por cuanto considera que, al tener su domicilio en España, conforme lo demuestra con el certificado de **migración que adjuntó al**

proceso y del certificado que el propio actor incorporó junto a la demanda, no debió citárselo por la prensa en la provincia de Manabí.

Manifiesta que debió haber sido citado de conformidad a lo previsto en el artículo 56 numeral 2 inciso tercero del COGEP, esto es por carteles fijados en los respectivos consulados, lo cual lo ha dejado en indefensión, al no haber contestado la demanda dentro del término previsto, pues se enteró de forma extemporánea.

Solicita, además, la práctica de prueba nueva en esta instancia y fundamenta las razones por las cuales impugna la sentencia dictada por la Juez A quo. Solicita el acceso a prueba nueva, la prueba nueva que anuncia y practica son: (ninguna es mencionada en la sentencia)

- a) Peritaje de la propiedad efectuada por un perito acreditado por el CNJ
- b) Certificación del Registro de propiedad donde demuestra que siempre ha sido el dueño
- c) La escritura de una rectificación de linderos emitido por el Registrador de la propiedad en donde consta que la compraventa fue en el año 2001 por lo que no concuerda el tiempo que el actor dice que ha vivido en la vivienda.
- d) Fotos donde demuestra cuando limpió los terrenos, que lo hizo en 2017 cuando llegó al país, que ninguna persona estaban ocupado por alguien.
- e) Documentos en donde demuestra que hace dos años (2015) estuvo en el Ecuador y el Municipio le impuso una multa por no haber limpiado los terrenos, multa que canceló.
- f) Los pagos de los predios

- g) Certificado de solvencia en donde demuestra que no tiene deuda con la municipalidad.
- h) Los pagos a los bomberos
- i) Certificado de movimiento migratorio
- j) Certificado de convivencia y pasaporte
- k) Una certificación de presupuesto de obra que iba a construir en los terrenos en el año 2015.

El actor estaba en todo su Derecho de solicitar prueba nueva, por cuanto, la práctica al haber comparecido fuera del término para contestar la demanda no pudo solicitar pruebas en primera instancia. Las reglas para el pedido de prueba nueva se encuentran en el COGEP en el Artículo 258.

Sin embargo, la solicitud de prueba nueva fue negada por los Jueces de la Sala, por considerar que no cumple con previsto en el Artículos 166 y 258 del COGEP, según los Jueces no se ha justificado que la prueba solicitada sea para acreditar hechos nuevos, manifiestan:

Pues no se ha mencionado cuales son esos hechos nuevos que han ocurrido; sino por el contrario se ha solicitado en esta instancia una diligencia con el objeto de suplir una prueba que en su momento procesal debió enunciarse y no fue solicitada por haber comparecido el demandado fuera del término legal, en consecuencia, este Tribunal, negó el pedido de prueba nueva solicitado (Prescripción adquisitiva de dominio, 2017).

En todo su derecho, la parte actora, en segunda instancia, ya en audiencia hace replica al fundamento del recuero de apelación manifestando que efectivamente el pedido de prueba nueva no cumple los requisitos del art. 258 del COGEP, por lo que debe desecharse.

En cuanto al pedido de nulidad, alega esta parte procesal que, la citación realizada al demandado por la presa es correcta, por cuanto en el certificado de registro consular que consta en el proceso no indica que tiene registrado domicilio consular, por lo tanto, mal podría exigirse que se lo cita en un consulado.

De este proceso de prescripción adquisitiva de dominio, se ha hecho el enfoque en la nulidad por falta de citación, de lo anotado hasta ahora se puede observar el problema jurídico que abra este caso, que es la forma de citación en los casos de que en el certificado del MREMH se indique que determinada persona salió del país, pero no consta en el registro consular.

Pues, efectivamente el numeral dos del artículo 156 del COGEP señala que debe hacerse por carteles cuando en dicho certificado se indique que la persona salió del país y consta en el registro consular, es decir, la norma no especifica con precisión, como debe citarse a una persona cuando ésta se encuentra fuera del país, pero no consta en el registro consular. Se podría indicar en este sentido que estamos frente a una oscuridad en la norma.

Dentro del análisis de los cuerpos del expediente, se considera que los Jueces de la Sala no se han equivocado en revocar la Sentencia y declarar la nulidad, si bien es cierto una norma puede ser oscura, sobre todo está, pues, existe un oficio de la Corte Nacional de Justicia.

En este oficio los Jueces responden justamente esta pregunta, de cómo deben citarse a quien vive en el extranjero, pero no consta en el registro consular,

en donde los magistrados han respondido: (...) b) Por fijación de carteles en todos los consulados del País de destino, de acuerdo al movimiento migratorio (...).

Con la respuesta anterior, extraída del oficio de los Jueces de la Corte Nacional de Justicia, se podría indicar que se esclarece la forma de citación a los extranjeros que presentan esta problemática que es la de no constar en el registro consular.

En base a esta respuesta a lo preguntado y en base a los preceptos Constitucionales que amparan el Derecho a la Defensa y la prohibición de indefensión es que resuelven los Jueces, por ello, se considera significativo transcribir los puntos más relevantes de la sentencia de segunda instancia.

Lo antedicho, con el propósito de hacer el análisis personal de la motivación de los Jueces de la Sala, que confirman que en primera instancia se han vulnerado Derechos constitucionales por omitirse una solemnidad común de todos los procesos como lo es, la debida y legal citación al demandado.

Antes del análisis de la motivación es importante anotar, que los jueces resuelven el recurso de apelación por cuanto, son competentes para conocer los recursos, acorde con la disposición del Art. 208.1 del COFJ; lo dispuesto en la Resolución N° 189-2013 dictada por el Pleno CNJ, y; en concordancia con lo previsto en el artículo 169 de la Constitución.

La motivación de los jueces de la Sala.- Los jueces de la Sala motivan su revocatoria de sentencia y declaratoria de Nulidad, primero en lo manifestado en el Constitución como Norma suprema, la que establece que nadie puede quedar en indefensión en ningún proceso judicial o administrativo.

Como es de entenderse se fundamenta lo establecido en los artículos 75, Art. 76 numeral 7 literales a, b y c que determinan el Derecho de las personas de que se les asegure el derecho al debido proceso que incluye garantías básicas, y del Derecho a la defensa, éste también encierra sus propias garantías que son:

- 1) La no privación del Derecho a la defensa en ninguna fase de un proceso.
- 2) La garantía de que la persona contará con el tiempo y los medios apropiados para que prepare su defensa
- 3) La garantía de ser escuchado en el instante oportuno y en condiciones iguales.

Respecto de estos tres mandatos que garantizan el Derecho a la Defensa se puede indicar que, sobre el primero; La no privación del Derecho a la defensa en ninguna fase de un proceso, hace referencia a que en un proceso una persona no puede estar o comparecer a cualquier diligencia sin la compañía de su defensor técnico, un Abogado calificado y certificado.

Para dar cumplimiento a esta garantía, el Estado ha creado instituciones que ofrecen los servicios de los profesionales de forma gratuita a los ciudadanos, así por ejemplo como órgano que defiende sin costo alguno está la Defensoría Pública

que brinda un servicio legal y oportuno, en diferentes materias de forma gratuita para aquellas personas que no posean recursos económicos que ayuden a defenderse en una casusa.

Actualmente la defensoría intercede en materia de Niñez, Familia, Penal, Laboral y una que otra figura Civil, aunque esta última por lo general siempre es patrocinada por Abogados particulares. Del precepto del literal “a” del artículo 76 numeral séptimo, se tiene que no se puede privar de este Derecho fundamental a ninguna persona, pues el hacerlo sería dejarlo indefenso al ciudadano

Del segundo precepto: garantía de que la persona contará con el tiempo y los medios apropiados para que prepare su defensa, que consta en el literal “b” del artículo citado, se puede señalar que, es una garantía relacionada con la preparación de la defensa.

En este sentido, de lo antedicho se afirma que, ésta se toma su tiempo y demanda los medios necesarios, además de requerir el acceso libre a la obtención de pruebas con lo que se preparará la estrategia que a utilizarse en las actuaciones, diligencia y audiencia.

Del tercer precepto, fácilmente se observa su vinculación al principio de igualdad, la igualdad de oportunidades que tienen ambas partes de ser escuchados en el momento preciso que la ley establece, hace referencia a las alegaciones que hace una parte y a las contradicciones que está facultada a efectuar la otra parte.

Respecto al principio de igualdad de las partes, cabe introducción doctrina, para el jurista español, (Esparza, 1995), menciona:

La existencia de este principio garantiza que; todas las partes dispongan; de igualdad de medios para la defensa de sus posiciones respectivas; se ha de entender que en este escenario; no es que las partes son iguales, pues, no lo son (especialmente si se considera al Estado u otra administración pública cuando son parte procesal de un juicio, aunque; también existen desigualdades por circunstancias de hecho, económicas, culturales, etc.) sino que; en virtud de la igualdad quedan proscritas de forma automática, las posibilidades de presencia de privilegios para alguna de ellas (pág. 30).

Cabe señalar que otras de las garantías del Derecho a la defensa es la de recurrir la sentencia en la que se decida sobre los derechos de las personas, no solo de la sentencia, de cualquier tipo de resolución, es decir, el derecho a impugnar también ejerce el Derecho a la defensa.

Este Derecho es el que se plasma en este caso, en el que el demandado no satisfecho con la sentencia dictada en primer nivel, solicita de forma legal, la revisión judicial en instancia superior, del proceso donde considera se le han vulnerado derechos, antes de que el fallo de primera instancia pueda adquirir firmeza de cosa juzgada.

Volviendo a la motivación de la sentencia de Sala, los Jueces mencionan que en la causa; revisada las actuaciones en primera instancia se constata que efectivamente el demandado ha sido citado por la prensa, de conformidad a lo previsto en el art. 56 numeral 1 del COGEP y no ha comparecido a juicio a contestar la demanda y solicitar las pruebas pertinentes, sino que lo hace en los días previos a que se instale la audiencia preliminar.

Con lo antedicho, se manifiesta que el demandado; ha quedado sin la posibilidad de ejercer el derecho pleno a la defensa y contradicción. Los jueves hacen mención del problema indicando que: “Se constata que a fojas 25 del proceso consta el certificado de registro consular del señor Valdivieso, en el que se indica que si registra salida del país con destino a España y no consta registrado en el Registro Consular” (Prescripción adquisitiva de dominio, 2017).

Mencionan los jueces, que, efectivamente, el segundo y tercer inciso del numeral 2 del art. 56 del COGEP señala el modo de como se ha de citar al individuo del cual se desconozca su domicilio, señalando como un requisito la declaración bajo juramento ante el Juez.

Tal declaración que afirma la imposibilidad determinar aspectos como: individualidad; residencia o domicilio; y que; además se han realizado todas y cada una de las diligencias; para tratar de ubicar a quien se pide citar de esta forma, como acudir a los registros de público acceso. Además, el certificado del MREMH que indique si la persona salió del país o consta en el registro consular.

El análisis de la Sala señala:

Lo señalado en la norma instituye que “Si se verifica que es así, se citará mediante carteles fijados en el consulado en el que se encuentra registrado”. Es decir, de la norma ante señalada se desprende que en los casos de que en el certificado del Ministerio de Relaciones Exteriores se indique que determinada persona salió del país o consta en el registro consular, este debe ser citado mediante carteles fijados en el consulado en el que se encuentra registrado (Prescripción adquisitiva de dominio, 2017).

Como se dijo en líneas anteriores, la norma únicamente indica cómo se cita si se consta en el registro consular, mas no si se evidencia el movimiento migratorio, pero no se consta en el registro, los Jueces determinan que frente a este problema jurídico, que frente a esta oscuridad normativa el Juez no puede dejar de administrar justicia o provocar la indefensión de una de las partes procesales, bajo el argumento de oscuridad o falta de norma, pues esto contraría la norma suprema establecida en el artículo 11.3 tercer inciso de la Constitución.

En este punto cabe indicar que el artículo mencionado por los jueces, hace referencia a la justiciabilidad plena de los Derecho, en dicha justiciabilidad no se puede alegar falta de norma jurídica para justificar su quebrantamiento o desconocimiento, tampoco para que se deseche la acción por esos hechos; ni para que se niegue su reconocimiento.

Es precisa la afirmación que hacen los Jueces de atestiguar que en la actualidad todos son jueces constitucionales, que los jueces ordinarios han sido compelidos a dejar de aplicar ley positiva de forma exclusiva o escrita en la búsqueda permanente de justicia, sino que se han de ayudar por los principios y valores del neoconstitucionalismo.

Lo antedicho, obviamente que se soslaye el imperio de la ley, empero, los Jueces no deben de ser meros aplicadores del derecho, sin hacer consideración del contenido del mismo, dentro de una concepción positivista a ultranza, lo mencionado es avalado por la doctrina y la jurisprudencia vinculante, en protección a los Derechos de las personas en un Estado Constitucional.

En palabras de los Jueces en su fallo:

Los jueces no podemos de dejar de consultar su espíritu; pues atrás quedaron los conceptos de que los pasajes oscuros de la ley deberían ser interpretados por medio de leyes similares; la doctrina o los principios generales del derecho solo serán aplicables a falta de ley, inclusive la aplicación de la jurisprudencia estaba vedada, ya que solo el legislador era el creador del derecho, inclusive se reservaba el derecho de interpretarlo (Prescripción adquisitiva de dominio, 2017).

Se considera que lo señalado por los jueces responde a la potestad de Administrar justicia que se encuentra en el Art. 167 de la Constitución del 2008, la que indica que esta potestad le pertenece al pueblo y que es ejercida por los órganos de la Función Judicial y por los demás que se establecen en la Constitución.

Lo antedicho es concordante y se corrobora además con lo que se dispone en el Art. 1 del COFJ; de tal manera que; esta disposición constitucional y legal, reconoce en los operadores de justicia un verdadero poder delegado, que reciben del pueblo para que resuelva sus controversias.

Al mismo tiempo, constituye un deber de prestación que se concreta en dictar sentencias y resoluciones apegadas a derecho y en la cual no es suficiente el análisis literal de la norma, sino que debe encontrar en los principios de interpretación legal como el axiológico, sistemático y teleológico, las respuestas a las diferentes controversias, especialmente cuando se producen anomalías o antinomias normativas.

En este sentido, la sentencia también es motivada de acuerdo a lo establecido en el Art. 28 del COFJ, establece como un principio de la obligatoriedad de administrar justicia, la no excusación del ejercicio de autoridad o de los jueces,

o de no fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, señala la norma que tienen que efectuarlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.

Todo lo referido, quiere indicar que, a falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se debe acudir a la aplicación de los principios del derecho universal. Consecuentes a las reglas de interpretación antes mencionadas.

Los Jueces de la Sala en este sentido correctamente consideran que lo pertinente en el caso es la aplicación de la absolución de consulta remitida la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, mediante Oficio No. 493-CNJDAJP-AM de fecha Quito, 15 de mayo de 2017.

La consulta como se indicó, se efectúa frente a la pregunta ¿De acuerdo al Art. 56 se debe citar mediante carteles fijados en el consulado cuando se sabe que el citado está registrado, pero ¿qué sucede si estando en el exterior no consta en el registro consular?, ha manifestado en lo medular, lo siguiente:

Pero si no se conoce la dirección del demandado en el extranjero, como tampoco se tiene constancia en el registro consular, pero existe el movimiento migratorio que salió del País, se procederá a citarlo así: (...) b) Por fijación de carteles en todos los consulados del País de destino, de acuerdo al movimiento migratorio (CNJ, 2017, pág. 2)

Es decir, de acuerdo a la consulta de norma expedida por la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, este Tribunal comparte dicha postura jurídica por cuanto suple la debida interpretación del inciso tercero del numeral dos del art. 56 del COGEP.

La afirmación entonces es, que si se tiene constancia de que el demandado se encuentra fuera del país y se desconoce su dirección en el extranjero, como tampoco se tiene constancia en el registro consular, pero existe el movimiento migratorio que salió del País, conforme lo manifestado por la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, debe citárselo a través de fijación de carteles en todos los consulados del País de destino, de acuerdo al movimiento migratorio, esto en garantía del derecho a la defensa del demandado.

Adicionalmente, es preciso señalar que, existe el Acuerdo Ministerial 85, en el Registro Oficial 636 de 26 de noviembre de 2015, sobre el INSTRUCTIVO PARA CERTIFICACION Y CITACIÓN CONFORME LO DETERMINA EL ARTÍCULO 56 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, mismo que fue publicado en el Registro Oficial No. 636 de fecha 26 de noviembre de 2015, respecto de la certificación de la diligencia a la coordinación Zonal respectiva, para que la misma sea entregada a la autoridad competente, enuncian los Jueces:

Se creará un archivo virtual y físico en las oficinas consulares o consulados de las citaciones, la constancia de su publicación y la comunicación enviada al Ecuador”. Siendo que la Constitución de la República, el COFJ y el COGEP establecen como deber de los juzgadores, el de cuidar que se respeten los derechos de las partes, especialmente que ninguna de ellas quede en indefensión, conforme lo previsto en el art. 76. 7 literales a), b) y c) de la norma suprema (Prescripción adquisitiva de dominio, 2017).

La sentencia de segundo nivel es amplia en indicar todo lo referente al Derecho a la Defensa como garantía del Debido Proceso, y como este Derecho se ve afectado cuando la parte demanda de un proceso no es citada de forma debida y legal.

Por otro lado; respecto del perfeccionamiento de la citación se mencionó ésta es una solemnidad de procedimiento central que cuando se omite implica la nulidad del procedimiento, ya que su rebeldía o su satisfacción defectuosa hacen caso omiso de la Defensa directa.

Lo antedicho en razón de que ésta, obliga a las personas directamente a presentar sus posiciones, a ser escuchadas por los tribunales o a presentarlas. En consecuencia, es el compromiso del juez estar completamente seguro de que la citación se realiza en conformidad con los parámetros legítimos establecidos.

Decisión de la Sala.- Luego de analizar los preceptos legales, jurisprudencia, reglamentos, normas e instructivos la Sala Resuelve:

- 1) Aceptar parcialmente el recurso de apelación del accionado.
- 2) Declara la nulidad del presente proceso desde el Auto de Sustanciación de fojas
- 3) Con costas contra el Juez A quo por así establecerlo el artículo 287 del COGEP.

Entonces, del análisis efectuado a lo largo del estudio, se tiene que en primera instancia se omitió una solemnidad sustancial, podría decirse que la Juez Aquo aplicó de forma estricta la ley sin tomar el papel de Juez constitucional, pues en realidad la norma es oscura como se ha indicado en el sentido de que contiene la forma de citar como si se consta el registro consular, mas no especifica como si no consta este registro.

El estudio no se trata de indicar las falencias o los horrores de un operador de justicia, si no de encontrar un problema jurídico, aunque con errores de los Jueces es que aparece el problema donde se vulneran Derechos, por ejemplo, en este caso se ha hecho el enfoque únicamente a la omisión de la solemnidad como lo es la citación.

Sin embargo, si se revisa el expediente se puede indicar que también se incurre en otros errores que vulneran Derechos, como lo es en este caso el no pronunciamiento del pedido de nulidad en primera instancia por la parte demandada, así mismo el no pronunciamiento del registro migratorio que fue anexado como prueba por la misma parte actora.

Del análisis se desprende que la citación con la demanda respectivamente, constituyen el acto de comunicación procesal a través de la cual se pone en conocimiento del legitimado pasivo el contenido de la demanda propuesta en su contra.

Lo antedicho para cumplir con mandatos constitucionales, de manera que se garanticen los principios de publicidad, contradicción, asistencia a juicio y principalmente, con el objeto de evitar que alguien sea condenado sin ser oído; en otras palabras, con la citación se permite materialmente que la persona demandada pueda ejercer plenamente sus derechos en juicio.

De este modo, se hace un énfasis en la importancia de la citación en la forma prevista en la ley con el contenido de la demanda a la parte requerida en juicio, con

la finalidad de que ésta tenga conocimiento de que se está promoviendo un proceso en su contra, y de considerarlo, esta pueda ejercer plenamente sus derechos dentro de la causa.

Hay que tener en claro, como profesionales, como parte procesal que; no es suficiente que se cite al demandado a conveniencia del actor, sino que se deben cumplir con las condiciones y requisitos que señala la ley para que dicha citación sea conforme lo establece la norma, más aun cuando en la presente causa está de por medio el ejercicio del derecho a la propiedad del demandado, que puede acarrear su eventual pérdida de la misma, por la demanda de prescripción extraordinaria de dominio que pretende la parte actora.

Para finalizar, se evidencia que en el presente caso en primera instancia se quebranta el Derecho al defensa contenido en la Constitución, así mismo lo establecido en inciso del numeral 2 del art. 56 del COGEP en concordancia con el art. 107 numeral 4 que establece como solemnidad sustancial, la Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente.

Conviene resaltar además que la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de la falta de citación en los procesos, señalando que el ejercicio del derecho a la defensa está determinado, entre otras circunstancias, por la debida citación al legitimado pasivo con la demanda.

Lo antedicho, consta en jurisprudencia vinculante, pues de la sentencia N.º 090-13-SEP-CC los jueces de la Corte Constitucional logran establecer que; la

citación con la demandase se sumerge, esencialmente, en la garantía constitucional de la defensa en juicio.

En el caso se da el efecto jurídico de la declaratoria de nulidad, vuelve el proceso al instante de la omisión, es decir desde antes de la calificación de la demanda, por lo que a consecuencia del error cometido por la autoridad el actor tiene que volver a presentar la demanda reformada en el sentido de como se ha de citar al demandado.

Y así sucedió en el caso, en donde ya una vez recibido el proceso en el inferior con orden de ejecutoria del superior consta en el sistema el nuevo llamamiento al demandado con la reforma de la demanda incluida:

ARISTÓTELES FALCONI ANCHUNDIA, y la reforma que realiza a la misma, es clara, precisa y cumple con los requisitos legales previstos en los artículos 142 y 143 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), por lo que se califica y admite a trámite mediante procedimiento ordinario. Se ordena la citación del demandado señor LUIS ROBERTO CHANCAY VALDIVIEZO, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 y artículo 70 del Código Orgánico General de Procesos, así como lo previsto en los artículos 146 y 158 del Código Orgánico de la Función Judicial, se dispone remitir atento oficio al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que se proceda a citar mediante Exhorto o Carta Rogatoria dirigida al señor Cónsul General del Ecuador en la ciudad de Cáceres España (Prescripción adquisitiva de dominio, 2017).

Se evidencia como se debió citar desde un principio a la persona demandada, pero hay que observar todo el tiempo que ha llevado este proceso hasta la actualidad, los efectos jurídicos han sido negativos no solo para las partes sino para todo el sistema de justicia. No hay que olvidar además con que se debe acompañar la citación:

con el extracto de la demanda y la calificación de la misma, en forma personal al demandado señor LUIS ROBERTO CHANCAY VALDIVIEZO, ciudadano ecuatoriano, con cédula de ciudadanía No. 130699247-8, en la dirección Cáceres, calle Pozo de la Esmeralda 0188, o mediante la fijación de carteles en el Consulado Ecuatoriano en Cáceres - España, conforme se infiere de la certificación emitida por Ministerio de Relaciones Exteriores, que obra de autos, Autoridad facultada para la práctica de dicha diligencia, conforme al contenido de la norma letra j del artículo 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de la que son parte contratante Ecuador y España, cumplida la citación una vez transcurridos VEINTE DIAS, el prenombrado demandado tiene la obligación de comparecer a juicio a hacer valer sus derechos en los términos reglados en la ley, para el efecto se dispone: 1) Por secretaría concédase cinco copias certificadas de las principales piezas procesales, así como cinco ejemplares de la documentación para anexar al exhorto, 2) El señor Secretario llenará los datos respectivos del formato de exhorto preparado por la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, 3) Cumplidos lo dispuesto se enviará mediante oficio el Exhorto a la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, para que se canalice su transmisión al Exterior, a través de la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, para la práctica de la diligencia desde la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores hasta la intervención del Consulado Ecuatoriano en Nueva Jersey, Estados Unidos se les concede el término de TREINTA DIAS, el señor actuario proceda a la elaboración de los oficios y extracto que corresponde. Conforme a lo dispuesto en el artículo 291 del Código Orgánico General de Procesos, se concede al demandado el término de treinta días, para que conteste la demanda en la forma establecida en el artículo 151 del mismo cuerpo normativo (Prescripción adquisitiva de dominio, 2017).

Como se observa de lo antedicho, se ha corregido el error por parte del actor de cómo debe citarse debidamente a quien vive en el exterior y que no consta en el registro consular, que es; la misma regla para los que habitan en el exterior. y si poseen registro del consulado.

Cabe indicar que a más de habérselo dejado en indefensión al demandado por haber seguido el proceso omitiendo esta solemnidad sustancial, también es una vulneración a los Derechos del Actor, pues se ha perdido tiempo y dinero, desde el 2017 que planteó la demanda lo vuelve a hacer en 2018.

También puede evidenciarse en el presente caso, que el error no solo es del Juzgador sino también de la defensa técnica del actor, pues, éste debió como patrocinador de la causa plantear una demanda conforme lo requiere la ley.

Por último, no hay que olvidar que los Jueces, de la instancia que sean, en nuestro actual Estado de Derechos, son considerados, Jueces Constitucionales, es decir, tienen más que la facultad, la obligación de aplicar de forma directa los Derechos y garantías constitucionales a favor de las personas y no apegarse estrictamente a la ley.

Es facultad de los operadores de justicia, resolver las causas aplicando además la sana crítica, que es aquel razonamiento que se basa en su experiencia como Jueces y en el conocimiento que tienen de las garantías básicas que poseen las personas en los procesos.

3. CONCLUSIONES

Se han resuelto las preguntas de investigación que se plantearon en el estudio del presente caso, el problema del caso elegido fue el determinar Cuáles son las consecuencias jurídicas derivadas de la inobservancia de las normas expresas establecidas en el numeral 2 del artículo 56 del COGP en el proceso Civil.

Las consecuencias de inobservar estas normas expresas que establecen solemnidades sustanciales tal como lo es la debida y legal citación, es que acarrea la nulidad, en el sentido que es una solemnidad sustancial común a todos los procedimientos, así los establece el COGEP.

Al inobservar las reglas que regulan la citación en el COGEP, se han vulnerado derechos del demandado, dejándolo en indefensión, no se han aplicado las normas expresas en el contexto del ámbito procesal civil de la citación a personas que viven en el extranjero.

En cuanto a la causa por la que alega nulidad, se circunscribe al hecho de que habiendo un certificado de registro consular que indica que el demandado a salida del país y se encuentra en España, a pesar de aquello se lo ha citado por la prensa dentro de esta provincia; y no a través de carteles conforme lo establece el tercer inciso del numeral segundo del Art. 56 del COGEP.

En el presente caso, sólo se ha citado al demandado en un periódico de amplia circulación del lugar donde se presenta la demanda, sin que se haya fijado

los carteles en todos los consulados del País de destino, de acuerdo al movimiento migratorio.

Lo antedicho, ha colocado en indefensión al demandado al no haber tenido la posibilidad de contestar la demanda y presentar las pruebas de descargos respectivas en el tiempo oportuno, situación que demuestra la vulneración de la garantía prevista en el artículo 76 numeral 1 de la Constitución de la República.

Es obligación de los operadores de justicia, aplicar las garantías básicas del debido proceso, y específicamente tutelar su cumplimiento en las diferentes actuaciones judiciales, ya que su desconocimiento acarrearía la vulneración de derechos constitucionales como el derecho a la defensa y la seguridad jurídica. Consecuentemente al provocar esta omisión existe violación al debido proceso; viola el derecho a la seguridad jurídica y ha provocado indefensión.

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Nacional. (2008). *Constitucion dela Republica del Ecuador*. Quito: CEP.

Cabanellas, G. (2014). *Diccionario Jurídco Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.

Cañarte, C. (2014). *La diligencia de la citacion como garantia de la tutela efectiva de los derechos de los sujetos procesales*. Obtenido de <http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/16192/1/Tesis%20ca%C3%B1arte.pdf>

COGEP. (2015). Obtenido de <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/1468/1/C%C3%B3digo%20Org%C3%A1nico%20General%20de%20Procesos.pdf>

Couture, E. (1997). *Vocabulario Jurídic*. Buenos Aires: Desalma.

Couture, E. (2004). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Uruguay: B.

Cruz, A. (2001). *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil*. Guayaquil: Edino.

Esparza, I. (1995). *El principio del Debido Proceso*. Barcelona: Boch.

Espinoza, G. (1999). *Enciclopédica Jurídica*. Quito: Instituto de Informativa legal.

García, M. (1994). *Derecho Consitutcional* . Valencia.

Larrea, J. (2003). *Repertorio de Jurisprudencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones .

Machicado, J. (2009). *Introduccion al Derecho Procesal Civil*. Obtenido de Apuntes Jurídicos: https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/11/que-es-el-derecho-procesal-civil.html#_ftn2

Morocho, G. (2017). *La nulidad de sentencia como consecuencia de la falta de citación*. Obtenido de

[http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/4321/1/UNACH-EC-FCP-
DER-2017-0096.pdf](http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/4321/1/UNACH-EC-FCP-
DER-2017-0096.pdf)

Ossorio, M. (2010). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. S.L:
Datascan.

Prescripción adquisitiva de dominio, 13334-2017-00489 (Sala de lo Civil de la
Corte Provincial de Manabi 2017).

Tama, M. (2012). *Desafíos Constitucionales*. Quito: S.E.

Sentencia N.º 113-16-SEP-CC, 1388-14-EP (Corte Constitucional del Ecuador 06
de Abril de 2016).

Uribe Terán, D. F. (2012). *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Quito:
Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco.

Zambrano, A. (2005). *Proceso penal y garantías constitucionales*. Quito :
Corporación de Estudios y Publicaciones.

Anexos

- Demanda
- Contestación
- Sentencia primer y segundo nivel