



Carrera de Derecho

Trabajo de Investigación

Análisis de Casos

Previo a la obtención del Título de

Abogado

de los Tribunales y Juzgados de la

República del Ecuador

Tema:

Juicio Civil de Acción Reivindicatoria No. 13334-2016-01499, que sigue Rosa Isabel Obando Lucas contra Rosa Mercedes Macías Macías: “La prueba para mejor resolver en el proceso civil”

Autora:

Gina Liliana Vélez Loor

Tutor:

Abg. Ignacio Falcones Ferrín Mgs Sc.

Portoviejo-Manabí-Ecuador.

2018.

Cesión de derechos de autor

Gina Liliana Vélez Loor, de manera expresa hago la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo investigativo: “CASO No.13334-2016-01499, que por juicio de acción reivindicatoria sigue Rosa Isabel Obando Lucas contra Rosa Mercedes Macías Macías: “La prueba para mejor resolver en el proceso civil”, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido realizada bajo su patrocinio institucional.

Gina Liliana Vélez Loor

Autora

Índice

Cesión de derechos de autor.....	II
Tabla de contenido.....	III
Introducción.....	IV
1. Marco teórico.....	1
1.1. El derecho patrimonial.....	1
1.2. La tenencia y posesión.....	1
1.3. La reivindicación.....	2
1.4. Del modo de adquirir el dominio por prescripción.....	3
1.5. Principios generales del proceso judicial.....	4
1.6. El principio dispositivo y el principio inquisitorio.....	5
1.7. Principios relevantes de la prueba.....	8
1.8. Teoría de la carga probatoria dinámica.....	9
1.9. Antecedentes de la prueba de oficio.....	10
1.10. El Juez y la prueba para mejor resolver.....	12
1.11. La verdad material y la verdad formal.....	13
1.12. La tutela jurisdiccional efectiva.....	14
2. Análisis de caso.....	16
2.1. Hechos fácticos.....	16
2.8. Análisis de la improcedencia de la aplicación de la prueba de oficio.....	38
2.9. Análisis de la pertinencia de la aplicación de la prueba de oficio.....	41
Conclusiones.....	44
Bibliografía.....	46
Anexos.....	50

Introducción

El análisis de caso que es motivo de esta investigación es un aporte académico en razón de que existe una interesante discusión sobre la procedencia y manera de aplicar la prueba para mejor resolver en el sistema procesal ecuatoriano, regido por el Código Orgánico General de Procesos. Es en este caso de análisis muy debatible el hecho que la Sala Especializada de lo Civil de la Corte provincial de Manabí, en segunda instancia procedió a reformar la sentencia, disponiendo u ordenando una prueba para mejor resolver, y que en base a esta Inspección Judicial haya declarado improcedente el hecho que se obligue a la demandada a restituir un predio mayor al que está en posesión, como también declarar improcedente que se restituya el bien a la titular del predio una dimensión del bien inmueble que está haciendo uso y goce como dueña a través de una de sus hermanas.

Este proceso se inicia por la demanda propuesta por el señor Obando Lucas Ángel Jobanny, apoderado de la señora rosa Isabel Obando Lucas, solicitando la reivindicación de un bien inmueble de su propiedad, que la accionante sostiene se encuentra en posesión de la señora Rosa Mercedes Macías Macías.

Se plantea el problema en este trabajo investigativo, interrogándose la autora si existió en el proceso civil una extralimitación de las funciones de los Jueces de la Sala de la Corte Provincial al disponer prueba para mejor resolver, que repercutió en beneficio del demandado, y una posible violación al principio de inmediación. Antes de establecerse en el Ecuador la oralidad en los procedimientos de la administración de

justicia, en los juicios civiles ya se encontraba en el código procesal civil instituida la prueba de oficio, que en la actualidad la encontramos en el Artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, como prueba para mejor resolver, motivo del análisis de este trabajo investigativo, dentro del juicio civil No. 13334-2016-01499.

1. Marco teórico.

1.1.- El derecho patrimonial.

La propiedad constituye un derecho que el Estado reconoce y garantiza tal como lo estipula el Artículo 321 de la Constitución de la República del Ecuador¹.

La propiedad o dominio es la titularidad que se tiene sobre un bien determinado, con la finalidad de disfrutarlo. Según el Código Civil ecuatoriano, es un derecho real sobre una cosa corporal respetando el derecho ajeno individual o social. Son modos para adquirir el dominio tanto la accesión, la ocupación, la tradición, la sucesión por causa de muerte como la prescripción. El dominio se puede extinguir o perder, por voluntad propia o en contra de ella². La ocupación, es la posesión de una cosa sin dueño, la accesión es la unión de dos cosas, una principal y otra accesoria, la tradición es la entrega de una cosa, la sucesión se da por el fallecimiento de una persona y la prescripción es adquirir un derecho por la culminación de un derecho ajeno.

1.2.- La tenencia y posesión.

La tenencia es la posesión de la cosa sin el elemento subjetivo, que es la conciencia del ánimo y señor, a diferencia de la posesión que además de la posesión material de la cosa sí tiene la parte subjetiva, siendo poseedor el que propietario legítimo

¹ Registro Oficial 449. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Ediciones Legales. Montecristi. Ecuador.

² Registro Oficial 46. (2005). *Código Civil*. Ediciones Legales. Quito. Ecuador.

o no de una cosa, tiene el bien en su poder. La mera tenencia es la que se ejerce sobre una cosa pero no como propietario, sino a nombre del dueño, es lo contrario a la posesión. La posesión es el estado primitivo de la humanidad, en que las cosas solamente se adquirirían por ocupación y se conservaban y perdían por la posesión, que el derecho civil las identificó claramente como cosas independientes.³

1.3.- La reivindicación.

La doctrina divide en dos grupos a las acciones que protegen el dominio, éstas son las acciones personales y las acciones reales, dentro de las acciones reales se encuentra ubicada la acción reivindicatoria, que tiene como finalidad garantizar el ejercicio de esta acción real.⁴ La acción real de reivindicación se encuentra diferenciada con los derechos personales, porque éstos garantizan el cumplimiento de una obligación.

Para el autor argentino Guillermo Cabanellas, en su enciclopedia jurídica elemental, la acción reivindicatoria es una acción real para recuperar una cosa de la propiedad personal que se encuentra poseyendo otro, y no solamente poseyendo el bien sino además sus frutos, productos y su renta. La legitimación es la reunión por un individuo de los elementos para ser parte, tener derecho o atribución en una relación jurídica⁵.

³ Larrea, Juan. (2008). *Los bienes y la posesión*. Editorial CEP. Quito. Ecuador.

⁴ Alessandri Arturo, SOMARRIVA Manuel. (1974). *Los Bienes y los Derechos Reales Curso de Derecho Civil*. Ediciones Nascimento. Santiago de Chile. Chile.

⁵ Cabanellas, Guillermo. (2012). *Diccionario de Ciencias jurídicas*. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Argentina.

1.4.- Del modo de adquirir el dominio por la prescripción.

El modo de adquirir el dominio por la prescripción, se encuentra tipificado en el Código Civil, como la manera de extinguir las acciones y derechos ajenos, en razón de la posesión de la cosa o no haberse poseído las cosas, también por haberse poseído las cosas o no ejercerse las acciones y derechos durante un cierto tiempo⁶.

Según Alterini, la prescripción es un modo originario de adquirir el dominio de las cosas ajenas sean éstas corporales muebles o inmuebles, que se deben encontrar en el comercio por poseerse durante el tiempo requerido por las leyes. Se divide a la prescripción en ordinaria y extraordinaria. La ordinaria, requiere de una posesión regular ininterrumpida, adquirida de buena fe y procedente de un justo título durante tres años para bienes muebles y cinco para inmuebles; y, la extraordinaria para adquirir el dominio u otros derechos reales, sin necesidad que sea contra título inscrito, bastando con la posesión material⁷.

Por lo expuesto por los autores citados, se resume que existen modos de adquirir el dominio, y en derecho el dominio corresponde a la propiedad de las cosas que son susceptibles que tiene un valor y que están aptas para ser adquiridas, porque no toda cosa es considerada un bien. Además, que no basta con la tenencia del bien por parte de otra persona que es el dueño, sino la posesión, con sus dos elementos la tenencia y el ánimo.

⁶ Registro Oficial 46. (2005). *Código Civil*. Ediciones Legales. Quito. Ecuador.

⁷ Alterini, Jorge. (1968). *Acciones reales*. Ediciones Abeledo. Buenos Aires. Argentina.

1.5.- Principios generales del proceso judicial.-

El Artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, determina los principios del proceso Dispositivo, de Inmediación y Concentración, como parte del proceso en general, estableciendo que todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada es decir el actor, el Juez resolverá de acuerdo con lo aportado por las partes y que será el objeto de la controversia, tanto el demandado con sus pretensiones y el accionado con sus medios defensa; y, en mérito de las pruebas solicitadas por las partes, ordenadas por el Juez y además actuadas de acuerdo con la ley, que los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa y que se propenderá a lograr la concentración y celeridad en los procesos.⁸

De la misma manera el COGEP⁹, sobre el principio de inmediación instituye en su Artículo 6, que el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la práctica de la prueba y más actos procesales; así mismo este código procesal vigente en el Ecuador en su Artículo 3 sobre la dirección del proceso, establece que el Juez conforme con la ley, ejercerá la dirección del proceso controlando las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias. En función de este principio, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas.

⁸ Registro Oficial 544. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Ediciones Legales. Quito. Ecuador.

⁹ Registro Oficial 506. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Ediciones Legales. Quito. Ecuador.

1.6.- El principio dispositivo y el principio inquisitorio.-

El Código Orgánico de la Función Judicial indica en su artículo 19, que todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada, que el juez resolverá de según lo fijado por las partes como objeto de la Litis y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas¹⁰.

Uno de los autores citados en este trabajo, menciona en una de sus obras la máxima que el Juez se debe pronunciar, es sobre puntos sometidos a su competencia y le prohíbe que deje cuestiones sin solución¹¹, por lo que limita al proceso civil a la iniciativa, impulso y aportación de pruebas por parte de las partes procesales.

El principio dispositivo es aquel principio que consiste en que las partes impulsan el proceso; el juez no puede actuar sino a petición de éstas. Si dichas partes no actúan, el proceso no avanza, e inclusive se puede extinguir por el transcurso de un plazo que podría resultar en la caducidad o abandono de la causa por falta de interés o impulso de parte, desinterés que es considerado un desistimiento tácito¹².

En el principio dispositivo por el ejercicio de la voluntad de las partes, ellas deciden su iniciación y desenvolvimiento del proceso. Determina la estructura y características del proceso civil, los sujetos fijan límites e impulsan la causa.

¹⁰ Registro Oficial 544. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Ediciones Legales. Quito. Ecuador.

¹¹ Guasp, Jaime. (1943). *Juez y hechos en el proceso civil*. Editorial Bosch. Barcelona. España.

¹² Friedrich, C. (1964). *La filosofía del derecho*. Editorial Cultura. México D.F. México.

En el proceso civil escrito el juez es un mero espectador; por el contrario en el proceso civil oral este principio le otorga al juez mayores facultades, en especial para solicitar de oficio, pruebas con el fin de buscar la verdad, a falta de iniciativa de las partes, esclarecer los hechos cuando estime que las pruebas presentadas por las partes son oscuras, de allí la diferencia entre estos dos modelos, el escrito en el que el Juez se encuentra esperando en su despacho el desarrollo del proceso por iniciativa de las partes y el oral por audiencias, en el que el Juez director practica los principios del proceso como la inmediación, publicidad, contradicción, oportunidad y todos los principios que van íntimamente vinculados entre sí¹³.

El principio dispositivo, permite que las partes contendientes tengan pleno control no sólo sobre su derecho sustantivo, sino también sobre los derechos procesales que de él se derivan en el juicio, así, pueden conciliar, desistir de la acción ejercitada en cualquier momento o de llegar a un acuerdo extrajudicial. De la misma forma, el demandado tiene la libertad de allanarse a las pretensiones presentadas en la demanda, puede o no comparecer al pleito, manteniéndose en rebeldía, o comparecer a él en cualquier término, siempre teniendo en cuenta que su libertad está enmarcada dentro del principio de preclusión que ya no permite, regresar a una fase anterior que ha sido agotada y declarada así mediante auto del Juez¹⁴.

¹³ Couture, E. (1966). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina.

¹⁴ Redenti, E. (1957). *Derecho procesal civil*. Editorial Ejea. Buenos Aires. Argentina.

El planteamiento del proceso civil, contrario a la doctrina dispositiva, es el de tendencia inquisitoria, en esta tendencia va implícita una concepción diferente tanto del estado como del proceso civil. La tendencia tiene como base el interés público, representado por el Juez sobre el interés particular, en el que el juez inquisitorio tiene la dirección del proceso, la facultad de apreciar los hechos y la verdad material, lo que ha sido defendido por quienes consideran que el derecho civil, aun siendo un asunto entre particulares, afecta el equilibrio social¹⁵.

Tanto el proceso civil dispositivo e inquisitorio, encuentran su división en la concepción del derecho público y el derecho privado. Por regla general se ha considerado de derecho público el delito del aspecto penal, en razón de afectar a un bien público protegido, pero este concepto se ha llevado a considerar en el proceso civil en razón de considerarse también al derecho civil como público y de interés del Estado que es el que entrega la jurisdicción o poder a una persona denominado Juez, lo que contrasta con otras posiciones que consideran al sistema dispositivo como la base privada con las limitaciones del Juez y en público en la afectación a la sociedad.¹⁶

Raimundi, destaca el carácter público del proceso civil al manifestar que hoy modernamente el proceso civil es público porque se establece entre las partes y el Estado, que propone un fin público de conservar la paz y el orden público. Al colocarse Derecho civil como público, coloca al Juez sujeto activo del proceso y lo aparata de su

¹⁵ Alzamora, V. (1959). *Derecho procesal civil*. Editorial Lozada. Lima. Perú.

¹⁶ Álvarez, Ursicino. (1944). *Horizonte actual del derecho romano*. Consejo superior de Investigaciones. Madrid. España.

papel de simple espectador, dándole el Estado facultades de disponer medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos¹⁷.

1.7.- Principios relevantes de la prueba.

Principio de comunidad de la prueba.- El Principio de la Comunidad de la Prueba o denominado por la doctrina como Adquisición, señala que la prueba pertenece al proceso sin importar la parte que la solicita, por lo que una vez ingresada al juicio es del proceso y puede favorecer a cualquiera de las partes y el juez para poder llegar a una certeza final debe valorarla en su conjunto¹⁸.

Principio de la carga probatoria.- El Onus Probandi o carga de la prueba, es la facultad que como aspecto formal tienen las partes de probar las alegaciones hechas durante el proceso; y, el aspecto material es el razonamiento del juez al momento de resolver sobre posibles dudas que le transmite el dilema de ordenar o no la prueba de oficio¹⁹.

Principio de contradicción de la prueba.- El principio de la contradicción de la prueba, consiste en que la práctica de los medios probatorios debe realizarse con la intervención de la contraparte, a excepción de la pruebas anticipadas. Además, establece este

¹⁷ Raimundi, R. (1956). *Derecho procesal civil*. Editorial Viracocha. Buenos Aires. Argentina.

¹⁸ Devis, Echeandía. 2006. *Teoría de la Prueba*. Temis S.A. Bogotá. Colombia.

¹⁹ Rosenberg, Leo. 2002. *La carga de la prueba*. Editorial IB. Buenos Aires. Argentina.

principio que si la prueba es decretada de oficio la contradicción obra a favor de ambas partes²⁰.

Principio de originalidad.- El principio de originalidad, consiste en obtener la información de los hechos de manera directa de la fuente y no por medios que puedan deformarla²¹.

1.8.- Teoría de la carga probatoria dinámica.- La teoría de la carga probatoria dinámica es relativamente moderna, se desarrolla en la teoría que establece la conveniencia de flexibilizar, de manera excepcional la rigidez de la teoría de la regla de la distribución de la carga probatoria.

Este principio es un aporte a los dos sistemas que regulan la prueba judicial que son el sistema dispositivo que determina que la actividad probatoria corresponde únicamente a las partes; y, el sistema inquisitivo que a más de las partes también le entrega al Juez un rol protagónico. El sistema dispositivo se fundamenta en considerar que el derecho que es motivo de la Litis es privado; y, el sistema inquisitivo que a más de resolver conflictos entre particulares, es también puesto en consideración un hecho que afecta a la paz social, por lo que es el proceso civil de derecho público²².

De manera obligatoria, para entender la teoría de la carga probatoria dinámica, se debe tener presente el rol del Juez en el actual sistema ecuatoriano, que pasa de ser

²⁰ Alessandri Arturo, Somarriva Manuel. (1974). *Los Bienes y los Derechos Reales Curso de Derecho Civil*. Ediciones Nascimento. Santiago de Chile. Chile.

²¹ Alterini, Jorge. (1968). *Acciones reales*. Ediciones Abeledo. Buenos Aires. Argentina.

²² Monroy, Juan. (2010). *Los límites éticos de la actividad probatoria*. Editorial Communitas. Lima. Perú.

un sujeto pasivo a muy activo, con mucho protagonismo e incluso con facultades para disponer de oficio la prueba para mejor resolver, establecida en el COGEP.

1.9.- Antecedentes de la prueba de oficio.-

Prueba para mejor resolver.- En el Ecuador se encuentra vigente el Código Orgánico General de Procesos que es su Artículo 168 COGEP, dispone que el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días²³.

Prueba de oficio en el anterior sistema procesal ecuatoriano.- Dentro del proceso civil ecuatoriano vigente antes del Código Orgánico General de Procesos, se encontraba instituida la prueba de oficio, así el Artículo 118 del Código de Procedimiento Civil ya derogado en el Ecuador, determinaba que los jueces podían ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa y antes de sentencia, pero le exceptuaba ordenar prueba testimonial, aunque le facultaba repreguntar o pedir explicaciones a los testigos²⁴.

²³ Registro Oficial 506. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Ediciones Legales. Quito. Ecuador.

²⁴ Registro Oficial 544-S. (2009) *Código de Procedimiento Civil*. Ediciones Legales. Quito. Ecuador.

Prueba para mejor resolver en el sistema procesal chileno.- Chile no es la excepción, en su código procesal vigente, se determina en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil chileno que los Tribunales, dentro del plazo para dictar sentencia, podrán decretar de oficio medidas para mejor resolver.²⁵

Prueba para mejor resolver en el sistema procesal costarricense.- En el país centroamericano de Costa Rica, en el Artículo 331 de la legislación procesal civil de ese país establece la prueba para mejor proveer, y expresa que preparado el proceso para la sentencia, se podrá disponer para mejor proveer pruebas que deben comprender hechos nuevos. Con lo que se puede vislumbrar que en otro país americano también se permite prueba de oficio²⁶.

Prueba para mejor resolver en el sistema procesal de Nicaragua.- En otro país centroamericano como Nicaragua, en el Artículo 1740 del Código de Procedimiento Civil se le faculta al Juez disponer prueba para resolver, es decir de oficio antes de la sentencia definitiva ²⁷.

Todo esto citado anteriormente, se suma a lo contenido en el proyecto de Código Iberoamericano de Procedimiento Civil, que establece entre sus bases generales comunes la amplia facultad del juez para decretar pruebas de oficio cuando las considere necesarias, que dentro de la audiencia actúa como un Juez director del proceso, protagonista en comunión con las partes.

²⁵ Ley No. 1552. (1930). *Código de Procedimiento Civil*. Ediciones Vida. Santiago. Chile.

²⁶ Ley No.7130. (1989). *Código Procesal Civil*. Sistema Nacional de Legislación Vigente. San José. Costa Rica.

²⁷ Ministerio de Justicia. (1950). *Código de Procedimiento Civil*. Managua. Nicaragua.

1.10.- El Juez y la prueba para mejor resolver.

La o el juzgador, conforme con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias. En función de este principio, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas.

Calamandrei, expresa que el Juez no tiene que fatigarse para encontrar argumentos, son los abogados que hacen el trabajo duro de excavar, que le Juez sentado en su sillón meditar su decisión²⁸.

Dentro de sus facultades de dirección podrá indicar a las partes los asuntos a debatir, moderar la discusión, impedir que sus alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes y ordenar la práctica de pruebas cuando sea procedente.

Asimismo, podrá limitar el tiempo del uso de la palabra de las personas que intervengan, interrumpiendo a quien haga uso manifiestamente abusivo o ilegal de su tiempo. Ejercerá las facultades disciplinarias destinadas a mantener el orden y garantizar su eficaz realización. La o el juzgador dirigirá la audiencia de tal manera que las partes y el público comprendan lo que ocurre.

²⁸ Calamandrei, Piero. (1956). *Elogio a los jueces hecho por un abogado*. Editorial Ejea. Buenos Aires. Argentina.

Se ha dejado establecido que el proceso inquisitorio deja abierta la posibilidad, que el juez busque la verdad material, en que el Estado se hace guardián de las normas de conducta de las partes a través del Juez, para hacer cumplir el ordenamiento²⁹.

1.11.- La verdad material y la verdad formal.

La verdad material, es un mito de los procesalistas penales, que ya no significa probar o demostrar la verdad de una proposición afirmada, sino de los procesos de fijación formal, alterando el significado propio de lo que significa probar. Por el contrario, se llama verdad formal, legal, jurídica o convencional a la regulación del proceso de conocimiento del Juez, esta verdad formal, conduce a una investigación regulada en las formas o verdad jurídica, ya que las leyes reemplazan a la verdad material. La verdad formal, se la busca mediante leyes jurídicas y no mediante leyes puramente lógicas en la que se fundamenta la verdad material³⁰.

Para Couture, la prueba en materia civil, se entiende como un método jurídico de verificación de las proposiciones expuestas por las partes, con pruebas que las aportan esas partes, con una exactitud o error de prueba matemática³¹.

Según Furno, la verdad material responde a hechos pasados, que no pueden identificarse con la verdad absoluta, y la verdad formal es la certeza histórica lograda en el proceso mediante el material probatorio aportado. Considerando la inexistencia del

²⁹ Guasp, Jaime. (1943). *Juez y hechos en el proceso civil*. Editorial Bosch. Barcelona. España.

³⁰ Carnelutti, Francisco. (1955). *La prueba civil*. Editorial Arayú. Buenos Aires. Argentina.

³¹ Couture, E. (1966). *Fundamentación del derecho procesal civil*. Editorial Ejea. Buenos Aires. Argentina.

término verdad material y formal, sino que se deben determinar como la certeza histórica judicial y la certeza histórica legal, que son maneras para el conocimiento de los hechos.

32.

El proceso no se hace para saber cómo han sucedido las cosas en realidad, sino para saber cuál es la concreta voluntad legal que regula el caso concreto del litigio, pues la certeza histórica no constituye el fin del proceso sino es un medio para alcanzar la tutela del derecho³³.

1.12.- La tutela jurisdiccional efectiva.

La Constitución del Ecuador, en su literal b) del art. 76, establece la tutela al derecho a contar con todos los recursos y sobre todo el tiempo para la preparación de la defensa, que incluye el hecho de buscar un profesional de derecho que le indique las opciones que tiene una vez que se ha presentado una acción en su contra³⁴.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es aquel derecho, que tiene la persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para recibir una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas, reclama garantías mínimas de eficacia de acceso a la justicia, tratando que la tutela sea real, accediendo a la jurisdicción por ley, normando su ejercicio, respetando su núcleo esencial, además que exista imparcialidad

³² Furno, Carlo. (1954). *Teoría de la prueba legal*. Editorial Revista de Derecho privado. Madrid. España.

³³ Chiovenda. (1928). *Principios de derecho procesal civil*. Editorial Legal. Madrid España.

³⁴ Registro Oficial 449. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Ediciones Legales. Quito. Ecuador.

del juez y celeridad procesal. Es un poder-deber de interés del Estado, tiene dos vertientes, uno antes del proceso que se entiende como la tutela general que brinda con su estructura normativa e institucional, y otra dentro del proceso que se refiere al conflicto existente y demandado³⁵.

El tratadista Ticona Postigo, sobre la tutela jurisdiccional efectiva sostiene que este es un derecho público, subjetivo y abstracto de la persona en general, sin distinción de ser actor o demandado, quien ha confiado al Estado su conflicto para que se le dé una solución. Que el Estado ante ese requerimiento, está en la obligación de entregar un juzgamiento imparcial y justo, que debe otorgarle un juez competente, independiente y responsable, quien decida motivadamente sobre el conflicto en un plazo razonable, garantizando la eficacia de su resolución³⁶.

Ese juzgamiento imparcial y justo que ofrece el Estado protector, es mediante la jurisdicción, que según Giuseppe Chiovenda pensador en materia procesal, la jurisdicción tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la substitución de la actividad individual por la de los órganos públicos, jurisdicción que puede ser o no contenciosa.³⁷

³⁵Hurtado, Martín. (2009). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Editorial Moreno S.A. Lima. Perú.

³⁶Ticona, Víctor. (1988). *El debido proceso y la Demanda Civil*. Editorial Rodhas. Lima. Perú.

³⁷Chiovenda. (1928). *Principios de derecho procesal civil*. Editorial Legal. Madrid España.

2.- Análisis del caso.

2.1. Hechos fácticos.- Los hechos ciertos sucedidos cronológicamente son los siguientes:

a) La señora Doma Evida Lucas Mejía en su calidad de cónyuge sobreviviente, junto a sus siete hijos de matrimonio es propietaria de un bien ubicado en la parroquia Crucita del cantón Portoviejo, que comprende terreno y construcción de hormigón armado.

b) Los siete hijos procreados por la señora Doma Evida Lucas Mejía corresponden a los nombres de Enrique Diamantide Obando Lucas, Félix Euquerio Obando Lucas, Narcisa de Jesús Obando Lucas, Nancy Lenny Obando Lucas, María Ernestina Obando Lucas, Annie Monserrate Obando Lucas, Ángel Jobanny Obando Lucas.

c) Una de las hijas de la señora Doma Evida Lucas Mejía, la señora Rosa Isabel Obando Lucas, adquirió toda la propiedad tanto a su madre como a sus seis hermanos, con fecha 16 de diciembre del 2013, lo que consta certificado por el Registro de Propiedad y Gobierno Autónomo Descentralizado de Portoviejo.

d) El mencionado bien inmueble se halla circunscrito en los siguientes linderos y medidas: Por el frente con calle pública con siete metros cincuenta y seis centímetros 7,56 m.; por la parte posterior con propiedad de Mercedes Lucas Mejía con siete metros cincuenta y seis centímetros 7.56 m.; por un costado con callejón particular con trece

metros cuarenta y cuatro 13.44m.; por el otro costado con terrenos de Ana Mejía con trece metros cuarenta y cuatro cm 13.44 m.; teniendo el lote de terreno una superficie total de ciento un metro cuadrados con 60 decímetros cuadrados 101,60 m².

e) En una de las edificaciones (casa) construidas en el terreno antes descrito, habita Rosa Isabel Obando Lucas y en otra edificación (casa) la señora Rosa Mercedes Macías Macías ex cónyuge del señor Enrique Diamantide Obando Lucas.

f) En el año 2015, mediante actos físicos la señora propietaria del bien intenta expulsar a la señora Rosa Mercedes Macías Macías, de la casa que existe en el terreno de su propiedad.

2.2. La demanda.- Singularizando el bien inmueble en su totalidad con una superficie de 101,60m², la señora Rosa Isabel Obando Lucas presenta una demanda de Reivindicación contra Rosa Mercedes Macías Macías, quien se encuentra en posesión de la casa edificada en una parte del terreno singularizado, para que se ordene la restitución del bien inmueble y el pago de costas procesales, daños y perjuicios.

La parte accionante presenta como prueba la Escritura Pública de propiedad del bien inmueble, Certificado de Solvencia del GAD Portoviejo, Certificado de Solvencia del Registro de la Propiedad.

2.3. Contestación a la demanda.- La accionada en su contestación sostiene que la demanda es improcedente, ya que la actora recién adquirió la propiedad a los herederos

Obando Lucas el 16 de diciembre del 2013, y que lo que pretende es coartarle el derecho a la prescripción, en razón que mantiene la posesión del inmueble por más de 16 años de manera tranquila y pacífica.

La demandada propone como excepciones el error al proponer la demanda, falta de legitimación en causa, incapacidad de la parte actora, y reconviene que es legítima poseedora de buena fe del terreno motivo de la Litis, en una edificación que funciona como vivienda y negocio de peluquería a la que he realizado mejoras.

La parte demandada presenta como prueba partida de nacimiento de 2 hijos procreados con el hermano de la accionante, partida de matrimonio de la demandada con el hermano de la accionante, plano del bien inmueble, Facturas de compra de materiales de construcción, Recibos de pago de luz, Recibos de pago de agua, testimonios e Inspección judicial.

2.4. Trámite del proceso en primera instancia.- Se convocó a audiencia preliminar el día miércoles 16 de agosto del 2017 a la cual solo acudió la parte accionante con su defensa técnica, se determinó que la jueza es competente para conocer y resolver este proceso, declarando además la validez del proceso por no haberse incurrido en omisión de solemnidades establecidas en el artículo 107 del COGEP.

Como la accionada no compareció a la audiencia preliminar, ésta no planteó excepciones previas por lo que la juzgadora no tuvo nada que resolver en ese momento

procesal. Por lógica, por su no comparecencia tampoco existió oportunidad de realizar conciliación alguna.

En la Audiencia preliminar la parte accionante anuncia las siguientes pruebas: Escritura Pública de propiedad del bien inmueble, Certificado de Solvencia del GAD Portoviejo, Certificado de Solvencia del Registro de la Propiedad. Todas las pruebas anunciadas por la Actora fueron admitidas por cumplir con los requisitos de utilidad, conducencia y pertinencia. La parte demandada no anunció verbalmente la prueba que consta en su escrito de contestación a la demanda, por no haber comparecido y por tanto no hubo prueba alguna que admitir a su favor.

En la Audiencia de juicio, ya con la presencia de ambas partes, el Actor practica todas sus pruebas admitidas las que se limitan a pruebas documentales como son la Escritura Pública de propiedad del bien inmueble, Certificado de Solvencia del GAD Portoviejo, Certificado de Solvencia del Registro de la Propiedad.

2.5. De la sentencia de primer nivel.- La señora Jueza en su sentencia, luego de exponer los antecedentes como son el contenido de la demanda y contestación, sostiene que los hechos probados relevantes para la resolución son la copia notariada de la escritura pública, el certificado emitido por el Registro de la Propiedad donde consta que la señora Rosa Isabel Obando Lucas es la propietaria del predio, lo cual expresa la Juzgadora que lo pudo constatar a través de la inspección judicial llevada a cabo en esta causa el 12 de septiembre del 2017, y de lo que se establece que se encuentra cumplido el primero de los requisitos necesarios para que se proceda la acción de reivindicación.

Según la Jueza también constituye otro hecho probado, es que la demandada señora rosa Mercedes Macías Macías mantiene la posesión del bien en Litis.

Sostiene la Jueza, que se ha demostrado que la acción de reivindicación está siendo ejercida sobre una cosa singular claramente identificada, como es un predio ubicado en la parroquia crucita del cantón Portoviejo, del que se encuentra en posesión la demandada y finalmente que existe plena identidad entre la cosa que reivindica el actor y la que posee el demandado.

Por los antecedentes expuestos, la Jueza declara con lugar la demanda planteada y en consecuencia dispone que la demandada señora restituya al actor en el término máximo de treinta días, el predio ubicado en la parroquia Crucita, cantón Portoviejo, circunscrito por el frente con calle publica con siete metros con cincuenta y seis centímetros (7,56m), por atrás con propiedad de Mercedes Lucas Mejía con siete metros y cincuenta y seis centímetros (7,56m), por un costado con callejón particular con trece metros con cuarenta y cuatro centímetros (13,44m), y por el costado con terrenos de Ana Mejía con trece metros con cuarenta y cuatro centímetros (13,44m) incluyendo la construcción y vivienda existente que cuenta con una superficie de construcción doscientos noventa y dos metros con veinte centímetros (292,20m²).

Habiendo la parte accionada interpuesto Recurso de Apelación de la Sentencia dictada en esta causa, el cual, por ser legal y oportuno, se concedió para ante el Superior, esto en la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en efecto

suspensivo, debiendo fundamentarse el Recurso interpuesto, en el término de 10 días, contados a partir de la notificación de este fallo.

2.6. De la sentencia de segundo nivel.- En la sentencia de segunda instancia, la Sala especializada de la Corte provincial de Manabí, como antecedente expone que el juicio es un Ordinario Reivindicatorio sobre un terreno que se halla circunscrito por linderos y medidas, limitado por el frente con calle pública con siete metros cincuenta y seis centímetros 7,56 m., por la parte de atrás con propiedad de Mercedes Lucas Mejía con siete metros cincuenta y seis centímetros 7.56 m., por un costado con terrenos de Ana Mejía con trece metros cuarenta y cuatro cm 13.44 m., que el lote de terreno tiene una superficie total de ciento un metro cuadrados con 60 decímetros cuadrados 101,60 m², tal como se demuestra con la respectiva copia certificada de la escritura pública que se adjunta.

Que la actora sostiene que adquirió el bien inmueble mediante contrato de Compraventa otorgado por la señora Doma Evida Lucas Mejía, en calidad de cónyuge sobreviviente, y los señores herederos Enrique Diamantide Obando Lucas, Félix Euquerio Obando Lucas, Narcisa de Jesús Obando Lucas, Nancy Lenny Obando Lucas, María Ernestina Obando Lucas, Annie Monserrate Obando Lucas, Ángel Jobanny Obando Lucas. Que el bien inmueble singularizado está en posesión, por lo que solicita la restitución del bien mismo con el pago de costas procesales, daños y perjuicios.

Que la accionada en su contestación a la Apelación, sostiene que la demanda es improcedente en razón que el actor es su cuñado, ya que la actora recién adquirió la

propiedad a los herederos Obando Lucas desde el 16 de diciembre del 2013, y que lo que se pretende es coartarle el derecho a la prescripción, en razón que mantiene la posesión del inmueble reitera por más de 16 años.

Que los actos que narra en su demanda la actora, no son más que los hechos que ha realizado para interrumpir la tranquila y pacífica posesión que ha venido ejerciendo más de 16 años, junto a sus hijos quienes fueron procreados dentro del matrimonio habido con el señor Enrique Diamantide Obando Lucas, hermano de la Actora. Que antes de nacer sus hijos, y casarse con el padre de éstos, ya mantenía una unión de hecho de cuatro años, aunque a la actualidad esa relación sentimental ya no existe.

Habiendo presentado la parte demandada y vencida en este proceso el recurso de Apelación, en razón de la sentencia declarando con lugar la demanda que dispone la restitución al actor del bien inmueble y todas las cosas que forman parte de dicho inmueble, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte provincial de Manabí, verifica las alegaciones y fundamentación de las partes, con las actuaciones procesales de autos desarrolladas en primera instancia, verificando que no se ha omitido solemnidad sustancial alguna de las previstas en el Art. 107 del COGEP y declara la validez del proceso.

En esta segunda instancia, es importante distinguirse que las partes anunciaron pruebas, considerando la Sala que las pruebas anunciadas ante esa instancia no cumplen con los principios de admisibilidad establecidos en el Artículo 166 y 258 del COGEP, por lo que las inadmite por improcedentes.

Es trascendental resaltar que el Artículo 258 del COGEP, establece que en segunda instancia en la fundamentación y en la contestación, actor y demandado anunciarán las pruebas que se practicarán en la audiencia de segunda instancia, solamente si se trata de acreditar hechos que se nuevos, por lo que la Sala inadmite las pruebas solicitadas por ambas partes en razón de no acreditarse hechos nuevos con la proposición de esa prueba, razonando que rechaza las pruebas solicitadas porque en este caso no se ha acreditado ser hechos nuevos y que no se puede en segunda instancia suplir la omisión, descuido u olvido en que incurran las partes, que en la causa no se justificó que las pruebas solicitadas sean para acreditar hechos nuevos pues no se ha mencionado cuáles son esos hechos nuevos que ha incurrido en la causa, sino por el contrario se ha solicitado en segunda instancia la evacuación de pruebas testimoniales sobre aspectos que hubieron acreditarse en primera instancia, que en consecuencia por ser pruebas que no cumplen con los principios de admisibilidad establecidos en el artículo 166 y 258 del COGEP, se niega el pedido de prueba nueva solicitada por ser pruebas improcedentes.

El autor de esta investigación, observa que la Sala confunde conceptos de lo que es la prueba nueva con la prueba de segunda instancia. El COGEP claramente hace la diferencia entre la prueba que las partes **anuncian** en la demanda y en la contestación a la demanda lo que se encuentra contenido en el Artículo 142 y 151; la nueva prueba que se le permite al actor anunciar sobre hechos expuestos en la contestación del demandado según Artículo 151 Inciso 4; ente la prueba nueva que faculta al actor y demandado solicitar prueba no anunciada en la demanda o contestación sobre hechos suscitados pero que no fueron de conocimiento o no pudieron disponer el actor o demandado según el

Artículo 166; y entre el anuncio de prueba que hacen los apelantes para practicase en segunda instancia, sobre exclusivamente hechos nuevos o prueba sobre los mismos hechos que sólo hayan sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia de primer nivel según el Artículo 258.

En otro aspecto de la resolución de segunda instancia, la Sala especializada de lo Civil de la Corte provincial considera que al revisar los elementos de pruebas se constata que en la Inspección judicial realizada en primera instancia, al revisar el audio no se observa que el Juez Aquo haya procedido a constatar la posesión de la actora de parte del solar y casa como tampoco se observa que la Jueza haya procedido por sí mismo o con ayuda de peritos a medir los linderos del predio materia de la Litis, donde se indica que la demandada se encuentra en posesión, siendo esto indispensable para cumplir con uno de los elementos de la acción reivindicatoria, como es la singularización del bien inmueble previsto en el Artículo 933 del Código Civil.

Y más importante aún de considerar en este análisis de caso y que es motivo del trabajo de investigación, es que la Sala observando las falencias de la defensa técnica y del Juzgador Aquo en la diligencia de inspección judicial, observaciones contenidas en el párrafo anterior y que se refieren a la falta de verificación de la posesión de la actora y la singularización del bien, dispone de oficio la práctica de una prueba para mejor resolver, esto es una inspección judicial al predio materia de la Litis, para constatar lo alegado por la parte apelante y constatar la realidad manifestada a través de la prueba testimonial e inspección judicial llevada a efecto en la primera instancia.

La Sala designando un nuevo Perito acreditado por el Consejo de la Judicatura, fundamenta su decisión de disponer esta prueba de oficio en el artículo 168 del COGEP, justificando su necesidad en razón haberse sembrado duda en los juzgadores de segunda instancia sobre la prueba de los hechos que fueron alegados en la demanda, para constatar lo alegado por las partes procesales y la realidad manifiesta a través de la prueba testimonial e inspección judicial, suspendiendo la audiencia por el término de quince días.

Sostiene la Sala Civil de la Corte provincial de Manabí, en su fallo que al revisar el informe pericial sustentado por el nuevo Perito que intervino en la Inspección Judicial ordenada como prueba para mejor resolver, se constata que en el bien materia de la Litis cuyas medidas y linderos constan en el libelo de demanda, se encuentran construidas dos viviendas, en una de las cuales habita la accionada y en la otra habita una hermana de la accionante.

Verificándose en consecuencia que la accionada no se encuentra en posesión de la totalidad del bien inmueble que se pretende reivindicar, sino en una parte del mismo, y que la titular del bien inmueble está haciendo uso de la posesión del mismo, a través de la hermana señora Rosa Isabel Obando Lucas.

Al efecto, la Sala establece en su resolución que por apelación conoce, que se ha verificado en segunda instancia, que la accionada se encuentra en posesión solo de una parte de la totalidad del bien inmueble cuya reivindicación se persigue, pudiéndose notar que en dicho bien inmueble también se encuentra en posesión la hermana de la titular

del dominio, lo cual contraviene la procedencia de la acción prevista en el Código Civil Ecuatoriano, que establece que los elementos esenciales de la reivindicación son la cosa singularizada e individualizada y la posesión del demandado con ánimo de señor y dueño, como también que la propiedad del bien recaiga sobre el demandante, por lo que según el texto de ley, componen la posesión la tenencia acompañado del elemento subjetivo que es el ánimo de señor y dueño.

Fundamenta la Sala que en base a antecedentes legales, doctrinarios y jurisprudenciales, se analiza las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, previstas en el Artículo 164 del COGEP³⁸, que instituye que la prueba se apreciará en su conjunto y además según las reglas de la sana crítica.

La Sala constata que la accionante no ha justificado dentro del proceso que la demandada se encuentra posesionada de la totalidad del bien inmueble materia de la litis pues según la nueva inspección judicial se constata que también vive en el pedio una hermana de la propia accionante, razón por la cual no se cumple con el segundo elemento que establece el Código Civil para la acción reivindicatoria, esto es la posesión.

Que tampoco el tercer elemento de la acción reivindicatoria, la singularización del bien que se trata de reivindicar, y uno de los cuales se centró como aspecto la apelación propuesta enfática que no habita la accionada en la totalidad del bien materia de la Litis, que mal se puede haber singularizado el bien inmueble en la totalidad del bien que consta en 110 metros cuadrados, cuando en la inspección judicial se constató con sustento en

³⁸ Registro Oficial. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Ediciones Legales. Quito. Ecuador.

el informe pericial que la posesión solo se da en el bien inmueble habitación que se encuentra en un área de 62 metros cuadrados, es decir no en la totalidad del terreno que se solicita reivindicar.

La Sala culmina explicando que es improcedente que se obligue a la demandada a restituir un predio mayor al que está en posesión, y también es improcedente que se restituya a la propia titular del predio, una dimensión del bien inmueble que está haciendo uso y goce como dueña a través de una de sus hermanas. Consecuentemente que la accionante no ha logrado justificar los requisitos de la acción reivindicatoria, es por esta razón que el tribunal resuelve aceptar el recurso de apelación interpuesto por la accionada, revocando la sentencia de primera instancia, y declarando sin lugar la demanda.

2.7. Análisis de la disposición de la prueba para mejor resolver de la Sala en segunda instancia.- En razón de la disposición realizada por la Sala especializada de la Corte provincial de Manabí, que conoce de la apelación de la sentencia de primera instancia, la autora de este trabajo analítico propone el siguiente orden de análisis:

Inicialmente se refiere la autora de este trabajo investigativo al principio dispositivo con su rango constitucional establecido en el Artículo 168 numeral 6 que establece que los procesos en todas las materias e instancias se llevará a cabo entre otros mediante el principio dispositivo.

El principio dispositivo dispone a las partes el inicio de la acción con la presentación de la demanda, es decir la iniciativa procesal. Así mismo, establece la prohibición del Juez para tomar iniciativa para proponer la acción, ni tratar de buscar una verdad material sino limitarse a la verdad procesal que es la que es aportada por las partes con las pruebas correspondientes y decidiendo exclusivamente en base a estas pruebas.

El principio dispositivo, es contrario al principio inquisitorio en el que el Juez tiene facultades de investigador de la verdad material por todos los medios a su alcance e incluso iniciar una acción, dirigirlo y disponer de oficio, predominando por lo general en materia penal por considerar al delito como una acción que afecta al orden social.

El sistema dispositivo en la actualidad prevalece en el procedimiento civil, en razón de ser considerado una acción que no quebranta un interés general sino exclusivamente particular.

Existe sobre esta consideración diferentes opiniones que sostienen que el encasillar al sistema dispositivo como una acción exclusiva de particulares, es una aberración del tradicional sistema de justicia liberal antigua que limita al Juzgador a ser un inactivo espectador de los asuntos discutidos en juicio, dejando la actividad litigiosa solo a las partes contrincantes. Por lo que el Juzgador debe limitarse a dar la razón a quien tiene la condición de llevarle al convencimiento de su verdad expuesta en el proceso.

Con todo, es de considerar que en todos los sistemas legislativos, y como ejemplo está el derogado Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, como consta en el marco teórico de este trabajo, siempre se ha otorgado ciertos poderes sean estos mayores o mínimos al Juez, como la prueba de oficio hoy denominada expresamente prueba para mejor resolver, con el ánimo de averiguar con su iniciativa la verdad, para lograr una justicia recta restablecido el equilibrio social.

La autora ha citado a más de la disposición del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, ya derogado por el vigente Código General de Procesos para todas las materias a excepción de la penal, constitucional y electoral, que establece la facultad al Juez para de oficio ordenar pruebas de oficio.

En el proceso civil según opinión de la autora de este trabajo analítico, es muy discutido el hecho que se entregue atribuciones tan amplias al Juez porque afectarían su imparcialidad, especialmente en lo que respecta a la disposición de pruebas, pero llama mucho la atención la extensión de esta atribución a otros códigos de procedimiento en América y España.

Debería al Juez sí dotársele de facultades, pero para garantizar la lealtad procesal, la buena fe, la igualdad procesal, evitando que las partes mantengan acciones dilatorias o dolosas. Incluso se generaliza el criterio que no garantizar la celeridad procesal, se considera denegación de justicia.

De manera general la aplicación del principio dispositivo, determina que no puede iniciarse acción en materia civil sin la propuesta de demanda. Además, que no puede el Juez resolver asuntos que no se han puesto en su conocimiento en la demanda inicial, ni en las excepciones de la parte accionada, aunque lo segundo se limita a ciertos cuerpos legales de procedimiento civil. El principio dispositivo tiene como efecto iniciar el juicio, delimitar el objeto de la controversia y resolver exclusivamente sobre las pretensiones.

Otro elemento del principio dispositivo es la exclusividad de las partes para solicitar y actuar pruebas, de acuerdo a la discusión litigiosa, sin que al Juez se le permita calificar alguna prueba como relevante o importante, decretar y practicar de oficio otras pruebas para aclarar las practicadas o dedicarse a indagar hechos que le resulten dudosos.

Son los elementos del principio dispositivo enumerados y descritos anteriormente que tienen vigencia a nivel general, aunque en el llamado proceso civil moderno se trata de menguarlos, afectando a la esencia misma del derecho privado civil.

El rol del Juez en el principio dispositivo tradicional, es limitado a observar y conocer lo que existe en el proceso, el aporte probatorio de las partes, sin permitírsele que en su sentencia influyan hechos que pueda conocer de manera personal sino que aplique obligatoriamente el principio de contradicción de la prueba en la motivación de la sentencia.

En lo que se refiere a la aplicación de la norma de derecho, no se aplica el principio dispositivo, porque el Juez puede decidir por el aforismo latino *iura novit curia* que significa que el Juez conoce de derecho, aplicar al momento de resolver otras bases legales diferentes a las mencionadas en la demanda y contestación a la demanda, con excepción del recurso de casación que observa los errores de derecho y no puede el Tribunal de casación revocar una sentencia por un error de derecho no alegado por el recurrente en casación.

Igualmente el principio dispositivo permite a las partes renunciar a los derechos procesales, que puede ser de manera tácita abandonando el proceso o de manera expresa mediante el desistimiento.

La oficiosidad del Juez se circunscribe a la declaración de las nulidades que afecten al proceso, su incompetencia, la interrogación pidiendo aclaración de lo manifestado por los testigos y peritos, control de preguntas de las partes y disponer prueba para mejor resolver, que crea necesarias para decidir su resolución.

Además, sí le faculta pero para casos de familia, de oficio igualmente disponer medidas preventivas en defensa de la parte más débil, y remitir de oficio al superior sin que sea apelado cuando se litiga contra el Estado. Por lo que según este criterio, en el contexto de la aplicación del principio dispositivo, el Juez sí tendrá ciertas facultades, pero que no puede ser iniciar el proceso de oficio ni tratar de investigar hechos, y siendo la facultad de ordenar pruebas de oficio un método propio del sistema inquisitorio.

Dentro del análisis, no se debe confundir el proceso dispositivo civil con el sistema de reglas de apreciación o valoración de la prueba impuesta previamente por el legislador, conocido como sistema legal y que mejor es denominar de la tarifa legal, o tampoco se debe confundirlo con el sistema de libertad de apreciación de la prueba por el Juez.

Pero, así mismo existen criterios que consideran que en un sistema dispositivo, exceptuando el acto inicial de demanda y el objeto de la controversia en el que se den mantenerse de manera estricta los principios del sistema dispositivo para respetar la necesidad de demanda y congruencia, al Juez debería dotársele de facultades de libertad para apreciar en conjunto las pruebas aportadas al proceso, aplicando también la parte de la psicología en unión con las de la destreza forense y lógica.

Pero esa libertad del Juez para la libre valoración de la prueba, no debe considerársela igual a la iniciativa inquisitoria de decretar de manera oficiosa pruebas, en razón que la disponibilidad del derecho material en el proceso civil, pues no tiene relación con la disponibilidad de prueba para buscar la verdad de los hechos, proceso en que se discuten hechos de interés privado y derechos de libre disponibilidad del actor y demandado.

Pero, hay que reconocer el hecho cierto que actualmente en el derecho procesal moderno se admite cada vez más la facultad oficiosa del Juez en materia civil, lo que se observa en los códigos brasileño, nicaragüense, costarricense, alemán, chileno, incluso

para disponer pruebas, sin que por ello se considere abandonar los fundamentos básicos del principio dispositivo como son el impulso inicial y la presentación de prueba.

Mientras que autores como citados en este trabajo, consideran la iniciativa del Juez como una violación a la regla general y fundamental de la neutralidad, otros igualmente citados, defienden la oficiosidad del Juez en el derecho procesal civil, por no tener no solo las partes el derecho de tratar de convencer al juez sino que el mismo Juez como representante del Estado tiene el deber de formarse su propio convencimiento para descubrir la verdad y dar la razón a quien la tenga por ser de interés general y público que afecta el equilibrio de la sociedad.

El principio de la tarifa legal de pruebas o sistema legal de pruebas o de libre apreciación de su valor que tiene su aplicación tanto en el ámbito civil como penal, mantiene el esquema de que el Juez debe valorar según la regulación legislativa predeterminada para señalar su valor, imponiendo al Juez una forma que la ley asigna para darse o no por convencido, lo que se aplica en la actualidad con más fuerza en el aspecto penal, contrastándolo con el civil que por lo general especialmente es de carácter dispositivo, pero que en la actualidad emerge con fuerza la tendencia de darle al Juez libertad de apreciación aplicando la sana crítica, la psicología, el derecho y la lógica, sin llegar a tener una libertad arbitraria para decidir juzgando por sentimientos o impresiones propias.

Este sistema legal de apreciar la prueba según reglas establecidas, hace la labor del Juez más difícil para conocer la verdad material y asumir una verdad material que

consta en el proceso, que para ciertos analistas jurídicos contradice los principios de una justicia social.

Haciendo una comparación analítica que es motivo importante en este trabajo, del sistema legal con el derecho procesal civil moderno, cabe destacar que el modernismo procesal repele el sistema de la tarifa legal y defiende la libertad del Juez para formarse libremente una convicción, con más oportunidad de llegar a aplicar una verdadera justicia.

Es por aquello que en los nuevos cuerpos legales procesales se introduce el principio de la libre apreciación del mérito de las pruebas con la facultad oficiosa del Juez, con el examen directo solicitando aclaraciones a testigos y peritos.

En cuanto al principio del impulso procesal, debe distinguirse actos de impulso necesario de las partes y otros actos de simple tramitación, pero que según el principio dispositivo tradicional también les corresponden a las partes procesales, y no al Juez ni secretario.

Deben diferenciarse las formalidades propias del actuario del despacho como las notificaciones, que van ligadas al principio de la economía procesal, con ahorro de tiempo y actividad procesal, limitando la admisibilidad de pruebas, incidentes sin sustento, interposición de los recursos y estimulando la concentración de actos judiciales en audiencias y la acumulación de procesos dispersos.

Analizando la incorporación de la prueba de oficio a los cuerpos legales modernos, de manera particular en el Código Orgánico General de Procesos del Ecuador, esta idea sobre la prueba de oficio ha ido evolucionando de acuerdo al necesario y lógico desarrollo de las necesidades sociales, llegando a considerarse la prueba de oficio como parte de las garantías jurisdiccionales de un Estado.

Con la incorporación de un protagonismo fuerte del Juzgador en el proceso, éste se convierte en el proceso moderno en herramienta para tratar de cambiar la concepción de una justicia liberal a una justicia social que impera en los principios constitucionales garantistas actuales.

El juez protagonista asume una capacidad de intervenir examinando a las partes, testigos y peritos y disponer una prueba de oficio denominada prueba para mejor resolver, la que se encuentra normada en el Artículo 168, y que se encuentra citada en el marco teórico de este trabajo.

Las críticas que se hacen a la prueba para mejor resolver son algunas, y una de ellas es que al disponer esta clase de prueba el Juez al hacerlo en procedimientos que cuentan con una sola Audiencia no permiten a las partes el tiempo suficiente para impugnarlas de manera. Esta clase de prueba el Juez la ordena en razón de considerar de manera personal la necesidad del esclarecimiento de la verdad procesal, para su convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidas. Existe la tendencia a considerarse a la prueba para mejor en primera instancia necesaria para aplicar el principio de celeridad, ya que evitaría el retardo en otra instancia.

El principio dispositivo ha venido evolucionando incluyendo como supremacía la facultad del Juzgador de descubrir la verdad mediante la prueba de oficio, que se considera incluso como la atribución para suplir la falta de solicitud o presentación de pruebas del actor o demandado.

El principio dispositivo y la prueba tiene estrecha relación con el principio de oportunidad, es decir debe ser anunciada y adjuntada por las partes. La prueba aportada se convierte en el componente esencial del proceso, en razón que en base a ella se resuelve un problema jurídico puesto en conocimiento del Juez.

El Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano, establece la oportunidad dentro del procedimiento, como el momento pertinente para anunciarla, complementándola con el principio de legalidad en la obtención y práctica oral de la prueba en audiencia.

Sobre la obtención de la verdad material existen diferentes criterios, en razón que lo que se llega a aprobar es la verdad procesal, acreditada de manera veraz a través de la prueba y la carga probatoria, para demostrarse únicamente los hechos alegados por las partes.

Otra de las consideraciones negativas puestas de manifiesto en cuanto a la prueba de oficio, es la posible parcialidad que puede existir en el Juzgador al momento de tratar de buscar la verdad material a pretexto de impartir una justicia social, con la inclusión

de la fuerte carga subjetiva y opinión propia, para llegar al convencimiento al momento de resolver mediante la utilización de pruebas que el mismo Juez ordenó de oficio, mediante su intervención directa en el proceso.

El desarrollo de la prueba de oficio ha tenido una constante evolución, siendo su bastión el sistema inquisitivo, evolución que ha tenido su desarrollo en la filosofía general, con aportes al derecho, como de los grandes emperadores y jerarcas incluso religiosos, a través de la Iglesia y su injerencia en el derecho con sus conceptos de moral, buenas costumbres y justicia.

Esta injerencia de jerarcas y religiosos, tuvo antecedentes en el sistema inquisitorio, con hechos históricos que desembocaron en la llamada santa inquisición, que perseguía y sentenciaba sin fórmula de juicio a todos aquellos considerados herejes sin derecho a la defensa. Según la doctrina, todo sistema en el que el Juez procede de oficio en la disposición de prueba aplica el sistema inquisitivo, por limitar el derecho a la defensa y contradicción.

El sistema dispositivo o acusatorio, a diferencia del inquisitivo define el rol de cada una de las partes, con un Juez como sujeto pasivo rígidamente separado de las partes que litigan en juicio contradictorio, entre sí con las pruebas como instrumentos de ataque y defensa, en un escenario oral y público. Las partes en el proceso dispositivo acusatorio son las encargadas de proveer al proceso de las pruebas necesarias para llevar al Juez al convencimiento y éste resuelva imparcialmente valorando lo aportado.

Según la Constitución del Ecuador, en este país actualmente el sistema civil es totalmente dispositivo, castigando incluso severamente la inactividad en el impulso procesal con declaración de abandono con efectos de impedir volver a presentar la demanda por la misma causa. Pero en la práctica, el COGEP mantiene rasgos inquisitorios precisamente con la facultad del Juez de ordenar prueba para mejor resolver o de oficio, que daría como conclusión que se trata de un sistema mixto que contradice lo estipulado en la Carta Magna.

Para opinar sobre el rol protagonista del Juez y su facultad para disponer la prueba de oficio, hay que tener presente las diferentes concepciones que existen sobre el mismo. El Juez es una persona que tiene el poder otorgado por el Estado, para administrar justicia, justicia que es potestad de una persona con todos los atributos y defectos del ser humano designado Juez por el Estado.

2.8.- Análisis de la improcedencia de la aplicación de la prueba de oficio en materia procesal civil.-

No debe ser procedente la aplicación de la prueba de oficio, en razón del principio básico constitucional de imparcialidad del juez; y, porque el propio principio dispositivo permite exclusivamente a las partes iniciar el proceso e impulsarlo y de hecho que el juez solo podrá resolver sobre los puntos que propongan las partes en su demanda y contestación caso contrario el juez incurriría en los vicios de ultra petita y extra petita.

Además, que el Código Orgánico de la Función Judicial indica que los procesos se inician y tramitan por iniciativa e impulso de parte legitimada. Como ya se ha dicho a través del principio dispositivo se ratifica que el juez no puede ser parte del proceso porque al igual que con el principio de imparcialidad lo estaría vulnerando, ya que él no puede aportar nada al proceso solo las partes.

También por el principio de imparcialidad que se contradice con lo que actualmente se establece en el procedimiento oral del COGEP, ya que al momento de que el juez dicta prueba para mejor resolver podría actuar parcializado y contradecir su necesaria y absoluta imparcialidad como condición esencial que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, la cual consiste en el deber que tienen de ser ajenos o extraños a los intereses de las partes en controversia y de dirigir y resolver el juicio sin favorecer a ninguna de ellas.

Dentro de las bases primordiales bajo las cuales en 1988 el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, fundamentó la creación de una norma procesal común para la región americana, es la imparcialidad del Juez dentro de los procesos, sobre los cuales entienden que es de vital importancia que éste se encuentre aislado ya que si el juez tomaría parte del proceso se estaría direccionando a favor de una parte el proceso y eso se lo puede observar dentro de los sistemas inquisitivos, en los cuales era juez y parte; el mismo que a la fecha no es un sistema muy acogido por todo el mundo.

El Juez es un sujeto de derecho esencialmente imparcial, que debe reunir particulares aptitudes en el ramo del Derecho y actuar con plena autoridad en el ejercicio de sus funciones, para efectivizar los derechos de los ciudadanos que no se termina con la presentación de una demanda y la consecuente práctica de diligencias o el uso de algunos recursos, pero que con la actividad procesal directa del Juez, el sistema de justicia correría un grave riesgo cuando el juez pase de ser director del proceso a dictador del mismo.

La línea delgada en la que desenvuelve el Juez, puede ser fácilmente transgredida por la constante tentación de evitar las injusticias o desde la actuación judicial, obtener aprobación de la gestión por parte de la sociedad, para esto pueden contribuir varios factores externos que van desde lo mediático hasta lo religioso. Es de conocimiento general que a través de la historia de la humanidad, los medios de información y los grupos religiosos, de sobremanera la iglesia católica ha tenido fuerte influencia en los actores sociales y los jueces no pueden ser la excepción.

El peligro de la pérdida de imparcialidad del juzgador respecto a las partes se vería irreparablemente afectado y, además, se transitaría en contracorriente del derecho fundamental del debido proceso, que no es más que el respeto a sus propios principios dentro del juicio.

Otra de las situaciones a analizar, es que la prueba para mejor resolver podría traer consecuencias como la violación al derecho a la seguridad jurídica, actuando de

manera posiblemente dolosa para interpretar los hechos de una manera fraudulenta.; y, describiéndola como una prueba muy discrecional y subjetiva por parte del juez lo cual podría traer consecuencias anti jurídicas en los procedimientos judiciales, que por su naturaleza deja muy poco margen para contradecirla, en razón que es el mismo Juez quien la ordena, considerándola el propio juzgador como legal, procedente, útil y conducente.

2.9.- Análisis de la pertinencia de la prueba de oficio en materia procesal civil.-

La procedencia de la aplicación de la prueba de oficio, como facultad del juez se basa en el reconocimiento del valor de la justicia, así como las obligaciones de las autoridades judiciales de propender hacía la búsqueda de una verdadera defensa de los derechos que están consagrados en los tratados internacionales y en las constituciones.

La procedencia de la prueba de oficio, se sostienen en que ninguna ley debe limitar a los jueces su capacidad de razonar y analizar, dado que ello perjudicaría el derecho de acceder a la administración de justicia al limitarlos a ser simples árbitros pasivos frente a la probable violación de derechos fundamentales. Por el contrario, en su función de garantes su actitud debe ser activa y vigilante.

En virtud de todo aquello, hay que decir que en el Ecuador los jueces son garantistas de derechos, por tanto en pro del principio de justicia y dela verdad fáctica

el juez puede ordenar la prueba oficiosa. La prueba oficiosa como parte de la seguridad jurídica y garantías del debido proceso que otorga el Estado ecuatoriano.

La prueba de oficio es una de esas funciones con las que se puede demostrar el compromiso de la Función Judicial con la verdad procesal, enviste al juzgador de un carácter investigativo mediante la búsqueda del esclarecimiento del asunto en controversia.

El principio dispositivo moderno le otorga al juez mayores facultades, en especial para solicitar de oficio pruebas con el fin de buscar la verdad, a falta de iniciativa de las partes, esclarecer los hechos cuando estime que las pruebas presentadas por las partes son oscuras.

En definitiva el proceso debe comenzar por iniciativa de las partes, pero desenvolverse por impulso oficial; esto es lo que plantea la aplicación de éste principio en el proceso civil oral. Es decir que el juez tiene también la potestad de impulsar al momento de dirigir las audiencias.

La prueba de oficio o para mejor resolver es una facultad concedida al juez para que de manera excepcional y con justa motivación de causa, ordene de oficio la práctica de diversas pruebas que esté dentro del ejercicio de su cargo y que considere necesarios de realizarse para acreditar diversos hechos que pueda llegar a considerar relevantes y de incidencia para el esclarecimiento y resolución del conflicto.

El juez dentro de la búsqueda de la verdad y la justicia recae sobre el mismo implícito a búsqueda del esclarecimiento de los hechos para que pueda llegar a tomar una resolución consolidada en la pretensión de que ha llegado al aclaramiento de la verdad y dicta su resolución en justa causa.

Conclusiones.

Los defensores de la aplicación de la prueba para mejor resolver lo sustentan en considerar que existen hechos civiles que tienen la característica de público por afectar la paz social, y por tanto se debe aplicar apoyándose en la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

El principio dispositivo, ha evolucionado en el tiempo para ser considerado en la actualidad dentro del derecho procesal moderno y el sistema oral por audiencias, como parte de un sistema flexible que permite el protagonismo del Juez para la búsqueda de la verdad material y ya no limitarse a verdad procesal, en razón de considerarse que el derecho civil no es netamente un asunto de particulares sino que afecta a la sociedad.

La prueba para mejor resolver o prueba de oficio, se sustenta en la teoría de la prueba dinámica, que propone la flexibilidad de manera excepcional la rigidez de la regla de la distribución de la carga probatoria, la misma que no está reglamentada normativamente.

La tendencia que más tiene aceptación es la de considerar que desde el punto de vista del derecho civil privado, no es conveniente la aplicación de la prueba para mejor resolver que tiene sus bases en la denominada teoría de las cargas probatorias dinámicas, por afectar al principio dispositivo acusatorio y el sistema adversarial.

Los defensores de la prueba para mejor resolver, sostienen que en el sistema por audiencias aplicando la oralidad y el sistema adversarial, cambia la concepción de la justicia liberal por una justicia social como lo define la Constitución al Ecuador, como un Estado de derechos y justicia social, por lo que cambia la concepción del Juez de considerar que la ley es la ley y había que aplicarla, a la concepción del Juez humanista con respaldo en principios constitucionales y administrador de justicia de corte social, y por tanto indagador de la verdad material en reemplazo de la verdad procesal, para llevarlo al convencimiento de los hechos y poder administrar justicia conforme a derechos y a la justicia social.

Analizando de manera directa y simple la disposición de la prueba de oficio, ésta sí quebranta el principio dispositivo que impide la oficiosidad del Juez, en el sistema procesal civil. Pero, desde el análisis de los fundamentos del derecho procesal moderno se justifica la prueba de oficio, en razón de dotársele al Juez de características garantista de los derechos constitucionales de directa aplicación, para la administración de una justicia que predomine la parte social y humana, basándose en el principio de dignidad que es el fin supremo de la sociedad y del Estado, basado en derechos y justicia social.

Bibliografía

Alessandri Arturo, SOMARRIVA Manuel. (1974). *Los Bienes y los Derechos Reales Curso de Derecho Civil*. Santiago de Chile. Chile: Ediciones Nascimento.

Alterini, Jorge. (1968). *Acciones reales*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Abeledo.

Álvarez, Ursicino. (1944). *Horizonte actual del derecho romano*. Consejo superior de Investigaciones. Madrid. España.

Alzamora, V. (1959). *Derecho procesal civil*. Lima, Perú: Editorial Lozada.

Calamadrei, Piero. (1956). *Elogio a los jueces hecho por un abogado*. Buenos Aires. Argentina: Editorial Ejea.

Cabanellas, Guillermo. (2012). *Diccionario de Ciencias jurídicas*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.

Carnelutti, Francisco. (1955). *La prueba civil*. Buenos Aires. Argentina: Editorial Arayú.

Couture, E. (1966). *Fundamentación del derecho procesal civil*. Buenos Aires. Argentina: Editorial Ejea.

Devis, Echeandía. 2006. *Teoría de la Prueba*. Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Furno, Carlo. (1954). *Teoría de la prueba legal*. Madrid. España: Editorial Revista de Derecho privado.

Hurtado, Martín. (2009). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Lima, Perú: Editorial Moreno S.A.

Chiovenda. (1928). *Principios de derecho procesal civil*. Madrid España: Editorial Legal.

Friedrich, C. (1964). *La filosofía del derecho*. México D.F., México: Editorial Cultura.

Guasp, Jaime. (1943). *Juez y hechos en el proceso civil*. Barcelona. España: Editorial Bosch.

Ley No. 1552. (1930). *Código de Procedimiento Civil*. Santiago, Chile: Ediciones Vida.

Ley No.7130. (1989). *Código Procesal Civil*. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente.

Larrea, Juan. (2008). *Los bienes y la posesión*. Quito, Ecuador: Editorial CEP.

Monroy, Juan. (2010). *Los límites éticos de la actividad probatoria*. Lima, Perú: Editorial Comunitas.

Raimundi, R. (1956). *Derecho procesal civil*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Viracocha.

Redenti, E. (1957). *Derecho procesal civil*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ejea.

Registro Oficial 46. (2005). *Código Civil*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.

Registro Oficial 449. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.

Registro Oficial 544. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.

Registro Oficial 544-S. (2009) *Código de Procedimiento Civil*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales

Registro Oficial 506. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.

Rosenberg, Leo. 2002. *La carga de la prueba*. Buenos Aires, Argentina: Editorial IB

Ticona, Víctor. (1988). *El debido proceso y la Demanda Civil*. Lima, Perú: Editorial Rodhas.

Anexos

- Demanda
- Contestación a la demanda
- Sentencia de primera instancia
- Sentencia de segunda instancia