



UNIVERSIDAD
ESTATAL
DE BOLÍVAR

FACULTAD DE
JURISPRUDENCIA, CIENCIAS
SOCIALES Y POLÍTICAS



UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

Trabajo de Integración curricular previo a la obtención de grado en Abogada

TEMA:

PROCURACIÓN JUDICIAL SIN CLÁUSULA ESPECIAL PARA TRANSIGIR
FRENTE AL DERECHO A LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL CANTÓN
VENTANAS PROVINCIA DE LOS RÍOS AÑO 2021

AUTORA:

JOSEFINA MISHELLENE YÁNEZ GARCÍA

TUTOR:

MGTR. JUAN CARLOS YÁNEZ CARRASCO

GUARANDA – ECUADOR

2022

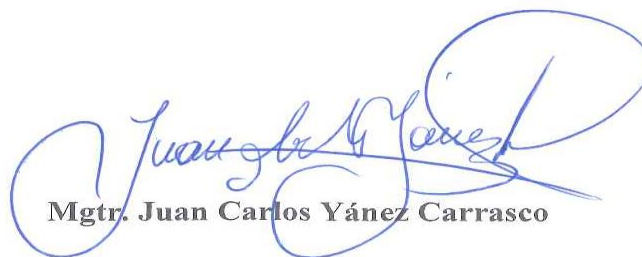
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Yo, **MGTR. JUAN CARLOS YÁNEZ CARRASCO**, Tutor del Trabajo de Integración Curricular, designado por el Consejo Directivo de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar; al tenor de lo previsto en el Reglamento de la Unidad de la Unidad de Integración Curricular; certifico:

Que la señorita Josefina Mishellenne Yánez García, ha desarrollado su proyecto de titulación para optar por el Grado de ABOGADA, cumpliendo con las sugerencias y observaciones realizadas por el suscrito en su Trabajo de Integración Curricular, titulado: “PROCURACIÓN JUDICIAL SIN CLÁUSULA ESPECIAL PARA TRANSIGIR FRENTE AL DERECHO A LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL CANTÓN VENTANAS PROVINCIA DE LOS RÍOS AÑO 2021”, el mismo que cumple con todos los requisitos exigidos por la Ley, siendo de su propia autoría, por lo que apruebo el mismo y autorizo su presentación pública y evaluación por parte del tribunal examinador que se designe.

Es todo en cuanto puedo certificar en honor a la verdad.

Atentamente,


Mgtr. Juan Carlos Yánez Carrasco

TUTOR

DERECHOS DE AUTOR

Yo; **Josefina Mishellenne Yánez García**, portador/r es de la Cédula de Identidad No 1205138785, en calidad de autor y titular / es de los derechos morales y patrimoniales del Trabajo de Titulación:

“PROCURACIÓN JUDICIAL SIN CLÁUSULA ESPECIAL PARA TRANSIGIR FRENTE AL DERECHO A LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL CANTÓN VENTANAS PROVINCIA DE LOS RÍOS AÑO 2021” Proyecto de Investigación, de conformidad con el Art. 114 del **CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN**,

concedemos a favor de la Universidad Estatal de Bolívar, una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservamos a mi/nuestro favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo/autorizamos a la Universidad Estatal de Bolívar, para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el Repositorio Digital, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El (los) autor (es) declara (n) que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.

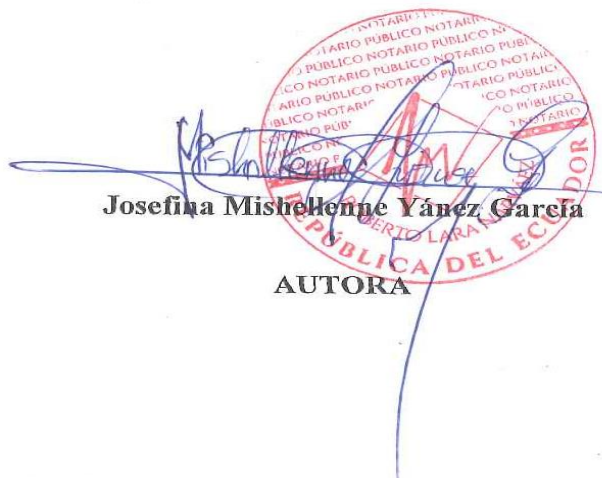
Autora

Josefina Mishellenne Yánez García

DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTENTICIDAD AUTORÍA

Yo, Josefina Mishellenne Yáñez García, egresada de la Carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, bajo juramento, declaro en forma libre y voluntaria que el presente Trabajo de Integración Curricular, titulado: “PROCURACIÓN JUDICIAL SIN CLÁUSULA ESPECIAL PARA TRANSIGIR FRENTE AL DERECHO A LA LEGITIMA DEFENSA EN EL CANTÓN VENTANAS PROVINCIA DE LOS RÍOS AÑO 2021” es de mi autoría, así como las expresiones vertidas en la misma, que se ha realizado bajo la recopilación bibliográfica tanto de libros, revistas, publicaciones, artículos de legislación ecuatoriana para el presente trabajo investigativo.

Atentamente,

A red circular notary stamp is partially visible, containing the text 'NOTARIO PÚBLICO' and 'REPUBLICA DEL ECUADOR'. The signature is written in blue ink over the stamp.

Josefina Mishellenne Yáñez García
AUTORA

2023	07	10	001	P00938
------	----	----	-----	--------

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10

ESCRITURA PÚBLICA DE DECLARACIÓN
 JURAMENTADA QUE REALIZA YANEZ
 GARCIA JOSEFINA MISHELLENNE-----

 CUANTIA. Indeterminada-----

 DI: 2 COPIAS-----

11 En la ciudad de Ventanas, cabecera cantonal de su
 12 mismo nombre, provincia de Los Ríos República del
 13 Ecuador, a los **TREINTA Y UN** días del mes de **MAYO** del
 14 año **DOS MIL VEINTITRÉS**, ante mi **Notario Primero del**
 15 **cantón Ventanas, DOCTOR ROBERTO SANTIAGO LARA**
 16 **NARVÁEZ**, comparece por sus propios derechos en
 17 calidad de DECLARANTE: **YANEZ GARCIA JOSEFINA**
 18 **MISHELLENNE** de estado civil soltero, estudiante de
 19 Derecho, domiciliada Ciudadela cinco de Agosto, entre
 20 brisas y palmas, parroquia y cantón Ventanas, celular
 21 No. 0995594003, correo electrónico
 22 mishelede@gmail.com, ecuatoriana, mayor de edad
 23 idónea y capaz ante la ley para obligarse y declarar,
 24 a quien de conocerla personalmente y de tenerla
 25 presente hoy día yo el Notario doy Fe.- **Autorizado**
 26 la obtención de su información en el **Registro**
 27 Personal Único, de conformidad con lo dispuesto en





REPORTE SISTEMA URKUND

Para: Josefina Mishellenne Yánez García
De: Mgtr. Juan Carlos Yánez Carrasco
Asunto: Reporte sistema URKUND
Fecha: 21 de abril de 2023

Por medio del presente, pongo en su conocimiento el reporte del sistema URKUND respecto de las posibles coincidencias en su Trabajo de Integración Curricular, que es de **cero por ciento** (0%).

Con este antecedente, comunico a usted que se ha insertado al presente, el mencionado reporte del sistema URKUND, por lo que autorizo la presentación de su Trabajo de Integración Curricular ante el órgano correspondiente de la Carrera de Derecho.



Document Information

Analyzed document	Informe Final Mishellenne Yanez Revisión.docx (D164647103)
Submitted	2023-04-21 12:14:00
Submitted by	
Submitter email	josyanez@mailes.ueb.edu.ec
Similarity	0%
Analysis address	jyanez.ueb@analysis.orkund.com

Sources included in the report

Entire Document

Hit and source - focused comparison, Side by Side

Submitted text	As student entered the text in the submitted document.
Matching text	As the text appears in the source.

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a, Galo y Mercedes, sinónimos de amor, lucha y perseverancia, aunque ahora uno de ellos solo me puede ver con los ojos de su alma el regalo más grande que me ha podido dar la vida es crecer alado de ellos, mis padres.

A mis queridos tíos los doctores López Galarza que me acompañaron incondicionalmente a lo largo de este sendero, inculcándome sus principios e integridad.

Josefina Mishellenne

AGRADECIMIENTO

Agradezco al Mgtr. Juan Carlos Yáñez Carrasco, tutor de este proyecto de grado y maestro desde el inicio de mi carrera que con el pasar de los años se convirtió en un ejemplo a seguir, un ser admirable que me guio de una forma muy profesional y demostrando gran empatía.

Josefina Mishellenne

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN I	
DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTENTICIDAD DE AUTORÍAII	
REPORTE SISTEMA URKUND	¡Error! Marcador no definido.
DEDICATORIA	VI
AGRADECIMIENTO	VII
ÍNDICE	VIII
Capítulo I: Problema	1
1.1. Resumen – abstract	1
1.2. Introducción	5
1.3. Planteamiento del problema.....	6
1.4. Formulación del problema	6
1.5. Hipótesis	7
1.6. Variables de la Investigación	7
1.6.1. Variable Independiente (Causa).....	7
1.6.2. Variable Dependiente (Efecto)	7
1.7. Objetivos de la investigación.....	7
1.7.1. Objetivo General	7
1.7.2. Objetivos Específicos:.....	7
1.8. Justificación	8
CAPÍTULO II – MARCO TEÓRICO	10

2.1. Marco Histórico	10
2.1.1. El mandato en el derecho romano.....	11
2.1.1.1. El mandatum	13
2.1.1.2. La procura y el mandatum	14
2.2. Marco Legal y Doctrinario	15
2.2.1. Definición de mandato.....	15
2.2.1.2. Características del mandato	15
2.2.1.3. La agencia oficiosa	18
2.2.1.4. El comitente	19
2.2.1.5. El apoderado	19
2.2.1.6. Clases de mandato	21
2.2.1.7. Conclusión del mandato.....	25
2.2.2. La procuración judicial	26
2.2.2.1 Requisitos del Código Civil para otorgar procuración judicial .	28
2.2.2.2. Requisitos del Código Orgánico General de Procesos para otorgar procuración judicial.....	29
2.2.2.3. Cómo debe conferirse la procuración judicial	31
2.2.2.4. Elementos de la procuración judicial.....	33
2.2.2.5. Del ejercicio de la procuración judicial	34
2.2.2.6. Imposibilidad del ejercicio de la procuración judicial.....	37
2.2.2.7. Facultades del procurador judicial.....	38
2.2.2.8. Terminación de la procuración judicial	38

2.2.3. El derecho a la defensa	39
CAPÍTULO III – METODOLOGÍA	41
3. Método de Investigación.....	41
3.1. Tipo de investigación.....	43
3.1.1. Investigación Básica o Pura.....	43
3.1.2. Investigación Histórica	44
3.1.3. Investigación Explicativa.....	45
3.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	45
3.2.1. La encuesta	46
3.2.2. El Cuestionario	47
3.2.3. La Observación	47
3.3. Criterio de Inclusión y criterio de exclusión.....	47
3.4. Población y Muestra	48
3.5. Localización geográfica del estudio	49
Capítulo IV	50
4.1. Resultados.....	50
4.2. Discusión	62
CAPÍTULO V.....	65
5.1. Conclusiones.....	65
5.2. Recomendaciones	66
Bibliografía	67

Capítulo I: Problema

1.1. Resumen – abstract

Resumen

El trabajo de investigación se centró en el otorgamiento de la procuración judicial sin cláusula especial para transigir frente al derecho a la legítima defensa, en el cantón Ventanas provincia de Los Ríos, teniendo en consideración que el Estado ecuatoriano es de naturaleza constitucional de derechos y justicia, tutela que la realiza a través de la función judicial y los administradores de justicia.

En los procedimientos regulados por el Código Orgánico General de Procesos (2015) los sujetos procesales ante cualquier impedimento para concurrir al desarrollo procesal, pueden otorgar procuración judicial a fin de que puedan ejercitar plenamente su derecho a la defensa, aunque no esté presente en la sustanciación del proceso y al momento de evacuarse las audiencias.

La procuración judicial se ha establecido como un componente esencial de este documento, la inclusión en su texto de una cláusula especial para transigir, la cual tiene como objetivo específico el facultar al procurador el poder intervenir en la etapa de conciliación sea de la audiencia preliminar o sea de las audiencias únicas.

En algunos casos, la procuración judicial no posee la cláusula especial para transigir, situación que, al no ser legislada de forma puntual por la norma adjetiva civil, presenta un vacío legal ante el cual los juzgadores optan por impedir al procurador judicial su participación en el desarrollo de la audiencia.

Únicamente salvaguardando al profesional del derecho de ser sancionado por la inasistencia a la diligencia, pero proscrito de toda forma de intervención en la

misma, situación que vulnera los derechos tanto a la tutela judicial efectiva como al debido proceso y a la legítima defensa de la parte que otorgó la procuración judicial sin la cláusula para transigir.

En la investigación se utilizó los métodos inductivo y deductivo; al igual que varias técnicas e instrumentos de investigación, los cuales permitieron investigar el tema a fondo.

Palabras clave: Procuración judicial, cláusula para transigir.

Abstract

The research work focused on the granting of judicial power without a special clause to compromise against the right to self-defense, in the canton of Ventanas, province of Los Ríos, taking into account that the Ecuadorian State is of a constitutional nature of rights and justice, guardianship that is carried out through the judicial function and the administrators of justice.

In the procedures regulated by the General Organic Code of Processes (2015), the procedural subjects in the face of any impediment to attend the procedural development, can grant judicial power of attorney so that they can fully exercise their right to defense, even if they are not present at the substantiation. of the process and when the hearings are evacuated.

The judicial attorney has been established as an essential component of this document, the inclusion in its text of a special clause to compromise, which has the specific objective of empowering the attorney to be able to intervene in the conciliation stage, be it the preliminary hearing or be of the unique audiences.

In some cases, the judicial attorney does not have the special clause to compromise, a situation that, since it is not legislated in a timely manner by the civil adjective norm, presents a legal vacuum before which the judges choose to prevent the judicial attorney from participating in the process. audience development.

Only safeguarding the professional's right to be sanctioned for non-attendance at the proceeding, but proscribed from all forms of intervention in it, a situation that violates the rights to both effective judicial protection and due process and legitimate defense of the party that I grant judicial power without the compromise clause.

In the investigation the inductive and deductive methods were used; as well as various research techniques and instruments, which allowed to investigate the subject in depth.

Keywords: Judicial attorney, clause to compromise

1.2. Introducción

Nuestro sistema procesal estructurado por la normativa del Código Orgánico General de Procesos (2015), establece dentro de sus principios rectores, que la sustanciación de todos los procesos, en todas sus fases y etapas se realizará de forma oral, correspondiendo a las partes procesales el impulso del juicio al ser los dueños del proceso.

Tanto actor como demandado, por regla general, comparecerán personalmente a la celebración de todas las actuaciones procesales, excepto si se ha otorgado procuración judicial con cláusula especial para transigir, exista procurador común dentro del proceso; o se haya autorizado la comparecencia de las partes por medio de video conferencia u otro medio de similar tecnología.

Sin embargo, sucede que, en ciertas procuraciones judiciales, no se ha insertado la cláusula para transigir, situación que no se ha considerado en el articulado del Código Orgánico General de Procesos (2015), tanto en la forma de proceder del administrador de justicia, como en las consecuencias de encontrarse ante tal situación.

Precisamente la falta de legislación deja la puerta abierta a que varios administradores de justicia tomen como única salida el impedir que el procurador judicial intervenga en la audiencia lo que atenta contra el derecho a la legítima defensa del poderdante.

1.3. Planteamiento del problema

El Código Orgánico General de Procesos (2015) en lo que a la comparecencia a las audiencias se refiere, consagra la obligación de los sujetos procesales de asistir a las audiencias de los sujetos procesales, sin embargo, se encuentra la excepción en el caso que exista un procurador judicial debidamente instituido.

En el instrumento público en el que se otorga la procuración, se debe contar con una cláusula para transigir, esto con el objetivo de que el procurador pueda transigir o negociar respecto de los puntos en los cuales se ha trabado la litis, con plena libertad y bajo el cobijo del mandato que se le ha conferido.

Sin embargo, ante la circunstancia de que no se cuente con la cláusula para transigir en la procuración judicial, no existe normativa alguna que determine el accionar del juzgador de tal manera que asegure la vigencia de los derechos del mandante, por el contrario, los administradores de justicia impiden que el procurador judicial en esta situación, actúe dentro de la audiencia.

Este impedimento al defensor técnico, lo deja en una posición de mero espectador del desarrollo de la audiencia sin posibilidad de intervención, situación está que vulnera los derechos del poderdante a la tutela judicial efectiva, el principio de contradicción, el debido proceso y el derecho a la legítima defensa.

1.4. Formulación del problema

El impedimento del juez al procurador judicial sin cláusula especial para transigir para que actúe en una audiencia, por falta de normativa en el Código Orgánico General de Procesos (2015) que regule estos casos, vulnera el derecho de los sujetos procesales el derecho a la legítima defensa.

1.5. Hipótesis

Una normativa que determine taxativamente el accionar del juzgador ante la inexistencia de una cláusula especial para transigir en la procuración judicial, protegerá de forma eficaz los derechos del poderdante.

1.6. Variables de la Investigación

1.6.1. Variable Independiente (Causa)

Una normativa que determine taxativamente el accionar del juzgador ante la inexistencia de una cláusula especial para transigir en la procuración judicial.

1.6.2. Variable Dependiente (Efecto)

Protegerá de forma eficaz los derechos del poderdante.

1.7. Objetivos de la investigación

1.7.1. Objetivo General

Determinar como el administrador de justicia que impide actuar en las audiencias a los abogados en caso de no existir cláusula para transigir en la procuración judicial, trasgrede la voluntad de los otorgantes y vulnera el derecho a la legítima defensa.

1.7.2. Objetivos Específicos:

- Argumentar técnica, jurídica y doctrinariamente todo lo referente a la procuración judicial y el derecho a la legítima defensa en la legislación ecuatoriana.
- Determinar si el juzgador afecta derechos del procurador y del mandante cuando impide actuar al procurador judicial en una audiencia, por inexistencia de cláusula para transigir en la procuración judicial.

- Establecer el accionar adecuado del administrador de justicia, al celebrarse una audiencia frente un abogado que presenta una procuración judicial sin cláusula para transigir.

1.8. Justificación

En el caso de la procuración judicial esta se encuentra instituida con el fin de que el poderdante pueda ejercer su derecho a la defensa en ausencia, a través de la gestión de un profesional del derecho que ejerce su representación por medio del documento público que acredita que esta intervención es a nombre del mandante y con su autorización.

Esto con el fin de que el sujeto procesal pueda ejercitar de forma efectiva su derecho al defensa consagrado constitucionalmente. Sin ninguna limitación más que las constantes en la propia procuración judicial.

Precisamente aquí radica la importancia de la investigación pues se buscó establecer posibles las afectaciones que sufre el sujeto procesal cuando su procurador es impedido de actuar por la falta de una cláusula especial para transigir, dejándolo en indefensión a pesar de que la propia constitución le asegura su derecho a la legítima defensa y al debido proceso.

Toda parte procesal tiene derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho a la legítima defensa, si el administrador de justicia impide la participación en una audiencia de su procurador judicial por no tener una cláusula para transigir en dicho documento, sin duda, afecta estos derechos.

El tema de estudio es muy importante, de sus resultados se desprenden posibles soluciones efectivas al problema planteado, respecto del Código Orgánico General de Procesos (2015) que no prevé disposición alguna sobre el accionar que

debe realizar el administrador de justicia al encontrarse en una audiencia con un procurador judicial sin cláusula para transigir en su procuración.

Situación por la cual el juzgador opta precisamente por impedir el accionar del procurador dejando en indefensión al poderdante, lo cual es debidamente fundamentado y desarrollado en el texto del informe que se pone a consideración del lector.

En lo que a la novedad del trabajo investigativo se refiere, este aporta información trascendental tanto para los jueces como para los abogados sobre el accionar que deben tener ante la situación que se encuentre ante un procurador judicial sin cláusula especial para transigir en su procuración durante la sustanciación de una audiencia.

CAPÍTULO II – MARCO TEÓRICO

2.1. Marco Histórico

Como punto de partida debemos referirnos al mandato, la naturaleza de la procuración judicial, la cual se sujeta de forma absoluta a las reglas del mandato, determinadas en nuestro Código Civil (2005), pues el abogado cumple con el encargo que le realiza el mandante, a través del documento otorgado con las solemnidades que la ley prescribe, de representarlo dentro de un proceso judicial.

Precisamente el Código Civil (2005), define en su Art. 2020 al mandato.

Art. 2020.- Mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario (Código Civil, 2005).

Entonces el mandato es un contrato o convención de voluntades, que implica que tanto el mandante como el mandatario se encuentran de acuerdo, tanto en otorgar el mandato como en la gestión que se realice y los efectos de la misma.

Para Treviño (2008), “...al hablar de Mandato, es un contrato en virtud de la cual una persona, el mandatario, se obliga a realizar o ejecutar, por cuenta del mandante, los actos jurídicos que este le encarga.” (Treviño, 2008)

Por tanto, dentro de lo que es el mandato, el acuerdo en la gestión a realizarse como la forma y consecuencias de la misma se encuentran previamente acordados por el mandante y el mandatario, de tal suerte que estos se encuentran en perfecto

acuerdo tanto en el encargo de la gestión como en la aceptación del resultado que se obtenga de la misma.

Precisamente, la figura del mandato no solamente es el encargar la gestión de un asunto, sino también, que esta gestión sea lo más ágil y provechosa posible para el mandante, ya que no solamente se quiere que la gestión se realice, sino también que se haga con celeridad y buscando el resultado más próximo posible a los intereses del mandante el momento de encargar la gestión.

2.1.1. El mandato en el derecho romano

El mandato tiene su génesis en el derecho romano, que es la cuna de la mayoría de los institutos que actualmente tienen su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico.

Como lo dice Stitckin (1950), el mandato se incorporó en la práctica de la sociedad romana, como efecto de la constante expansión territorial del imperio romano, lo que con el paso del tiempo obligo a que los ciudadanos romanos encarguen la gestión de sus negocios a terceras personas, esto sin que la falta de normativa que regule estos encargos de gestión impidiese la realización del encargo.

Aquello que hacía particular a estos actos asistidos es que quienes consumaban los servicios solicitados eran naturalmente individuos cercanos o de plena confianza para quien encomendaba concretar tal acción. Es así como el ejecutor se comprometía con el peticionario partiendo del determinado vínculo que los uniera prometiendo cumplir con la tarea confiada y rendir cuentas de los resultados una vez cumplido el requerimiento. La manera simbólica de formalizar la convención era un estrechón de manos entre los

individuos, y es de esto que proviene el nombre de mandato, por la acción del manum dare o manu data (Stitchkin, 1950).

En el caso del manum dare, se fundamenta en la buena fe de las personas, a sabiendas de que la gestión puede resultar beneficiosa o perjudicial para quien la encarga, todo lo cual se realizaba a la luz de la ausencia de legislación que, por lo tanto, impedía se realice ningún tipo de acción legal en contra del mandatario.

En un segundo momento, en la historia del derecho romano, el mandatum se regula como un contrato de mutuo acuerdo, señalándose dos tipos de acciones a favor de cada una de las partes que intervinieron en el mandatum, para que fuese ejercidas en caso de que se incurra en incumplimiento por parte de los contratantes.

En el caso de la acción directa que podía interponer el mandante en contra del mandatario, para que se cumpla con todo lo encargado o de ser el caso se informe o de cuentas de la gestión realizada se dominaba actio mandati directa, mientras que la acción que se concedía al mandatario para que pueda exigir se le devuelva lo gastado en el cumplimiento de la gestión o en caso de ser necesario le vuelvan lo que ha perdido por cumplir con el encargo, llamada actio mandati contraria

...la actio mandati directa consistía en una acción que podía presentar el mandante en contra del mandatario con el objetivo de que este último cumpla con lo acordado o rinda cuentas de la ejecución y los resultados del negocio encomendado; y, por otra parte, la actio mandati contraria, que facultaba al mandatario a solicitar al mandante la restitución de las pérdidas o expensas derivadas por el cumplimiento de la obligación (Sohm, 1928).

2.1.1.1. El mandatatum

Partiendo de lo dicho anteriormente sobre el mandatatum, encontramos en el la intervención de dos personas por un lado quien realiza el encargo, el mandante o dominus y por otra parte el mandatario o procurator, igualmente, podemos encontrar las características de esta figura, ya que, al ser un contrato, se encuentra revestido de ciertas características que pasaremos a señalar brevemente.

En principio, el mandatatum es de carácter consensual, es decir se funda tanto en la libertad que tiene el mandante de realizar el encargo a una persona determinada; y, por otra parte, encontramos la libre aceptación del encargo por parte de quien va a realizar la gestión encomendada.

Precisamente la característica de ser consensual el mandatatum, es decir que la voluntad de los intervinientes, por lo que el mandatario debe ceñirse estrictamente a la ejecución del encargo realizado, sin irse más allá de lo que estrictamente se le ha encargado, pues en caso de ser así el derecho romano, tal como queo expresado, concede la actio mandati directa al mandante.

El mandatatum no es un contrato de carácter oneroso, no tiene costo para el mandante, pues si se pactase un honorario por la ejecución del encargo, se entraría en otra figura jurídica como la prestación de un servicio, sin embargo, la evolución de la sociedad romana hizo que se concedan pagos por la realización de la gestión encargada, sin que exista normativa que regule ni que impida el hacerlo.

Hay que decir también que en lo que al mandatatum se refiere, este es un contrato unilateral, ya que solamente una parte se obliga a hacer algo o cumplir con la gestión o encargo, mientras que la otra parte no se encuentra obligada a nada.

Al extenderse un *mandatum*, es necesario que se lo haga sobre un objeto y una causa lícita, es decir sobre cosas o gestiones que se encuentren dentro de lo considerado como legal en el ordenamiento jurídico, es decir no debe encontrarse reñido contra la ley o el ordenamiento jurídico.

Una cuestión esencial que encontramos en el mandato es que este se encuentra al momento de instituirse el mandato, es que este nace del vínculo familiar que existía entre el mandante y el mandatario.

2.1.1.2. La procura y el *mandatum*

La procura es una institución que precedió al *mandatum*, esta se caracterizaba por el encargo de manera general por un periodo de tiempo específico de los asuntos del procurante, quien es el que encargaba la gestión de totalidad de sus negocios especialmente de los que generaban efectos de carácter jurídico, al procurador que asumía su representación patrimonial y judicial.

A diferencia del *mandatum*, que era el encargo de una gestión o negocio específicos, extinguiéndose en el momento en que se concluía con la gestión encargada, la procura duraba el periodo de tiempo que estimaba conveniente el procurante, como lo dice d'Ors, (2008).

Por otro lado, la representación judicial no era como hoy la concebimos, pues lo que recibía del procurante el *procurator ad litem* era una suerte de cesión de crédito y de los derechos litigiosos que nacían de obligaciones vencidas, en el que el objetivo era seguir las acciones pertinentes para obtener los valores en mora de los deudores del procurante con la particularidad de que, el actor no estaba obligado a devolver lo recuperado (d'Ors, 2008).

2.2. Marco Legal y Doctrinario

2.2.1. Definición de mandato

En nuestra legislación sustantiva civil, encontramos definido al mandato en su Art. 2020, el cual define al mandato como un contrato, pues se otorga por la convención o acuerdo de las voluntades de por un lado encargar la gestión del negocio y por otro la intención de realizarlo, debemos tener en consideración que el encargo de la gestión se realiza con fundamento en la confianza que existe entre los intervinientes en este contrato, precisamente al existir confianza entre mandante y mandatario, el resultado de la gestión o del negocio, es aceptado por el comitente pues asume el riesgo que esta conlleva, de forma voluntaria.

Art. 2020.- Mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario. (Código Civil, 2005).

2.2.1.2. Características del mandato

Precisamente a la luz de la definición de nuestro Código Civil, encontramos las características que actualmente tiene configuran el mandato, de tal manera que sus características actuales son las siguientes.

Contrato unilateral, el mandato, es unilateral, pues obliga solamente a una parte, esto es el mandatario, quien debe cumplir el encargo mientras que el comitente no está obligado a ninguna contraprestación por el cumplimiento del fin del mandato.

Así se determina en nuestro Código Civil (2005) en su Art. 1455, “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.” (Código Civil, 2005, Art. 1455).

Contrato gratuito o remunerado, el mandato actualmente no necesariamente debe ser gratuito, pues las partes pueden acordar que el mandatario perciba un honorario por la gestión realizada, sea por mutuo acuerdo entre el comitente y el apoderado, de no ser así este honorario puede fijarse por la costumbre e incluso recurrirse a la administración de justicia para su determinación.

Así se ordena en el Art. 2021 de nuestra norma sustantiva civil, “El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración, llamada honorario, determínase por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley, la costumbre, o el juez”. (Código Civil, 2005, Art. 2021).

Contrato principal, en el caso del mandato es un contrato principal pues, no necesita de ningún otro acto o contrato para que exista o pueda surtir efecto, ya que por sí solo asegura el cumplimiento de la gestión acordada y el pago del honorario establecido, de ser el caso.

La suficiencia del contrato de mandato se encuentra fundamentada en lo dispuesto en el Art. 1458 del Código Civil (2005), “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.”. (Código Civil, 2005, Art. 1458).

Navarro (2007), un contrato se lo puede tener sea como principal sea como aleatorio, partiendo del objeto del propio contrato, pues si este acuerdo de voluntades

genera una obligación que existe por sí misma sin necesidad de ningún otro acto es principal, mas, si el contrato tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de otro, es accesorio.

Aceptación, nuestra normativa civil, determina que el mandato se perfecciona en el momento en el cual, el apoderado acepta la gestión o encargo a realizarse, de la misma manera al momento en que el mandatario acepta el encargo esta aceptación puede ser manifestada de forma expresa, o también puede ser manifestada de forma tácita.

La manifestación es expresa, cuando se realiza de la misma forma en la cual se otorgó el mandato, mientras que esta aceptación es tácita cuando el mandatario realiza las gestiones o actos encomendados sin que medie ninguna otra manifestación

Art. 2028.- El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita.

Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato.

Aceptado el mandato, podrá el mandatario retractarse, mientras el mandante se halla todavía en aptitud de ejecutar el negocio por sí mismo, o de cometerlo a diversa persona. De otra manera, se hará responsable en los términos del Art. 2071. (Código Civil, 2005).

A decir de Etemadi (2016), el perfeccionamiento del contrato, es la fase en la cual se ejecuta el contrato, a través de ciertas acciones que se encuentran destinadas de forma concreta a materializar el contrato.

El perfeccionamiento es aquella etapa del desarrollo del contrato dentro de la cual las partes llevan a cabo una acción o conjunto de acciones que tienen por objeto directo concretar los derechos y obligaciones de cada

uno dentro del acto, logrando así, dotar de eficacia, existencia y validez jurídica al acto (Etemadi, 2016).

2.2.1.3. La agencia oficiosa

La agencia oficiosa, se encuentra determinada en el Art. 2026 del Código Civil (2005), estableciéndose como la acción del mandatario que realiza el encargo, fundamentándose en su buena fe, aunque sea nulo el encargo efectuado en el mandato, también es nulo el encargo que al realizarse sale de los límites establecidos en el mandato por el comitente.

En este sentido la norma sustantiva civil determina que “El mandatario que ejecuta de buena fe un mandato nulo, o que por una necesidad imperiosa sale de los límites de su mandato, se convierte en agente oficioso”. (Código Civil, 2005, Art. 2026).

Tal como lo dice Larrea (2011), el agente oficioso, no es sino quien realiza un acto por sí mismo de forma voluntaria, que causa efectos jurídicos, a favor de una persona que no ha dispuesto o facultado ese accionar, pero que posteriormente a la ejecución del acto al ratificarlo, asume a su favor las acciones y efectos originados por dicho acto.

Por lo tanto, la agencia oficiosa no es sino un hecho unilateral y voluntario que tiene relevancia jurídica y se ejecuta a favor de otro individuo que no ha consentido en un principio en tal actuación, pero que, con posterioridad, puede ratificar tal hecho a su favor y asumir las obligaciones contraídas (Larrea, 2011).

Las obligaciones y prohibiciones del mandante y el mandatario

2.2.1.4. El comitente

En lo que respecta al comitente, este se encuentra sometido a las obligaciones establecidas en el Art. 2062 del Código Civil:

Art. 2062.- El mandante está obligado:

- 1.- A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato;
 - 2.- A satisfacerle los gastos razonables causados por la ejecución del mandato;
 - 3.- A pagarle la remuneración estipulada o usual;
 - 4.- A pagarle las anticipaciones de dinero, con los intereses corrientes;
- y,
- 5.- A indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, y por causa del mandato.

No podrá el mandante exonerarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le pruebe culpa. (Código Civil, 2005).

2.2.1.5. El apoderado

La obligación del mandatario es rendir cuenta al comitente de su gestión, inclusive debe documentarse las situaciones más importantes de la gestión si esta obligación no le ha sido relevada, inclusive, aunque se rinda cuentas, este acto no exime al mandatario de la responsabilidad que pudiera tener en la gestión realizada.

Art. 2059.- El mandatario está obligado a dar cuenta de su administración.

Las partidas importantes de su cuenta serán documentadas, si el mandante no le hubiere relevado de esta obligación.

La relevación de rendir cuentas no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante. (Código Civil, 2005).

A decir de Rojina (2001), las obligaciones del mandatario, se puede determinar de la siguiente manera:

1. La ejecución personal del negocio jurídico, salvo casos excepcionales.
2. Cumplir con la obligación en los términos previstos por el mandatario, observando que criterio legal que debe seguirse frente a la extralimitación de funciones.
3. Rendir cuentas de la gestión del negocio encomendado oportunamente.
4. Responder en caso de culpa, dolo o negligencia en el cumplimiento de la obligación con sujeción a la normativa legal. (Rojina, 2001)

En el caso de las prohibiciones al mandatario, entre estas tenemos que este, si se le ha facultado el accionar conforme a su libre albedrio, no por ello se encuentra autorizado para modificar la sustancia sobre la que trata el mandato

Art. 2037.- Cuando se da al mandatario la facultad de obrar del modo que más conveniente le parezca, no por eso se entenderá autorizado para alterar la sustancia del mandato, ni para los actos que exigen poderes o cláusulas especiales.

Por la cláusula de libre administración se entenderá solamente que el mandatario tiene la facultad de ejecutar aquellos actos que las leyes designan como autorizados por dicha cláusula.” (Código Civil, 2005).

El mandatario no puede delegar a su vez el mandato si no se encuentra debidamente facultado para ello, así se establece en el Art. 2040 del Código Civil (2005) “La delegación no autorizada o no ratificada expresa o tácitamente por el mandante no da derecho a terceros contra el mandante, por los actos del delegado. (Código Civil, 2005, Art. 2040).

Se determina también la imposibilidad general del apoderado de donar a nombre del comitente, así se determina en la norma Sustantiva Civil en su Art. 2043, “En la inhabilidad del mandatario para donar no se comprenden naturalmente las ligeras gratificaciones que se acostumbra hacer a las personas de servicio.” (Código Civil, 2005, Art. 2043).

Finalmente, la normativa civil, determina la imposibilidad del mandatario de adquirir las cosas del mandante que deben ser enajenadas por disposición de este, esta prohibición de comprar estos bienes se extiende incluso a terceras personas que realicen la compra para el mandatario, así se dispone en el Art. 2048.

Art. 2048.- No podrá el mandatario, por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar; si no fuere con aprobación expresa del mandante. (Código Civil, 2005).

2.2.1.6. Clases de mandato

Si hablamos de una clasificación del mandato, podemos hacerlo desde dos vertientes, la primera partiendo de un punto de vista meramente doctrinario, pues a decir de Rojina (2001) el mandato puede ser civil, mercantil o judicial, representativo o no representativo y general o especial.

La segunda vertiente, nace desde el punto puramente legal, pues nuestro Código Civil (2005), tácticamente clasifica al mandato en singular o plural, directo o indirecto, oral, escrito o tácito.

Mandato civil, mercantil o judicial.

En lo que se refiere a esta forma de clasificación del mandato, nace de la propia naturaleza del encargo o gestión a realizarse, pues si lo que se debe hacer es en el ámbito civil o mercantil, se entiende que el mandato es otorgado en la materia en la que debe ejecutarse, mientras que si el encargo es que el mandatario acuda a un proceso judicial, este es un mandato puramente judicial.

Mandato representativo o no representativo

Esto se tiene en consideración en tanto y en cuanto dentro del mandato se le ha concedido al apoderado la facultad de representación del comitente, esta debe constar expresamente en el instrumento que otorga el encargo.

Entendemos por representación a la facultad que se le concede a una persona para que ejecute determinados actos que conllevaran consecuencias jurídicas o legales, de importancia, pues la ejecución de los actos por el representante, obligarán jurídicamente al representado, como si fuesen realizados personalmente por el mismo.

Mandato general o especial

Esta forma de mandato, nace de las disposiciones constantes en los Arts. 2036 y 2037 de nuestro Código Civil (2005), pues el comitente, según se establece en las normas invocadas, puede obrar con plena se da al mandatario la facultad de obrar del modo que más conveniente le parezca, no por eso se entenderá autorizado

para alterar la sustancia del mandato, ni para los actos que exigen poderes o cláusulas especiales. (Código Civil, 2005, Art. 2037).

De la redacción de la norma encontramos entonces la posibilidad de hacer constar en el contrato de mandato, dos clases de cláusulas, una que le permita al mandatorio realizar actos que vayan más allá del encargo inicial sin alterar la esencia del encargo,

Encontramos otra cláusula que le faculte al apoderado el transigir, negociar e inclusive el poder rendir juramento en un proceso judicial, así lo ordena el Art. 2045 Código Civil (2005): “La facultad de transigir no comprende la de comprometer, ni viceversa. El mandatario no podrá deferir al juramento decisorio sino a falta de otra prueba.” (Código Civil, 2005, Art. 2045).

Mandato singular o plural

La normativa constante en nuestro Código Civil (2005), deja expresamente establecido que el mandato puede ser otorgado de forma singular, entre un solo mandante y un solo mandatario o de forma plural, es decir cuando en el contrato tanto la parte que se constituye en el mandante como la parte que se convierte en mandatario, o las dos partes, están conformados por más de dos personas.

Así lo establece el Art. 2030 del Código Civil (2005): “Puede haber uno o más mandantes, y uno o más mandatarios.” (Código Civil, 2005, Art. 2030).

Mandato directo o indirecto

En el caso del mandato directo, este se encuentra fundamentado en lo dispuesto en el Art. 2039 del Código Civil (2005) que permite al mandatario delegar el encargo cuando ha sido expresamente facultado a ello por el mandante:

Art. 2039.-El mandatario podrá delegar el encargo si no se le ha prohibido; pero no estando expresamente autorizado para ello, responderá de los hechos del delegado, como de los suyos propios.

Esta responsabilidad tendrá lugar aun cuando se le haya conferido expresamente la facultad de delegar, si el mandante no le ha designado la persona, y el delegado era notoriamente incapaz o insolvente. (Código Civil, 2005).

Mandato oral, escrito o tácito

A esta clasificación del mandato la encontramos en el Art. 2027 Código Civil (2005), pues el mandato puede otorgarse de forma verbal, por documento escrito sea entre particulares o escritura pública; y, incluso de forma tácita por la sola anuencia del mandante a que otra persona gestione sus negocios:

Art. 2027.-El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra; pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico. (Código Civil, 2005).

Finalmente, en esta parte debe decirse que si el mandato se otorga de forma verbal, escrita o tácita, su aceptación también puede ser expresa o tácita, pues de forma expresa es la que se realiza a través de la manifestación positiva de la voluntad del mandatario de aceptar el mandato mientras que la aceptación tácita es cuando a pesar de que no se manifestó de ninguna forma la voluntad de cumplir con el encargo, el mandatario realiza las acciones necesarias para ejecutar la gestión encomendada, así lo establece el Art. 2028 del (Código Civil, 2005):

Art. 2028.- El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita.

Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato.

Aceptado el mandato, podrá el mandatario retractarse, mientras el mandante se halla todavía en aptitud de ejecutar el negocio por sí mismo, o de cometerlo a diversa persona. De otra manera, se hará responsable en los términos del Art. 2071. (Código Civil, 2005).

2.2.1.7. Conclusión del mandato

Como es la regla general dentro del derecho contractual, todo acto o contrato tiene formas de concluir, perfectamente determinadas en la ley, por un lado encontramos la única voluntad o deseo mutuo de las partes de dar por concluido el encargo, puede concluir también de forma unilateral sea por el deseo del mandante o sea por el deseo del mandatario, de dar por concluido el mandato; y, por las demás causas establecidas en el Art. 2067 del Código Civil (2005).

Art. 2067.- El mandato termina:

1. Cumplimiento del negocio encomendado.
2. Por haber expirado el término para realizarse el negocio o por haberse concretado la condición fijada con anterioridad para darse por terminado el contrato.
3. Por revocación hecha por parte del mandante.
4. Por renuncia del mandatario.
5. Por muerte de cualquiera de las partes.
6. Por haber quebrado o haberse declarado en insolvencia a cualquiera de las partes.

7. Por haberse declarado la interdicción de cualquiera de las partes.

8. Por haber cesado las funciones del mandante, en caso de que se haya celebrado el mandato en consideración a estas. (Código Civil, 2005).

2.2.2. La procuración judicial

Como se dijo en líneas anteriores, tanto el mandato como la procuración judicial tienen su génesis en el derecho romano, en el caso específico de la procuración judicial, esta se otorgaba para que el procurator represente a la persona en un proceso judicial, sin embargo debe tenerse en cuenta que esta figura era diferente al advocatus.

El advocatus era quien acompañaba en el proceso sea a la persona o a su procurator, expresando las razones para esa defensa por escrito. En la evolución posterior del derecho, la figura del procurador judicial la encontramos en la ley de las Siete Partidas, de autoría del Rey de Castilla Alfonso X, en la tercera partida que abarca normas de carácter procesal, se instituye la figura del personero.

El personero, era aquella persona que por mandato de otra ejecuta un determinado acto dentro del proceso litigioso, es decir realizaba la representación judicial de otro, debiendo contra como requisito para ejercer el encargo el ser mayor de veinticinco años y no ser sujeto de otro mandato.

Hay que acotar que al igual que el derecho romano, en el cual se inspira la Ley de las Siete Partidas, en la misma Tercera Partida, se define al vocero o abogado, que es el individuo que dentro de un proceso defiende los derechos de las partes procesales, a través de sus razonamientos fundamentados en las costumbres jurídicas.

Los requisitos para ser abogado o vocero, eran, ser hombre, no estar vinculado a la curia, ser mayor de veinte y cinco años, tener conocimiento de la costumbre jurídica del lugar y no adolecer de discapacidad auditiva ni afectación mental. Debe decirse que el abogado no era el personero, pero actuaba por requerimiento y pago de este.

Posteriormente nos encontramos con la época colonial, la cual representa un fuerte influjo de la madre patria en el derecho aplicado en tierras americanas, como lo dice Mejía (2017)

Pasada la colonia y llegada la etapa republicana del Ecuador, se promulga en el año 1831 la primera norma de carácter procesal llamada Ley de Procedimiento Civil, la cual sería modificada y reformada hasta el año de 1863 y, no es sino hasta el año de 1869 en que, con el objetivo de corregir todos los errores legislativos de la normativa procesal, se emite el Código de Enjuiciamiento en materia Civil, el cual tendría una fuerte influencia de la normativa procesal española, argentina y peruana (Mejía, 2017).

En 1938 se promulga el Código de Procedimiento Civil, norma adjetiva que tuvo su imperio hasta el 2015, en el Código de Procedimiento Civil (2005), se define al procurador judicial en su Art. 38:

“Art. 38.- Son procuradores judiciales los mandatarios que tienen poder para comparecer en juicio por otro. Tanto el actor como el demandado podrán comparecer en juicio por medio de procurador. Son hábiles para nombrar procuradores los que pueden comparecer en juicio por sí mismos. (Código de Procedimiento Civil, 2005, Art. 38).

A partir del 2015, año en que entró en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, tenemos la siguiente definición de procurador judicial constante en el Art. 41 del citado cuerpo legal:

Art. 41.- Procuradoras y procuradores judiciales. Son las o los mandatarios que tienen poder para comparecer al proceso por la o el actor o la o el demandado. Las personas que pueden comparecer al proceso por sí mismas son hábiles para nombrar procuradoras o procuradores. (Código Orgánico General de Procesos, 2023).

2.2.2.1 Requisitos del Código Civil para otorgar procuración judicial

En lo que los requisitos del Código Civil (2005) que se necesita cumplir para otorgar la procuración judicial, estos se encuentran determinados en el 1461 de la norma sustantiva:

Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita. (Código Civil, 2005).

En primer término la persona debe ser capaz conforme a nuestro ordenamiento jurídico, por tanto los incapaces no pueden otorgar procuración judicial, en la delación de expresarse de forma clara su consentimiento para que se cumpla con el encargo por parte del mandatario, debiendo estar libre este consentimiento de error, fuerza y dolo.

Por otra parte el comitente debe encargar la gestión de un acto o encargo que sea permitido por nuestro ordenamiento jurídico, es decir debe ser conforme a derecho; y, la causa o el motivo del otorgamiento de la procuración, debe ser permitido por nuestra legislación.

2.2.2.2. Requisitos del Código Orgánico General de Procesos para otorgar procuración judicial

El Código Orgánico General de Procesos (2023), determina en el Art. 42 que la procuración judicial se puede conferir no solo a uno sino a varios abogados para que realicen tanto el patrocinio como la defensa dentro de un proceso judicial:

Art. 42.- Constitución de la procuración judicial. La procuración judicial se constituirá a favor de uno o varios defensores que no se encuentren insertos en alguna de las prohibiciones previstas en la ley.

El mandante podrá instituir uno o más procuradoras o procuradores en un mismo instrumento. (Código Orgánico General de Procesos, 2023).

Solamente las personas que por sí mismas pueden comparecer al proceso tienen la facultad de nombrar procuradoras o procuradores judiciales, así lo ordena el Art 41 del Código Orgánico General de Procesos (2023).

Respecto de la capacidad procesal la norma general es que todos son capaces de comparecer a proceso excepto los que la ley declara como incapaces:

Art. 31.- Capacidad procesal. Toda persona es legalmente capaz para comparecer al proceso, salvo las excepciones de ley.

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

En los casos en que ciertos incapaces contraigan obligaciones, se admitirá con respecto a estos asuntos su comparecencia de acuerdo con la ley.

Cuando se trate de comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos, comparecerán a través de su representante legal o voluntario.

Las niñas, niños y adolescentes serán escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos (Código Orgánico General de Procesos, 2023).

En el caso de que la parte procesal sea un incapaz, sea absoluto o relativo, por mandato del Art. 32 del Código Orgánico General de Procesos (2023) deben comparecer por intermedio de su representante legal, o de quien ostente la tutela o curaduría y de ser necesario, el juez podrá dotar de un curador ad litem para representar a los menores dentro de un proceso.

Art. 32.- Representación de menores de edad e incapaces. Las niñas, niños, adolescentes, y quienes estén bajo tutela o curaduría, comparecerán por medio de su representante legal.

Las personas que se hallen bajo patria potestad serán representadas por la madre o el padre que la ejerza. Las que no estén bajo patria potestad, tutela o curaduría, serán representados por la o el curador designado para la controversia.

En caso de producirse conflicto de intereses entre la o el hijo y la madre o el padre, que haga imposible aplicar esta regla, la o el juzgador designará curador ad litem o curador especial para la representación de niñas, niños y adolescentes. (Código Orgánico General de Procesos, 2023).

Si quien se encuentre inmerso en un proceso judicial es una persona jurídica, la norma adjetiva en su Art. 33 dispone que deba comparecer al litigio, por medio de su representante legal:

Art. 33.- Representación de personas jurídicas en el proceso.

Cuando la parte sea una persona jurídica, deberá ser representada en el proceso por su representante legal o judicial.

En el caso de las acciones laborales estas podrán dirigirse contra cualquier persona que a nombre de sus principales ejerza funciones de dirección y administración, aun sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común. (Código Orgánico General de Procesos, 2023).

En el caso de que la persona que se encuentra en juicio, se halle en estado de insolvencia, la misma norma procesal establece en el Art. 35, que debe ser representado por el síndico de quiebras:

Art. 35.- Representación de la o del insolvente. La o el insolvente será representado por la o el síndico en todo lo que concierne a sus bienes, pero tendrá capacidad para comparecer por sí mismo en lo que se refiere exclusivamente a derechos extra patrimoniales o en las diligencias permitidas en la ley. (Código Orgánico General de Procesos, 2023).

2.2.2.3. Cómo debe conferirse la procuración judicial

Las formas en las cuales puede otorgarse la procuración judicial, se encuentran determinadas en el Art. 42 Código Orgánico General de Procesos (2023), en el caso de las instituciones públicas que carecen de personería deberá ser por delegación del procurador General del Estado, mientras que en las instituciones que sí tienen personería, será a través de oficio.

Puede otorgarse también la procuración judicial a través de un escrito cuya firma y rubrica sea debidamente reconocido por el otorgante o a través de una escritura pública; y, de forma verbal en una audiencia.

Art. 42.-

La procuración judicial podrá conferirse:

1. Por delegación otorgada por el Procurador General del Estado, para los abogados de las instituciones públicas que carecen de personería jurídica; o, por oficio en el caso de entidades del sector público con personería jurídica.

El oficio deberá ser suscrito por la o el representante legal de la entidad, su representante judicial, o ambos, si así corresponde; en su texto se expresará con precisión la norma legal que confiere la personería jurídica a la entidad y que establece la autoridad a quien corresponde el carácter de representante legal o judicial; se acompañará el nombramiento de la autoridad y de ser el caso el documento que contenga la designación del delegado.

El o los defensores de las instituciones públicas con o sin personería jurídica, acreditarán que su comparecencia es en representación de la máxima autoridad, acompañando el instrumento legal por el cual se les ha conferido dicha atribución con los documentos habilitantes necesarios.

2. Mediante escrito reconocido conforme la ley, ante la o el juzgador del proceso.

3. Por poder otorgado en el Ecuador o en el extranjero ante autoridad competente.

4. De manera verbal en la audiencia respectiva.

Las procuraciones provenientes del exterior estarán debidamente apostilladas o en su defecto legalizadas ante autoridades diplomáticas o consulares ecuatorianas. (Código Orgánico General de Procesos, 2023).

2.2.2.4. Elementos de la procuración judicial

Al momento de otorgarse una procuración judicial debe verificarse que en dicho acto se cumplan con los elementos que permitirán su adecuada ejecución, estos requisitos se desprenden de la propia redacción de la normativa aplicable a este caso en el Código Orgánico General de Procesos (2023).

Legitimación, este elemento se refiere específicamente a la necesidad de que quien otorgue la procuración judicial sea una parte dentro de un proceso judicial, como actor o demandado; o también como un tercerista, ya que la propia norma adjetiva le concede los mismos derechos y obligaciones que a las partes procesales.

Debe tenerse presente que la procuración judicial puede extenderse a fin de que se ejercite el derecho a la defensa no solamente en un proceso actual, sino también en un proceso que se prevé inicie a futuro.

Obligación del mandante a comparecer a proceso, este elemento se determina en el Art. 41 del Código Orgánico General de Procesos, (2023), la obligación del mandante de comparecer a proceso, aunque haya otorgado procuración judicial, cuando deba realizarse alguna diligencia que obligue a su presencia como rendir declaración de parte, reconocer firma y rubrica o rendir juramentos:

Art. 41.-

Aun cuando haya procuradora o procurador en el proceso, se obligará a la o al mandante a comparecer, siempre que tenga que practicar

personalmente alguna diligencia, como absolver posiciones, reconocer documentos u otros actos semejantes. Cuando la naturaleza de la diligencia lo permita, la o el juzgador autorizará que la comparecencia de la o el mandante se realice mediante videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología. Si se halla fuera del lugar del proceso, se libraré deprecatorio o comisión, en su caso, para la práctica de tal diligencia. Si se encuentra fuera del país se libraré exhorto. (Código Orgánico General de Procesos, 2023).

Requerimiento de cláusula especial, este elemento se encuentra establecido en el Art. 43 del Código Orgánico General de Procesos, (2023), obligando a que el procurador judicial ostente en su mandato una cláusula especial para realizar actos puntuales como transigir, desistir del proceso, o sustituir la procuración a favor de otro abogado entre otros:

Art. 43.- Facultades. (Sustituido por el Art. 9 de la Ley s/n, R.O. 517-S, 26-VI-2019). - El o los procuradores judiciales podrán comparecer a cualquier diligencia o instancia del proceso. Requerirán cláusula especial para sustituir la procuración a favor de otro profesional, allanarse a la demanda, transigir, desistir de la acción o del recurso, aprobar convenios, absolver posiciones, deferir al juramento decisorio, recibir valores o la cosa sobre la cual verse el litigio o tomar posesión de ella. (Código Orgánico General de Procesos, 2023).

2.2.2.5. Del ejercicio de la procuración judicial

Como ya se ha dicho, según el Art. 42 del Código Orgánico General de Procesos (2023), la procuración solamente puede otorgarse para que sea ejercida por un defensor:

Art. 42.- Constitución de la procuración judicial. La procuración judicial se constituirá a favor de uno o varios defensores que no se encuentren insertos en alguna de las prohibiciones previstas en la ley.

El mandante podrá instituir uno o más procuradoras o procuradores en un mismo instrumento. (Código Orgánico General de Procesos, 2023).

Con el fin de entender esta disposición, debemos remitirnos al literal g) del numeral 7 del Art. 76, que asegura el derecho de una persona para que en procedimientos judiciales, sea asistido por un abogado de su libre elección inclusive por un defensor público sí así lo desea:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por su parte la Ley de Federación de Abogados del Ecuador (1974), en su Art. 49 ordena que solamente los abogados podrán comparecer a proceso como procuradores judiciales y celebrar las diligencias dentro de un proceso cuando las partes no puedan concurrir personalmente al mismo.

Art. 49.- Sólo los abogados en el ejercicio de su profesión podrán comparecer en juicio como procuradores judiciales y asistir a las juntas,

audiencias y otras diligencias, en representación de las partes, cuando éstas no puedan concurrir personalmente.

La procuración judicial a favor de un abogado se otorgará por escritura pública o por escrito reconocido ante el juez de la causa y se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 1131 (1063), inciso final, del Código de Procedimiento Civil.

Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo la procuración judicial o comparecencia a juntas, audiencias y otras diligencias ante jueces, funcionarios o autoridades residentes en cantones o lugares en que no hubiere por lo menos cinco abogados establecidos, así como los casos de procuración proveniente del exterior. (Ley de Federación de Abogados del Ecuador, 1974).

En el caso del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), en su Art. 327 determina que solamente los abogados debidamente incorporados al Foro, podrán ejercer la representación e intervenir en un proceso judicial y suscribir escritos dentro de las causas.

Art. 327.- INTERVENCION DE LOS ABOGADOS EN EL PATROCINIO DE LAS CAUSAS. - En todo proceso judicial necesariamente intervendrá un abogado en patrocinio de las partes excepto en los procesos constitucionales y en los que se sustancien ante las juezas y jueces de paz, sin perjuicio del derecho a la autodefensa contemplado en el Código de Procedimiento Penal. Quienes se hallen en incapacidad económica para contratar los servicios de un abogado tendrán derecho a ser patrocinado por los defensores públicos.

En los tribunales y juzgados no se admitirá escrito alguno que no esté firmado por un abogado incorporado al Foro, excepto en el caso de la tramitación de procesos relativos a garantías jurisdiccionales y las causas que conozcan las juezas y jueces de paz.

Cuando un abogado se presente por primera vez en un proceso patrocinando a una de las partes, el actuario verificará que se le presente el original del carné de inscripción en la matrícula, debiendo incorporar al proceso una copia del mismo. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

2.2.2.6. Imposibilidad del ejercicio de la procuración judicial

El Art. 328 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009). Establece la incompatibilidad para patrocinar del abogado por razones de las funciones públicas o privadas que desempeña, mientras que el Art. 329 del citado Código, enumera las causas que impiden al abogado el ejercicio de la profesión:

Art. 329.- IMPEDIMENTOS PARA EJERCER LA ABOGACIA. -

Además, no pueden ejercer la abogacía:

1. Los que han sido suspendidos en el ejercicio de la abogacía por el Consejo de la Judicatura, por el tiempo de la suspensión;
2. Los que han sido inhabilitados para ejercer la abogacía por sentencia judicial en firme por el tiempo de la condena;
3. Los interdictos; y,
4. Los condenados por sentencia ejecutoriada a pena de prisión o reclusión, durante el tiempo de la condena. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

2.2.2.7. Facultades del procurador judicial

El procurador judicial puede comparecer a cualquier diligencia o instancia del proceso, acorde a las facultades otorgadas dentro de la procuración, sin más limitación que las que se desprenden del propio texto de la misma y sin ninguna limitación, que no sea la ausencia de autorización expresa de realizar tal o cual acto en la procuración judicial.

Así lo dispone el Art. 43 del Código Orgánico General de Procesos, (2023) en su parte inicial: “El o los procuradores judiciales podrán comparecer a cualquier diligencia o instancia del proceso...” (Código Orgánico General de Procesos, 2023, Art. 43).

El procurador judicial puede renunciar a la procuración por razones de conciencia o por incumplimiento contractual, como reza en el Art. 44 del Código Orgánico General de Procesos, (2023): “Las o los defensores podrán renunciar o negarse a prestar defensa por objeción de conciencia o por incumplimiento contractual de su cliente”. (Código Orgánico General de Procesos, 2023, Art. 44).

2.2.2.8. Terminación de la procuración judicial

La procuración judicial termina, por las causas determinadas en el Código Civil (2005) en su Art. 2067; tal como lo ordena el Art. 45 del Código Orgánico General de Procesos (2023).

Art. 45.- Terminación. La procuración judicial termina en todos los casos expresados en la ley.

Si fallece la o el poderdante después de presentada la demanda, la o el procurador judicial representará a la sucesión en el proceso hasta que se

nombre curador de la herencia yacente o comparezcan el o los herederos.
(Código Orgánico General de Procesos, 2023).

2.2.3. El derecho a la defensa

El derecho a la defensa es un componente esencial del derecho al debido proceso, definiéndoselo como un conjunto de garantías básicas, de las cuales son titulares los sujetos procesales, en todo tipo de procedimientos en los cuales se determine responsabilidades.

En este sentido se encuentra redactado el texto del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador (2008): “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76).

Específicamente el derecho a la defensa se encuentra consagrado en el numeral 7 del mencionado Art. 76 de la Norma Suprema, derechos entre los cuales se encuentra el no ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

También se instituye los derechos a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, ser asistido por un abogado sea particular o público; presentar sus argumentos y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra; y, ser juzgado por un juez independiente, imparcial y competente.

El derecho a la defensa incluye el recibir las decisiones judiciales debidamente motivadas so pena de nulidad de las mismas e impugnar las decisiones en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

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

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) 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 y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

CAPÍTULO III – METODOLOGÍA

3. Método de Investigación

En lo que corresponde al método de investigación dentro del presente trabajo se ha optado por un método **Mixto**, es decir existe una combinación del método cualitativo como del cuantitativo, ya que el problema a investigarse requiere de datos cualitativos aportados por estudios bibliográficos sobre la tenencia compartida, así como su desarrollo histórico y legal en la normativa nacional y comparada.

Por su parte el método cuantitativo, se fundamenta en los instrumentos y técnicas de investigación que proporcionan datos cuantificables como es las encuestas realizadas en la investigación de campo que ha sido requerida para realizar una adecuada interpretación y de tal manera poder sustentar la hipótesis planteada dentro de la presente investigación.

También se ha utilizada los siguientes métodos de investigación tales como:

Método Científico

El Método científico se ha sustentado en la construcción de conocimientos para poder ser verificados y contrarrestados en base a procedimientos que plantean los problemas de investigación y que ponen a prueba las hipótesis científicas, con el objetivo de solucionar problemas y generar nuevos conocimientos (López, 2012, p. 15).

El desarrollo de la presente investigación ha contribuido de manera sustancial el método científico dado que se ha seguido un procedimiento riguroso de investigación para poder comprar la hipótesis, y cumplir con los objetivos del trabajo investigativo, así como generar una solución en torno a la tenencia compartida de menores con estricto apego al iteres superior de los niños, niñas y adolescentes.

Método Documental

Este tipo de Método depende fundamentalmente de la información recogida o consultada en documentos o cualquier material impreso o digital susceptible de ser procesado, analizado e interpretado (Baquero, 2015, p. 40).

Con la investigación documental bibliográfica se ha podido recopilar documentos tanto físicos como electrónicos incluyendo las leyes que han sido de fundamento para la construcción del marco teórico, marco legal e histórico necesario para el desarrollo de la presente investigación, así como las diferentes investigaciones previas de los estudios nacionales y extranjeros en torno a la tenencia compartida como el interés superior de menor.

Método Dogmático

El método jurídico dogmática es aquel que considera el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución, norma jurídica, o estructura legal en cuestión (Baquero, 2015).

Se ha utilizado el método dogmático partiendo de la figura jurídica de la tenencia compartida, para poder tener aportes doctrinarios de la actualidad ya con el desarrollo de estos criterios se puede brindar soluciones al problema planteado en la investigación desde un enfoque formalista ya que con estos aportes lo que se busca brindar una solución que pueda darse para casos concretos que enfrenta la admiración de justicia con base a la Igualdad de los progenitores como derecho constitucional en el Ecuador, así como los aportes doctrinarios del interés superior de los menores.

Método deductivo

El método deductivo en materia jurídica, el método Deductivo se realiza principalmente mediante las técnicas de aplicación de las normas jurídicas generales a casos concretos (Baquero, 2015, p. 38).

Se ha optado por un método deductivo dado que la institución jurídica tenencia compartida parte de una concepción general para ser aplicada en casos particulares que se ven comprometidos en el Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia, el cual debe tener un lineamiento constitucional del derecho de igualdad de progenitores, así como estricto apego del desarrollo integral de los menores.

Método inductivo

El método inductivo como parte de la presente investigación, da una premisa de tratar la Institución jurídica de tenencia compartida con casos particulares tales como muestras concretas tales como jueces del cantón San Miguel para poder plantear en base a casos particulares interpretaciones generales, tales como refiere el método inductivo, también los pronunciamientos de doctrinarios y jurisprudencias que sirven de base para tratar esta figura jurídica y poder contrarrestar la información así como el planteamiento de conclusiones generales a través de casos particulares.

3.1. Tipo de investigación

3.1.1. Investigación Básica o Pura

Se ha optado por una investigación básica ya que se pretende el avance de conocimientos del tratamiento de instituciones jurídicas con relación a la tenencia compartida con su fundamento en la igualdad de derechos y responsabilidades de los progenitores, así como el estricto desarrollo integral del menor, con la finalidad de

mejorar la comprensión, la eficacia e idoneidad en la normativa legal del fenómeno jurídico sometido a estudio.

Por lo tanto, esta investigación tiene como propósito estudiar y determinar las concepciones más relevantes sobre la tenencia compartida como parte de asegurar el derecho a la igualdad de los progenitores en el marco jurídico ecuatoriano ya que tampoco se ha dado un desarrollo jurisprudencial por parte de los altos tribunales de justicia, por lo que se enfoca en una investigación básica por su finalidad de generar teorías que dejan abiertas a futuras investigaciones en el marco del Derecho Civil y Procesal Civil.

3.1.2. Investigación Histórica

El desarrollo de una investigación histórica se ve marcada por la cronología en el tiempo de una determinado fenómeno o institución jurídica, se sustenta además en la experiencia de los tiempos. Dado que, en el campo de las ciencias jurídicas, el conocimiento y aplicación pleno de las instituciones jurídicas sólo es posible si consideramos su evolución histórica. Este método se complementa con la mayoría de los demás; y las técnicas que pueden aplicarse conjuntamente son las técnicas documentales (Baquero, 2015, p. 39). (MarcadorDePosición2)

Se ha podido fijar la investigación histórica para poder desarrollar la evolución que ha tenido el interés superior del niño, niña y adolescente en el marco jurídico ecuatoriano, así como su desarrollo en los tratados internacionales ratificados por el estado, que son estricto cumplimiento para las autoridades judiciales en la resolución de intereses que se ven involucrados los menores como es la tenencia ya que comprende también un desarrollo normativo y jurisprudencial de vital importancia para el desarrollo de la presente investigación.

3.1.3. Investigación Explicativa

Con esta tipología se tiende a describir las partes y rasgos característicos esenciales de un objeto materia de estudio. “La investigación explicativa permite al investigador relatar o explicar las dimensiones jurídicas que propone cada tratamiento en razón de cómo ha sido su apelación, y como es en la actualidad e incluso cómo será su posterior desarrollo normativo (Robles, 2015, p. 95).

Los estudios descriptivos se establecen con ayuda de la interpretación del tratamiento de la problemática jurídica ya que son analíticos y hermenéuticos. La descripción va más allá del simple relato de las características del objeto y, más bien, examina y registra con detalle cada una de sus particularidades, selecciona la técnica más apropiada para la recolección y el procesamiento de datos.

Para el autor (Rojas, 2013) “su esencia particular es poder generar una comprensión más idónea de la magnitud del problema, y señalar los lineamientos para la prueba de las hipótesis”.

Este tipo de investigación ha sido de utilidad en el presenta trabajo dado que, la información obtenida en un estudio, explica el problema y supone un conocimiento a priori acerca del caso tratado, es decir de la información primaria recolectada así como la de fuentes directas como en operadores de justicia y abogados en libre ejercicio proponen una explicación de los resultados obtenidos es decir no se limita a una información concreta, por lo que debe generarse una explicación de cada acontecimientos o resultados.

3.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Para Aranzamendi, la investigación científica utiliza de manera indistinta los términos técnica o instrumentos para referirse al mismo objeto o herramientas de los

investigadores. Hay que precisar que tanto las técnicas como instrumentos forman parte del método, son coadyuvantes y complementos para obtener datos o resultados respecto al objeto de estudio (Aranzamendi, 2021, p. 38).

3.2.1. La encuesta

La encuesta es una técnica de la investigación científica de la cual comprende una información directa determinada por una muestra o población la cual pretende recabar información que va a ser representada a través de un cuestionario en donde se han planteado preguntas con simetría a los objetivos de la investigación y la información relevante para descubrir el problema o demostrar la hipótesis planteada en el trabajo investigativo. (Sampieri, 2014)

La encuesta ha sido utilizada en la presente investigación para obtener opiniones de los profesionales del derecho, así como la realidad de los administradores de justicia en torno al tema de investigación desde sus perspectivas respectivamente. (García, 2015).

Las encuestas que se ejecutaron a los Jueces de la Unidad Judicial Civil Multicompetente con sede en el cantón Ventanas, provincia de Los Ríos, y a 20 abogados en libre ejercicio como también a personas conocedoras del tema, que incluye un cuestionario de 5 preguntas, en la cual se buscó recabar información y opiniones acerca de la problemática planteada en la investigación.

La técnica de Análisis: El análisis de la información obtenida del instrumento que permitirá diagnosticar los resultados

3.2.2. El Cuestionario

Prácticamente el cuestionario es un cumulo de preguntas que se concatenan a una o más variables a investigar. La presente investigación ha empleado el cuestionario, que consiste en el formulario de 5 preguntas.

El cuestionario nos permitirá para recoger, seleccionar la información de la investigación.

3.2.3. La Observación

La observación puede entenderse desde el investigador que observa, que mira detenidamente, pero también desde lo observado de un conjunto de datos y fenómenos para su posterior interpretación.

Con la observación se ha podido establecer interpretaciones de los datos obtenidos de fuentes primarias como de fuentes directas como abogados en libre ejercicio como también con los administradores de justicia con relación a la figura jurídica de la tenencia compartida puesto que la observación contribuye para una mejor interpretación de los resultados obtenido como en generar conclusiones del trabajo de investigación, así como también cumplir con los objetivos propuestos.

3.3. Criterio de Inclusión y criterio de exclusión

Los criterios de inclusión y de exclusión dentro de los instrumentos de investigación queda acreditada con los siguientes aspectos básicos:

El diseño y esquema de muestreo: Teniendo en cuenta que las encuestas se realizaron a las personas involucradas en el ámbito de derecho conocedores del tema motivo del trabajo de investigación. Esto permitió fácilmente conocer el criterio jurídico y la realidad del tema investigado.

Tamaño de la muestra: Se determinó técnicamente tal como se señala en el acápite correspondiente, donde se resaltó el trato con profesionales del derecho especializados y personas involucradas en el ámbito del tema investigativo de la referencia; quienes son usuarios de la Unidad Judicial Civil Multicompetente con sede en el cantón Ventanas, provincia de Los Ríos.

Control de errores: En el lapso de elaboración de los instrumentos de la investigación, se consultó a varias personas conocedoras del derecho civil y procesal civil, en lo atinente a la procuración judicial, que tienen conocimientos de especialización, a fin de evaluar la pertinencia y la claridad de las preguntas; las inconsistencias y errores fueron corregidos paulatinamente hasta obtener un instrumento ideal para su definitiva aplicación.

3.4. Población y Muestra

El objeto de la investigación es la población, ya que del universo de ella es extrae la información que se requiere para el campo de estudio. Poco práctico y se dirá también casi imposible es analizar a la totalidad de los individuos, sobre todo si son muchos o están fuera del alcance normal investigativo. Por este motivo, en lugar de examinar al grupo entero, se plantea primero como tema el análisis de 1 Unidad Judicial Civil Multicompetente de Ventanas con repercusión en el año 2021 como muestra del mismo, donde se han desarrollado las encuestas. Siendo la muestra una representación, entonces, significativa de las características de una población, que bajo, la repercusión del error que se halla en toda población, se estudiarán características de un conjunto mucho menor que el global.

En la presente investigación, la población estará conformada por dos jueces de la Unidad Judicial Civil Multicompetente con sede en el cantón Ventanas y 20

usuarios entre los que se cuentan abogados y ciudadanos que utilizan estas dependencias.

Población

La población que conforma la presente investigación está conformada de la siguiente manera:

COMPOSICIÓN	INSTRUMENTO	MUESTRA
Jueces de la Unidad Judicial Civil Multicompetente con sede en el cantón Ventanas	Encuesta	2
Abogados en libre ejercicio usuarios de la Unidad Judicial	Encuesta	10
Abogados de la Defensoría Pública usuarios de la Unidad Judicial	Encuesta	2
Ciudadanos que utilizan estas dependencias	Encuesta	10
TOTAL		24

Muestra

Para el desarrollo de la presente investigación no resultó necesario establecer una muestra ya que se trató una investigación dogmática jurídica por lo que la población es un número mínimo que no necesitó de fórmulas.

3.5. Localización geográfica del estudio

La Unidad Judicial Civil Multicompetente está ubicada en el Cantón Ventanas, provincia de Los Ríos, Abarca una superficie de 533,3 km² y representa el 8.28% de la superficie total de la provincia de Los Ríos. De acuerdo al censo poblacional y vivienda (INEC 2010) la población es de 66,551 habitantes. Se

encuentra entre los 24 msnm. Comprende la cabecera cantonal. Ventanas se encuentra en los 1°27'S 79°28'O de longitud Oeste y 1° 26' a 1° 44' de latitud Sur.

Capítulo IV

4.1. Resultados

4.1.1. Interpretación de los resultados obtenidos de las encuestas aplicadas a los Jueces de la Unidad Judicial Civil Multicompetente con sede en el cantón Ventanas.

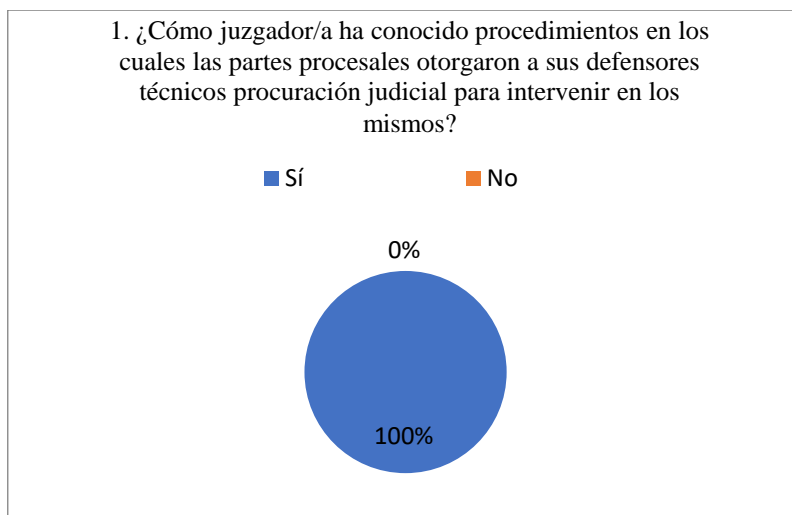
Pregunta 1

¿Cómo juzgador/a ha conocido procedimientos en los cuales las partes procesales otorgaron a sus defensores técnicos procuración judicial para intervenir en los mismos?

Tabla No. 1

Alternativa	Cantidad	Frecuencia
Sí	2	100%
No	0	0 %
TOTAL	2	100%

Gráfico



Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Civil Multicompetente con sede en el cantón Ventanas

Elaborado por: Josefina Mishellenne Yáñez García

Interpretación

De los datos Obtenidos se puede observar que en un 100% de los administradores de justicia, han conocido procedimientos en los cuales las partes procesales otorgaron a sus defensores técnicos procuración judicial para intervenir en los mismos.

Pregunta 2.

¿Cómo juzgador/a en los procesos bajo su conocimiento, se ha encontrado con alguna procuración judicial sin cláusula para transigir?

Tabla No. 2

Alternativa	Cantidad	Frecuencia
Sí	2	100%

No	0	0 %
TOTAL	2	100%

Gráfico No. 2



Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Civil Multicompetente con sede en el cantón Ventanas

Elaborado por: Josefina Mishellenne Yáñez García

Interpretación

De los datos Obtenidos se puede observar que en un 100% de los administradores de justicia en los procesos bajo su conocimiento, se han encontrado con alguna procuración judicial sin cláusula para transigir, lo que demuestra que es una omisión frecuente de encontrar.

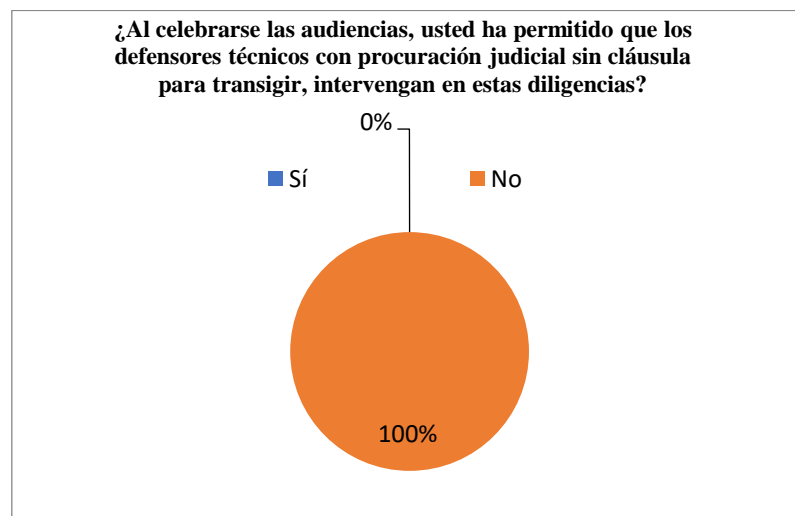
Pregunta 3

¿Al celebrarse las audiencias, usted ha permitido que los defensores técnicos con procuración judicial sin cláusula para transigir, intervengan en estas diligencias?

Tabla No. 3

Alternativa	Cantidad	Frecuencia
Sí	0	0%
No	2	100 %
TOTAL	2	100%

Gráfico No. 3



Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Civil Multicompetente con sede en el cantón Ventanas

Elaborado por: Josefina Mishellenne Yáñez García

Análisis e interpretación

Al responder a esta pregunta, el 100% de los administradores de justicia en los procesos bajo su conocimiento, al celebrarse las audiencias, no han permitido que los defensores técnicos con procuración judicial sin cláusula para transigir, intervengan en estas diligencias, lo que evidencia que los jueces no permiten la intervención de los procuradores sin cláusula para transigir.

Pregunta 4

¿Considera usted que se afecta derechos del procurador y del mandante cuando impide actuar al procurador judicial en una audiencia, por inexistencia de cláusula para transigir en la procuración judicial?

Tabla No.4

Alternativa	Cantidad	Frecuencia
Sí	2	100%
No	0	0 %
TOTAL	2	100%

Gráfico No.4



Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Civil Multicompetente con sede en el cantón Ventanas

Elaborado por: Josefina Mishellenne Yáñez García

Análisis e interpretación

Al responder a esta pregunta, los jueces encuestados en un 100% coinciden en que se afecta derechos del procurador y del mandante cuando se impide actuar al procurador judicial en una audiencia, por inexistencia de cláusula para transigir en la procuración judicial, lo que evidencia la unidad de criterio de los juzgadores en que existe afectación de derechos por este impedimento.

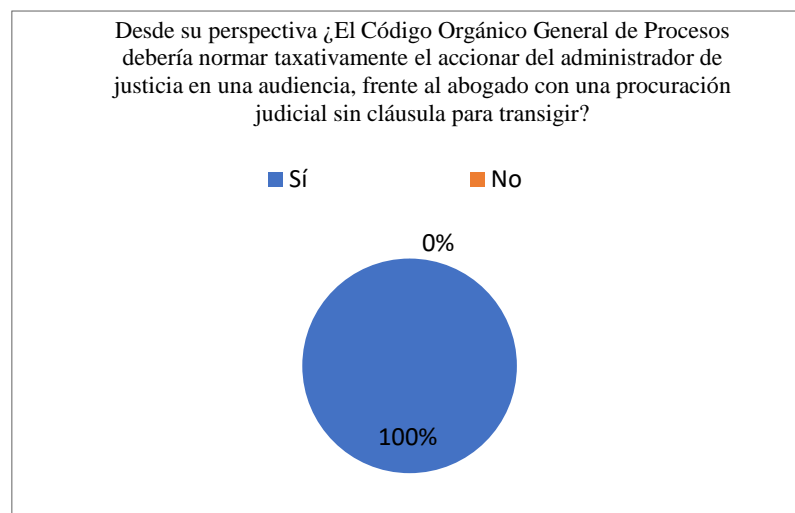
Pregunta 5

Desde su perspectiva ¿El Código Orgánico General de Procesos debería normar taxativamente el accionar del administrador de justicia en una audiencia, frente al abogado con una procuración judicial sin cláusula para transigir?

Tabla No. 5

Alternativa	Cantidad	Frecuencia
Sí	2	100%
No	0	0 %
TOTAL	2	100%

Gráfico No. 5



Fuente: Jueces de la Unidad Judicial Civil Multicompetente con sede en el cantón Ventanas

Elaborado por: Josefina Mishellenne Yáñez García

Análisis e interpretación

Al contestar a la interrogante, los jueces encuestados en un 100% coinciden en que el Código Orgánico General de Procesos debería normar taxativamente el accionar del administrador de justicia en una audiencia, frente al abogado con una procuración judicial sin cláusula para transigir, porque los administradores de justicia necesitan esta normativa para no atentar con los derechos del mandante y del procurador judicial.

4.1.2. Interpretación de los resultados obtenidos de las encuestas aplicadas a los abogados en libre ejercicio y defensores públicos del cantón Ventanas.

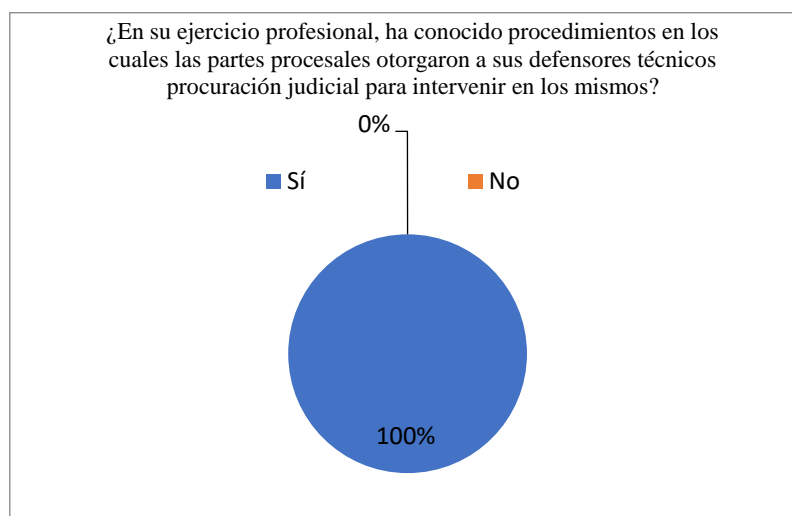
Pregunta 1

¿En su ejercicio profesional, ha conocido procedimientos en los cuales las partes procesales otorgaron a sus defensores técnicos procuración judicial para intervenir en los mismos?

Tabla No. 6

Alternativa	Cantidad	Frecuencia
Sí	20	100%
No	0	0 %
TOTAL	20	100%

Gráfico No. 6



Fuente: Abogados en libre ejercicio y Defensores Públicos del cantón Ventanas

Elaborado por: Josefina Mishellenne Yáñez García

Análisis e interpretación

Al contestar a la interrogante, los Abogados en un 100% coinciden que, en su ejercicio profesional, han conocido procedimientos en los cuales las partes procesales otorgaron a sus defensores técnicos procuración judicial para intervenir en los mismos, lo que indica el amplio uso de la procuración judicial.

Pregunta 2

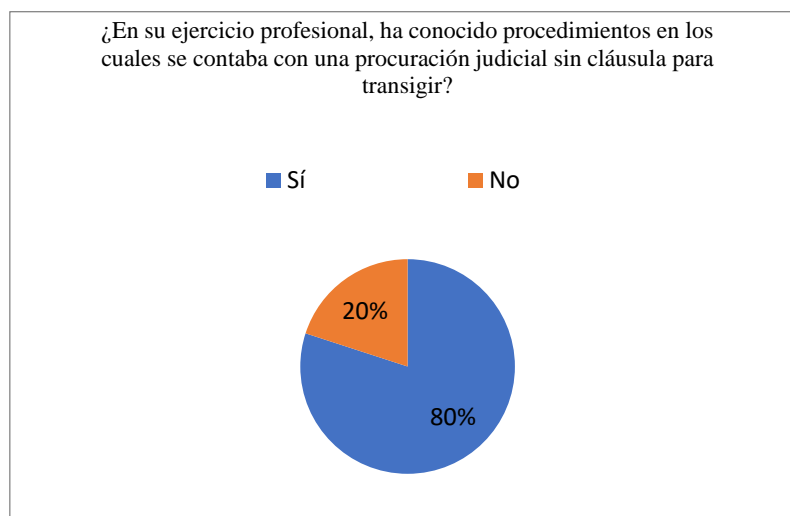
¿En su ejercicio profesional, ha conocido procedimientos en los cuales se contaba con una procuración judicial sin cláusula para transigir?

Tabla No. 7

Alternativa	Cantidad	Frecuencia
Sí	16	80%
No	4	20 %

TOTAL	20	100%
--------------	-----------	-------------

Gráfico No. 7



Fuente: Abogados en libre ejercicio y Defensores Públicos del cantón Ventanas

Elaborado por: Josefina Mishellenne Yáñez García

Análisis e interpretación

Al responder a esta interrogante el 80% de los abogados afirman que en su ejercicio profesional, han conocido procedimientos en los cuales se contaba con una procuración judicial sin cláusula para transigir, mientras que el 20% restante afirman que no han conocido de esta situación en un proceso, lo que demuestra que es un error común el omitir la cláusula para transigir en las procuraciones judiciales que se entregan en procesos.

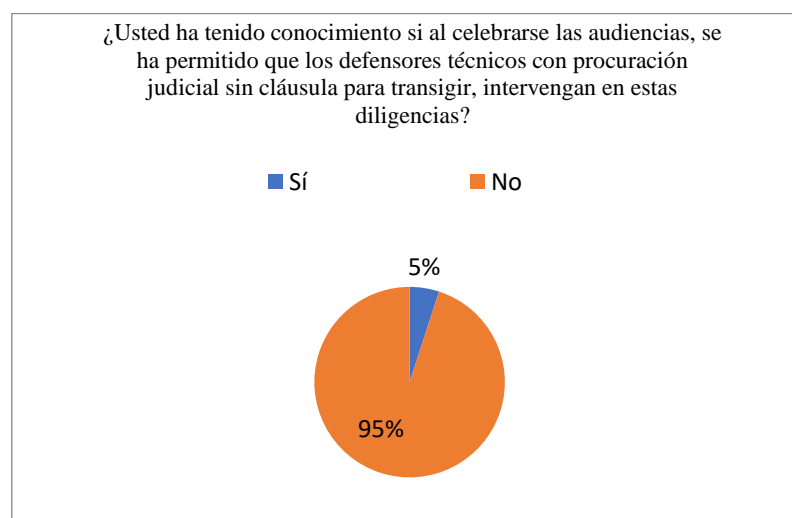
Pregunta 3

¿Usted ha tenido conocimiento si al celebrarse las audiencias, se ha permitido que los defensores técnicos con procuración judicial sin cláusula para transigir, intervengan en estas diligencias?

Tabla No. 8

Alternativa	Cantidad	Frecuencia
Sí	1	5%
No	19	95 %
TOTAL	20	100%

Gráfico No. 8



Fuente: Abogados en libre ejercicio y Defensores Públicos del cantón Ventanas

Elaborado por: Josefina Mishellenne Yáñez García

Análisis e interpretación

Al responder a esta interrogante el 95% de los abogados afirman que tienen conocimiento que, al celebrarse las audiencias, no se ha permitido que los defensores técnicos con procuración judicial sin cláusula para transigir, intervengan en estas diligencias, mientras que el 5% restante afirman que sí han conocido que en un proceso que si se ha permitido intervenir al procurador sin cláusula para transigir en

su procuración lo que demuestra lo raro y excepcional que el juez permita esta intervención.

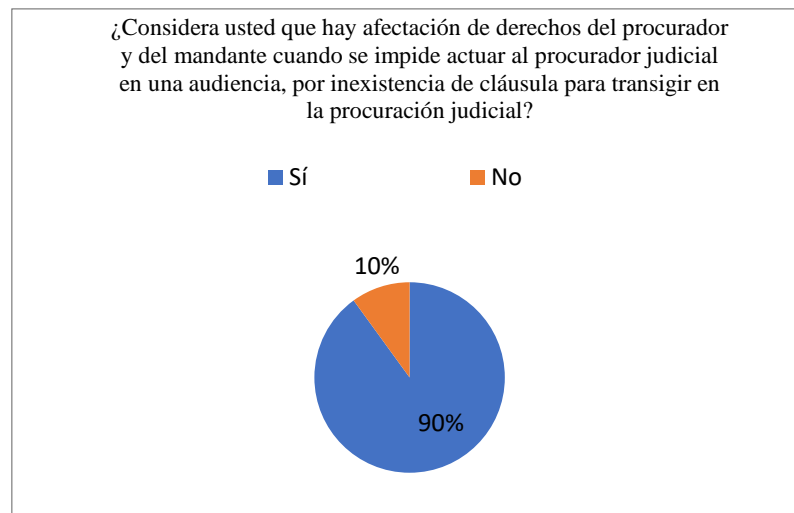
Pregunta 4

¿Considera usted que hay afectación de derechos del procurador y del mandante cuando se impide actuar al procurador judicial en una audiencia, por inexistencia de cláusula para transigir en la procuración judicial?

Tabla No. 9

Alternativa	Cantidad	Frecuencia
Sí	18	90%
No	2	10 %
TOTAL	20	100%

Gráfico No. 9



Fuente: Abogados en libre ejercicio y Defensores Públicos del cantón Ventanas

Elaborado por: Josefina Mishellenne Yáñez García

Análisis e interpretación

Con respecto a la pregunta formulada el 90% de los abogados consideran que sí hay afectación de derechos del procurador y del mandante cuando se impide actuar al procurador judicial en una audiencia, por inexistencia de cláusula para transigir en la procuración judicial, mientras que el 10% consideran que no existe afectación, lo que demuestra que la gran mayoría de abogados cree que sí hay afectación de derechos en esta situación.

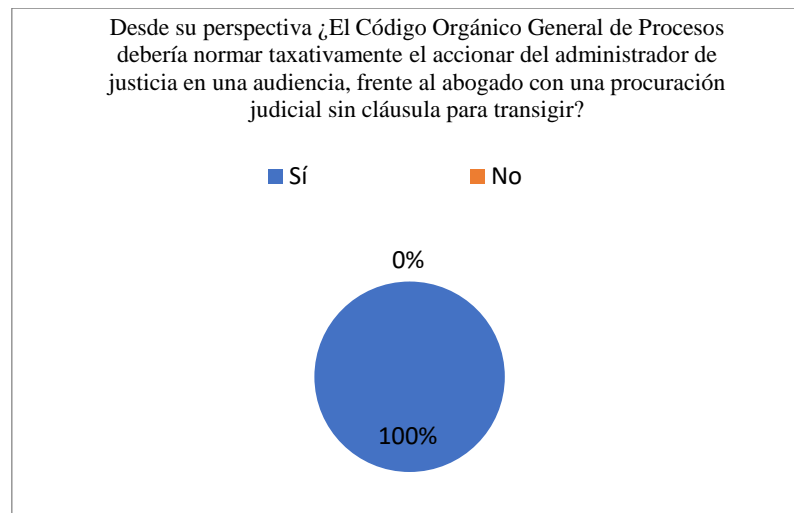
Pregunta 5

Desde su perspectiva ¿El Código Orgánico General de Procesos debería normar taxativamente el accionar del administrador de justicia en una audiencia, frente al abogado con una procuración judicial sin cláusula para transigir?

Tabla No. 10

Alternativa	Cantidad	Frecuencia
Sí	20	100%
No	0	0 %
TOTAL	20	100%

Gráfico No. 10



Fuente: Abogados en libre ejercicio y Defensores Públicos del cantón Ventanas

Elaborado por: Josefina Mishellenne Yáñez García

Análisis e interpretación

Al contestar a esta interrogante, el 100% de los abogados responde que es necesario que el Código Orgánico General de Procesos debería normar taxativamente el accionar del administrador de justicia en una audiencia, frente al abogado con una procuración judicial sin cláusula para transigir, lo que demuestra la unidad de criterio de que la legislación en este aspecto es insuficiente y debe solucionarse de forma urgente.

4.2 Discusión

Una vez que se ha agotado el análisis de las fuentes de investigación tanto en lo que corresponde a la teoría como a la recolección de datos, podemos adentrarnos en el desarrollo de la discusión, pues se cuenta con los elementos suficientes que permiten formar el criterio para pronunciarse sobre el tema de investigación.

La preocupación judicial es una herramienta jurídica que se encuentra ampliamente extendida en su uso, pues faculta a las partes procesales el ejercer su

derecho a la defensa sin que concurran personalmente a la evacuación de las diligencias procesales incluyendo las audiencias, pues el procurador lo hace en su nombre y representación.

Procurador judicial, solamente puede ser un abogado, inscrito en el foro y que no tenga impedimento alguno para el ejercicio de la profesión, es quien se encarga de tutelar de forma efectiva el derecho a la defensa de su mandante, sea actor o demandado o inclusive un tercerista dentro del proceso, lo que le permite asegurar la vigencia del debido proceso a favor de su mandante.

El procurador judicial debe ceñirse de forma estricta a las cláusulas constantes en la procuración, necesita de cláusulas especiales para transigir, sustituir la procuración a otro abogado, desistir de la acción o recursos, inclusive rendir declaración de parte, etc., es decir no puede hacer sino lo que le está facultado expresamente.

Sin embargo, en el caso de que en la procuración judicial no conste la cláusula especial para transigir, los jueces como regla general impiden que el procurador intervenga en la diligencia que se esté evacuando, lo cual no tiene fundamento legal, pues la cláusula para transigir, si bien faculta negociar a nombre del mandante, pero las otras actividades procesales las puede realizar el procurador, aunque carezca de la mencionada cláusula.

La ausencia de legislación que disponga la forma en la cual debe actuar el juez cuando se encuentra con una procuración judicial sin cláusula para transigir, hace que no exista unidad en el criterio judicial, y aunque la gran mayoría de juzgadores, ante esta situación, opta por impedir el accionar del procurador, un número mínimo de jueces sí permiten el accionar del procurador.

De lo expuesto, se desprende claramente la necesidad urgente solucionar esta situación jurídica que puede afectar el derecho del mandante a la legítima defensa, pues si ha conferido procuración judicial se manifiesta de forma positiva y expresa su deseo de defenderse en un proceso judicial que actualmente se esté tramitando o que pueda realizarse a futuro.

La ausencia de la cláusula para transigir, si bien es cierto impide negociar al procurador, no le imposibilita el realizar las otras actividades procesales para las cuales sí está facultado, y el impedir que el procurador pueda intervenir, afecta al derecho al defensa del comitente.

La inclusión en el Código Orgánico General de Procesos de una normativa que enmarque el accionar del juez ante la procuración judicial sin cláusula para transigir, permitirá la realización de la justicia, asegurando la prevalencia de los derechos de las partes procesales, permitiendo el desarrollo de los procesos judiciales en un marco de igualdad de equilibrio y oportunidades para todos los justiciables.

CAPÍTULO V

5.1. Conclusiones

Se concluye que la procuración judicial, es un instrumento que permite a las partes procesales el ejercitar de forma adecuada su legítimo, ya que el procurador realizará los actos procesales a nombre del sujeto procesal, permitiendo la vigencia de su derecho a la defensa, aunque el mandante no este presente.

Se determina que el juzgador afecta derechos del procurador y del mandante cuando impide actuar al procurador judicial en una audiencia, por inexistencia de cláusula para transigir en la procuración judicial, pues esta cláusula faculta al procurador el negociar, pero su ausencia no impide al procurador el realizar los otros actos procesales

Se determina que el administrador de justicia, al celebrarse una audiencia y se encuentre una procuración judicial sin cláusula para transigir, debería permitir la intervención del abogado en la diligencia, pues solamente carece de facultad para negociar, pero sí puede ejecutar los otros actos procesales.

5.2. Recomendaciones

Se recomienda, realizar un ante proyecto de reforma al Código Orgánico General de Procesos, una normativa que enmarque el accionar del juez ante la procuración judicial sin cláusula para transigir, pues así se asegurará la prevalencia de los derechos de las partes procesales, permitiendo el desarrollo de los procesos judiciales en un marco de igualdad de equilibrio y oportunidades para todos los justiciables.

Se recomienda que consejo de la judicatura, una adecuada capacitación a los jueces a fin de que, ante la inexistencia de cláusula para transigir en la procuración judicial, no se impida al procurador el realizar los otros actos procesales a fin de asegurar el derecho a la defensa del mandante.

Se recomienda que se capacite a los abogados en general a fin de que se encuentren plenamente conscientes de los derechos del mandante que se afectan al impedir el juez la intervención del abogado en una audiencia cuando la procuración judicial no contiene cláusula para transigir.

Bibliografía

- Aguirre (2010). El derecho a la tutela judicial efectiva: Una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos. Foro: Revista de Derecho, 14, Recuperado de <http://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/issue/view/40>.
- Buendía, L. (2019).
- Cabanellas (1993) Diccionario jurídico elemental. Recuperado de https://www.academia.edu/19327120/DICCIONARIO_JURIDICO_ELEMENTAL_GUILLERMO_CABANELLAS.
- Coello (2007). Práctica civil Volumen II. Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- De Pina y Castillo (2007). Instituciones de Derecho Procesal Civil. 29ª. Edición. Distrito Federal, México: Editorial Porrúa.
- Gómez (2010). Teoría del Contrato. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.
- Guarderas y Hernández (2016). Código Orgánico General de Procesos, Manual práctico y analítico procedimientos, audiencias y teoría del caso. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Guarderas, S. (2017). Comentarios al Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Jarama y Durán (2019). El principio de celeridad en el Código Orgánico General de Procesos, consecuencias en la audiencia. Universidad y Sociedad, Recuperado de <http://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus>.
- Jörs

- López (2013). Tutela judicial efectiva en la ejecución de las sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Ecuador. (Trabajo de posgrado, Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3424/1/T1249-MDP-Lopez-Tutela.pdf>.
- Mejía (2017). Evolución histórica de la oralidad y la escritura en el proceso civil español y ecuatoriano. Revista de Derecho, Recuperado de <http://www.iushumani.org/index.php/iushumani/article/view/101>.
- Mejía (2018). La oralidad y los principios del procedimiento. Quito, Ecuador: Ius et Historiae.
- Ospina y Ospina (2009). Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 7ª edición. Bogotá, Colombia: TEMIS S.A.
- Ortega (1999). Introducción al Derecho. Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Ovalle (2016). Teoría General del Proceso. 7ª. Edición. Distrito Federal. México: Oxford University Press.
- Oyarte(2016). Debido Proceso. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Palacio (2003). Manual de Derecho Procesal Civil. 17ª. edición. Buenos Aires, Argentina: LexisNexis Argentina S.A.
- Parraguez (2000). Teoría General de las Obligaciones. Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.

- Ramírez (2015). Principales cuestiones acerca del Código Orgánico General de Procesos en preguntas y respuestas. Quito, Ecuador: Biblioteca de la Corte Nacional de Justicia.
- Rojina (2011). Compendio de Derecho Civil V: Contratos. 27^a. Edición. Distrito Federal, México: Editorial Porrúa.
- Serrano (2012). El Derecho Indígena. Quito, Ecuador: Ediciones Abya – Yala.
- Sohm (1928). Instituciones de derecho privado romano; historia y sistema. Madrid, España: Tipografía Artística.
- Stitchkin (1950). El mandato civil. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica.
- Tarud (2013). El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar, en Chile. Opinión Jurídica, Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v12n23/v12n23a08.pdf>.
- Lexgrafía**
- Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico General de Procesos. [Ley 0 de 2015]. (22 de mayo de 2015). RO. Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.
- Asamblea Nacional del Ecuador. Código Civil. (24 de junio de 2015). RO. Suplemento 46 de 24 de junio de 2015.
- Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico de la Función Judicial. [Ley 0]. (9 de marzo de 2009). RO. Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.
- Asamblea Nacional del Ecuador. Ley de Federación de Abogados. [Decreto 201]. (7 de marzo de 2009). RO. 507 de 7 de marzo de 1974
- Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). 2da Ed.



UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR

**CUESTIONARIO PARA LA PRESENTACIÓN DEL PROYECTO DE
INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA, DESARROLLO, TECNOLÓGICO E
INNOVADOR**

Nombre del encuestado.....

Sexo. Masculino () femenino ()

Edad.....

Cuestionario de encuesta/entrevista para Juezas y Jueces.

1. ¿Cómo juzgador/a ha conocido procedimientos en los cuales las partes procesales otorgaron a sus defensores técnicos procuración judicial para intervenir en los mismos?

Respuesta: Si (...) No (.....)

2. ¿Cómo juzgador/a en los procesos bajo su conocimiento, se ha encontrado con alguna procuración judicial sin cláusula para transigir?

Respuesta: Si (...) No (.....)

3. ¿Al celebrarse las audiencias, usted ha permitido que los defensores técnicos con procuración judicial sin cláusula para transigir, intervengan en estas diligencias?

Respuesta: Si (...) No (.....)

4. ¿Considera usted que se afecta derechos del procurador y del mandante cuando impide actuar al procurador judicial en una audiencia, por inexistencia de cláusula para transigir en la procuración judicial?

Respuesta: Si (...) No (.....)

5. Desde su perspectiva ¿El Código Orgánico General de Procesos debería normar taxativamente el accionar del administrador de justicia en una audiencia, frente al abogado con una procuración judicial sin cláusula para transigir?

Respuesta: Si (...) No (.....)

Gracias por su colaboración



UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR

**CUESTIONARIO PARA LA PRESENTACIÓN DEL PROYECTO DE
INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA, DESARROLLO, TECNOLÓGICO E
INNOVADOR**

Nombre del encuestado.....

Sexo. Masculino () femenino ()

Edad.....

Cuestionario para Abogados/as en libre ejercicio y Defensores Públicos.

1. ¿En su ejercicio profesional, ha conocido procedimientos en los cuales las partes procesales otorgaron a sus defensores técnicos procuración judicial para intervenir en los mismos?

Respuesta: Si (...) No (.....)

2. ¿En su ejercicio profesional, ha conocido procedimientos en los cuales se contaba con una procuración judicial sin cláusula para transigir?

Respuesta: Si (...) No (.....)

3. ¿Usted ha tenido conocimiento si al celebrarse las audiencias, se ha permitido que los defensores técnicos con procuración judicial sin cláusula para transigir, intervengan en estas diligencias?

Respuesta: Si (...) No (.....)

4. ¿Considera usted que hay afectación de derechos del procurador y del mandante cuando se impide actuar al procurador judicial en una audiencia, por inexistencia de cláusula para transigir en la procuración judicial?

Respuesta: Si (...) No (.....)

5. Desde su perspectiva ¿El Código Orgánico General de Procesos debería normar taxativamente el accionar del administrador de justicia en una audiencia, frente al abogado con una procuración judicial sin cláusula para transigir?

Respuesta: Si (...) No (.....)

Gracias por su colaboración

ANEXO 2

