Juicio No. 11333-2018-02862

JUEZ PONENTE: MALDONADO GRANDA CARLOS FERNANDO, JUEZ PROVINCIAL (PONENTE)

AUTOR/A: MALDONADO GRANDA CARLOS FERNANDO

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. - SALA CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE LOJA. Loja, jueves 12 de marzo del 2020, las 11h55. VISTOS.- El auto interlocutorio que se dicta en el presente proceso es el siguiente: **PRIMERO.-** El Tribunal esta integrado por los señores jueces provinciales Dr. Carlos Tandazo Roman; Dr. George Salinas Jaramillo; y, Dr. Carlos Fernando Maldonado Granda, (Ponente).- **SEGUNDO.- Las partes procesales que intervienen en este proceso son**: Mario Alberto Carrión Ocampo (actor); y, los señores Servio Aníbal Carrión Ocampo, Rosario Irene Carrión Ocampo y Dra. Lupe Patricia Quiñonez (demandados).- **TERCERO.- La enunciación resumida de los antecedentes del hecho.-** El caso sub júdice, es un juicio de nulidad de escritura pública en donde pide la nulidad puesto que presumen que la firma de la vendedora no le pertenece. Por su parte los demandados, han planteado como excepción previa la falta de legitimación en causa y la prescripción como mecanismo de defensa. Una vez que se ha tramitado el proceso, el señor juez a-quo, ha dictado auto interlocutorio por el que acepta la excepción previa de falta de legitimación en causa.- Se ha pedido que se reforme y luego se indebidamente se ha solicitado un recurso de apelación y que el juez indebidamente ha concedido.- Radicada la competencia, se ha procedido a notificar a las partes procesales para la audiencia de APELACIÓN, la que se llevó a efecto y se resolvió oralmente, en esta oportunidad se reduce a escrito la decisión; **CUARTO.- 4.1.- Audiencia de Apelación.- a) Fundamentación del recurrente.-** En forma resumida manifestó: Sobre la nulidad, en el juicio ordinario se interpuso el recurso del art. 2 de la resolución de la Corte Nacional, se alega la nulidad del auto de fecha 2 de diciembre, alegamos nulidad por la inobservancia art. 75 y 76 Constitución, puesto que en la audiencia se permitió la presencia del señor Servio Carrión pese a otorgó procuración judicial, la norma esta escrita no se dio la terminación a la procuración concedida, que se amparan en el art. 2067 del c. civil, no terminó la procuración concedida y comparece, en la contestación a la demanda. Se alegó falta de legitimidad y la prescripción de la acción solo se resolvió sobre una excepción, cuando se concede la apelación el juez concede equivocadamente al demandado, quien interpuso la apelación fuimos los accionantes, en este punto no se trata de un asunto de intereses sucesorios sino de nulidad de un instrumento público porque la firma no es de la persona que consta en el documento, se dice que no se ha contado con la esposa del señor Mario Carrión, no se tomó en cuenta porque ella no sabía de la compra, al tratarse de una nulidad se accionó contra las personas que constan en el documento, demandamos la nulidad del instrumento público, no se trata de derechos sucesorios, estamos reclamando la nulidad para posteriormente reclamar en los tramites de inventario y partición. El señor Servio Carrión no presenta la cédula de su esposa, la excepción planteada por la parte accionada no se debió conceder en primera instancia se trata de una nulidad de instrumento público, tampoco se debió tomar en cuenta la comparecencia; **b).- Contestación.-** En forma resumida manifestó: La nulidad ha sido alegada por cuanto compareció mi defendido a la audiencia, los dos señores me otorgaron procuración judicial, el señor compareció a la audiencia pero no hay prohibición para que comparezca a la audiencia, no se puede prohibir la comparecencia del interesado a la audiencia, no se ha vulnerado el derecho a la defensa de las partes, solicito

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
Firmado por CARLOS FERNANDO MALDONADO GRANDA C=EC L=LOJA; Firmado por GEORGE SALINAS JARAMILLO C=EC L=LOJA; Firmado por CARLOS TANDAZO ROMAN C=EC L=LOJA

se deseche el recurso de apelación. Se dieron las réplicas debidas; **4.2.-** Previo a pronunciamiento de fondo el Tribunal, debe verificar si existe recurso de apelación, si se interpuso en el tiempo oportuno, de superar esta primera verificación, puede darse la fundamentación de fondo sobre el asunto de fondo, para justificar aquellos debemos mencionar: El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y de justicia, y el sistema procesal es un medio para la realización de justicia de quienes acuden a ella reclamando sus derechos, como establecen los artículos 1 y 169 de la Constitución del Ecuador, y 18 del Código Orgánico de la Función Judicial. Las pretensiones de las partes deben tramitarse aplicando el principio dispositivo contemplado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dispone que todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada y que las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso. Conforme al mandato contenido en el artículo 76.7, letra l) de la Constitución de la República, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso. La falta de motivación y de aplicación de la norma constitucional en referencia, ocasiona la nulidad de la resolución; **4.3.- a)** El escrito se ha presentado solicitando una supuesta nulidad procesal por la intervención del procurador judicial conjuntamente con su cliente en la audiencia preliminar. Al respecto hay que aclarar que las nulidades procesales solamente pueden y deben ser tratadas conjuntamente con el recurso de apelación que podría darse de la decisión de fondo que tome el señor juez a-quo, no existe por sí solo un recurso para revisar solamente una supuesta nulidad procesal; **b).-** El juez a-quo, ha fijado día y hora para audiencia preliminar que se lleva a efecto, con la concurrencia de la partes procesales, en donde el juez atiende y resuelve una excepción previa de las dos fijadas (cuando debía resolver todas las excepciones), empero de aquello termina resolviendo solamente la falta de legitimación causa en auto interlocutorio, en donde en la parte final comete un lapsus calami, al manifestar que el que apelo es la parte demandada cuando lo correcto es la parte actora como lo aclara posteriormente, este auto se dio el jueves doce de diciembre. Para que entienda los recurrentes, es preciso mencionar que en el momento de contestar una demanda se pueden proponer excepciones, que en nuestro sistema son taxativas, es decir solamente se pueden plantear las contenidas en el art. 153 del COGEP, dentro de aquellas se denominan excepciones (i) SUBSANABLES Y (ii) NO SUBSANABLES, las primeras (i) que permiten corregir o enmendar la demanda con la finalidad que pueda proseguir el proceso, por lo tanto, no PONEN JAMÁS FIN AL PROCESO, (ii) aquellas que ponen fin al proceso, por ejemplo, la PRESCRIPCIÓN, CADUCIDAD, COSA JUZGADA ENTRE OTRAS. La excepción resuelta por el señor juez a-quo, (legitimación en causa) es una excepción subsanable por lo tanto PERMITE QUE LA PARTE ACTORA ENMIENDE, CORRIGA o SUBSANE SU DEMANDA, para que se pueda proseguir con el proceso, conforme lo dispone el art. 295 del COGEP, que manifiesta: [a] **Resolución de excepciones**. Se resolverán conforme con las siguientes reglas: 1. Si se acepta una excepción previa que no es subsanable, se declarará sin lugar la demanda y se ordenará su archivo. 2. Si se acepta la excepción de defecto en la forma de proponer la demanda, la parte actora subsanará los defectos dentro del término de seis días, otorgando a la parte demandada el término de diez días para completar o reemplazar su contestación y anunciar prueba, atendiendo las aclaraciones o precisiones formuladas. De no hacerlo se tendrá la demanda o la reconvención por no presentada. **3. SI SE ACEPTAN LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE CAPACIDAD, DE FALTA DE PERSONERÍA O DE**

INCOMPLETA CONFORMACIÓN DEL LITISCONSORCIO SE CONCEDERÁ UN TÉRMINO DE DIEZ DÍAS PARA SUBSANAR EL DEFECTO, BAJO APERCIBIMIENTO DE TENER POR NO PRESENTADA LA DEMANDA Y DE APLICARSE LAS SANCIONES PERTINENTES. 4. Si el asunto es de puro derecho se escuchará las alegaciones de las partes. La o el juzgador emitirá su resolución y notificará posteriormente la sentencia por escrito. Terminados los alegatos, la o el juzgador podrá suspender la audiencia hasta que forme su convicción, debiendo reanudarla para emitir su resolución mediante pronunciamiento oral de acuerdo con lo previsto en este Código" (Lo resaltado y en mayúsculas es del Tribunal). En el auto interlocutorio del juez de fecha 12 de diciembre es lo que sucede, aunque debía resolver todas las excepciones planteadas.- En esa situación jurídica que se encontraba, indebidamente la parte actora solicita se "REFORME" el mencionado auto, cuando la norma establecida en el art. 254 del COGEP, solo permite reformar un auto de sustanciación, pero no este auto interlocutorio, es verdad que existe un lapsus calami en la parte final del auto, pero aquel se puede corregir, con lo dispuesto en el art. 110 del COGEP, pero aquello, en nada altera el contenido de dicho auto, recordemos que la sentencias y autos interlocutorio por la su inmutabilidad contenida en el art. 100 del COGEP, no pueden ser alterados, lo que puede pedirse es su aclaración o ampliación dentro de audiencia, empero de aquello este error de escritura en el nombre correcto de quien apelo, era subsanable, el hecho que haya corrido traslado con ese escrito, no interrumpe el término que se concede para la apelación cuando hubiere; **c).-** Es preciso analizar en el presente caso si existe recurso de apelación, al respecto decimos: el art. 256 del COGEP manifiesta: "El recurso de apelación procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de la primera instancia, así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso. Podrá interponerse de manera oral en la respectiva audiencia". Esto en concordancia con el art. 250 inciso segundo del COGEP, "(¼) **SE CONCEDERÁN ÚNICAMENTE LOS RECURSOS PREVISTOS EN LA LEY. SERÁN RECURRIBLES EN APELACIÓN, CASACIÓN O DE HECHO LAS PROVIDENCIAS CON RESPECTO A LAS CUALES LA LEY HAYA PREVISTO ESTA POSIBILIDAD.** La aclaración, ampliación, revocatoria y reforma serán admisibles en todos los casos, con las limitaciones que sobre la impugnación de las sentencias y autos prevé esta Ley(¼)" (Lo resaltado y en mayúsculas es del Tribunal). Las normas procesales, son claras no necesitan explicación, empero de ello, es preciso mencionar a doctrinarios como el Dr. Carlos Ramírez, en la obra Principales cuestiones acerca del Código Orgánico de Procesos en preguntas y respuestas, en la pag. 127., cita a Enrique Véscovi, que dice: "la naturaleza humana tiende a rechazar lo que va en contra de sus intereses, atendiendo a esa condición humana, tanto el derecho comparado como los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporan el derecho a recurrir un elemento fundamental de la tutela judicial efectiva del debido proceso. El ordenamiento constitucional ecuatoriano incorpora el derecho a recurrir, cuya manifestación más importante es el principio de la doble instancia, también conocido en materia penal como doble conforme, que se materializa en el recurso de apelación., Históricamente, el legislador había establecido una regla general según la cual, desde la época del Código de enjuiciamiento Civiles de 1869 hasta el Código de Procedimiento Civil de 2005, existía la posibilidad de apelar de cualquier sentencia o auto definitivo y cualquier otra decisión judicial que no estuviere prohibida expresamente. En el COGEP esta regla ha cambiado de tal suerte que, de conformidad con el art. 256 del COGEP los recursos proceden contra autos interlocutorios dictados en primera instancia y contra los que ley conceda recurso. El legislador ha invertido la regla de tal suerte que donde antes había

denegación expresa, hoy hay concesión expresaº. El Tribunal analiza que de lo que se recurre es de un auto interlocutorio en donde se resolvió una sola excepción de las planteadas, como es la legitimación en causa, aquella excepción como lo manifestamos ut supra, es una excepción SUBSANABLES, en tal virtud, NO PONE FIN AL PROCESO, por lo tanto estaría incursa en lo dispuesto en el art. 296 del COGEP que manifiesta: ª296.- **Resolución de recursos.** En la audiencia preliminar, se resolverán los recursos propuestos que se regirán por las siguientes reglas: 1. El auto interlocutorio que rechace las excepciones previas, únicamente será apelable con efecto diferido. **SI LA RESOLUCIÓN ACOGE LAS EXCEPCIONES PREVIAS O RESUELVE CUALQUIER CUESTIÓN QUE PONGA FIN AL PROCESO SERÁ APELABLE CON EFECTO SUSPENSIVO**. 2. La ampliación y la aclaración de las resoluciones dictadas se propondrán en audiencia y se decidirán inmediatamente por la o el juzgadorº (Lo resaltado y en mayúsculas es del Tribunal). Es decir, la resolución que dio el señor juez a-quo, NO PUSO FIN AL PROCESO, lo manda a SUBSANAR, **POR LO TANTO NO EXISTE RECURSO DE APELACIÓN; d).-** El principio constitucional conocido como el derecho a la doble instancia, establecido en el Art. 76 literal m) de la Constitución de la República del Ecuador que manifiesta: ªRecurrrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida **sobre sus derechos**º. (Lo resaltado es del Tribunal). Entonces habiéndose determinado que no existe recurso de apelación del auto INTERLOCUTORIO QUE MANDA A SUBSANAR EL PROCESO AL HABER ACEPTADO LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN CAUSA, no existe posibilidad de recurrir de esta, por el derecho constitucional antes descrito, en razón de que los derechos fundamentales no son absolutos y su ejercicio encuentra restricciones, entendiéndose como derechos fundamentales, aquellos inherentes al ser humano, que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad. La jurisprudencia sobre la DOBLE INSTANCIA en proceso Nro. 030-2013, recurso de apelación interpuesto por Luis Cristóbal Tul Chanatasi, en representación de Fernando Marcelo Bombón Rizzo y María Isabel Malliquinga Tul, Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, nos enseña ª¼ en razón de que los derechos fundamentales no son absolutos y su ejercicio encuentra restricciones, como la del caso sub judice. Restricciones que la doctrina reconoce al hablar de los límites normativos de los derechos fundamentales, entre los que distingue los límites materiales de los formales, al referir que: ª*Los primeros, establecen contenidos normativos que limitan, en diversos niveles, la producción normativa, la aplicación y el ejercicio del derecho; en cambio, los límites formales, se refieren a las competencias o atribuciones otorgadas a los órganos jurisdiccionales o administrativos para limitar, en determinados supuestos preestablecidos, el ejercicio de derechos o la suspensión temporal de los mismos. Conforme a esto, los límites de cada derecho, considerados en general, se encuentran en la Constitución y en las leyes de desarrollo, y los límites en la aplicación de los derechos en un supuesto concreto, aparecerán en la resolución que resuelva el asunto en cuestión*º.(DURAN RIBERA, Willman Ruperto, La Protección de los Derechos Fundamentales en la Doctrina y Jurisprudencia Constitucional, 2013, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, revista-praxis@utalca).º (....) ªEn esta línea, la doctrina procesal más actualizada, acepta que el principio de la doble instancia admite excepciones: *ª ¼se instituye la jerarquía judicial funcional para garantizar que sobre un mismo punto de derecho pueda existir una doble consideración. Esta es una regla general que admite excepciones*º. (Mónica Bustamante Rúa, Derecho Procesal Contemporáneo, Universidad de Medellín, Colombia. Leonardo López Escobar, Editor, 2010, p. 113). La Corte Constitucional del Ecuador, en forma reiterada, ha resuelto que no es contraria a las garantías del debido proceso la

existencia de procesos donde no se admita la apelación, es decir, donde no se requiere se cumpla la doble instancia. En efecto, en la sentencia No. 007-10-SCN-CC, expresa: *ª No en todas circunstancias este derecho a recurrir las resoluciones judiciales se aplica, sin que aquello comporte una vulneración de la normativa constitucional, ya que existen procesos que por su naturaleza excepcional ameritan una tramitación sumaria sin que medie otra instancia para su prosecuciónº* . En la sentencia No. 003-10-SCN-CC, la Corte Constitucional señala: *ª La jurisprudencia comparada comparte el criterio de que el derecho a la interposición de recursos es relativo respecto a determinados casos; al respecto, nos valdremos de criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional Colombiana, que ha resuelto problemas derivados de casos análogos, manifestando que el derecho a doble instancia no es un derecho absoluto. Así, en la sentencia de constitucionalidad C 411 de 1997 dijo la Corte Constitucional Colombiana:©¼ ajustado a la Constitución un proceso de única instancia como los que se adelantan contra los congresistas, pues el derecho a la doble instancia, con todo y ser uno de los principales dentro del conjunto de garantías que estructuran el debido proceso, no tienen un carácter absoluto. El legislador puede indicar en qué casos no hay segunda instancia en cualquier tipo de proceso, sin perjuicio de los recursos extraordinarios que, como el de revisión, también él puede consagrar, y sobre la base de que, para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales afectados por vías de hecho, quepa extraordinariamente, la acción de tutelaº* . A más de ello esta Sala en varios fallos ha venido manifestando, que no de todos los fallos se puede recurrir, sin que ello comporte vulneración de derechos constitucionales, ya que existen procesos que por su naturaleza excepcional ameritan una tramitación sumaria sin que medien otras medidas para su prosecución, y que pese que es una garantía del debido proceso, no tiene el carácter de absoluto, pues le toca al legislador determinar en qué casos no hay segunda instancia. Con esto queda claro cuando se puede recurrir de un fallo, con el principio constitucional de la DOBLE INSTANCIA; **e).-** En el supuesto no consentido que existiera recurso de apelación debemos mencionar lo siguiente: El auto interlocutorio se ha dado el doce de diciembre del 2019, es decir, de existir recurso podría haber apelado hasta el 27 de diciembre del 2019, sin embargo, INEXPLICABLEMENTE lo realiza el 16 de enero, casi al mes, cuando la norma dispuesta en el art. 257 del COGEP y resolución Corte Nacional, menciona que debe ser en el TÉRMINO DE 10 DÍAS, por lo que tampoco existiría la mínima posibilidad de atender una apelación de fondo.- La Corte Nacional de Justicia, en los cuaderno de jurisprudencia Civil y mercantil, año 2012-2014, en la pág. 20 dice: ª (¼) la apelación **QUE SE INTERPONGA FUERA DE TÉRMINO DEBE SER RECHAZADA DE PLANO POR EL JUEZ DE LA CAUSA**. Este recurso vertical legalmente interpuesto, **ACTIVA LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA, ABRIENDO LA POSIBILIDAD DE UN NUEVO EXAMEN DEL MATERIAL FÁCTICO Y PROBATORIO INCORPORADO EN LA PRIMERA INSTANCIA**, para el análisis del acierto de la resolución recurrida y en directa correlación con la pretensión o petición del recurrente (principio de congruencia). En el caso sub lite, la extemporánea interposición de la apelación no permitió que se radique la competencia en el juzgado de segunda instancia (¼)º (Lo resaltado y en mayúsculas es nuestro). Bajo esta perspectiva el no FUNDAMENTARSE el recurso de apelación dentro de este término trae consigo que la sentencia dictada por el juez se convierta en COSA JUZGADA.- El Art. 77 del COGEP, textualmente dice: ª **Artículo 77.- Comienzo y vencimiento del término.** El término empieza a correr en forma común, con respecto a todas las partes, desde el **DÍA HÁBIL SIGUIENTE A LA ÚLTIMA CITACIÓN** o notificación. Su vencimiento **OCURRE EL ÚLTIMO MOMENTO HÁBIL DE LA JORNADA**

LABORALº (Lo resaltado y en mayúsculas es nuestro). Este término que ha fijado la Ley es improrrogable e irrenunciable, así lo manifiesta el art. 75 del COGEP. Es decir, los términos que fija la ley no pueden prorrogarse LAMENTABLEMENTE a discreción de los recurrentes, por lo que, precluye su derecho, y se da por consentida la sentencia o auto de primer nivel, repetimos siempre y cuando no exista recurso de apelación; **4.4.- Aclaración solicitada en audiencia.-** La abogada del actor nos solicita una aclaración manifestando: Que el juez corrió traslado con su escrito de reforma de cinco días, respecto del recurso de extemporáneo no concuerda.- Se corrió traslado a la parte contraria, quien manifestó que la resolución es clara. Al respecto el Tribunal, manifiesta la aclaración de conformidad a lo dispuesto en el artículo 253, procederá si la sentencia o resolución fuere obscura y la ampliación cuando se hubieran omitido resolver al punto del litigio, frutos o intereses que no es el caso. El auto resolutorio ha sido totalmente entendible para las partes procesales, además de aquello, no se ha omitido resolver nada, además se indicó que tampoco se fundamento en el término legal, por lo que se deniega su pedido de aclaración y ampliación. **SEXTO.- Costas.-** En los autos interlocutorio que pongan fin al proceso, el Tribunal debe pronunciarse sobre si la forma de litigar es o ha sido abusiva, maliciosa, temeraria o con deslatad. En el presente caso, este Tribunal considera, que no es auto interlocutorio que PONE FIN AL PROCESO, por lo que no se le condena a la recurrente en costas.- **SÉPTIMA.-** DECISIÓN QUE ADOPTA EL TRIBUNAL Y LO QUE SE ORDENA.- En base a la motivación expuesta este Tribunal, Resuelve: **1.-** RECHAZAR DE PLANO LA APELACIÓN, TENIÉNDOSE COMO NO DEDUCIDO EL RECURSO, POR NO EXISTIR RECURSO DE APELACIÓN DE LA EXCEPCIÓN PREVIA DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN CAUSA Y POR EXTEMPORANEO; **2.-** Se llama severamente la atención al juez a-quo, por haber concedido el recurso; **3.-** Sin costas; **4.-** Se niega la aclaración solicitada en audiencia.- Devuélvase el proceso a la Unidad Judicial de origen.- Notifíquese.

MALDONADO GRANDA CARLOS FERNANDO
JUEZ PROVINCIAL (PONENTE)

TANDAZO ROMAN CARLOS LENIN
JUEZ

SALINAS JARAMILLO GEORGE HERNAN

JUEZ