

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN

BOLÍVAR SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA

EN DERECHO PROCESAL

LAS NULIDADES PROCESALES POR OMISIÓN DE

SOLEMNIDADES EN EL PROCESO CIVIL

MAESTRANTE: MARCO FERNANDO

CARRILLO CARRILLO

AÑO 2008.

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Marco Fernando Carrillo C.

Quito, Agosto del 2008.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR.

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

PROCESAL

LAS NULIDADES PROCESALES POR OMISIÓN DE

SOLEMNIDADES.

MAESTRANTE: MARCO FERNANDO CARRILLO

CARRILLO.

TUTOR: DOCTOR CARLOS PÁEZ FUENTES

LUGAR: QUITO

AÑO 2008

ABSTRACT

El Art. 169 de la Constitución Política de la República dice: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso . No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

El fin inmediato de la ley procesal es entonces la aplicación de la disposición legal al caso concreto. Lo que se busca en todo este andamiaje constitucional es hacer cumplir los derechos que el Estado garantiza a todo ciudadano, cuales son el derecho al debido proceso, la defensa en juicio , y a una justicia sin dilaciones.

El objetivo del trabajo es analizar las causas que dan origen a las nulidades por omisión de solemnidades tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal. Si la declaración es en el orden sustantivo, se analizará los motivos que dieron lugar a esta anormalidad. Pero si la declaración es en el campo procesal, entonces se estará frente a la omisión de solemnidades de otra índole, este tipo de anormalidades se presentan cuando existen vicios en el procedimiento, un defecto en el trámite.

La investigación enfrenta el estudio de la nulidad y la ineficacia a partir de una concepción integral y dinámica, agrega otros problemas complejos que parten de la ley procesal, siempre de interés público, cuya correcta aplicación “ constituye la garantía del proceso” .

DEDICATORIA

A mis padres por su apoyo incondicional para mi formación profesional, a mi esposa Gilma, por su respaldo y comprensión para la consecución de mi objetivo; y, a mis hijos Marco Adalberto, Yurina Belén y Juan Francisco Carrillo Silva, quienes son la razón de mi existencia y fuente de inspiración para hacer del ejercicio profesional una tarea abnegada, responsable y de servicio a la sociedad.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, por haberme permitido estudiar en sus aulas, al Doctor Carlos Páez Fuentes, meritísimo catedrático, que con sus conocimientos y experiencia en el área de derecho procesal, contribuyó en el asesoramiento para la elaboración de la tesis y los estudios de postgrado.

TABLA DE CONTENIDO

PAGINA

Introducción	9
CAPÍTULO PRIMERO.	
Las nulidades procesales	11
1.1 Importancia jurídica	12
1.2.- Conceptos doctrinales.	13
1.3.- Parámetros que orientan el régimen de las nulidades procesales	16
1.3.1.- Principio de especificidad o taxatividad.	16
1.3.2.-Principio de trascendencia.	18
1.3.3.- Principio de convalidación.	19
1.3.4.- Principio de protección o conservación.	20
1.3.5.- Principio de legitimación.	21
1.3.6.- Principio de preclusión.	22
1.4.- Fundamentos de las nulidades procesales	23
1.5.- Clasificación de las nulidades procesales	25
1.6.- Nulidades sustanciales o de fondo	31
1.7.- Nulidades procesales o de forma.	37
CAPÍTULO SEGUNDO.	
Causales de nulidad en el proceso civil ecuatoriano	
2.1.-Nulidad por omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios	42

2.2.-Nulidad por violación de trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o causa que se está juzgando.	52
2.3.- grados de nulidad.	57
2.4.- inexistencia y nulidad	61
2.5.- La nulidad: un vicio o en defecto.	64

CAPÍTULO TERCERO.

Medios de impugnación de las nulidades procesales	69
3.1.- Consideraciones generales	70
3.2.- Impugnación mediante vía de excepción	73
3.3.- Impugnación mediante recurso.	76
3.4.- Impugnación por vía de incidente	82
3.4.1.- Requisitos de admisibilidad del incidente.	83
3.4.2.-Tramitación.	83
3.4.3.- Legitimación para deducir el incidente de nulidad	83
3.4.4.- Plazo para promoverlo	84
3.4.5.- Sustanciación.	85
3.4.6.- Incidente de nulidad y recurso de reposición	85
3.5.- La impugnación por vía de juicio.	86
3.5.1.- Admisibilidad de la acción autónoma de nulidad.	87
3.5.2.- Alcance de la acción de nulidad	88
3.5.3.-Legitimación y procedimiento	88
3.6.- Jurisprudencia.	89
Conclusiones	99
Bibliografía.	104
Anexos	

LAS NULIDADES PROCESALES POR OMISIÓN DE SOLEMNIDADES.

Introducción.

El objetivo principal de éste trabajo constituye el identificar las verdaderas causas por los cuales los operadores de justicia declaran una nulidad, y al mismo tiempo, precisar qué clase de nulidad declaró el Juez, si la misma es de orden sustantivo o procesal.

Si la declaración es de orden sustantivo, se analizará los motivos que dieron lugar a esta anomalía; como por ejemplo vicios redhibitorios, por evicción que da lugar al saneamiento respectivo, por lesión enorme, por falta de capacidad. Pero si esta declaración es de orden adjetivo, la misma no afecta al acto o contrato, sino al proceso mismo. Cuando se presentan causales de nulidad de esta naturaleza es porque existen vicios en el procedimiento, un defecto en el trámite.

Este propósito fue posible gracias a una investigación responsable que permitió comprender el verdadero alcance que en el orden social y económico conlleva una declaración judicial de nulidad; conocer si esta declaración surte efectos definitivos, o existe alguna posibilidad legal de que la misma tenga remedio jurídico.

Todos estos aspectos son estudiados en los tres capítulos de la tesis, en cada uno de ellos se especifica el contenido y alcance, lo que ha permitido descubrir incluso el aporte importante que la doctrina y la jurisprudencia han efectuado en esta materia.

“Es confuso el panorama que la doctrina presenta cuando se intenta estudiar el sistema general de las nulidades o de las ineficacias. Y es que el problema surge precisamente a partir de su denominación misma y a los elementos que conforman el estudio. Así, cuando se trata,

por ejemplo, del fenómeno en general, se habla lo mismo de ineficacia que de nulidad, de invalidez y hasta de irregularidad o anormalidad. Y cuando de las especies afectadas del grado más alto de nulidad se trata, se habla entonces de actos nulos en forma absoluta, incompletos, inacabados, estériles.”¹

El apasionante tema lleva, necesariamente, al análisis de los presupuestos esenciales para el nacimiento del acto procesal, cuyo incumplimiento nos plantea los problemas relativos a la inexistencia o a la ineficacia del acto, sea en relación al titular del órgano jurisdiccional, al objeto del proceso o a la forma de realización del acto. También la investigación enfrenta el estudio de la nulidad y de la ineficacia a partir de una concepción integral.

Modernamente, su doctrina ha sido elaborada a lo largo de más de dos siglos con la ayuda de la mejor tradición científica en países como Francia, Alemania e Italia. La gran mayoría de estas teorías disponen de argumentos concluyentes y de muchas evidencias a su favor. Cada una de ellas ha logrado mejorar nuestro conocimiento sobre el tema, aunque es forzoso reconocer que en ocasiones, sólo se ha logrado confusión.

“En el lenguaje del derecho procesal el vocablo “nulidad”, menciona, indistintamente, el error (acto nulo, como sinónimo e acto equivocado), 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)”.²

Y si en este punto el asunto se torna bastante confuso, la cuestión se presenta como sencillamente desquiciante en la clasificación de las nulidades específicas. Pues aquí pueden comprenderse desde las tan familiares para nosotros *nulidades absolutas y relativas*, hasta la aparentemente extraña división entre actos nulos de nulidad absoluta y actos nulos de nulidad relativa, pasando por otras denominaciones cuya enumeración puede prolongarse hasta el infinito.

¹ Márquez, José: *Teoría General de las Nulidades*, México, Editorial Porrúa, 2003, p 3.

² Couture, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Montevideo, Editorial B de F, 2004, p 304.

CAPÍTULO I

Las nulidades procesales.

El art.344 del Código de Procedimiento Civil dice: “Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 1014 el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este código”.

Por su parte, el código civil en el art. 1.697 dispone: “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.”³

De lo anotado, se colige que todo el campo del derecho se encuentra compenetrado por el tema de las nulidades procesales, “la teoría de la nulidad dice Couture es de carácter general a todo el derecho y no particular a cada una de sus ramas.”⁴

“A las nulidades procesales se les define como la sanción que ocasiona la ineficacia del acto a consecuencia de yerros en que se incurre en el proceso. Se las designa también como fallas *in procedendo o vicios de actividad* cuando el juez o las partes, por acción u omisión, infringen las normas contempladas en el código de procedimiento civil. a las cuales debe someterse inexcusablemente, pues ellas les indican lo que deben, pueden y no pueden realizar.”⁵

Los mencionados yerros que afectan al proceso se presentan dentro de la *formación, desarrollo y decisión* de la relación jurídico - procesal con cuya presencia el proceso no puede adelantarse válidamente. “Igualmente la nulidad presupone vicios que hacen revocables los actos; las tres palabras que identifican este tema (nulidad, vicios, revocabilidad) son independientes entre sí; el vicio no siempre genera la invalidez aun cuando suponga irregularidad”⁶, como se explicará más adelante.

Cabe puntualizar también que, en otras oportunidades, la entidad del error motiva la inexistencia del acto o la nulidad insanable, circunstancias todas ellas

³ Código Civil: art. 1.697.

⁴ Cfr , Maurino, Luis: *Nulidades procesales*,2001, p 13.

⁵ Canosa, Fernando: *Las Nulidades Procesales en el Derecho Procesal Civil, Bogotá*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, p 23.

⁶ Gozaíni, Osvaldo: *Elementos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Ediar, 2005, p. 525.

que demuestran la necesidad imprescindible de encontrar vocablos comunes que caractericen la teoría de las nulidades procesales. Pero como en el proceso el principio es que todas las nulidades son relativas, si no se manifiesta el interés para nulificar los actos posiblemente viciados, estos pueden quedar convalidados, saneados, regularizados, etc. Si, en cambio, promedia impugnación, los actos podrán revocarse o invalidarse.

“Esta hipótesis obliga a separar debidamente las nociones de nulidad (cuando hay vicios) y revocabilidad de los actos procesales que provienen del órgano jurisdiccional, porque en este caso la vía arreglada a derecho es el recurso y, excepcionalmente, el mismo juez que dictó la providencia errada puede volver sobre sus pasos, saneando el error incurrido.”⁷

1.1.- Importancia jurídica.

La importancia indudablemente radica en que la nulidad procesal despoja de virtualidad al acto del proceso, cuando por padecer de alguna anomalía en sus requisitos fundamentales, carece de posibilidades para consumir su propia finalidad. Realmente, el vocablo nulidad tiene más de una acepción. Sin embargo, desde el derecho romano nos viene la idea elemental de que *nulo es lo que no produce efectos*. Y la no producción de efectos del acto nulo se deriva de la violación o el apartamiento de ciertas formas, o la omisión de los requisitos indispensables para la validez de aquel.

“En primer lugar, la nulidad es un apartamiento de las formas y no del contenido. Claro que, desde hace tiempo, se han distinguido dos clases de formas, unas sustanciales, más importantes, y otras accidentales, menos importantes, y que afirma que solamente la infracción a las primeras o su omisión pueden acarrear la nulidad. También la tendencia moderna, bien notable en lo que al derecho procesal se refiere, reconoce que el simple apartamiento de las formas no genera nulidad, si en definitiva se cumple con el objetivo del acto, con el fin propuesto”.⁸

La cita transcrita confirma que, efectivamente, la tendencia moderna reconoce que el simple apartamiento de las formas no genera nulidad, si en definitiva se cumple con el objetivo del acto o el fin propuesto; dicho en otras palabras, la

⁷ Gozaíni, Osvaldo: *Elementos de derecho procesal civil*, 2005, p 525.

⁸ Véscovi, Enrique: *Teoría general del proceso*, Bogotá, Editorial Temis, 2006, p 255.

corriente doctrinaria moderna está en contra de que se declare la nulidad por simple violación a la forma.

Por ello, en el derecho procesal, uno de los temas que más interés despierta es precisamente el de las nulidades procesales, por estar directamente relacionado con el derecho constitucional al debido proceso; de ahí su actualidad y, por ende, la necesidad de entender correctamente el sistema adoptado por nuestro C.P.C. que parte de la taxatividad de las causales, que son de derecho estricto y no permiten interpretaciones acomodaticias; únicamente las irregularidades que fueron señaladas por el legislador como causales de nulidad servirán para declarar la invalidez.

Lo anterior pone de relieve la importancia del tema y, sobre todo, la necesidad de entender correctamente el sentido, el objetivo y la utilidad de las nulidades procesales, máxime cuando son muchos los procesos en los cuales se presentan solicitudes de invalidez, bien sea en el curso de las instancias o a través de los recursos extraordinarios de casación y de revisión; es indudable que el tema de las nulidades procesales ofrece una permanente actualidad.

1.2.- Conceptos doctrinales:

Otro problema muy discutido es precisamente el de la ausencia de un concepto global y generalizador que preste coherencia a la teoría de las nulidades, pues algunos autores prefieren hablar de nulidad, otros gustan hablar de invalidez, muchos más de ineficacia, y aun otros de anormalidad, más adelante, cuando abordemos el punto de la nulidad y la inexistencia profundizaremos lo que cada grupo sostiene al respecto.

También es cierto que la mayor parte de la doctrina no se ocupa en absoluto de la construcción ni del estudio de un concepto y, soslayando el problema, prefiere ocuparse del análisis de las formas particulares según la tipicidad impuesta por el legislador arguyendo y probablemente con razón, que no es posible construir ninguna categoría dogmática general sin haber determinado antes las especies que la forman y que pudieran eventualmente servir para el desarrollo de una disciplina común.

“En el derecho procesal, la voz nulidad se emplea para denominar: 1) el error, 2) los efectos del error, 3) el vehículo impugnativo, 4) la consecuencia de la impugnación.”⁹

“La diversidad de criterios que exhiben los autores respecto del tema de los actos nulos y los actos inexistentes en la órbita del derecho procesal hace necesario entrar en múltiples variantes doctrinales, las mismas que se sintetizan de ésta la manera :

a.-La primera, está dada por la distinta óptica con que se enfoque el concepto a definir. Así, algunos autores ponen el acento en el *vicio que afecta al acto procesal*, es decir, en la causa determinante de la nulidad. Otros, en las consecuencias jurídicas que engendra el vicio, concretándolas en la *sanción del acto defectuoso*. Y están también quienes prefieren considerar el estado o situación latente, que genera el vicio, defecto u omisión del acto procesal.

b.- La segunda, genera dos posiciones doctrinales antitéticas, según se limite la noción de nulidad procesal al quebrantamiento de las formas, o se considere que es comprensiva de los vicios u omisiones de cualesquiera de los elementos que constituyen el acto procesal (sujeto, objeto y forma) *ibidem*.

c.- Existe una posición particularizada que restringe la nulidad procesal a uno solo de los elementos del acto: la forma”.¹⁰

De esta manera Alsina, citado por Maurino dice, “se entiende que nulidad procesal es el estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de alguno de sus elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido.”¹¹

“Siendo el derecho procesal un conjunto de formas dadas de antemano por el orden jurídico, mediante las cuales se hace el juicio, la nulidad consiste en el apartamiento de ese conjunto de formas necesarias establecidas por la ley”.¹²

“Por otro lado, se encuentra una posición generalizadora que entiende que la nulidad procesal es comprensiva de los vicios que afectan a cualquiera de los elementos del acto procesal o requisitos de ellos, y no solamente a la forma. Se incluyen, entre otros, los vicios de la voluntad (error, dolo, etc)”¹³.

⁹ De Santo, Víctor: *Nulidades Procesales* Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999, p, 34.

¹⁰ Maurino, Luis: *Nulidades procesales*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 2001, pp 17-18.

¹¹ Maurino, Luis: *Nulidades Procesales*, Buenos Aires, 2001, p19.

¹² Couture, Eduardo: *Fundamentos del derecho procesal civil*, 2004, p 304.

¹³ Maurino, Luis: *Nulidades procesales*, 2001, p18.

“La cuestión preliminar aquí es sin duda, determinar que se entiende por nulidad. Pero es fácil advertir que definir la nulidad como lo que no produce ningún efecto, significa, en todo caso, anotar sus consecuencias, pero no su naturaleza.”¹⁴

“Este primer intento de fijar el sentido de la nulidad procesal, demuestra que no es cosa atinente al contenido mismo del derecho, sino a sus formas; no un error en los fines de justicia queridos por la ley, sino de los medios dados para obtener esos fines. Pero el desajuste entre la forma y el contenido, aparece en todos los terrenos del orden jurídico. En el derecho público se presentan bajo la forma de la nulidad de las constituciones, de las leyes, de los reglamentos, de los actos administrativos decretados con exceso o desviación de poder; en el derecho privado abarca los actos jurídicos, su prueba y sus consecuencias.”¹⁵

Revisados los elementos, característicos de la definición, se concluye que en el derecho procesal el tema reviste importancia muy particular, ya que es una disciplina en donde las formas constituyen una preocupación constante. Se concluye entonces que existe un principio doctrinal que tiene aceptación unánime, el que consagra que *el acto nulo requiere declaración judicial, mientras tanto produce sus efectos*. Por tal razón no podemos hablar de privación de efectos, porque precisamente esas consecuencias jurídicas, del acto en estado de nulidad, sólo se materializan con su declaración judicial.

En definitiva, de las definiciones doctrinales mencionadas se puede concluir que la nulidad es una sanción, argumento que tiene su fundamento en el principio normativo de que las leyes procesales, son en su esencia de derecho público y que, por lo mismo, éste no permite ser burlado sin producir sus consecuencias. Por ello, tanto en el derecho procesal extranjero como en el nuestro, los motivos de nulidad tienen que estar debidamente señalados en la ley.

1.3.- Parámetros que orientan el régimen de las nulidades procesales.

La unidad temática de las nulidades en el derecho procesal se afirma con los presupuestos que funda para su admisibilidad. Ellos adicionan razones para

¹⁴ Couture, Eduardo: *Fundamentos del derecho procesal civil*, 2004, p 304.

¹⁵ De Santo, Víctor: *Nulidades Procesales*, Buenos Aires, 1999, p33 .

demostrar las particularidades que reviste la nulidad en el proceso, a diferencia de las que sucede en el negocio jurídico como en los actos y contratos civiles por ejemplo.

“No obstante, existe cierto paralelismo con principios sustanciales; inclusive, podría afirmarse que no hay diferencias ontológicas, porque en ambas prevalece la noción de relatividad de las nulidades. En verdad, desplazar el conjunto de principios y presupuestos al sólo resguardo de las formalidades en el proceso hasta resulta exagerado, circunstancia que merece reconsiderarse para dar a las nulidades la ubicación precisa que merecen en el contexto de la teoría general del derecho.”¹⁶

“El sistema de nulidades procesales en nuestro derecho está amparado por reglas y parámetros que sirven de herramienta para interpretar, entender, y por sobre todo, aplicar en debida forma las normas procesales que desarrolla la institución.”¹⁷

Hoy día es verdad averiguada que a la invalidación del acto procesal se llega por la violación de las formas procesales esenciales siempre y cuando se produzca la vulneración del derecho fundamental al debido proceso. Alsina dice: “Donde hay indefensión hay nulidad; si no hay indefensión no hay nulidad.”¹⁸ “Las nulidades procesales tienen como misión esencial enmendar perjuicios efectivos que, surgidos de la desviación de las reglas del proceso, pueden generar indefensión”¹⁹. Los parámetros que orientan el régimen de nulidades son:

1.3.1.- Principio de especificidad o taxatividad.

“No hay nulidad sin ley. El principio que varios autores llaman, más comúnmente, de especificidad, puede enunciarse diciendo que *no hay nulidad sin texto legal expreso*. A lo que podríamos agregar, que siendo el principio la validez y la excepción la nulidad, dichos textos legales deben ser de interpretación estricta.”²⁰

“Este principio ha sido proclamado, casi invariablemente, por la doctrina y la jurisprudencia. Por consiguiente, no se admite la nulidad si no se expresa la causa legal en que se funda. Según esta regla, podrá decretarse la nulidad de los actos procesales únicamente por las causales expresa y claramente consagradas por tal fin por el legislador, es decir, sólo se consideran motivos generadores de invalidez los que de antemano han sido elevados a tal categoría.”²¹

¹⁶ Gozaíni, Osvaldo: *Elementos del derecho procesal civil*, 2005, p 531.

¹⁷ Sanabria, Henry: *Nulidades en el proceso civil*, Bogotá, Editorial Universidad externado de Colombia, 2005, p, 83.

¹⁸ Cfr, Alsina, Hugo: *Tratado*, Tomo I, p, 627.

¹⁹ Maurino, Luis: *Nulidades procesales*, 2001, p 44.

²⁰ Véscovi, Enrique: *Teoría general del proceso*, Bogotá, Editorial Temis, 2006, p 264.

²¹ Sanabria, Henry: *Nulidades en el Proceso Civil*, 2005, p84.

De lo anterior se desprende que no es posible decretar nulidades procesales por fuera de las causales contempladas en la ley, las cuales son taxativas, y, al entrañar al acto irregular, no admiten aplicación analógica ni extensiva, con lo que, de paso, se le imprime seguridad al proceso.

El sistema de taxatividad es el más adecuado, “para tutelar los principios de la buena fe, de la aceleración de los procesos y de la economía procesal”²². Nada más peligroso y contrario a la estabilidad y seguridad que deben imperar en toda actuación judicial que permitir que cualquier irregularidad pueda ser considerada por el juez como violatoria del derecho al debido proceso y a partir de ésta se llegue a la nulidad, toda vez que ello daría origen a que existieran criterios e interpretaciones disímiles y variables, que podrían terminar sacrificando los derechos subjetivos en contienda.

Por ello, el juez debe velar porque la relación procesal se constituya en sí misma en una preciosa garantía de los derechos de las partes y procurar siempre que el andamiaje procedimental sirva para desarrollar debidamente tal relación y de esta manera la sentencia cumpla con su principal fin, que no es otro que solucionar la controversia particular sometida a su decisión y hacer efectiva de esa manera los derechos subjetivos que abstractamente ha consagrado el legislador

Los modernos códigos de procedimiento (francés, italiano, chileno), la doctrina y la jurisprudencia, no han aceptado este principio en su concepción pura, sino con atenuaciones. Bien dice Palacio “El principio de marras se integra

²² Devis E, Hernando: *Compendio de derecho procesal civil*, Bogotá, Editorial ABC, 1985, p 595.

con el de finalidad incumplida, es decir con el de finalidad. No basta la sanción legal, sino que es necesario que el acto no haya cumplido el fin al cual iba dirigido.”²³

Dentro de las pautas atenuadoras que revisten a la vez el carácter de complementarias e integrativas de él, podemos citar:

“a.- Disposición prohibitiva asimilada a la nulidad expresa, equipara las nulidades expresas, las derivadas de disposiciones imperativas.

b.- Omisión de elementos sustanciales del acto. A falta de un texto imperativo, se faculta al juez para declarar la nulidad cuando se ha omitido un elemento sustancial en la ejecución de un acto, se trata de las llamadas *nulidades implícitas*.” Este supuesto se encuentra subsumido en el principio de finalidad de los actos procesales. El criterio para decidir sobre la sustancialidad o esencialidad de un elemento del acto procesal es variable.

c.- Finalidad del acto, este principio se integra con el de especificidad, y la complementación es la que en definitiva permitirá juzgar sobre la existencia del vicio y la ineficacia del acto”²⁴.

1.3.2.- Principio de trascendencia.

“No hay nulidad de forma, si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio (....) Sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aun aquellos que no provocan perjuicio alguno. El proceso sería, como se dijo de sus primeros tiempos, *una misa jurídica*, ajena a sus actuales necesidades.”²⁵

“Es por esta razón que algunos derechos positivos modernos establecen el principio de que el acto con vicios de forma es válido, si alcanza los fines propuestos, igualmente si en lugar de seguirse un procedimiento se ha utilizado equivocadamente otro, pero con mayores garantías, lo que también se llama principio de finalidad”²⁶.

Sin lugar a dudas, éste principio confirma la hipótesis de que en los tiempos actuales el sistema de la nulidad por simple violación a la forma no existe, pues será necesario que se produzca un verdadero perjuicio a las garantías de los sujetos procesales; que el vicio genere una vulneración al derecho fundamental al debido proceso que en síntesis es lo que se busca proteger la institución de las nulidades. Si ello no ocurre, estimo improcedente la declaratoria de una nulidad., cuando inclusive de por medio pueden estar otros aspectos más importantes como son el de la celeridad, la claridad y la misma justicia.

²³ Cfr. Palacio, Lino: *Derecho procesal civil*, Tomo IV, p, 158.

²⁴ Maurino, Luis: *Nulidades procesales*, 2001, p 42.

²⁵ Couture, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 2004, p 318 -319.

²⁶ Véscovi, Enrique: *Teoría general del proceso*, 2006, p 265.

Nuestro código procesal al igual que muchos otros de la región (argentino, colombiano, por ejemplo) sostienen que no existe la nulidad por la nulidad misma, es por ello que éste principio es muy importante y que como hemos visto tiene la aceptación de la mayoría de la doctrina e incluso de la jurisprudencia. Inclusive, como bien anota Sanabria, es necesario conjugar los principios de especificidad y trascendencia para obtener un adecuado equilibrio para llegar a la invalidez del acto cuando el vicio conste enlistado en la ley y, haya causado un perjuicio a las partes.

1.3.3.- Principio de convalidación.

Una forma de convalidar actos defectuosos ocurre si ellos alcanzan los fines que estaban previstos al ejercerlos. Podría decirse que es una convalidación legal donde no existe actividad de la parte.

“Esta regla guarda coherencia con la de protección o salvación del acto, pues en desarrollo de éstas, las normas procesales consagran diversos mecanismos que permiten sanear o convalidar los vicios constitutivos de nulidad, es decir que, no obstante incurrir en un motivo de invalidación, esta se puede evitar mediando una conducta activa o pasiva del sujeto afectado con la irregularidad, salvo, claro está, que el vicio sea calificado como insanable, caso en el cual, por considerar que aquel atenta de manera directa y frontal contra la estructura y garantías mínimas, indispensables e irrenunciables del proceso, no se permite camino diferente que el de la nulidad.”²⁷

La regla general es, entonces, que toda anomalía formal que constituya causal de nulidad no siempre genera la invalidez del acto procesal, toda vez que se permite en principio su saneamiento y convalidación, siendo la excepción a esta regla la existencia de nulidades insaneables. Impera en la regla el principio dispositivo; y, sin perjuicio de concretar el carácter relativo de todas las nulidades que suceden en el proceso. El saneamiento automático que se propone con la regla supone atender una multiplicidad de situaciones que parten de reconocer cuáles son los actos procesales que pueden convalidarse.

²⁷ Sanabria, Henry: *Nulidades en el Proceso Civil*, Bogotá, 2005, p 113.

“Los actos afectados de nulidad relativa son válidos, útiles y eficaces mientras no sean invalidados por una providencia nulificatoria. Otra probable contingencia ofrece la impugnación tardía de las nulidades, en la cual la preclusión obra en el sentido de que la firmeza de los actos procesales es una necesidad jurídica que justifica la validez de los actos, a pesar de los vicios que manifiesten.”²⁸

1.3.4.- Principio de protección o conservación

En aras de la seguridad jurídica y de la economía procesal, se aboga porque a la invalidación del acto se llegue únicamente cuando la violación al debido proceso se ha consumado y aquella es la única manera de salvaguardar la vigencia de tal derecho.²⁹

“Este principio se refiere a la esencia misma de la nulidad como medio de impugnación procesal. La doctrina (Alsina, Amezaga) y la jurisprudencia son uniformes en el sentido de que la nulidad sólo puede hacerse cuando a consecuencia de ella quedan indefensos los intereses del litigante o de ciertos terceros a quienes alcanza la sentencia. Sin ese ataque al derecho, la nulidad no tiene porqué reclamarse y su declaración carece de sentido.”³⁰

Este presupuesto toma cuerpo en las vías de impugnación en particular, pretende otorgar razonabilidad a las nulidades que se deduzcan, requiriendo tres condiciones específicas: a).Que la anulación pretendida, justifique el accionar de la justicia ante la evidencia del perjuicio que generan los efectos del acto viciado; b) que la nulidad provenga de actos propios de la jurisdicción o de la parte contraria, c) que quien promueve la impugnación no haya dado lugar con sus actos al vicio que denuncia.

“El principio demuestra una extensión del precepto *nemo auditur propiamturpidudine allegans* (nadie puede alegar su propia torpeza), que en la doctrina procesal se expresa como teoría de los propios actos, según el cual, no es lícito admitir que las partes ejerciten actos contrarios a los que la otra parte de buena fe acepta, por observarlos continuos y destinados a una determinada conducta futura.”³¹

1.3.5.- Parámetro de legitimación

²⁸ Sanabria, Henry: *Nulidades en el proceso civil*, 2005, p 533.

²⁹ Sanabria, Henry: *Nulidades en el Proceso Civil*, 2005, p 112.

³⁰ Couture, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 2004, p 323

³¹ Gozáni, Osvaldo: *Elementos de derecho procesal civil*, 2005, p 534.

Según este parámetro, la nulidad de los actos procesales puede alegarse por quien se haya visto afectado con el vicio, lo cual tiene relación directa con el principio de trascendencia, que nos enseña que no hay nulidad sin perjuicio. Está legitimado para solicitar la invalidación de la actuación procesal quien haya sufrido menoscabo en sus derechos y garantías procesales y, por ende, tenga un interés jurídicamente relevante en que la actuación irregular quede sin efectos, de manera que el ordenamiento procesal tutela ese interés del sujeto perjudicado con el vicio, permitiéndole obtener una declaración de nulidad en beneficio de su derecho al debido proceso

La moderna ciencia procesal considera al juez no como un simple espectador de la litis, sino como un verdadero director del proceso, con suficientes poderes para orientar y conducir la contienda hasta la sentencia, por lo cual es apenas elemental que aquel no puede ser ajeno ni permanecer indiferente ante las anomalías de carácter formal que se traduzcan en causales de nulidad, el juez desempeña un papel importante en cuanto toca con la posibilidad de decretar la nulidad.

En materia de legitimación, las nulidades saneables e insanables no tienen el mismo tratamiento. Porque las nulidades insanables por recaer en un elemento esencial del negocio impiden la formación del acto, luego no puede ser convalidadas, ni necesitan ser invalidadas, puede ser declaradas de oficio o a petición de parte por cualquier persona interesada. En cambio, las nulidades saneables necesitan ser declaradas el acto subsiste hasta ese momento, la sentencia que la declara es constitutiva, puede ser pedida únicamente por la

parte, en todo caso, debemos advertir que en uno y otro supuesto se parte de la existencia de un perjuicio generado por la irregularidad constitutiva de nulidad. La que acabo de indicar, no es aplicable en lo procesal en virtud de que en esta materia se rige por lo que la ley determina; es decir, mientras no exista pronunciamiento judicial, el acto viciado existe pese a las irregularidades, particularidad que no la encontramos en el ámbito sustantivo que, por recaer el vicio en un elemento esencial para la formación del acto o contrato, precisamente impide la formación del mismo.

1.3.6.- Principio de preclusión.

“Salvo las que ostentan el carácter de insaneables, las nulidades procesales deben alegarse dentro de los precisos términos y oportunidades contempladas en la ley, so pena de operar el saneamiento de las mismas, con este presupuesto se busca que el proceso no sufra tropiezos y las partes no obtengan provecho de la alegación tardía de las nulidades.”³²

En consonancia con lo anterior, los arts. 353, 355 y 358 del actual CPC establecen que la no alegación oportuna de las nulidades conlleva su saneamiento y, como elemental resultado, impide que el afectado pueda solicitar la invalidez de la actuación, a lo cual habrá de adicionarse y, quizá éste constituye el aporte más valioso de este presupuesto, que precluye igualmente la oportunidad de alegar la nulidad, para quien, teniendo conocimiento de la existencia de un proceso en su contra, decide no concurrir de manera inmediata al mismo y alegar las irregularidades formales que se hayan producido y le puedan resultar perjudiciales sino que, para hacerlo, espera el momento más beneficioso para él

³² Sanabria, Henry: *Nulidades en el Proceso Civil*, 2005, p 118.

Se exige entonces suma diligencia y la adopción de una conducta ajustada al deber genérico de obrar de buena fe para alegar las nulidades, pues de lo contrario el acto viciado recobrará validez.

1.4.- Fundamentos de las nulidades procesales

Una vez que el acto procesal ha reunido sus requisitos esenciales puede considerarse existente, pero para que surta los efectos que el ordenamiento ha previsto se hace indispensable que sea válido, esto es, que en su configuración se hayan observado las formas procesales que aseguran el respeto al derecho de defensa.

En consecuencia, el acto procesal existente no surte por sí sólo y de manera automática los efectos contemplados en la ley, pues para ello es imperioso que cumpla con las formalidades que se han establecido con miras a permitir el cabal ejercicio del derecho de defensa, pilar básico del derecho fundamental al debido proceso. Siempre que la violación de las formas procesales conlleve la vulneración de los derechos de los sujetos que participan en el proceso, los actos que adolezcan de tal irregularidad no podrán considerarse válidos.

“La nulidad es en principio un concepto único, si bien global o genérico, radicalmente distinto a la inexistencia. La inexistencia y la nulidad- comprendiendo aquí tanto la absoluta como la relativa- se configuran como fenómenos conceptualmente diversos. Sus dominios son ajenos uno al otro. Si en el campo de la inexistencia la cuestión esencial se plantea bajo la forma del dilema *existir o no existir*, en el campo de la nulidad el problema se reduce al binomio **validez – invalidez**

En la inexistencia nada se ha producido y sólo acudimos al auxilio de un razonamiento de carácter bastante lógico y evidente para constatar, simplemente, la ausencia de algo jurídico. En el caso de la nulidad, todo esto existe y, precisamente, lo que la ley efectúa es el análisis del acto para verificar su adaptabilidad a las exigencias del imperativo legal según el tipo perfecto. Cuando ello de alguna forma no sucede, se pronuncia entonces la nulidad que afecta directamente la producción de las consecuencias de derecho que tal acto debía engendrar {.....} En este contexto opera la nulidad.

Decir, pues, que un acto es nulo – inválido, ineficaz, inútil – no es exactamente lo mismo que decir que se encuentra fuera del ámbito del derecho; no es hablar del concepto de lo no jurídico, ni del anti derecho. Por el contrario, se continúa hablando del derecho, es decir de formas sociológicas o psicológicas que tienen cabida en un marco jurídico, que son acogidos por el derecho”.³³

En esencia es esta la razón de que alguna parte de la doctrina considere que, en efecto, la nulidad no puede reputarse entonces como una sanción o represalia en contra de los autores del acto irregular. Es, mucho más, simplemente, la consecuencia lógica de una equivocada elección del medio.

“El derecho procesal tiene, en cuanto a las nulidades, la unidad genérica y los principios específicos que caracterizan el amplio panorama de éste fenómeno. En tanto la unidad genérica es común a todo el derecho, los principios específicos son variables y contingentes. Cambian en su sentido y en su técnica, en razón de circunstancias, de lugar y de tiempo. {...}La irregularidad del acto procesal, esto es, el desajuste entre la forma determinada en la ley y la forma utilizada en la vida, es en todo caso una cuestión de matices que corre desde el apartamiento gravísimo, alejado en absoluto de las formas requeridas, hasta el levísimo, apenas perceptible. Es importante hacer otra precisión; la nulidad se utiliza en forma indistinta para designar tanto al vicio como su consecuencia (es decir, la producción de efectos negociales que no se encontraban previstos en el ánimo de los otorgantes”³⁴.

Vista en forma objetiva, la nulidad no es ni una sanción ni una recompensa; es un conjunto de variables jerarquizadas que responde específicamente a las circunstancias del negocio y deciden en consecuencia: unas veces destruyendo el acto y otras, preservando lo que de él pueda conservarse en beneficio de las partes. Esta afectación adopta grados diversos, y es aquí donde se advierte el carácter global y genérico el concepto, son las formas o especies de la nulidad.

“El Código civil. contiene una precisa construcción sobre las nulidades de los actos jurídicos, lo cual, aunque con diversidad de enfoques y planificación en las categorías de irregularidades, vicios, nulidades, etc, tiene el valor de la unidad que cimienta como orden normativo; pero cuando se trata de aplicarlas a todas las ramas y, en especial al derecho procesal, se observa cierta inadecuación fundada en los principios formativos que éste tiene y afirma como fundantes de su autonomía, que demuestra la escasa significación que tiene la nulidad en los negocios jurídicos respecto de la relación jurídica procesal.”³⁵

1.5.- Clasificación de las nulidades procesales.

³³ Márquez, José: *Teoría general de las nulidades*, 2003, pp 279 – 280.

³⁴ Couture, Eduardo: *Fundamentos del derecho procesal civil*, 2004, p 306.

³⁵ Gozáni, Osvaldo: *Elementos de derecho procesal civil*, 2005, p 526.

“Reina en esta materia cierta imprecisión terminológica. Cabe puntualizar que los vocablos utilizados (nulidad absoluta – nulidad relativa) tienen en derecho procesal un significado diferente que el del derecho sustantivo, y que los autores otorgan a una misma expresión significados diferentes.”³⁶

El legislador ha otorgado distintas categorías de gravedad a la vulneración de las formas procesales, de tal suerte que bajo ciertas circunstancias un acto que en principio está llamado a ser nulo puede gozar de validez. Esto implica que no siempre que se presenta el vicio, fatalmente el acto debe tornarse nulo.

“Para establecer la existencia de una nulidad procesal, debe partirse de ciertas consideraciones fundamentales: la primera, que la nulidad es un vicio del procedimiento civil, la segunda, si este vicio se encuentra afectado por los vicios del consentimiento – y sus consiguientes efectos – señalados en el Código Civil y la tercera, la trascendencia o importancia del vicio que afecte decisivamente al proceso. De estas nociones se puede concluir que la nulidad en el proceso puede tener origen en vicios de contenido y en vicios de forma”.³⁷

Pero lo anterior no se predica por igual de todas las violaciones de formas que por vulnerar el derecho al debido proceso han sido elevadas a la categoría de causales de nulidad de los actos procesales. Tal privilegio, esto es, el de surtir efectos no obstante haber incurrido en un vicio constitutivo de invalidez, únicamente le ha sido otorgado a ciertos defectos formales, que se agrupan bajo el grupo *de las nulidades saneables*.

Por el contrario, en otros casos, el acto procesal deberá tornarse nulo y bajo ningún supuesto los defectos formales de que adolezca podrán ser subsanados, así el afectado manifieste su conformidad, puesto que dada la gravedad de la vulneración el ordenamiento no ha contemplado forma alguna de saneamiento

³⁶ Maurino, Luis: *Nulidades Procesales*, 2001, p 23.

³⁷ Cruz B, Armando: *Estudio crítico del Código de procedimiento civil*, Guayaquil, Editorial Edino, 2001, p 163.

o convalidación, por lo cual se llaman *nulidades insanables*. El grado de nulidad puede variar, y, por consiguiente, los efectos en cada caso, son distintos.

“Se han distinguido siempre tres clases de ineficacia: en un primer grado, de ineficacia máxima, la inexistencia; en un segundo grado, capaz de producir determinados efectos en condiciones muy especiales, la nulidad absoluta; en un tercer grado, con mayores posibilidades de producir efectos jurídicos, la nulidad relativa.”³⁸

Por su parte, Devis Echandía, esboza las siguientes categorías de nulidades procesales: “1) *saneables o insaneables*; 2) *absolutas o relativas*, 3) *ser totales o parciales*, y estas últimas pueden afectar a parte del proceso o a un solo acto procesal, y 4) *extensibles o no extensibles*”.³⁹

Muy por el contrario, es justo reconocer que el problema de la terminología en esta materia merece una consideración especial, porque, conforme se ha estudiado, el problema de la clasificación de las nulidades constituye un trabajo arduo que ha provocado criterios de los más variados entre los procesalistas, razón por la que, es conveniente en esta materia, inclinarse por aquellos vocablos que por haber sido permanentemente utilizados, pueden ser acogidos al lenguaje común e incluso contribuirían para una mejor tarea de hermenéutica jurídica

Es importante recordar la diferencia entre el acto jurídico sustancial y los actos procesales, la invalidación de unos y otros presentan igualmente notorias diferencias. Mientras que los actos procesales se invalidan en la medida que

³⁸ Couture, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 2004, p 307.

³⁹ Cfr: Devis E, Hernando: *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Editorial universidad, 2002, p, 532.

transgreden el derecho fundamental al debido proceso, los actos jurídicos sustanciales son nulos. Los motivos de invalidez de los actos sustanciales difieren de los que dan lugar a la nulidad de los actos procesales, por lo que no es posible confundirlos y, mucho menos, pensar que unos repercuten en los otros, de manera que nulidades procesales y nulidades sustanciales guardan total independencia y autonomía entre sí.

El ordenamiento ecuatoriano reconoce dos clases de nulidades: las nulidades absolutas y las nulidades relativas, tanto para el derecho sustantivo como para el procesal; es decir existe una división específica:

Nulidad Absoluta.-

“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”⁴⁰

La nulidad absoluta es, para el derecho civil, aquella que por recaer en un requisito esencial del negocio, impide la formación del acto. Luego no puede ser convalidada, es insanable y ni siquiera necesita ser invalidada. Pero puede ser declarada ya sea de oficio o a petición de cualquier persona interesada incluyendo el Ministerio público que actúa en defensa de la causa pública, aunque en los tiempos actuales el fiscal tiene otro rol, por lo que considero inútil este argumento en lo que a nuestra legislación se refiere.

El punto de distinción que nuestra ley acoge para separar los conceptos de nulidad absoluta y relativa consiste en la vulneración o no de cierto interés público supuestamente involucrado. La nulidad absoluta según los términos de

⁴⁰ Código Civil: art. 1.698.

esta concepción, se produce cuando el acto jurídico se ha constituido violando un precepto legal de carácter prohibitivo. Como atañe directamente a una cuestión pública, cualquier persona con interés jurídico puede demandar su declaración.

De lo expuesto se determina el carácter decididamente excepcional de la nulidad absoluta. En consecuencia, el análisis específico del caso concreto es indispensable si queremos partir de una base segura para el establecimiento del carácter de la nulidad. Y aun aquí la balanza se inclina nuevamente a favor de la nulidad con el grado de relativa.

Los arts 1.698 y 1.699 del CC. nos dan la pauta para establecer en cada supuesto la clase de nulidad que se trata; así, la falta de los requisitos o formalidades que la ley prescribe para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellas, exceptuando el estado o calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan, producen nulidad absoluta, porque precisamente se refiere a la naturaleza del acto y son, la capacidad, el consentimiento, la causa, el objeto; y las solemnidades del negocio jurídico como por ejemplo la escritura pública en la compraventa de bienes inmuebles, servidumbres y derechos gerenciales.

“El acto absolutamente nulo es, un grado superior en el sentido de la eficacia. En tanto que el acto inexistente no tiene la categoría de acto, sino de simple hecho, el acto absolutamente nulo tiene la condición de acto jurídico, aunque gravemente afectado. Puede hablarse en él de existencia y de ese mínimo de elementos requeridos para que un acto adquiriera realidad jurídica. Pero la gravedad de la desviación es tal que resulta indispensable enervar sus efectos, ya que el error apareja normalmente una disminución tal de garantías que hace peligrosa su subsistencia.”⁴¹

⁴¹ Couture, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 2004, p 308.

Se decide, entonces, a su respecto que una vez comprobada la nulidad, el acto debe ser invalidado, aun de oficio y sin requerimiento de parte interesada; y que una vez invalidado el acto, no es posible ratificación u homologación. En consecuencia, el análisis específico del caso concreto es indispensable si queremos partir de una base segura para el establecimiento del carácter de la nulidad

Y aun aquí la balanza se inclina nuevamente a favor de la nulidad con el grado de relativa. De modo que la nulidad absoluta se constriñe a una sola causa, que no tiene el carácter de exclusiva, que depende de la apreciación del legislador y que en definitiva tiene que cumplir todos los requisitos establecidos en el art. 1.698, ya que en cualquier otro caso se dará a la nulidad el grado de relativa.

Los actos que generan nulidad absoluta son:

- a.- Negocios ilícitos: que comprenden los negocios expresamente prohibidos por la ley, y los contrarios al orden público y las buenas costumbres,
- b.- Los negocios realizados por absolutamente incapaces,
- c.- Negocios que omiten algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan.

“Nulidad Relativa.- A esta clase de nulidad se han hecho críticas que se dirigen contra la esencia misma de la institución. Parece, en efecto, un punto de mero tránsito entre la plena validez y la radical ausencia de efectos. En consecuencia, es importante primero enfrentar el problema de su ubicación lógica en el contexto general de la teoría de la nulidad, para luego identificar sus características esenciales. {...}La historia enseña que la nulidad relativa (*anulabilidad*) nació a partir de necesidades específicas de la realidad social del derecho y no como un concepto abstracto surgido de una lógica riguroso que previniera la convivencia de aceptar la validez provisoria de los negocios. Así, el

Pretor se vio obligado a instrumentar diversas acciones que disminuyeran el excesivo rigor del derecho inicial y restauraran la equidad contractual.⁴²

“En principio, como lo dice Maurino, en derecho procesal toda nulidad es relativa. Entendese por ello, que toda nulidad procesal es convalidable. Coinciden en este aspecto gran parte de la doctrina y la jurisprudencia. Decimos en principio porque la regla general no impide que el legislador consagre nulidades absolutas, que no se confirmen con el consentimiento. Además, hay nulidades producidas por vicios sustanciales como dolo, fraude, simulación, etc, para cuya declaración se prescinde del requisito de la convalidación.”⁴³

La nulidad relativa, es la que se refiere a los requisitos accesorios, por lo cual no impide la formación del acto, sino que este nace, inclusive válido, pese al defecto. Esta nulidad necesita ser declarada, pues el acto subsiste hasta ese momento; la sentencia que la declara es constitutiva, lo que la hace, con referencia a la nulidad absoluta, declarativa; el juez solo comprueba la nulidad, aquella la crea; y la nulidad relativa puede ser pedida únicamente por la parte

Efectivamente, existen actos que aun viciados de nulidad adquieren eficacia, porque tienen apenas un defecto en su forma, presentan algún vicio pero que no es grave, de manera que dicha anormalidad puede convalidarse mediando al consentimiento de la parte que ha sufrido el perjuicio.

En síntesis, la regla general en materia de nulidades es que toda nulidad en principio es relativa; la nulidad absoluta constituye como ya indicamos una excepción, así lo establece el art. 1.698 del C.C. Nuestra Corte Suprema de Justicia sobre la nulidad sustantiva absoluta y la nulidad sustantiva relativa. Ha distinguido o diferenciado en reiterados fallos este particular, por citar dos: Gaceta judicial Serie X número 11, p, 3.491; y, Gaceta judicial Serie X, número 12, p, 3.731.

⁴² Márquez, José: *Teoría General de las Nulidades*, 2003, p 313.

⁴³ Maurino, Luis: *Nulidades procesales*, 2001, p 35.

1.6.-Nulidades sustanciales o de fondo.

En el concepto de nulidad sustancial se mira el acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para su valor, según su especie y la calidad o estado de las partes (art. 1697 del C. C), mientras que en el de nulidad procesal, se observa exclusivamente si el procedimiento empleado para el reconocimiento de un derecho cumplió con el precepto fundamental que garantiza el debido proceso, el derecho de defensa y la organización o estructura judicial

“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad, y economía procesal y, harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”⁴⁴

*“Nulidad procesal es el estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de alguno de sus elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido.”*⁴⁵

La definición vertida por Maurino coincide con otros (Podetti, Palacio, Liebman) ,y de el se extraen sus características: en cuanto a que la nulidad es un estado del acto, colocando el acento en la calidad de anormal de dicho acto, como antitético del acto sano, cuyos elementos existen en su totalidad y no están afectados por vicios u otras irregularidades.

“Las nulidades procesales son de interpretación restringida enseña Couture, con claridad meridiana, que en el derecho procesal hay necesidad de obtener, actos válidos y firmes. En la disyuntiva y siempre que exista duda, debe darse preeminencia a la validez del acto y no a su nulidad.

Se infiere por tanto, que el criterio de interpretación de las nulidades procesales debe ser restrictivo. La declaración de nulidad es un remedio excepcional último, al que debe recurrirse cuando no queda otro medio para subsanarla, por ello es de interpretación estricta. En caso de duda sobre la existencia del defecto procesal, cabe desestimar la nulidad. A esta debe interponerse la subsanación de defectos.”⁴⁶

⁴⁴ Constitución, Política Del Estado: *Corporación de Estudios y Publicaciones*, 2008, art. 169.

⁴⁵ Maurino, Luis: *Nulidades Procesales*,2001 p.19.

⁴⁶ Cfr, Maurino, Luis: *Nulidades procesales*, 2001, pp 19 - 32.

Se evidencia de lo anteriormente descrito que, debe ser distinta la conducta procesal cuando la nulidad recae sobre la forma y cuando recae sobre el fondo, existen diferencias muy marcadas entre las nulidades del derecho sustantivo y las del derecho procesal ; por ejemplo, entre las nulidades del derecho civil tenemos la nulidad del matrimonio, de la compraventa, nulidad del testamento, etc. En el derecho sustantivo, las nulidades se producen por varias causas: la existencia de objeto y causa ilícitas; por vicios del consentimiento como el error, la fuerza y el dolo; por la omisión de formalidades esenciales del acto o contrato; por existencia de vicios redhibitorios; por la evicción que da lugar al saneamiento respectivo, por lesión enorme, por falta de capacidad, ya sea absoluta o relativa.

En definitiva, diré que las nulidades sustanciales son de fondo, y las nulidades procesales son de forma, por cuanto las primeras tienen que ver con el contenido del acto o contrato, o sea son las disposiciones contractuales; en tanto que las segundas están relacionadas con la omisión de formalidades producidas durante la tramitación del juicio.

Habiéndose establecido la diferencia existente entre los actos jurídicos de carácter sustancial y los actos procesales, es claro que la invalidación de unos y otros presenta igualmente notorias diferencias. Mientras que los actos procesales se invalidan en la medida que transgreden el derecho fundamental al debido proceso, los actos y negocios jurídicos de carácter sustancial son nulos de conformidad con lo establecido por los arts 1697, 1698, 1699 del CC.

No es adecuado analizar la validez del acto procesal desde la óptica de las normas sustanciales, pues aquel tiene una regulación propia e independiente, que mira básicamente la concordancia entre lo expresado por el sujeto procesal y las previsiones contenidas en la norma. Sin perjuicio de la autonomía de la regulación de los actos procesales que venimos predicando, debemos señalar que las normas procesales no se muestran totalmente indiferentes a ciertos presupuestos o anomalías a las que se les da preponderancia en materia sustancial.

Ello significa que la discusión que al interior de un proceso se dé sobre la invalidación de un negocio jurídico, no tiene porqué afectarse por la nulidad de algunos actos procesales; y viceversa. Así, supongamos que en un proceso se está ventilando la nulidad absoluta de un contrato de venta por ilicitud en su objeto, ante un juez que no resulta ser el competente para dirimir la controversia. Se advierte en el ejemplo propuesto dos aspectos esencialmente distintos: uno, el de *la nulidad sustancial del contrato* y, otro, *el de la nulidad de la actuación procesal derivada de la incompetencia del juez*.

Ello ocurre con la capacidad para comparecer en juicio que aparece desarrollada en los arts 33 y 34 del CPC. En virtud de esta figura que coincide con lo que en materia sustancial se conoce como capacidad de ejercicio, se permite que el proceso únicamente lo puedan afrontar las personas que cuenten con aptitud legal para disponer de sus derechos, ya que de no ser así deberán comparecer por intermedio de sus representantes.

No sobra poner de presente que el requisito se predica tanto de las partes como del juez y sus demás auxiliares, respecto de quienes igualmente se hace indispensable contar con capacidad para poder cumplir con sus funciones, incluso, en relación con quienes concurren al proceso en calidad de auxiliares y colaboradores de la administración de justicia, las normas se encargan también de exigirles capacidad a efectos de dotar de eficacia los actos que éstos emitan.

El tema más álgido y que mayor polémica ofrece es el atinente a *la voluntad en los actos procesales*, pues un importante sector doctrinario entre los que se destacan Planiol, Ripert, Valencia Zea, ha querido predicar la nulidad de aquellos por vicios del consentimiento. El consentimiento es la declaración de voluntad destinada a producir efectos jurídicos, mediante la cual una persona propone o se adhiere a la proposición de un negocio jurídico. Dicho consentimiento debe ser expreso, sin embargo, en contadas ocasiones el consentimiento puede ser tácito, como cuando el acreedor entrega voluntariamente el título de la obligación o lo destruye o cancela con el ánimo de extinguir la deuda.

Tanto en el derecho antiguo como en el moderno, no es suficiente el simple consentimiento para que el contrato nazca a la vida jurídica, como lo preceptúa el art. 1.465 del CC., en donde se exige además de éste, que su consentimiento no adolezca de vicios. Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo.

El error.- consiste en la falta de conformidad entre la voluntad querida y la voluntad declarada, es un juicio erróneo que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa. El error es de dos formas: de hecho y de derecho.

Error de derecho, Ocurre cuando se ignora la existencia de una disposición legal, o cuando se cree inexistente una norma en vigor. .

Error de hecho, éste se presenta en tres formas:

1.- *error esencial,* que implica la ausencia absoluta de voluntad, que de contera genera la nulidad absoluta del acto o contrato,

2.-*error sustancial,* apenas vicia la voluntad y produce como lógica consecuencia la anulabilidad, rescisión o nulidad relativa sustancial del contrato, y

3.-*error accidental,* que no incide en la validez o eficacia del negocio jurídico.

La Fuerza.- .La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de éste género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento (art.1.472 CC)

Para que la violencia vicie el consentimiento, en requiere: Debe ser intensa y grave, que la violencia no esté justificada, que sea lícita, que sea actual y determinante, que haga nacer en el ánimo de quien se expone a la fuerza un justo temor de verse expuesta a ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o

descendientes a un mal irreparable y grave, que la fuerza se ejercite por cualquier persona.

El Dolo.- A diferencia de lo que existe con el error y la fuerza, el dolo sí está definido en el art. 29 último inciso de nuestro CC. El dolo, pues, está constituido por aquellas maniobras encaminadas a engañar a una persona y para determinarla a dar su consentimiento en la celebración de un negocio jurídico.

Existen dos clases de dolo: dolo principal y dolo accidental.

Dolo principal, es el que fue fraguado por uno de los contratantes y constituye el motivo determinante del negocio jurídico, es decir, que denota claramente que sin su empleo no se hubiera llevado a cabo el contrato.

Dolo accidental, es al que le falta cualquiera de los requisitos del dolo determinante, o ambos. Es decir es aquel que no cuenta con la intervención de uno de las personas que contratan o de las dos e, indudablemente la intención del fraude está ausente, de allí su definición de accidental.

El dolo únicamente vicia el consentimiento y produce la rescisión del contrato cuando es principal, es decir, cuando es obra de uno de los contratantes y aparece como si él no se hubiera contratado. Al contrario, el dolo accidental no vicia el consentimiento y sólo da lugar a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él.

Capacidad.- para que un contrato sea válido no es suficiente el consentimiento de los contratantes, es necesario también que las partes sean capaces. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio Que recaiga sobre un objeto lícito y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por si misma, y sin el ministerio o la autorización de otra (art. 1.461.CC).

Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces (art.1.462)

No se debe confundir la incapacidad con la imposibilidad de consentir; ya que el demente y el infante no pueden contratar porque no tienen voluntad ilustrada; sin embargo, los demás incapaces gozan de su libre albedrío y pueden manifestar claramente su voluntad. Pero en el derecho civil por razones diversas, principalmente para su protección, se anula su consentimiento. La capacidad, entonces, es la regla general y la incapacidad la excepción, pues no existe sino en la medida en que la ley la establezca

De tal manera que no hay incapacidad sin norma que así lo señale. La capacidad legal consiste en que la persona puede obligarse por si misma, y sin el ministerio o la autorización de otra. Este tipo de capacidad se refiere a la negocial de ejercicio o capacidad de contratar. Esta capacidad de ejercicio es una modalidad de la capacidad de goce que es la aptitud general para adquirir derechos y contraer obligaciones. Sin embargo, la regla general es la capacidad de ejercicio, lo que equivale a decir que todas las personas tienen aptitud para obligarse, excepto aquellas que la ley declara incapaces.

1.7. Nulidades procesales o de forma

El acto procesal debe surtir los efectos contemplados en la norma, resultado que solamente se produce cuando previamente se ha verificado que el acto existe y es válido; de lo contrario el ordenamiento reacciona para impedir que genere consecuencias al interior del proceso o para aniquilar las ya causadas. Tanto los requisitos de existencia como de validez de los actos procesales se encuentran determinados en las correspondientes normas adjetivas.

“En general, nadie desconoce la importancia de las formas para la organización del proceso; pero sin llegar a los extremos de considerar a la forma por la forma misma: así, se ha dicho, con sobrada razón, “que nadie debe perder un derecho por razones de forma, aunque este adagio se refiere solo a las formas procesales, de todas maneras la expresión es válida en nuestro sistema. Las formas procesales tienen aplicación: cuando influyen en la decisión de la causa; es decir que tiene un efecto jurídico decisivo y, cuando la forma viola una norma que pertenece al orden público, es decir aquella que es considerada como contraria a las normas de la moral y buenas costumbres”.⁴⁷

Existen formas procesales que son necesarias y cuya observancia es indispensable para que el acto pueda generar sus efectos, pues están concebidas con el único objeto de asegurar el derecho de contradicción, la igualdad de las partes y el respeto por el derecho material; pero también se advierte la existencia de formas procesales que el legislador ha establecido con carácter de accesorio o secundario cuya pretermisión no le impide necesariamente al acto generar sus efectos. Las primeras generan la *ineficacia del acto*. Las segundas se denominan formas accidentales, que al ser incumplidas no generan fatalmente la ineficacia del acto.

“Nuestro código da a la nulidad un doble contenido; por un lado, habla de nulidad de las sentencias pronunciadas con infracción a la ley; y, por otro, de nulidad de las sentencias pronunciadas con violación de la forma y solemnidad que prescriben las leyes para la ritualidad de los juicios. Este doble contenido, que está en la base misma de nuestro derecho, crea la constante interferencia ya anotada entre la forma y el contenido de los actos. Pero cuando se trata de analizar esta circunstancia, y de determinar en qué puede consistir “la nulidad por infracción a la ley”, se advierte que no es otra cosa que el agravio. El juez que dicta sentencia aplicando una ley derogada, o no aplicando la ley que rige el caso concreto, o falseando en su interpretación la letra o el espíritu de ella, no dicta una sentencia nula en su forma, sino errónea

⁴⁷ Cruz B, Armando: *Estudio crítico del Código de procedimiento civil*, 2001, pp 33-34.

en su fondo. Es una sentencia injusta que causa agravio, y que se corrige mediante el recurso de apelación.”⁴⁸

“Debe ser distinta la conducta procesal cuando la nulidad recae sobre la forma y cuando recae sobre el fondo. Si el superior a quien se ha llamado a conocer el recurso de nulidad advierte que la infracción es a la ley de forma, entonces debe realizar lo que tradicionalmente se llama *reenvío*; mandar devolver los autos al inferior para que éste se pronuncie con arreglo a derecho. Se tiene por no hecho todo lo nulo y se coloca al juicio en el punto en que estaba en el momento en que se consumó la nulidad.

Es ésta una consecuencia necesaria de la nulidad por vicio de forma, ya que rige también en derecho procesal el principio de la teoría general de que la nulidad de un acto entraña la invalidación de todos los posteriores que dependen de aquél.

En cambio, si la nulidad fuera en cuanto al fondo, entonces, como el vicio no radica en el procedimiento sino en la sentencia misma, el juez de la nulidad asume los poderes de juez de apelación y dicta sentencia, como lo juzgue de ley y de justicia”⁴⁹.

Siendo autónomos los actos procesales, se deduce que sus violaciones han de ser sancionadas de acuerdo con las prescripciones expresas de la ley adjetiva.

Como queda dicho, las fórmulas especiales de nulidad pueden ser establecidas en cada derecho positivo, por el legislador, guiándose por exigencias sociales o políticas.

La materia de nulidad debe manejarse cuidadosamente y aplicándose a los casos en que sea estrictamente indispensable. Corresponde a la jurisprudencia la misión de contener los frecuentes impulsos de los litigantes, siempre propensos hallar motivos de nulidad, declarando éstos solamente en los casos en que se los haya señalado como una solución expresa del derecho positivo.

“Otro principio básico según Couture, (fundamentos, p 318) es el de que no hay nulidad de forma, si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio. La antigua máxima *pas de nullité sans Grez* recuerda que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes.

Continúa el tratadista diciendo, sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los

⁴⁸ Couture, Eduardo: *Fundamentos del derecho procesal civil*, 2004, pp 315- 316.

⁴⁹ [http:// www. deocities. com / fallosbsas/ apuntessprocesal .htm](http://www.deocities.com/fallosbsas/apuntessprocesal.htm).

apartamientos del texto legal, aun aquellos que no provocan perjuicio alguno. La máxima “ no hay nulidad sin perjuicio”, no tiene disposición expresa en nuestro código, tampoco la tiene en el código francés y, sin embargo la jurisprudencia es unánime en el sentido de sostener que no puede hacerse valer la nulidad cuando la parte, mediante la infracción, no haya sufrido un gravamen.

Finalmente expresa, “aunque la conclusión parezca excesiva a primera vista, el derecho procesal está dominado por ciertas exigencias de firmeza y de efectividad en los actos, superiores a las de las otras ramas del orden jurídico. Frente a la necesidad de obtener actos procesales válidos y no nulos, se halla la necesidad de obtener actos procesales firmes, sobre los cuales pueda consolidarse el derecho.”⁵⁰

La hipótesis de que en derecho procesal civil todo vicio de forma se convalida por el consentimiento, tiene amplio ascendiente en la doctrina extranjera, aun aquella en la cual la nulidad no se impugna por vía de recurso especial. Si la situación se refiere a las nulidades de forma, aunque el estado de cosas parezca diferente, lo cierto es que el problema se plantea dentro de los mismos términos. La parte a quien la nulidad causa perjuicio, puede deducir la impugnación mediante los recursos de nulidad citados, ordinario o extraordinario.

“Un último principio que rige en esta materia, se refiere a la esencia misma de la nulidad como medio de impugnación procesal. La doctrina y la jurisprudencia son uniformes en el sentido de que la nulidad sólo puede hacerse valer cuando a consecuencia de ellas quedan indefensos los intereses del litigante o de ciertos terceros a quienes alcanza la sentencia. Sin ese ataque al derecho, la nulidad no tiene por qué reclamarse y su declaración carece de sentido, conforme ya mencioné al referirme a los principios procesales”⁵¹.

⁵⁰ Couture, Eduardo: *Fundamentos del derecho procesal civil*, 2004, p 319.

⁵¹ Couture, Eduardo: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Montevideo, Editorial B de F, 2004, p 323.

CAPÍTULO II

Causales de nulidad en el proceso civil ecuatoriano.

“Las causas que han motivado la nulidad en los juicios, en las instancias y en los actos procesales no han sido las mismas en todos los tiempos ni en todas las legislaciones. Por lo mismo también han variado los efectos y los medios de impugnación provistos por las leyes de procedimiento para reclamar la declaratoria de nulidad.”⁵²

En todos los tiempos, sin embargo, el proceso ha requerido, para garantía de los litigantes y eficaz administración de la justicia, determinadas formalidades de procedimiento, que han sido más o menos complicadas y sustanciales, según los diversos sistemas judiciales.

Las causales de nulidad de la actuación procesal, se hallan previstas a partir del art. 344 de la última codificación del CPC, publicada en el Registro Oficial número 58 del 12 de Julio del año 2005; pero también se contaba con estructura sobre ésta institución en la anterior ley procesal civil del año 1987, que quedó derogada

Nuestro CPC. consagra como principio rector respecto a las causales de nulidad, el de *taxatividad o especificidad*, según el cual, como ya se analizó, no hay irregularidad suficiente que provoque la anulación del proceso, sino hay una norma previa que lo consagre, no siendo posible por lo mismo su interpretación extensiva, ni tampoco su aplicación analógica a cualquier tipo de

⁵² Vintimilla, Patricia: *Las Nulidades en el Procesalismo Civil* Guayaquil, Editorial Miguez Mosquera, 2005, pp 54 – 55.

defecto o informalidad, los mismos que se corrigen mediante los medios de impugnación que el CPC establece, como lo veremos más adelante.

La nulidad procesal puede producirse siempre que influya o pueda influir en la decisión de la causa- por acción o por omisión, es decir por los dos motivos siguientes:

- 1) *Por violación de tramite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando reglada en el art. 1.014 del CPC; y,*
- 2) *Por omisión de cualquiera de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, determinadas en el art. 346; de las especiales para los juicios ejecutivo, de concurso de acreedores y del juicio de coactiva, arts 347,348 y 966 CPC.*

2.1.-Nulidad por omisión de solemnidades comunes a todos los juicios e instancias

La nulidad puede producirse durante el transcurso del juicio, mientras los actos procesales se van cumpliendo, o en la sentencia misma. Los actos procesales están afectados de nulidad cuando carecen de algún requisito que les impide lograr su finalidad, debe tratarse de una irregularidad grave y trascendente, que viole el derecho constitucional de defensa en juicio; entonces, vemos la estrecha relación que existe entre el perjuicio y el derecho de defensa.

Es importante destacar que nuestra legislación procesal civil impone como condición *sine qua non* para que se declare la nulidad, tanto por violación de trámite, como por omisión de cualquiera de las solemnidades sustanciales

comunes a todos los juicios e instancias, que el vicio de procedimiento o la omisión *influya o pueda influir en la decisión de la causa*; de tal modo que si ello no ocurre, no podrá el juez o tribunal declarar la nulidad del proceso. Dicho en otras palabras, nuestro legislador, no tolera la nulidad por la nulidad misma.

No hay nulidad procesal por omisión de solemnidad sustancial, mientras no influya o pueda influir en la decisión de la causa, en ello se asemeja bastante a los sistemas procesales que proclaman el principio que *no hay nulidad si no hay perjuicio de parte*, y que prohíbe a los jueces y tribunales declarar la nulidad de un juicio cuando no aparece comprobado plenamente que el vicio, por acción u omisión, del que adolece, ha causado perjuicio a alguno de los litigantes.

Durante la tramitación del juicio la nulidad procesal puede producirse por:

1.-Falta de jurisdicción de quien conoce el juicio.-“Podemos, por tanto, definir a la jurisdicción en los siguientes términos, comprensivos de las dos funciones antedichas: La potestad de administrar justicia en nombre del poder soberano del Estado, y de autorizar los actos que requieren solemnidad judicial.”⁵³

La jurisdicción es la atribución que se le da a determinadas autoridades para que puedan administrar justicia, esto es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a nombre del poder público o del Estado y esas autoridades son los jueces y Magistrados encargados de declarar el derecho en la sentencia y que se consagra en la clásica frase de: Administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley. En consecuencia, la falta de jurisdicción

⁵³ Peñaherrera V, Manuel: *Lecciones de derecho práctico civil y penal*, Quito, Editorial Universitaria, 1958, p, 62.

podríamos afirmar que por excepción constituye una *nulidad absoluta*, ya que es insanable y no admite convalidación.

Las partes pueden renunciar a la nulidad por omisión de cualquiera de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias. Esta renuncia no comprende la solemnidad sustancial primera del art. 346, que se refiere a la jurisdicción de quien conoce el juicio, toda vez que, ese vicio, no puede ser saneado dentro de la sustanciación del proceso como tampoco remediado después, en ninguna forma, ni renunciado por las partes antes, durante ni después del juicio; no sólo porque todo lo relativo a la jurisdicción es de orden público y la renuncia y saneamiento no está permitida; sino también, porque si la persona que sustancia y resuelve un supuesto proceso no es juez, es decir, no tiene jurisdicción, no puede administrar justicia, y el hipotético juicio no existiría como proceso judicial.

También debe distinguirse entre nulidad total del proceso y nulidad parcial del mismo. La primera se da cuando no es posible la reposición del proceso, el que queda invalidado íntegramente o en su totalidad. El segundo, cuando es posible la reposición desde una determinada parte. La reposición del proceso, cuando procede, debe efectuarse desde el estado en que estuvo cuando se omitió la solemnidad que motiva la declaración de nulidad.

2.-Competencia del juez o tribunal en que se ventila.- La competencia está directamente vinculada con la jurisdicción, y podemos decir que la jurisdicción es el género y la competencia la especie, de modo que, la competencia es parte

de la jurisdicción, lo que sucede es que, la jurisdicción no se la puede ejercer en forma ilimitada por parte del juez o tribunal, sino que tiene límites, y cuando la jurisdicción está limitada en su contenido, aquello se llama competencia.

Según el art. 1 del CPC. “Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados.”

“De esto se deduce que todo juez tiene jurisdicción, pero no todos los jueces son competentes para conocer de todos los asuntos. La jurisdicción es una potestad abstracta de administrar justicia, la competencia es dicha potestad concretada a un asunto determinado.”⁵⁴

Por lo anteriormente expresado, la competencia del juez está limitada en razón de la materia, del territorio, de los grados y de las personas, de modo que, el juez no puede extralimitarse fuera de estos límites, y al hacerlo de hecho incurrirá en incompetencia que daría lugar a que se declare la nulidad del juicio.

El juez ejerce jurisdicción dentro de una circunscripción territorial determinada, en materias específicas del derecho como la civil, penal, laboral, de inquilinato, etc, ya que físicamente es imposible que conozca los asuntos litigiosos a nivel nacional y de todas las ramas en que se divide el derecho. Por el contrario, es adecuado y conveniente que la competencia se distribuya en la forma indicada para que la administración de justicia pueda ser eficaz.

La competencia está delimitada en razón de las personas que gozan de fuero de Corte por la alta jerarquía política, administrativa, militar o religiosa que

⁵⁴ Lovato V, Juan: *Programa Analítico del Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*, Quito, Editorial Corporación Editora Nacional, 2002, tomo 2, p 6.

desempeñan, lo cual impide que estas personas puedan ser demandadas ante los jueces comunes, sino ante jueces de jerarquía superior y, si de hecho un juez avoca conocimiento de un problema jurídico respecto a estas personas, su intervención estaría viciada de nulidad por incompetencia. La competencia en razón de las personas o del fuero de Corte está regulada por la ley Orgánica de la Función Judicial.

La competencia en razón de los grados está delimitada de manera general por las instancias de las que se compone el juicio, de manera que juez de primera instancia es el juez de lo civil, de lo penal, de trabajo, de inquilinato, de la niñez, etc., en tanto que juez de segunda instancia es la Corte Superior, y la Corte Suprema cuando los juicios admiten el recurso de casación. La competencia en razón de los grados por excepción también está delimitada por la materia específica que es objeto de la demanda o por la persona demandada.

Característica particular de la incompetencia, es que se le puede proponer mediante dos modalidades procesales las mismas son:

a.- Deduciendo la excepción de incompetencia del juez en razón del territorio, en el término señalado por la ley para contestar la demanda, en la que solicita al juez que decline expresamente la competencia, y esta modalidad es la que se conoce como excepción declinatoria;

b.- La segunda forma de reclamar la nulidad es planteando una demanda de incompetencia, para lo cual, la parte afectada tiene que acudir con la demanda ante el juez de su fuero o domicilio, que se considera es el competente, solicitándole que reclame la competencia a su favor, esto es, pidiéndole al juez

incompetente que la ceda la competencia y que se inhiba de conocer el juicio, y cuando esto acontece se conoce con el nombre de acción inhibitoria.

Una prueba de la incompetencia la tenemos en el fallo que consta en la Gaceta judicial Serie XI número 2, p, 227, en cuya resolución evidenciamos la violación de esta segunda causal de nulidad en el proceso civil ecuatoriano. También en la sentencia de 17 de Diciembre del año 2003 pronunciada por la primera sala de lo Civil y Mercantil, proceso número 369, juicio 352 – 2003, publicada en el Registro Oficial número 262 del 23 de junio del 2004 (S, Mirsky – V. Martínez) tenemos otro ejemplo de incompetencia del juez que acarrea la nulidad.

3.-*Legitimidad de personería.*- Esta comprende dos aspectos fundamentales:

a.- Está relacionada con la capacidad jurídica del litigante para comparecer a juicio por si mismo, a lo que la doctrina denomina “*Legitimatío ad processum*” de manera que, las personas incapaces sean absolutas o relativas no pueden intervenir en juicio como actores o como demandados, y si de hecho lo hicieran, el juez está en la obligación de declarar la nulidad del juicio.

Los incapaces para intervenir legalmente en una contienda judicial tienen que hacerlo a través de su representante legal, esto es, de un tutor o curador, del padre o de la madre, y tratándose de las personas jurídicas, los representantes legales señalados en el respectivo estatuto social. Cuando falta o no hay esa intervención legítima del sujeto procesal en el proceso *da lugar a la nulidad del juicio, y que en doctrina se conoce como la ilegitimidad de personería*

b.- El segundo aspecto que comprende la ilegitimidad de personería es la falta de poder para comparecer en juicio, lo cual está directamente vinculado con la institución del mandato, esto es, la facultad que tiene una persona para conferir poder a favor de otra, con el objeto de que le represente en una contienda judicial. El mandato dentro del concepto de falta de personería nada tiene que ver con la incapacidad jurídica que acabamos de analizar; por el contrario, es lo opuesto a aquello, ya que se relaciona con la plena capacidad jurídica, porque como sabemos, solo una persona que es capaz tiene la facultad de conferir u otorgar un poder.

En consecuencia, la parte procesal puede solicitar al juez que declare la nulidad del juicio, cuando no existe en el proceso este instrumento de representación, lo cual implica que el compareciente carecería de poder y que intervino como un simple agente oficioso, que no tuvo la ratificación de la parte que solicitó su intervención en el proceso.

4.- Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente lo represente

“Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.”⁵⁵

Principio fundamental del derecho procesal y del procedimiento es la necesidad de oír a la persona contra la cual va a pronunciarse la decisión. En materia civil tiene este principio tanta importancia como en las penales, pues la defensa del patrimonio es tan necesaria como la de la propia vida. De él emanan dos consecuencias:

⁵⁵ Constitución Política del Estado: Quito, *Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones* 2008, art. 76.

a) la sentencia proferida en juicio solo afecta a las personas que fueron parte en el mismo; y

b) debe ser citado el demandado de manera necesaria, para que concurra a defender su causa. Absurdo resultaría imponer pena o condena civil a quien no ha sido parte en el juicio en el que la sentencia se dicte.

“Recuérdese que, juicio es la contienda legal sometida a la decisión de los jueces. Esta contienda es entre actor y demandado.”⁵⁶ Para que el demandado sepa que se ha iniciado una contienda contra él es necesario que se le cite con la demanda, sino se le cita no hay contienda; y si omitiendo la citación sigue el proceso, *este es nulo porque se le priva al demandado del derecho de defensa y*, porque, como hemos señalado, nadie puede ser condenado en juicio sin ser oído. Igualmente sobre esta causal existe el fallo de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil pronunciado en el proceso número 282 - 2003, resolución del 15 de Diciembre del año 2003, publicada en el Registro Oficial número 320 del 23 de abril del año 2004 (H. Holguín- V- Samaniego)

En este caso la falta de citación ha influido en la decisión de la causa, porque, advertida la omisión del juzgador de una solemnidad sustancial, común a todos los juicios como es la citación de la demanda, cuando hay presencia de estos vicios o violaciones, el juzgador por mandato legal está obligado a declarar de oficio la nulidad procesal, aunque no se lo haya acusado o alegado en razón de que la presencia de estos vicios es de tanta importancia que impone a los jueces y tribunales analizarlos para determinar la validez procesal, es decir verificar si

⁵⁶ Lovato V, Juan: *Programa Analítico del Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*, 2002, p 9.

el proceso carece de algún presupuesto de procedimiento, o si se ha omitido alguna solemnidad sustancial, como es el presente caso que indudablemente ha influido en la decisión de la causa.

5) Concesión del término probatorio cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribe dicho término.

“Los hechos que se aportan al proceso sea como fundamento o base de la demanda o de la contestación que a ésta se dé, tienen que ser probados, a menos que tales hechos se encuentren protegidos por la presunción que la ley les otorga. Y esta prueba, conforme lo dispuesto en los arts (117, 118 y 121 del CPC. anterior), y arts 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120 y 121 del CPC del vigente, debe tramitarse dentro de la etapa de pruebas que se encuentra comprendido dentro del juicio”⁵⁷

El juez, al resolver un juicio, debe dar a cada uno lo que es suyo. El actor, en la demanda determina lo que dice ser suyo. Si el demandado lo niega, el juez no sabe quien dice la verdad, y para saberlo debe abrir la causa a prueba, para que dentro del término que conceda, el actor justifique su afirmación. La regla es que debe probar el que afirma y no el que niega

“De no obtenerse la conciliación, sea por el caso del art. 403, sea por el art. 400, inciso segundo, el juez recibirá la causa a prueba por el término de diez días, para que se practiquen las que pidan las partes. (art. 405 CPC)”. Por su parte, el art. 113 del mismo cuerpo legal expresa: “Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo.”

⁵⁷ Cruz B, Armando: *Estudio crítico del Código de procedimiento civil* Guayaquil, Editorial Edino, 2001, p, 259.

Por esto, la concesión del término probatorio cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho término, es solemnidad sustancial. Que de no cumplirse acarrea la nulidad del juicio, pero siempre y cuando el demandado reclame o alegue la nulidad, por la referida omisión, al tiempo de intervenir en el juicio o en la respectiva instancia.

6.- Notificación a las partes del término de prueba y la sentencia.

Se notificarán todos los decretos, autos y sentencias, pero los traslados, sólo a quien deba contestarlos; así como los decretos que contengan órdenes, a quienes deban cumplirlos. Las notificaciones se harán por una boleta aún cuando constare que la parte se ha ausentado, así lo preceptúa el art. 91 del actual CPC.

Por su parte, el art. 305 dice: “Todos los términos se cuentan desde que se hizo la última citación o notificación; han de ser completos y correrán, además hasta la media noche del último día, salvo lo dispuesto por el inciso final del art. 82”.

Por los efectos de la concesión de término probatorio y de la sentencia, será grave la falta de notificación a quien debe hacérselo. Entonces, podemos señalar, que la falta o la privación del derecho de probar o alegar acarrea la nulidad, por más que le quede a la parte perjudicada la posibilidad de explicitar sus razones en la expresión de agravios, pues de lo que se trata es de proteger un elemento esencial del trámite, que es el que se conceda el término probatorio para justificar o negar, según el caso, las afirmaciones o las negaciones.

7.- Formarse el tribunal del número de jueces que la ley prescribe

El órgano que administra justicia puede ser unipersonal o pluripersonal. Si es pluripersonal se llama tribunal, y se conforma éste sólo cuando intervienen todos sus ministros y sólo entonces éste puede actuar.

Si la composición de un tribunal se hace de modo que va fuera de regla o contrario a ella, las partes en el juicio, pueden apelar de una providencia dictada por un tribunal compuesto irregularmente, el superior no anule la causa y resuelva sobre lo principal.

El primer deber de los jueces, para resolver la causa, es examinar la validez del proceso. Si encuentra alguna causa que lo anule deben declarar la nulidad y mandar que el proceso vuelva al estado anterior a la causa de la nulidad, y que el que lo ocasionó pague las costas de las actuaciones anuladas. También los jueces están obligados a cuidar que el proceso sea válido y, por consiguiente, que no se omita solemnidad sustancial alguna.

2.2.- Nulidad por violación de trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o causa que se esté juzgando.

Es importante indicar que en nuestro país se confunde con frecuencia la violación del trámite, con ciertas omisiones procesales que el legislador ni siquiera ha querido considerarlas como aquellas solemnidades sustanciales, cuya prescindencia puede invalidar los juicios, *cuando influyen en la decisión de la causa*, originando con esta confusión motivos de nulidad que no existen en nuestro sistema procesal civil.

El tratadista Cruz Bahamonde al respecto dice: “Hemos expresado que la nulidad es un elemento que tiene efectos negativos en el proceso contencioso- y en cualquier otro- y que la tendencia más generalizada consiste en evitar, dentro de lo posible, tales efectos. Dicho en otras palabras, la ley da ciertas facilidades para que se remedie el mal causado. Y, es fundamentalmente, por estas razones, que la acción o la omisión que motivan la nulidad procesal, para ser declarada, debe, generalmente, influir en la decisión de la causa, que es uno de los obstáculos que la ley ha creado para impedir los efectos negativos de la nulidad.”⁵⁸

La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa, observando en lo demás, las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los arts 355,356 y 357 del CPC de su antigua numeración, y porque así lo señala el art.349 del CPC, vigente.

Del texto legal se desprende que, la violación de trámite como causa de nulidad, supone seguir un procedimiento distinto del que corresponde a la naturaleza del asunto o de la causa que se esté juzgando. No es una omisión; es una actitud procesal positiva pero equivocada, distinta de la pertinente.

Pero a más de que nuestro Código constriñe la nulidad de los actos procesales a solo dos vías: la omisión de cualquiera de las solemnidades sustanciales, que son comunes a todos los juicios e instancias y, a la violación de trámite, encontramos ocho casos de nulidades que deben agregarse a las contempladas en los arts. 346 y 1014; por lo tanto, no son solamente éstas las aludidas causas de nulidad procesal, tales arts. son : 561; art. 563, 571, 879.903, 963, 978, 983 de la antigua numeración del CPC; y arts 552, 560, 622, 628, 720, 864, 888 del vigente CPC. En estos casos puede apreciarse que no existe omisión de

⁵⁸ Cruz B, Armando: *Estudio crítico del Código de procedimiento civil, 2001, p. 274.*

solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias; pero que las nulidades descritas afectan a la entidad de los procesos a los que se refieren y, en general, son absolutas especialmente aquellas que privan al juez de competencia para actuar como tal.

Al omitirse el procedimiento determinado por la ley, se vicia de nulidad el proceso, porque al no observarse la tramitación del respectivo juicio, resultan omitidas las solemnidades requeridas en cada caso, para la legal discusión del asunto controvertido. La observancia de las varias formas de tramitación establecidas por la ley, en atención a la naturaleza jurídica de las respectivas demandas, no puede quedar sometida al arbitrio libre de las partes.

“Principio fundamental del derecho procesal es la obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley: El derecho procesal, por el mismo hecho de referirse a una de las funciones esenciales del Estado, es un derecho público, con todas las consecuencias que este acarrea, es decir, sus normas son de orden público, no pueden derogarse por un acuerdo entre las partes interesadas; son de imperativo cumplimiento.”⁵⁹

Según el principio indicado, la ley señala cuales son los procedimientos que se han de seguir para cada clase de litigios o para obtener determinadas declaraciones judiciales, sin que les sea permitido a los particulares, ni aun existiendo acuerdo entre todos los interesados en el caso, modificarlos o pretermitir, salvo cuando expresamente la misma ley autoriza hacerlo.

No solo los sujetos o partes procesales tienen interés fundamental y directo de precautelar la validez del juicio, sino que también es de interés del juez el hacerlo, y más aun existe obligación imperativa, de modo que, la nulidad

⁵⁹ Devis E, Hernando: *“Teoría General del Proceso”*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 3ra edición, 2004, p 41.

procesal puede ser solicitada a petición de parte interesada o declarada de oficio, esto es de motu proprio por el juez que conoce la causa.

Si bien en el proceso civil el impulso del juicio recae en las partes litigantes, esto es, el juez siempre debe proceder a petición de parte, que es la esencia del principio dispositivo, en contraposición a lo que sucede en el proceso penal, en que el juez en todos los actos procesales puede proceder de oficio, que igualmente es la esencia del principio inquisitivo, sin embargo, en el proceso civil, por excepción el juez puede declarar de oficio una nulidades procesales, es el caso de las nulidades absolutas .

Los requisitos que deben darse según criterio unánime para que la parte queda legitimada procesalmente a los efectos de solicitar la nulidad son: a) que ella no haya originado el vicio o concurrido a producirlo, b) que sea la parte perjudicada la que alega la nulidad, c) que la parte impugnante no haya convalidado expresa o tácitamente la nulidad.

Cuando una parte solicita la nulidad y la otra se allana a la misma, se produce una interesante situación que nos parece conveniente tratarlo de manera independiente, porque es aquí en donde nos permite destacar, por un lado, la función del juez en el proceso moderno, en el que, lejos de ser un mero espectador, lo dirige, y por el otro lado, los límites que tienen las partes en materia de nulidades procesales.

En todo caso, es importante precisar que, la nulidad por violación de trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o causa que se está juzgando, se

produce reiteradamente en la tramitación de los procesos especialmente en los civiles, siendo las causas para aquello diversas, principalmente producidas por las partes, y también en otras ocasiones por el juez que cae en el error al que lo han inducido los litigantes.

Finalmente, la nulidad por violación de trámite puede ser declarada de oficio, pero dicha declaración está condicionada a que influya o pueda influir en la decisión de la causa. El acto declarado nulo queda desprovisto de valor jurídico. Los efectos de la nulidad que se declara se retrotraen al estado en que estuvo el proceso cuando se omitió la solemnidad que motiva la declaración de nulidad, esto es, al estado en que se ordena la reposición, cuando es susceptible de ella, porque precisamente así lo dispone el art. 1014 de nuestra ley adjetiva en vigencia..

La nulidad de los actos procesales aislados, salvo que se trate de falta de citación de la demanda al demandado o a quien legalmente lo representa, no acarrea la nulidad de los actos anteriores ni de los actos consecutivos que no dependían ni dependen del anulado. Los efectos que produce la declaración de nulidad, deben, pues, ser considerados separadamente con relación al acto anulado y respecto de los anteriores y de los posteriores. Por consiguiente, por principio de economía procesal, en nuestro sistema jurídico, la nulidad procesal es taxativa, saneable y renunciable, salvo expresas excepciones de la ley.

2.3.-Grados de nulidad

Según el principio de especificidad, en esta materia de nulidades es el legislador quien decide. Como es de conocimiento, nuestro legislador no emplea el vocablo inexistencia, pero en cambio habla de nulidades absolutas, aunque en casos muy excepcionales, y también menciona la nulidad relativa, es que normalmente, solo se refiere a la nulidad, sin calificarla.

Nuestro CPC, divide la nulidad en de forma y de fondo, confundiendo ésta última con el agravio, y establece las causales de nulidad art. 346, y el principio de convalidación por defectos de procedimiento, siempre y cuando la omisión no haya sido materia de reclamación ante el inferior y se hubiere ejecutado la providencia que denegó la declaración de nulidad. En este caso, el procedimiento se seguirá en armonía con lo resuelto en dicha providencia, conforme lo dispone el art. 353.

La nulidad procesal puede ser declarada por el juez o tribunal en cualquier instancia en que ésta se presente o se produzca y puede ser: general, si recae sobre la totalidad del juicio; parcial si recae sobre una parte determinada; y, especial, si recae sobre una sola diligencia en particular.

Habrá lugar a la nulidad total cuando se compruebe la existencia de ilegitimidad de personería del actor o del demandado, cuando haya incompetencia del juez o cuando sea violado el trámite de acuerdo a la naturaleza del asunto o problema principal que se discute. En otras palabras, hay lugar a la nulidad total cuando se ha faltado a las disposiciones constantes en el art. 346, numerales 2 y 3 y del art. 1.014 del CPC; es decir por omisión

de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios y, por violación de trámite que influya en la decisión de la causa.

La nulidad parcial se presenta cuando el Juez declara la nulidad a partir de la apertura del término de prueba, lo cual implica que lo actuado antes del término indicado es válido.

En cambio, la nulidad especial recaería por ejemplo en la declaración testimonial o en el examen pericial, o en la inspección judicial, por haberse aceptado o practicado fuera de la hora o del término señalado.

No podemos perder de vista que la prueba testimonial es la única que tiene que receptarse dentro del término de prueba respectivo para que sea válida, pero por excepción se puede receptar en el término extraordinario que en razón de la distancia tiene que ser dispuesto por el juez, esto es cuando el testigo reside o tiene su domicilio en un lugar distinto al que se tramita el juicio. Fuera de esta excepción, cualquier declaración testimonial que viole la norma señalada, no tiene valor y adolece de nulidad.

La doctrina procesal considera que en estricto sentido la nulidad procesal es imputable en forma exclusiva a los actos del juez, por cuanto este atiende y da paso a los actos procesales que adolecen de nulidad, por cuanto los acepta como válidos y les da el trámite respectivo.

Toda omisión de solemnidad sustancial hace personalmente responsable a los jueces que en ella hubiesen incurrido, quienes serán condenados en las costas

respectivas., conforme lo determina el art. 356 del CPC en vigencia. Cuando un juez, debiendo declarar la nulidad, no lo declare, pagará las costas ocasionadas desde que pronunció el auto o sentencia en que debió ordenar la reposición del proceso. Las costas comprenden también los derechos sufragados por el Estado (art. 357 CPC actual numeración).

“Frente a lo dicho, podemos ensayar las siguientes conclusiones dentro de un tema esencialmente resbaladizo

“a.-En derecho procesal puede admitirse la categoría de inexistencia para denunciar la presencia de un acto (o de todo el proceso) que carece de los requisitos indispensables para nacer a la vida jurídica{...} . Este tipo de actos no son convalidables, como resulta de los principios generales. La jurisprudencia extranjera (uruguaya) suele hacer uso de “*este grado de nulidad*”, para incluir aquellos defectos que pueden invocarse siempre, porque no pueden entenderse convalidados.

b.- La convalidación de las nulidades procesales se produce, en definitiva, al final del proceso, por el principio de la cosa juzgada como hemos dicho. Las que se refieren a los actos de procedimiento se convalidan en la misma instancia y si no se usan los recursos correspondientes (reposición, y apelación, además de la nulidad).Es decir, que estas, que podrían ser las relativas, deben ser impugnadas de inmediato para mantener abierta la vía de impugnación contra la sentencia). Y las otras que la ley llama a veces directamente, y en ocasiones indirectamente- absolutas (de pleno derecho, de derecho), quedan convalidadas al final del proceso, cuando la sentencia definitiva ha pasado en autoridad de cosa juzgada.

c.-En el derecho civil interesa, respecto de los efectos de la nulidad, solamente el problema de los grados de ella, pues siempre nos referimos a un mismo objeto: el contrato (negocio) en el proceso, en cambio, interesa la referencia al proceso en sí, ya que éste es variado; puede ser el simple acto del procedimiento, como el proceso mismo. El vicio puede ser más o menos importante, puede referirse a un mero acto del devenir procesal, donde operan las preclusiones.

d.- En nuestra rama, más que los grados de nulidad, interesa cual es el objeto viciado(acto aislado, proceso, etc.,) En este plano podemos establecer las conclusiones de que cualquier defecto de un acto procesal aislado, dentro del procedimiento, queda subsanado por no reclamarse mediante los recursos pertinentes.

El mismo Véscovi manifiesta que “más difícil es el tema de las nulidades provocadas por defectos en la constitución de la relación jurídico procesal (ausencia de un presupuesto procesal y de la violación de las garantías del debido proceso, como ocurre en el caso de una indefensión. Sería el típico ejemplo de la falta de emplazamiento, de la incapacidad, etc.”⁶⁰

“También entre los diversos grados de nulidad encontramos a la nulidad y la anulabilidad. La nulidad impide los efectos jurídicos del acto y se debe a defectos de forma, capacidad, representación o competencia. El acto nulo no produce sus efectos jurídicos mientras no se cumple un hecho que lo sanee, si esto es posible; el *acto anulable*, por el contrario, inicialmente produce todos sus efectos jurídicos, pero si luego se cumple un hecho previsto por la ley, esos efectos desaparecen. Por consiguiente no es lo mismo acto

⁶⁰ Véscovi, Enrique: *Teoría general del proceso*, Bogotá, Editorial Temis, 2006, pp , 262 -263.

anulable que acto nulo pero saneable; en realidad, constituyen dos formas antagónicas de actos viciados.

La inexistencia, la separación del acto nulo y el inexistente no es fácil, especialmente frente a las nulidades absolutas insaneables. Sin embargo, estos actos nulos insaneables pueden llegar a producir efectos jurídicos cuando ya no procede su impugnación, ni hay oportunidad para declarar su nulidad y, en derecho procesal tenemos el caso de la falta de jurisdicción o de trámite equivocado. En cambio, el acto inexistente no se convalida por falta de impugnación.

Revocabilidad, la nulidad se refiere a la existencia de vicios que afectan la validez del acto, la revocabilidad generalmente contempla los defectos del acto que lo hacen injusto o equivocado a pesar de su validez y eficacia. Surge claramente la diferencia entre invalidar y revocar un auto; la invalidación tiende a eliminar un acto nulo o anulable; la revocación, además a excluir la eficacia de un acto válido.”⁶¹

“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”⁶²

De lo anotado se colige que nuestra legislación admite dos grados de nulidad; la absoluta y la relativa; no menciona a la inexistencia pero en cambio habla de la rescisión de los actos y contratos. También es necesario puntualizar que la doctrina extranjera entre ellas (Argentina, Uruguay) admiten a la inexistencia como un grado superior de nulidad , inclusive extienden a un mayor número de nulidades su clasificación). En todo caso, no se puede perder de vista la importancia que reviste este tema en el trabajo que estoy efectuando y, el aporte que dan a la mejor realización del mismo.

El juez que se encuentra ante un litigio tendrá pues necesidad de efectuar el examen de las causas, de los efectos y de las condiciones en que ha resultado el acto para establecer en definitiva su nulidad y el grado que eventualmente

⁶¹ Devis E, Hernando: *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2002, pp, 535 – 536.

⁶² Código Civil: arts 1697- 1698.

pueda alcanzar. Si una nulidad de esta índole existe en el derecho procesal, es punto que requiere un examen muy atento del derecho positivo sobre el cual debe darse la respuesta. La conclusión a que habrá de llegarse oportunamente es la que en nuestro sistema codificado se contempla este tipo de nulidad.

“*La nulidad relativa.*-No puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse por el ministerio público en sólo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellas en cuyo beneficio lo han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes.

Los actos realizados por el marido o por la mujer, respecto de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro cónyuge, cuando éste es necesario, son relativamente nulos, y la nulidad relativa puede ser alegada por el cónyuge cuyo consentimiento era necesario y faltó.

Si uno de los cónyuges realiza actos o contratos relativos a los bienes del otro, sin tener su representación o autorización, se produce igualmente nulidad relativa, que puede alegar el cónyuge al que pertenecen los bienes objeto del acto o contrato.”⁶³

La nulidad relativa entonces, es la que se refiere a los requisitos accesorios, por lo cual no impide la formación del acto, sino que este nace, inclusive válido, pese al defecto. Esta nulidad necesita ser declarada, pues el acto subsiste hasta su invalidación.

2.4.- Inexistencia y nulidad.

“Teóricamente había que distinguir las condiciones de existencia y las condiciones de validez de los actos jurídicos; condiciones de existencia son aquellas sin las cuales el acto no nace a la vida del derecho, no puede tener existencia jurídica; y que condiciones de validez, son aquellas que si bien son necesarias para la existencia del acto jurídico, lo son para que produzca efectos civiles; (...) la ausencia de las condiciones de existencia acarrea la inexistencia jurídica del acto, y que la ausencia de las condiciones de validez acarrea la nulidad del acto.”⁶⁴

“Frente a los actos procesales nulos (de nulidad relativa) sólo corresponde diferenciar la categoría de los denominados actos procesales *inexistentes*. Estos últimos cuyo análisis ha sido objeto de una abundante literatura, suele caracterizarse como aquellos actos que se hallan desprovistos de los requisitos mínimos indispensables para su configuración jurídica, como serían en el ámbito procesal, una sentencia dictada por un funcionario ajeno a la magistratura.”⁶⁵

⁶³ Código Civil: art. 1700.

⁶⁴ Canosa Torrado, Fernando: *Las Nulidades en el Derecho Civil*, Buenos Aires, Editorial, Doctrina y Ley, 1997, p 27.

⁶⁵ Palacio L, Enrique: *Manual de Derecho Procesal Civil* Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot, décimo quinta edición, 2000, p 330.

La diversidad de criterios que exhiben los autores respecto del tema de los actos nulos y de los actos inexistentes en la órbita del derecho procesal radica en que mientras algunos lo otorgan importancia a la distinción, otros se la niegan rotundamente. La doctrina del acto inexistente aparece en Francia como resultado del principio “*pas de nullité sans texte*”.

“La inexistencia del acto procesal plantea un problema anterior a toda consideración de validez de él. Es en cierto modo el problema del ser o no ser del acto. No se refiere a la eficacia, sino a su vida misma. No es posible a su respecto hablar de *desviación*, ya que se trata de algo que ni siquiera ha tenido la aptitud para estar en el camino. Una sentencia dictada por quien no es juez, no es una sentencia, sino una no sentencia, no es un acto sino un simple hecho. Cuando se trata de determinar los efectos del acto inexistente, se observa que no sólo carece en absoluto de efectos, sino que sobre él nada puede construirse. Los actos inexistentes, sumamente estudiados por la doctrina, se definen por lo general como aquellos actos que carecen de los recaudos mínimos necesarios para su configuración jurídica.”⁶⁶

“La ardua y sostenida discusión que plantea el derecho civil sobre la existencia de esta categoría puede trasladarse al derecho procesal pero signando fundamentos. El problema en el derecho procesal, debe establecerse en esta dirección: ¿son válidos o no los actos inexistentes?. Obsérvese que en el derecho civil, no se mencionan diferencias entre existencia y validez basada en elementos que permitan ponderar con suficiencia; es decir, no se proporciona guía alguna que realice la distinción. No podrá decirse que el vicio o el requisito de validez aparece cuando el ordenamiento decreta la nulidad del acto, ya que entonces el argumento es evidentemente tautológico y verbal.”⁶⁷

En cambio el derecho procesal establece requisitos esenciales para la constitución de sus actos. Son presupuestos que hacen a la vida misma (una sentencia dictada por quien no es juez, es una no sentencia) . No hay efecto alguno probable ni posible, porque el acto es irrelevante, se tiene como no producido. Por tanto ni siquiera es necesario que sea invalidado, ni pueden aparecer actos posteriores que lo confirmen o subsanen.

Los caracteres jurídicos de la inexistencia son: no necesita ser declarada, ni es menester un pronunciamiento judicial para que se tenga el acto por inexistente;

⁶⁶ Couture, Eduardo: *Fundamentos del derecho procesal civil*, 2004, p, 307.

⁶⁷ Gozáni, Osvaldo: *Elementos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 2005, pp , 527 -528.

porque si llega haber litigio sobre el acto inexistente, el juez se limitará a dejar constancia de que el acto no existe, o rechazar la demanda por falta de prueba.

Los caracteres del acto nulo resultan de su propia naturaleza; puesto que el acto nulo tiene existencia jurídica, es necesario que la nulidad sea declarada por sentencia judicial; por las mismas razones puede ser saneado por el transcurso del tiempo, puede ser ratificada en la forma que la ley prescribe y produce efectos civiles.

“La distinción que varios autores hacen entre la inexistencia y la nulidad de los actos procesales al decir de Maurino, puede evidenciarse en dos corrientes doctrinales bien marcadas: la una que acepta el acto inexistente y su diferencia con el acto nulo (Chiovenda, Rocco, Palacio); y, otra corriente que no acepta el acto inexistente (Couture, Carlos). Como se puede evidenciar, la doctrina se halla dividida por el hecho de aceptar algunos autores la importancia teórica y práctica de la distinción entre acto nulo e inexistente, dentro del campo del derecho procesal, y otros, de no asignar valor alguno a la inexistencia, escindiendo dicho concepto del marco de las nulidades procesales y su estudio.

Es cierto que el simple hecho no requiere de una declaración judicial que lo invalide. Pero nadie puede decir que una situación jurídica de tal naturaleza pueda mantenerse sin límite temporal de pronunciamiento. Ello sería atentatorio contra los principios viscerales del proceso.”⁶⁸

.La teoría de la inexistencia no tiene cabida en la legislación nacional, el título XX del CC, que regula todo lo referente a la nulidad y la rescisión de los actos o contratos, no se ocupa de la inexistencia, tampoco el art. 1.583 del mismo cuerpo legal, que se refiere al modo de extinguir las obligaciones.

La teoría de la inexistencia fue creada a comienzos del siglo XIX por la doctrina alemana a propósito del matrimonio, porque habían matrimonios que adolecían de alguno de los requisitos exigidos para su validez afectados de nulidad. No obstante la teoría de la inexistencia se puso en boga, hasta el punto

⁶⁸ Maurino, Luis: “*Nulidades Procesales*, Buenos Aires, 2001, p 28.

que hoy no pocos abogados y algunos jueces la sostienen con vehemencia, sin parar mientes en que no existe fundamento normativo de ninguna naturaleza.

Características del acto inexistente según la doctrina:

“A diferencia de lo que regula nuestra legislación respecto a la inexistencia, la doctrina sí lo contempla. Bajo esta premisa diré:

- a.- La inexistencia puede ser alegada por todo el que demuestre un interés jurídico, es decir, por todo aquel que esté afectado en forma alguna por el acto inexistente,
- b.- La inexistencia no es prescriptible, esto es, no puede ser convalidada por el transcurso del tiempo, ya que si el acto jurídico es la nada jurídica, entonces el tiempo no puede convertir la nada jurídica en un acto jurídico,
- c.- La inexistencia no debe ser declarada por el juez; simplemente, es reconocida. Por eso no es necesario ejercer una acción o excepción especial para que se declare. El cualquier etapa del proceso el interesado puede invocar la inexistencia del acto para que el juez la reconozca en la sentencia,
- d.- El acto inexistente no puede ser convalidado por la ratificación expresa o tácita de las partes; esto es, que si las partes desean persistir en su relación jurídica, deben celebrar un nuevo acto jurídico que observe el elemento inicial que omitieron antes.”⁶⁹

2.5.- La nulidad, un vicio o un defecto

En la teoría general del proceso tratadistas como Devis Echandía, Luis Maurino, Eduardo Couture, Fernando Canosa Torrado, sostienen que la nulidad es un vicio, y otros expresan que es un efecto .Diré que no son opiniones contrapuestas sino complementarias.

El vicio es un defecto, una desviación de la norma jurídica que según la gravedad, es sancionada con la nulidad. Por eso que en el derecho civil se habla de los vicios del consentimiento que son el error, la fuerza y el dolo, y al existir uno de ellos se anula el acto o contrato jurídico. En tanto que el efecto, no es sino el resultado, la consecuencia de que el acto procesal en sí mismo es nulo, por haberse apartado o no haberse respetado la formalidad legal. .

⁶⁹ Canosa T, Fernando: *Las nulidades en el derecho civil*, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 1997, p, 32.

Todo acto procesal debe colmar una serie de exigencias legales para que tenga existencia, es decir, para que un acto procesal sea considerado como tal se hace imperioso que hagan presencia sus elementos estructurales o esenciales, previamente señalados en el ordenamiento.

El acto procesal existirá siempre y cuando sea emitido por el sujeto o los sujetos que se indican en los respectivos preceptos legales. Las normas de procedimiento establecen de manera clara cuáles son los actos que pueden emitir cada uno de los sujetos procesales, de suerte tal que si estos emiten actos que no les están permitidos, el ordenamiento no acoge esa conducta y ningún efecto procesal podrá causarse. Por ejemplo, las providencias judiciales, únicamente pueden ser emitidas por el juez; la demanda está reservada para el sujeto activo de la pretensión, las defensas y las excepciones las corresponde al demandado y reo, respectivamente.

En este orden de ideas, para que un acto procesal exista debe, en primer lugar, provenir de los sujetos que el ordenamiento ha legitimado, y en segundo lugar, que la conducta expresada por éstos se amolde a las previsiones contenidas en la norma. Sujetos y contenido son, en definitiva, *los requisitos de la existencia de los actos procesales* . De no observarse esos requisitos el acto no se considera nulo sino inexistente, lo cual hace que pierdan total relevancia jurídica, pues lo que no hace presencia en el mundo del derecho, mal puede generar efectos en el mismo.

La inexistencia como vicio del acto procesal es totalmente distinta a la nulidad habida cuenta que es claro que sobre un acto que no existe resulta imposible hacer un examen o cuestionamiento acerca de su validez. Así las cosas, el concepto de inexistencia *denota un vicio grave del acto procesal*, en virtud del cual nunca podrá alcanzar la generación de efecto alguno.

“Así, si el acto procesal de notificación no se produce siguiendo el contenido formal que establece la ley, no podremos predicar su existencia. La notificación como acto procesal debe acoger una serie de exigencias respecto de su contenido, pues de lo contrario no existirá y, por ende, no alcanzará el cometido que la ley lo asignado, que no es otro que asegurar el principio de publicidad de la actuación y el ejercicio del derecho de defensa. Los Códigos de Procedimiento (argentino, colombiano, peruano) se refieren en general a los *vicios formales*. Pero la jurisprudencia y la doctrina han ampliado ese panorama limitativo y lo han extendido a los llamados extraformales.

Los vicios pueden referirse: a los sujetos, a la voluntad de los sujetos, a la no correspondencia entre el contenido y la forma del acto y a la forma”⁷⁰

“No todos los defectos de los actos procesales tienen la misma importancia, y, por consiguiente, tampoco pueden producir iguales efectos, {...} En el mismo sentido se distinguen los defectos de forma en simples irregularidades y motivos de anulación o nulidad o inexistencia, según su gravedad.”⁷¹

“En el acto procesal *se presume que existe voluntad* y dicha presunción proviene de la naturaleza del proceso, de la presencia del Magistrado, que lo garantiza. En consecuencia:

a.-No puede admitirse la **ignorancia como vicio**, máxime si se tiene en cuenta la existencia del patrocinio letrado.

b.-Tampoco cabe aceptar *el error de derecho*,

c.-*El error de hecho*, puede ser causa de nulidad, más aún si proviene del dolo de la contraria que ha inducido a engaño,

a.-*La intimidación material o moral* es un vicio nulificante, pero con poca posibilidad de darse en el proceso, por la presencia del magistrado,

b.- *El dolo*, unilateral o bilateral, vicia el grado procesal,

c.- *En cuanto al fraude procesal*, lo analizamos al hablar de la acción de nulidad.”⁷²

En general podemos decir que todo vicio es subsanable, aunque algunos autores sostienen que no es posible la convalidación cuando se trata de vicios sustanciales. Cabe preguntarse además, si ante la falta de legislación procesal sobre esta clase de vicios, cabe la aplicación supletoria de las normas del

⁷⁰ Rocco, Hugo: “*Tratado de Derecho Procesal*”, Tomo II, p,290.

⁷¹ Devis E, Hernando: *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, 2002, pp 531 – 534.

.Maurino, Luis: *Las nulidades procesales*, Buenos Aires, 2001, pp 32-33.

derecho sustantivo. “De esta manera, puede llegarse a una primera conclusión, cuando los errores productores del vicio procesal provienen de los errores *in iudicando* (*de fondo de juzgamiento*), se razona propiamente en el terreno de las nulidades, pero también en vicios de forma o errores *in procedendo*”⁷³

En cambio, imperante el principio de las nulidades relativas, podemos decir que se desplaza la regla hacia la invalidación, de modo tal que cuando las partes se aparten de los señalamientos formales de expresión (de lugar, tiempo y modo), los efectos jurídicos de esos actos son en principio válidos salvo que la naturaleza del vicio los torne inexistentes. Por tanto, técnicamente estaremos presenciando casos de ineficacia, inoficiosidad, inocuidad o inexistencia de los actos, pero no de nulidad.

Las formas procesales son necesarias porque a través de ellas puede obtenerse la verdadera garantía del debido proceso; la experiencia a demostrado que su ausencia produce desorden. Pero debe tomarse en cuenta, sin embargo, que si bien la presencia de las formas procesales es garantía de justicia, de igualdad en toda defensa, su exageración puede llevar a confundir el formalismo con el formulismo, que en lugar de facilitar y agilizar la justicia concluirá por dilatarla.

El principio de conservación permite, no obstante las irregularidades o imperfecciones de los actos procesales, mantener la eficacia del mismo; por tanto, los vicios que provocan nulidades procesales deben clasificarse en orden a la posibilidad de producir efectos jurídicos.

En conclusión, diremos que el vicio y el efecto no son opiniones contrapuestas sino complementarias.. Por lo tanto, podemos afirmar **que la nulidad es un**

⁷³Gozaíni, Osvaldo: *Elementos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 2005, p,537.

vicio y un efecto a la vez. Podemos decir también que la nulidad ha sido definida como la sanción mediante la cual el acto procesal no surte efectos legales y por tanto resulta ineficaz, debido que no se han observado determinadas solemnidades consideradas como indispensables para la validez jurídica.

CAPÍTULO III

Medios de impugnación de las nulidades procesales.

Conocemos que los actos del juez son el decreto, el auto y la sentencia, y deben ser expedidos de acuerdo con la ley. Si las partes estiman que estos actos no están de acuerdo con la ley, pueden recurrir a los medios de impugnación de los mismos, con lo que se propone conseguir que el acto procesal del juez sea aclarado, ampliado, reformado o revocado.

Hasta el 10 de Abril de 1938 se establecía como recurso en el proceso civil el de nulidad. El mismo tenía lugar cuando en la organización de los procesos se había omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en la ley. Los jueces debían declarar la nulidad, aunque las partes no hubiesen interpuesto este recurso ni la hubieren alegado.

En la codificación de 1987 se suprimió el recurso, pero se mantuvo la institución de las nulidades procesales. El Congreso Nacional el 17 de Diciembre de 1992 dispuso que “La Corte Suprema de Justicia actuará como tribunal de casación en todas las materias”. El art. 320 de la última codificación al CPC dispone: “La ley establece los recursos de apelación, casación y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos, se alegue la nulidad del proceso”.

“Pero la cuestión que se plantea el intérprete de cualquier derecho positivo, es la de saber si las nulidades no tienen otro medio de impugnación que el recurso de nulidad instituido expresamente para tal fin. El problema que debe abordarse no puede ser resuelto en función de tal o cual precepto determinado, sino de una coordinación de todas las disposiciones vigentes y de los principios generales que en ellas están implícitos.”⁷⁴

⁷⁴ Couture, Eduardo: *Fundamentos del derecho procesal civil*, 2004, p 309.

Una coordinación de los principios vigentes, circunscrita por la trascendencias misma del problema a los términos del derecho procesal ecuatoriano en particular, y del procesal en general, permite expresar que existen medios explícitos e implícitos de impugnación de una nulidad procesal, cada uno de estos tienen su técnica y alcance propio. Son medios de impugnación de una nulidad procesal los siguientes: Los recursos, no solo los de nulidad, sino los de reposición y apelación; el incidente, la excepción, el juicio ordinario posterior.

3.1.- Consideraciones generales

“Nadie más claro” - expresa Maurino – “que el procesalista santafesino Carlos para situarnos con precisión en este tema. Este afirma que los actos procesales afectados de nulidad o en estado nulitivo, siempre requieren una resolución judicial que los declare inválidos. Este pronunciamiento puede ser de oficio o a petición de parte.”⁷⁵

“El ordenamiento procesal civil ha señalado unos precisos momentos para que la parte afectada con la nulidad la alegue, de manera que no existe la posibilidad de que una vez ocurrido el vicio el interesado lo ponga de presente en el momento que más le convenga, toda vez que ello implica dejar de lado el principio procesal de la preclusión, restarle orden al procedimiento y abrir la puerta para que las nulidades sean utilizadas en determinados casos como mecanismo fraudulento o dilatorio.”⁷⁶

Una persona afectada con determinada causal de nulidad, debe solicitar su declaración tan pronto cuente con la oportunidad para hacerlo después de su configuración, pues de lo contrario operarán los mecanismos de saneamiento y convalidación que determina la ley, los cuales parten de la base principalmente de una alegación extemporánea de la misma.

⁷⁵ Maurino, Luis : *Nulidades Procesales*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 2001, p 209.

⁷⁶ Sanabria, Henry: *Nulidades en el Proceso Civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Año, 2005, p 236.

No puede perderse de vista que el fin principal de las nulidades es asegurar la vigencia del derecho fundamental al debido proceso, luego debe procurarse que el juez actúe en forma eficaz a fin de declararlas, dejar sin efecto la actuación afectada y adoptar las medidas necesarias para que la parte que ha sufrido perjuicio sea protegida.

“Los medios de impugnación de las providencias judiciales son *horizontales* y *verticales*. Los medios de impugnación horizontal de los autos y decretos están contemplados en el art. 289 del CPC. Los medios de impugnación horizontal se encuentran determinados en el art. 281 del mismo cuerpo de ley.”⁷⁷

De lo enunciado se desprende que, la nulidad procesal puede ser pedida, empleando cualquiera de los medios de impugnación horizontal precedentemente indicados; sin perjuicio de los medios de impugnación vertical señalados en la ley. En la especie, nos ocuparemos de los medios de impugnación horizontal, en primer lugar, la nulidad procesal debe ser declarada por auto y no por sentencia, como lo expresa la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Sea que la impugnación se proponga como acción, como incidente, recurso o dentro de un juicio ordinario posterior, es importante determinar qué parte se halla legitimada para reclamar dicha irregularidad. Considero que la respuesta debe ser en principio, quien tiene interés en ellas. Para justificar ese interés debemos recurrir a los principios generales relativos al accionar en justicia que reciben, en general, consagración en nuestro propio proceso. En tal sentido,

⁷⁷ Vintimilla, Patricia: *Nulidades en el Procesalismo Civil*, Guayaquil, Editorial Miguez Mosquera, 2005, p 85.

puede aceptarse el principio consagrado en el CC que dice: “todo el que tenga interés en ello”.

Queda excluido, por aplicación de un principio general, el que ha cometido la nulidad a sabiendas del vicio que invalidaba el acto. Esto que incluye “ Couture bajo el principio de protección”, resulta de la aplicación del precepto general, de que nadie puede alegar su propia torpeza. Este principio, que ha sido consagrado en nuestra jurisprudencia en lo procesal, supone que el interesado tenía un conocimiento concreto de la nulidad en que incurría en el acto realizado.

En consecuencia, pueden reclamar las nulidades procesales las partes que tienen interés en ellas, salvo que las hayan provocado a sabiendas de su ilicitud. También puede solicitar el Ministerio público, en tratándose de las nulidades absolutas (art. 1.699.CC) y en los procesos penales de instancia oficial derivada de la función de defensa de la causa pública, donde siempre es parte el fiscal.

Pero la cuestión principal es la de si la nulidad procesal puede ser declarada de oficio por el juez y en qué casos. Los códigos más modernos del área como el chileno, colombiano y argentino y el nuestro, regulan expresamente el problema. Los casos en que el juez puede proveerla de oficio son excepcionales y se refieren, según algunos autores como (Maurino, Alsina, Palacio, Peyrano), a aquellos en que hay un interés público o una disposición expresa.

La nulidad debe ser declarada .Aunque es un tema controvertido, algunos códigos de procedimiento como el italiano, el romano sostienen que las

nulidades procesales, incluso las de orden público, quedan saneadas o purgadas por la cosa juzgada. Este criterio no es aceptado por la moderna doctrina fundamentalmente extranjera que admite la pretensión autónoma de nulidad contra la cosa juzgada fraudulenta o con desviación procesal.

Pero, cuando la nulidad es a petición de parte, estas deberán emplear los instrumentos jurídicos procesales idóneos para lograr la declaración de invalidez. Mientras no lo hagan, los actos procesales producirán sus efectos normales y si la impugnación nulificante no se realiza en tiempo hábil, la inactividad procesal purgará los defectos o vicios, con lo que opera la subsanación y precluye el derecho a solicitar la nulidad.

3.2.- Impugnación mediante excepción

“La excepción es el más importante medio de defensa de que dispone el demandado, para detener o destruir las pretensiones del demandante. Es el medio idóneo para garantizar el derecho a una defensa plena, que no puede negarse a nadie. Las excepciones se clasifican de este modo: a) dilatorias; y, b) perentorias.”⁷⁸

Nuestro código adjetivo, no menciona a las excepciones de puro derecho; pero la expresa aceptación no ofrece la menor duda. El art. 399 del mismo cuerpo legal, por ejemplo, establece que, si la litis se hubiera trabado sobre cuestiones de puro derecho, el juez pedirá autos y dictará sentencia.

⁷⁸ Coello G, Enrique: *Sistema Procesal Civil*, Cuenca, Editorial, Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1992, p,129.

La nulidad procesal puede hacerse valer por vía de excepción, si se deduce la demanda ante un juez que no es el del domicilio del demandado, se contraría el precepto general que consta en el art. 25 del CPC, pudiendo deducirse la excepción de nulidad por falta de competencia del juez. Así, en el juicio la nulidad de las diligencias de reconocimiento del documento privado, practicadas en un domicilio del que no era del demandado, se repara mediante una excepción de falta de título ejecutivo. De la misma manera, el reconocimiento practicado ante juez incompetente.

“Las excepciones son dilatorias y perentorias. Son dilatorias las que tienden a suspender o retardar la resolución de fondo, y perentorias, las que extinguen en todo o en parte la pretensión a que se refiere la demanda, así lo prescribe el art. 99 del CPC.”

“Las excepciones dilatorias, son defensas previas alegadas ab initio, que tienden a corregir errores de la demanda (defecto legal) y a impedir un juicio nulo (por incompetencia, falta de personería). Las excepciones dilatorias se las conoce como excepciones procesales, y las excepciones perentorias como excepciones sustanciales, pueden estar sometidas a prueba o versar sobre cuestiones de puro derecho. El fin de estas excepciones es limpiar el proceso y economizar esfuerzos inútiles. Todo medio de defensa que tienda a suspender o retardar el litigio y que no extinga total o parcialmente la acción, es una excepción dilatoria. Su número es indeterminado”⁷⁹

Consecuentemente si el juez o tribunal, en la respectiva resolución, acepta una excepción dilatoria, el conflicto de intereses, el litigio, no habrá concluido. Podrá proponerse nuevamente, de inmediato en ciertos casos, o esperando que recurra cierto tiempo, en otros.

Si se alega por parte del demandado la incompetencia del juez, en razón del territorio, y esa alegación es admitida en providencia firme, el demandado queda facultado para proponer una nueva demanda ante el juez territorial que

⁷⁹ Coello G, Enrique: *Sistema procesal civil*, Cuenca, 1992, p, 129.

corresponda. Si la excepción consiste en que el plazo todavía no está vencido o que se ha prorrogado y prospera este medio de defensa, el actor deberá esperar que transcurra el tiempo necesario para que la obligación sea de plazo vencido y entonces podrá volver a demandar. Aceptada una excepción dilatoria, por su propia naturaleza, no se producen los efectos de cosa juzgada, toda vez que la acción se puede volver a intentar.

Entonces vemos que la nulidad procedimental puede alegarse como excepción en los procesos ordinarios, pero lo importante es dilucidar el como deben considerarse, como probarse y como deben resolverse cada una de estas excepciones; en tanto que en, los ejecutivos corresponden a la impugnación de los actos procesales anteriores a la citación de remate.

En tal virtud, el juez puede dictar el auto de nulidad en cualquier estado de la causa y en todo proceso, y no necesariamente en la sentencia. Desde luego, el juez puede declarar la nulidad en sentencia, cuando se entere al final de la instancia y por primera vez de la existencia de la causal de nulidad, porque al estudiar el proceso se da cuenta recién que existe la nulidad y en ese caso, el juez no puede dictar el fallo sobre el asunto principal debatido, sino que tiene que expedir un auto con fuerza de sentencia declarando la nulidad del proceso por omisión o violación de la solemnidad esencial correspondiente.

La nulidad procesal como excepción no debe confundirse ni identificarse con la demanda (acción) de nulidad de la sentencia ejecutoriada, pero no ejecutada; en la que la nulidad de la sentencia ejecutoriada podía plantearse tanto como acción como excepción.

“Este tipo de excepciones sirva para la oposición jurídica a los fundamentos de la acción (pretensiones contenidas en la demanda, art. 101 C.P.C.) En general todo aquello que sirva jurídicamente para desvirtuar, enervar, destruir la acción, planteada por el demandante forma parte de esta clase de excepción, se debe referir no solo a obligaciones, sino en general al derecho que pretende el accionante, por que éste no siempre ni necesariamente, deberá sustentarse en obligaciones incumplidas.”⁸⁰

“*Las excepciones perentorias* en cambio son las que tienen por objeto extinguir total o parcialmente las pretensiones del demandante. No es preciso nuestro Código cuando dice que la excepción perentoria destruye la acción. Para que ese efecto se produzca es necesario, después del trámite y justificaciones, que se acepte la excepción mediante una providencia firme. Con solo deducirla no se ha producido todavía ninguna extinción.

Al aceptar una excepción perentoria se establece que el actor carece de derecho actual para exigir una determinada prestación o conducta. Pudo el demandante originalmente haber tenido un derecho subjetivo, pero este pudo extinguirse por uno de los modos señalados en el CC, entre los cuales tiene relevancia el transcurso del tiempo. Es posible, además, que el actor haya tenido derecho de exigir lo que fue materia de la demanda, es decir, que se trate de una pretensión o de una acción sin derecho o de aquellas en las que el demandado solamente mantenga una obligación natural.”⁸¹

3.3.- Impugnación mediante recurso

Los recursos son los medios que establece el derecho procesal, con el objeto de que se reexamine una resolución jurisdiccional, para el caso en que la parte la considere injusta o se ha expedido a base de una indebida interpretación de la ley o de una falsa apreciación de los hechos que han sido establecidos en el correspondiente proceso, o que se han violado solemnidades establecidas para garantizar el derecho de las partes.

Cruz Bahamonde al respecto dice: “La ley procesal ha establecido, para el efecto de las reclamaciones, tres recursos verticales fundamentales: el de apelación, el de nulidad y el de hecho, cada uno de los cuales tiene su propia reglamentación; y, en la ley de reciente creación, el Recurso de Casación, que tiene virtudes y defectos propios, en su función revisoria”⁸²

⁸⁰ Morán S, Rubén: *Derecho procesal civil práctico*, Guayaquil, Editorial Edilex S.A, 2008, p, 181-182.

⁸¹ Coello G, Enrique: *Sistema procesal civil*, Cuenca, 1992, p, 130.

⁸² Cruz B, Armando: *Estudio crítico del Código de procedimiento civil*, Editorial Edino, Guayaquil, 2001, p 184.

La ley establece los recursos de apelación, casación y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso. Siempre que la ley no deniegue expresamente un recurso, se entenderá que lo concede (art. 321 CPC)

En este sentido, bien puede decirse que todos los medios de impugnación que este cuerpo legal reconoce persiguen estos fines: *o enmendar las resoluciones judiciales, o revisarlas, o reformarlas, o dejarlas sin efectos por inexistentes, o procurar una interpretación auténtica de la norma legal, más en contemplación de un interés eminentemente público, que en consideración a un interés privado de las partes.*

“Podemos conceptuar ampliamente el recurso como *un acto procesal de parte que tiende a obtener la modificación de una resolución judicial.* Es un acto procesal porque produce efectos procesales y está regulado en la ley procesal.

El recurso es un ataque a una resolución que pide su modificación y se dirige al propio órgano jurisdiccional que la dictó o a su superior. No es un acto de iniciación de la relación jurídico procesal. Se da en el mismo proceso, pero abriendo una nueva etapa en el procedimiento. Tiene potestad de interponerle cualquiera de las dos partes que considere haber sufrido un perjuicio con la resolución impugnada.”⁸³

La omisión de alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este párrafo, o la violación del trámite a la que se refiere el artículo 1014, podrán servir de fundamento para interponer el recurso de apelación (art. 345 CPC.)

En el fondo, si bien el recurso de nulidad quedó derogado para los procesos civiles, sin embargo taxativamente nunca desapareció, rige actualmente, en la misma forma de antes pero camufladamente. En cambio, en materia penal éste tiene plena vigencia.

⁸³ Lovato V, Juan: *Programa Analítico del Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*, Cuenca, 2002, p, 12.

Desde el punto de vista doctrinario, podemos decir que es un recurso que procede contra las resoluciones pronunciadas con violación u omisión de las formas prescritas por la ley bajo esa sanción o que asuman carácter sustancial. En el plano de la pureza terminológica, la expresión adecuada para designar este medio impugnatorio es la del *recurso de anulación*. Pero habitualmente se habla de recurso de nulidad, con lo que se identifican el vicio y el modo de repararlo: la enfermedad y el remedio.

El recurso de nulidad “es un medio de impugnación dado a la parte perjudicada por un error de procedimiento, para obtener su reparación.”⁸⁴

“La mayor parte de los códigos de forma europeos no han instituido el recurso de nulidad como medio autónomo de impugnación, sino que lo han subsumido en el de apelación, particularidad que lo encontramos también en nuestra legislación procesal {...} Queda así delimitado el ámbito de este remedio procesal, en principio, a las impugnaciones dirigidas contra los defectos del lugar, tiempo y forma que pudieran afectar a una resolución judicial en sí misma. Su finalidad es servir de correctivo a un pronunciamiento que se ha desviado de los medios de proceder, sea por violación u omisión de las formas legales o de las que asuman el carácter de sustanciales.”⁸⁵

Procedencia. Para conceder el recurso de nulidad (en las legislaciones donde todavía tiene vigencia), se debe tomar en cuenta que el mismo es un remedio excepcional. Se sigue de ello que su concesión es de carácter restringido, y las condiciones de admisibilidad deben examinarse con criterio riguroso. Por consiguiente, debe acreditarse el interés jurídico en sostenerlo, ya que no basta para su admisión la simple existencia de un vicio formal, sino que es necesaria, además, la comprobación de aquél para que se lo declare procedente.

“En nuestra legislación procesal penal el principio general impone la irrevocabilidad de las providencias surgidas en el desarrollo del proceso penal. Sin embargo, en casos especiales, la ley de procedimiento penal ha establecido como excepción el recurso de nulidad. El fundamento de esta excepción se encuentra en el interés del Estado en sustanciar procesos

⁸⁴ Couture, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Editorial B de F, Montevideo, 4ta edición, 2004, p 303.

⁸⁵ Maurino, Luis: *Nulidades procesales*, 2001, pp 215 – 218.

que, a la vez que contengan resoluciones firmes, se encuentren libres de vicios que pudieran afectar al ejercicio del derecho de defensa, o a la justicia de la providencia misma.”⁸⁶

El art. 330 del CPP dice: Causas de Nulidad.-Habrá lugar a la declaración de nulidad en los siguientes casos:

- “1.- Cuando el juez o el tribunal penal hubiere actuado sin competencia,
- 2.- Cuando la sentencia no reúna los requisitos exigidos en el artículo 309 de este Código; y,
- 3.- Cuando en la sustanciación del proceso se hubiera violado el trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa.”⁸⁷

Cuando se trata de la omisión de otras disposiciones legales que no son esenciales, no se provoca la nulidad del proceso, sino que, a lo más, podrá provocar la ineficacia jurídica del acto afectado. Se debe considerar que el concepto de la nulidad dentro del campo del derecho procesal penal es más amplio que en el derecho civil.

Nulidad de oficio.- Esto es aquella que es declarada por el juez o tribunal aún en el caso de no haber sido solicitada por alguna de las partes procesales, esta posibilidad en materia penal se halla contemplada en el art. 331 del CPP. En cuanto al proceso civil lo contempla esta posibilidad el art. 349 que concede a los jueces la facultad de declarar de oficio la nulidad cuando se trate de las causales 1,2 ,3, 4,6 y 7 del art. 346 comunes a todos los juicios, siempre que pueda influir en la decisión de la causa.

En relación a las causas de nulidad de una sentencia se proclama:

.”La sentencia ejecutoriada es nula:

- 1.- Por falta de jurisdicción o por incompetencia que lo dictó,
- 2.- Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio; y,

⁸⁶ Zavala B, Jorge: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial. Edino, Guayaquil, Tomo IX, p,328.

⁸⁷ Código, de Procedimiento Penal: “*Corporación de Estudios y Publicaciones*”, Quito, p 56.

3.- Por no haberse citado la demanda al demandado, si el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía (art. 299 CPC).”

Las causas que dan lugar a la nulidad de la sentencia tienen lugar cuando se la ha dictado sin sujeción a los requisitos de tiempo, lugar y forma prescritos por la ley adjetiva. La nulidad de una sentencia debe acogerse con criterio restrictivo, y se debe partir de la idea de que, en principio, debe estarse por la conservación del acto procesal y no por su decaimiento.

“Nuestra legislación procesal penal hace una clara diferencia entre vicios formales que provocan la ineficacia jurídica total o parcial del proceso (nulidad); y vicios que provocan la sola ineficacia jurídica del acto irregularmente practicado. Todo proceso es necesariamente formalista, es decir, los actos que lo integran deben revestirse de ciertas formalidades para que surtan los efectos jurídicos que la ley prevé. Si se trata de defectos de forma de la sentencia, la nulidad puede declararse de oficio. Por razones de claridad –únicamente- es conveniente distinguir según el vicio en las formas extrínsecas de la sentencia (redacción) o en las formas intrínsecas (contenido).”⁸⁸

En síntesis, sólo constituyen materia propia del recurso de nulidad, las impugnaciones en el proceso penal dirigidas contra los vicios procesales que afecten a la sentencia en sí misma; o cuando ésta ha omitido el tratamiento de cuestiones propuestas por las partes que resultan esenciales para la solución del litigio.

La sentencia que no indica la fecha y el lugar en que fue dictada, es nula. Están conformes con ello la doctrina y los códigos procesales, la carencia de firma en la resolución por el juez, si el órgano es unipersonal, o por los miembros del tribunal, trae aparejada su nulidad

Impugnación mediante recurso extraordinario de casación

⁸⁸ Zavala, B, Jorge: *Tratado de derecho procesal penal*, Editorial Edino, Guayaquil, 2007, p 329.

“Puede suceder que una sentencia nula no admita recurso de apelación. Tal es el caso de la sentencia de segunda instancia confirmatoria de la de primera. En este caso, aunque la nulidad sea evidente, la reparación por recurso de apelación no procede, porque no existe el recurso. Queda pendiente el recurso extraordinario de casación”⁸⁹

“La misma Corte Suprema, viabilizando la normativa del recurso de casación contra el auto de nulidad procesal expedido en segunda y definitiva instancia, recientemente ha distinguido entre el auto de nulidad con orden de reposición y el auto de nulidad sin orden de reposición; y ha resuelto, que mientras esté es posible del recurso de casación por poner fin al juicio, no lo es aquél. El recurso de casación del auto de nulidad procesal que pone fin al juicio por no contener orden de reposición, expedido por el tribunal de apelación, en juicio de conocimiento, tiene que fundarse en la causal 2 del Art. 3 de la Ley de Casación, es decir, que debe sustentarse en la aplicación indebida, o en la falta de aplicación o en la errónea interpretación de normas procesales; no de preceptos sustantivos.”⁹⁰

Como la ley exige que la violación de la ley adjetiva sea con las formas determinada por ella, entonces, no toda violación a la ley adjetiva constituye motivo de casación, sino solamente aquella que en forma específica reúna las características que la ley exige ¿Cuales son esas características? Para que la violación de la ley adjetiva constituya causal de casación se requiere: *que la violación produzca nulidad insanable o indefensión*. A su vez, tanto la nulidad insanable como la indefensión, deben haber influido en la decisión de la causa y la nulidad no hubiere convalidada legalmente. Queda así estructurada totalmente esta tercera causal de casación.

La nulidad insanable.-La Ley de Casación en su artículo tercero, causal segunda, dispone que el recurso de casación podrá fundarse en la “aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando haya viciado el proceso de nulidad insanable.”⁹¹

⁸⁹ Flor R, Jaime: *Teoría General de los Recursos Procesales*, Editorial. Corporación de estudios y publicaciones, Quito, 2003, p 38.

⁹⁰ Vintimilla, Patricia: *Las Nulidades en el procesalismo Civil*, 2005 p, 135.

⁹¹ Cueva, Luís: *La Casación en Materia Civil*, Quito, Editorial B F ,1993, p 160.

Advertimos que la expresión *insanable* es ajena a nuestra tradición jurídica. El término “**insanable**” para la ciencia médica, significa: incurable; en tanto que para el procedimiento que la nulidad es insubsanable no se puede sanar. Para que la nulidad insanable constituya fundamento para el recurso de casación se requiere: *que hubiere influido en la decisión de la causa, y que no hubiere quedado convalidada legalmente*

3.4.- La Impugnación por vía de incidente.

El incidente es otra vía que tiene una parte procesal para impugnar una nulidad en el proceso civil, es admitido unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia. También lo regula nuestro CPC

“Se la considera como la vía normal en caso de *indefensión*, esto es, de ausencia de las garantías del debido proceso. En efecto, la parte que ha sido mal emplazada y en medio del juicio se entera de su existencia, no tiene otro camino que el del incidente para provocar la declaración de nulidad de lo actuado. En este caso, toda la doctrina y la jurisprudencia así lo admiten, con la sola exigencia de que se haga valer en la primera oportunidad, para evitar que al comparecer se convalide lo actuado y entonces ya no pueda reclamarse.”⁹²

“El incidente es el conducto ordinario conforme así lo dispone los arts 170 y 172 del código procesal para peticionar nulidades que se produzcan en el curso de la instancia. Las articulaciones han de versar sobre vicios que provengan de las partes o del mismo órgano jurisdiccional, inclusive sobre sus resoluciones. En principio, las nulidades procesales deben plantearse en la instancia en que se han ocasionado. Es decir, ante el órgano judicial ante el que se cumplieron los actos defectuosos, en procura de su reparación.”⁹³

“Las desviaciones procesales o vicios de procedimiento ocurridos durante la instancia son impugnables por medio del incidente de nulidad, medio normal para la reparación de los errores **in procedendo** y que, no ejercitado en tiempo hábil hace convalidable el acto y subsanable el vicio que padece. Son excepciones a lo expresado aquellos casos en que la nulidad, no obstante no habérsela pedido en la instancia de origen, prospera por crear un estado de indefensión en una de las partes.

Puede suceder que el perjudicado por un acto nulo se vea privado de impugnarlo en razón de haber vencido el término legal dado para la interposición de los recursos. Pero al ir a deducir los recursos legales, se rechaza su pretensión en virtud del principio que señala a dichos recursos un plazo perentorio. Es claro que esta solución es errónea, ya que el demandado se hallaba justamente impedido de

⁹² Vécovi Enrique: *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Editorial Temis, 2006, p 272.

⁹³ Gozaíni, Osvaldo: *Elementos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2005, pp,535-536.

conocer el juicio y el término no le corre. Pero no sería la primera vez que dicha pretensión fuera rechazada.”⁹⁴

De la revisión efectuada a los diversos ordenamientos, se evidencia que la mayor parte de ellos disponen que los vicios de procedimiento *anteriores a la sentencia definitiva, deben ser remediados por la vía del incidente*, y los recursos de procedimiento de la sentencia, por la vía del recurso; es decir, solamente los vicios anteriores a un pronunciamiento judicial en sentencia, pueden ser enmendados o solucionados mediante ésta vía.

3.4.1.-Requisitos de admisibilidad del incidente.

“Los requisitos de admisión son los señalados para la declaración de toda nulidad procesal: existencia del vicio, finalidad del acto, perjuicio ocasionado, interés jurídico, falta de convalidación, etcétera. En caso de que falten, el pedido de nulidad se desestimarán, sin más trámite. El rechazo **ab initio** del incidente debe basarse en la falta de requisitos, pero no en las razones que hacen a la fundabilidad de la pretensión nulitativa, en cada caso particular.”⁹⁵

3.4.2.- Tramitación.

“Según la doctrina (Alsina, Bernabé, Fassi, Palacio) en su tramitación se le aplican las normas de los incidentes en general, salvo los casos de regulación específica. El incidente se tramitará ante el juez de la instancia en que se produjeron los vicios que se cuestionan y, por ende, se sustanciará en el mismo proceso. Puesto que una buena parte de la doctrina lo considera viable aun contra resoluciones que sean culminación de un procedimiento defectuoso, algunos autores consideran posible su interposición ante el órgano de segundo grado.”⁹⁶

3.4.3.-Legitimación para deducir el incidente de nulidad.

El incidente de nulidad puede ser planteado por la parte que esté procesalmente legitimada para solicitar la nulidad. Asimismo, y siempre que el vicio no haya sido consentido, también puede decretarse de oficio por el juzgado o tribunal, aunque en casos excepcionales, ya que en esta materia rige el principio general de que la nulidad debe ser requerida por el perjudicado.

⁹⁴ Maurino, Luis: Nulidades procesales, 2001, pp, 269 – 270.

⁹⁵ Maurino, Luis: *Nulidades procesales*, 2001, pp, 270 – 271.

⁹⁶ Maurino, Luis: *Nulidades procesales*, 2001, p, 276.

En caso de sucesión o sustitución de partes, la legitimación recae sobre los que ocupan la posición del litigante fallecido, el apoderado, o el sustituto del titular del derecho. Si hay pluralidad de partes, la legitimación corresponde a cada litisconsorte en forma individual, salvo la hipótesis de litisconsorte que tengan interés común e iguales defensas, supuesto en el que procede la unificación de personería, la deducción o falta de planteamiento del incidente no perjudica ni beneficia a los demás.

3.4.4.-Plazo para promoverlo.

“El incidente de nulidad debe promoverse dentro del plazo que fija el respectivo código procesal. Si está regulado en forma autónoma y se establece un plazo, será ése el determinado específicamente. Pero si la ley ritual no lo fija, se rige por el trámite de los incidentes en general”⁹⁷

Así, en los juicios ordinarios, de conformidad con el art.397 del CPC, el demandado tendrá el término de quince días para proponer sus excepciones, y el art. 398 del mismo cuerpo normativo, concede en caso de reconvencción quince días para que el demandante conteste la reconvencción. En los juicios ejecutivos, el plazo para proponer las excepciones es el de tres días. En el juicio verbal sumario las excepciones se presentan al momento de contestar la demanda. El tiempo inicial a partir del cual comienza a correr el plazo es aquel en que el interesado toma conocimiento del acto. Este conocimiento debe entenderse en sentido amplio, según ha afirmado cierta doctrina, y ello porque puede darse que el conocimiento se obtenga de otra manera.

⁹⁷ Maurino, Luis: *Nulidades procesales*, 2001, p 277.

3.4.5.- Sustanciación.

“Instaurado el incidente de nulidad, y si éste reúne los requisitos que hacen a su procedencia, el juez debe disponer su formación e imprimir el trámite que disponga la ley adjetiva de aplicación al caso.

El escrito de promoción de un incidente de nulidad debe ser claro, concreto y suficiente en sí mismo, y en el caso de remisión a otras piezas incorporadas al proceso, deberá distinguirse con nitidez todo aquello que concierna a la conformación de la cuestión que se propone y a la prueba que se quiere hacer valer. Todas las nulidades se deben tramitar dentro del propio proceso. La única nulidad que se tramita por cuerda separada es la nulidad de sentencia ejecutoriada.

Admitido el incidente se correrá traslado a la contraparte por el término de ley.

La apertura de prueba procederá si el juez lo considera necesario, y es facultativo. En cuanto a la recepción de la prueba y el plazo, nos remitimos a lo fijado en el CPC. Contestado el traslado y abierta la causa a prueba o no, según la decisión judicial, se dictará resolución. Contra el auto que resuelve la nulidad, procede en principio la apelación.”⁹⁸

3.4.6.- Incidente de nulidad y recurso de reposición

El recurso de reposición es un medio idóneo para impugnar nulidades. “Así lo sostiene prestigiosa opinión doctrinaria, entre los que podemos citar a Couture, para quien resulta el medio más eficaz y de breve alcance. Los recursos otorgados para provocar la declaración de nulidad son: reposición, la apelación y el recurso de nulidad.”⁹⁹

“La reposición establece que la rectificación de los errores de procedimiento se la haga en la misma instancia. Si el juez, en lugar de abrir la prueba, notifica a las partes con autos para sentencia, incurre en nulidad. Se puede solicitar al propio juez que incurrió en el error, la revocatoria de la providencia equivocada. Si el juez advierte su error y revoca la providencia, la nulidad queda reparada y no es menester acudir a otros medios de impugnación. La reposición aparece mencionada en texto expreso, que establece que la rectificación de los errores de procedimiento se hace en la misma instancia mediante dicho recurso. Es el medio de más breve alcance y de efecto inmediato.”¹⁰⁰

.Finalmente diremos entonces que, entre los recursos que pueden entablarse contra las resoluciones de los jueces, se halla el de *reposición*, de carácter no devolutivo, en cuya virtud, el litigante que se considere perjudicado por una *providencia o auto no definitivo*, puede acudir al mismo juez que lo dictó, a fin de que lo *revoque o modifique, con arreglo a derecho*

3.5.-La impugnación por vía de Juicio.

⁹⁸ Maurino, Luis: *Nulidades procesales*, 2001, pp 278 – 281.

⁹⁹ Couture, Eduardo: *Fundamentos del derecho procesal civil*, p 310.

¹⁰⁰ Flor R, Jaime: *Teoría general de los recursos procesales*, Editorial Corporación de estudios y publicaciones, Quito, 2003, p 37.

Se trata en este caso de ir contra la cosa juzgada; un proceso cualquiera sustanciado y finiquitado, que en algún pasaje de su historia incurre en vicios invalidantes advertidos después de dictada la sentencia. Nuestro CPC. hace silencio respecto del juicio de nulidad de sentencia ordena que debe ser competente para su conocimiento el mismo juez de primer nivel que conoció de la acción principal.

Las nulidades del pronunciamiento radican tanto en errores in iudicando, como en errores in procedendo, sin descartar los que han malformado la voluntad interna de las partes o del mismo juzgador (revocación de la cosa juzgada por defectos volitivos o por fraude o colusión con terceros, etc.). “El objeto de revisión en esta vía” dice Gozaíni, “no ocupa todos estos espacios, sino aquellos que demuestran vicios sustanciales que obtienen una sentencia consecuencia del fraude o estafa procesal.”¹⁰¹

Esta acción procede igualmente en la legislación ecuatoriana, porque como se sabe, el juez puede incurrir en errores que comprometen la forma de los actos, su estructura externa y la manera natural de efectuarse (error in procedendo) y, también cuando por su error se ve afectado el contenido de los actos procesales; es decir no se trata de la forma, sino del fondo (error in iudicando).

La ley prevé la posibilidad de demandar la nulidad de la sentencia ejecutoriada en los casos que determinan los arts 298 y 299 del CPC. La acción de nulidad debe ser deducida ante el propio juez de primera instancia que conoció el juicio principal, por el vencido en el juicio; pero no es dable deducir esta acción cuando la sentencia se encuentra ejecutada, tal como lo dispone el art 300 del CPC, con la excepción de los juicios de divorcio en los que cabe entablar la acción de nulidad dentro del año inmediatamente posterior al

¹⁰¹ Gozaini, A, Osvaldo: *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial Ediar, Año 2005, p, 536.

pronunciamiento del fallo, en el caso de que dicha sentencia, haya sido dada por la Corte Suprema de Justicia, o si se faltare a las solemnidades sustanciales primera y segunda del art. 299 del CPC

“Corresponde plantearse si se puede pretender obtener una declaración judicial de invalidez de actos procesales (incluido el pronunciamiento mismo) realizados en un juicio concluido y cuya sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada (formal o sustancial) *mediante un proceso autónomo, al que denominamos liminarmente acción de nulidad.*

La acción de nulidad, es una acción que se concreta exterioriza e instrumenta en una demanda principal introductiva de instancia. Se la califica de autónoma por ser generadora de una nueva instancia, distinta en principio de la que se intenta destruir. No debe confundirse esta acción con la demanda de nulidad de los actos jurídicos privados, pues ésta tiene su esfera de actividad fuera del proceso; ni tampoco asimilarlo con los medios extraordinarios de cancelación de la cosa juzgada.”¹⁰²

3.5.1.- Admisibilidad de la acción autónoma de nulidad.

La doctrina se ha pronunciado en forma divergente, aunque predomina en los autores modernos la postura que acepta esta acción. Debido a la falta de regulación legislativa, pasan a primer plano en este tópico el pensamiento de los hombres de derecho.

“El planteamiento de procedencia de una acción de nulidad contra la sentencia firme, vuelca el terreno de la discusión a dos disyuntivas clásicas: La primera de ellas se pregunta si la cosa juzgada es intangible o no. La segunda de carácter axiológico, coloca al jurista en la opción entre los valores justicia o seguridad. Y este discurrir teórico resulta vital para dar luz a la cuestión.

De este razonamiento concluimos que es admisible una acción autónoma de nulidad contra la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que excepcionalmente la justicia y la equidad lo exijan.

Con mayor exigencia, entendemos que resulta imprescindible, para su procedencia judicial, que se halle legislada sistemática y hasta minuciosamente, por los valores que están en juego, quizá más que en ninguna otra situación procesal.”¹⁰³

3.5.2.- Alcance de la acción de nulidad.

“Una acción rescisoria de un juicio nulo ha tenido siempre consagración especial, bajo distintas formas, en el derecho positivo. En nuestra misma legislación

¹⁰² Maurino, Luis: *Nulidades procesales*, 2001, pp 289 – 290.

¹⁰³ Maurino, Luis: *Nulidades procesales*, 2001, p.297.

tiene disposiciones especiales en lo referente al juicio ordinario posterior al ejecutivo, o a las acciones posesorias, etc.

Y para casos excepcionales de fraude, dolo o colusión, debe conceptuarse concedida y no negada una acción revocatoria dirigida a obtener la invalidación de los actos ilícitos, cubiertos de formas procesales, realizadas en perjuicio de terceros que no han litigado.”¹⁰⁴

3.5.3.-Legitimación y procedimiento. En cuanto al carácter, dijimos ya que es una acción autónoma en el sentido de que se trata de una demanda principal introductiva de instancia. Sobre la *materia*, “ *es la cosa juzgada obtenida con vicios intrínsecos* : dolo, violencia, fraude o simulación prohibida.”¹⁰⁵

Como es obvio, pueden solicitar la acción de nulidad las partes afectadas, los terceros perjudicados y el Ministerio Público, este último solamente en casos de nulidades absolutas de actos y contratos civiles; y obviamente en los procesos penales. En relación al procedimiento, como lo contempla nuestra legislación procesal, el trámite es el juicio ordinario para la nulidad de sentencia ejecutoriada, el mismo que comprende dos fases separables:

- 1.- En la primera se indaga sobre la existencia del motivo de nulidad y su relación causal con el pronunciamiento,
- 2.-En la segunda etapa, admitida la nulidad del proceso originario, el mismo juez debe decidir nuevamente sobre el fondo del asunto.

El objeto de la acción es la cosa juzgada que adolece “de desviación procesal”.”Esta debe revestir precisamente esa calidad. Además es necesario que padezca de ‘*desviación procesal*’, término que Peyrano considera más preciso que el de fraude procesal.”¹⁰⁶

“En cuanto a la carga probatoria, ésta deberá soportar su promotor. La valoración de las probanzas debe hacerla el Magistrado con criterio riguroso, y en cuanto al plazo debe aplicarse íntegramente el art. 4030 del CC que regula la prescripción de las acciones en general.”¹⁰⁷

¹⁰⁴ Couture, Eduardo: *Fundamentod del derecho procesal civil*, p 314.

¹⁰⁵ Maurino, Luis: *Nulidades procesales*, Buenos Aires, 2001, p 300.

¹⁰⁶ Peyrano, Jorge: *El proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1978, p 195.

¹⁰⁷ Maurino, Luis: *Nulidades procesales*, 2001, p 300.

En relación a lo señalado en la cita que antecede, la legislación ecuatoriana en el art. 113 prevé la obligación del actor de probar los hechos que ha propuesto en el juicio y, sobre la valoración es el art. 114 ibidem quien establece la forma y el como debe hacerlo el juez. Finalmente, sobre el plazo es el art. 2392 y siguientes del código civil que dan la pauta respecto a la aplicación de la prescripción de las acciones.

3.4.- Jurisprudencia.

Como un aporte personal al fin de enriquecer el trabajo, en anexo estoy incorporando varios fallos jurisprudenciales, que han sido seleccionados por tener los mismos de una u otra manera relación con el tema investigado, para la selección de los mismos he tomado como marco referencial los diversos aspectos abordados a lo largo del estudio.

Han merecido especial atención los fallos pronunciados por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, su análisis y sustento de la normativa han permitido un mejor conocimiento de la institución de las nulidades procesales, sus resoluciones son el más claro ejemplo de una correcta administración de justicia. Sin embargo, igualmente he anexado fallos de las otras salas, los mismos que sin desmerecer su importancia, igualmente han contribuido al presente trabajo.

La jurisprudencia tiene relación con los principios que rigen las nulidades procesales fundamentalmente el de preclusión, cuya importancia es analizada a fondo por los tribunales de casación.

Jurisprudencia No 1

Prontuario de Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, No 2; Primera Sala.-juicio verbal sumario Divorcio Luìs A Parreño contra Adriana Vivas.-sentencia de 7 de abril de 1989, nulidad del juicio por falta de citación con la demanda.

Comentario: En este juicio es evidente la violación de la solemnidad sustancial cuarta del art. 346 en vigencia (355 anterior numeración) esto es la falta de citación con la demanda al demandado o a quien lo represente. En la especie, tanto el juez a quo como los de alzada han omitido cumplir con las disposiciones contempladas en los art. 86 del CPC anterior numeración (82 actual), como lo establecido en el art. 119 del CC.

Por lo antes mencionado, rectificando los errores de derecho bien ha hecho la sala de casación al decretar la nulidad procesal de todo lo actuado a costa de quienes lo provocaron.

Jurisprudencia No 2

Tercera Sala Civil.-proceso No 282 – 2003.-juicio ordinario de reivindicación sigue H. Olguín contra V. Samaniego y otros, R.O.N. 320 del 23 de abril del 2004.-sentencia del 15 de diciembre del 2003.

Comentario: Del estudio de este proceso se desprende que se trata de un juicio un tanto confuso, evidenciamos que el actor induce al juzgador al error, también observamos que el actor viola la norma legal art. 86 del CPC anterior numeración, efectivamente, la falta de citación al heredero conocido no se ha cumplido provocando la nulidad procesal determinada en el art. 346 numeral

cuarto del actual art. 346, omisión de solemnidad sustancial común a todos los juicios que causa nulidad procesal.

Por tal razón es justo el fallo de casación que decreta la nulidad procesal por falta de citación. El argumento fundamental de la sala es que, una vez advertida la omisión de una solemnidad sustancial por el juzgador, éste está obligado a declarar de oficio la nulidad procesal aun cuando no se haya alegado; porque, la presencia de estos vicios es de tanta importancia que impone a los jueces y tribunales la obligación de analizarlos para determinar la validez procesal.

Jurisprudencia No 3

Resolución No 258 – 2001.- R.O.N. 416 de 20 de septiembre del 2001; juicio verbal sumario No 88 – 2001 sigue Germania Taco Pérez contra Jaime Yáñez Salcedo.- Primera Sala Civil.

Comentario: Considero que en realidad no me equivoqué al señalar que mereció especial atención de mi parte las resoluciones de la primera sala; porque, efectivamente, una vez más es importante destacar lo que los magistrados mencionan en este fallo, con amplio conocimiento, experiencia ratifican que la citación es un acto procesal del juez realizado a través del secretario o del citador, mediante el cual se pone por escrito en conocimiento del demandado la demanda y la providencia recaída en ella. Toda demanda ha de citarse necesariamente a la parte contra quien se dirige, para dar efectiva vigencia al principio del debido proceso. La citación es un presupuesto procesal fundamental, por ello nuestra ley procesal lo coloca entre las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias., cuya omisión acarrea la nulidad del proceso; siempre, por supuesto, que no se haya

saneado o convalidado, porque como sabemos las nulidades procesales son susceptibles de ser convalidadas en la forma establecida en la ley.

Es amplia la explicación que los magistrados de la sala dan respecto a los tipos de citación de cuyo razonamiento se concluye que la resolución pronunciada a mi juicio es correcta, porque efectivamente la sentencia de la Corte Superior de Quito adolece de vicio in procedendo contemplado en la causal segunda del art. 3 de la ley de Casación.

Jurisprudencia No 4

Registro Oficial No 120 de 31 de julio de 1997, pag. 21

Comentario: Este caso es muy importante porque los magistrados de la Sala de Casación ponen una vez más al descubierto los errores en los cuales incurren tanto el juez a quo como los jueces de alzada, efectivamente, vemos como aclaran que la nulidad procesal no puede ser declarada mediante sentencia sino por auto; y, que la misma procede únicamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales en la organización del proceso, o cuando hay violación de trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando

Constituye un error sustancial de los jueces de la quinta sala de la Corte haber dictado una nueva sentencia en el caso que nos ocupa, pues como bien anotan los magistrados, debieron pronunciarse sobre la nulidad declarada por el juez o quo, lo cual no lo hicieron. Por ello, la resolución de la sala de casación es acertada porque rectifica todos los errores de los jueces de segunda instancia que han viciado todo el procedimiento de esta instancia de nulidad insanable que no puede convalidarse legalmente dado que la competencia y la tramitación y resolución del recurso de apelación no ha sido concedido por el

legislador al arbitrio de las partes ni del juzgador; éste el argumento principal para que la sala decreta la nulidad del fallo recurrido y con él todo lo actuado.

Jurisprudencia No 5.

Proceso 238 – 2003.- Primera Sala de lo Laboral.-sentencia de 4 de noviembre del 2003; R.O.N. 292 de 15 de marzo del 2004.

Comentario: Se continua evidenciando las confusiones en las que incurren los señores jueces de alzada, en la especie los jueces de apelación no se han percatado de la serie de yerros jurídicos en los que ha incurrido tanto la parte actora como la jueza de primer nivel al dictar el fallo con agravio a la ley.

En este caso la acción se ha intentado violando la causal segunda del art. 355 anterior numeración (346 actual) del CPC, es decir al no tener personería jurídica el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, debió citarse con la demanda al señor Procurador General del Estado que es el representante legal en estos casos de las instituciones públicas que carecen de personería, incluso volvió a caer en error el actor al reformar la demanda y solicitar que se le cite al señor Ministro del ramo, persona que tampoco ostentaba la calidad de representante legal; todo lo cual provoca efectivamente que la causa sea nula por la violación de la segunda causal de las solemnidades sustanciales como lo es la ilegitimidad de personería.

Jurisprudencia No 6

Proceso 283 – 2003.- Segunda Sala Laboral.-sentencia 18 de noviembre 2003.-R.O.N. 275 de 17 e febrero del 2004.

Comentario: Comentando el fallo diré que el argumento fundamental de los casacionistas es sostener que el tribunal de alzada dictó la sentencia sin tener competencia, pues aducen que la accionante se encontraba durante el tiempo

de servicio invocado para la jubilación, amparada por la ley de Carrera Docente y escalafón, por lo cual los jueces laborales no tenían competencia para conocer de este juicio, invocan como sustento jurídico legal las normas de la Constitución, del Código del Trabajo, del Código de Procedimiento Civil y de la misma Ley de Carrera Docente y Escalafón.

Por todo lo expuesto en el mencionado fallo, estimo que la resolución de la sala de casación al declarar la nulidad del proceso a partir de fojas uno y a costa del juez quinto del trabajo de Guayaquil y Ministros de la Tercera Sala de la Corte del mismo distrito, es correcta y ajustada a derecho, pues efectivamente dichos funcionarios judiciales actuaron sin competencia, provocando la violación del trámite y de la causa que se está juzgando, a más de que la competencia es solemnidad sustancial en todo juicio.

Jurisprudencia N o 7

Proceso No 288.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-sentencia 12 de noviembre del 2003.-R.O.N. 318 del 21 de abril del 2004.

Comentario: Este caso también es importante, pues se trata de un recurso subjetivo que se presenta ante el Tribunal Distrital No 1 de lo Contencioso Administrativo contra la Resolución expedida por el Intendente de Compañías de Quito, mediante los cuales se aprobó inicialmente el acto societario consistente en la transformación de compañía limitada a compañía anónima, aumento de capital, reforma y codificación de los estatutos de la C.F.M. Cía Ltda.

La acción contencioso administrativa ha sido instaurada en nuestra legislación como mecanismo de protección al individuo común frente a los actos o abusos

del poder de la autoridad pública, y con el propósito de restaurar la legalidad de las actuaciones del poder público que obra en ejercicio de sus funciones.

Es conocido que la jurisdicción nace de la ley y tiene el propósito de hacer efectivo el derecho de petición de los ciudadanos en el ámbito judicial. Es evidente conforme al sistema procesal no solo civil o laboral, sino también a las de esta jurisdicción que una vez planteada la demanda y trabada la litis con la contestación de la demanda, el proceso puede concluir con la sentencia que en derecho corresponda.

El pronunciamiento de la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso de Quito no es jurídico, ni admite sustento al menos lógico, esta sala al haber omitido el conocimiento y resolución de la litis en sí, no hay duda que se violó el trámite inherente a la naturaleza de la causa e influyó en su decisión generando así la nulidad procesal al tenor del art. 59 de la ley de esta jurisdicción que ha sido alegada expresamente en el recurso interpuesto; por tal razón, el fallo de casación hace lo correcto al aceptar el recurso y declarar la nulidad al estado de la traba de la litis y a costa de los magistrados de la Segunda Sala del Tribunal Contencioso Administrativo No 1 de Quito.

Jurisprudencia No 8

Resolución 34 – 2004.-juicio No 272 – 2002, juicio ordinario que por nulidad de sentencia siguió Jorge Espinoza Vintimilla contra el Dr. Manuel Campoverde Vanegas.-Gaceta Judicial Serie XVII, número 13.

Comentario:

El caso trata sobre el juicio de honorarios profesionales que al decir del actor ha sido propuesto violando disposiciones pertinentes e inherentes a estos tipos de trámite y que además demandó ante un juez que no era el que conoció de la

causa que defendía el profesional demandado. El fallo del juez de primera instancia y el pronunciado de la sala de apelación (fallo de mayoría) son ilegales, porque al rechazar la demanda efectivamente están violando normas procesales, concretamente la solemnidad segunda del art. 355 anterior numeración que se refiere a la competencia del juez o tribunal que conoce del juicio que se ventila, omisión o error de derecho que si es rectificado en el fallo de minoría o voto salvado de uno de los miembros de la sala.

En síntesis, bien hace la sala de casación al señalar que la jurisprudencia es coincidente al reconocer que la controversia por pago de honorarios entre abogado y cliente debe resolverse dentro del procedimiento establecido por el CPC. Igualmente, los magistrados hacen caer en cuenta en su resolución que el art. 358 anterior numeración del CPC determina que los jueces y tribunales declararán la nulidad procesal aunque las partes no hubiesen alegado la omisión cuando se traten de las solemnidades 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 6ª, y 7ª, comunes a todos los juicios e instancias como ha sucedido en la especie. Por todos estos argumentos, este fallo de casación es importante para nuestro estudio porque una vez más pone al descubierto las falencias que los juzgadores de primer nivel e inclusive los de apelación tienen al momento de resolver una causa, el análisis es una prueba más de las reiteradas ocasiones en que los mismos incurren en violaciones de normas procesales que obviamente acarrearán la nulidad procesal tema que ha merecido nuestro estudio.

Jurisprudencia No 9

Proceso 336 -2003.-sentencia 24 de noviembre 2003.-R.O.No 356 de 15 de junio del 2004.-Primera Sala de lo Civil y Mercantil.

Comentario: El caso tiene que ver con el juicio ordinario que por indemnizaciones por daño moral ha seguido el señor C. Ormeño en contra de la Flota interprovincial Fluminense asociada y de otros. Una vez más en el caso que nos ocupa evidenciamos como la sala de casación hace hincapié en un hecho muy esencial como es el deber que los jueces tienen de asegurar su competencia para resolver el proceso que se somete a su conocimiento, para de esta manera evitar incurrir en la omisión e la solemnidad sustancial prevista en el numeral segundo del art. 355 anterior numeración del CPC.

La presente acción tiene como origen una acusación particular cuya sentencia se dictó el 27 de agosto del 2001, la citación con la demanda se perfeccionó el 26 de noviembre del 2001, es decir cuando ya había entrado en vigencia la totalidad del articulado del Código de Procedimiento Penal, razón por las que las disposiciones de este código eran las que se debieron aplicarse en la especie y concretamente en lo que respecta al juez competente. Por lo tanto, al haber conocido este asunto el juez de lo civil lo ha hecho sin competencia, violando de esta manera la disposición del art. 355 numeral 2 del CPC, viciando el proceso de nulidad insanable que ha influido en la decisión de la causa y que no pueda quedar convalidada en caso alguno porque no hay prorrogación de la competencia del juez de lo civil en razón de la materia objeto del enjuiciamiento. De lo anotado se concluye entonces que, la resolución de la sala es ajustada a derecho cuando dispone la nulidad del proceso a partir de la calificación de la demanda y sin derecho a reposición.

Jurisprudencia No 10

Resolución No 36 – 2001.-juicio No 88 – 1998.-R.O.N. 289 de 21 de marzo del 2001.-Actor Hipatia Salcedo, Demandado Elsa Velasco.

Comentario: La jurisprudencia en comento tiene que ver con un juicio de nulidad de sentencia ejecutoriada dictada por la tercera sala de la Corte Superior de Quito. Los magistrados de esta sala son muy puntuales al examinar el proceso, por ello señalan que un proceso se estructura con la reunión de actos que realizados unos por las partes y otros por el juez buscan la efectividad de los derechos subjetivos por medio de la sentencia, actos que están sujetos a formalidades señaladas en el CPC; cuando el acto se aparta de esas formalidades y estas son sustanciales y no pueden convalidarse, se produce la nulidad procesal como ha ocurrido en el presente caso.

También expresan los magistrados que las causales para la nulidad de sentencia ejecutoriada son taxativas y no meramente ejemplificativas, fuera de estas causales no procede en ningún supuesto la nulidad de sentencia ejecutoriada, más aun si lo dicho ha sido reiterado en muchos fallos por esta misma sala en el sentido de que no procede la nulidad de sentencia ejecutoriada dictada en juicio ejecutivo, porque tal impugnación debe hacerse en juicio separado con arreglo al art. 458 anterior numeración del CPC. De tal manera que, en la especie nuevamente evidenciamos las violaciones a las normas procesales en la que incurren tanto el juez a quo como el tribunal de alzada, lo cual es lamentable y deja al descubierto la poca o ninguna responsabilidad e imparcialidad con la que determinados jueces actúan en el ejercicio de sus funciones.

CONCLUSIONES

1.- La norma del art. 169 de la actual Constitución, es la prueba más fehaciente de que nuestra carta magna permite dejar de lado omisiones de formalidades rituales, pero no requisitos legales para constituir un derecho o proponer una acción. Dicho de otra manera, nuestra constitución lo que pretende es una ágil administración de justicia, en donde prevalezcan los principios procesales de simplificación, uniformidad, celeridad, eficiencia, inmediación y sobre todo economía procesal pasando por alto ciertas formalidades rituales consideradas no esenciales para la correcta aplicación de la ley y la determinación del derecho.

2.-No puede perderse de vista que el fin primordial de las nulidades procesales es asegurar la vigencia del derecho fundamental al debido proceso contemplado en el art. 24 de nuestra constitución, luego debe procurarse que los jueces y magistrados tengan presente esta garantía y, qué mejor manera de hacerlo, si dichos funcionarios actúan de manera eficaz, oportuna, a fin de declararlas, dejar sin efecto las actuaciones afectadas de este vicio, con el propósito de que la parte perjudicada con el perjuicio, sea protegida.

3.- Concomitante con lo indicado, de lo que se trata es armonizar la norma constitucional del art. 169 del Código político que dice: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de

formalidades”. En definitiva, lo que se busca es hacerle más inmaculado al proceso eliminando al máximo las causales que podrían derivar en nulidad, norma constitucional que se relaciona con el art. 169 ibidem.

4.- En los tiempos actuales esa es la tendencia, no retardar injustificadamente el trámite de los juicios, por aquello, soy del criterio que en la mayoría de los casos se debe estar por sacrificar ciertas formalidades en los juicios consideradas como no esenciales, para de esta forma alcanzar la tan deseada armonización de la norma constitucional citada; considero que vale la pena en aras de una mejor administración de justicia, apartarse de dichas formalidades, para de esta manera garantizar un derecho que el estado otorga a todo ciudadano como lo es el debido proceso, la defensa en juicio y la justicia sin dilaciones.

5.- Otra de las conclusiones tiene que ver con los efectos de la declaración de una nulidad procesal; y, para lo cual ha sido necesario puntualizar en primer lugar si la misma corresponde al acto, al procedimiento o al proceso mismo. Entonces bajo esa premisa diré que, el principal efecto que produce una declaración de nulidad constituye, sin lugar a dudas la ineficacia del acto; así por ejemplo, destruye todo el proceso cuando el juez carece de jurisdicción o competencia para conocer la causa; pero en otras ocasiones la nulidad puede presentarse en el curso de la litis, cuando el proceso está avanzado, como cuando no se notifica la sentencia. En otras palabras, la importancia del efecto de la declaración judicial de una nulidad procesal, constituye que ella despoja de virtualidad al acto del proceso.

Adicionalmente en nuestra legislación sustantiva los efectos se hallan determinados en los arts. 1.704 y siguientes, y en lo que al Código procesal civil se refiere, los mismos se hallan determinados en los arts.349, 350,351.

6.-La base para arribar a esta conclusión, radica en que, los efectos de la declaración de una nulidad se asientan indiscutiblemente en el principio normativo de que las leyes procesales son, en esencia, de derecho público, lo cual no permite que éste sea burlado sin producir las adecuadas consecuencias. Por ello que en nuestro derecho al igual que en los demás, la nulidad como se dijo en su oportunidad, debe constar señalada en texto legal expreso, y para que el acto procesal sea declarado nulo, sus causas deben ajustarse a la definición legal, al tiempo mostrar su influencia en la decisión.

7.- Nuestra legislación como se ha visto ha dado a la nulidad una división específica que se regula por normas de distinta índole: nulidad absoluta y relativa, separación que comprende la extensión e intensidad de los efectos de cada una y que, por lo mismo, la una es completa, total mientras que la otra es parcial, cualidades que obviamente influyen en distinto grado en el proceso, así como en las medidas que la ley provee para la corrección de sus negativos efectos, para su alcance y aun para las medidas de saneamiento o reparación. Las disposiciones que hacen relación a los efectos son los arts. 344, 345 y siguientes del CPC en vigencia, que claramente establecen cuales son las consecuencias derivadas de la declaración de una nulidad procesal.

8.- Nuestra ley procesal establece los recursos de apelación, casación y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso (art. 320) No menciona el recurso de nulidad; es decir , no tiene autonomía procesal , por lo tanto, debe ser interpuesto conjuntamente con el recurso de apelación. Es decir lo que hizo nuestro legislador es subsumirlo en él lo cual no ocurre en otras legislaciones como la argentina, colombiana. En definitiva, es de advertir que en el fondo, el recurso de nulidad jamás ha desaparecido de nuestro ordenamiento procesal muy a pesar de haber sido derogado; por el contrario diré que se mantiene vigente, pero de manera camuflada) más si consideramos que en nuestro sistema existen sentencias que no admiten apelación y por lo mismo se deniega el pedido de nulidad, aunque en el trámite del juicio se hubiere violado las normas de los arts. 346 y 1014 del CPC.

9.- La nulidad procesal tiene su campo propio y se produce por error in procedendo, es decir por haberse omitido las solemnidades que caracterizan a los juicios sin tocar el error in iudicando. Sin embargo, hemos visto que tanto en la doctrina como en la ley, el recurso de nulidad se junta con el de apelación y promueven en solo acto. En otras palabras, el recurso de nulidad no busca subsanar los agravios, como lo hace el de apelación, sino que se basa en la violación de las formas procesales, que son las que aseguran una eficaz presencia de las partes en el proceso.

10.- De la investigación se desprende también que el fin inmediato de la ley procesal constituye la aplicación de la disposición legal al caso concreto,

buscando con esto la administración de justicia cumplir y hacer cumplir los derechos que el Estado garantiza constitucionalmente a todo ciudadano.

11.- También es importante recordar que la nulidad tanto sustantiva como procesal, constituye en definitiva una sanción de orden civil que impone la ley para sancionar el incumplimiento o desacato de las condiciones, requisitos o solemnidades internas o externas especificadas expresamente por ella para la existencia, validez o eficacia de los actos sustantivos y procesales que gobierna.

12.- Constituye vital para el presente trabajo, determinar que la teoría de las nulidades sustantivas y la teoría de las nulidades procesales se encuentran vinculadas, ya directa o indirectamente, con todas las ramas del derecho y, no en particular con una de ellas. Pero, igualmente es importante insistir en un hecho, las reglas de la nulidad sustantiva y las reglas de la nulidad procesal civil no son de libre intercambio o aplicación; por lo tanto, las disposiciones legales de las nulidades sustantivas no pueden aplicarse a las procesales, ni éstas a aquellas.

13.- Otro aspecto a destacar constituye el hecho de que, no procede la nulidad de un proceso que debiéndose tramitar en juicio verbal sumario o en juicio ejecutivo, se lo ha tramitado en juicio ordinario; porque, como se conoce, la tramitación de éste, es más larga que la de aquellos y, las partes pueden ejercer con mayor amplitud y plenitud su defensa. En tal virtud, la tramitación en

juicio ejecutivo o verbal sumario de un asunto que debió tramitarse en juicio ordinario, anula el proceso.

14.- Las nulidades conforme criterio de la doctrina y también de nuestra legislación procesal son renunciables, subsanables por las partes, las mismas que pueden también dentro del proceso, convenir en prescindir de la nulidad, con la excepción que la misma ley determina; es decir por falta de jurisdicción, la cual es insubsanable.

15.- Es de aspirar que nuestro legislador logre armonizar de mejor manera lo relacionado a las solemnidades sustanciales que permitan acabar con el mayor obstáculo que enfrenta la justicia como es la arbitrariedad y el retardo injustificado en ciertos casos; y, porqué no decirlo, hasta la ineficiencia de ciertos jueces que ven en las nulidades procesales su mejor justificación para salirse del enredo al que le han sometido las partes procesales. Recordaré además que , en el curso de la investigación, advertimos de la presencia de determinadas nulidades que no son consideradas sustanciales, pero también ocasionan efectos determinantes al interior del proceso.

BIBLIOGRAFIA.

- Canosa, Torrado, Fernando: *“Las Nulidades Procesales en el Derecho Civil”* Bogotá, Editorial. Jurídica Gustavo Ibáñez, 2da edición, Año, 1995.
- Velasco, Celleri, Emilio: *“Sistema de Práctica Procesal Civil”*, Quito, Editorial. Pudeleco, 1era edición, Tomo 4to, Año 1996.

- Coello, García, Enrique: “*Sistema Procesal Civil* “ ,Cuenca, Tomo II, Editorial. Fondo de Cultura Ecuatoriana, Año 1992.
- Márquez, González, José, Antonio: “*Teoría General de las Nulidades*” México, Editorial. Porrúa, 3ra edición, Año 2003.
- Devis, Echandía, Hernando: “*Teoría General del Proceso*”, Buenos Aires Editorial. Universidad, 3ra edición, Año , 2002.
- Lovato, Vargas, Juan, Isaac: “*Programa Analítico del Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*”, Quito Editorial, Corporación Editora Nacional, Volumen 18, Tomo 10 , Año 2002.
- Maurino, Luís, Alberto: “*Nulidades Procesales*”, Buenos Aires, Editorial. Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, 2da edición, Año 2001.
- Gozañi, Osvaldo, Alfredo: “*Elementos del Derecho Procesal Civil*”, Buenos Aires, Editorial. Ediar, 1ra edición, Año 2005.
- Flor, Rubianes, Jaime: “*Teoría General de los Recursos Procesales*”, Quito, Editorial. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2da edición, Año 2003.
- Véscovi, Enrique: “*Teoría General del Proceso*”, Bogotá, Editorial, Temis, 2da edición, Año 2006.
- Canosa, Torrado, Fernando: “*Las Nulidades en el Derecho Civil*”, Santa Fe de Bogotá, Editorial, Doctrina y Ley, 1ra edición, Año 1997.
- Sanabria, Santos, Henry: “*Nulidades en el Proceso Civil*”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Año, 2005.
- Couture, Eduardo: “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*”, Montevideo Editorial. B de F, 4ta edición, Año 2004.

- Vintimilla, Patricia: *“Las Nulidades en el Procesalismo Civil”*, Guayaquil, Editorial, Jurídica Miguez Mosquera, 1ra edición, Año, 2005.
- Zavala, Baquerizo, Jorge: *“Tratado de Derecho Procesal Penal”*, Guayaquil, Editorial. Edino, Tomo IX, Año 2007.
- De Santo, Víctor: *“Nulidades Procesales”*, Buenos Aires, Editorial, Universidad, Buenos Aires, 2da edición, Año 1999.
- Palacio, Lino, Enrique: *“Manual de Derecho Procesal Civil”*, Buenos Aires, Editorial, Abeledo –Perrot, Año 2002.
- Código de Procedimiento Civil: *“Suplemento del Registro Oficial Número 58”*, Año, 2005.
- Código de Procedimiento Penal: Quito, Editorial. Corporación de Estudios y Publicaciones, Año 2007.
- Código, Civil: *“Suplemento del Registro Oficial Número 46”*, Quito, Año, 2005
- Constitución, Política del Estado: Quito, Editorial. Corporación de Estudios y Publicaciones, Registro Oficial No 449, octubre 2008
- Cruz, Bahamonde, Armando: *“Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil”*, Guayaquil, Editorial Edino, Año, 2001, 2da edición, Volumen quinto.
- Morán , Sarmiento, Rubén: *“Derecho Procesal Civil Práctico”*, Guayaquil, Editorial Edilez S.A. Año 2008, segunda edición, Tomo 1 y 2.
- Peñaherrera, V, Manuel: *“Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal”*, Editorial Universidad, Quito, 1958, Tomo primero.

ANEXOS.