

## RESUMEN

Desde el punto de vista dinámico del derecho, es decir el proceso, la realización de la obligación a favor del acreedor no puede tener lugar de hecho, sino a través de una actividad regulada por el Derecho (proceso de ejecución), mediante el cual se puede modificar paulatinamente, conforme a ley, la esfera jurídica del deudor y esta modificación es precisamente lo que constituye un proceso. Como ya lo señalaba Carnelutti en su libro Instituciones del Proceso Civil en su Título Segundo, De las Relaciones Jurídicas Procesales *“El servicio que el derecho procura al proceso, consiste en ordenar las actividades de que el proceso se compone, mediante atribución a cada uno de los agentes de poderes y deberes que tienden a garantizar su realización (...) lo que amenaza comprometer el desenvolvimiento y el éxito del proceso, es, como siempre, el conflicto entre los intereses de la misma persona o de personas distintas”* (pág. 290)

El proceso de ejecución, en breves palabras, busca vencer la resistencia del deudor moroso en juicio. Quien acude a esta vía demanda del juzgador un procedimiento para exigir al deudor que adecúe su comportamiento al derecho del acreedor, y que cumpla con la obligación. Por consiguiente, el conjunto de pasos y la ritualidad a seguir por las partes han sido encaminados a cumplir con estos objetivos, es decir, se busca del juez una conducta de acción que lleve al cumplimiento del derecho insatisfecho y reconocido previamente en el título ejecutivo que abre paso a esta vía.

En el Ecuador dentro de los procesos de ejecución, se encuentra el juicio ejecutivo como la vía para hacer efectivo el derecho contenido en los títulos ejecutivos. Pero dentro de su procedimiento se permite una oposición tan amplia, que de ser ejercida por el deudor, creará una conducta diferente en el juez quien estará obligado a conocer los hechos y el derecho para decidir en base a estos la procedencia o no de la demanda. Convirtiendo así al juicio ejecutivo, que por principio debe ser un procedimiento de ejecución, en un juicio de conocimiento. A este desacierto del legislador se suman otros como la falta de intimación al deudor para el cumplimiento, la reiteración de criterios innecesarios, la posibilidad de recomenzar un proceso de conocimiento por vía ordinaria dejando suspendida la decisión ejecutiva, la indefensión por falta de acceso a recursos, entre otros. Lo que reduce algunos de los beneficios que este trámite prevé para los acreedores que poseen títulos ejecutivos. Entonces son de conocimiento no por el nombre que la Ley ha dado al formato o ritualidad

que se sigue, sino por la labor que las partes y el juez desarrollan y por el contenido de la resolución que se emitirá.

La sociedad ecuatoriana, como toda sociedad de derecho en busca de seguridad jurídica y certeza, necesita de una estructura procesal idónea para exigir el cumplimiento, y de ser el caso la ejecución forzosa, de sus derechos vulnerados por el deudor fallido. Una vía que brinde beneficios ciertos y entregue la seguridad jurídica necesaria, inclusive con el apoyo de la fuerza pública. Quienes pretenden ejercer el derecho de acción a través del procedimiento ejecutivo, lo hacen porque esperan beneficios tangibles dentro del desenvolvimiento procesal, como consecuencia de los títulos de carácter ejecutivo con reconocimiento previo del derecho, que deben ser aparejados a la demanda. Pero con una simple revisión escueta de la realidad ecuatoriana en estos trámites, es fácil constatar que aparte de la corrupción, burocracia extrema, falta de profesionalismo de los jueces y dependientes, falta de capacidad económica, es la misma ley adjetiva nacional la que hace perder el sentido de celeridad, eficiencia, coerción, seguridad y justicia del juicio ejecutivo como proceso de ejecución.

En el campo teórico y didáctico del derecho, es necesario una clara diferenciación entre los procesos de conocimientos y ejecución, sus conceptos, principios, finalidades, beneficios, etc. que se vean claramente reflejados en procedimientos que cumplan cada uno de sus preceptos y finalidades, que en la práctica sean útiles y tiendan a la realización de la justicia. Son errores como los contenidos en la legislación adjetiva nacional, los que desembocan en posteriores injusticias judiciales como en casos extremos al negar el recurso de casación de trámites ejecutivos, que han sido claramente procesos de conocimiento, o hasta la descabellada idea de negar el recurso de casación de un juicio ordinario planteado por una letra de cambio expirada. Es necesario que, como parte de una academia del conocimiento, formulemos ideas encaminadas a solucionar este tipo de desaciertos legales y judiciales.

La ciencia del derecho no debe ser considerada estática sino, como ciencia social, dinámica, es decir que tiende a adaptarse a la evolución de su objeto de estudio <<La conducta humana conceptualizada como norma jurídica>> y aún más exactamente a cada sociedad a la cual va a normar, adaptándose a sus usos y costumbres con el fin de generar

conciencia colectiva, es por esto que se necesitan cambios profundos en el juicio ejecutivo ecuatoriano, que deben ir desde su concepción teórica hasta normas que se adapten a su necesidad y fines. Con el propósito de tener un sistema procesal de ejecución realista y lo más ajustado al concepto de “Ejecución” de obligaciones vencidas, lo cual es de gran interés en el campo profesional para los practicantes del derecho, en la economía tanto procesal como de los usuarios del sistema y para las familias que ven truncados sus derechos y mermadas sus posibilidades de ejecución.

## INTRODUCCIÓN

*El culto de la justicia no consiste  
solo en la observancia de la legalidad,  
ni puede ser confundido con ella.  
No es descansando irreflexivamente  
en el orden establecido, ni esperando inertes  
que la justicia descienda desde lo alto,  
como nosotros respondemos verdaderamente  
a la vocación de nuestra conciencia jurídica.  
Esta vocación nos impone una participación  
activa e infatigable en el eterno drama que tiene  
por teatro la historia.*

**GIORGIO DEL VECCHIO**

El proceso surge como un mecanismo a través del cual un miembro de la sociedad, investido de autoridad, resuelve los conflictos existentes entre otros, aplicando determinados parámetros (Teoría de la Heterocomposición del proceso). Ha ido adaptándose a las necesidades del Estado en constante evolución, ha tomado gran importancia para mantener su convivencia pacífica. Cada rama del Derecho posee su forma de desarrollarse, se efectiviza a través de un proceso y busca que el mismo sea rápido y efectivo.

De entre las divisiones del Derecho Procesal, es necesario situarse en el derecho procesal civil, como una rama autónoma pero vinculada al Derecho Civil que tiene por objeto el estudio de la función jurisdiccional, de sus órganos y de su ejercicio. Surgió como respuesta del derecho a los conflictos civiles para la aplicación eficiente y eficaz de la norma sustancial civil, el derecho procesal ha desarrollado varios tipos de procedimientos que responden a sus propios fines y poseen sus propios objetivos.

Con el fin de hacer efectivos los derechos contenidos en títulos legalmente válidos y no satisfechos producto del incumplimiento de las obligaciones correlativas a estos, el derecho procesal civil ha formulado, como vía idónea de tramitación, un tipo de proceso de ejecución. Según CABANELLAS, la ejecución, es la efectividad de una sentencia o fallo; en especial, cuando se toman los bienes de un deudor moroso para satisfacer a los acreedores mediante dicho mandamiento judicial. Encontramos así, algunas variantes entre los procesos de ejecución que, según la doctrina los ha dividido en procedimientos de

ejecución forzosa, los más apegados al concepto de ejecución conocidos también como vía de apremio; procedimientos de ejecución de garantías, los que ejecutan derechos reales representados en títulos extrajudiciales; procedimientos de ejecución de resoluciones judiciales, los que ejecutan resoluciones judiciales y laudos arbitrales en firme y ciertos documentos con autoridad de cosa juzgada material; y finalmente encontramos a los procedimientos ejecutivos, los que se fundamentan en títulos con carácter de ejecutivos.

El procedimiento ejecutivo o juicio ejecutivo, en la legislación ecuatoriana, según la doctrina se considera como una variante del proceso de ejecución sin dejar de pertenecer a esta clasificación. El proceso de ejecución tiende a obtener una actividad física, material por parte del órgano jurisdiccional que haga efectivo el derecho y la obligación contenidos en títulos susceptibles de ejecución (título de ejecución). El cual cabe diferenciar de otros procedimientos civiles de distinta naturaleza como lo es el proceso de cognición en el que la actividad que se pretende del juzgador es puramente intelectual. En el proceso de ejecución se le pide al Juez una conducta física, un obrar que puede ser coercitivo y de ser necesario coactivo, que quebrante la resistencia del deudor fallido a favor del acreedor insatisfecho.

En el juicio ejecutivo el derecho y la obligación correlativa de los cuales se busca el cumplimiento, se entienden contenidos en el título ejecutivo. Por lo que el título ejecutivo es el presupuesto indispensable del juicio ejecutivo, como el documento que encierra una presunción vehemente de certeza, de verdad, cuya declaración se presume cierta, indiscutible, por esta razón Carnelutti señala que a diferencia de un proceso de cognición este proceso versa sobre pretensiones indiscutibles. Pero hay que tener en mente que no se puede equiparar la declaración contenida en un título de ejecución, como el de una sentencia definitiva firme con la declaración contenida en un título ejecutivo.

Por esta consideración es que en el juicio ejecutivo, a pesar de que se fundamenta en un título ejecutivo con presunción de certeza que causa prueba plena, la pretensión ejecutiva no es inmediatamente sometida a ejecución, sino que se debe transitar por un procedimiento que genere seguridad y convicción de esta presunción, que se vea plasmada en un pronunciamiento judicial definitivo que declare procedente la pretensión ejecutiva y continúe con la ejecución. Por lo tanto, es necesario, más no indispensable, un periodo en el que el juez debe conocer las razones por las cuales el deudor fallido pretende eliminar la

presunción vehemente de certeza de los derechos y obligaciones contenidos en el título ejecutivo.

En principio el procedimiento ejecutivo no elimina por completo de entre sus pasos a la fase de cognición, propia de los procesos de conocimiento, pero para cumplir con la finalidad de un proceso de ejecución, debe delimitarla cuidadosamente y en ciertos casos debe hacerla inexistente. Lo que ineludiblemente lleva al pronunciamiento judicial a través de una providencia definitiva con carácter ejecutable, providencia que dictada en el juicio ejecutivo, es la que abrirá las puertas a los procedimientos de apremio y demás procedimientos de ejecución.

El juicio ejecutivo, en la legislación nacional, tiene asignado un trámite sumario de procedimientos escuetos, de recursos e incidentes limitados en razón a la calidad del título ejecutivo en el que se fundamenta. Es decir que la ley vigente otorga a este título ejecutivo un elemento productor de certeza sobre el derecho y la obligación en él contenidos, el cual es considerado aparentemente por lo menos en el momento de la presentación de la demanda ejecutiva y en el auto de pago. El título ejecutivo viene a ser la prueba plena y suficiente del derecho que afirma poseer el actor-acreedor.

La conducta buscada del juez con la presentación de la demanda es el conocimiento reducido a examinar el título ejecutivo aparejado, a examinar su apariencia, a ver si está asistido de todos los requisitos de fondo y de forma exigidos por la ley propia y común de cada uno para conceder los beneficios de la tutela previstos para el trámite del juicio ejecutivo e inmediatamente aceptado tal, asumir una conducta de actuación. Al exigir esta conducta inicial del juez, inhabilitamos de entrada la posibilidad de ejecución inmediata de las pretensiones del actor, es así que el demandado-deudor puede ejercer su defensa a través de excepciones que contradigan la presunción de certeza de este título. En la fase cognoscitiva, el debate va a surgir por la traba de la litis entre la pretensión del actor y la oposición del demandado sobre el título ejecutivo.

De hecho en la ritualidad del trámite existe una etapa restringida y cuidadosamente delimitada de conocimiento ¿por qué? Porque el carácter y atribuciones que la ley otorga al título ejecutivo lo convierten en un arma que bien usada difícilmente pierde sus atributos en juicio y por lo tanto obtendrá un pronunciamiento favorable a sus pretensiones. Al gozar de

la certeza de la existencia del derecho y la obligación correlativa y al proveer la prueba plena y completa del derecho prácticamente se vuelve indestructible. Un título obtenido dolosamente o con ánimo de perjudicar al deudor puede llevar a errores de la justicia como la ejecución injusta al no ser cierto el derecho en el contenido. Esta motivación conlleva a que la actitud del juez cuando se presenta una demanda ejecutiva, sea muy distinta a cuando se presenta una demanda ordinaria.

El juez debe examinar acuciosamente no sólo la demanda ejecutiva y sus requisitos legales, sino también el título ejecutivo y si el juez después de este examen la reconoce como tal debe presumir que quien la presenta tiene la razón, y le asiste el derecho como acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación. Esto motiva para que en legislaciones comparadas si el juez después de este examen llegase a la conclusión de que se ha equivocado, antes de fallar en el juicio ejecutivo, pueda rectificar su error, para algunos tratadistas esta es una peculiaridad del juicio ejecutivo, siempre queda expedita la jurisdicción del juez para revocar su sentencia en el fondo y no causar cosa juzgada material.

En términos generales el presente trabajo se circunscribe a la estructura y ritualidad vigentes en la legislación procesal civil nacional del juicio ejecutivo contenida en el actual Código de Procedimiento Civil en el título segundo, sección segunda, párrafo primero. El tema a abordar es la desnaturalización del juicio ejecutivo como proceso de ejecución producto de la falta de técnica jurídica empleada en la realización del mencionado cuerpo legal en la parte pertinente.

## CAPÍTULO I

### 1. EL JUICIO EJECUTIVO COMO PROCESO DE EJECUCIÓN.

#### 1.1. Antecedentes e historia.

El origen más remoto del juicio ejecutivo, en el derecho Romano, lo encontramos durante el período de las *legis actiones*, la ejecución se dirige no sobre los bienes, sino contra la persona del deudor. Transcurridos treinta días desde el pronunciamiento de la sentencia sin que el deudor condenado pague la obligación (*tempus iudicati*), el acreedor se halla facultado para llevar aquel ante el magistrado y ejercer la *manus iniectio iudicati*, mediante esta el acreedor toma posesión de la persona del deudor, de quien puede convertirse en patrono cuando transcurren sesenta días sin que se presente un *Vindex* con el cual discutir la legitimidad de la *manus iniectio*.<sup>1</sup>

Probablemente en el año 441 de Roma se suprime aquel procedimiento y se mantiene la facultad de proceder a la detención del deudor y de retenerlo a los efectos de cobrar la deuda, pero esta nueva ley permite al deudor liberarse con el juramento de tener bienes suficientes (*bonam capiam iurare*). Posteriormente, transcurrido el *tempus iudicati*, el acreedor debe reclamar el cumplimiento de la condena mediante el ejercicio de la *actio iudicati*, que constituye una acción derivada de la sentencia misma y tiene por objeto promover un nuevo proceso en el cual el deudor puede acreditar la existencia de alguna causal de liberación (nulidad de la sentencia, pago, etcétera). Si no media oposición del deudor, el magistrado libra el Decreto de ejecución.<sup>2</sup>

Aproximadamente en el año 649 de Roma, por obra del derecho pretorio, la ejecución adquiere carácter patrimonial, su primera manifestación es la *bonorum venditio*, que constituye un procedimiento de ejecución colectiva. Más tarde se permite al deudor hacer cesión de sus bienes mediante el *Cessio ex lege Julia*. Posteriormente, el procedimiento ya no recae sobre la universalidad del patrimonio y autoriza la venta parcial de los bienes del deudor hasta cubrir el monto adeudado a los acreedores.

---

<sup>1</sup> Proceso de Ejecución, Diccionario Jurídico Todoiure, tomado de [http://tododeiure.atspace.com/diccionarios/juridico\\_p15.htm](http://tododeiure.atspace.com/diccionarios/juridico_p15.htm) (citado Diciembre del 2009)

<sup>2</sup> Ibid, Diccionario Jurídico Todoiure, (citado Diciembre del 2009)

El procedimiento extraordinario marca la definitiva desaparición de las medidas ejecutivas contra la persona, pero el arresto personal subsiste para cierta clase de deudas. Durante este período aparece una forma de ejecución semejante a la actual, *la pignoris capio* que, consiste en la aprehensión, por orden del magistrado, de objetos particulares del deudor, los cuales quedan prendados durante un plazo, en cuyo transcurso cabe la posibilidad de levantarla mediante el pago de la obligación. Transcurrido ese plazo, se procede a la venta de los bienes en pública subasta, que se realiza en forma análoga a la actual.

En el derecho germánico, el proceso de ejecución, fue considerado aquel que se fundamenta en un título que reconoce un derecho preexistente, lo tenemos en el *Pacto de Wadiatio*, que era aquella cláusula por medio de la cual el deudor se declara sometido en su persona y bienes (*obligatio omnium bonorum*) a los actos de ejecución que quisiera el acreedor al ser incumplida la obligación (*pactum de ingrediendo*) sin la intervención previa de ninguna autoridad.<sup>3</sup>

De este pacto surgió la clausula ejecutiva que ciertos escribanos incluían en las escrituras públicas que contenían un crédito, con la que el deudor daba la autorización para que el juez ejecutara en su persona y bienes tal y como si hubiese dictado sentencia condenatoria. Posteriormente algunos estatutarios italianos crearon un nuevo tipo de procedimiento fundado en la cláusula de ejecución, con la idea de que las obligaciones que consten con certeza en un documento notarial, deben encontrar inmediato cumplimiento.

En el caso de los romanistas la falta de una sentencia condenatoria era un obstáculo para este tipo de ejecución. Los juristas italianos recurren entonces al juicio simulado para justificar la existencia de esta clausula; ante el Juez, el actor demanda su derecho y el demandado lo reconoce, lo cual derivaba en una especie de confesión judicial que acarrearía inmediata sentencia condenatoria, el fallo del Juez ordena cumplir lo convenido en el plazo señalado. El procedimiento tampoco satisfacía, por lo que los notarios introdujeron a principios del siglo XIII la siguiente práctica: la confesión de deber se efectuaba ante el notario y el *praeceptum* lo dictaba el Juez. Fue así como surgió el juicio ejecutivo en el derecho medieval italiano de los siglos XII y XIV, cuyo modelo fue aceptado en toda Europa y posteriormente en América.

---

<sup>3</sup> Prieto Castro, **Derecho Procesal Civil**, Madrid, 1969, pág. 184

Es necesario aclarar que la ejecución es parte de la actividad jurisdiccional ejercida por la administración de justicia (tribunales y jueces), es decir es una de las fases de la jurisdicción, así concebida por Carnelutti, que consiste en la facultad de hacer cumplir lo resuelto (ejecución o cumplimiento del fallo) a la cual es inherente la coerción y en ocasiones la coacción. Para reglar esta fase de la actividad judicial, es necesario un procedimiento que se ajuste a la actitud física del juez de obligar el cumplimiento de lo decidido, y es así como surge el concepto de proceso de ejecución.

## **1.2. El proceso de ejecución.**

### **1.2.1. Concepto.-**

El concepto general de ejecución (del latín *exsecutio*) no es exclusivo del mundo del derecho, se ejecuta un contrato o una sentencia cuando se paga, así como también se ejecuta un proyecto de construcción o de cualquier índole. En el campo del derecho se deriva de la etimología de la palabra, según la doctrina, cuando se considera la idea de ejecución como parte de la obligación, se crea entonces una relación entre abstracto y concreto, en el sentido de que en la ejecución la norma encuentra su concreción, su efectiva realidad. El atributo de ejecutable es propio de toda jurisdicción, el término expresa la obligatoriedad de la norma y compromete la voluntad del deudor a reconocer una obligación, y en ocasiones a admitir algo sin o contra ella.

En el plano positivo el concepto encuentra su formulación legislativa en el art. 2.740 del CC italiano «El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes» y en el art. 2.910: «El acreedor, para conseguir aquello que le es debido, puede hacer expropiar los bienes del deudor...»<sup>4</sup>. Estas disposiciones legales garantizan el cumplimiento de las obligaciones de dar, hacer y no hacer y las concretan en la responsabilidad patrimonial del deudor ante el acreedor a través de la intervención estatal, la doctrina ha esclarecido su carácter real en contraposición al carácter personal de la deuda. La realidad de la obligación ha de contener ya en sí misma la ejecución; esto equivale a decir que la ejecución es un momento de la obligación y no puede ser dissociada de ésta, como hacen aquellos que la consideran episódica, reduciéndola a un hecho ilícito (incumplimiento) y,

---

<sup>4</sup> Ejecución Procesal, Enciclopedia GER, tomado de [http://www.canalsocial.net/GER/ficha\\_GER.asp?id=4893&cat=derecho](http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=4893&cat=derecho) (citado en Diciembre del 2009)

por tanto, configurándola a la medida misma de la pena.<sup>5</sup>Lo expuesto fue estructurado sin ánimo de entrar en detalles o análisis de la disputa doctrinaria entre la teoría de la autonomía del proceso de ejecución y sus detractores.

El proceso de ejecución es considerado por la doctrina como el conjunto estructurado de pasos que tiene por objeto hacer efectiva la sanción impuesta por una sentencia anterior de condena que, como tal, impone al vencido la realización u omisión de un acto, cuando éste no es voluntariamente realizado y omitido por aquel. Señalamos adicionalmente que este tipo de proceso, puede agotar en forma autónoma el cometido de la función judicial con los títulos extrajudiciales, a los cuales la ley les asigna efectos equivalentes a los de una sentencia de condena (títulos de ejecución). Otra acepción, menos jurídica, es la que hallamos en la enciclopedia virtual Wikipedia, que lo describe como la actividad tendiente a obtener el cumplimiento forzoso de una obligación, por medio del embargo de bienes en cantidad suficiente para su satisfacción, y la posterior realización de éstos, generalmente en subasta pública, para que con el producto de la venta, se pague al acreedor la deuda y otros gastos anexos.

Algunas nociones de proceso de ejecución algo diferentes a las citadas históricamente por nuestros códigos y tratadistas son las que se encuentran en el código procesal civil Soviético, para el cual el procedimiento relativo a la ejecución de las sentencias judiciales es la última fase culminante del proceso, puesto que en ese estadio se realiza la defensa de los derechos de los participantes en el proceso. La ejecución compulsiva de las sentencias judiciales asegura su estabilidad, garantiza la realización de los derechos reconocidos por una sentencia y el cumplimiento de las obligaciones confirmadas por ella.<sup>6</sup>

El proceso de ejecución es el estadio del procedimiento civil, en que los órganos especializados del estado llevan a cabo la realización del derecho civil subjetivo, confirmado por la sentencia judicial. Siendo uno de los estadios del procedimiento civil soviético, la ejecución de la sentencia judicial se tramita en forma procesal.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Ibid, Enciclopedia GER, (citado en Diciembre del 2009)

<sup>6</sup> Gurvich, M.A., **Derecho Procesal Civil Soviético**, Traducción Lubán Miguel, pág. 491

<sup>7</sup> Gurvich, M.A., **Derecho Procesal Civil Soviético**, Traducción Lubán Miguel, pág. 491. La cita la hemos realizado sin incursionar en la teoría de la autonomía del proceso de ejecución sobre el cual volveremos.

Para efectos del presente trabajo tomaremos como definición de proceso de ejecución la expuesta por Devis Echandía, quien dice que el proceso ejecutivo “*es aquel por el cual se persigue satisfacer prácticamente, mediante un acto o el patrimonio de una persona, un interés jurídico reconocido, a favor del demandante o causante de éste, en sentencia de condena o en un título del cual emane de forma clara y expresa y que reúna los demás requisitos que la ley exige*”.<sup>8</sup>

### **1.2.2. Naturaleza.-**

El proceso de ejecución civil pertenece a la división del Derecho Público, ya que regula una actividad pública, que es el empleo de la jurisdicción para solicitar o coercionar al cumplimiento de las obligaciones insatisfechas. Pero tiene una posición especial, que deriva de la interferencia continua del interés general y del interés individual.<sup>9</sup> Es un procedimiento que busca una actividad física por parte del juez, tendiente al cumplimiento de una obligación insatisfecha reconocida en una sentencia judicial o en documento extrajudicial.

Es un proceso contencioso ya que existen dos partes en disputa (demandada en litigio con la demandante) que necesita de la intervención jurisdiccional del estado (por lo que es un proceso jurisdiccional) para satisfacer el derecho de esta a pesar de la resistencia de aquella, otorgando la oportunidad de defensa del ejecutado que debe ser citado y oído para que el procedimiento no resulte inconstitucional.<sup>10</sup> Aclaramos que el carácter de “contencioso” no es usado para referirse a una *contienda legal, como la traba de la litis producto de la pretensión contradicha por las excepciones*, sino por la preexistencia de una obligación cierta e insatisfecha y su correspondiente cumplimiento resistido que confronta al acreedor con su deudor vencido.

Al ser la naturaleza jurídica un punto fundamental para el entendimiento y distinción del proceso de ejecución (y así, crucial para el desarrollo del presente trabajo) es conveniente detallar su estudio, ya que de este se derivará el procedimiento a seguir para ser efectivos sus objetivos y los pretendidos por sus accionantes. Así analizaremos teóricamente dentro

---

<sup>8</sup> Devis Echandía, **Compendio de Derecho Procesal**, Tomo III, Bogotá. Pág. 340

<sup>9</sup> Giuseppe Chiovenda, **Instituciones del Derecho Procesal Civil**, Tomo I, Madrid, pág. 85

<sup>10</sup> Devis Echandía, **Compendio de Derecho Procesal**, Tomo III, Bogotá. Pág. 340

de la acción ejecutiva, la función del juez ejecutivo, el dictamen judicial y la autonomía procesal.

### **1.2.2.1 La acción ejecutiva.-**

Al tratar a la acción ejecutiva debemos considerar que en sentido sustancial es típicamente autónoma y relega a la cognición, aún cuando el accionante, para llegar a la ejecución, deba empezar por procurarse una sentencia de condena o algún título judicial. En palabras de Redenti, el procurarse la condena judicial o su equivalente, no representa más que una etapa inicial del ejercicio de una única acción, que luego encuentra un desarrollo suyo procesal ulterior en los actos de ejecución.<sup>11</sup> Entonces la diversa naturaleza, proceso de formación y eficacia de las providencias (sobre esto volveremos adelante en el dictamen judicial), no representan una única acción en desenvolvimiento que derivará en la ejecución, sino dos acciones sustancialmente distintas y separadas con cada objeto independiente el *dictum* y el *factum* (de cognición y de condena) respectivamente, la segunda es claramente la ejecución, que nace del buen resultado obtenido en la primera.

Observamos, pues, una separación de las acciones y por lo consiguiente una independencia de la acción ejecutiva, que busca en la ejecución, el poner las manos en los bienes y patrimonio del ejecutado con o sin su voluntad empleando para esto la coacción efectiva. Esta acción-derecho, se concibe completamente diferente de la facultad del accionante de provocar del juez un simple pronunciamiento, el cual para proseguir deberá pasar por autoridad de cosa juzgada en sentido material.

Es necesario entender, a parte de la finalidad, que elemento diferencia a la acción ejecutiva del resto de acciones en sentido sustancial, para lo cual es preciso denotar sus elementos constitutivos, así tenemos los sujetos legitimados activo y pasivo; la causa y la petición (*causa petendi* y *quid petitionis ó petitium*), elementos comunes en todo tipo de acciones. Pero adicionalmente encontramos un elemento característico, inexistente en las acciones tramitadas por procesos de cognición y sus afines, que es justamente el título de ejecución, por lo cual muchos tratadistas opinan que esta acción es una acción “titulada”.<sup>12</sup>

El título en sentido sustancial es el elemento documental de la acción-derecho que contiene, al factor indispensable propio de una acción ejecutiva, un derecho subjetivo

<sup>11</sup> Enrico Redenti, **Derecho Procesal Civil**, Tomo II, Buenos Aires, pág. 292

<sup>12</sup> Enrico Redenti, **Derecho Procesal Civil**, Tomo II, Buenos Aires, pág. 294

preexistente que haya sido transgredido y se halle insatisfecho. También es necesaria la existencia de una providencia u acto judicial que declare o condene a un deudor (en lato sensu como el sujeto que debe alguna prestación y no solamente en sentido dinerario), en este sentido el título puede estar constituido por un acto o negocio realizado preventivamente, anterior al incumplimiento, y también puede resultar ulterior al incumplimiento, como es el caso de las sentencias judiciales. Sea preventivo o ulterior (acto o providencia) del tenor de este se debe concluir de quien y contra quien se lo debe hacer valer y en tutela de qué derecho concretamente, esto convierte al título en una extensión de la causa (*causa petendi*) y este factor es que justifica el carácter ejecutivo que asume la cosa pedida (*quid petitionis*) y consiguientemente la acción ejecutiva<sup>13</sup>, por lo cual es necesario verificar la existencia de este extremo de la causa para que surja la acción y no únicamente tener como causa la obligación aparentemente insatisfecha. Así, entendida la acción, el proceso es el medio o el instrumento mediante el cual se la deducirá en juicio y se pretenderá hacerla valer.

#### **1.2.2.2 Función del juez ejecutivo.-**

Para lograr un claro entendimiento de la naturaleza jurídica del proceso de ejecución, emplearemos un método comparativo entre el más común de los procesos civiles, juicio ordinario (proceso de cognición) y el tipo de proceso que nos concierne.

La forma más común utilizada por los tratadistas para clasificar los procesos es a través de la observación de la labor que el juez debe desarrollar o que de él se solicita en cada procedimiento para la consecución de sus fines y funciones, es decir guarda conexidad con la pretensión del accionante, así diferente será la actividad judicial en procesos dispositivos, declarativos y de ejecución. Esta clasificación de los procesos nace, en realidad, del objetivo que la pretensión encierra (pretensión ejecutiva), pues esta determina, cualitativamente, el tipo de resolución que el juez debe dictar.

En los procesos dispositivos, según Carnelutti, el juez declara o determina la constitución de un estado jurídico que todavía no existe, y lo hace dando un mandato concreto para un caso singular, que lo declara en base a la equidad y aun cuando no haya una norma específica que le indique cómo debe resolver la controversia. Los procesos declarativos,

---

<sup>13</sup> Enrico Redenti, **Derecho Procesal Civil**, Tomo II, Buenos Aires, pág. 295

ocurren cuando el juez se limita a aplicar una o más normas a determinada situación que se somete a su conocimiento y resolución. Estos, según la doctrina, pueden ser: a.) De condena, en los que el juez ordena que una parte cumpla una obligación de dar, hacer o no hacer, el juez reconoce que los hechos que se le narran y se demuestran, han dado lugar a la existencia de una determinada obligación a cargo del deudor; b.) De declaración constitutiva ("*accertamento costitutivo*" en la doctrina italiana), en los que el juez al aplicar las normas a los hechos relatados y probados en la demanda, termina declarando la modificación o constitución de una determinada relación o situación jurídica; y c.) De pura declaración, en los que se busca que el juez declare la certidumbre de un derecho que otro disputa o puede llegar a disputar.<sup>14</sup> Como podemos observar en los procedimientos dispositivos y declarativos (principalmente en los procesos de condena y en los constitutivos), se busca que el juzgador conozca los hechos que dan origen a la controversia, los reconozca como ciertos al juzgarlos existentes y los plasme en una sentencia que sea inmutable y definitiva. En breves términos a los procedimientos que buscan estos fines y objetivos, tanto del juez como de la sentencia que de este dimana, se los conoce en la doctrina con el nombre de procesos de conocimiento.

Frente a estos tipos de procesos encontramos a los de ejecución, que nacen según Devis Echandía, de la idea de que no existe una pretensión discutida que implique la necesidad de declarar quién tiene la razón y condenar al vencido en juicio a su cumplimiento (procesos de conocimiento), sino de una pretensión cuya existencia aparece clara y determinada en el título que se aduce verdadero pero que está insatisfecho. Por lo consiguiente la descripción de la actividad por parte del Juez en este proceso es diferente completamente a la requerida del mismo juez en los procesos de conocimiento, quien se limita a desempeñar un rol encaminado a obtener el cumplimiento de la obligación insatisfecha para hacer efectivo el derecho cierto del accionante. Así la pretensión ejecutiva, basada en la acción ejecutiva, busca que el juez entre en una etapa de actividad física (diferente a la actividad mental del conocimiento y juicio), es decir que condene al deudor cierto al cumplimiento, en algunos casos forzoso, de la obligación contraída y no satisfecha; que ponga sin más las manos sobre los bienes del ejecutado (en sentido material de la palabra y no solamente en el sentido simbólico del *manus*), y de ser

---

<sup>14</sup> Gonzalo Noboa, El Juicio Ejecutivo es un Proceso de Conocimiento, Revista Jurídica online, tomado de [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=427&Itemid=101](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=427&Itemid=101) (citado en Diciembre del 2009)

necesario imponerse sobre la voluntad del deudor mediante la fuerza física, eventualmente ante terceros, para obligar el cumplimiento de su prestación y con el resultado de esta actividad satisfacer el derecho violentado del acreedor.

### **1.2.2.3 Dictamen judicial ejecutivo.-**

Detallada, pues, la actividad judicial ejecutiva, nos es necesario entender que tipo de pronunciamiento es el que luego, de determinado accionar judicial, debe derivar para cada proceso. En los procesos de conocimiento el dictamen es consecuencia del análisis y la valoración que el juez hace de la pretensión procesal contenida en la demanda y de la oposición a ésta, contenida en la contestación, sometidas a su resolución (la traba de la litis entre pretensión y excepciones), quien al valorar esa controversia decide sobre las situaciones o los hechos alegados adecuándolos al derecho, y finaliza con una conclusión que la expresa en el acto procesal llamado sentencia (dictamen judicial). En esta declaración el juez debe decir si es procedente lo que pide el actor o si es procedente lo solicitado por el demandado, esta declaración del juez, es una manifestación de voluntad, diferente de la común en los negocios privados por provenir de la potestad asignada por el Estado que tiene efectos obligatorios para las partes.

La doctrina acepta, y así lo consideramos en el presente trabajo, que también dependerá del tipo de pronunciamiento obtenido en la sentencia (dictamen judicial) la clase de proceso (dispositivo, declarativo o de ejecución), entonces es necesario conocer que busca la pretensión del actor pues la resolución final debe referirse al contenido de ésta. Así, la pretensión puede buscar una declaración de voluntad (puede ser dispositiva, declarativa, de condena o constitutiva) escenario en el cual nos encontraremos frente a un proceso de cognición "pretensión de cognición" en palabras de Jaime Guasp; y la pretensión puede estar encaminada a que se reconozca la calidad de acreedor en el accionante, y a conminar al deudor a que ejecute un acto al que está obligado en virtud de una disposición jurídica o hecho voluntario (contenidas en un título de ejecución), es decir, que el juez haga algo en concreto en contra de éste para obtener el cumplimiento de su obligación, pues ya no se discute si quien pide tiene o no el derecho a ello, sino que ese derecho radica en él y está contenido en el documento llamado título. Entonces la manifestación final de la voluntad que del juez emane ya no está precedidas del conocimiento de los hechos que conformaron esa situación del acreedor, sino es una voluntad de urgir al deudor que

adecue su comportamiento a ese título, es decir que cumpla con su obligación; este es entonces un proceso de ejecución.

No debemos olvidar que el alcance y contenido de la declaración judicial está sujeta a la traba de la litis y por consiguiente a la oposición a la pretensión. Por lo tanto el dictamen depende de las excepciones que pueda el deudor-demandado proponer, sin ninguna limitación cualitativa o cuantitativa, el juez tendrá que pronunciarse sobre la controversia generada, porque el juez no puede dejar de analizar, conocer y pronunciarse sobre los hechos y los preceptos legales que giran en torno al desacuerdo de las partes. Si se limita la defensa del deudor (especificando el número o naturaleza de las excepciones) y se permiten entrar directamente a una fase de embargo y pronto remate de bienes, nos aproximamos a la idea del dictamen ejecutivo. Pero, debemos ser claros y coherentes con los principios doctrinarios, mientras la labor del juez sea la de conocer los hechos y pronunciarse mediante un fallo, y no la de limitarse a desempeñar una actividad encaminada a intimar y posteriormente a despojar al deudor de bienes o conminar al deudor a su entrega o cumplimiento, el pronunciamiento en realidad será de conocimiento (de condena).<sup>15</sup>

Pero como hemos manifestado la pretensión ejecutiva está basada en la acción ejecutiva, y al ser esta una acción “titulada”; la pretensión encuentra su fuerza y sustento en el título de ejecución, sobre el cual la oposición es limitada y por lo tanto el dictamen judicial no debe conocer los hechos que la motivaron sino debe conminar al deudor al cumplimiento y abrir paso a las acciones de ejecución (embargo y remate). Por lo tanto es un dictamen ejecutivo (mandamiento ejecutivo) que intime y coaccione al deudor fallido al cumplimiento de la prestación para satisfacer el derecho del acreedor.

#### **1.2.2.4. Autonomía procesal ejecutiva.-**

La forma utilizada por la doctrina para distinguir si un proceso es autónomo o no, es analizar si este posee sus propios conceptos, teorías, finalidades, distintos de los demás procesos conocidos. La autonomía afirma la especificidad propia del proceso, sus métodos (procedimientos), su objeto, su finalidad y lo particulariza para determinadas circunstancias

---

<sup>15</sup> Gonzalo Noboa, **El Juicio Ejecutivo es un Proceso de Conocimiento**, Revista Jurídica online, tomado de [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=427&Itemid=101](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=427&Itemid=101) (citado en Diciembre del 2009)

como el específico y único. En este tema existe mucha controversia entre los tratadistas ya que muchos aseguran que el proceso de ejecución no es autónomo y por consiguiente su naturaleza dependerá del proceso principal al que pone fin, mientras otros puntualizan su autonomía otorgándole su propia naturaleza y objetivo, haciéndolo independiente de otros tipos de procesos.

Si tomamos como una de las metas del derecho procesal en general a la defensa del derecho, esta, en el caso del reconocimiento de relaciones jurídicas o su modificación, se cumple cuando el dictamen judicial entra en vigor, pero en caso de que el dictamen sea de condena (producto de un proceso de cognición), la defensa del derecho se efectiviza solo cuando este acto o abstención (dependiendo de la prestación a la que se condene al deudor de dar, hacer o no hacer) se lleve a cabo, y en caso de que no se cumpla con la prestación voluntariamente, esta se cumple a través del proceso de ejecución. Por lo que en este caso, para algunos tratadistas, el procedimiento de defensa del derecho no se alcanza con la notificación y entrada en vigor del dictamen, sino que este continúa en forma de proceso de ejecución.<sup>16</sup>

Entonces el procedimiento relativo a la ejecución es la última fase culminante del proceso de conocimiento, es el estadio del procedimiento civil ordinario (juicio ordinario) en el que los órganos especiales del estado llevan a cabo la realización del derecho civil subjetivo perteneciente al accionante-acreedor, confirmado por dictamen judicial, que se realiza de forma procesal. Fácilmente concluimos que para esta corriente, la ejecución es la etapa final de los procesos de conocimiento que no se satisfacen con la entrada en vigor del dictamen judicial, en los cuales es necesario intimar al deudor al cumplimiento (procesos de condena). Así la ejecución sería dependiente de la existencia de un proceso de conocimiento que finalice en una sentencia de condena, lo que desvirtúa su finalidad reduciéndola exclusivamente al cumplimiento forzoso de esta, anulando así la acción ejecutiva que para estos autores se derivaría únicamente del dictamen judicial, y no como acción independiente. Por consiguiente se adultera y se elimina el extremo de la *causa petendi* (el título de ejecución) reduciéndola al crédito y a la insatisfacción, así se desestima su objeto y finalidad sin considerar la ejecución de los títulos preventivos y algunos ulteriores (véase la acción ejecutiva).

---

<sup>16</sup> Gurvich, M.A., **Derecho Procesal Civil Soviético**, Traducción Lubán Miguel, pág. 491

Consideramos, sin embargo de la teoría expuesta, que no todo proceso de ejecución es consecuencia de un proceso de conocimiento, ni el proceso de conocimiento es antecedente necesario del proceso de ejecución, estos se vinculan cuando se pretende crear un título de ejecución a través de una sentencia de condena. Por lo tanto el proceso de ejecución es un medio autónomo y definitivo para la realización del derecho y la satisfacción de sus accionantes, gracias al carácter del título y a la acción en la cual se fundamenta.<sup>17</sup>

Basados en el concepto de proceso de ejecución, distinguimos con claridad su objetivo, de vencer la resistencia del deudor fallido y satisfacer el derecho violentado del acreedor cierto, hemos analizado, también, su teoría y evolución concluyendo que se deriva de una acción independiente y autónoma denominada acción ejecutiva, que posee al título como un ingrediente extra de su causa, lo cual genera un método propio para la consecución de su objetivo y finalidades, el cual dependerá del título con el que se accione y todo esto desemboca inequívocamente en la especificidad del proceso de ejecución para la realización coactiva del derecho. Entonces el proceso de ejecución es autónomo e independiente con respecto al proceso de conocimiento, cuenta con su propia acción, así como método y objetivo que lo especifican para su fin, bajo la lógica jurídica, como el único proceso aplicable.

Analizados estos puntos en referencia a la naturaleza del proceso de ejecución, coincidimos con algunos tratadistas en que ésta es rotundamente ejecutiva, y la podemos describir también como de naturaleza pública, jurisdiccional, contenciosa, principal, autónoma, específica, sumaria y suficiente; que cuenta con su propia metodología en pos de un objetivo y finalidades propios. La naturaleza de la ejecución, como proceso civil, es concebida, producto de su evolución doctrinaria, como única e independiente y responde específicamente a esta, no deriva, pues, de un proceso de conocimiento ni es su parte culminante.

---

<sup>17</sup> Enrico Redenti, **Derecho Procesal Civil**, Tomo II, Buenos Aires, pág. 296

### **1.2.3 Objetivo y finalidades del proceso de ejecución.-**

De todo lo expuesto anteriormente podemos inferir que el objetivo del proceso de ejecución es, a través de la creación y mantenimiento de un procedimiento idóneo (como los pasos a seguir para llegar a determinado fin.), adecuar el comportamiento del deudor fallido a lo que debe ser, en su carácter de cumplimiento efectivo, es decir, vencer la resistencia del deudor incumplido y satisfacer el derecho vulnerado del acreedor cierto. Hacer efectivo el derecho sustantivo preexistente e insatisfecho, accionando el andamiaje jurisdiccional en su modalidad de actuación física para poder adecuar (coercionar) el comportamiento del deudor, inclusive a través del uso de la fuerza física (coacción), al cumplimiento de la prestación (o su semejante) y satisfacer al acreedor y su derecho.

Es preciso recalcar que para el cumplimiento de su objetivo y todas estas finalidades, el proceso de ejecución como proceso en general, debe brindar ciertas garantías (constitucionalmente establecidas) y beneficios propios, los cuales deben estar instaurados en su procedimiento, es por esto que debe contar con un medio propio, es decir una ritualidad a transitar para verificar estas necesidades y adecuarse a su naturaleza.

### **1.3. El juicio ejecutivo.-**

Una vez entendida, en términos generales, la razón de ser del proceso de ejecución y su existencia autónoma, es oportuno tratar sobre el juicio ejecutivo y su vinculación con él, para poder ubicarnos en el área que este tema circunscribe y saber con certeza que naturaleza y objetivo posee (lo dicho sin pretender anticiparnos a las conclusiones del presente trabajo, sino a manera de introducción).

#### **1.3. 1. Antecedentes e historia.-**

Una forma muy utilizada para saber a qué tipo de proceso pertenece determinado procedimiento es mediante el estudio de su evolución. Así encontramos que para la doctrina el juicio ejecutivo no posee muchas concordancias sobre sus orígenes, pero la más aceptada cree que sus antecedentes se remontan a la antigua Roma, en donde se pueden encontrar dos etapas bien definidas, la ejecución romana con coacción personal y la ejecución mediante coacción real<sup>18</sup>, que concuerdan puntualmente con los antecedentes

---

<sup>18</sup> William López, **El Juicio Ejecutivo**, Quito, 2007, pág. 10

citados del proceso de ejecución. Por este motivo y para diferenciarlo del origen del proceso de ejecución, la doctrina germana investigó el origen del título base para la ejecución (que podía ser título de ejecución o ejecutivo sobre lo cual volveremos adelante) y de aquí nace el *Pacto de Wadiatio*, el que en lo posterior sería la base de la clausula ejecutiva utilizada por los notarios en las escrituras públicas que contenían un crédito (véase 1.1). Posteriormente en algunos estatutos locales Italianos de los siglos XII y XIV, se preveía la oportunidad de ejecutar un crédito reconocido ante notario, sin la necesidad de que existas una sentencia condenatoria y sin la preexistente clausula ejecutiva, lo que daría origen al juicio ejecutivo<sup>19</sup>.

En lo que a los orígenes históricos del juicio ejecutivo se refiere, para Manuel de la Plaza en su Manual de Derecho Procesal Civil, dice que su uso era anterior al auge de la institución notarial, cuando mediante contrato las partes concedían al acreedor la facultad de proceder al embargo preventivo de los bienes mediante el llamado “pactun exequitivum” que se derivaba de la ley romana conocida como el código de pignor; y señala también la existencia de un procedimiento que con el mismo fin del pacto contractual, mediante la comparecencia del obligado se otorgaba idéntica facultad al acreedor, procedimiento que se derivaba del “*confesus projudicatum abertur*”. Posteriormente, en la época notarial, la clausula de ejecución llegó a constituir una clausula de estilo en estos documentos y en tal virtud, aun cuando no constaba en él se la suponía incluida, por este camino se llegó a la aparente construcción del juicio ejecutivo ya que por obra del título contractual el obligado se veía constreñido a pagar en el término establecido.

En este camino no se negaba la posibilidad al deudor de oponerse (tema crucial en el presente trabajo), siempre que sean excepciones de fácil demostración y cuando el deudor consignare la suma debida. En el transcurso de la historia se intentó evitar esta oposición del demandado y se introdujo la costumbre de llamarlo previamente para que reconozca el documento y su deuda, para tramitar la excepción a parte del proceso ejecutivo. Así nace el “*mandatum de solvendum*”, que para Giuseppe Chiovenda es la orden de pago dictada por el juez en contra del deudor.

---

<sup>19</sup> José Soberanes Fernández, **Historia del Juicio Ejecutivo Civil**, México DF, pág. 7

Para otra parte de la doctrina el origen del actual juicio ejecutivo se halla en la fusión entre los sistemas de ejecución romano y germánico que traducen concepciones antagónicas acerca de la defensa de los derechos y en la forma de su ejecución, así nace el *processus executivus* del derecho común. Consideran que por influencia romana, en este nuevo tipo de proceso ejecutivo se admite la existencia de un período de conocimiento, pero, por influencia germánica, él no ha de tener la amplitud de la *actio iudicati*, sino que en la jurisdicción se halla comprendida la facultad consistente en hacer<sup>20</sup>.

### 1.3. 2. Concepto.-

El término ejecutivo, dentro del mundo del Derecho, posee principalmente dos acepciones, la referida a los títulos ejecutivos (sobre la cual volveremos más adelante) y la que se refiere al juicio o procedimiento. En este último, y producto de la crisis actual de ésta institución, es necesario recurrir a la interpretación histórica de su semántica, así Hevia Bolaños expresa que la vía ejecutiva es la que tiende a la ejecución y cumplimiento de los casos, e instrumentos que la traen aparejada, la cual es de naturaleza breve y sumaria, concebida a favor de la administración de justicia y del actor ejecutante<sup>21</sup>. Es importante que hagamos notar que el juicio ejecutivo es establecido a favor de la sociedad y de quien se crea asistido por una acción ejecutiva, ya que en definiciones escuetas anteriores se lo mencionaba como el juicio establecido a favor de los acreedores y en contra de los deudores, haciéndose perder el elemento esencial o piedra angular: el título ejecutivo.

Enterados de la importancia que la definición acarrea, pues de esta se podrán deducir sus elementos, objetivo, finalidades y naturaleza, nos es menester encontrar la definición más ajustada a la realidad, así encontramos la definición que ha servido de base para los tratadistas modernos, del profesor José María Alvares, quien dice que el juicio ejecutivo es un juicio sumario, introducido en beneficio de los acreedores, para que sin los dispendios y dilaciones de la vía ordinaria, consigan brevemente el cobro de sus créditos, atendida solamente a la verdad de lo expresado en el título que acompaña<sup>22</sup>. Si bien esta definición es más acertada y envuelve a más elementos y finalidades del juicio, consideramos que no

---

<sup>20</sup> Todoiure, **De Proceso de conocimiento hasta Procesos voluntarios**, Tomado de [http://tododeiure.atspace.com/diccionarios/juridico\\_p15.htm](http://tododeiure.atspace.com/diccionarios/juridico_p15.htm) (Citado en Diciembre del 2009)

<sup>21</sup> José Soberanes Fernández, **Historia del Juicio Ejecutivo Civil**, México DF, pág. 24

<sup>22</sup> Ibid, José Soberanes, pág. 26

es vigente por no mencionar el método de coerción necesaria para la ejecución intimatoria y recurrimos para un mejor entendimiento a las definiciones modernas.

Para Raúl Espinosa, en su Manual de Procedimiento Civil, el juicio ejecutivo es un procedimiento contencioso especial que tiene por objeto obtener, por vía de apremio, el cumplimiento de una obligación convenida o declarada fehacientemente, que el deudor no cumplió en su oportunidad y que se halla contenida en un título legal. De esta definición podemos extraer el carácter de ejecución que reviste a este procedimiento.

### **1.3. 3. Naturaleza.-**

La naturaleza jurídica del juicio ejecutivo reviste más complejidad en su estudio que la del proceso de ejecución, ya que existen varias posturas doctrinarias que lo califican de diferentes formas que no son muy relacionadas entre sí, pero así mismo es de suma importancia para poder clasificar al procedimiento y, en base a esto, conocer la ritualidad que debe seguir en sus pasos para justificar su naturaleza.

Empecemos revisando la teoría que cataloga al juicio ejecutivo como uno de naturaleza sumaria cognoscitiva o declarativa. Esta corriente considera que desde su evolución histórica, el juicio ejecutivo ha buscado una declaración judicial de existencia del derecho y de insatisfacción del mismo, producto de un trámite escueto de conocimiento que deriva en una sentencia condenatoria. En palabras de Couture *“todo proceso de ejecución lleva consigo etapas o elementos de conocimiento”*. Es así que supone una etapa previa de conocimiento, en el que el título sometido a control recibe el “imperium” a través de una sentencia judicial de condena. En esta línea se encuentran autores como Palacio y Alsina para quienes, aparentemente, la razón que justifica que un proceso de ejecución no sea de ejecución debe buscarse en el principio constitucional de defensa en juicio, sobre esto dice Couture *“en el orden del derecho, ejecución sin conocimiento es arbitrariedad; conocimiento sin posibilidad de ejecutar la decisión, significa hacer ilusorios los fines de la función jurisdiccional”*<sup>23</sup>. Por estas consideraciones, esta corriente, manifiesta que se impone una etapa previa de conocimiento sumario para poder dictar la ejecución, la cual se convierte en todo el trámite del juicio ejecutivo. Hemos apuntado que el proceso ejecutivo

---

<sup>23</sup> Eduardo Couture, **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, Buenos Aires, pág. 444

que tiene por objeto hacer ejecutar algo y, según esta corriente, el juicio ejecutivo en realidad no hace ejecutar nada sin antes transitar por una limitada etapa de cognición, por consiguiente su finalidad cambia y se estima que el juicio ejecutivo no tiene solamente la finalidad de hacer ejecutar un derecho, si no busca una declaración judicial por ser un proceso contencioso de cognición limitada, con las debidas garantías. Así el proceso ejecutivo resultó de ejecutar dictámenes judiciales; y poco a poco la exigencia del tráfico social ha ido justificando la analogía de algunas situaciones a los efectos de estos dictámenes para facilitar el cobro, pero esto desembocó en un conocimiento judicial que justifique esa presunción análoga y la condene en sentencia; de lo cual, según esta doctrina, nace el juicio ejecutivo como proceso de conocimiento.

Justifican la confusión en la naturaleza del juicio por el hecho de que en muchos casos, efectivamente, es más notoria la actividad ejecutiva que la función propiamente jurisdiccional. Sin embargo destacan que las actividades ejecutivas invariablemente están subordinadas a la función jurisdiccional de conocimiento<sup>24</sup>. Sobre esto Couture dice: “... *la actividad ejecutiva es actividad jurisdiccional. Los órganos de la jurisdicción no pierden en ningún momento, dentro de ella, la actividad cognoscitiva*”<sup>25</sup>. Entonces concluyen que el juicio ejecutivo no se limita al requerimiento de pago seguido del aseguramiento de bienes para su ejecución, sino que es un procedimiento cognoscitivo jurisdiccional en el cual existen elementos esenciales de todo juicio que reafirman su naturaleza de conocimiento. Y el título para la ejecución no es el contractual o privado, sino la sentencia de remate la cual determina el alcance de la ejecución y la que consiguientemente, actúa como título, es decir, que se ha operado una novación de títulos o una aceptación del primitivo, privado o contractual, por una sentencia que subsigue a la cognición limitada del juez.

Otra corriente, más ecléctica, señala que el juicio ejecutivo es el producto de la conjunción de los dos procesos analizados, que posee características de conocimiento y características de ejecución y lo señalan de naturaleza mixta. El enfoque apunta a que el juicio ejecutivo se presenta como un proceso mixto de cognición y ejecución, más exactamente como un proceso de ejecución que contiene una fase de cognición, en el cual lo que se ejecuta es el título contractual que provocó la ejecución, más no la sentencia que

---

<sup>24</sup> Luis Enrique Graham, **El Juicio Ejecutivo Mercantil**, Revista online Jurídicas, tomado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/18/leg/leg12.pdf> (Citado en Diciembre del 2009)

<sup>25</sup> Eduardo Couture, **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, Buenos Aires, pág. 443

tiene un mero carácter verificadorio e instrumental respecto al título que contiene el derecho<sup>26</sup>. Surge de la idea de que el procedimiento ejecutivo es de carácter sumario y plenario, es decir que posee todos los pasos comunes al juicio plenario (incluyendo al derecho de contradicción y su consiguiente etapa de conocimiento) con una limitación sobre el objeto de conocimiento (el derecho-deuda). Señalan que el juez, en principio adopta una postura ejecutiva, intima al pago anticipado y dicta medidas de ejecución preventivas para posteriormente pasar a una etapa de conocimiento, en la que el juez adopta una postura de conocer y juzgar, en donde se verifiquen la existencia de un derecho vulnerado junto con un deudor incumplido (obligación insatisfecha) y se confirmen las medidas preventivas dictadas. Una vez dictada sentencia procede con la ejecución de los bienes embargados, siempre y cuando el deudor no haya cumplido su prestación voluntariamente. Consideran que el título, requisito para iniciar esta vía, posee fuerza suficiente para hacer adoptar al juez esta postura primaria y empezar con los actos ejecutivos, aun que sea de manera provisional, pero no la suficiente para hacer ejecutar lo contenido en éste, por lo cual el juez, en su segunda postura y para poder ejecutar el título, deberá validarlo en una sentencia que cuente con carácter de ejecutable. Esta idea de plenario-sumario surge, pues, de la contraposición de estados y anhelos que poseen las partes confrontadas en este tipo de procesos, ya que es imperioso satisfacer la necesidades del acreedor cierto con la mayor celeridad posible, pero es necesario no incurrir en nulidades procesales al no permitir al demandado-deudor oponer defensa y ser oído, así los seguidores de esta corriente señalan esta naturaleza mixta en el procedimiento ejecutivo.

Ahora analizaremos la corriente doctrinaria que sitúa al juicio ejecutivo como un verdadero proceso de ejecución, con la que compartimos para efectos del presente trabajo. La naturaleza, como manifestamos anteriormente, es compleja y para entenderla estudiaremos los rasgos característicos que, según la doctrina, definen y enmarcan a ésta. Al igual que para obtener la naturaleza del proceso de ejecución, consideraremos el estudio de la acción, la función del juez, el dictamen judicial y la autonomía procesal como rasgos característicos que nos guiarán.

---

<sup>26</sup> Eduardo Gutiérrez Cabiedes, **Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del Proceso Monitoreo en España**, Madrid, pág. 436

### 1.3.3.1 La acción.-

Si tomamos a la acción en general como el medio por el cual una persona insta al Estado que se pronuncie o actúe sobre un asunto y otorgue efectiva y justa tutela jurisdiccional, es decir como el derecho subjetivo que tiene el ciudadano de pedir tutela jurídica ante los órganos del estado, es preciso saber qué tipo de acción es la que faculta a los acreedores titulados a poner en marcha el procedimiento ejecutivo.

Mencionamos una característica que nos enrumbará, es la de accionante “titulado” y la única acción que entre su composición (sujetos, causa y cosa pedida), doctrinariamente hablando, incluye un ingrediente extra, el título, como una extensión característica de la *causa petendi*, es la acción ejecutiva (véase 1.2.2.1). Entonces el signo distintivo de la acción que pone en marcha y faculta el ejercicio del juicio ejecutivo es el título, pero es necesario estar al tanto si es el mismo título que motiva el inicio del proceso de ejecución.

El carácter del título que compone la acción ejecutiva es de ejecutable, es decir que, goza de certeza e inmutabilidad, que contiene un derecho cierto y verificado con su correlativa obligación que está insatisfecha por un deudor fallido a favor de un acreedor cierto, estos títulos en la doctrina reciben el nombre de títulos de ejecución o ejecutables (sobre lo cual volveremos adelante). La diferencia sustancial entre el título que compone la acción que faculta el juicio ejecutivo y el título de ejecución es que, el primero, encierra una presunción vehemente de certeza, de verdad, es decir, la declaración contenida en él se presume que es cierta y preexistente, pero como toda presunción puede ser desvirtuada por lo cual la ejecución no es directa y pasa por un proceso de verificación de esta presunción; contrariamente, la segunda, es directamente ejecutable y se prescinde de este proceso de verificación, es decir en palabras de Redenti el primero es título preventivo y el segundo es un título ulterior.

Cualquiera que sea nuestra posición, es innegable la existencia de una clase de título extrajudicial fruto de un acto o un negocio entre civiles de manera preventiva, anterior al momento del incumplimiento, que guarda la existencia de un derecho preexistente o subyacente, que se halle transgredido y que específicamente de su tenor resulta por quien

y contra quien se lo puede hacer valer<sup>27</sup>(título ejecutivo). Por ende es claro colegir que la acción que faculta al juicio ejecutivo (acción ejecutiva) es la misma que faculta el ejercicio del proceso de ejecución, con la diferencia que esta acción titulada se funda en un título ejecutivo, con presunción vehemente de veracidad sujeto a una verificación, que surge de una manera diferente al título de ejecución que crea mérito para el proceso de ejecución.

### **1.3.3.2 La función del juez.-**

Una vez conocida la acción ejecutiva que da vida la condición para la actuación práctica del juicio ejecutivo, consideramos necesario saber la función que del juez, en este procedimiento, se persigue como respuesta a una pretensión ejecutiva basada en un título ejecutivo. Precisamos que en este punto no ahondaremos sobre la conducta del juez ni sobre qué debe conocer, esto lo analizaremos en el punto 1.5.2.

El accionante titulado, es decir el que posee en su poder un título ejecutivo, al iniciar la vía ejecutiva, busca del estado (órgano jurisdiccional) la satisfacción de un derecho preexistente lesionado. Que el juez realice una actividad física para urgir al deudor al cumplimiento de su obligación, tal como se colige del título que en su literalidad expresa en concreto el derecho lesionado, el acreedor cierto que puede hacer valer ese título y el deudor fallido contra quien se lo puede hacer valer; y en caso de no efectuarse el cumplimiento voluntario, se exige del juez una actuación física, a través del uso de la fuerza, que seleccione bienes del patrimonio del deudor y se los arrebate para con su fruto satisfacer al acreedor. Es decir que compela al deudor para que adapte su conducta al cumplimiento de la prestación, con celeridad e independencia.

Pero, y como hicimos notar someramente la diferencia entre títulos en el punto anterior, no se puede exigir al juez una actividad inmediata de ejecución, ya que la pretensión ejecutiva para esta vía encierra, en contra de la voluntad del acreedor, la imperiosa necesidad de que la presunción de certeza y veracidad que reviste al título sea verificada por el juez para que este intime al deudor al cumplimiento con amenaza de coerción ó en su defensa se oponga a esta e intente desvanecerla.

---

<sup>27</sup> Enrico Redenti, **Derecho Procesal Civil**, Tomo II, Buenos Aires, pág. 294

Como característica de este juicio, y aunque la voluntad del acreedor no sea esa, la pretensión, que por demás es ejecutiva, adicionalmente busca que el título se revista con el imperium suficiente para ser ejecutable y así evitar la mala fe procesal que puede existir por parte del acreedor ficticio. Sin embargo la función del juez, salvo este incidente del título, es meramente ejecutiva ya que de él no se solicita declare la existencia del derecho, su lesión y condene a determinada persona a su cumplimiento, sino que reconozca lo que de la literalidad del título dimana y coercione al deudor indicado al cumplimiento de la prestación, producto de una obligación adquirida con anterioridad y actualmente insatisfecha, con amenaza de coacción sobre su patrimonio. En el juicio ejecutivo lo que se busca del juez es una manifestación y no una declaración de éste.

#### **1.3.3.3 El dictamen judicial.-**

Sabemos que el dictamen judicial debe ser concordante con lo pretendido de su función, es decir que si la pretensión con la que se presentó la demanda es de declarar un derecho, el dictamen será de condena o constitutivo o meramente declarativo; si pretendemos que se ejecute un derecho el dictamen debe ser ejecutivo y conminante al cumplimiento; así entendida la pretensión ejecutiva, del juicio ejecutivo, es necesario definir qué tipo de pronunciamiento judicial el debe y se espera dictamine.

Partamos diciendo que generalmente todo procedimiento debe terminar con un dictamen judicial, que en el caso del juicio ejecutivo será una sentencia. Así la sentencia es la decisión del juez, que pone fin al procedimiento, acerca de los asuntos principales del juicio, a la cual se llega después de analizar todos los fundamentos esgrimidos por las partes<sup>28</sup>. La sentencia del juicio ejecutivo ordena llevar adelante la ejecución forzosa y practicar la liquidación del crédito existente, pues en general esta es la pretensión con la que se acude al juez, pero, según lo explicado, el incidente que impone el verificar el carácter del título, otorga al demandado-ejecutado la posibilidad de ser oído y plantear ciertas excepciones, si desea ejercer su derecho, que el juez deberá conocer para poder manifestar su decisión de ejecutoria, es decir verificar el carácter del título y hacerlo ejecutable.

---

<sup>28</sup> William López, **El Juicio Ejecutivo**, Quito, 2007, pág. 160

Aún cuando el juez deba conocer las razones del demandado que se opone, las cuales intentarán desvanecer la presunción que al título reviste, no esperamos de ninguna manera un pronunciamiento que declare la existencia y pertenencia del derecho a quien acciona y condene al demandado por considerar su incumplimiento; quien acude, basándonos en la buena fe y lealtad procesal, se encuentra investido por el derecho, que está actualmente incumplido y que tiene un deudor cierto, y es por ello que todo esto está contenido en un documento (título en sentido formal), con su respectivo precepto que garantizan al juez la veracidad de su contenido. Por esto consideramos que el dictamen que se debe emitir en este juicio es una sentencia que manifieste la decisión del juez, en sentido material, de llevar adelante la ejecución, por lo tanto una sentencia ejecutiva (véase 1.5.3).

#### **1.3.3.4 Autonomía procesal.-**

Habíamos dicho que la autonomía define la especificidad propia del proceso, sus métodos (procedimientos), su objeto, su finalidad y lo particulariza para determinadas circunstancias como el específico y único. Así el proceso es independiente de otros de naturaleza similar o si adolece de autonomía, simplemente es un complemento de un proceso autónomo.

Pues bien, revisamos ya la historia y concepto del juicio ejecutivo, y hemos visto que son muy similares a las estudiadas, en su tiempo, para el proceso de ejecución, incluso la función (función judicial ejecutiva) y el dictamen (sentencia ejecutiva) que se deben y esperan se emita. La diferencia que descubrimos en el extremo de la *causa petendi* que se suma como un ingrediente a la composición de la estructura en la acción ejecutiva, es en el título de ejecución y en el título ejecutivo, el primero investido con fortaleza para una ejecución directa y el segundo denotando una vehemente presunción de veracidad y certeza. Podríamos entonces colegir que el juicio ejecutivo por su origen, objeto, pretensión y finalidad pertenece al proceso de ejecución pero su acción está basada en títulos ejecutivos lo cual le concede una autonomía sustancial dentro de los procedimientos de ejecución. Así el juicio ejecutivo es un procedimiento de ejecución autónomo, propio y específico para los títulos ejecutivos de caracteres extrajudiciales y preventivos, que contienen derechos preexistentes y vulnerados.

Entonces de las tres teorías revisadas sobre la naturaleza, es preciso quedarnos con la más ajustada al criterio del proceso de ejecución de acuerdo a lo expuesto. Así consideramos que la teoría que tilda al juicio ejecutivo como un proceso de cognición no reconoce la utilidad social y jurídica de los títulos ejecutivos (títulos extrajudiciales preventivos), pues los olvida eliminando todo valor tanto sustancial como formal de los que están investidos; no toma en cuenta a la acción titulada, la cree inexistente, ya que no pretende que quien accione esta vía, tenga pues, un documento que lo habilite, sino que según esta corriente, quiere conseguir uno que dimane judicialmente; tergiversa la actitud judicial, lo convierte en un juez declarativo y de condena que no debe fijarse en ningún derecho preexistente sino que debe declarar, en sentencia, la existencia de un derecho y que este ha sido vulnerado; contradice la pretensión ejecutiva del actor, pues cree que el actor acude para solicitar un título ejecutivo, el cual puede ser obtenido a través de una vía de conocimiento y no para ejecutar un derecho insatisfecho, lo que deriva en una sentencia condenatoria y no en una ejecutoria; niega la especificidad de este procedimiento junto con su autonomía y priva al acreedor titulado de los beneficios característicos de esta vía. Consideramos, por lo expuesto, que esta teoría confunde al juicio ejecutivo con un procedimiento monitorio, en el cual se altera el principio del contradictorio dejando la iniciativa en el deudor<sup>29</sup>.

Con respecto a lo revisado de la doctrina que cataloga de naturaleza mixta al juicio ejecutivo pensamos que, como postura ecléctica, no termina de definir su naturaleza, ya que si bien acepta la existencia de una pretensión y acción ejecutiva, sumado a la existencia de un documento que goza de ciertos beneficios jurídicos; niega la postura inicial del juez ejecutivo y del auto de solvendo ya que necesita conocer la existencia del derecho para adoptar una postura de ejecución; resulta como un híbrido cuya primera parte es de conocimiento sobre la cual depende su segunda parte de ejecución, negando así su autonomía y por lo tanto su independencia; esta teoría no clasifica exactamente al juicio dentro de los normalmente conocidos y aceptados por la doctrina, así que creemos que esta corriente no da una naturaleza ajustada a la realidad del procedimiento ejecutivo ni a sus finalidades u objetivos.

---

<sup>29</sup> Piero Calamandrei, **El Procedimiento Monitorio**, Buenos Aires, pág. 24. La cita es sobre el procedimiento monitorio en las palabras del autor y no sobre su confusión con la corriente de la naturaleza del juicio ejecutivo estudiada (aquello es nuestro)

Como habíamos manifestado en líneas anteriores, concordamos con la teoría que cataloga al juicio ejecutivo como un verdadero proceso de ejecución, y después de repasar su concepto, apreciamos fácilmente su fin de obtener el cumplimiento de una obligación que se encuentra reconocida e insatisfecha, es decir, vencer la resistencia del deudor fallido y satisfacer el derecho violentado del acreedor cierto (tal cual a la analizada en el proceso de ejecución). Investigamos su teoría y evolución, las que se derivan del origen del proceso de ejecución, concluyendo que se deriva de una acción independiente y autónoma denominada acción ejecutiva, que posee al título ejecutivo (extrajudicial y preventivo) como un ingrediente extra de su causa, que lo hace específico para la realización coactiva del derecho contenido.

Analizados estos puntos concluimos que la naturaleza del juicio ejecutivo es definitivamente ejecutiva, y lo podemos describir como de naturaleza pública, jurisdiccional, autónoma, contenciosa, ejecutiva, sumaria y específica; que cuenta con su propia metodología en pos de un objetivo y finalidades propios. En palabras de Ariamo Deho Eugenia *“El juicio ejecutivo es un verdadero proceso de ejecución y lo es porque es un derivado histórico del processus executivus medieval que nació como proceso de ejecución y no como proceso de cognición. Fue una creación de la práctica justamente para evitar el proceso ordinario solemne y dispendioso, como corolario de los títulos con ejecución aparejada (executionem paratam), que permitían el ingreso a un proceso de ejecución sin una previa cognición judicial. El hecho de que dentro de su evolución histórica se haya permitido la incrustación dentro de su estructura de un incidente de cognición limitado – la ahora llamada contradicción – no le priva de su naturaleza ejecutiva.”*<sup>30</sup>

#### **1.3.4. Objetivo y finalidades del juicio ejecutivo.-**

De lo visto en los antecedentes, concepto y naturaleza del juicio ejecutivo, logramos inferir que su objetivo es dar forma a un procedimiento idóneo (pasos a seguir para llegar a determinado fin), para hacer efectivo el derecho contenido en un título ejecutivo que actualmente está vulnerado, es decir, vencer la resistencia del deudor incumplido y satisfacer el derecho vulnerado del acreedor titulado. Hacer efectivo el derecho sustantivo preexistente e insatisfecho, accionando el andamiaje jurisdiccional en su modalidad de actuación física para poder adecuar (coercionar) el comportamiento del deudor, inclusive a

---

<sup>30</sup> Ariamo Deho Eugenia, **El Proceso de Ejecución**, Lima, pág. 173

través del uso de la fuerza física (coacción), al cumplimiento de la prestación (o su semejante) y satisfacer al acreedor poseedor el título ejecutivo. No tenemos que olvidar que dentro de todas estas finalidades se encuentra también la de, a través de un proceso que brinde garantías a ambas partes, conseguir una verificación del título ejecutivo que consolide su vehemente presunción de certeza y veracidad, y lo constituya en un verdadero título ejecutable de carácter inmutable; lo cual se logra mediante una sentencia de ejecución que verifique la calidad, tanto sustancial como formal, del título presentado.

#### **1.4. La etapa de conocimiento en el juicio ejecutivo.-**

Hemos visto ya que la característica que diferencia al proceso de ejecución del juicio ejecutivo, es el título ejecutivo extrajudicial y preventivo como extremo de la *causa petendi* en la acción ejecutiva. Es decir que cada título proviene de una formación y tiempo diferentes en cuanto a su historia y surgimiento, que en el caso del título de ejecución reviste de suficiente imperium para proceder directamente a la ejecución, y en el caso de los títulos ejecutivos, que es aquel que encierra una presunción vehemente de certeza, la declaración contenida en el título ejecutivo que se presume es cierta, hay que verificarla y tornarla en imperium.

Este paso extra es el que en el procedimiento diferencia la ejecución del juicio ejecutivo. Y esto porque es inmanente el peligro de la facilidad de los hombres a caer en un tendencia suspicaz, cuyos resultados pueden expresarse en injusticia (en el fundamento de la ejecución), irregularidad e incongruencia en cuanto a su desarrollo<sup>31</sup>. Entonces es necesario verificar judicialmente estas presunciones ya que, basados en los conceptos de ejecutividad y presunción, la ejecutividad es una categoría legal exenta de verificación (título de ejecución) mientras que la presunción es una categoría racional basada en indicios y evidencias (títulos ejecutivos), por consiguiente sujeta a verificación. Así el verificar las presunciones que revisten al título se hace lógico desde que, tal como lo define la real academia, presunción es sospechar, juzgar o conjeturar algo por tener indicios o señales para ello; ya que al no hacerlo se caería en el abuso de la analogía, y la consiguiente confusión procesal que implica tratar como igual a lo que esencialmente es diferente, verbigracia, definir como títulos de ejecución una serie de documentos y situaciones que adolecen de fehaciencia e imperium, y que por esto no calificarían en orden

---

<sup>31</sup> Francesco Carnelutti, **Instituciones Del Proceso Civil**, Buenos Aires, Tomo III, pág. 140

a la naturaleza de la ejecución directa, sin embargo se les otorga ejecutividad desde la ley por considerar su naturaleza y formación derivadas de, en algunos casos, la complejidad del proceso económico y la necesidad del tráfico comercial, y en otros, de la relación entre la administración estatal y los administrados.

Visto de este modo, la única manera determinada para verificar las presunciones que revisten al título es dar lugar para que el deudor señalado pueda ejercer su derecho de defensa y oír su oposición a la ejecución que inminentemente esta sobre él. Lo cual inevitablemente, desemboca en un conocimiento judicial sobre lo contenido en el título (derecho existente vulnerado perteneciente al accionante) y las oposiciones que ostente el deudor sobre este; en el caso de que estas no prosperen o no se presenten, el título quedará verificado y adquirirá el imperium necesario para la ejecución.

#### **1.4.1. Antecedentes de la etapa de conocimiento en el juicio ejecutivo.-**

Entendido el porqué de la etapa de conocimiento en el juicio ejecutivo, es oportuno analizar su evolución. Como hemos revisado, la ejecución en el derecho Romano presenta caracteres distintos según el período histórico que se considere, así en principio la ejecución recaía sobre la persona y posteriormente la ejecución se trasladó sobre el patrimonio del deudor. En el primitivo derecho germánico, el incumplimiento de la sentencia es considerado como una injuria inferida al acreedor, quien se halla autorizado para proceder a la ejecución en forma privada, con total prescindencia de la intervención judicial. Más tarde, se elimina la ejecución directa y requieren que las medidas correspondientes sean peticionadas al juez quien debe acordarlas sin ninguna clase de conocimiento. Este proceso tenía lugar con posterioridad a la ejecución, y en el respectivo período el deudor podía plantear ciertas defensas que se sustanciaban y decidían en juicio.

De la fusión entre estos dos sistemas de ejecución, nace el *processus executivus* del derecho común y por influencia romana, en este nuevo tipo de proceso ejecutivo, se admite la existencia de un período de conocimiento, pero no ha de tener, por influencia germánica, la amplitud de la *actio iudicati*, que se limita a posibilitar al ejecutado el planteamiento de oposiciones fundadas en hechos posteriores al pronunciamiento de la sentencia y en ningún caso cabe oponer defensa alguna tendiente a demostrar la inexistencia de la

obligación<sup>32</sup>. Desaparece, de tal manera, la *actio iudicati*, que solo subsiste para el caso de tener que hacerse valer la sentencia ante un juez de distinta jurisdicción, y se abre camino el concepto de que, dentro del oficio judicial (*officium iudicis*) se halla comprendida la facultad consistente en hacer efectivo el cumplimiento de sus decisiones.

Hasta aquí observamos el nacimiento de una etapa de conocimiento como producto de la necesidad de oír al deudor, durante la ejecución de sentencia, únicamente por circunstancias posteriores a su pronunciamiento. Pero para adecuarnos al tema de estudio, es necesario saber cuando los títulos de ejecución extrajudiciales toman vigor jurídico y la necesidad de escuchar al demandado se restringe exclusivamente a la oposición que este pueda tener sobre el título que se presente para la ejecución.

Es también una característica del período del derecho común, la asimilación, a la sentencia judicial, de aquellos documentos que comprueban la confesión de deuda formulada ante notario. Entonces nacen los *instrumenta guarentigiata*, así llamados por la cláusula en cuya virtud el notario que extiende el instrumento ordena al deudor el oportuno pago de la obligación reconocida en dicho instrumento. Por extensión del principio de que el confesante debe equipararse al condenado se acuerda a este tipo de instrumentos el mismo efecto de las sentencias, con la consiguiente posibilidad de abrir, con ellos, el proceso ejecutivo. Posteriormente, tales efectos han de beneficiar también a las letras de cambio u otros títulos cambiarios.

Es decir, se necesitó que el derecho diera fuerza ejecutiva a ciertos documentos, para que estos accedieran al juicio ejecutivo, producto del desarrollo cambiario y comercial propio de una sociedad en constante evolución. Documentos extrajudiciales de los cuales se desprenderá una presunción legal de existencia del crédito del deudor y una posibilidad de iniciar el procedimiento ejecutivo con su casi inmediata ejecución<sup>33</sup>. Pues bien, surgidos estos documentos a la vida jurídica, fue necesario un breve conocimiento judicial para evitar caer en el ilógico procesal de tratar como igual a lo que esencialmente es diferente (título ejecutivo y título de ejecución) y así, como el juez no podría objetar de oficio, permitir al deudor oponerse al título y su ejecución. Se conjugan, entonces, las necesidades de oír al demandado y la de verificar el carácter del título y hacerlo ejecutable (confirmar su

---

<sup>32</sup> Todoiure, **De Proceso de conocimiento hasta Procesos voluntarios**, Tomado de [http://tododeiure.atspace.com/diccionarios/juridico\\_p15.htm](http://tododeiure.atspace.com/diccionarios/juridico_p15.htm) (Citado en Diciembre del 2009)

<sup>33</sup> José Soberanes Fernández, **Historia del Juicio Ejecutivo Civil**, México DF, pág. 29

presunción vehemente de certeza y reconocer judicialmente su imperium para su inmediata ejecución), mediante el conocimiento judicial escueto, que procesalmente resulta como el producto de la contradicción del demandado al derecho contenido en el título ejecutivo.

#### **1.4.2. Naturaleza de la etapa de conocimiento en el juicio ejecutivo.-**

Hemos visto que la etapa de conocimiento, dentro del procedimiento ejecutivo, surge por la necesidad de verificar las presunciones que revisten al título ejecutivo, como para oír al demandado-ejecutado, pero hay que indagar sobre la naturaleza de esta acción judicial, ya que hablamos de una acción ejecutiva que se funda en un documento (título en sentido formal) investido de presunciones vehementes que contiene un derecho vulnerado por un deudor fallido y un acreedor cierto, quien acude hacia el juzgador para hacer efectivo su derecho y satisfacer la obligación incumplida a través de la ejecución. Por lo tanto esta etapa debe tener un tratamiento diferente a la contenida en un procedimiento de conocimiento, por pertenecer a un juicio que tiene su propia naturaleza, objetivos y finalidades, diferentes a los de conocimiento.

Con la finalidad de entender claramente la naturaleza sui generis que adquiere la etapa de conocimiento dentro de una clase de procedimiento de ejecución, el juicio ejecutivo, revisaremos los puntos de diferencia con la etapa de conocimiento contenida en un proceso de cognición, así veremos la inversión del contradictorio y su extensión.

##### **1.4.2.1. La inversión en el contradictorio.-**

La primera y la más importante de las diferencias que se encuentran entre el conocimiento en un proceso cognoscitivo y uno ejecutivo, es la carga del contradictorio y sus efectos ante el procedimiento y las decisiones judiciales, es decir la carga impuesta por la estructura procesal a los sujetos del proceso y los efectos legales que de esta se derivan en el procedimiento.

Para cumplir con una de las características y naturaleza del juicio ejecutivo, su celeridad para lograr la satisfacción del derecho a través de la ejecución, es necesario dejar al deudor-demandado la iniciativa del contradictorio, dicho de otro modo, producir una inversión en el principio del contradictorio<sup>34</sup>. Así el acreedor acude al juez y este sin previo

---

<sup>34</sup> Piero Calamandrei, **El Procedimiento Monitorio**, Buenos Aires, pág. 25

contradictorio, emite una orden de pago dirigida al demandado, señalándole al mismo tiempo un término dentro del cual éste puede, si le interesa o tiene medios necesarios, provocar el contradictorio mediante oposición, con la consecuencia de que a falta de oposición hecha a tiempo, el título ejecutivo adquiere el imperium de ejecutable.

Para comprender lo dicho, debemos entender como contradictorio o “principio del contradictorio” a lo aludido por la doctrina como bilateralidad del proceso, expresada en la fórmula del “óigase a la otra parte” de carácter constitucional (derecho de defensa) para evitar la tendencia humana hacia la suspicacia aludida por Carnelutti. Es decir para confirmar las presunciones de hecho que recaen sobre el título y poder, en base a fundamentos legales y racionales, revestirlo del imperium para su inmediata ejecución. Entonces se entrega al deudor la oportunidad de ser oído en juicio y producir pruebas que le apoyen, ya que él sabe si tiene algo que decir o alegar y si producirá o no pruebas que le sustenten sus afirmaciones<sup>35</sup>.

La alteración legal del principio del contradictorio cambia sustancialmente a la naturaleza de la etapa de conocimiento, ya que al dejar la iniciativa de la oposición en manos del demandado, es éste quien decide si esta etapa latente de conocimiento se desarrolla o simplemente se la entiende por superada por parte del juez y por consiguiente se tomarán como fehacientes las presunciones que revisten al título otorgándole el imperium necesario para su inmediata ejecución; o si decide dar vida a esta etapa y hacerse oír en juicio para contradecir estas presunciones del título ejecutivo. Recordemos que la contradicción a la acción o su suposición legal, son las que trae a la vida jurídica la cognición judicial (el juez decidirá sobre la traba de la litis es decir las pretensiones discutidas por las excepciones son las que generan el marco legal de conocimiento sobre y dentro del cual el juez actuará), por lo tanto y al invertir el contradictorio, si no se contradice no existe conocimiento, ya que racionalmente es imposible conocer cuando no hay oposición o cuando se supone legalmente que esta no existe producto de la inversión de la carga del contradictorio (diferente al silencio del demandado que opera en el proceso cognoscitivo en el cual este se supone como una negativa pura y simple de las pretensiones del actor).

---

<sup>35</sup> Óscar José Martínez, **El Procedimiento Monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica**, Tomado de <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/592/30.pdf> (Citado en Diciembre 2009)

Este efecto señalado, es el que, según Ariamo Deho Eugenia, “... *el hecho de que dentro de la evolución histórica del juicio ejecutivo se haya permitido la incrustación dentro de su estructura procesal de un incidente de cognición limitado – la ahora llamada contradicción – no le priva de su naturaleza ejecutiva.*” otorgan singular carácter de incidental a la etapa cognoscitiva dentro del proceso de ejecución<sup>36</sup>.

#### **1.4.2.2. Extensión de la etapa de conocimiento en el juicio ejecutivo.-**

Recordemos que el conocimiento está compuesto por una serie de actividades intelectuales con el fin de poner al juez en situación de juzgar si la demanda es fundada o infundada y por lo tanto declarar existente o inexistente la voluntad concreta de la ley<sup>37</sup>, pero también debemos recordar que en el juicio ejecutivo la demanda se encuentra fundada en el título que se aparea para accionar su vía y que, por voluntad concreta de la ley, ésta goza de presunción vehemente de certeza de su existencia y que al no existir contradicción esta quedará fundada y adquirirá el imperium necesario para su inmediata ejecución. Con estos supuestos, más la inversión del contradictorio y la presencia del título la extensión de la etapa de conocimiento se ve alterada sustancialmente.

La extensión, como el alcance del conocimiento judicial, se ve limitada por la pretensión ejecutiva contradicha por las excepciones propuestas (la traba de la litis, en donde se debe resolver sobre todos los derechos controvertidos), esta contienda es la que enmarca el conocimiento judicial. Tenemos que diferenciar entre la contradicción propiamente dicha (a través de la presentación de excepciones) y la defensa supuesta legalmente (el silencio como negativa pura y simple). Como sabemos, y por evolución histórica, el silencio en el juicio ejecutivo equivale a la aceptación de la pretensión ejecutiva y por lo tanto no habría derechos controvertidos sobre los cuales resolver, eliminando el desarrollo de la etapa de conocimiento, pero la verdadera alteración ocurre cuando el demandado-deudor debe oponerse ante las presunciones que revisten al título y, mediante excepciones, contradecirlas para evitar su verificación.

Cabe aclarar que cuando hablamos de la oposición al título ejecutivo nos referimos exclusivamente a la oposición a la ejecución, la cual pertenece al proceso de cognición

---

<sup>36</sup> Ariamo Deho Eugenia, **El Proceso de Ejecución**, Lima, pág. 173

<sup>37</sup> Giuseppe Chiovenda, **Instituciones de Derecho Procesal Civil**, Tomo I, Madrid, pág. 181

incidental, y no a la oposición a los actos ejecutivos provisionales o definitivos que más bien se refieren a una oposición ejecutiva dentro del juicio ejecutivo; de la diversa función de las dos oposiciones deriva la necesidad de que el respectivo procedimiento se construya de diferente<sup>38</sup>.

Entonces la extensión de la etapa de conocimiento, hablando de la oposición a la ejecución, se ve limitada estrictamente por las excepciones que el demandado pueda proponer sobre el título ejecutivo, su procedencia y su poder de ejecución; es decir a su precepto, sustancialmente, y a su formalidad como documento, materialmente. También podrá oponer las excepciones dilatorias de las cuales se crea asistido, para suspender o retardar el trámite de esta vía.

Por consiguiente, en cuanto a las excepciones perentorias, el conocimiento judicial podrá surgir con una limitación legal cuantitativa y cualitativamente, y el juez tendrá la obligación de declarar la improcedencia de la contradicción si ésta se funda en supuestos distintos a los permitidos por la ley y la doctrina, que abundando en el tema y sobre lo cual volveremos en adelante, serán los estrictamente relacionados con el título ejecutivo sustancial y formalmente. Así el conocimiento judicial será limitado cualitativa y cuantitativamente producto de una traba de la litis limitada a cierta clase y número de excepciones dentro de las cuales el deudor-demandado podrá oponer su defensa, lo cual es sustancialmente diferente a lo que ocurre en el proceso de conocimiento y su libertad de defensa, restringiendo la extensión y alcance del conocimiento judicial.

Revisados estos puntos, podemos concluir sobre la naturaleza sui generis que adquiere la etapa de conocimiento en el juicio ejecutivo, así podemos decir que es de carácter especial, propio del juicio ejecutivo; es incidental dentro del procedimiento, debido a la inversión del contradictorio y a la iniciativa del deudor-demandado; es limitado y restringido, debido a la limitación cuantitativa y cualitativa en las excepciones. Esta etapa no se encuentra reglada como paso fundamental del proceso como para abrir fase probatoria en donde las partes a través de los medios probatorios aportarán razones de convicción sobre sus alegaciones al juez, ya que se puede suprimir completamente esta etapa cuando no existe contradicción o cuando las excepciones versan sobre pagos parciales; con lo cual también la etapa probatoria quedará suprimida del proceso bastando como prueba plena e incontrovertible

---

<sup>38</sup> Francesco Carnelutti, **Instituciones del Proceso Civil**, Tomo III, Buenos Aires, pág. 143

del derecho y la obligación el título ejecutivo que las contiene. Como vemos es diferente, en naturaleza, a la etapa de conocimiento que surge en un proceso cognoscitivo, lo cual reafirma la especificidad del juicio para la ejecución del título y lo somete a un conocimiento producto de la necesidad de oír al demandado y de contradecir las presunciones del título.

### **1.5. Características doctrinarias del juicio ejecutivo ecuatoriano.-**

En el Ecuador, como en todos los países de derecho, el proceso es una pieza importante de su estructura jurídica, que lucha por estar acorde a las necesidades de una sociedad cambiante que genera nuevas relaciones y situaciones que poseen un eminente interés legal. Es el caso del juicio ejecutivo ecuatoriano, el que ha ido adaptándose en su ritualidad, a lo largo de la historia para ajustarse a la naturaleza propia de un proceso de ejecución. Así encontramos que, posterior a la historia común de los juicios ejecutivos ya revisada en líneas superiores, el Ecuatoriano propiamente, encuentra sus orígenes en dos momentos históricos: El primero la Ley Toledana de 1480, mediante la cual los Reyes Católicos extienden a toda España un proceso surgido como privilegio; El segundo la Ley de 20 de Mayo de 1396, sin embargo se considera, también, que era conocido incluso anteriormente. Recordemos que los españoles en su venida a América trajeron consigo el derecho Castellano, que posteriormente, en la época de la colonia, junto con el Derecho Indiano, regían la vida jurídica del ex Reino de Quito, de la Gran Colombia y de los primeros años de vida Republicana del Ecuador, por lo que las normas antes mencionadas se insertaron en las leyes vigentes de la época<sup>39</sup>.

En las leyes ecuatorianas han regido, al juicio ejecutivo, principalmente dos normas adjetivas: el código de Enjuiciamiento Civil, elaborado por la Academia de Abogados de Quito, por encargo del ex presidente de la república Dr. Alfredo Baquerizo Moreno, en donde se promovían los juicios ejecutivos de mayor y de menor cuantía y; el Código de Procedimiento Civil del año de 1987, el cual no era una nueva elaboración, sino, únicamente, el plenario de la Comisión Legislativa, expidió la codificación en la cual las disposiciones anteriores no constantes, se consideraban derogadas y las nuevas incorporadas se entendían como ley aun que no hayan seguido el procedimiento para ser consideradas como tales. En este código, sancionado por el entonces presidente León

---

<sup>39</sup> Diego Borja Terán, **El Juicio Ejecutivo en el Ecuador**, Tesis Doctoral, Pontificia Universidad Católica Del Ecuador, Quito 1997, pág.21

Febres Cordero, se dividió al juicio ejecutivo en el propiamente dicho y en otro de ínfima cuantía (Artículo 490 del Código de Procedimiento Civil de 1987, “Si el juicio ejecutivo versare sobre una obligación que no exceda de dos mil sucres, se observará lo prescrito en los artículos anteriores,...” procedimiento que en la actualidad se regla en el artículo 480 del Código<sup>40</sup>. Sin embargo, el antecedente más remoto, data de 1841 cuando Vicente Rocafuerte siguiere al congreso ordinario que siga el ejemplo de Bolivia en este tema de donde se desprende el carácter de ejecución que, en lo posterior, ha de llevar éste procedimiento.

En la actualidad nacional el juicio ejecutivo, por lo menos doctrinariamente hablando, responde o debería responder a ciertas características propias de un proceso de ejecución, al cual pertenece por su naturaleza como lo hemos revisado, que son producto de su evolución histórica y adaptación a las necesidades sociales. Es de naturaleza ejecutiva, frente a los procesos de conocimiento y cautelares o preventivos; La especialidad del proceso, lo hace único para el trámite de la acción titulada, el cual se encuentra establecido en la ley: la celeridad en su trámite (proceso sumario o breve), de términos cortos, recursos limitados, en donde no cabe acumulación de autos, se acorta ciertos pasos en su ritualidad para llegar a la satisfacción del derecho y evita la creación de incidentes; procedimiento escrito, prevalece lo escrito sobre lo oral; se fundamenta en un título ejecutivo, que contiene una obligación ejecutiva; busca satisfacer la obligación y hacer efectivos los derechos vulnerados; las partes están en aparente situación de desigualdad, se parte del principio de culpabilidad del deudor y se busca proteger los intereses del acreedor.

Pero, y así lo consideramos para los fines del presente trabajo, actualmente la ritualidad que encontramos en el juicio ejecutivo ecuatoriano no satisface la necesidad ejecutiva del accionante que acude a esta vía por que ve un derecho vulnerado, que quiere satisfacerlo y asegurarlo, producto del incumplimiento de obligaciones de un deudor fallido, mediante la ejecución coercitiva o coactiva, basado en un título adquirido extrajudicial o preventivamente. Es decir, consideramos que la técnica jurídica del vigente código adjetivo nacional, en lo pertinente al juicio ejecutivo y su tramitación, en la práctica ha desnaturalizado este procedimiento de ejecución convirtiéndolo, en ciertos casos, en un proceso de conocimiento sumario con términos cortos e incidentes y recursos limitados; lo

---

<sup>40</sup> Diego Borja Terán, **El Juicio Ejecutivo en el Ecuador**, Tesis Doctoral, Pontificia Universidad Católica Del Ecuador, Quito 1997, pág.22

que despoja a este procedimiento de todos sus beneficios y trunca sus finalidades ejecutivas.

A continuación analizaremos desde un punto de vista doctrinario, qué en nuestro criterio sería lo ideal, al procedimiento del juicio ejecutivo contenido en la legislación procesal civil nacional, el actual Código de Procedimiento Civil vigente, en el título segundo, sección segunda, párrafos primero (desde el artículo 413 hasta el artículo 490)<sup>41</sup>, buscaremos sus aciertos y discordancias con lo antes revisado sobre proceso de ejecución y juicio ejecutivo.

### **1.5.1. La contradicción en el juicio ejecutivo.-**

En la actualidad nacional todo procedimiento es un medio para la realización de la justicia (Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador)<sup>42</sup>, y debe cumplir con las garantías procesales previstas con carácter constitucional (garantías del debido proceso) tal como lo prescribe la ley magna vigente en su artículo 76, y más específicamente en el número 7 ( el derecho de las personas a la defensa) letra c (garantía de ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de opciones), so pena de incurrir en vicios o nulidades procesales insubsanables, y el juicio ejecutivo no es la excepción, así que la necesidad de oír al demandado-ejecutado, mientras no exista el título definitivo para la ejecución, es imperiosa, y en su desarrollo dará vida a una etapa de conocimiento sui generis.

La contradicción, como derecho subjetivo procesal, podríamos decir que es el mismo derecho de acción en sentido negativo, es decir, otorgado al demandado, como aquel derecho que pertenece a todo sujeto, por el simple hecho de ser accionado o demandado, mediante el cual se defiende de las pretensiones. Este derecho es una emanación del derecho constitucional de la defensa que debe reinar en todo proceso legal, se fundamenta en un interés general, dado que no mira en específico la defensa del demandado, sino el interés público del respeto a los principios constitucionales de no poder ser juzgado sin antes ser oído, en el plano de igualdad de oportunidades y derechos. Para Devis Echandía, el derecho de contradicción es, como aquel derecho de obtener una decisión justa del litigio

---

<sup>41</sup> Corporación de Estudios y Publicaciones, **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador.

<sup>42</sup> Corporación de Estudios y Publicaciones, **Constitución de la República del Ecuador**, año 2008, Quito-Ecuador.

que se le plantea al demandado luego de tener la oportunidad de ser oído en igualdad de circunstancias, para defenderse, alegar, probar e interponer recursos que la ley consagre.

Son dos los aspectos que integran la contradicción, el derecho que tiene la parte demandada de oponerse a la realización judicial de un determinado acto y a ser oído en juicio sobre sus afirmaciones, y la posibilidad que tiene de controlar la regularidad y cumplimiento de los preceptos legales para equiparar el estatus de la partes durante el juicio y dejarlas en igualdad de condiciones.

El objeto del derecho de contradicción no es perseguir una tutela concreta mediante una sentencia favorable al demandado (lo cual si es objetivo de la excepción), sino la tutela abstracta por una sentencia justa y legal, cualquiera que sea, y la oportunidad de ser oído en el proceso para el ejercicio del derecho a la defensa en igualdad de condiciones, facultades y cargas. Busca evitar suspicacias sobre las proposiciones de las partes y, como dice Couture, lógicamente, nadie habrá de tener más interés que el demandado en oponerse y contradecir las proposiciones inexactas de su contraparte, por consiguiente, cabe admitir que las proposiciones no contradichas deben suponerse exactas, y el juez no deberá conocer sobre ellas para decidir o declarar.

Pero, como hemos revisado anteriormente, en el juicio ejecutivo este derecho tiene un trato especial, debido a que el demandado solo podrá contradecir a las presunciones que el título del accionante ostente, y parte de una situación de desventaja parcial ya que el juez presume como cierto lo dimanado de la literalidad de éste documento, colocando al demandado como deudor.

En el articulado del juicio ejecutivo nacional, encontramos plasmado el derecho a la defensa, en la oportunidad que otorga la norma al demandado-ejecutado, de contradecir al accionante a través de la propuesta de excepciones (Arts. 421 inciso primero y 429 c.p.c). Y podemos apreciar la inversión del contradictorio, expresado de forma legal, cuando se deja la iniciativa al demandado para proponer excepciones y el consecuente silencio positivo que resulta en una aceptación tácita de las pretensiones (Art. 430 c.p.c). Así la legislación nacional cumple con las garantías constitucionales del debido proceso, pero hay que recordar que inclusive estas garantías deben ser limitadas producto de la naturaleza jurídica a la que pertenece el juicio ejecutivo y el objetivo y finalidades que este persigue.

Entonces en el juicio ejecutivo debe existir la oportunidad para el demandado-ejecutado de ser oído mediante el ejercicio del derecho subjetivo de contradicción, plasmado en la facultad de presentar excepciones ante la administración de justicia. Características comunes a la gran mayoría de procedimientos, pero, debido a la naturaleza de este juicio y sus finalidades de procurar la satisfacción expedita de un derecho vulnerado insatisfecho, la defensa se verá limitada a la oposición de la cual el demandado se crea asistido para desestimar la presunción vehemente de certeza que acarrea al título.

#### **1.5.1.1 La restricción de la defensa.-**

Para no confundir la terminología que hemos venido usando, trataremos a la defensa en el sentido restringido (la emplearemos como sinónimo de oposición), más no como el derecho constitucional a la defensa, ya que este en ningún momento del procedimiento ejecutivo se ve restringido, sino como hemos señalado anteriormente, solo existe una inversión en el contradictorio y una limitación cualitativa y cuantitativa de la naturaleza de las excepciones que se pueden usar para ejercitarlo.

Como hemos visto anteriormente, al poner en práctica el derecho a la defensa por parte del deudor-demandado, es cuando en el procedimiento del juicio ejecutivo se entra en una etapa contenciosa de cognición<sup>43</sup>, la cual se verá enmarcada por la oposición que se pretenda hacer valer en contra de la pretensión ejecutiva del accionante, la cual debe versar sobre el precepto contenido en título ejecutivo aparejado a la demanda. Es conveniente recordar que aún cuando el solo título ejecutivo sea condición necesaria y suficiente a fin de que el acreedor obtenga la ejecución, es necesario confirmar judicialmente que la obligación sea ejecutiva y vigente, sin embargo, si la obligación se ha extinguido o ha sido impedida por un hecho posterior a la formación del título, a la ejecución le faltará el fundamento; no obstante ni la alegación ni la prueba de tal hecho basta para excluir la acción ejecutiva si la inexistencia o el impedimento de tal obligación no han sido verificados por el juez<sup>44</sup>. En otras palabras el deudor-demandado no puede oponer eficazmente la inexistencia del derecho a la ejecución por causa de tales hechos sino mediante el procedimiento de defensa a través de las excepciones que deberán ser conocidas por el juez.

---

<sup>43</sup> Francesco Carnelutti, **Instituciones Del Proceso Civil**, Buenos Aires, Tomo III, pág. 144

<sup>44</sup> Francesco Carnelutti, **Instituciones Del Proceso Civil**, Buenos Aires, Tomo III, pág. 145

Así la oposición (defensa) no es extraña en los juicios ejecutivos, pero resulta fuertemente comprimida, reducida y desplazada en su aplicación práctica<sup>45</sup>. Como la legitimación activa para solicitar la ejecución se desprende de la literalidad del título, la legitimación pasiva, para soportar los actos ejecutivos, también debe dimanar de la literalidad del título ejecutivo. Pero por ser de naturaleza ejecutiva el procedimiento del juicio ejecutivo, al sujeto pasivo no se le invita normalmente a comparecer y contradecir las pretensiones, sino que es *provocado ad opponendum*, es decir a defenderse si lo estima oportuno.

La oposición puede versar sobre el precepto es decir sustancialmente sobre lo contenido en el título, y puede versar sobre la formalidad del documento, es decir sobre su fondo y su forma. No debemos confundirnos con la oposición o defensa en sentido sustancial al referirnos a los dos tipos de oposición mencionados y la oposición a los actos ejecutivos propiamente dichos (embargo, remate, etc.), esta no es de la oposición y defensa que trataremos en este punto. La doctrina engloba a estos tipos de oposición dentro de la defensa que el deudor-demandado puede ejercer y así considera que preliminarmente se defenderá con el precepto (lo sustancialmente contenido en el título), y después con el inicio mismo de los actos ejecutivos por parte del órgano judicial. Con estos límites y aspectos podemos concluir que el contradictorio no está eliminado sino, en palabras de Redenti, reducido a una aplicación virtual que solo eventualmente puede pasar a ser efectiva y actual.

Podríamos hablar, tal como lo dice Redenti, de una inversión de la posición procesal respecto de la sustancial, puesto que el sujeto que es pasivamente legitimado desde el punto de vista de la acción ejecutiva en sentido sustancial, viene a ser en hipótesis procesalmente el actor de la oposición y defensa.

Con estas particularidades de la oposición (defensa) en el juicio ejecutivo hallamos una nota fundamental que caracteriza éste procedimiento como sumario, con la limitación en el objeto del pleito, sobre lo cual volveremos enseguida; limitación que se traduce, por un lado, en una expresa prohibición a las partes de llevar el debate a aquellos puntos que, aunque estrechamente relacionados, no son precisamente los temas propios del juicio

---

<sup>45</sup> Enrico Redenti, **Derecho Procesal Civil**, Tomo II, Buenos Aires, pág. 302

ejecutivo; y, por otro, en que al juez no le está permitido resolver más allá de aquellos mismos temas propios de la ejecución. Recordemos que este procedimiento no está establecido para decidir o dictar la existencia de una obligación, sino su exigibilidad, es decir, para determinar si el título que sirve de base a la pretensión posee la fuerza de título de ejecución. Por este motivo el accionante cuenta únicamente para alegar con el título que se presume cierto y, por consiguiente, el demandado únicamente podrá aducir las excepciones y defensas que ataquen al título y a su fuerza ejecutiva, las cuales debe ser señaladas taxativamente por la ley<sup>46</sup>.

Ahora bien, hemos aceptado que, por lógica jurídica, la defensa en éste procedimiento debe ser restringida y encaminada a atacar al título y su fuerza ejecutiva (sustancial y formalmente). El problema surge en cómo restringir la defensa sin perder una técnica o lógica jurídica que perjudique a alguna de las partes, de esta forma, si una legislación, ante títulos ejecutivos que, en teoría, ya deberían reconocer inobjetablemente el derecho del acreedor, permite al deudor alegar cualquier tipo de excepción, sin ninguna limitación cualitativa o cuantitativa, el juez tendrá que pronunciarse sobre la controversia que tales excepciones generan, particularmente cuando entre aquellas excepciones figura, o puede figurar, la de falta de derecho del acreedor, pues ese proceso (aun cuando se lo llame "juicio ejecutivo"), se convierte, entonces, en uno de conocimiento, porque el juez no puede dejar de analizar, y por ende conocer y pronunciarse sobre los hechos y los preceptos legales que giran en torno al desacuerdo de las partes<sup>47</sup>. Es decir si permite o conlleva el análisis de hechos y derechos del pretendiente sin límite alguno en cuanto al alcance de la controversia, es un proceso de condena, y por lo tanto de conocimiento; si en cambio limita la defensa del deudor especificando el número o naturaleza de las excepciones, concentrando éstas, básicamente, en el hecho de haberse extinguido la obligación o la calidad sustancial o formal del título, y permiten entrar directamente a una fase de embargo y pronto remate de bienes, se aproxima más a la idea de un proceso de ejecución.

Este aspecto, a lo largo de la evolución del juicio ejecutivo, ha sido el más complicado para la técnica jurídica, ya que debía buscar un punto de equilibrio entre las pretensiones del

---

<sup>46</sup> José Soberanes Fernández, **Historia del Juicio Ejecutivo Civil**, México DF, pág. 52

<sup>47</sup> Gonzalo Noboa, El Juicio Ejecutivo es un Proceso de Conocimiento, Revista Jurídica online, tomado de [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=427&Itemid=101](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=427&Itemid=101) (citado en Enero del 2010)

actor resguardadas en el título ejecutivo y el derecho a la defensa del deudor-demandado, como se entendía que no era un procedimiento plenario con una amplitud en el conocimiento de la causa, se pretendía en un principio proteger los intereses del ejecutado mediante la imposición de un juicio ordinario posterior<sup>48</sup>, debido a la limitación cualitativa y cuantitativa en las excepciones, para que éste pueda hacer valer el resto de excepciones en este procedimiento posterior. Años más adelante de esta incipiente solución al problema de la igualdad de las partes, se considera que no tenía razón de ser un proceso que después revirtiera en otro, pues era una duplicidad de actividades para un mismo fin, y la sentencia dada en el juicio ejecutivo no tenía autoridad de cosa juzgada material, lo que era un tanto inútil, de esta forma se quitó la limitación en los medios de defensa y se suprimió la posibilidad de ambas partes para iniciar un juicio ordinario posterior.

Evidentemente no era justo que el ejecutado contara con la más amplia gama de medios de defensa y el accionante se viera limitado, al escoger esta vía, para alegar únicamente en base a un documento, corriendo el riesgo de que por un mero requisito de forma pudiera ser derrotado, siendo así la derrota definitiva. Por este motivo se creó, como respuesta, una solución ambigua en la que el demandante tuviera la posibilidad de, en caso de desestimación de la pretensión, promover un juicio posterior<sup>49</sup>. Esta solución de la doctrina y los tratadistas a su vez acarrea un problema, ya que al ser el accionante el único que pueda promover un juicio posterior, traía una inconstitucionalidad al atentar en contra del principio de igualdad de los individuos.

Ahora es necesario saber cómo resolvieron este problema, anotando que ésta discusión entre igualdad, pretensión ejecutiva, restricción a la defensa, cosa juzgada material y juicio ordinario posterior en la actualidad sigue vigente; y que para fines del presente trabajo nos adheriremos a las tendencias que mejor representan la naturaleza del juicio ejecutivo anotada previamente. Así hemos encontrado, lo que para la doctrina son, dos elementos esenciales del juicio ejecutivo, el primero la celeridad del procedimiento; y el segundo el objeto del juicio, que no es litigar sobre todos los derechos que se disputen, sino aquellos que tengan a su favor una vehementísima presunción de verdad. Por lo tanto solo serán

---

<sup>48</sup> Al tratar del tema del juicio ordinario posterior en este punto, lo hacemos únicamente como un acercamiento, ya que esta relación entre defensa y cosa juzgada material, que origina la posibilidad del juicio posterior, se tratará más adelante en el presente trabajo.

<sup>49</sup> José Soberanes Fernández, **Historia del Juicio Ejecutivo Civil**, México DF, pág. 54

oponibles en el juicio ejecutivo civil aquellas excepciones taxativamente determinadas por la ley, que tiendan a combatir y destruir la fuerza ejecutiva del título, más no aquellas tendientes a destruir el derecho del accionante<sup>50</sup> directamente, ya que de tener la razón usando las excepciones facultadas llegarán al mismo fin.

Al adherirnos a esta postura, pues ineludiblemente debemos aceptar la mayor restricción posible en la cualidad y en la cantidad de excepciones que el demandado-ejecutado podrá proponer, y obviamente deberán ser las que ataquen y destruyan la vehementísima presunción de veracidad y ejecución que contiene el título. Así podríamos aceptar las enumeradas por Soberanes y Fernández, que ya de por sí son algo extensas, estas son: Falsedad de título ejecutivo; Prescripción; Fuerza o miedo; Falta de personalidad del ejecutante; Pago o compensación; Quita, espera y pacto o promesa de no pedir; Novación y transacción o compromiso<sup>51</sup>.

Como expresamos aún creemos que estas excepciones son bastante extensas, y es así que preferimos reducirlas a las actualmente aceptadas y vigentes en varios países de Sudamérica que se suscriben a: Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título; Nulidad formal o falsedad del título; Extinción total o parcial de la obligación exigida y Excepciones previas.<sup>52</sup>

Entonces concluimos que la contradicción en el procedimiento ejecutivo es necesaria e indispensable pero ésta está a cargo de la voluntad del deudor-demandado, y si decide ejercerla, por su naturaleza jurídica, será ineludiblemente restringida dentro de las excepciones citadas en líneas anteriores.

#### **1.5.1.2 La litis en el juicio ejecutivo.-**

Aceptada la existencia necesaria de la oposición-defensa y de ciertas excepciones con limitación cuantitativa y cualitativa, a favor del deudor-demandado en el juicio ejecutivo, entonces es conveniente entrar a conocer acerca de la conformación de la litis en este

---

<sup>50</sup> José Soberanes Fernández, **Historia del Juicio Ejecutivo Civil**, México DF, pág. 57

<sup>51</sup> José Soberanes Fernández, **Historia del Juicio Ejecutivo Civil**, México DF, pág. 48

<sup>52</sup> Projusticia, Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, **Proyecto de Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador 2007, Artículo 360, pág. 121

procedimiento, la cual, anticipándonos a las conclusiones de este punto, tiene un carácter especial.

La palabra “litis” proviene del latín *Lis*, y se refiere a pleito, contienda, diferencia o disputa, donde se litiga sobre un tema en específico, es decir la litis se compone, jurídicamente hablando, por las pretensiones de las partes que son contrarias entre sí; este tecnicismo latino se conserva puro en el español como litigio (disputa entre dos o más personas que se desarrolla en un juicio).

Debemos saber que la sustancia de la litis, en términos de Chiovenda, es la existencia de una “pretensión resistida”, lo que implica la presencia de un desacuerdo (discordia o disconformidad que se produce por una oposición o desavenencia de voluntades u opiniones entre el ejecutante y el ejecutado) respecto de los hechos o el derecho que se invocan (pretensión ejecutiva y excepciones), los que procesalmente permiten al juez resolverlo mediante un acto que, en sustancia, contiene una declaración. En esta declaración el juez debe decir si es procedente lo que pide el actor, en cuyo caso empieza por declarar que los hechos que este invocó son reales y han dado lugar a la satisfacción de una pretensión insatisfecha, sin que la oposición del demandado haya podido impedir o desvirtuar la conformación de esta obligación, o llegar a la conclusión de que no es necesario satisfacer ya la pretensión<sup>53</sup>.

Una vez revisado lo que la litis representa para la doctrina en el procedimiento, debemos conocer la función de la “traba de la litis”. En términos generales la litis se traba entre la pretensión y pretensiones del actor, en el ejercicio del derecho de acción y la excepción o excepciones del demandado en la contestación a la demanda, en el ejercicio de su derecho a la contradicción; es decir la litis, en el juicio ejecutivo como en todo procedimiento, se integra únicamente con el escrito de la demanda y la contestación (esto sin entrar a comentar sobre las posturas doctrinarias si los alegatos e incidentes forman parte de la traba de la litis). La función que la litis ó la traba de la litis aportan en el proceso es que delimitan el objeto sobre el cual se desarrolla la función jurisdiccional, en otras palabras, limita el conocimiento del juez para decidir entre las pretensiones contradichas por las

---

<sup>53</sup> Gonzalo Noboa, El Juicio Ejecutivo es un Proceso de Conocimiento, Revista Jurídica online, tomado de [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=427&Itemid=101](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=427&Itemid=101) (citado en Enero del 2010)

excepciones (lo dicho sin entrar en detalle sobre la función que posee en materia probatoria).

Esa controversia u objeto del proceso, es el contenido material sobre el cual versa la actividad de las partes y del juez, es decir, limita cualquier sentencia de fondo que resuelva la controversia planteada, ya que la resolución del conflicto debe sujetarse exclusivamente a lo planteado en la litis y no puede decidir sobre cuestiones distintas a ésta. Lo señalado en estas líneas, debemos tomarlo con pinzas, ya que, como hemos expresado a lo largo del presente trabajo, el objeto del juicio ejecutivo es la ejecución de un derecho contenido en un título a través de su verificación; y sabemos que tanto las pretensiones (ejecutar un derecho vulnerado) como las excepciones son limitadas a la fuerza ejecutiva del documento aparejado a la demanda.

Entonces la resolución y el conocimiento sobre la causa, y por lo tanto la litis del juicio ejecutivo, será únicamente sobre lo efectivamente planteado por las partes en los escritos que se han aludido. Así estos escritos deberán recaer exclusivamente sobre la fuerza de ejecución del título ejecutivo, que para el accionante bastará que contenga la forma y sustancia bajo la ley; y para el deudor-demandado las excepciones de las cuales se crea asistido, siempre y cuando se enmarquen en las mencionadas en el punto anterior del presente trabajo.

Podemos decir, pues, que al igual que la etapa de conocimiento (la cual se halla integrada por la litis y su traba como lo revisamos), la "litis", en el juicio ejecutivo, posee características propias. Así, es incidental o eventual dentro del procedimiento, debido a la inversión del contradictorio y a la iniciativa del deudor-demandado para ejercer la oposición, ya que de no haberla (por así decidirlo el deudor) o por no asumirla (producto del silencio positivo) no habrá contradicción a las pretensiones del actor y por consiguiente no existirá litis o discusión. Y, en caso de existir, será circunscrita y restringida, debido a la limitación cuantitativa y cualitativa en las excepciones. Como vemos no es un paso fundamental del proceso ejecutivo y de esta dependerá la fase probatoria, en donde las partes a través de los medios probatorios aportarán razones de convicción sobre sus alegaciones al juez, como puede no existir contradicción o cuando las excepciones versan sobre pagos

parciales, la litis quedará suprimida o reducida en el proceso bastando como prueba plena e incontrovertible del derecho y la obligación el título ejecutivo que las contiene.

### **1.5.1.3 El conocimiento judicial limitado.-**

Como es lógico, si la etapa de conocimiento, en el juicio ejecutivo, resulta restringida producto de una *litis minuta* generada por una reserva legal en la pretensión (al crear esta vía exclusivamente para títulos ejecutivos) y especialmente en las excepciones (destinada a destruir la fuerza ejecutiva del título); el conocimiento que el juez pueda y deba tener sobre el tema es también reducido. Y esto en el supuesto que exista contradicción, ya que de no existir, el conocimiento del juez será más limitado aún y su conducta más coercitiva. En este punto no nos interesa hablar sobre que debe conocer el juez ejecutivo, ni sobre su conducta frente a las partes y en el proceso (sobre lo cual volveremos más adelante), pero si queremos hacer notar la evolución y las razones que, posteriormente recogidas por la ley adjetiva, limitan el conocimiento del juez.

El juez en un procedimiento ejecutivo no podrá conocer sobre aquellos puntos que no integren la litis ejecutiva que por principio serán limitados, es decir, y como hemos manifestado anteriormente, ante este juez no se acude con la pretensión de que reconozca un derecho y es por esto que puede no existir controversia en el procedimiento y así, el juez, no conocería los hechos y alegaciones que sustentan a las partes; sino únicamente se dedicaría a verificar la vehementísima presunción de veracidad del título y a satisfacer el derecho vulnerado.

Entonces el limitar legalmente la acción cognoscitiva del juez, al crear una vía que solo de trámite a pretensiones ejecutivas y al prohibir y ordenar que se desechen las excepciones que no estén legalmente establecidas, evita que su conducta se torne meramente intelectual, lo cual es propio de los procesos de conocimiento, conservando la naturaleza ejecutiva de este procedimiento. Esto se debe hacer procurando que el proceso no se vicie a sí mismo por la omisión de derechos constitucionales (derecho a la defensa y a la igualdad) y al mismo tiempo debe evitar que el proceso se desvirtúe, al convertirlo en un mero trámite para declarar la existencia de una obligación incumplida y pierda su objetivo principal de vencer la resistencia del deudor fallido.

#### **1.5.1.4 La ejecución injusta y la incongruente.-**

El principal fundamento que motivó a la doctrina para crear la oposición del deudor-demandado a la ejecución, cuando esta versa sobre títulos preventivos o extrajudiciales (por ejemplo los comerciales) que no poseen una fuerza ejecutiva similar a los títulos de ejecución (títulos judiciales), fue justamente evitar las astucias particulares producto de la falibilidad de los hombres en su tendencia a la injusticia, a la irregularidad o a la incongruencia. En el tema que nos atañe, hablaremos sobre el peligro que corriese la sociedad si no se permitiere al deudor-demandado, en estos casos, el ejercicio de la defensa.

La ejecución puede ser justa o injusta y parcialmente justa o injusta, dependiendo si se deba o no proceder a esta según derecho, o debiéndose proceder el objeto de la misma debe ser menor. Así la injusticia se ve plasmada en el caso de que, aún mediando título ejecutivo, la ejecución se haga a favor de quien después se demuestre no haber tenido el derecho para proceder (sea por inobservancia, falsedad, malicia, dolo, etc.) Y más exactamente cuando falte acción ejecutiva del accionante y la responsabilidad del ejecutado, por ejemplo si falta el título ejecutivo mismo o porque de este no resulta una obligación exigible<sup>54</sup> (que en nuestro ordenamiento debe ser líquida, pura, determinada, clara y de plazo vencido). La injusticia de la ejecución comprende pues, además del caso de la ejecución sin título o contra éste, el de la ejecución fuera del título, en otras palabras, la ejecución por una obligación extinguida o impedida por hechos posteriores a su formación.

Entonces si se confía en un título de carácter preventivo o extrajudicial para otorgarle una fuerza ejecutiva directa, principalmente creado por particulares en sus giros privados, el procedimiento se fiaría de la buena fe procesal de cada litigante, lo cual sería una falacia y una falta de prudencia del Derecho, ya que, como se ha observado en numerosas ocasiones y aunque la buena fe se presuma, la tendencia humana de obrar no siempre es hacia lo correcto y, por consiguiente, habría una proliferación extrema de títulos adquiridos bajo la fuerza, dolo o falsedad que desvirtuarían completamente el fundamento y naturaleza del juicio ejecutivo realizando verdaderas ejecuciones injustas por falta de legítima acción

---

<sup>54</sup> Francesco Carnelutti, **Instituciones Del Proceso Civil**, Buenos Aires, Tomo III, pág. 141

ejecutiva y por falta de existencia del vinculo obligacional para el supuesto deudor ejecutado.

Pero, así mismo, la ejecución puede ser congruente o incongruente en la medida que se desarrolle con observancia o inobservancia de las reglas de la ley o de la experiencia. Dentro de ciertos límites y cuando la ley se remite a la prudencia y a la experiencia, el juez es libre en el cumplimiento de actos ejecutivos, y él es la garantía de que estos actos sean congruentes; pero como humano, el juez puede hacer un mal uso de su prudencia o experiencia y puede ocurrir la incongruencia de la ejecución. Pero si no posee esta libertad en el cumplimiento de los actos puede, sin embargo, que estos no sean cumplidos según las reglas establecidas por la ley, las que están instituidas para garantizar su justicia, de manera que el peligro todavía es más grave<sup>55</sup>.

Así la ejecución además de ser injusta (defecto atribuido a las partes) puede ser incongruente legalmente hablando (defecto atribuido al juzgador y órganos ejecutivos de apoyo), motivos por los cuales la ley debe ser clara y cuidadosa en la entrega de atribuciones a las partes y el grado de confianza y presunciones que coloca sobre ellas; y, al mismo tiempo, ser guía para los órganos de ejecución y del juzgador dejando suficiente libertad para el ejercicio de su experiencia, pero sin permitir su abuso.

#### **1.5.1.5 La amplitud para el ejercicio de la defensa en el juicio ejecutivo.-**

Hemos anticipado, cuando hablamos de la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo, sobre el problema que la amplitud en el ejercicio de la defensa (oposición mediante el derecho de contradicción) puede acarrear a éste procedimiento, desnaturalizándolo y modificando su objetivo y finalidades. Así si se permite o conlleva el análisis de hechos y derechos del pretendiente sin límite alguno en cuanto al alcance de la controversia, es un proceso de condena, y por lo tanto de conocimiento, que modificará el desempeño judicial; siendo claros y coherentes con los principios doctrinarios, mientras la labor del juez sea la de conocer los hechos y pronunciarse mediante un fallo, y no la de limitarse a desempeñar una actividad encaminada a desapropiar al deudor de bienes o conminar al deudor de hechos, a su entrega o cumplimiento, el juicio, en realidad, es de conocimiento.

---

<sup>55</sup> Francesco Carnelutti, **Instituciones Del Proceso Civil**, Buenos Aires, Tomo III, pág. 142

La restricción legal que opera en el juicio ejecutivo exige una relación técnica entre “presunción vehemente de certeza” y “defensa” (entre el poder ejecutivo del título y las excepciones), que depende en gran medida de los criterios y políticas legislativo-judiciales, que se adopten en concreto. Mayor presunción de certeza, menor posibilidad de defenderse; consecuentemente, menor conocimiento o conocimiento restringido y mayor ejecutividad en pos de la satisfacción inmediata del derecho cierto y vulnerado por un deudor fallido. Este razonamiento debe ser manejado con sutileza y lograr una perfecta empatía entre él y la posibilidad de violentar derechos constitucionales.

Con este panorama general, entraremos a revisar, como la técnica jurídica nacional maneja esta relación para preservar las finalidades, objetivo, naturaleza y derechos constitucionales en el proceso ejecutivo ecuatoriano. Así, encontramos consagrado el derecho constitucional a la defensa cuando la ley permite al deudor-demandado hacerse oír en juicio: “Si el juez considera ejecutivo el título así como la obligación correspondiente, ordenará que el deudor la cumpla o proponga excepciones en el término de tres días”<sup>56</sup>. Pues bien, la actual codificación vigente no distingue entre las excepciones permitidas y restringidas para el ejercicio de la oposición, señala que: “En el juicio ejecutivo, las excepciones, sean dilatorias o perentorias se propondrán conjuntamente y dentro del término de tres días...”<sup>57</sup>. Por esta razón el deudor-demandado puede proponer cualquier excepción de la que se crea asistido, inclusive de forma temeraria ya que muchas veces no pueden demostrar lo alegado en el término probatorio. Y, nuestro código, solo hace referencia a qué sucede si hay falta de prueba en el caso de excepción parcial o total de pago: “Igualmente causará ejecutoria la sentencia si, propuesta solamente la excepción de pago total o parcial, no se hubiere presentado prueba de tal excepción”<sup>58</sup>.

En dos únicos casos creemos que el código hace alguna somera restricción de las excepciones que puede proponer el ejecutado; el primero es cuando medie sentencia ejecutoriada, “...Si la demanda se hubiere aparejado con sentencia ejecutoriada, sólo se admitirán las excepciones nacidas después de la ejecutoria.”<sup>59</sup> y aún así, como podemos apreciar, no hace una restricción cualitativa o cuantitativa, sino únicamente es una

---

<sup>56</sup> Código de Procedimiento Civil, Quito-Ecuador. Artículo 421.

<sup>57</sup> Código de Procedimiento Civil, Quito-Ecuador. Artículo 429.

<sup>58</sup> Código de Procedimiento Civil, Quito-Ecuador. Artículo 431.

<sup>59</sup> Código de Procedimiento Civil, Quito-Ecuador. Artículo 429.

restricción temporal. Y podemos considerar como segundo caso, también, cuando prohíbe la excepción de obscuridad de la demanda, "... En ningún caso, se admitirá la excepción de oscuridad de la demanda."<sup>60</sup>, y, así mismo, es una excepción dilatoria que no afecta en el conocimiento judicial de fondo, por lo que no limita el mismo. Si de alguna manera la ley intentaría restringir o delimitar el ámbito de la defensa, en su articulación debería agregar, tal como lo han hecho muchos códigos latinoamericanos, una prohibición expresa al juez para conocer las excepciones que no sean permitidas, y la obligación de desecharlas de oficio. Indicador que no encontramos en ningún artículo comprendido dentro del juicio ejecutivo nacional.

Con respecto a las características anotadas de la defensa en el juicio ejecutivo para la doctrina, la única que encontramos en nuestro código procesal, es la que invierte la iniciativa del contradictorio, y la deja en voluntad del deudor-demandado, "Si el deudor no paga ni propone excepciones dentro del respectivo término, el juez, previa notificación, pronunciará sentencia, dentro del veinticuatro horas, mandando que el deudor cumpla inmediatamente la obligación. La sentencia causará ejecutoria."<sup>61</sup>

Sin la menor duda, en el Ecuador, dentro del juicio ejecutivo se pueden proponer todas las excepciones encaminadas a impugnar, el derecho del acreedor, y, por lo tanto, deben conocerse dentro del desarrollo de la litis los hechos que justifiquen ese derecho y su formación y también los hechos que lo impugnan, y, deberá darse un pronunciamiento declarativo<sup>62</sup>.

Producto de la falta de restricción cualitativa en las excepciones y por consiguiente en la defensa, puede un deudor demandado oponer como excepción, en el juicio ejecutivo, la falta de derecho del acreedor, que obviamente es legítima, y en base a la cual, el órgano judicial puede concluir declarando en segunda instancia, que, en efecto, el acreedor no tenía derecho. Y como se considera que ese fallo no admite casación, el caso habría concluido en segunda instancia perjudicándose al ejecutante acreedor que no puede obtener una revisión del fallo por parte de la Corte Nacional de Justicia a pesar de que bien

---

<sup>60</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 420.

<sup>61</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 430.

<sup>62</sup> Gonzalo Noboa, El Juicio Ejecutivo es un Proceso de Conocimiento, Revista Jurídica online, tomado de [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=427&Itemid=101](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=427&Itemid=101) (citado en Enero del 2010)

puede tratarse de un error en cuanto a la aplicación de normas sustantivas por parte de la Corte Superior. Es decir que como consecuencia de la excepción de falta de derecho que se opuso, y por la declaración del órgano judicial que la acepta como procedente, nunca más se podrá volver a tratar ese tema, pues la sentencia que se dictó en segunda instancia habrá pasado en autoridad de cosa juzgada producto de esta deficiencia jurídica que permite que la litis en el juicio ejecutivo nacional se trabará con todas las pretensiones y excepciones que se pretendan hacer valer, y como hemos visto, el juez deberá conocer todas las controversias surgidas entre éstas.

### **1.5.2. La conducta del juez ejecutivo.-**

Muchos tratadistas dividen los procesos, tomando en cuenta la labor que el juez debe desarrollar, así los dividen en procesos dispositivos, declarativos y de ejecución (aspecto sobre el cual hablamos al tratar la naturaleza jurídica del proceso, específicamente en la función del juez). Y habíamos dicho, también, que esta clasificación atiende al objetivo que la pretensión encierra, pues esta demanda del juez ciertas conductas cualitativamente hablando (sobre lo cual revisamos la pretensión ejecutiva).

Hemos visto también qué esperan las partes, tanto accionante como la ejecutada, del juez en el juicio ejecutivo y al considerarlo como una variante del proceso de ejecución, se espera obtener una actividad física, material por parte del organismo jurisdiccional porque en eso se distingue del proceso de cognición. El accionante y, más concretamente, la pretensión ejecutiva buscan del juez una conducta física, un obrar, que haga actuar y satisfaga el derecho contenido en el título, que por gozar de veheméntísima presunción de certeza y encontrarse insatisfecho, es susceptible de ejecución; que, a través de la coerción o de la coacción, adapte el comportamiento del deudor fallido, al cumplimiento de su obligación, buscan el poner las manos en los bienes y patrimonio del ejecutado con o sin su voluntad. Ya que, como dice Carnelutti, este proceso versa sobre pretensiones indiscutibles y de ninguna manera se esperará que el juez adopte una conducta meramente intelectual.

La actitud del juez, cuando se presenta una demanda ejecutiva, debe ser propia de este procedimiento y completamente diferente de la que tomaría en el resto de procedimientos. Así, la conducta del juez es la de proveer una tutela privilegiada (la tutela ejecutiva tiene una triple finalidad: busca proteger y asegurar los intereses, derechos y obligaciones del

ejecutante; otorgarle al ejecutado el ejercicio de sus garantías mínimas de defensa; y resolver de manera célere, económica, coercitiva y efectiva el caso.)<sup>63</sup>, debe presumir, de acuerdo con la ley, que el ejecutante tiene la razón, le asiste el derecho como acreedor de cobrar, de ordenar el pago de esa deuda. Que haga algo en concreto en contra del deudor para obtener de éste el cumplimiento de una obligación (contenida en el documento, que debe ser ejecutiva), pues ya no se discute si quien pide tiene o no el derecho a ello, sino que ese derecho radica en él, tal como se colige de la literalidad del título.

Jaime Guasp divide este tipo de pretensiones, hacia la conducta del juez, en las de dación (en la que el titular de un objeto busca que se le entregue éste, o en la que tiene derecho a percibir dinero); o de transformación (en la que se pide que se ejecute o se deje de hacer algo), dentro de las cuales caben la obligaciones de dar, hacer y no hacer que conforman la prestación que el deudor-demandado deberá cumplir. Entonces el accionante concurre ante el órgano judicial con la pretensión ejecutiva que goza de vehemente presunción de certeza y coloca al juez en una conducta de actuación para adaptar el comportamiento, del deudor-demandado, hacia el cumplimiento (el derecho vulnerado está contenido en el título, que se promueve a través de la acción ejecutiva y vive con la pretensión ejecutiva)<sup>64</sup>.

Por principio de los procesos de ejecución, y sin entrar a revisar la defensa en el proceso (objeto de estudio que fue analizado anteriormente), consideramos que, a priori, en el juicio ejecutivo, el juez debe creer que la pretensión ejecutiva no es discutida, presumirla como cierta, que no formará una controversia. Recordemos que para que haya controversia se requiere que la pretensión se discuta, y entonces el juez es el que decide quién tiene la razón pues reconoce o no, declara o no, el derecho que se ha invocado; y esta no es la conducta que esperamos del juzgador. Lo expuesto debido a que la voluntad de la ley, gracias a la incorporación del título ejecutivo para dar más certeza a ciertas obligaciones, resuelve que éstos incluyan ya la presunción de reconocimiento previo del derecho del actor; en donde el actor ya no tiene que buscar la declaratoria de su situación como tal, sino que busca la satisfacción de su derecho, y las actuaciones ejecutivas judiciales deben ir encaminadas a satisfacer esta pretensión. Por ende ya no se discutiría ni analizaría los

---

<sup>63</sup> Revista Internauta de Práctica Jurídica, **Aspectos generales al Proceso Ejecutivo**, Agosto 2006, Tomado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127526> (citado en Enero del 2010)

<sup>64</sup> Gonzalo Noboa, El Juicio Ejecutivo es un Proceso de Conocimiento, Revista Jurídica online, tomado de [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=427&Itemid=101](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=427&Itemid=101) (citado en Diciembre del 2009)

hechos y las normas que conforman el derecho de quien pretende; pero, podría discutirse, obviamente, la situación del crédito que se reclama, como sería, la solución previa de éste por cualquiera de las formas previstas por la ley. Si la pretensión es de esta naturaleza, la conducta judicial, ya no estarán precedidas del conocimiento de los hechos que conformaron esa situación del acreedor, y que lo puedan llevar, por ejemplo, a la declaración de un derecho, sino la de perurgir o exigir al deudor que adecue su comportamiento a ese título, es decir que cumpla con su obligación.

Pero no podemos olvidar que la actuación del juez (y por lo tanto su conducta) está sujeta a que exista o no una oposición. Y, como ya hemos revisado, la oposición es restringida, no existe oposición presunta ya que equivale a aceptación, y, por ende, el conocimiento también se restringe, entonces legalmente el procedimiento encamina el obrar judicial para adaptarlo a la complejidad de este juicio, y otorga ciertas actuaciones y auxiliares extras a los jueces, propias del procedimiento, que les ayudan en la adopción de una conducta de obrar física, como son los actos ejecutivos y sus auxiliares. Esto fundado en que el juicio debe ser rápido, favorable o preferente al acreedor, en el que el deudor es mirado con desconfianza y está en una situación de desventaja, se presume su obligación<sup>65</sup>.

Esta será el común de las conductas que adoptará un juez frente a una acción ejecutiva que se presente junto con un título ejecutivo, pero al momento de encontrarse con el segundo objetivo de la tutela ejecutiva (otorgarle al ejecutado el ejercicio de sus garantías mínimas de defensa y oposición), permitiéndole usar los medios aceptados por ley y en el caso de que el deudor-demandado los ejerza, su conducta cambiará y se tornará, momentáneamente, en una conducta intelectual, en donde el juez conocerá la traba de la litis y, de ser estas excepciones fundadas y válidas, su conducta, dentro del juicio ejecutivo, cambiará aún mas de la descrita anteriormente, y se tornará de física a intelectual durante la etapa de conocimiento y probatoria; y de considerar que prospere la oposición defensa, su conducta será completamente encaminada a un dictamen declarativo en donde se extinguirá la ejecución, y por lo tanto, todas las actividades, facultades y auxiliares extras que poseen los jueces en estos procedimientos quedarán inválidas y la conducta judicial será meramente de conocimiento. Cabe hacer notar que dentro del procedimiento ejecutivo, siempre y cuando las defensas prosperen y se confirmen a través de medios

---

<sup>65</sup> Raúl Espinosa Fuentes, **Manual de Procedimiento Civil**, Sexta edición, Santiago de Chile, pág. 109

probatorios idóneos que acarreen certezas al juez, la conducta judicial puede cambiar repentinamente dentro de su desenvolvimiento.

#### **1.5.2.1 ¿Qué debe conocer el juez ejecutivo?**

Con la finalidad de no desvirtuar la naturaleza y, por lo tanto, la conducta judicial física de actuación en el procedimiento ejecutivo, el juez, posee una limitación en su conocimiento, ya revisada anteriormente, producto de una restricción en la amplitud del ejercicio de la defensa y oposición. Pero al referirnos al conocimiento judicial, hemos hecho alusión al acervo de hechos y afirmaciones propuestas y contradichas por las partes, que conforman la traba de la litis y por lo tanto el ámbito dentro y sobre el cual conocerá y juzgará el juez; pero en esta ocasión ampliaremos los límites y utilizaremos el significado vulgar de conocimiento, e intentaremos topar todos los temas que el juez debe “conocer” dentro de un juicio ejecutivo, esto incluye la traba de la litis.

El juez debe averiguar, captar y tener información por medio del ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y circunstancias de todos los actos, escritos y documentos que las partes le aporten en el discurrir del proceso de ejecución, desde el inicio hasta el final del mismo; para poder adquirir un criterio sobre el tema que ante él se ventila.

Entonces lo primero que el juez debe conocer es el acto inicial del procedimiento, la demanda ejecutiva; siempre y cuando no hayan sido necesarios los actos preparatorios para la vía ejecutiva que ciertos títulos requieren (reconocimiento de firmas, diligencias de contestación, constitución en mora, etc), en cuyo caso y los que sean judiciales, esto será lo que primero conocerá el juez, inclusive antes del proceso de ejecución. Recordemos que a la demanda ejecutiva, le debe acompañar el título ejecutivo como documento habilitante, y los demás que la ley disponga dependiendo del caso; debe cumplir con todos los requisitos generales que señale la ley y el título debe contener una obligación ejecutiva. Entonces el juez debe examinar “conocer” la demanda y verificar que esté completa, que posea una pretensión ejecutiva y cumpla con todos los requisitos necesarios; del mismo modo deberá examinar al título ejecutivo, su apariencia, si la obligación contenida es líquida, determinada, pura, clara, de plazo vencida; si la acción ejecutiva no está prescrita, a ver si está asistido de todos los requisitos de fondo y de forma para merecer la tutela privilegiada que indica la vía ejecutiva; examinar acuciosamente el título ejecutivo y su

pretensión, porque el título ejecutivo es un título legal, es la ley la que en todas las legislaciones establece cuáles son títulos ejecutivos, cómo deben considerarse, como debe estar estructurado, y si el juez después de este examen reconoce en ese título uno ejecutivo, entonces, de acuerdo con la ley, presume que este ejecutante tiene la razón, le asiste el derecho, como acreedor de cobrar, de ordenar el pago de esa deuda; por esto es que en este procedimiento no se entra directamente a la ejecución; porque se da oportunidad al deudor-demandado a contradecir ese título, a examinarlo a proponer excepciones; entonces el juez debe conocer aquí la contestación a la demanda, ver que cumpla con los requisitos señalados por la ley, y debe examinar las excepciones propuestas por el deudor-demandado (recordemos que el silencio es tomado como aceptación de los fundamentos de hecho y de derecho y, por lo tanto, se sigue adelante con la ejecución).

Este conocimiento que realiza sobre las pretensiones (pretensión ejecutiva) y las excepciones (dilatatorias y las permitidas que ataquen la fuerza ejecutiva del título), son las que desembocan en la cognición del juicio ejecutivo, así el juez estudiará las excepciones, el plazo dentro del cual se propusieron y si se encuentran en las expresamente permitidas por la ley, las examinará y juzgará su procedencia, su oposición a las pretensiones; caso contrario si se propone cualquier excepción sin tomar en cuenta la limitación taxativa cualitativa de la ley, está en la obligación de oficio, de desecharlas y continuar con la ejecución. En el supuesto de que las excepciones sean las legalmente permitidas, esto no significará que sean aceptadas en cuanto a su fondo, sino únicamente que han sido propuestas dentro del plazo legal y que son las permitidas; en consecuencia estas deben ser tramitadas; aceptando, también si hubieren hechos controvertidos sustanciales y pertinentes, el término a prueba para que se las demuestre legalmente<sup>66</sup>. Entonces viene la fase cognoscitiva, el debate va a surgir frente a la oposición que deduzca el ejecutante, al título ejecutivo, es decir, a la demanda ejecutiva.

En esta fase cognoscitiva limitada, que durará hasta el dictamen judicial, lo que el juez debe y está obligado a conocer es lo efectivamente planteado por las partes, ya que por principio de congruencia entre proceso y resolución, el juez debe resolver sobre todos los puntos controvertidos que hayan sido materia del debate, es decir los fijados por las acciones deducidas y las excepciones opuestas en los escritos de demanda y contestación.

---

<sup>66</sup> Raúl Espinosa Fuentes, **Manual de Procedimiento Civil**, Sexta edición, Santiago de Chile, pág. 129.

También se debe tomar en cuenta todos los preceptos que se relacionan con el tema para determinar cómo se integra la litis, esto quiere decir, en nuestro ordenamiento jurídico, todo lo expuesto por las partes en la junta de conciliación del proceso. Esto es, el juez debe conocer sobre la pretensión que es la ejecución (en ciertos casos forzosa) de la obligación de dar, hacer o no hacer; y las defensas que versen sobre inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título; nulidad formal o falsedad de título; extinción total o parcial de la obligación exigida; excepciones previas; y las dilatorias de las que se crea asistido<sup>67</sup>.

Así mismo el juez, siguiendo en el discurrir del proceso, deberá conocer lo que las partes aludan en la junta de conciliación y lo sumará a la traba de la litis en caso de que exista controversia; posteriormente deberá conocer y aceptar o rechazar, dependiendo del caso, los medios probatorios con los que las partes pretendan demostrar legalmente sus afirmaciones. Esto será durante la etapa probatoria si se considera necesaria, aquí el juez debe adquirir certeza sobre las pruebas presentadas y valorará las que estén de acuerdo a la ley y a los principios probatorios. Ulteriormente deberá conocer las alegaciones que hagan cada una de las partes con respecto a lo tramitado en el procedimiento para terminar de formar su convicción y finalmente evaluando todos los elementos a él aportados producir su dictamen. Recordemos que para REDENTI, *"el "conocer" alude al examen que el juez debe llevar a cabo acerca de los problemas y de los datos que le sean propuestos o suministrados, o que él mismo pueda adquirir, a la determinación de las normas jurídicas aplicables, y a la construcción, en definitiva, de los silogismos que determinarán el tenor de su providencia"*.

Estos temas son los que básicamente y sin entrar en detalles de cada proceso ejecutivo, debe conocer el juez durante el trámite de primera instancia que realiza cuando acepta al accionante esta tutela jurisdiccional privilegiada. No hemos hecho apuntes sobre las medidas auxiliares que el juez posee y también debe conocer para ordenarlas o denegarlas, como el embargo preventivo, el secuestro, la prohibición de enajenar, la retención, etc. Sobre lo cual volveremos más adelante en el presente trabajo.

---

<sup>67</sup> Projusticia, Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, **Proyecto de Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador 2007, Artículo 360, pág. 121

### 1.5.2.2 El juez ejecutivo herramienta del derecho.-

Pues bien, visto ya el comportamiento que se espera del juez ejecutivo, y creada una imagen ideal de la conducta del juez, cuando en el procedimiento no existe contradicción o las excepciones son desechadas, podemos apreciar una nueva función judicial que, además de la revisada, otorga una calidad judicial más instrumental al servicio del accionante ejecutivo. Podemos decir que la ley transforma al juez ejecutivo en una herramienta jurídica para procurarse la satisfacción del derecho cierto y vulnerado, un arma que, investida de autoridad legítima, puede ser utilizada por el accionante en pos de adecuar la conducta del deudor al cumplimiento de su obligación insatisfecha. Herramienta coercitiva que puede hacer uso de la fuerza coactiva para lograr su cometido, que en última instancia, es poner la mano sobre el patrimonio del deudor fallido y ponerlo a disposición del acreedor cierto para el cumplimiento de su derecho vulnerado.

Pues podemos argumentar que la misma ley, en el caso de un proceso sin contradicción o controversia, limita la discrecionalidad judicial y lo encamina a ejercitar ciertos actos conducentes a satisfacer la pretensión ejecutiva, actos que son propios del juicio ejecutivo y del proceso de ejecución, los actos ejecutivos (como el embargo preventivo, el auto de solvendo, desear excepciones). Así encontramos que tanto el juez como los oficiales judiciales poseen atribuciones encomendadas en este campo tanto en el proceso de expropiación (embargo) como en el procedimiento para la entrega y libramiento, y también en el procedimiento para las obligaciones de hacer o no hacer<sup>68</sup>.

Por haber cambiado su conducta, que normalmente lleva en un proceso de conocimiento, el juez, en el juicio ejecutivo, se convierte en una herramienta que el derecho pone a disposición del acreedor ejecutivo, para que se procure la satisfacción de su derecho vulnerado de una forma justa, imparcial y legal. Además podrá contar con auxiliares ejecutivos como los alguaciles y depositarios, y también contará con el apoyo de la fuerza pública para la coacción en caso de falta de voluntad del deudor. Vemos claramente como el derecho coloca al juez en una conducta de actuación física al entregarle todas estas facultades ejecutivas y auxiliares a su disposición, y lo hace para que el derecho que se encuentra insatisfecho sea resarcido y su obligación cumplida, lo que en nuestro criterio la ley hace de manera indirecta, es colocar la herramienta para la ejecución en manos del

---

<sup>68</sup> Enrico Redenti, **Derecho Procesal Civil**, Tomo II, Buenos Aires, pág. 306

accionante ejecutivo, herramienta que cuenta con sana crítica, prudencia y experiencia para evitar las injusticias en la ejecución.

### **1.5.2.3 La conducta del juez ejecutivo ecuatoriano.-**

Sabemos ya cual debe ser la conducta de un juez ejecutivo, es decir, lo que el accionante ejecutivo busca de él al momento de comparecer con su demanda y sus pretensiones; y el comportamiento (herramienta) que la ley adjetiva en el procedimiento ejecutivo exige de él. Ahora bien, líneas atrás habíamos anotado las consecuencias que la amplitud en el ejercicio de la defensa acarrea en el juicio ejecutivo nacional, cuando en su articulado faculta la admisión de cualquier excepción: “En el juicio ejecutivo, las excepciones, sean dilatorias o perentorias se propondrán conjuntamente y dentro del término de tres días...”<sup>69</sup> y no ordena al juez que deseche las inadmisibles de oficio.

De esta forma, si una legislación, ante títulos ejecutivos que, en teoría, ya deberían transportar una vehemente presunción de certeza y demostrar la existencia del derecho del acreedor, permite al deudor alegar cualquier tipo de excepción, sin ninguna limitación cualitativa o cuantitativa, el juez tendrá que pronunciarse sobre la controversia que tales excepciones generan, y , por consiguiente la conducta que el juez adopta se convierte, pues, en una conducta meramente intelectual de conocimiento, porque el juez no puede dejar de analizar, y por ende conocer y pronunciarse sobre los hechos y los preceptos legales que giran en torno al desacuerdo de las partes. Entonces la actuación, la conducta del juez que simplemente debería obrar (como es la de servir de instrumento del Estado para decretar un embargo y actuar en un remate, sin que tenga que declarar el derecho del actor, valerse inclusive de la fuerza pública para sus fines y utilizar los actos ejecutivos que forman parte de sus atribuciones)<sup>70</sup>, cambia súbitamente y se comporta como un juez intelectual que deja de ser una herramienta del derecho para procurarse la satisfacción del derecho, y se convierte en un juez declarativo, concedor que no obra físicamente, sino que está expectante a las actuaciones y afirmaciones que las partes lleven hacia él para convencerlo de la realidad de los hechos, dejará de utilizar las atribuciones propias de esta

---

<sup>69</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 429.

<sup>70</sup> Gonzalo Noboa, El Juicio Ejecutivo es un Proceso de Conocimiento, Revista Jurídica online, tomado de [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=427&Itemid=101](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=427&Itemid=101) (citado en Enero del 2010)

vía que la ley le faculta y simplemente se limitará a decidir sobre una litis amplia, impropia de un proceso sumario ejecutivo.

Inclusive, la ley nacional, mengua ciertos actos ejecutivos indispensables para caracterizar la conducta del juez y ponerla potencialmente en actuación, así “Si el juez considera ejecutivo el título así como la obligación correspondiente, ordenará que el deudor la cumpla o proponga excepciones en el término de tres días”<sup>71</sup> lo que, lejos de ser intimatorio al pago como lo es el auto de solvendo en cualquier legislación latinoamericana, es más bien invitatorio a proponer cualquier excepción que crea pertinente, lo cual quita esa jerarquía ejecutiva del juez y cambia su conducta de entrada; conjuntamente la norma menciona la posibilidad judicial de colocar prohibiciones de venta, hipoteca, o cualquier otro gravamen que limiten el dominio o goce de los bienes que cautelarmente pueden alcanzar el valor económico de la obligación demandada<sup>72</sup>, y en ninguna línea de su articulado, señala la posibilidad de actuar realmente al decretar un embargo preventivo de los bienes, ni siquiera sobre los bienes que posean alguna garantía real como son los bienes prendados o hipotecados a favor del acreedor, aquí simplemente faculta al secuestro y retención<sup>73</sup> que no son más que medidas preventivas comunes; lo que modifica su conducta y le priva de actuar en pos de satisfacer el derecho vulnerado.

Evidentemente cuando el conocimiento judicial es amplio, producto de una falta de restricción en el ejercicio de la defensa del juicio ejecutivo, junto con una contracción en la cantidad y cualidad de las actividades ejecutivas que un juez puede ejercer; es inevitable que su conducta cambie, ya que estará exigido a conocer todos los asuntos en que las partes discrepen y no posee facultades destinadas a hacer efectivos los derechos vulnerados, mutando su comportamiento hacia uno más cauteloso, expectante de las partes y lo que estas acarreen al proceso, menos físico y más intelectual, menos protector del acreedor vulnerado y más benigno con el deudor; en conclusión el juez en nuestra legislación y producto de sus falencias se convierte en mas cognoscitivo y menos ejecutivo.

---

<sup>71</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 421.

<sup>72</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 421 segundo párrafo.

<sup>73</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 422.

### **1.5.3. La sentencia ejecutiva.-**

Algún acercamiento al tema hicimos al tratar la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo, y habíamos concluido que de diferente procedimiento diferente debía ser el dictamen que del juez dimanase, ahora nos compete saber qué tipo de pronunciamiento o de sentencia es la que esperamos, doctrinariamente hablando, de un procedimiento ejecutivo. La sentencia es un acto jurisdiccional que emana de un juez que pone fin al proceso o a una etapa del mismo, la cual tiene como objetivo declarar, modificar o extinguir una situación jurídica. Esta es regida por normas de derecho público, ya que es un acto emanado por una autoridad pública en nombre del Estado y que se impone a las partes litigantes; y por normas de derecho privado en cuanto constituye una decisión respecto de una controversia de carácter privado, cuyas consecuencias se producen con relación a las partes litigantes.

Entre la amplia clasificación de la sentencia hecha por los tratadistas, nos interesan tres tipos en este punto, que son las más referidas por la doctrina cuando hablan sobre la sentencia ejecutiva. Así, en breves palabras, la sentencia declarativa es la que comprueba la existencia de un derecho o de una situación jurídica (reconocimiento de escritura, declaración de hipoteca); la sentencia constitutiva es la que crea una situación jurídica ya sea modificando un estado de cosas ya sea sustituyéndolo por otro (sentencia de divorcio); y la sentencia condenatoria que es la que impone a la parte vencida en juicio el cumplimiento de una prestación ya sea positiva de hacer o de dar, ya sea negativa de no hacer (sentencia al deudor a pagar la deuda). Muchos tratadistas concuerdan en que el pronunciamiento judicial que se busca en un juicio ejecutivo, está enmarcado en estas tres clases de sentencias.

Pero como hemos acotado, es necesario saber qué clase de pronunciamiento (providencia judicial) busca cada accionante al acudir al órgano jurisdiccional y reclamar de éste una tutela privilegiada como es la ejecutiva, y esto dependerá de la función que el juez deba desempeñar dentro del procedimiento de acuerdo a su propia ley adjetiva; por ende cada procedimiento terminará en el pronunciamiento que sea lógico a sus reglas y acorde con sus finalidades y principios. Así Carnelutti al referirse a la oposición a la ejecución, señala que la cognición judicial, que se desarrolla en la fase de conocimiento del juicio ejecutivo, lo que busca es una sentencia declarativa, puesto que se dirige a la declaración de certeza positiva o negativa sobre la acción ejecutiva que el acreedor ha ejercitado o se propone ejercitar contra el deudor y sobre bienes determinados, también, hace notar que el juez

declara sobre la embargabilidad o inembargabilidad de los bienes positiva o negativamente<sup>74</sup>.

Si la declaración judicial en la ejecución es negativa, puede tener el carácter de constitutiva, ya que el juez está negando el derecho del accionante a la ejecución por virtud de un hecho extintivo o impeditivo de la obligación ocurrido con posterioridad a la formación del título; y si la declaración de certeza es positiva, tiene el carácter de mera declaración, según Carnelutti, es decir, que la acción de ejecutar corresponde al acreedor independientemente de la declaración misma y que por lo tanto se declara su derecho violentado.

Conjuntamente hay tratadistas que consideran que lo que jurídicamente se busca para finalizar un proceso exitoso de ejecución es una sentencia declarativa de condena, ya que creen que en esta providencia, y después del conocimiento judicial total sobre la traba de la litis, lo que el juez y la ley quieren es declarar como cierto y existente el derecho citado por el accionante, declarar que este ha sido previamente vulnerado por quien funge como demandado y condenarlo al cumplimiento de su obligación contraída con anterioridad. Esto es lo que opinan que persigue la pretensión ejecutiva, en cuanto a la naturaleza de la sentencia, la justifican diciendo que es el resultado de un procedimiento de conocimiento escueto y sumario, en el cual se busca que el juez declare la existencia del derecho alegado por el actor y condene al demandado a su inmediato cumplimiento; basados en la actividad intelectual que el juez debe realizar, después de conocer todos los puntos controvertidos. En esta línea se encuentran autores como Gómez Orbaneja que dice que en el juicio ejecutivo, se busca la creación de un verdadero título de ejecución que abra las puertas a una ejecución directa; Guasp al decir que, es la sentencia declarativa de condena quien dará al acto de voluntad (título ejecutivo), el mérito ejecutivo para proseguir con la ejecución; Prieto Castro considera que el título para la ejecución no es el título contractual o privado, sino la sentencia condenatoria de remate la cual determina el alcance de la ejecución y la que consiguientemente, actúa como título, es decir, que ha operado una novación de títulos o una aceptación del primitivo, privado o contractual, por una sentencia que subsigue a la cognición limitada del juez<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Francesco Carnelutti, **Instituciones Del Proceso Civil**, Buenos Aires, Tomo III, pág. 140

<sup>75</sup> Revista Internauta de Práctica Jurídica, **Aspectos generales al Proceso Ejecutivo**, Agosto 2006, Tomado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127526> (citado en Enero del 2010)

Sabemos ya del juicio ejecutivo que la defensa debe ser limitada a ciertas excepciones, que la traba de la litis es restringida, que el conocimiento judicial es limitado, que la conducta del juez debe ser de un obrar físico, que una de sus finalidades es satisfacer un derecho insatisfecho, Y habíamos dicho líneas atrás, que la providencia judicial que termine el procedimiento debe ser coherente con todo lo señalado del juicio ejecutivo; ahora es menester encontrar el tipo de dictamen o providencia judicial que se ajuste a todos los principios y finalidades revisados hasta ahora en el presente trabajo.

Habíamos topado el tema al buscar la naturaleza jurídica del proceso y dijimos que es indispensable que un procedimiento de este carácter termine con una sentencia judicial que sea propia. La sentencia viene a ser la conclusión a la que ha llegado el juez, después de analizar los puntos controvertidos, resuelve y pone fin al juicio. Consta de una parte expositiva, que es preliminar, conlleva todos los antecedentes, recuentos de las pretensiones y excepciones, y fundamentos de hecho y de derecho; una considerativa, que porta el razonamiento que hace el juez para emitir su fallo (actividad intelectual); y la parte resolutive, que fundada en las anteriores, soluciona el conflicto ya sea a favor o en contra del actor o del demandado<sup>76</sup>. La parte resolutive, en caso de que exista oposición y controversia, deberá pronunciarse sobre todas y cada una de las excepciones opuestas, que serán las que la ley permite taxativamente para este procedimiento y deben referirse exclusivamente a la fuerza ejecutiva del título (formal y sustancial) ya que sobre esto trata el procedimiento, por lo que esta resolución tendrá también sus límites legales y lógicos.

#### **1.5.3.1 ¿Qué debe resolver la sentencia ejecutiva?**

La sentencia ejecutiva, propia de un procedimiento ejecutivo, en la parte resolutive, basándose en su contenido expositivo y considerativo, deberá únicamente resolver sobre la traba de la litis ejecutiva, entre la pretensión ejecutiva y las excepciones taxativamente permitidas. Con lo manifestado, líneas arriba, referente a la limitación en la parte resolutive de la sentencia, de ninguna forma hacemos alusión o queremos decir que ésta no resuelva sobre el fondo del caso ( hablando de la etapa cognoscitiva), sino, al contrario, nos referimos a que debe resolver sustancialmente (la fuerza ejecutiva del título y su consiguiente ejecución) y formalmente (aspecto común en todos los procedimientos, excepto por la presencia del título); que por las características del juicio, la responsabilidad debe ser

---

<sup>76</sup> William López, **El Juicio Ejecutivo**, Quito, 2007, pág. 160

limitada ya que resulta descabellado pensar que, ante un título ejecutivo y sus atributos legales en caso de oposición y defensa, se permita tratar asuntos que per se no competen contra este documento (contra su necesidad, suficiencia, autonomía, independencia, literalidad, etc.), ya que así lo considera la ley.

Para fines del presente trabajo, y ahondando en lo dicho, consideramos, después de analizar su naturaleza y demás características, que el procedimiento ejecutivo tiende intrínsecamente a la ejecución directa del título, que por su origen extrajudicial o preventivo, en ciertas ocasiones (y de aquí la eventualidad del conocimiento en el procedimiento) será redargüido con excepciones que lo ataquen tanto formalmente como sustancialmente, lo cual se convertirá en el telos del procedimiento (en cuanto a su parte cognoscitiva), es decir, buscará que aquella vehementísima presunción de certeza y veracidad que reviste al título, sea verificada a través de su confirmación y adquiera, entonces, el *imperium* necesario para su ejecución directa; ó, caso contrario, esa presunción sea desvanecida y se desechen las pretensiones ejecutivas con las que el accionante compareció ante el juez. Al tomar en cuenta estos puntos, la sentencia, en caso de haber oposición, resolverá el fondo del asunto cognoscitivo que se ventila en un procedimiento ejecutivo, ya que como proceso especial para estos títulos, su función girará en torno a ellos y su fondo, sustancialmente hablando, será el verificar o no su fuerza ejecutiva y nada más que su fuerza ejecutiva (en donde, obviamente, se tomarán en cuenta los aspectos formales que dan valor al título, como los aspectos sustanciales que advierten la existencia de un derecho con su correlativa obligación ejecutiva insatisfecha).

Para otorgar fundamento doctrinario a lo antes dicho, evaluaremos el principio de congruencia que rige a toda sentencia, y por lo tanto, lo que debe resolver la sentencia ejecutiva. El principio dice: *“no debe valer el juicio que da el juzgador sobre cosa que no fue demandada ante él”* (recordemos que se demanda en el juicio ejecutivo, la ejecución y en caso de oposición se hablará sobre el título), las sentencias deben ser claras precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, en palabras de Guasp, la congruencia consiste en aquella exigencia que obliga a establecer una correlación total entre los dos grandes elementos definidores del esquema contencioso; la pretensión y la decisión (esto cuando hay contienda en el juicio). Se ha destacado que la congruencia se concreta en definitiva en una comparación entre dos

vértices; las pretensiones de las partes y la resolución del juzgador. Así Couture señala que la sentencia es la respuesta a la demanda y a las cuestiones introducidas al debate por el demandado (traba de la litis) que, comprende los siguientes aspectos: resolución de todas las pretensiones oportunamente deducidas; resolución nada más que de las pretensiones ejercitadas, prohibido resolver pretensiones no ejercitadas; aplicación de estas reglas a las cuestiones introducidas al debate por el demandado, es decir, resolución de todas las cuestiones planteadas por el mismo y nada más que ellas. Evidentemente existe una conexión entre la congruencia y el principio dispositivo, es decir, el señorío pleno de las partes sobre el proceso, dominio que se perdería si se permitiera al órgano jurisdiccional que sopesara hechos no alegados por los litigantes o concediere cosas no reclamadas<sup>77</sup>.

Entendemos que la incongruencia puede suscitarse en relación a ciertos elementos esenciales del proceso; las partes, la cosa reclamada y los hechos de la litis. En cuanto a la cosa reclamada puede ser por exceso (cuando se reclama la entrega de una cosa y la sentencia condena a la entrega de algo mayor); por defecto (cuando se reclaman dos o más cosas y la sentencia omite pronunciamiento sobre una de ellas); y en cuanto a la litis, la doctrina es coincidente en el sentido de que la sentencia en juicio civil debe limitarse al juzgamiento de las cuestiones que han sido objeto del litigio entre las partes y estas no pueden modificar la situación que emerge de la traba de la litis, que en el juicio ejecutivo será la fuerza ejecutiva del título o el cumplimiento total o parcial de la obligación.

En conclusión afirmamos que la decisión judicial debe atenerse a los términos de la litis, es decir, resolver exclusivamente sobre lo planteado por las partes, que para el procedimiento ejecutivo, su fondo, será la pretensión de ejecutar un derecho vulnerado contenido en un título y las excepciones que ataquen la fuerza ejecutiva del documento o el cumplimiento total o parcial de la obligación. Ya que los demás temas, en cuanto a los principios y atribuciones que revisten al título, quedan planteados en la teoría de los títulos valores, que en ningún momento podrán ser parte del juicio ejecutivo.

Entonces el fondo del procedimiento ejecutivo en caso de existencia de oposición, y por tanto la resolución que se busca en sentencia, para guardar congruencia con los objetivos y finalidades del proceso, será la verificación del *imperium* necesario para la ejecución directa

---

<sup>77</sup> Jorge Appes, **Principio de Congruencia**, tomado de [http://www.egacal.com/upload/AAV\\_JorgeAppes.pdf](http://www.egacal.com/upload/AAV_JorgeAppes.pdf) (Citado en Enero del 2010)

del título ejecutivo extrajudicial o preventivo y la obligación ejecutiva en cuanto a su cumplimiento total o parcial. Consideramos, en base a todo lo revisado, que no sería congruente al proceso, un pronunciamiento (sentencia) declarativo o un declarativo de condena, ya que no resolverían nada que no se encuentre establecido y dimanar de la literalidad del título o de la obligación ejecutiva, sino un pronunciamiento certificador del carácter del título, que bien puede ser un auto como el de solvendo (en caso de que no exista oposición o que se presuma su inexistencia) o una sentencia que adopte al título y lo revista de *imperium*, es decir no que declare o constituya, sino que únicamente reconozca y lo que se ejecute a continuación sea el título revestido de certeza y veracidad portador de una obligación ejecutiva insatisfecha. Caso contrario caeríamos, una vez más, en el inexacto supuesto de buscar un verdadero título de ejecución propio de un procedimiento inyuntivo o monitorio. Recordemos también que con esto, la sentencia resolverá el fondo (de la parte cognoscitiva en caso de haber oposición) de este procedimiento especial que versa exclusivamente sobre el título aparejado a la demanda ejecutiva y su obligación.

#### **1.5.3.2 El título ejecutivo y la sentencia ejecutiva.-**

Después de analizar la sentencia ejecutiva y lo que esta debe resolver en caso de oposición, o la función que esta desempeña en caso de no existir oposición, podemos observar una fuerte correlación entre título ejecutivo y sentencia ejecutiva. Nos compete, pues, encontrar el tipo de relación que existe entre estos documentos procesales, en el caso de que exista y, que no exista oposición a la ejecución.

Los autores que tocan el tema, muchos partidarios de la corriente que considera al juicio ejecutivo un proceso de conocimiento o mixto, y a la sentencia declarativa o declarativa de condena, señalan que, el juez en su sentencia nova el derecho de la parte, por lo que la ejecución se funda ya en los términos de la propia resolución judicial y no en el derecho alegado oportunamente, en palabras de Cámara, *“Al haber una sentencia en el juicio es evidente que la finalidad del juicio la integra su obtención y que solo después de emitida esa sentencia podrá hablarse de ejecución, la cual no será ya ejecución de la pretensión misma sino de la pretensión que se base como título en la sentencia condenatoria”*. La conclusión es que la ejecución propiamente dicha, en caso de resultar el proceso favorable a la pretensión, no viene de la mano del título, sino de la sentencia (declarativa de condena). Nada agrega someter la sentencia a un nuevo debate, cuando por sus

características ya debe habilitar directamente una ejecución, entonces, no puede equipararse el título ejecutivo. Es decir que para esta corriente el título no es el que se ejecuta sino que se nova, o es remplazado, por una providencia judicial revestida de la fuerza suficiente para la ejecución, entonces el título ejecutivo solo posee valor para comparecer ante el juez y solicitar la tramitación por esta vía, ya que de él nada se desprenderá en el proceso y únicamente servirá como medio de prueba documental de la posible existencia de un derecho vulnerado y su posible obligación insatisfecha.

En nuestro criterio el juicio ejecutivo está especialmente diseñado para que en él se tramiten los títulos ejecutivos, y es sobre estos que debe versar el procedimiento, ya que de aquí se desprenderá la vehemente presunción de la existencia de un derecho vulnerado y la correlativa obligación incumplida, es decir, en el consta la acción ejecutiva, las partes (su voluntad), la pretensión ejecutiva (ejecutar el título), el derecho insatisfecho, la obligación ejecutiva (pura, clara, líquida, determinada y de plazo vencido); en otras palabras todo lo que debe constar en una sentencia. Es el documento sobre el cual debe versar el procedimiento y no solo el que lo viabiliza (en caso de oposición); y en caso de no existir oposición, es el documento que se ejecutará ya que en él está contenido todo lo necesario para ello, tal cual una sentencia.

Así consideramos al igual que algunos tratadistas, como opina Gutiérrez de Caviedes, que “lo que se ejecuta es el título contractual que provocó el procedimiento ejecutivo, no la sentencia; esta tiene un mero carácter verificadorio e instrumental respecto al título”. Expondremos que la sentencia únicamente valida al título ejecutivo ya que su presunción de veracidad no pudo ser desvanecida por las excepciones o por la falta de estas, lo que coloca al título con la certeza del derecho contenido y la correlativa obligación pretendida para su inmediata ejecución.

Entonces la sentencia tiene una estrecha relación de tipo verificadorio (certificatorio) con respecto del título; tanto es así que cuando no medie oposición, el título pasará directamente a la ejecución y este puede estar verificado por un auto (el auto de solvendo) o por una sentencia que informe que la presunción de certeza ha sido verificada y que se proceda directamente a la ejecución, y cuando medie oposición que no logre desvanecer la presunción del título o que no demuestre haber cumplido total o parcialmente con la

obligación, la sentencia versará únicamente sobre el título y lo en él contenido, o lo de él desprendido, y quedará automáticamente revestido con *imperium* para su ejecución directa, así la sentencia será el sobre que transporte al título para su inmediata ejecución. En el caso de que la oposición, legalmente planteada, desvirtúe la presunción del título, será éste el que quede inválido, tanto para demostrar un derecho y su correlativa obligación, como para promover una ejecución directamente.

### 1.5.3.3 La sentencia ejecutiva en el Ecuador.-

El ordenamiento adjetivo civil nacional dice que, "Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio"<sup>78</sup> y señala también que "La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis..."<sup>79</sup>, y al no hacer ninguna referencia específica en la parte correspondiente al juicio ejecutivo, consideramos que el juez debe resolver en sentencia todos los puntos de la litis; que al no ser restringida la defensa y las excepciones tasadas, esta se convertirá en una sentencia declarativa de condena, propia de un procedimiento de conocimiento.

Si argumentáramos que no habiendo oposición el juicio es un proceso de ejecución, debemos comprender que no lo es, sino que luce como tal, pues de acuerdo con el artículo 430 del vigente Código de Procedimiento Civil, el Juez debe dictar sentencia, y la misma causa ejecutoria. Pero es esta sentencia, la que declara con lugar la demanda y que procede ante la falta de excepciones, la que abre la puerta a la fase de ejecución<sup>80</sup>, más no el título ejecutivo, del que la sentencia no hará más que somera referencia y se basará, para juzgar, en todos los hechos comprobados por las partes, tenga o no tenga que ver con el título y su obligación ejecutiva. Por lo tanto el título para la sentencia se convierte en una prueba documental de la posible existencia de un derecho vulnerado y de la posible obligación correlativa incumplida.

La única forma que un procedimiento termine es con la sentencia judicial, así lo hace notar el articulado en lo referente a este procedimiento (artículos 434, 432, 431, 430, 429 del Código de Procedimiento Civil) y en nuestro proceso de ejecución, se busca esta a toda

---

<sup>78</sup> Código de Procedimiento Civil, Quito-Ecuador. Artículo 269.

<sup>79</sup> Código de Procedimiento Civil, Quito-Ecuador. Artículo 273.

<sup>80</sup> Gonzalo Noboa, El Juicio Ejecutivo es un Proceso de Conocimiento, Revista Jurídica online, tomado de [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=427&Itemid=101](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=427&Itemid=101) (citado en Enero del 2010)

costa, para adquirir un verdadero título ejecutivo para pasar a la verdadera ejecución, cayendo en la mentada confusión entre juicio ejecutivo y procedimiento inyuntivo o monitorio. Esta sentencia que se obtiene es declarativa de condena, igual a la obtenida en un proceso de conocimiento, y así lo deja notar nuestra ley adjetiva al equipara su ejecución física con la de las demás sentencias cognoscitivas: “Los fallos expedidos en los juicios sumarios o en los ordinarios, que no se ejecuten en la forma especial señalada por la Ley, se llevarán a efecto del mismo modo que las sentencias dictadas en el juicio ejecutivo, siguiendo éste desde ese punto de partida”<sup>81</sup>, lo cual deja en claro lo que busca nuestro juicio ejecutivo, desvirtuando todos los atributos legales y doctrinarios del título ejecutivo contemplado en el artículo 413.

Entonces la sentencia nacional, es otro paso procesal que desnaturaliza al juicio ejecutivo, y lejos de ser una sentencia ejecutiva, que sea el sobre en el que se transporta al título para su ejecución, es la novación de éste y se ejecutará como cualquier sentencia cognoscitiva. La contradicción y la sentencia, la primera eventual y la segunda necesaria, son actos que no deberían formar parte de ningún proceso de ejecución y que por tradición del derecho común se han enquistado en el sistema ecuatoriano, dando lugar a que la pregunta si el proceso ejecutivo es realmente un proceso de ejecución siga rondando el pensamiento de los tratadistas y de quienes, esperanzados en satisfacer un derecho vulnerado, acuden ante él para ejecutar su título y esperan del juez no una sentencia, sino un acción física que adapte el comportamiento del deudor hacia el cumplimiento.

---

<sup>81</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 488.

## CAPÍTULO II

### 2. EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ECUATORIANO.

El juicio ejecutivo civil nacional posee un trámite bastante complejo y muy similar al ordinario contenido en el mismo Código de Procedimiento Civil. En nuestro trámite ejecutivo normalmente encontramos los siguientes pasos procesales: demanda, auto de pago, acta de secuestro (o medidas cautelares), citación, contestación a la demanda, junta de conciliación, término probatorio, alegatos y finalmente sentencia. La vía, en cuanto a ritualidad, es muy parecida a la encontrada en otros países latinoamericanos, lo que nos lleva a concluir que no es el conjunto de pasos a seguir lo que desnaturaliza al juicio ejecutivo, sino normas internas contenidas en el código que rigen el actuar de las partes dentro de cada paso procesal.

Hemos revisado ya la principal causa, a nuestro criterio, de la desnaturalización del proceso, y sus consecuencias jurídicas en la estructura procesal. Recordemos que dentro del derecho de contradicción, que por principio debe ser restringido, nuestra normativa permite un amplio ejercicio de la oposición y de la defensa, lo que, junto a otros factores, muta la conducta judicial y transforma el dictamen que finaliza el proceso en una sentencia declarativa de condena. Con lo que, en la práctica, se termina transitando por un proceso de conocimiento con términos reducidos e instancias y recursos limitados, que ningún bien hacen a las partes del proceso ni a nuestro sistema de administración de justicia.

Con un estudio un poco más profundizado encontramos que, si bien es cierto, estos son los principales puntos que desnaturalizan el proceso ejecutivo y truncan sus finalidades, no son los únicos, que acompañados de la innecesaria presencia de ciertas normas y la falta de otras, modifican aún más los principios, naturaleza, objetivo y finalidades del juicio ejecutivo. Enseguida revisaremos algunos puntos que, bajo nuestra consideración, no son propios, o están herrados en la normativa adjetiva civil nacional.

#### **2.1. Los títulos de ejecución y los títulos ejecutivos.-**

Aunque muchas veces, y no solamente en nuestro ordenamiento jurídico, se utilice a títulos de ejecución como sinónimo de títulos ejecutivos y viceversa, esto quiera decir que efectivamente para la doctrina sean sinónimos, muy por el contrario estos dos términos son

muy diferentes en cuanto a las consecuencias y a la calidad de documento que cada uno representa. Para efectos del juicio ejecutivo, este, como una variante del proceso de ejecución puro, fue evolucionado y desarrollado para amparar los derechos contenidos en documentos especiales creados preventivamente o de manera extrajudicial (entre particulares) fijados como política procesal que acompañe la complejidad del proceso económico, y la necesidad del tráfico comercial; mientras que el procedimiento de ejecución directa (vía de apremio, ejecución de garantías, ejecución de sentencia, etc.) fue desarrollado y evolucionado para otro tipo de documentos que, revestidos de *imperium*, hacen plena fehaciente de su creación y contenido.

Enunciada escuetamente la diferencia entre estos documentos legales, tenemos que para ambos la palabra título, tiene diferentes acepciones (formales y sustanciales), en sí es el fundamento de un derecho u obligación, o el documento que prueba una relación jurídica, o la demostración auténtica del derecho con que se posee, o el documento que acredita una deuda o un valor. También encontramos que ambos deben mantener ciertos requisitos, como la autenticidad del título, determinado por la ley o posteriormente por un acto preparatorio; debe contener la prueba de una obligación, que puede ser de dar, hacer o no hacer; debe ser un documento incondicional, es decir no puede estar sujeto a plazo o condición de ninguna índole; y debe cumplir con las formalidades que la ley exige para cada caso, sea ejecutivo o de ejecución, de lo contrario pierde su calidad de ejecución<sup>82</sup>.

Ahora nos referiremos específicamente al título ejecutivo, con la finalidad de hallar sus principales elementos y consecuencias legales, para poder diferenciarlo de uno de ejecución. En todo título ejecutivo hay un requisito sustancial y otro formal. El primero está constituido por la declaración sobre la existencia de la obligación; y el segundo, por el documento mismo que contiene la obligación. Sobre esto Prieto Castro dice que “el título ejecutivo es el documento en que se hace constar la obligación de la parte contra la cual se ha de dirigir la ejecución”. Esta parte tiene la condición de deudor o ejecutado; y, el promotor de la ejecución se llama acreedor o ejecutante, o ambas cosas a la vez, porque al llegarse a la ejecución, una parte tiene respecto de la otra recíprocamente, el derecho o la obligación de dar, de hacer o de no hacer una cosa.

---

<sup>82</sup> William López, **El Juicio Ejecutivo**, Quito, 2007, pág. 15

Estos títulos ejecutivos poseen atributos especiales que, propios de su esencia, la ley les ha otorgado. Así, hacen prueba por sí mismos, sin necesidad de completarlo con algún reconocimiento, cotejo o autenticación. En su literalidad consta la existencia, en contra de la persona que va a ser demandada, de una obligación (de dar, hacer o no hacer), patrimonial o no, exigible en el momento en que instaura la demanda. Tratándose del juicio ejecutivo, y como hemos visto ya, los títulos ejecutivos tienen valor de “sentencia provisional” (producto de su vehementísima presunción de certeza y veracidad), hacen mérito para abrir esta vía, por los atributos legales, presunción que posteriormente debe ser verificada (contradicción y conocimiento). Transporta consigo una obligación ejecutiva (clara, pura, determinada, líquida y de plazo vencido).

Son los principios jurídicos, fundamentales en estos documentos, los que generan una validez sustancial y formal; y como consecuencia de esto una fuerte, vehemente presunción de certeza y validez. Entre estos principios encontramos: la presunción de legitimidad, por ley el título se presumirá legítimo y ejecutable hasta que no se dictamine lo contrario, para lo cual se debe desvirtuar esta presunción en la forma legalmente establecida; la incorporación, el derecho que deriva del título se encuentra como adherido a él, sin el cual ese derecho no puede circular, se le ha llamado también compenetración o inmanencia; la literalidad, significa que los derechos y correlativas obligaciones deben constar por escrito en el documento o en hoja adherida a él, porque son los términos señalados en éste los que determinan el contenido y los efectos de tales derechos, así como la titularidad del tenedor legítimo y las prestaciones a cargo del obligado; la autonomía, determina que cada uno de los sucesivos titulares del documento resulta vinculado en forma originaria con el obligado y no como un sucesor de quienes lo antecedieron en la titularidad del instrumento, existe una relación real, objetiva, instrumentalizada, independiente de las relaciones extra documentales (causas que pudieran haber determinado la creación o transmisión del título hasta llegar al último tenedor) ; y la buena fe como condición de legitimación, implica que el titular del derecho documental puede no estar legitimado para el ejercicio del derecho si no es poseedor de buena fe<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> César Ramos Padilla, **Teoría General de Los Títulos Valores**, Tomado de <http://www.google.com/search?hl=es&q=principios+t%C3%ADtulos+valores&lr> , Primer hipervínculo, (Citado en Febrero del 2010). La cita la hemos realizado guardando las respectivas distancias entre lo considerado por la doctrina como título valor y como título ejecutivo, que obviamente comparten algunas características y atribuciones como las citadas pero que (título valor) depende de la acción cambiaria y no de la ejecutiva.

Entonces tenemos que el título ejecutivo es aquel documento que posee una vehementísima presunción de certeza y veracidad que da cuenta de un derecho indubitable, al cual la ley atribuye la suficiencia necesaria para exigir el cumplimiento forzoso de la obligación en él contenida, obtenido de forma extrajudicial o preventiva, documento necesario e indispensable para abrir la vía ejecutiva y realizar su verificación con su posterior ejecución. La ley confiere mérito ejecutivo a determinados títulos en atención al carácter de autenticidad que ellos revisten. Es justo saber que, consecuentemente, solo la ley podrá crear títulos ejecutivos y que los particulares no lo pueden hacer<sup>84</sup>.

Revisados estos elementos y características de los denominados títulos ejecutivos, pasemos, pues, a revisar lo propio de los títulos de ejecución. Se consideran títulos de ejecución a las resoluciones judiciales firmes, las actas de conciliación judicial o extrajudicial, las resoluciones administrativas y los laudos arbitrales firmes que resuelven conflictos jurídicos. En general son resoluciones finales emitidas por autoridad competente, a través de las cuales se ha solucionado un conflicto de intereses y permiten entrar directamente a la fase de ejecución<sup>85</sup>. Es decir que poseen el *imperium* necesario para su directa ejecución por ser obtenidos de manera judicial, y muchos a través de un procedimiento ante autoridad pública. Son documentos investidos de certeza y veracidad que, por ser obtenido de autoridad pública competente a través de un procedimiento, no necesitan de ningún tipo de verificación, por esto, en palabras de Cabanellas en su diccionario jurídico, el título de ejecución es “el que trae aparejada ejecución, o sea, aquel en virtud del cual cabe proceder sumariamente al embargo y venta de bienes del deudor moroso, a fin de satisfacer el capital principal debido más los intereses y costas” o a decir de Eduardo Pallares “es el documento que trae aparejada ejecución, o sea el que faculta al titular del mismo a obtener de los órganos jurisdiccionales los pronunciamientos de ejecución y hacer efectivo el derecho declarado en el documento”<sup>86</sup>.

Posee principios y atributos propios otorgados por la ley, a cada documento en específico que sea obtenido de manera judicial o mediante un procedimiento ante autoridad pública.

---

<sup>84</sup> Raúl Espinosa Fuentes, **Manual de Procedimiento Civil**, Sexta edición, Santiago de Chile, pág. 14

<sup>85</sup> Projusticia, Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, **Proyecto de Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador 2007, Artículo 354 número 1, pág. 119

<sup>86</sup> William López, **El Juicio Ejecutivo**, Quito, 2007, pág. 13

Por ejemplo los atributos propios de los fallos judiciales firmes, o los laudos arbitrales firmes, o las actas de transacciones legalmente celebradas, etc. que, dependiendo de la ley que los crea, recibirán sus particularidades, pero comparten una en común y es justamente el de poder proceder a fase de ejecución directa en caso de incumplimiento, por encontrarse revestidos de *imperium* necesario y suficiente para su cumplimiento forzoso por dimanar de autoridad competente que hace fe. Como observamos es un documento mucho más fuerte y directo que no necesita de verificación ya que se sabe a ciencia cierta que es auténtico y legítimo, por todas las solemnidades que tuvo que atravesar durante su proceso de formación.

Después de revisar someramente (ya que este no es el objetivo del presente trabajo) las características, atribuciones y consecuentes efectos que poseen tanto los títulos ejecutivos como los de ejecución, podemos asegurar que son los títulos de ejecución los que permiten entrar directamente a la fase de ejecución, mientras que los ejecutivos requieren de la tramitación del correspondiente proceso ejecutivo para que se inicie su fase de ejecución<sup>87</sup>, es decir que producto de las diferentes solemnidades que revisten a cada documento y por provenir de diferentes fuentes, que en un caso solo generan fuertes presunciones y, en el otro, certezas indubitables e indiscutibles; estos dos títulos pueden generar efectos diferentes por ser jurídicamente diferentes. En cuanto a su fuente (uno judicial u otorgado ante autoridad competente, y otro, surgido entre particulares o de manera preventiva), en cuanto a sus formalidades (más estrictas en el caso de los títulos de ejecución, muchos deben pasar por verdaderos procesos antes de ser emitidos), en cuanto a su validez en proceso (uno está revestido de certezas y legitimidad, y el otro de fuertes presunciones), en cuanto a sus efectos (uno permite entrar directamente a fase de ejecución, y el otro debe transcurrir un trámite ejecutivo para su validación y verificación) y en cuanto a la oposición que se admite ante ellos (falsedad de título).

### **2.1.1. La obligación ejecutiva y su oposición.-**

Una obligación es un vínculo jurídico por virtud del cual una persona llamada deudor, queda unida a otra llamada acreedor, para que de una prestación que puede ser dar algo, realizar una acción o mantener una abstención (dar, hacer o no hacer). En el juicio ejecutivo esta

---

<sup>87</sup> Projusticia, Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, **Proyecto de Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador 2007, Artículo 354 número 1, pág. 119

obligación debe reunir ciertos requisitos, justamente para evitar que exista debate o controversia entre las partes sobre la calidad o sobre la prestación debida. Para que pueda exigirse ejecutivamente el cumplimiento de una obligación, esta debe ser ejecutiva, característica otorgada por la doctrina a las obligaciones líquidas y exigibles, para evitar el dispendioso conocimiento sobre la existencia de sus elementos (sujetos, vínculo jurídico, objeto y causa), o sobre sus modalidades, las cuales deben derivarse de la obligación contenida en el título (de su literalidad), y justamente esto es lo que confirma su ejecutividad directa sin entrar a tratar sobre estos temas. Este es el valor sustancial que poseen los títulos envueltos en sus principios, de la literalidad del título se desprenderá los sujetos de la obligación, junto con el objeto que debe ser determinado o determinable (prestación), o de su autonomía se entenderá incluida la causa de la obligación, o de su incorporación contendrá al derecho que gesta a la obligación, y el vínculo jurídico que justifica la situación de sujeción o sometimiento creando la facultad de exigir al deudor el cumplimiento de la prestación; y así podríamos analizar cada elemento del título y conceptualizar que todos ellos coexisten en una perfecta simbiosis dentro del documento físico, y juntos hacen que este posea los méritos legalmente otorgados.

Esta obligación ejecutiva, de la cual se desprende todos sus elementos y prestaciones, debe reunir ciertas características. Así, debe ser pura, clara, líquida, determinada y de plazo vencido de ser el caso.

Una obligación es clara cuando sus elementos aparecen inequívocamente señalados, los sujetos, el vínculo jurídico, el objeto (prestación) y la causa; aunque es uno de los elementos de la obligación que puede omitirse según lo dicho (principio de autonomía del título). Entonces la obligación es clara cuando se determina un crédito, o el compromiso de pagar una suma determinada o entregar una especie o cuerpo cierto, es decir cuando se distingue la prestación de dar, hacer o no hacer algo, con claridad y precisión. La claridad también se refiere a los sujetos que deberán constar en el documento claramente identificados, tanto deudor como acreedor para verificar su legitimación activa y pasiva en la obligación<sup>88</sup>. Si no aparece con exactitud qué es lo que debe cumplirse (cosa o hecho debido; prestación), y la calidad de las personas (deudor y acreedor); la obligación no será clara y, por lo tanto, no será ejecutiva por ser ambigua, dudosa o inentendible, ya que sería

---

<sup>88</sup> William López, **El Juicio Ejecutivo**, Quito, 2007, pág. 20

necesario entrar a conocer estos aspectos, y en ciertos casos la causa, para poder proseguir con la ejecución. Siendo éste un procedimiento sumario y breve esto no tendría sustento legal o lógico entre las partes, por lo que un título sin esta característica pierde el mérito ejecutivo.

La obligación debe ser determinada o fácilmente determinable, para transmitir el conocimiento, a las partes, de la prestación precisa y cierta. Para lograr esto será necesario que la obligación sea expresa, que se encuentre debidamente especificada y patente, es decir que se halle por escrito, porque solo así las partes podrán saber qué es lo que se debe cumplir (y si este es un objeto lícito y posible para coaccionar su cumplimiento mediante juicio ejecutivo)<sup>89</sup>, así el juez podrá solicitar la satisfacción de la obligación precisamente de la prestación objeto de ésta y no deberá entrar a conocer o discutirse sobre la determinación de esta. El objeto debe aparecer claramente determinado en el título que se apareja para la ejecución.

La obligación debe ser pura, es decir que no esté sujeta a plazo, modo o condición de ninguna clase o naturaleza. Aquella obligación que no está sujeta a nada de lo antes mencionado, se considera como una obligación pura y simple, o si hubiese estado sujeta a plazo o condición suspensiva, es necesario se haya vencido ya dicho plazo o verificado esa condición. Así entenderemos por plazo al hecho futuro y cierto, es la época que se fija para el nacimiento o extinción de un derecho o de una obligación; el cual debe estar vencido para que la obligación sea exigible y por lo tanto ejecutiva. Entenderemos por modo a los requisitos que son indispensables para que pueda cumplirse la obligación, que le otorga ciertas características propias que la hacen exclusiva. Y entenderemos por condición al hecho futuro e incierto que puede o no verificarse, del cual dependerá el nacimiento o la extinción de un derecho o de una obligación. La condición sea positiva, negativa, potestativa, suspensiva o resolutoria debe estar verificada para ser exigible; si está fallida la obligación no es exigible y consecuentemente no será ejecutiva<sup>90</sup>. En otras palabras la obligación no deberá ser modal o condicionada para su cumplimiento, ya que se debería entrar a conocer estos hechos más su verificación para que estas se hagan exigibles, lo

---

<sup>89</sup> William López, **El Juicio Ejecutivo**, Quito, 2007, pág. 21

<sup>90</sup> William López, **El Juicio Ejecutivo**, Quito, 2007, pág. 23

cual no es parte de la tarea judicial dentro del juicio ejecutivo, como ya lo revisamos oportunamente.

Una característica que reviste algo de complejidad para hacer a la obligación ejecutiva, es la liquidez, y esto se debe a la calidad de prestación que se deba ejecutar, que puede ser dar, hacer o no hacer (pues en algunas esta calidad se verifica más fácilmente que en otras), ya que si consideramos que el juez no debe entrar a conocer o permitir el debate y controversia sobre la determinación del monto o cantidad objeto de la obligación (su liquidez), que debe ser parte integrante del título. Sabemos que una obligación, al menos dineraria, es líquida cuando la cantidad está fijada en el documento que acarrea la ejecución, y sabemos que es liquidable cuando conocemos los parámetros de operaciones aritméticas que nos permitan llegar con exactitud al valor adeudado, parámetros que deben estar contenidos en el mismo título. La complejidad mencionada surge cuando la prestación no consista en dar suma dineraria, sino en dar una cosa diferente y en hacer o no hacer; aquí debemos tener un concepto más profundo de liquidez, que no es relacionado con el aspecto económico sino con la cantidad y cualidad de la prestación debida (la cual está previamente determinada) con el fin de saber con precisión en qué medida o cuanto se debe (su monto).

En este aspecto la liquidez recae sobre la determinación de la cosa debida en lo referente a su cantidad y calidad, que conlleva el conocimiento del juez, a ciencia cierta, de lo que el deudor se obligó a dar, hacer o no hacer; de aquí que ciertos tratadistas consideran acertadamente, al igual que nosotros, que es un error de la legislación vigente exigir que la obligación a ejecutarse sea determinada (carácter ya explicado líneas atrás) y líquida, pues basta con exigir que sea líquida ya que este concepto contiene la idea de determinación de la cosa que se debe; así, si el juez considera que la obligación es líquida es porque la obligación es determinada en su objeto debido<sup>91</sup>. Puede ocurrir también que la obligación sea parte líquida y parte ilíquida, esto hace ejecutiva a la parte líquida de la obligación y la ilíquida deberá resolverse en trámite ordinario o verbal sumario (ambos de conocimiento), ya que esta no hace mérito ejecutivo, por no estar determinada en cuanto a su calidad, cantidad y cualidad.

---

<sup>91</sup> Revista Ruptura No. 49, año 2005, Quito-Ecuador, Artículo de Ernesto Guarderas Izquierdo, **Característica de Liquidez en las Obligaciones de Dar No Dinerarias y de Hacer**, pág. 181

Finalmente la obligación, en caso de contener plazo (hecho futuro y cierto) para el cumplimiento, éste debe estar vencido, es decir que se haya verificado o se haya cumplido la época que se fijó para el nacimiento o extinción del derecho; o para el cumplimiento voluntario. Caso contrario la obligación, temporalmente, es inexigible y por lo tanto no prestará mérito ejecutivo, recordemos que el plazo puede ser expreso, tácito, legal, judicial, convencional, testamentario, de gracia, fatal, suspensivo o extintivo; sea cual fuere debe estar verificado o cumplido para que se pueda demandar<sup>92</sup>. Este punto tiene mucho que ver con la pureza de la obligación.

Estas cinco características son las que, en conjunto, otorgan a la obligación el atributo de ejecutiva, es decir que todos sus elementos están claramente expresados y determinados en la literalidad del título (prestación, cantidad, monto, calidad, sin modos, sin plazos, sin condiciones, etc.) y, consecuentemente este no será un tema de discusión en el proceso ejecutivo.

A nuestro modo de ver, este examen, por lo menos en la parte formal y sustancial del título (en donde se encuentra la obligación ejecutiva), debe realizarlo el juez antes de aceptar la vía a trámite, por lo menos someramente y constatar que la obligación y el título prestan aparente mérito ejecutivo. La obligación en cuanto a sus elementos y prestaciones no debe ser objeto de conocimiento judicial en juicio ejecutivo, sino únicamente se debe conocer si ésta cumple con los requisitos ejecutables para su tramitación por esta vía, ya que entrar a conocer controversias sobre lo que se debe, su calidad, su cantidad, sus modos y condiciones, será materia de un trámite ordinario de conocimiento.

Entonces la oposición del demandado, a nuestro entender y siempre que esté fundada, si podría recaer sobre la falta o el defecto de alguna de las características de ejecución de la obligación, ya que de no tratarse este punto, o de no ser ejecutable la obligación, al momento de ejecutar el juez no sabría qué es lo debido o, dependiendo de la característica que falte, su monto, sus condiciones o modos, etc. Lo que tornaría al trámite infructuoso y estéril para las pretensiones del actor. Es por esto que la obligación debe ser ejecutiva y

---

<sup>92</sup> William López, **El Juicio Ejecutivo**, Quito, 2007, pág. 27

sobre estos elementos se debe permitir la oposición, tal como, lo faculta nuestro código procesal civil cuando dice, al hablar de las solemnidades sustanciales del juicio ejecutivo, que “El hecho de no ser ejecutiva la obligación será materia de excepción y, consecuentemente, resuelta en la sentencia”<sup>93</sup>. Y como sabemos si la sentencia no valida el título por cualquier deficiencia, que puede ser la falta de una obligación ejecutiva, éste no tendrá el *imperium* suficiente para su ejecución y el procedimiento terminará aquí.

### **2.1.2. La presunción de certeza y veracidad.-**

El título ejecutivo, a diferencia del título de ejecución, se encuentra revestido de una vehemente presunción de certeza y veracidad que debe ser verificada y ejecutada, a través del juicio de ejecución (exactamente en su limitada etapa de conocimiento, y si no existe oposición o esta no prospera la verificación será realizada e inmediatamente ejecutado).

Como ya revisamos esta presunción es producto de la legalidad que el documento tiene que pasar en su proceso de formación (tanto formal como sustancial), la cual está establecida en cada ley que lo acredita como tal. En sí es el documento que confirma y hace fe de la efectiva realización previa de un acto, hecho o negocio jurídico (particular, administrativo o judicial) que ha gestado un derecho, para una parte, y su correlativa obligación, para otra; contiene todo lo referente a este suceso legal. Y de esto es lo que hará fe ante autoridad competente en caso de que su cumplimiento no se dé en forma voluntaria y el acreedor tenga que basarse en aquel documento para exigir. Es una constatación fehaciente de una obligación exigible, es elemento representativo, probatorio necesario y suficiente; no podrá promoverse una acción ejecutiva sin un título que la habilite, de allí el aforismo “*nulla executio sine titulo*”, su sola presencia para verificación permite el acceso a un régimen que está caracterizado por la exorbitancia, respecto de los principios ordinarios del procedimiento, que habilita una conducta judicial limitada, y deriva el debate de los derechos a otro proceso. En palabras de Quevedo Mendoza, “*El título ejecutivo es, entre nosotros, la condición que la ley impone para que el titular de un crédito pueda recurrir a la vía específica que aquella predispone...*”, partiendo de los conceptos de ejecutividad y fehaciencia. Esta última es una categoría racional, es lo que hace fe, lo fidedigno, y se refiere a la certeza respecto de una de las premisas del razonamiento

---

<sup>93</sup> Código de Procedimiento Civil, Quito-Ecuador. Artículo 347. Párrafo final.

judicial, que por ley le viene anticipado como cierto, pero sujeto a su comprobación y a la oposición de la parte contra quien se lo intenta hacer valer. Por consiguiente la determinación legal del título como ejecutivo dará autorización para transitar esa vía procesal, aunque no hubiera fehaciencia, la cual depende de la verificación judicial, producto de la falta de oposición o que la misma no prosperó, para poder concretar la ejecución. Así la presunción es legal pero admite prueba en contrario, pero únicamente aquella que se relacione con su fuerza ejecutiva o sus características de fondo y de forma, tal como lo habíamos revisado anteriormente.

### **2.1.3. Los títulos ejecutivos en la legislación nacional.-**

En el Ecuador los títulos ejecutivos están descritos en la legislación adjetiva civil: “Son títulos ejecutivos: la confesión de parte, hecha con juramento ante juez competente; la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; la copia y la compulsas auténticas de las escrituras públicas; los documentos privados reconocidos ante juez o notario público; las letras de cambio; los pagares a la orden; los testamentos, las actas judiciales de remate o las copias de los autos de adjudicación debidamente protocolizados, según el caso; las actas de transacción u otras que contengan obligaciones de dar o hacer alguna cosa; y los demás instrumentos a los que las leyes especiales dan el carácter de títulos ejecutivos”<sup>94</sup>.

Como vemos la norma deja abierta la posibilidad que más leyes creen títulos ejecutivos, ya que en forma explicativa enumera varios títulos y finaliza diciendo “los instrumentos que las leyes especiales les den tal calidad”, notamos que son leyes especiales, dentro del rango de gradación o de fundamentación y derivación (pirámide jurídica de Kelsen), así revisaremos escuetamente (por no ser tema central de este trabajo) las leyes que crean títulos para tramitarlos por vía ejecutiva<sup>95</sup>. La ley de compañías, dice que el accionista que no cumpla con la cancelación total de sus aportaciones puede ser perseguido ejecutivamente contra sus bienes (Artículo 218 y 219). Ley de Propiedad Horizontal, concede mérito ejecutivo a la copia del acta de la asamblea; y señala que cada propietario debe reparar los bienes comunes, dicha cuota será exigible ejecutivamente (Artículos 13 y 15 numerales 1 y 2). La Ley de Contratación Pública (la anterior a la vigente actualmente), apunta que quien hubiera pagado una de las garantías, podrá ejercer el derecho de repetición en contra del garantizado, mediante juicio ejecutivo (Artículo 105). La Ley de

---

<sup>94</sup> Código de Procedimiento Civil, Quito-Ecuador. Artículo 413.

<sup>95</sup> William López, *El Juicio Ejecutivo*, Quito, 2007, pág. 17-18.

Cheques, expresa que el cheque protestado por insuficiencia de fondos dentro del plazo de presentación, constituye título ejecutivo; y que el comprobante otorgado por el girador en caso de pago parcial constituye título ejecutivo (Artículos 57 y 29 inciso 3). La Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, dice que la sentencia judicial condenando al agresor a reponer los bienes, presta mérito ejecutivo (Artículo 22). La ley de Seguro Social Obligatorio, apunta que las obligaciones contraídas a favor del IESS, constituyen títulos ejecutivos (Artículo 221). La ley de Concurso Preventivo, señala que si uno o más acreedores no cumplieren el concordato la compañía puede demandar ejecutivamente el cumplimiento (Artículo 42). La Ley de Aduanas, los documentos públicos o privados otorgados como garantías aduaneras, prestan mérito ejecutivo (Artículo 75). La Ley de Cámara de Comercio, dice que el pago de las cuotas no satisfechas por los afiliados, podrán ser demandados ejecutivamente (Artículo 12). La Ley General de Seguros, apunta que los seguros de vida dotales y los valores de rescate de los seguros de vida, constituyen títulos ejecutivos (Artículo 9). La Ley que Regula la Emisión de Cédulas Hipotecarias, expresa que éstas constituyen títulos ejecutivos (Artículo 1). La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, expresa que los sobregiros contratados dentro de las operaciones de crédito en cuenta corriente, constituyen título ejecutivo (Artículo 52).

Ahora bien, poseemos muchos documentos que prestan mérito ejecutivo, el problema en nuestra legislación es que no se hace un distinguo entre todos los documentos mencionados como títulos ejecutivos, y los que ya revisamos son verdaderos títulos de ejecución que permiten ingresar directamente a la fase de ejecución. Nada agrega someter la sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada o emitida en base a la Ley de Defensa de la Mujer y de la Familia a un nuevo debate, cuando por sus características ya debe habilitar directamente una ejecución. Entonces, el problema ecuatoriano surge cuando se equipara al título ejecutivo con el título de ejecución, ya que con el ánimo de fijar una política legislativa en el orden procesal que acompañe la complejidad del proceso económico, y la necesidad del tráfico comercial, se han definido como ejecutivos una serie de documentos y situaciones que adolecen de fehaciencia, y que por eso deben transitar por el juicio ejecutivo para convertir esa presunción de certeza y veracidad en una fehaciente verdad del derecho y la obligación contenidas en él; pero al comparar a los fallos judiciales, los

laudos arbitrales, las actas transaccionales legalmente celebradas, entre otros<sup>96</sup>; con documentos extrajudiciales o preventivos, quitan toda virtud a estos títulos revestidos de *imperium*; sin pensar en las características y distinciones que éstos contienen, se ha llegado al ilógico de la analogía, y la consiguiente confusión procesal que implica tratar como igual a lo que esencialmente es diferente.

Podetti se presenta como un gran crítico respecto a la equiparación entre el título judicial y el extrajudicial y señala que: *“la proximidad procedimental de ambas instituciones se reduce, precisamente, a lo que en ambas es propiamente ejecución o sea la última parte de la etapa del juicio ejecutivo”*. El autor ha expuesto con claridad que en el título extrajudicial no ha habido un proceso de conocimiento que preceda a la ejecución o la intervención de un magistrado con competencia para dirimir los conflictos de intereses y definir el derecho de las partes, como lo hubo en la conformación del título ejecutorio. Por esto sabemos que los títulos extrajudiciales deben ser verificados, este tipo de control, al haberse creado el título por convención de las partes o en forma unilateral por habilitación de la ley, es el que plantea el juicio ejecutivo. Consiguientemente el título de ejecución pasa directamente a la ejecución que habilita la satisfacción inmediata del derecho, con posibilidades acotadas de defensa en las que no podrá discutirse lo ya resuelto en la resolución; mientras que en el título ejecutivo, se abre un proceso breve de conocimiento limitado (en caso de existir oposición) sobre los fundamentos ejecutivos que revisten al título y excepciones previas, falta aún verificación jurisdiccional que permita la ejecución propiamente dicha.

Actualmente, por este error, se genera un gasto de tiempo y se pierden los atributos del título de ejecución como permitir su paso directo a la ejecución por no diferenciarlos. La única distinción que realiza nuestro código adjetivo civil dice que *“No es necesario iniciar juicio ejecutivo para llevar a ejecución la sentencia recaída en juicio ordinario”*<sup>97</sup>, si bien es cierto nombra uno de los títulos de ejecución, pero nada dice respecto al resto, lo que puede generar que por más que el accionante intente dirigirse directamente a la ejecución, la ley, a través del juez, niegue esta posibilidad lógica, y tenga que ver insatisfechos sus derechos hasta que estos vuelvan a validarse en juicio ejecutivo.

---

<sup>96</sup> Projusticia, Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, **Proyecto de Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador 2007, Artículo 354 número 3, pág. 119 (títulos de ejecución)

<sup>97</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 490.

### 3.2. El auto de pago, reconocimiento anticipado.-

Otro de los puntos que consideramos están errados en la legislación nacional, es el primer acto ejecutivo del cual está facultado el juez para ejercitar la fuerza ejecutiva, y mediante éste, compeler al deudor-demandado al cumplimiento inmediato de su obligación insatisfecha. El auto de pago, doctrinariamente conocido como solvendo, es el auto en que despacha la ejecución, es la primera providencia que se dicta en el juicio ejecutivo. Este nombre es utilizado únicamente en el juicio ejecutivo, ya que en los demás procedimientos recibe el nombre de auto de calificación a la demanda<sup>98</sup>, según la legislación nacional, “auto es la decisión del juez sobre algún incidente del juicio”<sup>99</sup>, entonces podemos decir que el auto de pago es el acto por el cual el juez dispone que el demandado cumpla con la obligación exigida por el actor o en su defecto, proponga excepciones permitidas legalmente dentro del término prescrito; en el también constará la decisión judicial sobre las medidas cautelares solicitadas por el demandante.

En palabras de Velasco Célleri, “El auto de pago no es un mandamiento de ejecución, sino una orden para que el demandado cumpla con la obligación o proponga excepciones dentro del término de tres días, por consiguiente, no causa ejecutoria por que bien puede ser confirmado o desvirtuado después de la terminación de la causa en primera y segunda instancia, de acuerdo con las circunstancias que rodeen el proceso; y el mismo juez que dictó el auto de pago, sin violar la ley puede dejarlo sin efecto hayan o no excepciones del ejecutado, pues bien puede revisarlo al momento de dictar sentencia”<sup>100</sup>.

Dentro del auto de pago va contenida la calificación a la demanda, dado que el juez debe revisar si ésta cumple o no con los requisitos establecidos, y en caso de no contar con ellos dará término de tres días para que se la complete; también va contenida la orden judicial de que se practiquen o cumplan todas las diligencias requeridas por el demandado en su libelo, que estén en conformidad con la ley, ya que solo el juicio ejecutivo faculta la solicitud de medidas cautelares junto con la presentación de la demanda, sin procedimientos previos, cuando se haya justificado legalmente su procedencia.

---

<sup>98</sup> William López, **El Juicio Ejecutivo**, Quito, 2007, pág. 132

<sup>99</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 270.

<sup>100</sup> Cita tomada de William López, **El Juicio Ejecutivo**, Quito, 2007, pág. 133

Por contar con estas características y por ser exclusivo del procedimiento ejecutivo, podemos decir que el auto de solvendo (auto de pago en la legislación nacional) es la primera muestra que hace el juez ejecutivo del reconocimiento tácito que otorga a la presunción de certeza y veracidad que reviste al título ejecutivo, ordenando al deudor-demandado que cumpla con la obligación producto del derecho insatisfecho contenido en el documento que pretende ser verificado para su ejecución. Es la providencia con la cual pone en conocimiento del demandado que en vista de no haberse verificado el cumplimiento voluntario, la administración de justicia podrá coaccionarlo para adaptar su conducta al cumplimiento de sus obligaciones previamente contraídas e insatisfechas; por lo cual, en prima fase, el juez reconoce anticipadamente la existencia de un derecho vulnerado propiedad del accionante ejecutivo, que consta con una obligación correlativa insatisfecha que debe ser cumplida por quien figura como deudor, y en caso de no cumplir con esta orden de reconocimiento anticipado que le compele, podrá ser coaccionado para su inmediato cumplimiento. Es pues el primero de los actos ejecutivos que debe ejercer el juez para demostrar su conducta de actuación, intentando modificar el comportamiento del deudor, a través de un requerimiento judicial que traslada un reconocimiento anticipado de su responsabilidad, situación e incumplimiento, conminándolo con la amenaza del uso de la fuerza; pero este auto, al igual que el título debe ser verificado en sentencia (con lo cual vemos ya un doble pronunciamiento judicial que junto al título ejecutivo o de ejecución suman tres documentos con el mismo sentido, punto sobre el cual volveremos más adelante).

### **2.2.1. El auto de solvendo.-**

En la doctrina y en la legislación comparada latinoamericana el auto de solvendo es la derivación del *preceptus de solvendus*, que se dictaba en lugar de la sentencia cuando se consideraba reconocida la obligación por el deudor (cuando este la reconocía ente autoridad competente o la dejaba expresada en un documento contractual), históricamente lo que se dictaba en lugar de la sentencia era un auto que se llamaba *preceptus solvendus*, y este era suficiente para que se pasase a ejecutar la declaración derivada del reconocimiento que el deudor había hecho del crédito que le reclamaba el acreedor. Mediante éste auto el reconocimiento, hecho por el deudor, podía interpretarse fuera de juicio y no era preciso que se lo demandase, simplemente se le citaba como ocurre en nuestro derecho cuando se le pide reconocimiento de firma y posteriormente, cuando no

mediaba oposición, se procedía a la ejecución de aquella providencia judicial, ya no había necesidad de juicio.

Posteriormente, con la relevancia que adquirió la función notarial, se admitía que el reconocimiento pudiera hacerse ante notario, siendo suficiente para tenerse por indiscutible el derecho del actor, pero el *preceptus de solvendus* no lo dictaba el notario, lo dictaba siempre el juez, pero de ahí se pasaba directamente a la ejecución. Así cuando un deudor suscribía sus obligaciones, simultáneamente reconocían el derecho del actor ante notario y eso era suficiente para que esa declaración, considerada indiscutible, pudiese pasarse de ella a la ejecución mediante el auto de solvendo dictado por el juez que reconocía esta declaración y aceptación.

Contemporáneamente, después de verificar que estén presentes todos los requisitos para que la acción ejecutiva proceda, el juez deberá despachar el mandamiento de ejecución y embargo (auto de pago o solvendo), que recae en la demanda ejecutiva y consiste en la orden escrita de requerimiento de pago al deudor, con el embargo de bienes suficientes si no cumple en el acto del requerimiento<sup>101</sup>. Este mandamiento contiene la orden que requiere e intima al pago; la orden de embargar bienes del deudor en cantidad suficiente para cubrir la deuda con sus intereses y costas en caso de no verificarse en el acto el pago voluntario; la designación de un depositario provisional que se haga cargo de la administración de los bienes; la designación de los bienes sobre los cuales ha de trabarse el embargo, si el deudor no los hubiese señalado en su demanda o si la ejecución recae sobre cuerpo cierto; la orden de proceder a la traba del embargo con el auxilio de la fuerza pública.

En algunas legislaciones este mandamiento de ejecución (auto pago o de solvendo) tiene la calidad legal de un auto interlocutorio, que en la doctrina se refiere a la decisión adoptada por el juez, relacionada con cuestiones incidentales o accesorias que inciden sobre el fondo del asunto, es decir son providencias que si bien no resuelven definitivamente la cuestión de fondo, pueden repercutir sobre ella. Esta calificación y ante todo los efectos jurídicos que acarrea, que a nuestro criterio son muy acertados y propios de este acto ejecutivo judicial, es debido a que no es un simple decreto, ya que su fin es algo más que dar curso progresivo a los autos como un simple paso procesal más para continuar con el desarrollo

---

<sup>101</sup> Raúl Espinosa Fuentes, **Manual de Procedimiento Civil**, Sexta edición, Santiago de Chile, pág. 95

del proceso ejecutivo; y tampoco puede ser una sentencia definitiva, pues no pone fin a la instancia ni resuelve el telos del proceso (no verifica la presunción del título ejecutivo ni sirve de portada para su ejecución); pero tampoco es un simple auto ya que no recae sobre ningún incidente (recordemos que esta vía es de incidentes restringidos). Entonces resuelve sobre un punto medular del trámite (la aceptación anticipada de la existencia de un derecho vulnerado con su correlativa obligación insatisfecha y la pre-verificación formal de las vehementes presunciones que revisten al título) que, de no ser desvirtuado, servirá de base en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, así sin esta resolución, no podrá efectuarse el requerimiento intimatorio de pago, ni el ejecutado podría oponer excepciones, ni tampoco podría dictarse sentencia definitiva<sup>102</sup>.

El auto de solvendo o de pago, contiene el requerimiento de pago y también cumple la función de notificar al deudor-demandado con el precepto del título y del libelo de la manda ejecutiva, es el equivalente a la citación en un procedimiento ordinario. Así como ésta es la invitación a comparecer a juicio de conocimiento, el precepto (el contenido sustancial del título y del libelo) en el juicio ejecutivo se define con la formula “intimación que el acreedor hace al deudor-demandado, a cumplir con la obligación resultante del título ejecutivo”<sup>103</sup>, pero a esto hay que sumar la expresa indicación que cuando el cumplimiento no tenga lugar en el termino indicado, se procederá a la ejecución forzosa. Claramente apreciamos que su función no consiste en aquella invitación, propia del trámite ordinario, sino en intimar al cumplimiento bajo apercibimiento de iniciar la ejecución forzosa inclusive mediante el uso de la fuerza, por considerar reconocido el derecho del ejecutante.

No hay que olvidar que este auto debe contener también las indicaciones, tanto para que el deudor cumpla con la obligación, como para que oponga excepciones en caso de creerse asistido por alguna de las legalmente permitidas, junto con las demás que la ley prevea para la comunicación de la sentencia, lo cual incluirá los datos de las partes, sus generales de ley, la indicación del juez competente, la transcripción del título, no debe señalarse los bienes a embargar. Esto con la finalidad de cumplir con los requerimientos legales de la citación, que está contenida dentro del auto de solvendo, y por ello éste debe cumplir con ciertas solemnidades que no merman su calidad conminativa de reconocimiento anticipado.

---

<sup>102</sup> Raúl Espinosa Fuentes, **Manual de Procedimiento Civil**, Sexta edición, Santiago de Chile, pág. 97

<sup>103</sup> Francesco Carnelutti, **Instituciones Del Proceso Civil**, Buenos Aires, Tomo III, pág. 7

### **2.2.2. El auto de pago en la legislación ecuatoriana.-**

Si bien es cierto que el auto de pago también debe contener el equivalente a la citación con el extracto de la demanda, esta no es su exclusiva finalidad, ya que invitar a comparecer a juicio no es característica del proceso ejecutivo; por el contrario, este auto que contiene el requerimiento de pago (el cumplimiento del deudor fallido) intima al demandado a que adapte su conducta al cumplimiento, y por consiguiente es un acto ejecutivo con el cual el juez está facultado y obligado a hacer uso para cumplir con las finalidades de esta vía.

Como acto ejecutivo de reconocimiento y verificación anticipada está encaminado a compeler al deudor-demandado a adaptar su conducta al cumplimiento de la obligación insatisfecha, bajo apercibimiento de uso de la fuerza sobre sus bienes hasta obtener un monto equivalente al de la prestación debida. En nuestra legislación aparentemente, por como está redactada y, más aun, con la finalidad que el juez la dicta, cumple con el objetivo de notificar al deudor de que está siendo demandado por un título que se presume ejecutivo, y lo invita a comparecer al juicio para que proponga excepciones ante esta pretensión. Propio de la citación en los juicios ordinarios, así tenemos que ésta “es el acto por el cual se hace conocer al demandado el contenido de la demanda o del acto preparatorio y las providencias recaídas en esos escritos”<sup>104</sup>, que, como manifestamos, actualmente ésta parece ser la única finalidad con la que se está emitiendo el auto de pago, cuando doctrinariamente es una de las finalidades que persigue el solvendo; parece que se está dejando atrás el mandamiento de pago, y únicamente se lo coloca por disposición legal, pero que no compele al deudor al cumplimiento, ni comunica el apercibimiento del uso de la fuerza sobre sus bienes en caso de no adaptar su comportamiento a la satisfacción del derecho.

De la literalidad de la norma adjetiva nacional se podría colegir que a demás de la citación que obliga a hacer al deudor-demandado, manda también al juez que ordene el cumplimiento (mandato de pago) “si el juez considerare ejecutivo el título así como la obligación correspondiente, ordenará que el deudor la cumpla o proponga excepciones en el término de tres días”<sup>105</sup> y efectivamente así lo hace, pero la falta de amenaza y más aún de medidas preventivas, no generan esa sensación de presión que en otros países logran conminar al deudor a cumplimiento. Pues éste es el objetivo de un acto ejecutivo, como lo

---

<sup>104</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 73. De la demanda.

<sup>105</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 421

es el auto de pago, es por esto que se lo realiza en forma de un auto y no como una citación o notificación.

Entonces el auto de pago, a demás de comunicar y citar al deudor-demandado con la transcripción completa del precepto del título ejecutivo, debe contener una orden imperativa de pago, ya que la presunción de certeza y veracidad que del título dimana, conducirá al juez a la emisión de esta orden de pago; que conjuntamente y para otorgar la fuerza ejecutiva del acto, debe estar acompañado con medidas ejecutivas preventivas que conminen al deudor y lo amenacen con el uso de la fuerza y la expropiación de sus bienes.

### **2.3. Medidas cautelares y el juicio ejecutivo.-**

En palabras de Guillermo Cabanellas, en su diccionario de derecho, al referirse a las medidas cautelares señala que “son el conjunto de disposiciones tendientes a mantener una situación jurídica o a asegurar una expectativa o derecho futuro”. Estas constituyen una parte fundamental en el juicio ejecutivo, ya que su objetivo justamente es garantizar el derecho del acreedor, para asegurar el cumplimiento de su crédito en caso de incumplimiento por parte del deudor-demandado, así consiste en garantizar los resultados del procedimiento para que la ejecución pueda recaer sobre un cúmulo de bienes y derechos susceptibles de remate, suficientes para cubrir el monto total de la obligación mas costas e intereses<sup>106</sup>.

Estas medidas pueden ser dictadas por el juez antes de iniciado un proceso, sea de conocimiento (*fuera del trámite como proceso previo*) o dentro de este, sea ejecutivo (*interproceso*), destinado a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva (título ejecutivo o título de ejecución), estableciendo las medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de un título. En el derecho romano, se contaban ya con ciertas instituciones que cumplían con similares objetivos; así, *la pignoris capio*, era un procedimiento que consistía en la toma por el acreedor, como garantía, de determinados bienes del deudor, con el objeto de constreñirlo al pago de su deuda; *La legis actiones* consistía en la toma de un objeto, realizada por el acreedor de entre los bienes del deudor ; Y la *legis actionis*, que constituía un medio de coacción del magistrado en virtud de su *imperium* para embargar bienes a la persona que desobedeciera

---

<sup>106</sup> William López, **El Juicio Ejecutivo**, Quito, 2007, pág. 107

sus mandatos. Finalmente se consideró que una vez trabada la litis con la contestación, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, de manera que debería ser entregada en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención. Aquí se puede encontrar un símil con las medidas preventivas actuales, particularmente con la prohibición de enajenar, gravar y con el secuestro.

Para Carnelutti el objeto de las medidas cautelares es la de garantizar el desarrollo o resultado de otro proceso (proceso principal) del cual saldrá la composición definitiva, es una anticipación provisoria de los efectos de la garantía jurisdiccional, vista su instrumentalización o pre-ordenación. En otras palabras se busca restablecer la significación económica del proceso con el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo de evitar la especulación con la malicia por parte del demandado incumplido. Por su naturaleza y debido a que son garantías de resoluciones provisionales que pueden no verificarse, las medidas cautelares en todo proceso deben ser instrumentales, ya que prestan un servicio al proceso, por lo que no son independientes, sino dependientes de una tutela principal, que justamente es el derecho que se pretende satisfacer; son provisionales y mutables debido a un posible cambio de circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento en que fueron decretadas, se las puede reemplazar de otra medida u otro bien; son temporales, lo que implica que la medida no tiene un periodo de duración sino que ésta estará supeditada a la necesidad del proceso y al consentimiento de las partes; deben ser variables, porque como es imposible saber si el resultado será favorable o no, entonces éstas pueden variar o ser revocables.

Existen varias clases de medidas, que dependiendo del bien o situación que se quiera precautelar, serán dictaminadas por la autoridad judicial, así tenemos la prohibición de enajenar bienes raíces, que consiste en la disposición que da el juez al registrador de la propiedad para evitar que el deudor celebre actos que limiten el derecho de dominio de ciertos bienes raíces de su propiedad; La retención, que consiste en la orden judicial dirigida al deudor, pagador o depositario de fondos perteneciente al demandado para que no los entregue a él sin previa orden judicial, por lo cual esta recae sobre los bienes muebles, créditos o rentas que el demandado tiene en poder de terceras personas; El secuestro, que consiste en la orden judicial que faculta la aprehensión física de bienes muebles y frutos de los bienes raíces de propiedad del demandado, que posteriormente serán entregados a la

administración y resguardo de un depositario judicial, para que el acreedor pueda asegurar el monto de su crédito; El embargo, que es una actuación judicial practicada por un ministro de fe, que consiste en tomar uno o más bienes de cualquier tipo del deudor, poniéndoles en poder de un depositario, para asegurar con ellos el cumplimiento de una prestación o de una deuda. Cabe aclarar que el arraigo o prohibición de ausentarse del país no constituye medida cautelar en el juicio ejecutivo, ya que procede para otras causas establecidas en la ley adjetiva y se solicitará en forma de providencia preventiva<sup>107</sup>. Estas medidas pueden ser solicitadas en varias clases de procedimiento (de conocimiento o ejecutivos), exceptuando el arraigo propia de ciertos trámites que no cabe en el juicio ejecutivo, y el embargo, que si constituye una verdadera medida ejecutiva y no cabe en procesos de conocimiento que no tengan providencia definitiva.

Como vemos, estas medidas no fueron diseñadas específicamente para el procedimiento ejecutivo, sino que caben para otro tipo de procedimientos en donde el derecho aun no está reconocido o no posee una apariencia o verosimilitud de su existencia, es decir en procesos donde el derecho no aparece como legítimo. Un derecho es verosímil cuando reviste apariencia de verdadero (como es el caso del contenido en un título ejecutivo gracias a sus requisitos y formación legal), la certeza del mismo se configura cuando se adquiere convicción de su existencia (a través de la verificación de la fuerza ejecutiva del título y su precepto).

Por esto consideremos que, debido a la naturaleza y finalidades del juicio ejecutivo, deben extenderse medidas que realmente sean ejecutivas, frente a las medidas cautelares, que si bien son dictadas con la misma finalidad, no cumplen con la misma función, tanto ante el deudor como ante el acreedor. Es necesario realizar un razonamiento, respecto de si existe diferencia o similitud entre las medidas cautelares y las medidas ejecutivas propiamente dichas, según la más generalizada doctrina, el criterio diferenciador es contrario, pero no contradictorio, al criterio que separa las ejecutivas de las declarativas. Es por eso que pueden denotarse como de cognición o de ejecución, para lo cual se debe preponderar los efectos de cada tipo de medida, en este sentido podemos hablar de autonomía de las medidas cautelares ejecutivas, porque, no son dependientes en su esencia del resultado final del proceso, sea este favorable o no simplemente están cumpliendo con la función de

---

<sup>107</sup> William López, **El Juicio Ejecutivo**, Quito, 2007, págs. 108-115.

asegurar el cumplimiento y satisfacción de un derecho vulnerado. Entonces si existen diferencias entre las medidas cautelares y las medidas ejecutivas, en razón del carácter instrumental de las medidas cautelares el mismo que se entiende en el sentido que ellas no son nunca fines en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas, sino entendida en el sentido de ayuda y auxilio a la providencia principal; carácter que no requiere ni reviste una medida ejecutiva que se dicta siempre después de haberse obtenido un título de ejecución o un título ejecutivo, aún cuando este último aun tenga pendiente su fase de verificación sobre su fuerza ejecutiva y formalidad en el proceso ejecutivo.

### **2.3.1. El embargo preventivo, medida ejecutiva.-**

Bajo nuestro criterio esta es la única medida ejecutiva tanto de forma como de fondo, que se diferencia completamente de otro tipo de medidas como las cautelares, por su procedencia, carácter, naturaleza y finalidad. Consiste en anticipar el embargo al momento inicial del proceso de ejecución, de esta forma se garantiza la satisfacción del derecho que se ha visto vulnerado por falta de cumplimiento de su obligación correlativa, esta actividad debe ser realizada mediante orden dictada por juez competente a sus auxiliares ejecutivos. Entonces es en disposición judicial con el fin de que sus auxiliares ejecutivos procedan a tomar, aprehender y administrar los bienes del ejecutado, a fin de satisfacer la obligación demandada<sup>108</sup>. Normalmente el embargo preventivo satisface directamente a la ejecución que versa sobre una cantidad de dinero e indirectamente a otro tipo de prestaciones debida (como una dación en pago por lo debido), porque su actividad fundamental consiste en afectar determinados bienes patrimoniales del deudor y obtener una cantidad económica que permita satisfacer el derecho (en caso de prestación de dar dineraria) o su equivalente (en caso de una prestación de dar, hacer o no hacer determinada cosa no dineraria).

Por ésta naturaleza de tipo ejecutiva el embargo preventivo posee ciertos presupuestos que facultan su entrada en vigor, así únicamente opera para asegurar el cumplimiento de una deuda que sea cierta y existente, o que se presuma vehementemente su certeza y veracidad, por lo tanto para solicitar el embargo preventivo es necesario la existencia y exhibición al juez, de un documento en el se certifique la existencia de la deuda o del que se presuma indubitablemente su existencia ( sea título de ejecución o título ejecutivo); Es

---

<sup>108</sup> William López, **El Juicio Ejecutivo**, Quito, 2007, págs. 114

necesario también que en el deudor concurren ciertos indicios que puedan hacer sospechar la intención de no cumplir voluntariamente con la obligación adquirida previamente y que esta sea actualmente exigible ( esto se verifica con la obligación vencida). Esta medida debe ser solicitada por el ejecutante, es decir nunca el juez la podrá dictar de oficio; el solicitante debe acompañar prueba sobre el derecho, el título que apareja ejecución, y sobre que dicha acción se efectuará sobre bienes de propiedad del ejecutado (certificados del registrador de la propiedad o títulos de dominio legalmente válidos); y en caso de ser bienes raíces, se deberá probar que estos no se encuentren embargados o en poder de tenedores de buena fe o arrendatarios.

El embargo preventivo puede recaer sobre varias clases de bienes que mediante su retención o apoderamiento, con ellos o con el producto de su venta satisfagan la obligación a favor del acreedor, así el embargo preventivo puede ser sobre bienes inmuebles; sobre bienes muebles de todo tipo; sobre bienes de propiedad del deudor en poder de terceros, sobre créditos o derechos que posea el deudor a su favor. Pero según disposición legal existen bienes inembargables, es decir que ni el embargo preventivo puede recaer sobre estos bienes, encontramos como ejemplo de bienes inembargables los sueldos de los funcionarios y empleados públicos; remuneraciones de trabajadores, montepíos, pensiones remuneratorias, pensiones alimenticias (con la excepción de que tanto los sueldos y las remuneraciones son embargables si el proceso versa sobre alimentos debidos por ley); el lecho del deudor o de su cónyuge y de sus hijos, junto con la ropa necesaria para el abrigo; los libros relativos a la profesión del deudor en un valor hasta ochocientos dólares americanos; las máquinas o instrumentos que sirvan al deudor para la enseñanza de alguna materia o arte; los alimentos y combustibles en poder del deudor en cantidad suficiente para el consumo; los objetos en propiedad fiduciaria del deudor; el patrimonio familiar; los derechos cuyo ejercicio sea personal, entre otros señalados por la ley.

En lo pertinente a la oportunidad de la solicitud de esta medida ejecutiva, esta puede ser hecha, según la ley adjetiva<sup>109</sup> en cualquier estado del juicio antes de que el juez dicte sentencia, en cuanto a los procedimientos de conocimiento, estos pueden ser solicitados como providencias preventivas antes de presentar la demanda; en el juicio ejecutivo es el único procedimiento donde las medidas ejecutivas (embargo preventivo) puede ser

---

<sup>109</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 897 en lo general y lo referente al juicio ejecutivo en el Artículo 424.

solicitado en la presentación de la demanda que apareja título ejecutivo<sup>110</sup>. Si el juez estima procedente la solicitud del acreedor, decretará o ejecutará el embargo preventivo y lo llevará a efecto sin oír al deudor y sin admitirle ningún recurso, esto no quiere decir que una vez concedido el embargo preventivo, éste no pueda ser cancelado o levantado, o que no se pueda enervar (enervación del embargo preventivo), ambos suponen poner fin a los efectos del embargo preventivo pero presentan sus diferencias como es lógico: La cancelación tiene su origen en causas ajenas al deudor y cuando por un auto firme se deje sin efecto el embargo, se condenará al actor en costas y se le obligará a indemnizar al demandado por los daños y perjuicios ocasionados (en caso de haberlas solicitado con temeridad y mala fe); La enervación tiene su origen en una decisión del deudor. Éste siempre puede acabar con el embargo preventivo pagando o consignando caución con las cantidades que se le exigen.

Como vemos esta es una verdadera medida ejecutiva coercitiva de la cual se vale el actor, mediante disposición del juez, para que sean satisfechos sus derechos y obedecidas las providencias judiciales (como el auto de pago o solvendo) dentro del término respectivo, es decir es una medida coercitiva empleada para compeler a las personas deudoras a que cumplan, en primera instancia por su propia voluntad dentro del plazo fatal otorgado por el juez, y en caso de no verificarse el cumplimiento forzarlo a través de la ejecución de estas medidas.

### **2.3.2. La notificación al deudor-demandado.-**

Consideramos este punto de vital importancia ya que tomando en cuenta la naturaleza humana y su conducta en momentos de apremio, esta siempre es tendiente a defender lo propio, y trasvasando esta actitud humana a la esfera de la ejecución jurídica, podemos prever que la conducta esperada en momentos de apremio, es justamente en su tendencia a la defensiva, por lo cual el deudor fallido buscará proteger sus pertenencias y su estatus quo para evitar que alguien se las arrebate y disponga de ellas a favor de un tercero, por más que este sea su acreedor; lo cual es normal, es humano desde el punto de vista psicológico y antropológico. Entendido esto es fácil suponer que si de una u otra forma el deudor llega a tener conocimiento sobre la puesta en marcha de una posible desapropiación de sus bienes, cuantas o derechos, en manos de una autoridad judicial

---

<sup>110</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 421 segundo párrafo.

para su posterior remate o entrega y con estos frutos satisfacer el derecho vulnerado de uno de sus acreedores; pues éste lógicamente los esconderá u ocultará, traspasará su dominio o empleará cualquier medio para evitar la desapropiación de sus bienes, pues es una conducta humana normal, más aun cuando ha demostrado su resistencia al cumplimiento voluntario y su gana de no adaptar su comportamiento a la ejecución.

Visto de este modo para cumplir con los objetivos y la efectiva realización de las medidas cautelares, y más precisamente de la medidas ejecutivas (embargo preventivo), es necesario que este conocimiento del deudor-demandado sobre la posible expropiación que su acreedor a demandado sobre sus bienes, no llegue a él hasta que ésta o el resto de medidas se encuentren verificadas y realizadas completamente. Caso contrario, y como manifestamos al inicio de este punto, seguramente la tendencia que adoptará el deudor fallido para mantener su resistencia al cumplimiento será la de ocultar, desaparecer o cualquier otro mecanismo para evitar que el acreedor, a través del sistema judicial en su modalidad de actuación, tome posesión de esos bienes y que posteriormente disponga de estos para satisfacer su derecho vulnerado. Sin embargo esto no quiere decir que el deudor-demandado no deba ser citado o no deba ser notificado sobre la orden judicial que pesa sobre sus bienes y derechos; pues se incurriría en una nulidad sustancial del procedimiento, por coartar la posibilidad del deudor-demandado a oponerse, y como sabemos que en el juicio ejecutivo, la citación se realiza con el auto de pago y la notificación de la orden de medidas ejecutivas también debe estar contenida en este auto.

Entonces una vez hecha la solicitud de la medida ejecutiva al juez, la cual se debe desprender del libelo de la demanda que apareja el título ejecutivo, ésta se debe actuar antes de expedir el auto de pago (que contiene la calificación a la demanda, la citación, el mandamiento de pago, el reconocimiento anticipado de la fuerza ejecutiva del título y la notificación de las medidas ejecutivas). Tal como lo contempla la ley adjetiva civil “La citación al demandado se hará después de cumplirse lo ordenado en el inciso anterior”<sup>111</sup>, refiriéndose con la frase “el inciso anterior” a la realización de las medidas cautelares o ejecutivas, inclusive con los registros pertinentes, es decir la citación se hará cuando las medidas se encuentren ejecutadas, y si para efectuar éstas es necesario prueba testimonial, inclusive ésta declaración se hará sin notificación al deudor-demandado.

---

<sup>111</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 421 párrafo final.

Entonces para ser efectivos con la realización de las medidas cautelares o ejecutivas y lograr que el deudor no las desaparezca, oculte o destruya, es necesario realizarlas sin su conocimiento y más aún sin su consentimiento; pero siempre hay que dejar una vía expedita para que se pueda oponer a las medidas una vez verificadas, o que rinda caución suficiente que asegure el cumplimiento de su obligación. Todo esto hay que hacerlo sin incurrir en nulidades sustanciales del proceso como la falta de citación o la falta de notificación de medidas.

### **2.3.3. Medidas cautelares en la legislación ecuatoriana.-**

La legislación nacional trata sobre medidas cautelares en dos secciones diferentes de su articulado, en orden ascendente empieza por hacer referencia de ellas en lo pertinente al juicio ejecutivo (Artículos 421 al 428) y continua con ellas en el apartado de las providencias preventivas (Artículos 897 al 923). Lo primero que queremos hacer notar con esto es que en ambas secciones se encuentran las mismas medidas, con la diferencia del embargo en lo tocante al juicio ejecutivo y al arraigo en lo tocante a las providencias preventivas. Entendemos que cada cual está destinada a diferentes procedimientos, ejecutivos y de conocimiento respectivamente; pero notamos que ambas poseen el mismo objetivo de asegurar y garantizar los derechos del acreedor, que finalmente se traducen en garantizar los resultados del litigio para que el dictamen judicial no sea vano, estéril e infructuoso. Entonces a pesar de una diferenciación en cuanto a la disposición de estas medidas en diferentes apartados de la legislación, cuya mayor diferencia es el momento idóneo para su solicitud (con la demanda y hasta antes de dictar sentencia en el proceso ejecutivo; y como providencia previa en un procedimiento de conocimiento), no encontramos una diferenciación sustancial en cuanto a la forma y objetivos de estas medidas, concluyendo que prácticamente cumplen con la misma función de asegurar el posible derecho violentado, que en el proceso ejecutivo es cierto o se presume como tal; mientras que en el de conocimiento este es incierto hasta la obtención de una sentencia de condena.

Algo que salta a simple vista en el juicio ejecutivo es la falta total de un acto ejecutivo que compela al deudor al cumplimiento, como sería un embargo preventivo. En nuestra legislación únicamente se habla sobre el embargo de bienes hipotecados o en caso de

contar con sentencia ejecutoriada a favor del acreedor<sup>112</sup>, que del tenor de la norma se puede concluir que éste acto ejecutivo (propio de un proceso de ejecución o de alguno con su naturaleza) solo aplicará a favor de los acreedores con título de ejecución, que como ya hemos analizado estos títulos no corresponden a la vía ejecutiva, y nada menciona sobre actos ejecutivos para los acreedores facultados mediante título ejecutivo, sino, para éstos, habla sobre medidas precautorias y la forma de hacerlas cesar<sup>113</sup>. Lo que en ningún sentido nos hace entender que el deudor-demandado se deba sentir compelido o amenazado al cumplimiento, lo que desvirtúa una vez más la naturaleza y sentido de la vía ejecutiva.

Sabemos que ya no buscamos cautelar ningún derecho posiblemente violentado, sino, lo que buscamos en el juicio ejecutivo es ejecutar el título, es decir buscamos por cualquier medio legal hacer cumplir lo dispuesto en aquel título que acarrea ejecución aparejada, o que por no haber sido desvirtuada esta presunción, se convierte en directamente ejecutable. Así como ejemplo buscaremos realizar embargos preventivos de bienes muebles o inmuebles, pero con la finalidad de hacer cumplir el derecho vulnerado ante el cual el deudor se resiste a su satisfacción, y, no con la finalidad de cautelar un eventual derecho o una futura sentencia, por lo que en este caso estaremos ante un supuesto de ejecución y no cautelar.

Conforme lo dispone nuestra legislación, los requisitos establecidos para las medidas cautelares, son la *verosimilitud del derecho invocado*, el *peligro en la demora del cumplimiento* y la *contra cautela* o el *riesgo de dictar medidas injustas*. Sin embargo estos requisitos ya no son exigibles en las medidas ejecutivas, pues en estas no hay necesidad de la *apariencia en el derecho*, ya que el derecho justamente está definido con la expedición del título; no existe el *peligro en la demora*, pues el título es justamente la razón de la espera, éste ya se dio y se entiende que la obligación ya se encuentre en mora; y por último la *contra cautela*, tampoco resulta exigible por cuanto ya no existe la posibilidad de irrogarse daños ni perjuicios por cuanto el derecho vulnerado, después de haber sido verificado es cierto y existente. Claramente podemos diferenciar que la necesidad, oportunidad y finalidad son completamente diferentes entre unas y otras.

---

<sup>112</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 423

<sup>113</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 424 y 425 respectivamente.

#### 2.4. El juicio ordinario posterior.-

El tema a tratar reviste cierto grado de complejidad por su origen y por su fundamento. Existen varias posturas doctrinarias tanto a favor como en contra de la posibilidad de acceder a un juicio de oposición posterior, sea para el deudor vencido o a favor del acreedor insatisfecho, lo que todas tienen en mente es siempre la disputa entre justicia y seguridad jurídica, en lo concerniente a posibles errores judiciales producto de una restricción cualitativa en la defensa del demandado que evita la existencia de una fase de conocimiento extensa. Pero no tenemos que olvidar que un procedimiento es un conjunto con ritualidad de pasos a seguir tendientes a un objetivo, y estos pasos deben ser limitados más no infinitos y el objetivo debe encerrar un fin al que todos deben apegarse y no la posibilidad de seguir proponiendo procesos sucesivos.

Ahora bien conocemos la razón que ha motivado a la doctrina para permitir que un dictamen emitido en un proceso no sea inmutable e intratable nuevamente en un procedimiento de naturaleza diferente (hablando de la primera instancia). Vemos que es una derivación lógica de la contraposición entre el concepto de seguridad jurídica (de inmutabilidad de sentencia decidida en cuanto al conocimiento de otro juez de la misma instancia) y el concepto de justicia (como la emisión de un pronunciamiento que corresponda, en palabras de Kelsen, a la realidad y a la verdad; que condene a quien deba realmente cumplir una obligación y absuelva a quien nada debe) para evitar ejecuciones injustas. Entonces recientemente la doctrina considera que no podrá haber justicia si no existe un procedimiento con un amplio conocimiento judicial en donde el demandado pueda proponer todas las excepciones con las cuales se crea asistido, lo cual hay que tomarlo con pinzas ya que este conocimiento, en nuestro entender, dependerá de la acción con la que el demandante comparezca. Entonces estamos frente a una excepción al principio general de inmutabilidad de la cosa juzgada o del aforismo "*non bis in idem*", de tal suerte que en el juicio plenario posterior se examina y resuelve la totalidad del litigio, y se entrará a conocer la existencia de un derecho insatisfecho sea este contenido en título ejecutivo o en título de ejecución; y no ya la fuerza ejecutiva de alguno de estos títulos.

Esta posibilidad de proponer juicio de conocimiento posterior al dictamen final del juicio ejecutivo y volver a tratar sobre el mismo tema en cuanto a la existencia del derecho

vulnerado y su correlativa obligación insatisfecha, preceptos que por principio ya se encuentran reconocidos en el título, no se encontraba prevista ni en la ley toledana (ley que trajo al juicio ejecutivo al nuevo mundo) ni en disposiciones ulteriores españolas o coloniales, ha sido entonces la labor de la doctrina y la jurisprudencia las que han aportado esta posibilidad como una “solución” al conflicto conceptual antes descrito<sup>114</sup>. Lo que técnicamente expresado sería que una sentencia emitida en juicio ejecutivo no produce la excepción de cosa juzgada, es decir la inmutabilidad de lo en ella decidido o en ella verificado para ejecutar, y revisando el caso mejicano, muchos autores consideraron que no tenía sentido alguno un procedimiento que después por cualquier razón, revirtiera en otro, pues es una verdadera duplicidad de actividades para un mismo fin, y considerar que la sentencia ejecutiva no tenía la calidad de cosa juzgada material sería algo inútil; por lo que se pensó en crear un juicio ejecutivo que resolviera definitivamente la cuestión litigiosa, pero en un principio lograron únicamente ampliar la cuestión litigiosa en el juicio ejecutivo y no resolvieron el problema, ya que lo desnaturalizaron al suprimir la restricción en las excepciones y consecuentemente quitaron la posibilidad a ambas partes de promover un juicio ordinario posterior.

Esta no era la solución, evidentemente era injusto que el ejecutado contara con las más amplia gama de medios de defensa, mientras que el ejecutante, al escoger la vía ejecutiva, para alegar solamente en base a un documento, corra el peligro de que por esto fuera derrotado definitivamente, así que, como solución a ese defecto de desigualdad que dejaba al proceso ejecutivo en el desuso, ya que ningún demandante investido con acción ejecutiva lo quería utilizar, se creó una situación ambigua en la que el actor, si era derrotado, tuviera la posibilidad de iniciar un juicio posterior. Solución que acarrea el problema de inconstitucionalidad pues atentaba contra el principio de igualdad de los individuos, y mantenía la duda de si el juicio ejecutivo era ordinario o ejecutivo, ya que en este supuesto se debía entrar a conocer todos los derechos controvertidos en una litis completamente extensa. Posteriormente, y tomando en cuenta el daño que se imprimía sobre la naturaleza del proceso, se concluye que en juicio ejecutivo solo pueden y deben ser admitidas las excepciones tendientes a combatir y destruir la fuerza ejecutiva del título, más no aquellas que tienden a destruir el derecho o fundamentos del actor y para “compensar”, por decirlo de alguna manera, la falta de conocimiento lato, se permitió que

---

<sup>114</sup> José Soberanes Fernández, **Historia del Juicio Ejecutivo Civil**, México DF, pág. 53

únicamente el deudor vencido en juicio ejecutivo pudiera acceder a un juicio ordinario posterior para la revisión de la sentencia, basado en excepciones que no se hayan propuesto en el primer juicio<sup>115</sup>.

Lo importante de notar aquí es que más que el fondo de saber si se resuelve o no la cuestión sustancial sobre la cual versa el juicio ejecutivo, se discute sobre la justicia en juicio, y este es el fundamento que permite, dependiendo de la amplitud de defensa del demandado, que se revise o no la sentencia, más exactamente que lo decidido en juicio ejecutivo por el juez, pueda o no mutar en un procedimiento más lato y ordinario. Cuando el telos del asunto será saber si la característica de cosa juzgada se la puede adjudicar a una sentencia que haya sido emitida en un procedimiento ejecutivo verdadero, como el que presentamos en el primer capítulo de éste trabajo, es decir de naturaleza realmente ejecutiva.

#### **2.4.1. La cosa juzgada y el juicio ejecutivo.-**

En principio éste debe ser el razonamiento que nos motive para suponer o no existente la facultad, sea del actor o sea del demandado, para acceder a un juicio ordinario (plenario) posterior al juicio inicial promovido en vía ejecutiva. Entonces tenemos que conocer cuáles son los atributos que se requieren para que una providencia judicial tenga el carácter de pasada por autoridad de cosa juzgada y adquiera los efectos que esta característica proporciona. Ya que generalmente es conocido que una sentencia producida en proceso ejecutivo no hará autoridad de cosa juzgada y por lo tanto no gozará de seguridad jurídica hasta que esta no sea verificada por un superior o por el paso del tiempo.

Así tenemos que la cosa juzgada (*res iudicata*) es el efecto de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla (sentencia firme) y que se traduce en el respeto, inmutabilidad y subordinación a lo decidido en ella a través de un juicio, en otras palabras es la fuerza que atribuye el derecho a los resultados del proceso. El origen de la cosa juzgada se encuentra en el derecho romano, con la figura de la excepción de cosa juzgada (*exceptio rei iudicatae*), con ella se buscaba proteger a las partes de un nuevo juicio y una nueva sentencia sobre la materia objeto del mismo,

---

<sup>115</sup> José Soberanes Fernández, **Historia del Juicio Ejecutivo Civil**, México DF, págs. 54-58

buscándose con ello satisfacer una necesidad de certeza y seguridad jurídica. Dentro de los motivos que han fundamentado la existencia de la institución de la cosa juzgada podemos encontrar a la certeza jurídica, que pretende satisfacer la necesidad de certeza de las situaciones, que toda sociedad requiere, mientras que la necesidad de justicia se pretende satisfacer a través de los recursos judiciales. La inmutabilidad de los fallos, se pretende asegurar la estabilidad y certidumbre de los derechos que las sentencias reconocen o declaran; y finalmente la seguridad jurídica, mediante el principio "non bis in idem", siendo imposible la apertura de la misma causa una vez que concurre identidad objetiva, subjetiva y causal, permitiendo poner punto final a la labor cognoscitiva de la judicatura, ya que el perdedor de la litis siempre considerará injusta la resolución que lo desfavorece y querrá un fallo distinto, mediante la autoridad de cosa juzgada se pone un límite a la revisión del proceso y a las relaciones que se han constituido o declarado<sup>116</sup>.

Por esto se afirma que el proceso no es una sucesión de actos sin fin, y que llega un momento en que por razones obvias, hay que ponerle fin, por lo tanto los efectos que tenga la sentencia que se llegue a dictar, depende de las circunstancias legales en que se produzca, así lo afirma la doctrina, que todo juicio se falla con autoridad de cosa juzgada o de la misma manera, toda sentencia, no importa el proceso donde recaiga, produce cosa juzgada y consecuentemente lo que ella decida no puede ser discutido nuevamente<sup>117</sup>. Frente a este criterio se encuentra la tendencia doctrinaria que defiende la tesis que asume hay cosa juzgada en todo juicio donde la sentencia firme sea producto de un contradictorio con oportunidad de defensa, es decir que depende de las características de cada procedimiento para que en este se produzca o no este atributo, así en el proceso sumario de características limitadas no procederá la cosa juzgada. Entonces no todo proceso concluye con sentencia (firme) que adquiera autoridad de cosa juzgada, por la sencilla razón de que no todos los procesos gozan del mismo tratamiento en la legislación ordinaria, y entonces hay algunos donde el contradictorio tiene unas dimensiones distintas a las que se acuerdan para otros y de ahí la clásica división entre procesos sumarios (juicio ejecutivo) y plenarios (juicio ordinario), por eso es legítimo que el legislador otorgue efectos y consecuencias distintas a las sentencias, según pertenezcan o no a alguno de esos tipos de procesos.

---

<sup>116</sup> Enciclopedia virtual Wikipedia, cosa juzgada, tomado de [http://es.wikipedia.org/wiki/Cosa\\_juzgada](http://es.wikipedia.org/wiki/Cosa_juzgada) (citado en Febrero del 2010)

<sup>117</sup> Raúl Espinosa Fuentes, **Manual de Procedimiento Civil**, Sexta edición, Santiago de Chile, pág. 139

Por esta razón, la doctrina adhiriéndose a la segunda corriente, para rebatir y dar explicación a los que consideran que solo existe una calidad de cosa juzgada y que esta recae sobre todo proceso judicial y si no cumple con los requisitos necesarios simplemente el dictamen no goza de este atributo, clasificaron a los efectos de la cosa juzgada en "cosa juzgada formal" y "cosa juzgada material". Tomamos éstos términos como inapropiados, para efectos del presente trabajo, pues de conformidad con las disposiciones procesales, lo que esencialmente se regula es un efecto limitado y otro amplio a distintos tipos de sentencias. En otras palabras, no es propio atribuir, por ejemplo, carácter de cosa juzgada formal a la sentencia que se dicta en un proceso ejecutivo en atención a que puede ser revisado en otro proceso de conocimiento más amplio (plenario). Lo que debería decirse, como ya algunos lo señalan, es que la sentencia recaída en un proceso ejecutivo no produce cosa juzgada, ya que se otorgan efectos diferentes a las sentencias, según los procesos donde se produzcan.

Entonces consideran que cosa juzgada formal es aquella que implica la imposibilidad que una determinada decisión sea recurrida, es decir supone la improcedencia o cierre de los recursos procesales contra ésta dentro de su procedimiento. En otras palabras, una resolución judicial que goza de esta clase de cosa juzgada no puede ser objeto de más recursos, sus efectos se producen exclusivamente en el proceso en que se ha dictado la sentencia, por lo que se considera precaria (pues sus efectos podrían desvirtuarse en un proceso distinto). Y catalogan a la cosa juzgada material como aquella que implica la intocabilidad de un resultado procesal mediante el inicio de un nuevo juicio, es decir que no puede ser atacado de nuevo, al cerrarse toda posibilidad de que se emita una decisión que se contradiga o se oponga a lo antes dictado. Sus efectos se producen en el proceso en que se dictó la sentencia y en otros futuros, por lo que se considera estable, inmutable y permanente (porque es eficaz dentro y fuera del respectivo proceso)<sup>118</sup>.

En nuestro criterio, y de lo explicado, es claro que la calidad de cosa juzgada formal es un concepto que no debería existir ya que no responde a la naturaleza de la institución por no compartir su principal finalidad que es la seguridad y certeza jurídica que motivan la inmutabilidad de los derechos decididos o declarados en una providencia judicial que posee entre sus elementos a las partes, al objeto y a la causa, es decir que los derechos no

---

<sup>118</sup> Enciclopedia virtual Wikipedia, cosa juzgada, tomado de [http://es.wikipedia.org/wiki/Cosa\\_juzgada](http://es.wikipedia.org/wiki/Cosa_juzgada) (citado en Febrero del 2010)

podrán mutar mientras las partes, el objeto o la causa que los originaron no se modifiquen, o extingan. Nace como respuesta a cierto tipo de resoluciones emanadas de procedimientos peculiares como los de interdicción, los de alimentos o en sí los llamados *Rebus Sic Stantibus*, que si bien resuelven el fondo del asunto, su causa, objeto o partes pueden cambiar y generar obviamente que el derecho se modifique en cuanto a su valor, cantidad, especie, calidad, etc.; o se extinga como en la interdicción o patria potestad. Pero hay que ser realistas y específicos, mientras sus elementos no cambien la sentencia resuelve y seguirá resolviendo su fondo, y obviamente *mutatis mutandis* si cambian, modifican o extinguen sus elementos la sentencia a la que dan base debe cambiar, por lo tanto nacerá otra que resuelva el fondo del asunto con sus nuevos elementos (recordemos que para que opere la cosa juzgada debe haber identidad objetiva, subjetiva y causal, y si algo cambia ya no existe identidad y por lo tanto no existirá cosa juzgada) y ésta decisión judicial permanece inmutable por lo menos hasta que cambien sus elementos; por lo que encontramos lógico que la certeza y seguridad jurídica en nada deben de oponerse con este tipo de procedimientos, es más pueden coexistir otorgando a las partes la seguridad de que mientras duren los elementos mencionados, continuarán en la situación asignada, es decir con los derechos y obligaciones correlativas declarados. Es así que la cosa juzgada formal fue creada por la doctrina para otorgar ciertos efectos parciales, diferentes a los efectos definitivos, a las sentencias que algún momento se puedan modificar o extinguir (un claro ejemplo de esto son las sentencias en el derecho penal) sin percatarse que mientras dure sus elementos esta sentencia realmente está gozando de los atributos que la institución de la cosa juzgada le otorga sin importar que después esta se pueda modificar mientras dure tendrán que obedecerla (interdicción, patria potestad, alimentos, etc).

Ahora producto del mal sentido que se ha dado a la inexistente cosa juzgada formal, creemos que nace la confusión entre el principio de seguridad y certeza jurídica propio de la cosa juzgada y el principio de justicia en cuanto a los fallos judiciales, recordemos que para garantizar la justicia existen instancias y recursos judiciales. Justicia que se pretende alcanzar en la primera instancia a través de la etapa de conocimiento junto a la sana crítica judicial (para que el juez valore, juzgue y decida lo que es real procesalmente hablando), conocimiento que será extremo debido a que el demandado tiene derecho a oponerse con las defensas que se crea asistido, así no sean pertinentes o ciertas, pero sin embargo deben ser aceptadas en pos de la justicia, para trabar la litis y que el juez tenga más

elementos de valoración que endurezcan y ratifiquen su criterio con respecto a “lo que debe ser”. Así la doctrina considera que los procesos que por su propia naturaleza no admiten una etapa de conocimiento amplia producto de una restricción cualitativa necesaria en la defensa, procesos que ya revisten certeza jurídica o una vehementísima presunción de certeza y veracidad sobre las partes, objeto y causas de la existencia de un derecho vulnerado y su correlativa obligación insatisfecha, contenidos en un título ejecutivo o de ejecución; razón por la cual jurídicamente no se pueden aceptar excepciones que no sean encaminadas a atacar esta presunción o la forma en que se la presenta (véase 1.4 y 1.5.1); no causarán cosa juzgada material, es decir consideran que no resuelven el fondo del asunto y por lo tanto pueden cambiar, o que no revisten la fuerza inmutable debido a que por uno u otro motivo no pudieron atravesar una etapa de conocimiento amplia en la que se faculte al demandado a proponer excepciones tan libremente como considere necesario, sin tener en cuenta la calidad del proceso sobre el cual un juez se fundamentó para expedir ese dictamen, y como vimos en el punto anterior, muchas veces responden a conceptos filosóficos de justicia más que a conceptos reales de certeza y seguridad jurídica. Entonces consideran que el juicio ejecutivo únicamente causa cosa juzgada formal y por consiguiente puede proponerse un juicio ordinario posterior, asunto sobre el cual volveremos adelante.

#### **2.4.2. La cosa juzgada material y la revisión de sentencia.-**

Creemos que la doctrina al hacer esta distinción entre cosa juzgada material y formal entra en la confusión con el deseo de justicia procesal y la seguridad jurídica, que necesariamente deben existir para dar confianza, tranquilidad y certeza a los miembros de la sociedad sobre el sistema de administración de justicia. Conceptos que poseen sus propios mecanismos jurídicos para hacerlos efectivos, así encontramos que la justicia, al menos la procesal, encuentra su efectividad en la instancias y recursos judiciales, si el vencido en juicio considera que por algún motivo u otro (olvido de excepciones o falta de medio para demostrarlas, falta de valoración judicial, de oportunidades, falta de términos, de solemnidades, de imparcialidad, etc.) puede hacer uso de los recursos judiciales tanto horizontales como verticales. Y en lo tocante a la seguridad y certeza jurídica que se debe transmitir a los usuarios a través del sistema de justicia, encuentra su efectividad mediante la inimpugnabilidad, que quiere decir que una sentencia que goza de cosa juzgada no puede ser revisada por ningún juez cuando se hayan agotado todos los recursos que dé la ley, en otras palabras es inatacable, no admite recurso alguno; la inmutabilidad,

característica que considera que la sentencia no es atacable indirectamente, es decir no es posible abrir un nuevo proceso sobre el mismo tema, ya que otra autoridad no puede modificar los términos de una sentencia pasada en cosa juzgada, y su eficacia trasciende a toda clase de juicio; y finalmente a través de la coerción, que consiste en la posibilidad de ejecución forzada en los casos de sentencia de condena.

Pues bien, si el fundamento suficiente para creer que la justicia procesal se alcanza a través del ataque indirecto a la sentencia, es decir que en caso de no haber existido una oposición amplia y su consiguiente etapa de conocimiento lata, entonces podríamos caer en la falacia de que ningún juicio ordinario (plenario) cause cosa juzgada material, ya que tal vez el demandado no pudo proponer o probar todas sus excepciones o por la característica del derecho reclamado no se permitieron más excepciones y por consiguiente, siguiendo este pensamiento, si posterior al dictamen de una sentencia de condena en un juicio ordinario el demandado vencido conoce o adquiere nuevas excepciones este debería poder proponer otro proceso para oponerse con estas nuevas defensas. Anotaremos dos cosas, la primera que esa defensa de la justicia se la puede hacer a través de los recursos judiciales horizontales y verticales sin necesidad de permitir la apertura de otro proceso para tratar esas peculiaridades; y la segunda que esto generaría una completa inseguridad y falta de certeza jurídica, transformando a la administración de justicia en un caos, que es justamente de lo que nos previene la autoridad de cosa juzgada, aun cuando esta decisión, a la que defiende y reviste de efectos, no corresponda a la verdad de los hechos que la motivaron (a lo que se llama verdad procesal, diferente a la verdad histórica).

Entonces la llamada cosa juzgada material, para nosotros la cosa juzgada, es la que genera certeza de que las decisiones judiciales en firme resolvieron el fondo de la litis, es decir todos los hechos y derechos controvertidos entre las partes con amplia libertad para la oposición, y es la que nos permitirá crear estos efectos de inmutabilidad, inimpugnabilidad y coerción en las sentencias expedidas en este tipo de procedimiento. Encontramos en este concepto como institución que la sentencia en firme prohíbe sea revocada, o susceptible de otro recurso ordinario o extraordinario y por lo tanto impone la negativa de que se abra otro juicio cuyo resultado pueda oponerse al ya dictaminado, pero en la práctica ésta se tramita como excepción, y es una de las perentorias más comunes, en la cual deben concurrir la identidad objetiva, subjetiva y causal para que esta opere, más

no la identidad en las excepciones o en las defensas que promueve el demandado, es decir que si concurren las identidades antes señaladas, el demandado no podrá proponer estas excepciones en otro proceso diferente, porque simplemente es ésta la seguridad y certeza jurídica que la cosa juzgada otorga a las providencias judiciales en firme. Por lo tanto esta es la que prohíbe la revisión de una sentencia por considerar que se ha resuelto su fondo y que concurren ciertas identidades que podrían generar fallos judiciales contrapuestos.

#### **2.4.2.1 Revisión de la sentencia ejecutiva.-**

Es menester ahora indagar si la sentencia ejecutiva efectivamente causa cosa juzgada o simplemente no lo hace (en términos convencionales queremos decir si la sentencia ejecutiva causa cosa juzgada material o solamente cosa juzgada formal). Revisamos al tratar de la sentencia ejecutiva, que la doctrina considera que esta únicamente causa cosa juzgada formal, ya que dimana de un procedimiento sumario con restricción de la oposición y límites en las excepciones, lo que desemboca en un conocimiento judicial limitado, que teóricamente impediría que el juez resuelva sobre el fondo del asunto, que en éste tema en particular, y al parecer de la doctrina, es la existencia o no del derecho vulnerado que pertenezca al ejecutante y cuya obligación se encuentra insatisfecha por quien figura como ejecutado; dejando de lado la fuerza ejecutiva con la que se encuentre revestido el título y la formalidad que recubra al documento, pues, creen que al verificar estas vehementísimas presunciones, únicamente se juzga sobre la formalidad del proceso y no sobre su fondo, por lo que permiten que la sentencia ejecutiva no sea investida con el señorío de la cosa juzgada como institución que garantice su seguridad y certeza jurídica.

Entonces revisaremos si al dictar sentencia en un juicio ejecutivo se está resolviendo su forma o si ésta indirectamente, y de una manera segura, resuelve también su fondo. Al tratar sobre la sentencia ejecutiva revisamos que la función que ésta posee es la de verificar la vehementísima presunción del título, verificar sus formalidades y servir “como el sobre” en el cual se transporte al título a su inmediata ejecución, y dijimos también, que lo que se ejecutaba, por ende, era el título ejecutivo revestido de *imperium* necesario a través de la sentencia ejecutiva. Así tenemos que la sentencia seguirá el tenor de la literalidad del título y por consiguiente los elementos de fondo que ésta verifica (sujetos, objeto y causa) dimanarán de este documento, que son justamente la identidad objetiva, subjetiva y causal que requiere la institución de cosa juzgada para operar. Ahora si bien es cierto que por la

naturaleza ejecutiva de éste procedimiento, las excepciones con las que el deudor-demandado puede oponerse, son tasadas y expresamente indicadas en la ley, y como observamos en su momento, éstas únicamente van dirigidas a atacar la fuerza ejecutiva del título y sus formalidades; no se permitirá que la traba de la litis sea sobre cuestiones distintas a estos puntos (excepciones dilatorias, inexigibilidad o iliquidez de la obligación, nulidad formal o falsedad de título, extinción total o parcial de la obligación y sobre requerimientos previos para que el documento sea oponible en juicio), por lo que el juez no podrá conocer principalmente sobre el objeto y la causa del derecho con su correlativa obligación, ya que la traba de la litis es el marco general en el que él puede juzgar.

Pero, en nuestro criterio, esto no es completamente cierto, es decir, lo es de una manera directa, ya que el juez ciertamente no puede conocer sobre la causa y el objeto de la existencia del derecho, pero indirectamente la realidad cambia. Sabemos que para que una sentencia tenga la fuerza vinculante irrevocable cuando está en firme (cosa juzgada), definitiva de un juicio, debe haber decidido por el mérito en un tipo de proceso que permite el contradictorio exhaustivo sobre el fondo de la relación litigiosa; que justamente, según la doctrina, es lo que no sucede en un juicio sumario o ejecutivo, ya que el contradictorio no es exhaustivo por no buscar la declaración de un derecho, sino su verificación y ejecución. Al tratar del título ejecutivo y su vehementísima presunción de certeza y veracidad, junto con las formalidades que reviste para su procedencia, habíamos mencionado ciertos principios y atributos que la ley y la doctrina han otorgado a estos documentos por sus características y procedencia, así vemos que son regidos por principios como la incorporación, dice que el derecho que deriva del título se encuentra como adherido a él, dentro de él, documento sin el cual ese derecho no puede dar fe de su existencia, es parte sustancial del título y éste a la vez será la formalidad del derecho; la autonomía, determina que el título es completo y libre de causa, se entiende que el acreedor actual tiene un derecho propio, autónomo y si el deudor reconoce su participación en la celebración de aquel documento (por su rúbrica o cualquier otro modo), no importa la causa que le motivo, por lo tanto, no le son oponibles las excepciones que el deudor podría invocar frente a su participación en él, existe una relación real, objetiva, instrumentalizada, independiente de las causas que pudieran haber determinado la creación del título; la literalidad, significa que los derechos, las partes y las correlativas obligaciones deben constar por escrito en el documento (deben ser líquidas, puras, claras y determinadas), porque son los términos

señalados en éste los que determina su contenido y efectos. Son estos atributos y principios los que desembocan en la presunción de legitimidad, para ley el título se presumirá legítimo y ejecutable hasta que no se dictamine lo contrario, para lo cual se debe desvirtuar esta presunción en la forma legalmente establecida.

Entonces por un lado tenemos un procedimiento que por su naturaleza no permite entrar a conocer el fondo del asunto por no buscar una declaración del derecho, y por el otro un documento que contiene el objeto determinado de la litis, sus partes plenamente identificadas, la causa de origen que se sobreentiende contenida en él, el derecho perteneciente al acreedor que está incorporado y que está revestido de presunciones de legitimidad y certeza. Así el deudor-demandado al atacar el documento (formal y substancialmente), ataca directamente su fuerza ejecutiva (presunciones vehementes de legitimidad, certeza y veracidad), y ataca indirectamente su autonomía, incorporación, legitimidad, literalidad, su obligación ejecutiva; y con esto, si logra vencer al documento lograra que sus presunciones no se verifiquen, estará pues, atacando y venciendo al objeto y a la causa del proceso (a la causa, razón o derecho y a la cosa, cantidad o hecho). Por esto creemos que las excepciones con las que el deudor-demandado está facultado para oponerse, son suficientes para destruir al título formal y substancialmente, con lo que logrará desvirtuar sus vehementes presunciones y alcanzará que no se verifiquen para evitar su ejecución. Conjuntamente, de una manera indirecta y dependiendo de cada caso, si el juez admite las excepciones, está admitiendo también que el derecho es inexistente o que no es el que se pretende ejecutar, que la causa es inexistente o ilegal, que la obligación no tiene lugar o que no es clara, pura, líquida, de plazo vencido y determinada, que no hay legitimación de las partes o que no eran capaces para celebrar actos jurídicos, etc<sup>119</sup>. En otra palabras, con las excepciones permitidas en juicio ejecutivo, si son bien empleadas, se puede atacar al título tanto formal como sustancialmente, y con esto de una manera indirecta se logrará llegar al fondo del proceso, recordemos que lo limitado son las excepciones, más no los medios probatorios y el deudor podrá valerse de ellos para probar sus excepciones que, una vez admitidas desvirtuarán también el fondo del litigio, evitando así la ejecución injusta.

---

<sup>119</sup> Todo lo anotado en estas líneas, fue hecho a manera de ejemplo y para hacer notar que el juez de una manera indirecta, a través de la admisión de las excepciones taxativas, está también resolviendo sobre el fondo principal del asunto, el cual obviamente dependerá de cada caso y de las circunstancias que éste revista.

Por lo comentado, creemos que la sentencia al verificar las presunciones del título, también verifica el fondo del procedimiento, ya que el título está diseñado de tal manera que si este es redargüido y echado abajo, también lo será su contenido y principios; por lo tanto creemos la sentencia verifica y resuelve el fondo del procedimiento y deberá causar efectos de cosa juzgada frente a otros juicios, por lo que no debería existir la posibilidad de que ésta sea revisada en un juicio ordinario posterior, que como hemos visto esto es más una cuestión de justicia que puede ser saneada con recursos judiciales.

#### **2.4.3. Juicio ordinario posterior en la legislación ecuatoriana.-**

De los pocos beneficios y características ejecutivas que aún proporcionaba la legislación nacional al ya tan desnaturalizado juicio ejecutivo ecuatoriano, con ésta disposición que faculta al deudor vencido a proponer un juicio ordinario posterior, termina definitivamente con las cualidades ejecutivas de esta vía, trastornándola en infructuosa y truncando sus finalidades. Si un acreedor ejecutivo, que como sabemos en nuestra legislación puede ser con título ejecutivo o de ejecución, resulta ganador y logra en este trámite se declare que es dueño de un derecho que le convierte en acreedor de una prestación producto de una obligación insatisfecha por quien figura como deudor, ésta sentencia, si el deudor vencido así lo decide, puede ser revisada en otro juicio ordinario posterior que detiene los efectos del primero hasta que en este se dicte una sentencia que se espera no sea contradictoria. Es decir termina por desnaturalizar completamente al procedimiento ejecutivo y tornarlo en el más ineficaz de todos los procedimientos “ejecutivos” en legislación comparada, es más, torna ineficaz a un procedimiento de conocimiento como es el nuestro, porque no le faculta pasar a su etapa de ejecución directa, ya que debe esperar otro dictamen en el mismo sentido, para ser ejecutada directamente por la vía de apremio.

Así encontramos en nuestro código adjetivo civil que “El acreedor no podrá ser pagado antes de rendir fianza, de conformidad con la ley y a satisfacción del juez, por los resultados del juicio ordinario, siempre que lo solicite el deudor, manifestando que tiene que intentar la vía ordinaria. En este caso no se admitirán las excepciones que hubieren sido materia de sentencia en juicio ejecutivo”<sup>120</sup>. Entendemos, que a pesar de lo comentado con respecto a la cosa juzgada material, nuestra legislación faculte abrir otro juicio con

---

<sup>120</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 488 primer párrafo.

completa identidad objetiva, subjetiva y causal, con el juicio tramitado en vía ejecutiva, por considerar que este procedimiento no causa efectos de cosa juzgada material. Pero en la realidad sabemos que nuestro juicio ejecutivo por la libertad con la que permite al demandado se oponga en el proceso, pasa por una etapa de contradictorio exhaustiva, en donde el juez debe conocer el fondo mismo del asunto y deja de lado las características y ejecución que el documento ejecutivo apareja, sabemos que nuestro juicio es un procedimiento de conocimiento, y a pesar de esto, el legislador niega los efectos de cosa juzgada material, o simplemente cosa juzgada en nuestro criterio, y permite que una sentencia declarativa de condena, sea revisada en otro procedimiento ordinario de conocimiento.

La sentencia de nuestro juicio ejecutivo, es una sentencia declarativa de condena, que por sus características y por la calidad del proceso del que dimana, debe pasar por autoridad de cosa juzgada, nuestro legislador niega aquellas facultades y cae en el ilógico jurídico de permitir otro proceso, (con las mismas identidades) por excepciones que no se hayan propuesto, las cuales en el proceso ejecutivo no son limitadas, entonces deja que se abran dos procesos debido a que el demandado no propuso o no recordó todas las excepciones que podía oponer. A diferencia de lo que ocurre con el acreedor, el deudor, en el proceso ejecutivo ecuatoriano, puede olvidarse, o no desear proponer ciertas excepciones; puede llegar, inclusive, a perder el juicio, pero la ley le franquea la posibilidad de ventilar en juicio ordinario aquellas excepciones que no se hubieren tramitado en el juicio ejecutivo, es decir, el deudor no tiene el mismo problema que el acreedor, pues aun cuando se le niegue la casación, puede ejercer el juicio ordinario posterior. Este distingo procesal conlleva a la injusticia de que, si se acepta el criterio que el juicio ejecutivo no es verdaderamente de conocimiento, el acreedor ve terminada su esperanza de cobrar el crédito por el mero hecho de haber intentado la vía ejecutiva, que tiene estación probatoria únicamente en primera instancia, juicio en el cual se le negó su derecho al cobro, pues ya no tendrá la oportunidad de que una sentencia equivocada de tal instancia, que se ha pronunciado sobre una cuestión de fondo, sea revisada en otra instancia<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> Gonzalo Noboa, El Juicio Ejecutivo es un Proceso de Conocimiento, Revista Jurídica online, tomado de [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=427&Itemid=101](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=427&Itemid=101) (citado en Marzo del 2010)

Para nuestra sentencia debería operar el señorío de la cosa juzgada, por ser producto de un proceso con libertad de defensa y con un amplio conocimiento; y consecuentemente deberá poseer el carácter de la inmutabilidad y no se debería permitir la apertura de un nuevo procedimiento que verse sobre lo mismo y que puede generar sentencias contradictorias.

## **2.5. Beneficios y privilegios en el juicio ejecutivo.-**

Como hemos revisado, el juicio ejecutivo, con naturaleza realmente ejecutiva, posee muchos beneficios para el accionante que busca ejecutar un derecho previamente reconocido en un documento legalmente válido. Muchos de estos beneficios y privilegios, propios de esta vía, resultan de sus características, y para tener una idea mucho más clara, las compararemos con las características de un proceso ordinario de conocimiento, así tenemos que es mucho más célere que un ordinario, ya que restringe la etapa de conocimiento y la litis; No existe discusión o un derecho controvertido que genere gastos de recursos en su demostración procesal; Otorga seguridad jurídica de un derecho vulnerado y exclusivamente se decida a satisfacerlo; La citación al deudor se la hacer a través de una ato de pago que compele al demandado al cumplimiento; No posee mayores solemnidades que entorpezcan su desenvolvimiento; El título hace prueba suficiente para demostrar la existencia del derecho; Posee instancias y recursos limitados; Prohíbe la creación de incidentes; Prohíbe la acumulación de autos, entre otras<sup>122</sup>.

Las características otorgadas por la doctrina para esta vía se reflejan en bondades para los accionantes ejecutivos, es decir para quienes se encuentran respaldados con la acción ejecutiva, así el trámite asegura un obrar judicial para adaptar la conducta del deudor fallido al cumplimiento de la obligación insatisfecha para satisfacer el derecho vulnerado, mediante el uso de métodos coercitivos y, de ser necesario coactivamente. El acreedor titulado adquiere acceso legal a una vía célere de términos cortos, con concentración en las diligencias (varios actos en la misma diligencia), recursos limitados, con conocimiento restringido en donde no habrá derechos controvertidos, posee la facultad de solicitar junto con la demanda medidas ejecutivas para asegurar el cumplimiento, los incidentes son limitados para concentrarse exclusivamente en la ejecución, en donde no cabe acumulación de autos, el demandado empieza en una posición de desventaja, la prueba

---

<sup>122</sup> Ermo Quisbert, **Procesos de Ejecución**, tomado de <http://ermoquisbert.tripod.com/> , pág. 36-37, (citado en Marzo del 2010)

suficiente es el documento que apareja ejecución, el auto de pago reconoce anticipadamente el derecho del autos, limita las defensas del deudor para oponerse a la acción ejecutiva.

Como vemos la vía ejecutiva está llena de beneficios y privilegios para el accionante titulado, los mismos que no podría encontrar en otros trámites ordinarios o de conocimiento, y esto es porque se presume con certeza que el derecho que posee el acreedor es real y que su obligación está insatisfecha, por lo que el trámite empieza con un “favoritismo” hacia él, y por ende la doctrina crea una vía expedita para satisfacer el derecho y la obligación que no ha sido cumplida, voluntariamente dentro del plazo, por el deudor con beneficios que lo diferencie de otros procedimientos y que lo haga tentativo para su transcurso.

#### **2.5.1. Los beneficios en el juicio ejecutivo ecuatoriano.-**

Como es lógico si la base en la que una institución se fundamenta es defectuosa, pues su estructura y resultados también lo serán; los frutos que el juicio ejecutivo puede producir son directamente los beneficios que obtendrá el ejecutante que transite esta vía; y si su naturaleza y estructura son inexactas o defectuosas, pues, es obvio, que estos beneficios serán imperfectos o inexistentes; con lo que la vía perderá todo interés y, contrariamente para lo que fue creada, producirá detrimentos a quienes la transiten y en ciertos casos hasta tornarán inejecutables ciertas obligaciones pendientes y ciertas propiedad del acreedor.

Con la revisión que hemos hecho a lo largo del presente trabajo del juicio ejecutivo ecuatoriano, podemos apreciar como la falta de técnica jurídica ha ido destrozando los beneficios ya características que generan la naturaleza de esta vía ejecutiva. Así el código de procedimiento civil nacional al no colocar taxativamente las excepciones de las que el deudor pueda valerse, no limita la defensa y por consiguiente tampoco lo hace con la litis y el conocimiento judicial, lo que convierte al proceso en un ordinario de conocimiento, destruyendo así su celeridad y sus presunciones de certeza. Esta quizás es la más grande falla de nuestro código ya que desnaturaliza de entrada al proceso, pero en el resto de su articulado referente al proceso ejecutivo, encontramos más incorrecciones que destruyen completamente sus beneficios y lo tornan en un procedimiento infructuoso y obsoleto para sus fines.

Así la conducta judicial inmediatamente queda modificada de un obrar físico a un conocimiento intelectual que toma mucho más tiempo en resolver, por consiguiente su dictamen, en lugar de verificar las presunciones del título y transportarlo a su inmediata ejecución, se convierte en una verdadera sentencia declarativa de condena, que posteriormente puede ser modificada. Nuestra legislación no hace una diferenciación entre títulos ejecutivos y de ejecución, otorgándoles así las mismas atribuciones y retardando la ejecución de estos últimos al hacerlos transitar por una etapa de verificación innecesaria (que en nuestro sistema es de conocimiento innecesaria). Al no limitar las defensas deja completamente sin efecto la vehementísima presunción de veracidad y certeza con la que la ley reviste a estos títulos y permite entrar a conocer, algo que ya está decidido por la realidad incorporada en él, como sus hechos y fundamentos. Desnaturaliza ciertos actos ejecutivos como el primer dictamen conminatorio al cumplimiento, y lo torna en una simple invitación a conocer y a participar en el juicio que se plateó en su contra, dejando así de lado la posición privilegiada que posee el acreedor ante su deudor. Conjuntamente no plantea la posibilidad de proponer verdaderas medidas ejecutivas con el uso de la coacción y las circunscribe dentro del ámbito de medidas cautelares, que poco beneficio aportan al ejecutante titulado. Olvida completamente la posibilidad de solicitar el embargo preventivo como medida de aseguramiento y ejecución de un derecho vulnerado y su obligación insatisfecha. Permite, anti técnicamente, que el señorío y efecto de cosa juzgada sea vulnerado en ésta sentencia que dimana de un proceso con una amplia defensa, al hacerla revisable por otro juicio similar posterior al principal, mutando así lo decidido por el primer juez.

Como vemos todas las bondades y beneficios que esta vía tan útilmente debe aportar a sus usuarios titulados, por estar respaldados de una acción propia y autónoma, quedan automáticamente menoscabados y hacen que estos usuarios pierdan interés en una institución tan importante procesalmente hablando, como es el juicio ejecutivo, variante técnica de un proceso de ejecución directa. Un procedimiento tan necesario en la actualidad, producto de la vorágine con la que la sociedad se relaciona entre sí y con el estado, comercial y jurídicamente hablando, que encierra privilegios y seguridades únicos en su modo, no debe ser malentendido y mal utilizado; ya que sus fines están especialmente diseñados para satisfacer una necesidad demandante de la sociedad, que

ve coartada toda posibilidad de hacer cumplir los derechos y las obligaciones constantes en títulos legalmente válidos que adquirieron preventivamente o les fueron otorgados de manera extrajudicial, que son plenamente útiles y conllevan aparejada ejecución. Así se crea un ambiente de inseguridad jurídica y desconfianza que motiva a la sociedad a que asegure el cumplimiento de sus derechos, de manera extrajudicial, y no siempre lícita, dejando en desuso tanto a los títulos ejecutivos como a la administración de justicia y a la vía ejecutiva.

## CAPÍTULO III

### 3. EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL JUICIO EJECUTIVO Y LA SENTENCIA INNECESARIA.

Como recurso que tiene por objeto revisar una sentencia o auto judicial que contiene una incorrecta interpretación o aplicación de la ley, o que ha sido dictada en un procedimiento que no ha cumplido las solemnidades legales, es decir por un *error in iudicando* o bien *error in procedendo* respectivamente; es general aceptación por la doctrina y tratadistas que la casación es extraordinaria, y las leyes que la norman deben interpretarse restrictivamente, por lo tanto una vez de terminado que este recurso solo opera para las sentencias y autos emitidas en los procesos desconocimiento, no procede en juicio ejecutivo<sup>123</sup>, por lo que en este capítulo revisaremos las motivaciones y requisitos para que una providencia judicial pueda ser aceptada a trámite en este recurso y bajo que causales opera su admisión.

En general la casación es un recurso y los recursos son medios de impugnación más restringidos, que como tal se dirige a atacar las resoluciones judiciales (tanto de fondo como de forma, producto de la violación o falta de aplicación de una norma constitucional o legal) con las que los litigantes no están de acuerdo; y consecuentemente su objetivo es evitar vicios y errores en ellas, minimizando la posibilidad de una resolución injusta (así lo mencionamos en lo referente a justicia y seguridad jurídica) por lo que se les denomina remedios. En esencia son derechos de los ciudadanos para impugnar resoluciones que les pueden resultar injustas y alcanzar la justicia como un derivado del debido proceso, operan como un medio de control facultado por la posibilidad de disentir con las decisiones judiciales que todo sujeto procesal posee.

Es extraordinario porque para su conocimiento el recurso tiene motivos limitados y el tribunal de casación no puede entrar a conocer de las cuestiones de hecho, que se sobreentiende tratadas en las instancias anteriores. No toda cuestión puede ser discutida, únicamente los defectos que la ley establece como motivos de casación. El tribunal solo revisa ciertos errores de la anterior instancia, es decir se limita a establecer si existen los errores enunciados como causales (realiza un examen de la estructura lógica reflejada en

---

<sup>123</sup> William López, **El Juicio Ejecutivo**, Quito, 2007, págs. 221.

la motivación de la sentencia). La institución posee, en palabras de Nieva Ferrol, fines aparentes y estrictos. Dentro de los fines aparentes coloca la formación de jurisprudencia (a través de ella el tribunal garantiza la protección de la norma) y la casación de sentencia contraria a derecho (esta no puede ser una finalidad estricta, ya que la sentencia que no casa la resolución impugnada, también forma jurisprudencia). Dentro de los fines estrictos distingue entre inmediatos o parciales y mediatos, en el primer grupo como fin principal, en palabras de Calamandrei, la función nomofiláctica, la protección del orden jurídico, la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia mediante la correcta interpretación de la norma. Como fin mediato apunta la prevención del principio de igualdad, puesto que la protección de la norma por un único ente jurisdiccional lleva a que sea interpretada igualitariamente. Podemos decir que existe un fin unificador que es el resguardo del principio de igualdad ante la ley asegurando la interpretación unitaria de la ley de fondo, sometida al más alto tribunal de justicia, al cual llega la causa con los hechos definitivamente fijados, para que solo se juzgue la corrección jurídica con que han sido calificados<sup>124</sup>, cabe agregar a estos fines y objetivos descritos, la tutela del derecho objetivo en busca de la seguridad jurídica mediante la unificación de la interpretación de las normas jurídicas.

Entonces estamos ante un recurso eminentemente jurisdiccional, como lo dice Fernández Soler “un medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de los errores judiciales atribuidos a la sentencia de mérito que le perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva o la anulación de la sentencia y una nueva decisión.” No obstante el recurso de casación se define siempre como un recurso extraordinario. Cabe ahondar un poco más en lo importante que es para la casación la separación entre hechos y derechos, que siendo términos generales, ésta trata solamente de un examen sobre la corrección jurídica del fallo, es decir exclusiva con respecto a las cuestiones de derecho que versen sobre los hechos que se declaren probados, o ya se sobreentienden tratados en instancias previas, por lo que los recurrentes no pueden referirse a hechos distintos a los establecidos por el juez aquo, ni dar por supuestos hechos y referirse como si fueren ya probados. Entonces se entiende que lo que el tribunal de casación realiza es una apreciación de la aplicación de

---

<sup>124</sup> Héctor de León Velasco, **El Recurso De Casación Penal**, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona-España, tomado de [http://www.tdr.cesca.es/TESIS\\_UAB/AVAILABLE/TDX-0131106-195857/halv1de1.pdf](http://www.tdr.cesca.es/TESIS_UAB/AVAILABLE/TDX-0131106-195857/halv1de1.pdf) págs. 126-128 (Citado en Marzo del 2010)

los conceptos normativos sobre lo fáctico, debido a que de cualquier forma en la mente de un juzgador se entrecruzan a lo largo del proceso los hechos fácticos con relación a la aplicación del derecho sobre ellos, es decir el juez no puede escindir en forma total los hechos del derecho, pero este no podrá aceptar nuevos hechos que no estén contemplados como probados por el inferior. El recurso de casación no se puede considerar como una nueva instancia, por ende no se pueden introducir hechos nuevos en el debate ni tampoco discutir los problemas fácticos de la sentencia porque la casación no es ni una alzada ni una apelación.

El recurso puede ser no admitido cuando no se fundamente es un documento susceptible o cuando no sea solicitado bajo el amparo de algunas de las causales taxativamente establecidas. Así será inadmisibile el recurso cuando se lo interpone por causas distintas a las legalmente contempladas, pero a pesar de esto consideramos que el carácter de extraordinario del recurso atenderá más a su naturaleza que a una limitación taxativa de motivos que hacen alusión a la tendencia rigurosa de la admisión del recurso; Será también inadmisibile cuando sean propuestas con resoluciones distintas a las legalmente aceptadas; Cuando no se presenten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con estos (en algunas legislaciones este impedimento no existe debido a que consideran que para ser verificado se necesita hacer un estudio de fondo del documento igual al realizado para dictar sentencia); Será inadmisibile el recurso cuando no se observen los requisitos que la ley exige para su preparación o interposición, como la falta de cita de la norma invocada, el señalamiento del daño producido o de la prueba no valorada, etc.; Cuando basados en pruebas documentales para solicitar casación por error en la apreciación de la prueba, éste no hubiere figurado en el proceso; Cuando el recurso carezca evidentemente de fundamento; O cuando el tribunal hubiese desestimado de fondo causas sustancialmente iguales<sup>125</sup>. Con esto podemos apreciar que aparte de que cumpla con los principales requisitos para su procedencia, lo que se pide de fondo a los recurrentes, es que señalen de una manera clara y lógica, es el error o errores de derecho cometidos en el fallo que se impugna, tomando en cuenta que dicho error debe estar contemplado en las causales que habilitan al recurso, y que consten los hechos que sirven como plataforma para recurrir

---

<sup>125</sup> Héctor de León Velasco, **El Recurso De Casación Penal**, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona-España, tomado de [http://www.tdr.cesca.es/TESIS\\_UAB/AVAILABLE/TDX-0131106-195857/halv1de1.pdf](http://www.tdr.cesca.es/TESIS_UAB/AVAILABLE/TDX-0131106-195857/halv1de1.pdf) págs. 144-147 (Citado en Marzo del 2010)

(que en ningún motivo deben dejar de vincularse a las causales para plantear el recurso) y que se han dado por probados en el tribunal de instancia. Entonces el recurrente se fundamentará exclusivamente en motivos de derecho, sean esto de fondo (una infracción a la ley o constitución) o de forma (de procedimiento). Por señalamiento expreso de la ley y la doctrina, el tribunal de casación, aparte de no permitir el trámite fuera de las indicaciones previstas, tendrá sus potestades jurisdiccionales de revisión restringidas por lo que no podrá plantearse y resolver todas las cuestiones que ya se plantearon en la instancia en la que se dictó la resolución impugnada; sino solo aquellos temas que constituyan los motivos de la casación alegados por el recurrente.

### **3.1. Resoluciones susceptibles y causales de casación.-**

Existen dos clases de resoluciones susceptibles de ser recurridas en recurso de casación, son los autos y las sentencias. Entre estos tenemos a las sentencias definitivas pronunciadas en procesos de conocimiento plenarios; Sentencias dictadas en ciertos juicios especiales; Resoluciones (autos) interlocutorias; Directamente contra la ejecución de una sentencia.

En las sentencias se presenta como recurribles las definitivas (aquellas con las que termina el proceso) dictadas por salas de apelación que resuelven recursos planteados contra jueces de instancia. Frente a estas sentencias tenemos las que la doctrina considere como no definitivas, es decir que no producen la terminación del proceso y mayoritariamente ordenan el reenvío para la iniciativa en otro juicio, es decir, se dicta sentencia para indicar que es necesario dejar sin efecto el juicio realizado y que en otro procedimiento se subsanen los defectos que dieron origen a este reenvío (en esta categoría sitúan a la sentencia del procedimiento ejecutivo, en donde lo que hay que enviar a subsanar es la restricción de la contradicción, sobre lo cual volveremos más adelante). También es posible recurrir en casación de las sentencias definitivas dictadas en procedimientos abreviados. La casación opera contra autos definitivos que terminan el proceso, dictados por las salas de apelación, es decir autos que resuelven puntos importantes del juicio, en la doctrina nacional se los conoce como autos interlocutorios.

Como apreciamos claramente el recurso opera para procesos contenciosos de conocimiento (sus sentencias o autos definitivos), es decir en donde existe conflicto de intereses e incertidumbre jurídica, que requieren la intervención judicial para que lo

resuelva en uso de sus facultades jurisdiccionales; procedimientos que deben de cursar por un contradictorio exhaustivo con la finalidad de que todos los hechos y derechos alegados y negados por la contraparte traben una litis completa y el juez pueda conocer extensamente sobre todos los temas controvertidos, valorar los medios probatorios que aporten las partes y reconocer los hechos en los que se basa su criterio y darlos procesalmente por demostrados. Por estos motivos y esenciales diferencias con los procedimientos de ejecución, principalmente el juicio ejecutivo, es que éste no es permitido por la mayoría de las legislaciones para ser recurrido en recurso de casación. Conjuntamente nada menciona del resto de procedimientos (salvo algunas legislaciones que facultan la casación para procedimientos administrativos y de jurisdicción voluntaria) pero nada se manifiesta ha cerca del resto de clases de procedimientos como los de ejecución y los procedimiento cautelares. Pero en la práctica son muchos los tipos de juicios que han sido tratados en recurso de casación, principalmente por la necesidad de obtener pronunciamientos que guíen la interpretación y mantengan el orden jurídico del derecho objetivo en su integridad.

Sabemos, pues, cuales son los documentos y procedimientos que son aceptados para el recurso de casación, ahora es conveniente saber cuáles son las causales y procedencias tasadas que facultan la admisibilidad de estos dictámenes para ser impugnadas en el recurso extraordinario. La doctrina recoge la naturaleza jurídica de las motivaciones que se pueden invocar y las divide en sustantivas y procesales. En todas ellas subyace como esencia la violación de una norma jurídica o constitucional, así la aplicación contra texto expreso de la norma, la aplicación indebida de una norma impertinente, la interpretación errónea, la inaplicación de una norma de derecho material, entre otras constituyen algunas de las formas de violación del ordenamiento jurídico; así mismo decimos que la contravención de las normas que garantizan el debido proceso, o de las normas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales importan la violación de normas procesales, contempladas dentro del ordenamiento jurídico, serán entonces factibles de violación normas sustantivas y adjetivas<sup>126</sup>.

La violación por parte del juzgador o del tribunal de apelación se puede producir de muchas maneras, podemos observar algunas de ellas, la aplicación contra texto expreso de la norma por dolo o ignorancia inexcusable del juzgador; aplicación indebida o incorrecta de

---

<sup>126</sup> Jorge Carrión Lugo, **El Recurso de Casación**, Universidad de UNMSM, tomado de [http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/ius/n1\\_2001/5.pdf](http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/ius/n1_2001/5.pdf) pág. 33 (Citado en Marzo del 2010)

una norma, sea ésta impertinente, derogada, inaplicación de una norma constitucional, la inaplicación de una norma nacional; por interpretación errónea de una norma, falta de criterio y consiguiente error en la interpretación literal de una norma o en el espíritu de la misma; la no aplicación de una norma por desconocimiento de su existencia por dolo o desconocimiento.

Entonces estas son las razones principales de procedencia de la casación, pero esto generaría un carácter muy amplio en cuanto a su interpretación dependiendo de cada caso en concreto, y por naturaleza propia del recurso que es extraordinario, la doctrina y las legislaciones han tasado las causales para la admisión a la casación. Tenemos entonces: “Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva; Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente; Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto; Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis; Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles”<sup>127</sup>.

### **3.2. Limitación en la defensa y la cosa juzgada.-**

Según hemos revisado, gran parte de la doctrina prácticamente otorga la facultad para la revisión de los dictámenes judiciales en recurso de casación, a aquellos autos o sentencias que ponen fin a procesos con exhaustiva defensa, amplio conocimiento y en los que se hayan probado los hechos que motivaron la resolución judicial. Haciendo un análisis comparativo con algunos temas revisados en este trabajo encontramos que los procedimientos con un exhaustivo contradictorio, amplio conocimiento judicial y libertad en los medios probatorios, causan también el efecto jurídico de la cosa juzgada (cosa juzgada material). Es decir producen el efecto de inmutabilidad de lo decidido en aquellos

---

<sup>127</sup> **Ley de casación**, Quito-Ecuador. Artículo 3 de los números 1 al 5.

documentos, generando seguridad jurídica en los usuarios del sistema de administración de justicia.

Estas dos instituciones también comparten el requerimiento de que las resoluciones que, por un lado, permitirán su admisión en el caso de la casación, y por el otro, le otorgarán efectos legales en el caso de la cosa juzgada; deben resolver el asunto de fondo del litigio, es decir la casación no admitirá resoluciones provenientes de procesos que no resuelvan el fondo de la litis, ya que ésta requiere el conocimiento previo de los hechos y derechos que motivaron al juez en su decisión, ya que por ser un recurso meramente de derecho no puede conocer sobre el fondo del asunto. Y en cuanto a la cosa juzgada, si la resolución no resuelve el fondo, esta no será inmutable y se permitirá su análisis en un procedimiento ordinario posterior, por lo que no gozará de los efectos de inmutabilidad y seguridad jurídica.

Sabemos que el juicio ejecutivo por su naturaleza y como técnica jurídica para alcanzar su objetivo junto a sus finalidades, restringe la posibilidad del contradictorio que tiene el demandado-deudor, a través de la tasación y expresión taxativa de las excepciones que se admitirán durante el procedimiento; lo cual indiscutiblemente se traduce en una limitación de la defensa. Limitación que, como observamos al tratar de la cosa juzgada, sirve a la doctrina para fundamentar que en el procedimiento no se resuelve el fondo del asunto, ya que la litis será restringida en su traba y por consiguiente el conocimiento judicial también lo será. Así existirá efectos jurídicos de cosa juzgada en todo juicio donde la sentencia firme sea producto de un contradictorio con oportunidad de defensa, es decir que depende de las características de cada procedimiento para que en este se produzca o no este atributo, por lo tanto en el proceso sumario de características limitadas no procederá la cosa juzgada, y consiguientemente se podrá interponer un juicio ordinario posterior para tratar todas aquellas defensas, oposiciones y excepciones que no se hubieran topado en el juicio ejecutivo.

Frente a esto habíamos expresado nuestro criterio muy particular con respecto al alcance de la resolución en un juicio ejecutivo basado en un título con vehementísima presunción de certeza y veracidad, que entre sus elementos posee principios como la autonomía, independencia, incorporación, literalidad, certeza, etc. Principio y certezas que, como comentamos al tratar el punto 2.4.2.1, pueden ser indirectamente atacadas por las

excepciones con las que la ley faculta al deudor-demandado para ejercerse su derecho subjetivo a la contradicción entre éste tipo de documentos, en otras palabras con las excepciones permitidas en juicio ejecutivo, si son bien empleadas, se puede atacar al título tanto formal como sustancialmente, y con esto de una manera indirecta se logrará llegar al fondo del proceso, recordemos que lo limitado son las excepciones, más no los medios probatorios y el deudor podrá valerse de ellos para probar sus excepciones que, una vez admitidas desvirtuarán también el fondo del litigio. Por ello consideramos que este procedimiento al resolver sobre el título legal, también resuelve el fondo de la litis, ya que el título está diseñado de tal manera que si este es redargüido y echado abajo, también lo será su contenido y principios; por lo que indirectamente resuelve el fondo del procedimiento y deberá causar efectos de cosa juzgada frente a otros juicios.

Entonces por el tipo, naturaleza y sentido que posee el juicio ejecutivo civil, basado en documentos legalmente facultados para hacer fe sobre sus vehementes presunciones, aunque realmente limite la posibilidad del exhaustivo contradictorio, intrínsecamente está facultando al deudor-demandado a que, en caso de tener la razón sea sobre el título (su invalidez o inexistencia tanto formalidad como legal) o sea sobre el hecho o el derecho (inexistencia o falsedad sobre la causa y objeto del litigio), éste se defienda plenamente en el procedimiento formal como sustancialmente, ante quien pretenda hacer valer contra él documento que no presta mérito ejecutivo por cualquier razón (material o formal), y de esta manera se puede evitar una ejecución injusta, generando certeza y seguridad jurídica a todas las partes envueltas en el procedimiento, sobre la expedición de un fallo justo y apegado a la realidad procesal; Por lo cual, a nuestro criterio, la restricción en la defensa del deudor-demandado, ante una aparente acción ejecutiva, virtualmente nada tiene que ver con la no resolución del fondo del litigio, o la justicia que se llegue a verificar en el juicio ejecutivo.

### **3.2.1. Cosa juzgada formal y recurso de casación.-**

Vimos ya los requerimientos que poseen las resoluciones judiciales para que gocen del efecto de la cosa juzgada y su consiguiente inmutabilidad, que son parecidos a los que exige el recurso de casación. Hemos visto también que la doctrina distingue entre cosa juzgada material y cosa juzgada formal, principalmente por los efectos que otorga dependiendo de que el proceso resuelva o no el fondo del asunto litigioso, así la material es aquella que implica la inatacabilidad e inmutabilidad de un resultado procesal mediante el

inicio de un nuevo juicio, y sus efectos se producen en el proceso en que se dictó la resolución y en otros futuros, por haber resuelto el fondo de la litis; mientras que la formal, a decir de la doctrina, es aquella cuyos efectos se producen exclusivamente en el proceso en que se ha dictado la resolución, por lo que se considera precaria, pues sus efectos podrían desvirtuarse en un proceso nuevo, por creer que no resuelve el fondo del litigio, es el caso de una resolución emitida en un procedimiento sumario como el juicio ejecutivo, a diferencia de la material que opera para los procedimientos plenarios como los de conocimiento.

Con esta distinción que se realiza, entendemos por qué el recurso extraordinario de casación opera exclusivamente para procedimientos de conocimiento que resuelven puntos de derecho sobre los cuales no cabe la posibilidad de volverlos a discutir, es decir que revisten los efectos de la cosa juzgada material (o simplemente cosa juzgada), lo que definitivamente ocurre solamente en los procesos de conocimiento (los plenario ordinarios o verbal sumarios). Estamos de acuerdo en lo referente a que el dictamen judicial debe pasar por autoridad de cosa juzgada, ya que la casación al ser un recurso extraordinario dirigido a proteger la violación legal (sustantiva y adjetiva) y la constitucional, para lograr garantizar la seguridad del ordenamiento jurídico y su correcta interpretación, no podrá entrar a conocer los hechos que motivaron la resolución del inferior, los cuales deben venir plenamente probados desde el juez de instancia. Debido a que el tribunal al tramitar el recurso de casación, debe apreciar cómo fueron aplicados los conceptos normativos sobre los hechos fácticos que generaron la controversia legal, por lo que los hechos se delegan al conocimiento de los jueces inferiores para que ellos, mediante su sana crítica, los den como probados y sean admisibles para su tramitación en casación.

Ahora bien, sin importar del procedimiento del que vengan los autos o sentencias, cualquiera de estas resoluciones puede estar viciadas formal y sustancialmente, pueden violar o malinterpretar una ley adjetiva o sustantiva, o pueden violentar, malinterpretar o no aplicar una disposición constitucional; que objetivamente, cualquiera de estos casos, puede recaer sobre alguno de los requisitos de admisibilidad expresados taxativamente en la ley de casación. Entonces podemos observar que, sin importar del procedimiento que deriven, cualquier auto o sentencia puede ser susceptible de recurso de casación si cabe dentro de alguna de las causales de admisibilidad como aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales

obligatorios; aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, resolución de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis, o cuando la resolución no contuvieren los requisitos exigidos por la ley o si contienen decisiones contradictorias o incompatibles.

Conjuntamente con estos requisitos de admisión para los cuales se debe señalar expresamente el error o errores de derecho en los que incurre el dictamen que se impugna, el recurso de casación, conlleva requerimientos sobre el proceso, que justamente han sido los señalados líneas arriba, como la resolución del fondo de la litis, que se presenten los hechos probados, y que el procedimiento pase por autoridad de cosa juzgada. Consecuentemente para la admisión y tramitación de una impugnación ante el tribunal competente para el recurso de casación, el dictamen al que se refiere debe reunir ambos requisitos, es decir debe encajar en una o algunas de las causales taxativamente expresadas en la ley y debe de provenir de un procedimiento como el requerido.

Pero si nos referimos a las finalidades de la casación, como el recurso extraordinario y de derecho que es, nos encontramos con la formación de jurisprudencia, la protección de la norma, la función nomofiláctica es decir la protección del orden jurídico, la integridad de la legislación, la uniformidad de la jurisprudencia mediante la correcta interpretación, la prevención del principio de igualdad, la unificación del ordenamiento jurídico, la interpretación unitaria de la ley de fondo, la tutela del derecho objetivo en busca de la seguridad jurídica, entre otros. Podríamos afirmar que todo tema legal o todo impase jurídico debe poseer estas garantías y efectos, y que injusto sería segregarlos por provenir de procedimientos que técnicamente son los propios para sus finalidades; conjuntamente no podríamos olvidar que, como recurso de derecho, por su naturaleza debe ser limitado en cuanto al conocimiento de ciertas resoluciones que cumplan estos requisitos y que se encuadren en estas admisiones, justamente para no desnaturalizarlo haciendo que conozca sobre el fondo de los hechos y derechos o la pruebas que motivaron al juez de instancia para su dictamen, ya que así se convertiría en una tercera instancia cambiando su concepción sustancial de derecho y perdiendo su carácter de extraordinaria, que nada bien le haría al derecho procesal.

Ahora remitámonos al caso en particular del juicio ejecutivo, que gran parte de la doctrina y de los tratadistas niegan la posibilidad de que una sentencia emanada en esta vía pueda ser recurrida ante el tribunal competente por el recurso de casación, justamente por considerar que no hace cosa juzgada material, sino únicamente cosa juzgada formal, y que no traspasó por un procedimiento con un exhaustivo contradictorio que permita conocer los hechos de fondo de la litis lo que no permitiría que éstos sean probados en derecho. Entonces, con base en la doctrina, solamente los dictámenes judiciales que hagan cosa juzgada material podrán tramitarse y ser aceptados ante el tribunal competente para el recurso extraordinario de casación. Pero, como hemos manifestado algunas veces, en nuestro criterio muy particular consideramos que la sentencia emitida en el juicio ejecutivo si juzga, de una manera indirecta, el fondo del asunto, dejando por probado los hechos y derechos que generaron la obligación y la litis (existencia real de un documento legal, de un derecho cierto y una correlativa obligación ejecutiva insatisfecha y la participación de las partes implicadas en la calidad en las que figuran en el documento), y en su tramitación pueden ser objeto de alguna de las causales para su procedencia; por lo que consideramos que la sentencia emitida en un procedimiento de ejecución, por cumplir tanto con los requisitos de procedencia como con las causales necesarias para la tramitación del recurso extraordinario de casación, si debe ser facultado para su impugnación ante el tribunal competente. Consideramos también que muy necesario serían las garantías y efectos que otorga esta institución a las normas sustantivas y adjetivas aplicables a la ejecución, es decir al ordenamiento legal y constitucional que componen parte del procedimiento ejecutivo y los derechos y obligaciones que dentro de él se tratan; bastante falta hace jurisprudencia e interpretación sobre el juicio ejecutivo (medidas ejecutivas, actos ejecutivos, el auto de pago, la citación, la sentencia, la función del juez ejecutivo, la litis, los derechos reclamables y las obligaciones exigibles, sus beneficios y privilegios, los títulos ejecutivos, el juicio ordinario posterior, la restricción en la defensa, las excepciones, su naturaleza, entre otras), que aseguren la protección de la norma ejecutiva, la función nomofiláctica ejecutiva, la integridad de la legislación, la tutela del derecho objetivo en busca de la seguridad jurídica para los usuarios titulados de juicio ejecutivo.

### 3.3. Casación en el juicio ejecutivo ecuatoriano.-

La legislación nacional vigente adhiriéndose al criterio general de la doctrina, niega la posibilidad de impugnar en recurso de casación a las resoluciones (autos y sentencias) que no sean emitidas en juicios de conocimiento, como es el caso del juicio ejecutivo, así dice que “el recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.”<sup>128</sup> De lo que podemos inferir que para nuestro sistema de justicia, el proceso de ejecución no es un procedimiento de conocimiento, al menos teóricamente hablando.

Debemos conocer cuáles son los fundamentos legales y doctrinales que utiliza la legislación nacional para impedir que una sentencia emitida en vía ejecutiva sea impugnada a través del recurso de casación. De lo expresado en el artículo 2 de la ley de casación colegimos que no existe posibilidad jurídica de interponer el recurso de casación frente a sentencias y autos de procesos de ejecución o sus variantes como el juicio ejecutivo; lo mismo han expresado algunas salas de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la improcedencia del recurso casación en los juicios ejecutivos por considerar que éstos no son de aquellos que se conocen como "procesos de conocimiento. En lo principal las salas han sostenido lo siguiente: *"TERCERO: Por lo tanto, a partir de la vigencia a la Ley Reformatoria a la Ley de Casación del 8 de abril de 1997, no procede la interposición del recurso de casación respecto de las sentencias y autos que se dicten en otros procesos que no sean los de conocimiento resueltos en las vías ordinaria y verbal sumaria, como ocurre en el presente caso, ya que se trata de una sentencia dictada en juicio ejecutivo. La doctrina y la jurisprudencia así lo reconoce, Caravantes en su obra Tratado Histórico Crítico y Filosófico de los Procedimiento Judiciales, tomo 3, página 257, dice: "Por oposición y a diferencia de los proceso de conocimiento, el proceso ejecutivo no se dirige a declarar derechos dudosos o controvertidos, sino a llevar a efecto los que se hayan reconocido por acto o en títulos de tal fuerza que determine que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado para que sea atendido". Por su parte, el tratadista Francisco Beceña en su obra "Los Procedimientos Ejecutivos en el Derecho Procesal Español", pág. 82-83, explica las diferencias entre los proceso de conocimiento y los procesos de ejecución, expresando en síntesis que en este último "su especialidad consiste" en que "en*

---

<sup>128</sup> **Ley de casación**, Quito-Ecuador. Artículo 2 primer párrafo, de la procedencia.

*limine litis se decreta lo que en el procedimiento ordinario es con tenido en la decisión final" añadiendo que: "en los procedimientos ordinarios las decisiones ejecutivas son siempre tomadas después de agotado el período de declaración y sin posibilidad de volverse a reproducir"*<sup>129</sup>. Como podemos ver hace una diferenciación clara entre los procesos de conocimiento y los de ejecución, catalogando a nuestro procedimiento ejecutivo como de ejecución y basados en la procedencia del veto presidencial de 1997, impiden la facultad de impugnar en casación las sentencias de este tipo de procedimientos. Cosa que no pasaba anteriormente en nuestra legislación, en la que existen varias jurisprudencias sobre sentencias ejecutivas casadas, lo cual cambió en el juicio ejecutivo que por dinero siguió José Ávila Brito contra Zoila Chacha y Luis Humberto Arévalo resuelta por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil el 14 de enero de 1998, en donde aplicando la reforma a la ley de casación niega por improcedente el recurso de casación sobre la sentencia recurrida dicta en juicio ejecutivo<sup>130</sup>.

Con respecto a los fundamentos que motivaron a la reforma de la ley de casación, en lo tocante a la procedencia de las resoluciones emanadas en juicio de ejecución, la misma jurisprudencia nacional sostiene que *"no es menos cierto que la intención del Legislador fue la de evitar el abuso de este recurso, especialmente en estos juicios de cumplimiento o de ejecución, ya que se ha convertido en un mecanismo de postergación del cumplimiento de obligaciones por parte de los ejecutados, mas no la de coartar el legítimo derecho de los ejecutantes para recabar de sus deudores las correspondientes obligaciones con respaldo en un título ejecutivo ..."*<sup>131</sup>.

El proyecto para la reforma de la ley de casación fue vetado parcialmente por el ejecutivo, con base a los siguientes fundamentos, a decir de las Salas de la Corte Suprema, " 1. Art. 2 de la reforma: a) *Las únicas sentencias y autos susceptibles de casación son aquellos que resuelven puntos de derecho y respecto de los cuales no existe la posibilidad procesal de volverlos a discutir. En definitiva, tal cosa ocurre solamente en los procesos de conocimiento, es decir, dentro de nuestro sistema procesal civil, los que se sustancian por la vía ordinaria y verbal sumaria. Actualmente se abusa del recurso en una forma muy preocupante, especialmente en los juicios ejecutivos, que son aquellos en que se dará*

---

<sup>129</sup> Gaceta Judicial, Serie XVI, No. 10, Ecuador, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia., págs. 2570

<sup>130</sup> William López, **El Juicio Ejecutivo**, Quito, 2007, págs. 201-204.

<sup>131</sup> Registró Oficial # 216, Ecuador, lunes 21 de junio de 1999, págs. 24-25

*cumplimiento a lo dispuesto por el acto anterior que opera como título de ejecución normal', es decir, en los que el recurso de casación se ha convertido en un mecanismo para postergar indebidamente el cumplimiento de las obligaciones. Por lo tanto, es necesario limitar el recurso en ese sentido. Por ello se sugiere principalmente aumentar en el artículo 2 de la reforma después de la palabra "procesos" la frase "de conocimiento"<sup>132</sup>.*

Además, tal como lo anota la resolución de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema para apoyar a lo antes expuesto en cuanto a la resolución de puntos de derecho que no cabe volver a discutirlos, en el juicio ejecutivo la cosa juzgada no produce efectos definitivos, inamovibles e irrevocables, ya que de conformidad con el código de procedimiento civil, el deudor está facultado a intentar la vía ordinario posterior lo que permitirá la revisión, en la misma instancia, de lo decidido en la sentencia ejecutiva<sup>133</sup>.

Como podemos apreciar los fundamentos en lo que se basaron tanto la reforma como el veto parcial son completamente válidos y acordes a la doctrina dominante, pero encontramos un craso error en las apreciaciones realizadas tanto por los legisladores como por el presidente en canto a la naturaleza jurídica de nuestro juicio ejecutivo vigente. Lo que ha confluído en un desacierto legal y anti técnico de no permitir, en nuestro estricto caso actual, a un verdadero proceso de conocimiento su impugnación en recurso de casación. Pues, como ha sido materia del presente trabajo, consideramos que nuestro actual juicio ejecutivo, por su exhaustivo y libre contradictorio en el que no se limitan las excepciones ni se restringe el conocimiento y actitud judicial, sumado a muchos otros yerros en nuestro proceso, han convertido al juicio ejecutivo en un verdadero proceso de conocimiento que resuelve el fondo de la litis directamente como lo haría un juicio ordinario, y, por lo tanto, debería gozar del señorío de cosa juzgada, que claramente por ley son requisitos que facultan a un auto o sentencia emitido de este tipo de procedimientos a ser casados por el tribunal competente, siempre y cuando se adapten a alguna de las causales previstas en la ley de casación.

---

<sup>132</sup> Gonzalo Noboa, El Juicio Ejecutivo es un Proceso de Conocimiento, Revista Jurídica online, tomado de [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=427&Itemid=101](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=427&Itemid=101) (citado en Marzo del 2010)

<sup>133</sup> William López, **El Juicio Ejecutivo**, Quito, 2007, pág. 224

### 3.4. La sentencia innecesaria.-

Un aforismo bastante conocido señala que “justicia que demora no es justicia”, por lo que las tendencias contemporáneas persiguen un procedimiento más célere y simplificado, que maximice los beneficios, reduzca las desventajas y humanice tecnológicamente al proceso en cualquiera de sus estados y naturalezas. Así buscamos la reducción de procesos, plazos y costos, el uso de la tecnología, nuevas formas de solución de conflictos (MASC), la eliminación de los pasos dispendiosos. Todo esto siempre conservando el norte de la administración de justicia, que será la búsqueda de la verdad y el impartir justicia a los usuarios del sistema, objetivos que no deben ser contrapuestos, es decir no por más dispendioso o prolongado que sea un procedimiento necesariamente este debe ser más justo o viceversa. Junto con este objetivo central también se buscan otros objetivos complementarios, como la economía procesal, económica y temporal, que eviten los gastos gravosos que el procedimiento puede acarrear a las partes y al mismo Estado, pues, como bien lo señalaba Carnelutti “el servicio que el derecho procura al proceso, consiste en ordenar las actividades de que el proceso se compone, mediante atribución a cada uno de los agentes de poderes y deberes que tienden a garantizar su realización”.

Esto es justamente lo que en el juicio ejecutivo no se está cumpliendo, aparte de lo expresado anteriormente, creemos que en éste procedimiento se incurren en ciertos pronunciamientos repetitivos con el mismo sentido, que generan un verdadero gasto dispendioso de tiempo y recursos, tanto para los usuarios del sistema de administración de justicia, como para el Estado que actúa como sujeto pasivo y garante en la relación procesal. Entonces con la finalidad de procurar un efectivo y eficaz cumplimiento de lo establecido en el título ejecutivo y apegarse a los principios de celeridad, economía procesal y seguridad jurídica es necesario eliminar del proceso ejecutivo ciertas reiteraciones innecesaria y dispendiosa de pronunciamientos judiciales con el mismo sentido, cuando lo que se busca es que el título se verifique y adquiera fuerza ejecutoria.

Recordemos que para acceder a un juicio ejecutivo es necesaria la acción ejecutiva, que como característica posee un ingrediente extra en su causa, que es el título ejecutivo. Recordemos también que el primer pronunciamiento judicial y acto ejecutivo es el auto de pago o solvendo que, entre otras cosas, contiene el mandamiento de pago. Y finalmente buscamos un dictamen que dimanar del juez para que el título adquiera el *imperium*

necesario para su ejecución. A simple vista podemos apreciar la existencia de tres documentos, que en el caso de ser verificados, poseen el mismo sentido, finalidades, presunciones y prácticamente el mismo valor jurídico en caso de falta de oposición o en caso de que ésta no prospere.

Antes de revisar el sentido que poseen los títulos ejecutivos o de ejecución y su parecido práctico con el resto de pronunciamientos, revisaremos primero los pasos comunes en todo procedimiento ejecutivo. Como primer pronunciamiento judicial se emite el auto de pago o solvendo, que contiene la citación al deudor-demandado, orden de actos ejecutivos (embargo preventivo o medidas cautelares) y al mandato ejecutivo, que como estudiamos es una orden judicial que se pronuncia sobre la obligación del deudor y sus efectos de dar, hacer o no hacer alguna cosa a favor del acreedor. Una vez emitido el auto de pago, y sin haber ejercicio e la contradicción alguna, el juez debe emitir sentencia, tal como lo prevé el código de procedimiento civil al decir “Si el deudor no paga ni propone excepciones dentro del respectivo término, el juez, previa notificación, pronunciará sentencia, dentro del veinticuatro horas, mandando que el deudor cumpla inmediatamente la obligación. La sentencia causará ejecutoria”<sup>134</sup>. Sentencia que lógicamente contendrá las mismas consideraciones del auto de pago, convirtiendo a éste en un pronunciamiento innecesario, o transformando a la sentencia en una sentencia innecesaria, es decir, cuando no hay contradicción el auto de pago automáticamente debiera adquirir la forma de sentencia, generándose la homologación resolutive al de una sentencia.<sup>135</sup> Exactamente lo mismo ocurriría en el caso de que habiendo mediado oposición por parte del deudor-demandado, ésta no hubiese prosperado por cualquier motivo, el auto de pago debería adquirir forma de sentencia, con la salvedad de explicar las motivaciones por las cuales las excepciones fueron desechadas, pero con el mismo sentido y finalidad para su ejecución.

En estas líneas se encuentra acertadamente la doctrina chilena, la que considera que si el ejecutado no opone excepciones se omite la sentencia, y bastará el mandamiento de ejecución para que el acreedor pueda perseguir inmediatamente la realización de los bienes embargados. De esto entendemos que por no haber propuesto oposición se extinguen en forma irrevocable todos los derechos de los que el deudor está asistido (por

---

<sup>134</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 430.

<sup>135</sup> Revista Internauta de Práctica Jurídica, **Aspectos generales al Proceso Ejecutivo**, Agosto 2006, Tomado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127526> (citado en Marzo del 2010)

considerar acertadamente que el juicio ejecutivo si produce calidad de cosa juzgada), debiendo proseguir el apremio real hasta el monto que satisfaga le derecho del actor-ejecutante, auto de pago que pasará por autoridad de cosa juzgada.<sup>136</sup>

Pues bien, entendido como se produce una declaración judicial redundante y cómo podemos evitarla (siguiendo el ejemplo chileno), con el mismo sentido y en el mismo proceso, mencionaremos ahora que, en nuestro criterio, tanto el auto de pago como la subsiguiente sentencia ejecutiva lo que hacen es recoger el sentido y validar las pretensiones que transporta el título ejecutivo. Independientemente que esta se ejecutivo o de ejecución el titulo conlleva consigo grandes ventajas legales que facultan al acreedor titulado de una manera casi inequívoca a la realización efectiva de sus derechos vulnerados por el incumplimiento voluntario de un deudor fallido, ventajas que plasmadas en la práctica se traducen en principios y pretensiones que se comunican al juzgador directamente con la presencia del documento. Lo que el juzgador hace en primera fase es asumir la veracidad de las presunciones que el título le proyecta y reconocerlas como ciertas en contra de determinada persona y a favor del acreedor, es decir de primera mano el juez conoce la vulneración de un derecho, la obligación insatisfecha, las partes procesales y su participación en aquella relación jurídica. Hechos y derechos que los substancia en el auto de pago como su reconocimiento anticipado, transportados en el título a través de los principios y presunciones legales que a este le revisten, por lo que éste auto traslada el mismo sentido y la misma finalidad que el título. Que para nosotros en sí, genera la existencia repetitiva de dos instrumentos legales con el mismo sentido, cuando por eficacia y eficiencia jurídica este auto debería únicamente reconocer al título verificando de antemano sus presunciones, para poder conminar al ejecutado al cumplimiento, y sabemos que posteriormente la sentencia, en el caso de ser favorable, recogerá estos mismos criterios, como ya lo manifestamos líneas atrás, produciéndose una triple reiteración con documentos legalmente válidos que simplemente deberían homologarse uno a otro y finalmente terminar ejecutando el documento que dio la razón de ser del procedimiento, el título ejecutivo.

---

<sup>136</sup> Raúl Espinosa Fuentes, **Manual de Procedimiento Civil**, Sexta edición, Santiago de Chile, pág. 135

### 3.4.1. Juicios conexos y sentencia innecesaria.-

Vimos en el punto anterior que, en caso general, dentro del trámite existen dos documentos legalmente válidos que se deben emitir en el mismo proceso con el mismo sentido, el auto de pago o solvendo y la sentencia ejecutiva, redundancia que en otras legislaciones ha logrado eliminar como en el caso chileno. Emitimos también nuestro criterio al considerar que cuando media un título ejecutivo, como es lo común en el juicio ejecutivo, prácticamente existen tres documentos legalmente válidos con el mismo sentido, dentro del mismo procedimiento. Pero aun existe un caso dentro del cual la emisión innecesaria de dictámenes judiciales se hace completamente evidente y hasta ilógica, por necesitar un pronunciamiento que verifique lo ya decidido con autoridad de cosa juzgada, es justamente el caso de los juicios conexos que provienen el supuesto que ciertos título de ejecución se someten a la vía ejecutiva.

Para entender este hecho de reiteración dispendiosa y completamente innecesaria, revisaremos las bases que le han dado paso en la tramitación actual, así tenemos que uno de los más graves inconvenientes constituye sin duda la existencia de una sentencia que durante su evolución perdió el nombre hispánico de sentencia de “remate”, la cual debe dictarse con o sin contradicción, lo cual se hubiese podido evitar siguiendo el modelo de la legislación chilena o uruguaya, y se hubiese eliminado la necesidad de dictar sentencia cuando no mediara contradicción, de esta forma se podría ver claramente que la contradicción es con relación al proceso ejecutivo un incidente de conocimiento<sup>137</sup>. Y una razón aún más importante para prohibir la innecesaria emisión de dictámenes semejantes en sentido y valor jurídico, comprende la seguridad jurídica de lo decidido en procedimientos declarativos de condena, cuyas sentencias pueden ser utilizadas como documento necesario para habilitar el juicio ejecutivo, a pesar de ser un título de ejecución que faculta iniciar inmediatamente su ejecución directa.

Entonces en el caso de los títulos de ejecución judiciales, tomemos el ejemplo de una sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada que debió nacer de un proceso de conocimiento con naturaleza declarativa de condena, ésta tiene ya mérito ejecutivo, lo que quiere decir que puede ser directamente ejecutada por vía de apremio (procedimiento de ejecución puro). Pero por falta de segmentación entre título de ejecución y ejecutivo, el

---

<sup>137</sup> Revista Internauta de Práctica Jurídica, **Aspectos generales al Proceso Ejecutivo**, Agosto 2006, Tomado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127526> (citado en Marzo del 2010)

accionante accede por la vía ejecutiva, se inicia éste proceso con la emisión de un auto de pago o solvendo que contiene el mandato ejecutivo con el mismo tenor de la sentencia del proceso de cognición. Posteriormente, y si no media contradicción o de mediar esta no prospera, se vuelve a emitir sentencia con el mismo tenor del mandato ejecutivo, que es el mismo que el del título (la sentencia declarativa de condena). Entonces existen tres pronunciamientos con valor legal, repetitivos, iguales e innecesarios que podrían ser subsanados cuando uno reconozca al otro y se homologuen en sus efectos y peso jurídico, tal como debe ocurrir con la sentencia que será “el sobre” en donde se transporte al título para su ejecución, en último término lo que se ejecuta es el documento que dio origen al procedimiento.

La doctrina considera como juicios conexos aquellos procedimientos relacionados entre sí, como en el caso de los procesos de conocimiento de condena, cuya resolución puede abrir paso a un procedimiento de ejecución para validar sus pronunciamientos y posteriormente crear un documento con mérito ejecutivo. En nuestra legislación siguen siendo considerados títulos ejecutivos, es decir aquellos que se tramitan por vía ejecutiva, los documentos judiciales, cuando en realidad son títulos de ejecución, que al igual que la sentencia ejecutiva poseen mérito ejecutivo directamente, así lo entendemos cuando la ley dice que “Los fallos expedidos en los juicios sumarios o en los ordinarios, que no se ejecuten en la forma especial señalada por la Ley, se llevarán a efecto del mismo modo que las sentencias dictadas en el juicio ejecutivo, siguiendo éste desde ese punto de partida”<sup>138</sup>, en cuanto a la igualdad de efectos jurídicos que otorga la ley a las sentencias de condena obtenidas en procesos de conocimiento y ejecutivos. Si bien es cierto algún distingo se hace al disponer que, al menos este tipo de títulos de ejecución (sentencias pasadas por autoridad de cosa juzgada), no necesariamente deban tratarse por vía ejecutiva para obtener su ejecución, “No es necesario iniciar juicio ejecutivo para llevar a ejecución la sentencia recaída en juicio ordinario”<sup>139</sup>, pero esta mención se la hace sin particularizar estos documentos de los demás títulos ejecutivos que son los que facultan la vía ejecutiva, pues, la misma ley dice “Son títulos ejecutivos: la confesión de parte, hecha con juramento ante juez competente; la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada...”<sup>140</sup>, lo que, generalmente por desconocimiento, hace que muchos acreedores titulados con estos documentos, abran vía

---

<sup>138</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 488.

<sup>139</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 490.

<sup>140</sup> **Código de Procedimiento Civil**, Quito-Ecuador. Artículo 413.

ejecutiva para hacer valer los derechos en ellos reconocidos. Esto sin mencionar la triple reiteración de criterios existentes entre un documento que posee efectos de cosa juzgada (inmutabilidad la que podría, eventualmente y dependiendo de las circunstancias, verse afectada por una sentencia ejecutiva adversa); el auto de pago o solvendo, que recoge los mismos criterios y sentidos que la sentencia ordinaria; y posteriormente, en caso de no haber oposición o de no prosperar ésta, la sentencia ejecutiva, que en última instancia se ejecuta igual que la sentencia ordinaria que abrió las puertas a este dispendioso e innecesario procedimiento.

La sentencia innecesaria, especialmente en los juicios conexos, genera una pérdida de tiempo, dinero y recursos tanto de las partes como del Estado, insatisfacción en los usuarios, una carga procesal indebida (por volverse a probar los hechos ya resueltos al expedir la sentencia que se pretende ejecutar), entre otros gastos impropios de la vía. Recordemos que el juicio ejecutivo debe guiarse por principios básicos, entre los que se encuentran la celeridad, economía, justicia, garantía, que responde a los aforismos “máxima tutela en el mínimo tiempo posible”, “máxima tutela, mínima actividad procesal” y “máxima garantía procesal, mínimo dispendio económico”<sup>141</sup>, siendo éste el norte que debe gobernar a la técnica jurídica para la elaboración de la norma que regirá tan importante función del Estado.

---

<sup>141</sup> Revista Internauta de Práctica Jurídica, **Aspectos generales al Proceso Ejecutivo**, Agosto 2006, Tomado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127526> (citado en Marzo del 2010)

## CAPÍTULO IV

### 4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

#### 4.1. Conclusiones.-

El telos del presente trabajo versa sobre la verdadera naturaleza jurídica que tiene el juicio ejecutivo, principalmente en diferenciarla del resto de procedimientos como los cognoscitivos, hemos revisado que este procedimiento es una variante del proceso de ejecución puro, lo cual lo convierte inequívocamente en uno de éstos, diseñado específicamente para ciertos documentos con presunciones legales de validez denominados títulos ejecutivos. Sin embargo concluimos que en la legislación nacional vigente el juicio ejecutivo, producto de la falta de técnica jurídica en el momento de su elaboración, ha desnaturalizado su esencia ejecutiva, transformándolo en su clasificación, características y efectos, en un proceso de conocimiento (declarativo de condena) con términos cortos y recursos limitados, privándole de sus bondades, privilegios y beneficios. Con base en estas nociones generales y después de haberlas revisado a lo largo del presente trabajo, concluimos que:

Cualquiera que sea nuestra posición, es innegable la existencia de una clase de título extrajudicial fruto de un acto o un negocio entre civiles de manera preventiva, anterior al momento del incumplimiento, que guarda la existencia de un derecho preexistente o subyacente, que se halle transgredido (título ejecutivo). Documento que faculta al uso en derecho de la acción ejecutiva, siendo misma acción que abre las puertas al proceso de ejecución, con la salvedad de que está fundamentada en un título ejecutivo y no de ejecución. Entonces existe una diferencia en el extremo de la *causa petendi* que se suma como un ingrediente a la composición de la estructura en la acción ejecutiva, es el título. Así el juicio ejecutivo por su origen, objeto, pretensión y finalidad pertenece al proceso de ejecución pero su acción está basada en títulos ejecutivos lo cual le concede una autonomía sustancial dentro de los procedimientos de ejecución.

El juicio ejecutivo es un procedimiento de ejecución autónomo, propio y específico para los títulos ejecutivos, de naturaleza definitivamente ejecutiva, pública, jurisdiccional, autónoma,

contenciosa, sumaria y específica; que cuenta con su propia metodología en pos de un objetivo y finalidades determinadas.

Es necesario y hasta indispensable que dentro del procedimiento ejecutivo el juez conozca sobre los hechos y derechos que motivan la causa (transportados en la literalidad del título), pero su naturaleza será *sui generis*, así podemos decir que es de carácter especial, propio del juicio ejecutivo; es incidental dentro del procedimiento, debido a la inversión del contradictorio y a la iniciativa del deudor-demandado; es limitado y restringido, debido a la limitación cuantitativa y cualitativa en las excepciones. Esta etapa no se encuentra reglada como paso fundamental del proceso, ya que se puede suprimir completamente cuando no existe contradicción o cuando las excepciones versan sobre pagos parciales o estas no prosperan; con lo cual también la etapa probatoria quedará suprimida del proceso bastando como prueba plena e incontrovertible del derecho y la obligación el título ejecutivo que las contiene. Esencialmente es diferente, en naturaleza, a la etapa de conocimiento que surge en un proceso cognoscitivo, lo cual reafirma la especificidad del juicio para la ejecución del título y lo somete a un conocimiento producto de la necesidad de oír al demandado y de contradecir las presunciones del título.

El conocimiento señalado se integra por la traba de la litis y podemos decir, pues, que también posee características propias; es incidental o eventual dentro del procedimiento, debido a la inversión del contradictorio, ya que de no haber contradicción (por así decidirlo el deudor) o por no asumirla (producto del silencio positivo) no habrá contradicción a las pretensiones del actor y por consiguiente no existirá litis o discusión; Y, en caso de existir, será circunscrita y restringida, debido a la limitación cuantitativa y cualitativa en las excepciones. Como vemos no es un paso fundamental del proceso ejecutivo, al igual que el conocimiento judicial al cual da origen, así al no existir contradicción o cuando las excepciones versan sobre pagos parciales, la litis quedará suprimida o reducida en el proceso. El efecto de la limitación de la litis es causado justamente por la restricción en la defensa que debe operar en el juicio ejecutivo para que este no se desnaturalice, así la oposición (defensa) no es extraña en los juicios ejecutivos, pero resulta fuertemente comprimida, reducida y desplazada en su aplicación práctica, al deudor demandado no se le invita normalmente a comparecer y contradecir las pretensiones, sino que es *provocado ad opponendum*, es decir a defenderse si lo estima oportuno y solo lo podrá hacer sobre el

precepto es decir sustancialmente sobre lo contenido en el título, y puede versar sobre la formalidad del documento, sobre su fondo y su forma. Con estos límites y aspectos podemos concluir que el contradictorio no está eliminado sino, en palabras de Redenti, reducido a una aplicación virtual que solo eventualmente puede pasar a ser efectiva y actual. Así el juez ejecutivo deberá conocer solamente sobre las pretensiones (pretensión ejecutiva) y las excepciones (dilatorias y las permitidas que ataquen la fuerza ejecutiva del título), caso contrario si se propone cualquier excepción sin tomar en cuenta la limitación taxativa cualitativa de la ley, está en la obligación de oficio, desecharlas y continuar con la ejecución.

La conducta judicial ejecutiva, derivada de la función que el juez debe desempeñar en el procedimiento ejecutivo, será entonces la de proveer una tutela privilegiada (la tutela ejecutiva tiene una triple finalidad: busca proteger y asegurar los intereses, derechos y obligaciones del ejecutante; otorgarle al ejecutado el ejercicio de sus garantías mínimas de defensa; y resolver de manera célere, económica, coercitiva y efectiva el caso), debe presumir, de acuerdo con la ley, que el ejecutante tiene la razón, le asiste el derecho como acreedor de cobrar, de ordenar el pago de esa deuda. Que haga algo en concreto en contra del deudor para obtener de éste el cumplimiento de una obligación (contenida en el documento, que debe ser ejecutiva), pues ya no se discute si quien pide tiene o no el derecho a ello, sino que ese derecho radica en él.

Ésta conducta se debe ver claramente reflejada en el dictamen que del juez se espera en esta clase de procedimientos, para guardar congruencia con sus objetivos y finalidades, entonces la sentencia ejecutiva buscará la verificación del *imperium* necesario para la ejecución directa del título ejecutivo extrajudicial o preventivo y la obligación ejecutiva en cuanto a su cumplimiento total o parcial, es decir, se espera un pronunciamiento certificadorio del carácter del título, que lo adopte y lo revista de *imperium*, para su posterior ejecución, por lo que podríamos decir que la sentencia ejecutiva sea el sobre en el que se transporta al título, envuelto de certezas y veracidades, para su inmediata ejecución.

En lo general producto de la falta de restricción cualitativa en las excepciones y por consiguiente en la defensa, puede un deudor demandado oponer libremente excepciones, lo que genera que la litis sea extensa en su traba y por consiguiente permite que el juez

conozca sobre todos los hechos y derechos controvertidos, teniendo así que cambiar su conducta de actuación hacia el conocimiento, en pos de una declaración de condena impropia de la vía ejecutiva, lo cual tergiversa sus finalidades y lo desnaturaliza en su esencia ejecutiva convirtiéndolo en un procedimiento de cognición con términos y recursos limitados.

Ésta la principal falencia de nuestro Código de Procedimiento Civil que desnaturaliza por completo el carácter de juicio ejecutivo, pero no creemos que sea la única, pues pensamos está acompañada de la innecesaria presencia de ciertas normas y la falta de otras, que modifican aún más los principios, naturaleza, objetivo y finalidades de esta vía.

Existe una clara diferenciación doctrinaria y práctica entre la composición y efectos de los títulos de ejecución y los títulos ejecutivos, por lo que podemos asegurar que son los títulos de ejecución los que permiten entrar directamente a la fase de ejecución, mientras que los ejecutivos requieren de la tramitación del correspondiente proceso ejecutivo para que se inicie su fase de ejecución, es decir que producto de las diferentes solemnidades que revisten a cada documento y por provenir de diferentes fuentes que, en un caso generan fuertes presunciones y, en el otro, certezas indubitables e indiscutibles; estos dos títulos deben generar efectos diferentes por ser jurídicamente diferentes. Ahora, poseemos muchos documentos que prestan mérito ejecutivo, el problema en nuestra legislación es que no se hace un distinguo entre los documentos mencionados como títulos ejecutivos, y lo que ya revisamos son verdaderos títulos de ejecución que permiten ingresar directamente a la fase de ejecución. El problema ecuatoriano surge cuando se equipara al título ejecutivo con el título de ejecución, ya que con el ánimo de fijar una política legislativa en el orden procesal que acompañe la complejidad del proceso económico, y la necesidad del tráfico comercial, se han definido como ejecutivos una serie de documentos que adolecen de fehaciencia, y que por eso deben transitar por el juicio ejecutivo para convertir esa presunción de certeza y veracidad en una fehaciente verdad del derecho y la obligación contenidas en él; pero al equiparar a los fallos judiciales con documentos extrajudiciales o preventivos, quitan toda virtud a estos títulos revestidos de *imperium*, sin pensar en las características y distinciones que ellos contienen, llegando al ilógico de la analogía, y la consiguiente confusión procesal que implica tratar como igual a lo que esencialmente es diferente.

El auto de solvendo (auto de pago en la legislación nacional), exclusivo del procedimiento ejecutivo, es la primera muestra que hace el juez ejecutivo del reconocimiento tácito que otorga a la presunción de certeza y veracidad que reviste al título ejecutivo, ordenando al deudor-demandado que cumpla con la obligación producto del derecho insatisfecho contenido en el documento que pretende ser verificado para su ejecución. Es la providencia con la cual pone en conocimiento del demandado que la administración de justicia podrá coaccionarlo para adaptar su conducta al cumplimiento de sus obligaciones previamente contraídas e insatisfechas; por lo cual, en prima fase, el juez reconoce anticipadamente la existencia de un derecho vulnerado propiedad del accionante ejecutivo, que consta con una obligación correlativa insatisfecha que debe ser cumplida por quien figura como deudor, y en caso de no cumplir con esta orden de reconocimiento anticipado que le compele, podrá ser coaccionado para su inmediato cumplimiento. Es pues el primero de los actos ejecutivos que debe ejercer el juez para demostrar su conducta de actuación, intentando modificar el comportamiento del deudor, a través de un requerimiento judicial que traslada un reconocimiento anticipado de su responsabilidad, conminándolo con la amenaza del uso de la fuerza. En nuestra legislación aparentemente, por como está redactada y, más aun, con la finalidad que el juez la dicta, cumple con el objetivo de notificar al deudor de que está siendo demandado por un título que se presume ejecutivo, y lo invita a comparecer al juicio para que proponga excepciones ante esta pretensión, lo cual es propio de la citación en los juicios ordinarios, actualmente ésta parece ser la única finalidad con la que se está emitiendo el auto de pago, dejando atrás el mandamiento de pago, y únicamente se lo coloca por disposición legal, pero que no compele al deudor al cumplimiento, ni comunica el apercibimiento del uso de la fuerza sobre sus bienes en caso de no adaptar su comportamiento a la satisfacción del derecho. La falta de amenaza y más aún de medidas preventivas, no generan esa sensación de presión que en otros países logran conminar al deudor al cumplimiento.

Debido a la naturaleza y finalidades del juicio ejecutivo, deben extenderse medidas que realmente sean ejecutivas, frente a las medidas cautelares, que si bien son dictadas con la misma finalidad, no cumplen con la misma función, tanto ante el deudor como ante el acreedor. Las medidas ejecutivas no son dependientes, en su esencia, del resultado final

del proceso, sea este favorable o no, simplemente están cumpliendo con la función de asegurar el cumplimiento y satisfacción de un derecho vulnerado. Entonces existen diferencias entre las medidas cautelares y las medidas ejecutivas, en razón del carácter instrumental de las medidas cautelares el mismo que se entiende en el sentido que ellas no son nunca fines en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas; carácter que no requiere ni reviste una medida ejecutiva que se dicta siempre después de haberse obtenido un título de ejecución o un título ejecutivo, aún cuando este último aun tenga pendiente su fase de verificación sobre su fuerza ejecutiva y formalidad en el proceso ejecutivo. Algo que salta a simple vista en el trámite ejecutivo nacional es la falta total de un acto ejecutivo que compela al deudor al cumplimiento, como sería un embargo preventivo, habla únicamente sobre medidas precautorias y la forma de hacerlas cesar. Lo que en ningún sentido nos hace entender que el deudor-demandado se deba sentir compelido o amenazado al cumplimiento, lo que desvirtúa una vez más la naturaleza y sentido de la vía ejecutiva, pues, sabemos que ya no buscamos cautelar ningún derecho posiblemente violentado, sino, buscamos ejecutar el título.

La tendencia doctrinaria mayoritaria defiende la tesis que asume hay cosa juzgada en todo juicio donde la sentencia firme sea producto de un exhaustivo contradictorio con oportunidad de defensa, es decir que depende de las características de cada procedimiento para que en este se produzca o no este atributo, así en el proceso sumario de características limitadas no procederá la cosa juzgada. Entonces no todo proceso concluye con sentencia que (firme) adquiera autoridad de cosa juzgada, por la sencilla razón de que no todos los procesos gozan del mismo tratamiento en la legislación ordinaria, y entonces hay algunos donde el contradictorio tiene unas dimensiones distintas a las que se acuerdan para otros y de ahí la clásica división entre procesos sumarios (juicio ejecutivo) y plenarios (juicio ordinario), por eso es legítimo que el legislador otorgue efectos y consecuencias distintas a las sentencias, según pertenezcan o no a alguno de esos tipos de procesos. Así lo decidido en juicio ejecutivo únicamente causará efectos de cosa juzgada formal, lo que permite su sentencia pueda ser revisada en un juicio ordinario posterior en donde el demandado tenga la amplia oportunidad de oponer defensa, la cual si causará el efecto de cosa juzgada material y su consecuente inmutabilidad. Actualmente el juicio ejecutivo ecuatoriano, faculta al deudor vencido a proponer un juicio ordinario posterior en caso de que lo considere necesario, lo que termina con las bondades de ésta vía, trastornándola en infructuosa y truncando sus finalidades. Aún cuando sabemos que, producto de la

desnaturalización ya mencionada, en nuestro procedimiento el juicio resuelve el fondo de la litis y permite tornar un exhaustivo contradictorio, y con esta posibilidad lo que hace es, es tronar ineficaz a un procedimiento de conocimiento como es el nuestro, y a pesar de esto, el legislador niega los efectos de cosa juzgada material, y permite que una sentencia declarativa de condena, sea revisada en otro procedimiento ordinario de conocimiento. Para nuestra sentencia (declarativa de condena) debería operar el señorío de la cosa juzgada, por ser producto de un proceso con libertad de defensa y con un amplio conocimiento; y consecuentemente deberá poseer el carácter de la inmutabilidad y no se debería permitir la apertura de un nuevo procedimiento que verse sobre lo mismo y que puede generar sentencias contradictorias.

La vía ejecutiva está llena de beneficios y privilegios para el accionante titulado, los mismos que no podría encontrar en otros trámites ordinarios o de conocimiento, y esto es porque se presume con certeza que el derecho que posee el acreedor es real y que su obligación está insatisfecha, por lo que el trámite empieza con un “favoritismo” hacia él, y por ende la doctrina crea una vía expedita para satisfacer el derecho y la obligación que no ha sido cumplida voluntariamente dentro del plazo por el deudor, con beneficios que lo diferencie de otros procedimientos y que lo haga tentativo para su transcurso. El acreedor titulado adquiere acceso legal a una vía célere de términos cortos, con concentración en las diligencias (varios actos en la misma diligencia), recursos limitados, con conocimiento restringido en donde no habrá derechos controvertidos, posee la facultad de solicitar junto con la demanda medidas ejecutivas para asegurar el cumplimiento, los incidentes son limitados para concentrarse exclusivamente en la ejecución, en donde no cabe acumulación de autos, el demandado empieza en una posición de desventaja, la prueba suficiente es el documento que apareja ejecución, el auto de pago reconoce anticipadamente el derecho del actor, limita las defensas del deudor para oponerse a la acción ejecutiva. Con la revisión que hemos hecho a lo largo del presente trabajo del juicio ejecutivo ecuatoriano, podemos apreciar como la falta de técnica jurídica ha ido destrozando los beneficios y características que generan la naturaleza de esta vía ejecutiva; todas las bondades y beneficios quedan automáticamente menoscabados y hacen que los usuarios pierdan interés en una institución tan importante procesalmente hablando, como es el juicio ejecutivo, variante técnica de un proceso de ejecución directa; así se crea una ambiente de inseguridad jurídica y desconfianza que motiva a la sociedad a

que asegure el cumplimiento de sus derechos, de manera extrajudicial, y no siempre lícita, dejando en desuso tanto a los títulos ejecutivos como a la administración de justicia y a la vía ejecutiva.

La casación es extraordinaria, y las leyes que la norman deben interpretarse restrictivamente, por lo tanto una vez determinado que este recurso solo opera para las sentencias y autos emitidos en los procesos de conocimiento, no procede en juicio ejecutivo. Es un recurso y consiguientemente un medio de impugnación más restringido, que como tal se dirige a atacar las resoluciones judiciales (tanto de fondo como de forma, producto de la violación de una norma constitucional o legal); cuyo objetivo es evitar vicios y errores en ellas, minimizando la posibilidad de una resolución injusta. Es extraordinario porque para su conocimiento el recurso tiene motivos limitados y el tribunal de casación no puede entrar a conocer de las cuestiones de hecho, que se sobreentiende tratadas en las instancias anteriores, no toda cuestión puede ser discutida, únicamente los defectos que la ley establece como motivos de casación. El recurso puede ser no admitido cuando no se fundamente en un documento susceptible o cuando no sea solicitado bajo el amparo de alguna de las causales taxativamente establecidas y solamente se admiten en dictámenes judiciales (sentencias definitivas pronunciadas en procesos de conocimiento; sentencias dictadas en ciertos juicios especiales; resoluciones (autos) interlocutorias; directamente contra la ejecución de una sentencia que resuelva el fondo de la litis), es decir que hayan pasado por autoridad de cosa juzgada. La legislación nacional vigente adhiriéndose al criterio general de la doctrina, niega la posibilidad de impugnar en recurso de casación a las resoluciones (autos y sentencias) que no sean emitidas en juicios de conocimiento, como es el caso del juicio ejecutivo. Pero encontramos un craso error en las apreciaciones realizadas tanto por los legisladores como por el presidente en cuanto a la naturaleza jurídica de nuestro juicio ejecutivo vigente, lo que ha confluído en un desacierto legal y anti técnico de no permitir, en nuestro estricto caso actual, a un verdadero proceso de conocimiento su impugnación en recurso de casación.

Dentro del trámite ejecutivo, generalmente, existen dos documentos legalmente válidos que se deben emitir en el mismo proceso con el mismo sentido, el auto de pago o solvendo y la sentencia ejecutiva, redundancia que en otras legislaciones se ha logrado eliminar, consideramos que cuando media un título ejecutivo, como es lo común en el juicio

ejecutivo, prácticamente existen tres documentos legalmente válidos con el mismo sentido, dentro del mismo procedimiento (título, auto de pago y sentencia) y con la misma finalidad, siempre y cuando no medie contradicción o cuando ésta no prospere. En el caso de los títulos de ejecución judiciales, debió nacer de un proceso de conocimiento con naturaleza declarativa de condena, ésta tiene ya mérito ejecutivo, lo que quiere decir que puede ser directamente ejecutada por vía de apremio (procedimiento de ejecución puro). Pero por falta de segmentación entre título de ejecución y ejecutivo, el accionante accede por la vía ejecutiva, se inicia éste proceso con la emisión de un auto de pago o solvendo que contiene el mandato ejecutivo con el mismo tenor de la sentencia del proceso de cognición. Posteriormente, y si no media contradicción o de mediar esta no prospera, se vuelve a emitir sentencia con el mismo tenor del mandato ejecutivo, que es el mismo que el del título (la sentencia declarativa de condena), entonces existen tres pronunciamientos con valor legal, repetitivos, iguales e innecesarios que podrían ser subsanados cuando uno reconozca al otro y se homologuen en sus efectos y peso jurídico.

#### **4.2. Recomendaciones.-**

En miras de obtener los mejores resultados para los accionantes titulados, que amparados bajo el ordenamiento nacional vigente, comparecen ante la administración de justicia y reclaman de ella la satisfacción, por cualquier medio, de un derecho cierto y vulnerado por un deudor que no quiere adaptar su conducta al cumplimiento de su obligación preexistente; y en pos de corregir la deficiente técnica jurídica empleada en la elaboración del actual Código de Procedimiento Civil, en lo concerniente al juicio ejecutivo, que ha desnaturalizado la esencia jurídica de este procedimiento, nos permitimos hacer las siguientes recomendaciones:

En la legislación nacional se debe definir y clasificar claramente al juicio ejecutivo y diferenciarlo del de conocimiento, ya que solo la doctrina, variante según la legislación que se comente, nos acerca a un concepto de esos procesos. Y deben existir diferencias esenciales en cuanto al trámite de los juicios ordinarios y verbal sumario (de conocimiento) y los ejecutivos (no de conocimiento), que se apeguen a los principios, finalidades, objetivos, beneficios, facilidades, facultades propios de cada procedimiento.

En la legislación nacional, siguiendo el ejemplo del mundo globalizado en todo sentido, se debería tender a la simplificación de los procedimientos y al uso de nuevas tecnologías que colaboren con las personas y el estado en busca de la tutela jurisdiccional. Así se podría empezar por hacer a los procedimientos, en su mayoría, orales y a obtener registros magnéticos (tecnológicos) que no tiendan a extraviarse o desaparecer como lo hacen los cuerpos de los procesos actualmente, lo cual dificulta e inclusive extingue el procedimiento y con él los derechos y obligaciones de las partes.

Debe tasarse taxativamente las excepciones que se puedan proponer dentro de un procedimiento ejecutivo, y señalar que las que no estén contempladas, serán desechadas de oficio, tal como lo hacen otras legislaciones en el continente americano (Brasil, Uruguay, Perú). Al momento de proponer las pretensiones u oponer las excepciones, deberán ser acompañadas de documentos que las sustenten, o en su defecto por lo menos anunciar las pruebas que se pretenderán hacer valer en juicio. Con lo cual tanto la defensa, la litis y el consecuente conocimiento judicial será restringido y direccionado exclusivamente a lo que será materia del proceso de ejecución en cuanto a su fondo.

Debe reglarse claramente la conducta del juez ejecutivo, definirla, entregarle atribuciones y auxiliares suficientes para que cumpla con su labor de actuación tendiente a vencer la resistencia del deudor fallido y adaptar su comportamiento al cumplimiento a favor del derecho perteneciente al actor titulado. Limitar técnicamente su conocimiento en cuanto a los hechos y derechos que puedan componer la traba de la litis ejecutiva y convertir al juez en una verdadera herramienta del derecho civil, que sea empleada por los acreedores para obtener el cumplimiento de sus deudores.

La sentencia ejecutiva o el dictamen que deba dictarse para concluir el procedimiento, debe recoger y homologarse al sentido y principios que recubren al título que se pretende ejecutar, es decir, verificar sus vehementes presunciones de veracidad y certeza, transportándolo directamente para su ejecución, de ésta forma lo que se ejecutará, como en principio debió ser, será el título que permitió el acceso a esta vía. Así se evitará que esta resolución sea diferente a la buscada en este trámite, transformándola en una sentencia declarativa de condena cuando eficientemente debe ser verificatoria del carácter del título.

Debe identificarse claramente los efectos y formalidades que pertenezcan a cada tipo de título para tener un concepto real y así otorgar la vía directa de ejecución, sin pasar por la etapa de verificación a los títulos que vengan revestidos de imperium necesario para la ejecución (títulos de ejecución); y segmentar a los títulos ejecutivos que facultan la tramitación de la vía ejecutiva para su verificación e inmediata ejecución. Para no caer en el ilógico jurídico de tratar como igual a lo esencialmente diferente.

Debe existir la facultad judicial para emplear medios ejecutivos, que acarreen verdaderas amenazas sobre el patrimonio del deudor fallido, desde el inicio del procedimiento ejecutivo, afines a sus objetivos, finalidades y principios. Como la existencia de un auto de pago con carácter similar al antiguo auto de solvendo, para compeler, desde el inicio, al cumplimiento bajo apercibimiento del uso de la fuerza, auto en el que el juez pueda, antes de notificar al demandado, solicitar se practiquen verdaderas medidas ejecutivas destinadas a satisfacer el derecho vulnerado, como el embargo preventivo, tal como se lo hace en otros países latinoamericanos.

En nuestra actualidad nacional se debería derogar la facultad que permite al deudor vencido en juicio ejecutivo proponer un juicio ordinario posterior, ya que su revisión atenta contra la institución de la cosa juzgada, al permitir se modifique una resolución emitida en un procedimiento con un amplio contradictorio que admite una defensa exhaustiva para que, dentro de la controversia, se trate y resuelva sobre el fondo del asunto. Es decir, actualmente se permite que en juicio ordinario se revise lo expedido en un juicio de conocimiento declarativo de condena, lo cual atenta contra la inmutabilidad y la seguridad jurídica, volviendo al procedimiento en un conjunto de pasos repetitivos. Aun cuando, en nuestro criterio, se debería otorgar a las sentencias que dimanen de un verdadero juicio con naturaleza ejecutiva, los efectos propios de la cosa juzgada material, por creer que indirectamente resuelven el fondo de la litis a través de la verificación de las presunciones y principios que revisten al título ejecutivo. Por lo cual, después de hacer las correcciones técnicas necesaria para otorgar la naturaleza de ejecutivo a nuestro procedimiento, se debería eliminar la posibilidad de que su sentencia sea revisada en la misma instancia por considerar que no se permitió una amplia defensa que conlleve al conocimiento del fondo de la litis.

Se debe proporcionar al juicio ejecutivo todas las bondades y privilegios naturales a ésta vía, para hacerla completamente atractiva y fructífera para que los accionantes titulados, confíen y vean en ella a la fórmula legal para satisfacer sus derechos insatisfechos por un deudor fallido. Para lo cual hay que dotarlos de acceso legal a una vía célere de términos cortos, con concentración en las diligencias (varios actos en la misma diligencia), recursos limitados, con conocimiento restringido en donde no habrá derechos controvertidos, con la facultad de solicitar junto con la demanda medidas ejecutivas para asegurar el cumplimiento, con incidentes limitados para concentrarse exclusivamente en la ejecución, en donde no cabe acumulación de autos, con una posición de desventaja para el demandado, en el cual la prueba suficiente es el documento que apareja ejecución, que cuanta con un auto de pago que reconoce anticipadamente el derecho del autor.

La sentencia que actualmente se emite en segunda instancia debería ser admitida al recurso de casación, por provenir de un procedimiento de conocimiento, en el cual se resuelve el fondo del asunto con autoridad de cosa juzgada material, que puede conllevar la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, adjetivo o constitucional, así como la jurisprudencia y las demás causales de admisión propias de la Ley de Casación. Entonces debe ser admitida por cumplir tanto con los requisitos de procedencia como por estar inmersa en alguna de las causales legales, que en nuestro criterio particular, consideramos que aunque no sea de una procedimiento de conocimiento del cual dimana la sentencia ejecutiva, esta debería ser permitida para impugnarla mediante casación, por resolver el fondo del litigio y estar revestida con los efectos de la cosa juzgada, así cumplir con la finalidad nomofiláctica de este recurso extraordinario.

Finalmente se debe eliminar la sentencia redundante con el mismo sentido en el proceso ejecutivo cuando no exista contradicción, o cuando esta no prospere, así evitaremos una triple reiteración innecesaria y dispendiosa como cuando iniciamos procedimiento ejecutivo con una sentencia declarativa de condena pasada por autoridad de cosa juzgada, la cual ya tiene mérito ejecutivo, el juez ejerce su primer acto ejecutivo y emite auto de pago con su correspondiente mandato ejecutivo, al mismo tenor de la sentencia del proceso de cognición, y posteriormente, sino existe contradicción o ésta no prospera, se vuelve a emitir

sentencia con el mismo tenor del auto de pago y del título que motivó la vía. Con esta eliminación de providencias redundantes e innecesarias se logrará mayor celeridad y económica procesal, ahorro de dinero tanto para el Estado como para los usuarios del sistema de justicia, generando confianza y seguridad jurídica.

## BIBIOGRAFÍA.

- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Constitución Política de la República del Ecuador. Quito, Ecuador (2008)
- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Código de Procedimiento Civil. Quito, Ecuador (2006)
- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Ley de Casación. Quito, Ecuador (2007)
- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Código de Comercio. Quito, Ecuador (2007)
- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Ley de Cheques. Quito, Ecuador (2007)
- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Ley de Compañías. Quito, Ecuador (2007)
- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Código Civil. Quito, Ecuador (2007)
- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Quito, Ecuador (2007)
- Carnelutti, Francesco, (Traducción de Hugo Alsina, Eduardo Couture). Instituciones del Proceso Civil. Buenos Aires: Ed. EJEA.
- Carnelutti, Francesco. Sistemas de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Tomo III: Ed. EJEA.
- Redenti, Enrico, Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Argentina, Tomo III: Ed. EJEA
- Alsina, Hugo. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires Argentina, Compañía Argentina de Ediciones (1961)
- Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta (2001)
- Chiovenda, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Madrid, España. Ed. Reus (1948)
- Claro Solar, Luis. Explicación de Derecho Civil Chileno y Comparado, Santiago, Chile, Imprenta Nascimento (1936)
- Carrión, Lugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Lima, Perú: Ed. Grijley (2000)
- Couture, Eduardo Proyecto de Procedimiento Civil. Buenos Aires: Ed. De Palma (1954)

- Espinoza, Raúl. Manual de Procedimiento Civil, Santiago, Chile (1977)
- Omeba, Enciclopedia Jurídica, Buenos Aires, Argentina (1979)
- Calamandrei, Piero, El Procedimiento Monitorio, Buenos Aires, Argentina
- Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil, México, Ed. Porrúa (1977)
- Troya, José. Elementos de derecho Procesal Civil, Quito, Ecuador
- Davis Echandia, Hernando Teoría General del Proceso. Buenos Aires: Ed. (1984)
- Davis Echandia, Hernando Compendio de Derecho Procesal Civil. Bogotá, Colombia (1979)
- Prieto Castro, Derecho Procesal Civil, Madrid, España (1969)
- Gurvich, M.A., Derecho Procesal Civil Soviético, Traducción Lubán Miguel
- Gutiérrez Cabiedes, Eduardo Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del Proceso Monitoreo en España. Madrid: Ed. De la Universidad (1974)
- Fenech Los procesos sumarios de ejecución. Barcelona: Estudios de Derecho Procesal (1962)
- Vécovi, Enrique Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano. México: UNAM (1978)
- López, William. El Juicio Ejecutivo, Quito, Ecuador, Ed. Jurídica del Ecuador (2007)
- Soberanes Fernandez, José., Historia del Juicio Ejecutivo Civil, México DF, México
- Ariamo Deho Eugenia, El Proceso de Ejecución, Lima, Perú
- Terán, Diego Borja El Juicio Ejecutivo en el Ecuador, Tesis Doctoral, Pontificia Universidad Católica Del Ecuador, Quito (1997)
- Revista Ruptura No. 49, año 2005, Quito-Ecuador, Artículo de Ernesto Guarderas Izquierdo, Característica de Liquidez en las Obligaciones de Dar No Dinerarias y de Hacer, (2005)
- Proceso de Ejecución, Diccionario Jurídico Todoiure, tomado de [http://tododeiure.atspace.com/diccionarios/juridico\\_p15.htm](http://tododeiure.atspace.com/diccionarios/juridico_p15.htm) (citado Diciembre del 2009)
- Ejecución Procesal, Enciclopedia GER, tomado de [http://www.canalsocial.net/GER/ficha\\_GER.asp?id=4893&cat=derecho](http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=4893&cat=derecho) (citado en Diciembre del 2009)
- Gonzalo Noboa, El Juicio Ejecutivo es un Proceso de Conocimiento, Revista Jurídica online, tomado de [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=427&Itemid=101](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=427&Itemid=101) (citado en Diciembre del 2009)

- Todoiure, De Proceso de conocimiento hasta Procesos voluntarios, Tomado de [http://tododeiure.atspace.com/diccionarios/juridico\\_p15.htm](http://tododeiure.atspace.com/diccionarios/juridico_p15.htm) (Citado en Diciembre del 2009)
- Luis Enrique Graham, El Juicio Ejecutivo Mercantil, Revista online Jurídicas, tomado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/18/leg/leg12.pdf> (Citado en Diciembre del 2009)
- Óscar José Martínez, El Procedimiento Monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, Tomado de <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/592/30.pdf> (Citado en Diciembre 2009)
- Revista Internauta de Práctica Jurídica, Aspectos generales al Proceso Ejecutivo, Agosto 2006, Tomado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127526> (citado en Enero del 2010)
- Jorge Appes, Principio de Congruencia, tomado de [http://www.egacal.com/upload/AAV\\_JorgeAppes.pdf](http://www.egacal.com/upload/AAV_JorgeAppes.pdf) (Citado en Enero del 2010)
- César Ramos Padilla, Teoría General de Los Títulos Valores, Tomado de <http://www.google.com/search?hl=es&q=principios+t%C3%ADtulos+valores&lr> , Primer hipervínculo, (Citado en Febrero del 2010).
- Enciclopedia virtual Wikipedia, cosa juzgada, tomado de [http://es.wikipedia.org/wiki/Cosa\\_juzgada](http://es.wikipedia.org/wiki/Cosa_juzgada) (citado en Febrero del 2010)
- Ermo Quisbert, Procesos de Ejecución, tomado de <http://ermoquisbert.tripod.com/> , pág. 36-37, (citado en Marzo del 2010)