

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

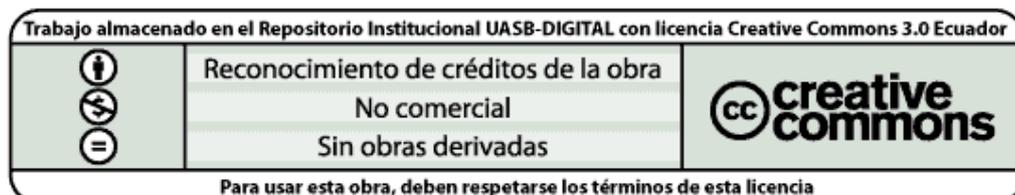
Programa de Maestría en Derecho Procesal

**El sistema de excepciones tasadas en el procedimiento
ejecutivo, establecido en el Código Orgánico General de
Procesos**

Autor: Ricardo Israel Hernández González

Tutor: Juan Francisco Guerrero

Quito, 2017



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis/monografía

Yo, Ricardo Israel Hernández González, autor de la tesis titulada “El sistema de excepciones tasadas en el procedimiento ejecutivo, establecido en el Código Orgánico General de Procesos”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha 28 de agosto de 2017

Firma.....

Resumen

El nuevo procedimiento ejecutivo que se regula en el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), adopta el sistema de excepciones tasadas que, desde hace varios años, funciona en varios países sudamericanos. En efecto, cuando el demandado se opone a la demanda sobre la base de la afirmación de nuevos hechos o de circunstancias bajo las cuales sucedieron, que extingan, alteren o suspendan sus efectos, formula *verdaderas excepciones*.¹

El artículo 353 del Código Orgánico General de Procesos ha establecido taxativamente aquellas que puede formular el demandado de un procedimiento ejecutivo en su contestación. En efecto, podrá alegar falta de ejecutividad del título aparejado a la demanda, su nulidad, su falsedad, la extinción total o parcial de la obligación reclamada, la existencia previa de un juicio penal por el delito de usura y las excepciones previas establecidas en el artículo 153 del propio COGEP.

La naturaleza jurídica del juicio ejecutivo es la pronta ejecución del crédito que el acreedor pretende en contra del demandado, sobre un derecho que no está en discusión pues se encuentra contenido en un título ejecutivo puro, claro, determinado y actualmente exigible. Se debe hacer notar que el COGEP ha eliminado el procedimiento establecido en el artículo 448 del derogado Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) el cual permitía la discusión de nuevas excepciones no planteadas en el juicio ejecutivo, a través de un proceso ordinario.

Este estudio socio-jurídico, exegético y sistemático, se enfocará en analizar la razón por la cual el nuevo procedimiento ejecutivo que contempla el COGEP, en efecto, pretende convertirse en un proceso de ejecución como tal, el cual tutele efectivamente los derechos del actor que pretende el cobro de un crédito en desmedro de los derechos de defensa y de contradicción del demandado.

¹ Alberto Hinojosa Minguéz, *Las excepciones en el proceso civil*, (Lima: Jurista editores, 2010) 55.

Palabras claves

Procedimiento ejecutivo; excepciones; previas; sustanciales; tutela judicial efectiva, derechos de contradicción y de defensa.

Agradecimientos

Con cordial afecto, agradezco al Dr. Juan Francisco Guerrero, profesional destacado y docente de esta Universidad, quien, al igual que lo hizo en mi tesis pregrado, dirigió esta investigación con entusiasmo y gran colaboración.

A los doctores Santiago y Ernesto Guarderas Izquierdo, por haberme permitido ser parte de su equipo de estudio del Código Orgánico General de Procesos y permitirme dar los primeros pasos en la cátedra universitaria. Sin duda, sus valiosos aportes han sido recogidos en este trabajo.

A mi familia, mis padres y mis hermanos, por todo su cariño.

A Johanna y Juan Manuel, mi inspiración. Gracias por su comprensión durante este tiempo de estudio y formación.

Finalmente a todos mis compañeros de la Especialización y de la Maestría, por permitirme representarlos ante las autoridades de esta Universidad, a quienes, además, felicito por su destacada y noble labor en favor de esta casa de estudio.

INDICE

Resumen.....	3
1.1. Antecedentes históricos del procedimiento ejecutivo dentro de los procesos de ejecución	9
1.2. Naturaleza jurídica del procedimiento ejecutivo establecido en el Código Orgánico General de Procesos	11
1.3. Características principales.....	15
1.3.1. Procede solo con la presentación de un título ejecutivo que contenga una obligación ejecutiva:	15
1.3.2. Se resuelve en audiencia única:	17
1.3.3. Tasación de excepciones:.....	18
1.3.4. Mayor celeridad que en el procedimiento ordinario:	19
1.3.5. Obtención de providencias preventivas con mayor facilidad:	21
1.3.6. Recurso de apelación sobre la sentencia con efecto no suspensivo:.....	22
1.3.7. No es alternativo del procedimiento monitorio.	23
1.4. El título ejecutivo	23
1.4.1. Declaración de parte	25
1.4.2. Copia o compulsas auténticas de las escrituras públicas.....	27
1.4.3. Documentos privados legalmente reconocidos o reconocidos por decisión judicial.	29
1.4.4. Letra de cambio y pagaré a la orden.	31
1.4.5. Testamento.....	32
1.4.6. Transacción extrajudicial.	33
1.4.7. Los demás a los que otras leyes otorguen el carácter de títulos ejecutivos.	35
1.4.8. Título ejecutivo vs título de ejecución:.....	36
1.5. La obligación ejecutiva	36

1.5.1. Clara.....	37
1.5.2. Pura y actualmente exigible.....	37
1.5.3. Determinada.....	39
1.5.4. Líquida.....	39
1.6. Prescripción de la acción ejecutiva	40
1.7. Efectos de la sentencia dictada dentro de un juicio ejecutivo.....	41
1.8. ¿Es necesaria una acción causal posterior para discutir nuevas excepciones en un procedimiento ordinario?.....	44
CAPÍTULO II:	47
2.1. El planteamiento de excepciones como una forma de ejercer el derecho de contradicción.....	47
2.2. Fundamento del sistema de excepciones tasadas.....	49
2.3. Excepciones previas o procesales	51
2.3.1. No subsanable que produce remisión del proceso	53
2.3.2. No subsanables que producen el archivo del proceso.....	54
2.3.3. Subsanales.....	64
2.4. Excepciones de fondo o sustanciales	68
2.4.1. Título no ejecutivo	69
2.4.2. Nulidad formal o falsedad del título	71
2.4.3. Extinción total o parcial de la obligación	74
2.4.4. Existencia de auto de llamamiento a juicio por delito de usura o enriquecimiento privado no justificado	79
2.5. Oposiciones al mandamiento de ejecución	81
CAPITULO III	83
3.1. El derecho a la tutela judicial efectiva del actor de un procedimiento ejecutivo. 83	
3.2. Los derechos de defensa y contradicción del demandado de un procedimiento ejecutivo.....	89

Conclusiones.....	94
Abreviaturas.....	98
Bibliografía.....	99

CAPÍTULO I:

El procedimiento ejecutivo

1.1. Antecedentes históricos del procedimiento ejecutivo dentro de los procesos de ejecución

El proceso de ejecución es una de las grandes especies en las que el proceso puede subdividirse. En efecto, el proceso es una institución jurídico procesal a través de la cual, luego de una fase cognitiva, se busca la satisfacción de una pretensión, sin embargo, la modalidad ejecutiva se produce cuando se requiere del órgano jurisdiccional no solo una mera declaración de voluntad, sino una verificación de una conducta física, un acto real o material.²

Si bien no existe concordancia doctrinaria respecto al origen exacto del proceso de ejecución y del procedimiento ejecutivo como tal, si existe consenso para establecer como uno de los antecedentes históricos más importantes al periodo de la antigua Roma. De hecho, la Ley de las XII Tablas, el código más antiguo del derecho romano, fue en donde se incorporaron las primeras reglas de su aplicación.

El título ejecutivo era un papel cartular que tenía inmerso una garantía de derecho cierto e indiscutible. En Roma se desarrollaron diversos procedimientos con la finalidad de lograr el cumplimiento efectivo de una obligación adquirida que conste en un título; de ahí que si se tenía claro la esencia de las obligaciones, lo que correspondía era la búsqueda de su cumplimiento forzado.

Nace entonces un tipo de procedimiento fundado en la idea de que las obligaciones que consten con certeza en un documento o papel cartular denominado título ejecutivo, debían cumplirse de forma inmediata ya que contenían de forma implícita una garantía de derecho indiscutible.

Para ello, por ejemplo, fue necesario establecer en los instrumentos públicos otorgados ante un Notario, una cláusula denominada “de ejecución” la cual, incluso, llegó a convertirse en una cláusula de estilo y mediante la cual los intervinientes autorizaban la pronta ejecución del cobro del crédito.

² Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, tomo II, 3ra edición, (Madrid: Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1968) 193

Surgen características distintas a lo largo del desarrollo histórico de Roma, sin embargo, se ha podido establecer dos momentos importantes respecto al avance de la ejecución y cobro de acreencias: a) Ejecución con coacción personal y; b) Ejecución mediante coacción real o patrimonial.

En el primer caso, durante el periodo de las *legis actionis* la ejecución se dirigía no solo sobre los bienes, sino, además, sobre la persona del deudor. Luego del transcurso de 30 días desde el pronunciamiento del juez, si el deudor no satisfacía la obligación, el actor quedaba en la facultad de llevarlo ante dicha autoridad y ejercer la *manus iniectio iudicati* que era el acto mediante el cual el acreedor tomaba posesión sobre la persona física del deudor.³ El acreedor podía llegar al extremo de vender al deudor o, incluso, de quitarle la vida a través de la *addictio*.⁴

En el segundo caso, a través de la Ley Poetellia, se le permite al deudor, por intermedio de una declaración bajo juramento de tener bienes suficientes, librarse de la *addictio*. Pero solo a partir del derecho pretorio, la ejecución del crédito se direccionó únicamente hacia los bienes del deudor, evidenciando un desarrollo cultural sobre el cobro de acreencias. La primera manifestación de esta clase de procedimiento es la *bonorum venditio* que se asemeja mucho al procedimiento concursal de nuestros tiempos.⁵

El proceso ejecutivo era un proceso de formas simplificadas, señala Chiovenda, destinado al ejercicio de la acción ejecutiva, frecuentemente de competencia de jueces especiales a los cuales acudía el acreedor para que dicten una orden de pago denominada “*mandatum de solvendo*” en contra del deudor, quien solo podía interponer como defensas –esto es manifestación de una influencia germánica- aquellas destinadas al hecho aducido por el actor o, en su defecto, contraponer hechos extintivos o impeditivos (*quae incontinenti probaripossunt*) o aquellas oposiciones propias de un procedimiento ordinario (*quae altiore requirunt*).⁶

Es decir, a pesar de la simplificación del procedimiento, no se descartó la posibilidad de que el deudor pudiera oponerse y formular excepciones de fácil

³ Cfr. Lino Enrique Palacio, *Manual de derecho procesal civil*, 13 edición (Ed. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1997) 659.

⁴ Cfr. Willian López, *El juicio ejecutivo*, 1ra edición (Editorial jurídica del Ecuador: Quito, 2007) 10

⁵ Cfr. Lino Enrique Palacio, *Manual de derecho procesal civil*, 659.

⁶ Cfr. Giuseppe Chiovenda, *Curso de derecho procesal civil*, tomo IV (México, 1998) 58

demostración.⁷ Con el objeto de evitar la oposición del demandado dentro del proceso ejecutivo, posteriormente se optó por convocarlo ante el juez a fin de que reconociera el documento -acto denominado confesión de deber- y, de esta manera, provocar la oposición que como no se refería sino a las excepciones propias del crédito, se desarrollaba sumariamente, pero reservando para el proceso solemne, solamente aquellas excepciones que no podían ser justificadas fácilmente.⁸

En la actualidad, nuestra legislación ubica al procedimiento ejecutivo como un proceso de ejecución⁹, en el cual se ha optado por establecer taxativamente aquellas opciones que tiene el demandado frente a la demanda, incluidas las excepciones que pudiese formular en caso de que, efectivamente, exista oposición.

1.2. Naturaleza jurídica del procedimiento ejecutivo establecido en el Código Orgánico General de Procesos

Como se señaló, el procedimiento ejecutivo está ubicado dentro de los procesos de ejecución, en virtud de que a través de este procedimiento no se pretende que el órgano jurisdiccional dilucide o declare, mediante la aplicación de normas de derecho pertinentes a los hechos expuestos y discutidos, el alcance de la situación jurídica existente entre las partes, las cuales son características propias del proceso de conocimiento.¹⁰ Este procedimiento no se dirige a declarar derechos dudosos o controvertidos, sino a llevar a efecto aquellos derechos que ya se hallan reconocidos por actos o en títulos.¹¹ Como lo señala Redenti:

[E]l “conocer” alude al examen que él (el juez) debe llevar a cabo acerca de los problemas y de los datos que le sean propuestos o suministrados [...] y a la construcción, en definitiva, de los silogismos que determinarán el tenor de su providencia¹²

⁷ En ciertos casos, esta posibilidad de oponerse estaba supeditada a que el deudor realizara una consignación o un afianzamiento de la obligación adeudada.

⁸ Cfr. Willian López, *El juicio ejecutivo*, 11.

⁹ El Capítulo I, Título II del Libro IV del COGEP a los procesos de ejecución los ha denominado procedimientos de ejecución. Proceso y procedimiento no son sinónimos, pues el primero, que es general y contiene al segundo, es el conjunto de actividades desarrolladas cronológicamente y de forma pacífica, a través de un argumentativo y racional debate entre dos partes, frente un tercero imparcial e independiente, sin que se trate únicamente de simples reglas procedimentales y de trámite.

¹⁰ Cfr. Lino Enrique Palacio, *Manual de derecho procesal civil*, 656.

¹¹ Cfr. José de Vicente y Caravantes, *Tratado de los procedimientos judiciales en materia civil*, tomo III (México D.F.: Angel Editor, 2000) 344.

¹² Enrico Redenti, *Derecho procesal civil*, tomo II (Buenos Aires: Ed. Ejea, 1957) 91.

En realidad, a través de los procesos jurisdiccionales de ejecución, el actor o accionante, acude ante el órgano jurisdiccional requiriendo de este la confirmación, ratificación o directa ejecución de un derecho material reconocido o presuntivamente reconocido por una autoridad o por el propio demandado, que es preexistente y está contenido en un título, derecho sobre el cual inicialmente no existe controversia, ni discusión, ni disputa. Lo que se requiere del juez, más que un esfuerzo intelectual es una *actividad coercitiva*, ya que el demandado se resiste a cumplir voluntariamente la obligación correlativa al derecho presuntivamente existente y cierto, materializado en un título.¹³

Jaime Guasp señala que la pretensión en esta clase de procedimientos está encaminada a una acción concreta del juez en contra de otra persona, obligándolo a cumplir con la obligación, pues ya no se discute si quien acciona tiene o no el derecho para hacerlo, sino que ese derecho ya radica en él. Por ello, divide este tipo de pretensiones en las de “dación”, a través de la cual el titular del dominio sobre un objeto o sobre una cuota busca que se le entregue éste, y la de “transformación” en la que se pide que se ejecute o se deje de hacer algo.¹⁴

De conformidad con lo establecido en el Título II del Libro IV y el Libro V del COGEP, son de ejecución el procedimiento ejecutivo, el procedimiento monitorio, la ejecución propiamente dicha y el procedimiento concursal¹⁵. Nótese, además, que el trámite de ejecución tiene un trámite o procedimiento propio.

En los procedimientos ejecutivos, señala Gonzalo Noboa Baquerizo, ya no debería discutirse ni analizarse los fundamentos fácticos y jurídicos, lo que sí podría discutirse es la situación del crédito que se reclama, como sería, por ejemplo, la extinción previa de este por cualquiera de las formas previstas en la Ley. Por lo tanto, la manifestación final del juez y más concretamente su conducta, ya no estarán precedidas del conocimiento de los hechos que conformaron esa situación del acreedor, sino a

¹³ Cfr. Ernesto Guarderas, María Belén Cañas y Ricardo Hernández, *Manuel práctico y analítico del Código Orgánico General de Procesos*, 1ra edición (Quito: Ediciones Legales, 2016) 10.

¹⁴ Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, 195. En líneas posteriores, el autor destaca que, quizá, dicha subdivisión puede ser incompleta, por ello enuncia otra forma de subdivisión compuesta por cuatro tipos fundamentales de procesos de ejecución: la ejecución expropiativa, la ejecución satisfactiva, la ejecución transformativa y la ejecución distributiva.

¹⁵ Arts. 362 y 414

exigir al deudor que adecue su comportamiento a lo dispuesto en el título, es decir, cumpla con su obligación,¹⁶

Ahora bien, antes de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, con la aplicación de las reglas del Código de Procedimiento Civil, ya el procedimiento ejecutivo era considerado como un procedimiento de ejecución. De hecho, en virtud de aquello, la Corte Suprema de Justicia en varios de sus fallos¹⁷ determinó la improcedencia del recurso extraordinario de casación en los procedimientos ejecutivos (eso sí, con serias discrepancias entre sus Salas pues en ciertos en el juicio ejecutivo se discutían temas de falsedad ideológica) pues señalaron que dicho recurso estaba restringido a los procesos de conocimiento en los cuales no existía la posibilidad procesal de volver a discutirse sobre el fondo de la controversia, a cuenta que en estos últimos se expedían sentencias con calidad de cosa juzgada.¹⁸

Sin embargo, durante el desarrollo de las dos instancias, las reglas de procedimiento del entonces juicio ejecutivo eran muy semejantes a las de un juicio ordinario o sumario, eso sí, con plazos más cortos para la realización de ciertos actos procesales -el término para contestar a la demanda, o el de prueba, por ejemplo- pero con similar resultado en cuanto al dilatado período de expedición del fallo. Además, la fase de ejecución de la resolución dictada en un juicio ejecutivo, no tenía mayores ventajas sobre una resolución dictada en otro tipo de juicio.

Frecuentemente se señalaba que la ventaja de iniciar un juicio ejecutivo era la posibilidad de solicitar medidas cautelares en la propia demanda y que el juez, previo a la citación, debía disponer su práctica a fin de asegurar el pago del crédito o resguardar los bienes que podían cubrir ese pago forzoso. Dicha afirmación se sustentaba en los artículos 421¹⁹ y 422²⁰ del Código de Procedimiento Civil, pero lo que se soslayaba o se

¹⁶ Gonzalo Noboa Baquerizo, “El juicio ejecutivo es un proceso de conocimiento”, en *Revista Jurídica* (Guayaquil: Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2002) 166.

¹⁷ Véase fallos de triple reiteración publicados en la Gaceta Judicial, serie XVI, No. 13, de septiembre-diciembre de 1998, que corresponden a las resoluciones Nos. 524-98, 525-98 y 526-98; el mismo criterio se estableció en las resoluciones Nos. 711-97, 757-97 y 758-97 todas ellas publicadas en el Registro Oficial suplemento No. 265 de 27 de febrero de 1998.

¹⁸ Véase, además, resoluciones dictadas en los casos No. 93-2006 seguido por Chela Mayorga Velasteguí v. Elina Mayorga Veliz y otros; No. 77-2002 seguido por Filanbanco v. José Guzmán y otra; No. 165-2004 seguido por Nervo Jaramillo v. Yoni Toro.

¹⁹ **CPC: Art. 421.-** [...] Si el ejecutante acompaña a la demanda certificado del registrador de la propiedad en el que conste que el ejecutado tiene bienes raíces que no están embargados, el juez, al tiempo de dictar la providencia de que habla el inciso anterior, prohibirá que el ejecutado venda,

desconocía es que el secuestro o la retención de la cosa sobre la cual se va a litigar o sobre bienes que permitían asegurar el pago del crédito, si era posible solicitarlos a través de una providencia preventiva en cualquier proceso judicial, de conformidad con lo que disponía el entonces vigente artículo 897²¹ y siguientes del propio Código Adjetivo Civil. Dichas normas permitían que el secuestro o la retención de bienes se solicitaran antes de presentar la demanda o en cualquier estado del juicio, justificando la existencia del crédito y el mal estado de los bienes del deudor. También era posible solicitar prohibición de enajenar en cuyo caso bastaba con la prueba del crédito y la insuficiencia de bienes del deudor.

Pocas eran las normas que concedían un tratamiento distinto al resto de procedimientos. Uno de ellos era la presunción tácita de allanamiento a la demanda por parte del demandado cuando no la contestaba dentro del término de 3 días contados desde la citación (Art. 430 CPC) o no se había presentado prueba del pago total o parcial (Art. 431 CPC). Así también la limitación del demandado de interponer el recurso de apelación únicamente respecto de la sentencia (Art. 436 CPC).

El Código Orgánico General de Procesos mantiene vigentes estas dos últimas disposiciones antes señaladas (Arts. 352²² y 354 inciso tercero²³), pero en este último caso establece que dicha apelación se concederá con efecto *no suspensivo*, debiendo consignarse una caución para suspenderlo, como sucede con el recurso extraordinario

hipoteca o constituya otro gravamen o celebre contrato que limiten el dominio o goce de los bienes que, determinados por

el juez, alcancen para responder por el valor de la obligación demandada. La prohibición se notificará a los respectivos registradores de la propiedad, para los efectos legales. / La citación al demandado se hará después de cumplirse lo ordenado en el inciso anterior.

²⁰ **CPC: Art. 422.-** Podrá, asimismo, el ejecutante, en vez de la prohibición de enajenar, cuando no se trate de crédito hipotecario, solicitar la retención o el secuestro de bienes muebles, que aseguren la deuda, debiendo decretarse la una o el otro, al mismo tiempo que se dicte el auto de pago, siempre que se acompañe prueba de que tales bienes son de propiedad del deudor. Esta prueba, en caso de ser testimonial, puede practicarse sin citación de la parte contraria.

²¹ **CPC: Art. 897.-** Puede una persona, antes de presentar su demanda y en cualquier estado del juicio, pedir el secuestro o la retención de la cosa sobre que se va a litigar o se litiga, o de bienes que aseguren el crédito.

²² **COGEP: Art. 352.- Falta de contestación a la demanda.** Si la o el deudor dentro del respectivo término no cumple la obligación, ni propone excepciones o si las excepciones propuestas son distintas a las permitidas en este Código para este tipo de procesos, la o el juzgador en forma inmediata pronunciará sentencia mandando que la o el deudor cumpla con la obligación. Esta resolución no será susceptible de recurso alguno.

²³ **COGEP: Art. 354.-** [...] De la sentencia cabrá apelación únicamente con efecto no suspensivo conforme con las reglas generales previstas en este Código. Para la suspensión de la ejecución de la sentencia el deudor deberá consignar o caucionar el valor de la obligación. Para la caución se estará a lo dispuesto en este Código.

de casación. A mi criterio es una regulación interesante si tomamos en cuenta la naturaleza del procedimiento ejecutivo. Además, este código, a fin de conseguir que el procedimiento de ejecución sea un proceso de ejecución propiamente dicho, ha limitado de forma expresa las posibilidades de oposición del demandado.

En los siguientes capítulos se analizará de forma breve el alcance de cada oposición y si aquella tasación de excepciones que realizó el legislador, permite que al nuevo procedimiento ejecutivo, en la práctica, se le pueda considerar verdaderamente como un proceso de ejecución o si, por el contrario, tal denominación es solo de orden normativo.

1.3. Características principales

La acción ejecutiva tiene varios presupuestos materiales adicionales a los de la acción en general (interés, legitimación en causa y posibilidad jurídica). De igual manera, existen ciertas características principales y exclusivas respecto de los otros procedimientos regulados por el COGEP. A continuación se revisarán, a mi criterio, las más importantes:

1.3.1. Procede solo con la presentación de un título ejecutivo que contenga una obligación ejecutiva:

Estos presupuestos materiales del procedimiento ejecutivo serán analizados más adelante, sin embargo, se puede señalar que se trata tanto de requisitos de admisibilidad así como de procedencia.

En el caso del título ejecutivo, este, inicialmente, constituye un requisito de **admisibilidad** *sine qua nom* ya que si bien el artículo 349 del COGEP, que establece la obligatoriedad de acompañar el título ejecutivo a la demanda se titula “requisito de procedibilidad”, en realidad el sentido de la norma lo configura como un requisito de admisibilidad ya que su cumplimiento (que se acompañe a la demanda) se verifica en la fase de calificación de la demanda a través de un auto interlocutorio que no requiere de un extenso ejercicio argumentativo. Por ello, si el juzgador considera que el título aparejado a la demanda no presta *mérito ejecutivo*, denegará de plano la acción ejecutiva (Art. 350 COGEP).

Art. 349.- Requisito de procedibilidad. La demanda deberá reunir los requisitos previstos en las reglas generales de este Código y se propondrá acompañada del título que reúna las condiciones de ejecutivo. La omisión de este requisito no será subsanable y producirá la inadmisión de la demanda.

Ahora bien, dicha afirmación *prima fase* sobre el mérito ejecutivo del título está contenida en un auto interlocutorio (calificación a la demanda) lo cual no impide que posteriormente se pueda volver a analizarlo. De hecho, una de las excepciones principales que puede oponer el demandado, justamente es la de “título no ejecutivo” (Art. 353.1 COGEP). De ahí que la procedencia del mérito ejecutivo del título se ratificará a través de la sentencia, la cual, de ser el caso, podrá modificar lo resuelto por el auto de calificación a la demanda. Esta posibilidad se encuentra contemplada en la parte final del artículo 99 del COGEP.²⁴

Un ejemplo del último inciso es la situación que podría ocurrir en el procedimiento ejecutivo con respecto al título ejecutivo que constituye un requisito de admisibilidad de la acción (Arts. 349 y 350 COGEP). En la calificación a la demanda (auto interlocutorio) el juez admite a trámite la demanda por haberse aparejado el título (que formalmente cumplía con los requisitos para ser considerado como tal). Sin embargo, puede suceder que el demandado formule la excepción de que el título no es ejecutivo. En este caso, si se demuestra aquello, en la sentencia se modificará lo resuelto en el auto inicial, y declarándose que el título no era ejecutivo se desechará la demanda.²⁵

Respecto de la obligación ejecutiva, como lo sostiene el artículo 348 del mismo COGEP, esta constituye un requisito de procedencia de la pretensión pues debe ser revisada al momento de resolver sobre el fondo de la controversia y luego de fundamentar, probar y resolver las excepciones sustanciales que en su contra se hayan presentado. (v. gr. extinción total o parcial de la obligación exigida).²⁶

²⁴ **COGEP: “Art. 99.- Autoridad de cosa juzgada de los autos interlocutorios y de las sentencias.** Las sentencias y autos interlocutorios pasarán en autoridad de cosa juzgada en los siguientes casos: [...]

Sin embargo, lo resuelto por auto interlocutorio firme que no sea de aquellos que ponen fin al proceso, podrá ser modificado al dictarse sentencia, siempre que no implique retrotraer el proceso.”

²⁵ Santiago Guarderas, *Comentarios al Código Orgánico General de Procesos, artículos del 1 al 111*, 1ra edición, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017) 185 y 186.

²⁶ La diferencia entre requisitos de **admisión y procedencia** fue analizada por la Corte Constitucional del Ecuador en su resolución No. 102-13-SEP-CC dictada el 4 de diciembre de 2013 dentro del caso No. 380-10-EP mediante la cual se interpretó los Arts. 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional. En dicho fallo la Corte resolvió: “*El momento procesal para la determinación de la existencia de causales de inadmisión, previstas en los numerales 6 y 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, será al*

1.3.2. Se resuelve en audiencia única:

El artículo 354 del COGEP señala que el procedimiento ejecutivo se sustanciará en una sola audiencia a través de dos fases: La primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y; la segunda de prueba y alegatos culminando con el pronunciamiento oral de la resolución que el juez adopte.

Nótese que “audiencia única” no necesariamente implica que se sustanciará y resolverá en el mismo día y en un solo acto ya que la audiencia puede suspenderse principalmente por dos motivos: a) cuando concurren razones de absoluta necesidad (v. gr. inexistencia de sala de audiencias o imposibilidad del juez o de un miembro del tribunal de dirigir la audiencia por encontrarse dirigiendo otra audiencia, en cuyo caso se lo hará por el tiempo mínimo necesario que no podrá ser mayor a dos días; y, b) por caso fortuito o fuerza mayor (v. gr. enfermedad del juez o situaciones de la naturaleza), por un término que no podrá exceder a diez días.

Si no se reanuda en los tiempos fijados por el juez la audiencia quedará insubsistente (Art. 82, último inciso). Sin embargo, el COGEP recoge otros casos excepcionales en que la audiencia puede suspenderse, como por ejemplo cuando el juez ordene pruebas de oficio para el esclarecimiento de los hechos, como un peritaje dirimente por existir informes contradictorios (Art. 168), cuando el juzgador acepte una excepción previa subsanable (Art. 295), cuando un declarante no asista, siendo una prueba trascendental (Art.177.2) o, para que el juez forme su convicción, antes de resolver las excepciones o los asuntos de fondo (Arts. 93, y 295 último inciso). En realidad, por la naturaleza del proceso, lo recomendable será evitar suspender la audiencia única y solo hacerlo en casos estrictamente necesarios.

Esta audiencia será convocada dentro del término máximo de 20 días contados a partir de la fecha en que concluyó el término para presentar la oposición o para contestar la reconvención de ser el caso. En la práctica, al momento de correr traslado

calificar la demanda mediante auto. En tanto, las causales de improcedencia de la acción de protección, contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, deberán ser declaradas, mediante sentencia motivada en los términos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional” [...] “Los requisitos establecidos en el Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección, por lo tanto, podrán ser invocados por el juzgador únicamente a través de sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”

al actor con la contestación a la demanda y convocar a la audiencia única, los jueces están otorgándole el término de 10 días para el anuncio de nuevos medios de prueba relacionados con los hechos expuestos en la contestación a la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 151 inciso cuarto del COGEP.

1.3.3. Tasación de excepciones:

Un característica de los procesos de ejecución es la limitación y tasación de oposiciones o excepciones que puede formular el demandado deudor, tomando en cuenta la naturaleza de la causa. Se llama excepción tasada a aquella defensa procesal que el demandado está facultado a proponer por encontrarse enlistada por la Ley y como tal, solo puede ser propuesta en la forma en la cual se la ha concebido, sin que le sea posible, además, proponer una defensa distinta a las allí enunciadas.

Señala el profesor Santiago Andrade que muchas legislaciones se han preocupado de tasar las excepciones que pueden oponerse dentro del juicio ejecutivo e ilustra, citando a Jaime Teitelbaum cuando se refiere a la acción cambiaria promovida por la vía ordinaria, que en el juicio ordinario no existe limitación de excepciones, ya que la limitación no es una consecuencia de la naturaleza cartular en sí, sino de la propia estructura que tiene el juicio ejecutivo”.²⁷

El juicio ejecutivo ha sido establecido como un juicio sumario y breve que se promueve en base a un título que la ley asimila a una sentencia judicial, u otros títulos ejecutorios, con la finalidad de proteger la celeridad del tráfico comercial, así como la confianza y seguridad en las transacciones en ellos instrumentadas. Con el objeto de que no sea desnaturalizado en cuanto a su finalidad, se han limitado las defensas que se pueden oponer, así como el ámbito sobre el que pueden versar las mismas, las que deben limitarse a cuestionar el documento en sí mismo, no siendo posible, en principio, debatir sobre el negocio o causa que le dio origen.²⁸

El Código Orgánico General de Procesos ha recogido dicho criterio para el procedimiento ejecutivo y ha establecido un listado de excepciones tanto de previo como de principal pronunciamiento (estas últimas son aquellas que atacan la validez del título o la extinción de la obligación). Las excepciones previas que están dirigidas a

²⁷ Cfr. Santiago Andrade Ubidia, *Los títulos valor en el derecho ecuatoriano*, 3ra edición (Quito: Fundación Andrade y Asociados, 2006) 175.

²⁸ Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, sala I, 4-3-97, “Banco Quilmes S.A. v. Crowder”, sentencia citada por José Luis Amadeo, *El juicio ejecutivo, análisis jurisprudencial* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni) 70.

atacar la forma del proceso se encuentran enlistadas en el artículo 153 del COGEP y aquellas que buscan atacar aspectos que nacen de la relación jurídica sustancial están establecidas en el artículo 353 numerales 1 al 4 del mismo cuerpo legal.

De igual manera, en la fase de ejecución también los mecanismos de oposición que puede formular el deudor vencido respecto del mandamiento de ejecución, son taxativos (Art. 373).

En el segundo capítulo de este trabajo se revisará con mayor detalle esta característica.

1.3.4. Mayor celeridad que en el procedimiento ordinario:

En efecto, el procedimiento ordinario se sustancia en 2 audiencias: preliminar y de juicio. En el procedimiento ejecutivo solo existe una audiencia que condensa las actuaciones procesales de ambas audiencias en la fase preliminar y de juicio.

El término para contestar la demanda en el procedimiento ordinario es de 30 días (Art. 291), mientras que en el ejecutivo apenas de 15 días. Si bien es cierto que el Capítulo I, Título II del Libro IV del COGEP no establece de forma expresa el término que tiene el demandado para contestar a la demanda en esta clase de procedimientos, dicho vacío se suple aplicando la disposición del artículo 355²⁹ del mismo cuerpo normativo que dispone la aplicación supletoria de las normas del procedimiento sumario, en el cual, de forma expresa se establece que el término para contestar la demanda será de 15 días (Art. 333 numeral 3³⁰).

El Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 292³¹ dispone que con la contestación o sin ella, en el término máximo de 3 días posteriores al vencimiento del término para contestar la demanda, se deberá convocar a la audiencia preliminar. Similar sentido se establece en el artículo 354³² el cual, además, dispone que en el

²⁹ **COGEP: Art. 355.- Normas supletorias.** En todo lo no previsto en este Título serán aplicables las normas del *procedimiento sumario*.

³⁰ **COGEP: Art. 333.- Procedimiento.** El procedimiento sumario se rige por las siguientes reglas: **3.** Para contestar la demanda y la reconvencción se tendrá un término de *quinze días* a excepción de la materia de niñez y adolescencia que será de diez días.

³¹ **COGEP: Art. 292.- Convocatoria.** Con la contestación o sin ella, en el término de tres días posteriores al vencimiento de los términos previstos en el artículo anterior, la o el juzgador convocará a la audiencia preliminar, la que deberá realizarse en un término no menor a diez ni mayor a veinte días.

³² **COGEP: Art. 354.- Audiencia.** Si se formula oposición debidamente fundamentada, dentro del término de tres días se notificará a la contraparte con copia de la misma y se señalará día y hora para la audiencia única, la que deberá realizarse en el término máximo de veinte días contados a partir de la

mismo acto se corra traslado al actor con el contenido de la contestación. Ambas disposiciones soslayan la aplicación de lo que establece el inciso cuarto del artículo 151 de la propia norma procesal, que manda:

Art. 151.- Forma y contenido de la contestación. La contestación a la demanda se presentará por escrito y cumplirá, en lo aplicable, los requisitos formales previstos para la demanda.[...]

En el término de tres días de calificada la contestación se notificará con su contenido a la parte actora, quien en el término de diez días, podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación.

La citada norma, que es una regla general para todo tipo de procesos, establece que, previo a convocar a la audiencia preliminar o a la audiencia única, el juez debe correr traslado al actor con el contenido de la contestación a la demanda y, además, otorgarle un término de 10 días a fin de que anuncie nuevos medios de prueba que exclusivamente se refieran a los hechos expuestos en dicha contestación. En este acto procesal (que no es un acto de proposición) no se puede anunciar medios de prueba que no guarden pertinencia con las afirmaciones del demandado y, si de hecho lo hace, el juez debe rechazar dicho anuncio.³³

Ya en la práctica, los jueces están aplicando esta disposición de acuerdo al tipo de procedimiento: En los ordinarios califican la demanda, corren traslado con su contenido al actor y le conceden el término de 10 días para el anuncio de los nuevos medios de prueba y, una vez transcurrido este término, con o sin el nuevo anuncio, proceden a convocar a la audiencia preliminar; por su parte, en los de única audiencia (sumarios o ejecutivos), en aplicación del artículo 354 del COGEP, en el propio auto de calificación de la contestación a la demanda, corren traslado al actor, conceden el término de 10 días para el nuevo anuncio probatorio y, además, convocan a la audiencia para un término no mayor a 20 días.³⁴

fecha en que concluyó el término para presentar la oposición o para contestar la reconvenición, de ser el caso.

³³ A pesar de esta restricción legal, de forma personal he podido observar causas en las cuales el actor, en este momento procesal, ha anunciado nuevos medios de prueba que no guardan relación con las afirmaciones expuestas por el demandado en su contestación (peritaje grafológico y documental sobre las firmas sin que se haya alegado falsedad de las mismas), lo cual, a mi criterio, podría constituir una manifestación de deslealtad procesal.

³⁴ Considero que el juez no debería convocar a la audiencia única en menos de 20 días desde que se califica la contestación a la demanda ya que, por ejemplo, si el actor desea presentar un informe

A primera vista, existe mayor agilidad en el desarrollo del procedimiento ejecutivo. Ahora bien, en la práctica no se cumplen todos los términos que el COGEP dispone y esto, además, se agrava conforme la vigencia de esta norma procesal avanza ya que las Unidades Judiciales están comenzando a abarrotarse de procesos judiciales.

1.3.5. Obtención de medidas cautelares con mayor facilidad:

Como ya se señaló *ut supra*, a través de los artículos 421³⁵ y 422³⁶ del Código de Procedimiento Civil, el derogado sistema procesal ya contemplaba la posibilidad de solicitar medidas cautelares³⁷ con el fin de asegurar el pago del crédito.

Con el nuevo sistema procesal sí existe una ventaja más marcada entre el procedimiento ejecutivo y los demás procesos de conocimiento. En efecto, el artículo 351 del Código Orgánico General de Procesos dispone:

Art. 351.- Inicio del proceso y contestación a la demanda. La o el juzgador calificará la demanda en el término de tres días.

Si el ejecutante acompaña a su demanda los correspondientes certificados que acrediten la propiedad de los bienes del demandado, con el auto de calificación podrán ordenarse providencias preventivas sobre tales bienes, hasta por el valor que cubra el monto de lo reclamado en la demanda. Sin perjuicio de los certificados a que se refiere este inciso, no se exigirá el cumplimiento de los demás presupuestos previstos en este Código para las providencias preventivas.

pericial dentro de esos días 10 días, el mismo debe estar a disposición de la contraparte al menos 10 días antes de la realización de la audiencia (Art. 225), caso contrario, carecerá de validez probatoria. Problema mayor se suscita cuando se debe presentar el resumen o esquema de la prueba documental de gran volumen o formato pues la misma debe estar a disposición de la contraparte al menos 15 días antes de la realización de la audiencia (Art 204).

³⁵ **CPC: Art. 421.-** [...] Si el ejecutante acompaña a la demanda certificado del registrador de la propiedad en el que conste que el ejecutado tiene bienes raíces que no están embargados, el juez, al tiempo de dictar la providencia de que habla el inciso anterior, prohibirá que el ejecutado venda, hipoteque o constituya otro gravamen o celebre contrato que limiten el dominio o goce de los bienes que, determinados por el juez, alcancen para responder por el valor de la obligación demandada. La prohibición se notificará a los respectivos registradores de la propiedad, para los efectos legales. / La citación al demandado se hará después de cumplirse lo ordenado en el inciso anterior.

³⁶ **CPC: Art. 422.-** Podrá, asimismo, el ejecutante, en vez de la prohibición de enajenar, cuando no se trate de crédito hipotecario, solicitar la retención o el secuestro de bienes muebles, que aseguren la deuda, debiendo decretarse la una o el otro, al mismo tiempo que se dicte el auto de pago, siempre que se acompañe prueba de que tales bienes son de propiedad del deudor. Esta prueba, en caso de ser testimonial, puede practicarse sin citación de la parte contraria.

³⁷ Sostiene Juan Carlos Marín que, a efectos de no hacer ilusorio el cumplimiento de la eventual sentencia que se dicte acogiendo la pretensión del demandante, los ordenamientos jurídicos de tradición continental han contemplado, a lo menos desde el siglo XIX en adelante, una serie de medidas que englobadas bajo diferentes nombres (cautelares, precautorias, conservativas, asegurativas, provisionales, entre otros) busca precisamente asegurar la efectividad de dicho cumplimiento. En: *“Las medidas cautelares en el proceso civil chileno* (Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2004) 231.

También podrá pedirse embargo de los bienes raíces, siempre que se trate de crédito hipotecario.

En todo caso, las providencias preventivas a que se refiere este artículo podrán solicitarse en cualquier estado del juicio en primera instancia.

La ventaja radica en la posibilidad de solicitar medidas cautelares en la propia demanda o en cualquier momento procesal dentro de primera instancia, únicamente acompañando los certificados de propiedad de los bienes sobre los cuales se pretende constituir un gravamen, sin la necesidad de cumplir con el resto de requisitos que se exigen para las providencias preventivas en general (Art. 125).

1.3.6. Recurso de apelación sobre la sentencia con efecto no suspensivo:

El artículo 354 del Código Orgánico General de Procesos expresamente dispone que contra la sentencia dictada en procedimiento ejecutivo procede el recurso de apelación únicamente con efecto no suspensivo (o devolutivo), es decir que se debe cumplir lo ordenado en la resolución impugnada y solo debe remitirse al tribunal de apelación las copias necesarias para el conocimiento y resolución del recurso. (Art. 261 numeral 1).

Esta disposición, sin duda, favorece los intereses del acreedor, pues la ejecución del fallo podrá realizarse al final de la primera instancia. Ahora bien, es preciso señalar que el demandado vencido puede solicitar la suspensión de la ejecución de la sentencia, sin embargo, para que aquello proceda, deberá consignar o caucionar el valor total de la obligación ordenada a pagar en la sentencia impugnada, con lo cual se garantiza al acreedor que, en caso de que el recurso de apelación sea rechazado, pueda cobrar inmediatamente su crédito.

Respecto a la interposición del recurso extraordinario de casación en estos procedimientos, el segundo inciso del citado artículo 354 expresamente impide esta posibilidad, con lo cual se supera la discusión sobre su admisión en este tipo de procedimientos que se trató durante la vigencia de la extinta Ley de Casación. La norma es tan clara que, incluso, aún si la excepción sustancial que formula el demandado ataca la autenticidad del título ejecutivo, sea por falsedad material o ideológica, lo que se resuelva en el fallo de segunda instancia no será susceptible de recurso de casación,

como lo sostuvo en su momento la ex Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

1.3.7. No es alternativo del procedimiento monitorio.

El procedimiento monitorio, que forma parte de los procesos de ejecución, no es alternativo al procedimiento de ejecución y viceversa.³⁸ Por ello, el artículo 356 del COGEP establece como requisito de procedencia de un procedimiento monitorio, que la obligación no conste en un título ejecutivo.

Art. 356.- Procedencia. La persona que pretenda cobrar una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, que no conste en título ejecutivo, podrá iniciar un procedimiento monitorio [...].

En este caso, para poder iniciar un procedimiento monitorio se podrá aparejar cualquiera de los documentos determinados en el propio artículo 356 de la norma procesal, como facturas de honorarios profesionales, certificaciones de obligaciones impagas por los administradores de condominios, clubes o asociaciones, o contratos de arrendamiento para los casos en los cuales se pretenda el cobro de los cánones de arrendamiento y no la terminación de dicho contrato.

1.4.El título ejecutivo

Se llama título a todo aquel documento cuyo tenedor se presume titular del derecho o los derechos allí contenidos.³⁹ A su vez, título ejecutivo es aquel que debe existir para aparejar ejecución, a fin de iniciar un proceso judicial que, prescindiendo de la etapa previa de conocimiento, permita hacer efectiva una obligación por vía especial

³⁸ Ahora bien, ¿Qué sucede si en sentencia se acepta la excepción de título no ejecutivo? ¿Faculta aquella al tenedor del título, cuya obligación no excede de 50 salarios básicos unificados del trabajador en general, a pretender su cobro mediante procedimiento monitorio?. Se podría entender que si pues en este caso el procedimiento monitorio no sería alternativo del ejecutivo, sino, por el contrario, sería el adecuado por mandato imperativo de la norma. El mismo razonamiento se debería aplicar si se desecha la acción monitoria por existencia de título ejecutivo.

³⁹ Eduardo Couture señala que el vocablo “título” tiene dos alcances: 1) Como la calidad de la persona (título de dueño, título de heredero, etc.) y, 2) Como documento o instrumento (título de crédito, título de propiedad, etc.) que acredita esa calidad. En: *Fundamentos de derecho procesal civil* (Montevideo: Ed. B de F, 2014) 366 y 367.

de apremio.⁴⁰ Este título ejecutivo debe ser de tal fuerza que constituya una vehemente presunción de que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado para que sea inmediatamente atendido.⁴¹

Ernesto Perla Velaochaga señala que el “*título ejecutivo es el que debe existir para aparejar ejecución, por la que entendemos desde ahora únicamente, el proceso que, prescindiendo de la etapa previa de conocimiento, permite hacer efectiva una obligación por vía especial de apremio*”⁴². De ahí la aplicación del principio establecido en el derecho romano “*nulla executio sine título*” (no hay ejecución sin títulos).

La calidad de ser ejecutivo la otorga la Ley, a todo aquel documento que incorpora una auto declaración de certeza del derecho por parte de los propios particulares, como en los títulos valor o también denominados de crédito,⁴³

En efecto, el artículo 347 del Código Orgánico General de Procesos determina en forma taxativa a aquellos documentos que ostentan la calidad de ejecutivo:

Art. 347.- Títulos ejecutivos. Son títulos ejecutivos siempre que contengan obligaciones de dar o hacer:

1. Declaración de parte hecha con juramento ante una o un juzgador competente.
2. Copia y la compulsas auténticas de las escrituras públicas.
3. Documentos privados legalmente reconocidos o reconocidos por decisión judicial.
4. Letras de cambio.
5. Pagarés a la orden.
6. Testamentos.
7. Transacción extrajudicial.
8. Los demás a los que otras leyes otorguen el carácter de títulos ejecutivos.

En esta clasificación se eliminó “*la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada*” como título ejecutivo, la que con la denominación de “*sentencia ejecutoriada*”

⁴⁰ Cfr. Ernesto Perla Velaochaga, *Títulos ejecutivos, de la 160 a 168* <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084618.pdf>>

⁴¹ Cfr. José de Vicente y Caravantes, *Tratado de los procedimientos judiciales en materia civil*, 344.

⁴² Ernesto Perla Velaochaga, *Títulos ejecutivos, de la 160 a 168* <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084618.pdf>>

⁴³ Santiago Andrade Ubidia se hace eco de la discusión sobre la denominación de los títulos valor, a los cuales también se los suele denominar títulos de crédito, carta valor, títulos circulatorios, papeles de comercio, etc. En: *Los títulos valor en el derecho ecuatoriano*, 25 a 34.

pasa a ser título de ejecución (Art. 363.1 COGEP) conforme se analizará más adelante.⁴⁴

De igual manera se eliminaron a “*las actas judiciales de remate o las copias de los autos de adjudicación debidamente protocolizados, según el caso*” las cuales constaban en el derogado artículo 413 del Código de Procedimiento Civil. Las referidas actas en realidad eran inexistentes en el ordenamiento jurídico y las copias protocolizadas habían caído en desuso.

De forma breve revisaremos los actuales títulos ejecutivos.

1.4.1. Declaración de parte

El Código Orgánico General de Procesos reemplaza a la “*confesión de parte, hecha con juramento ante un juez competente*” por “*la declaración de parte hecha con juramento ante una o un juzgador competente*”. No se trata únicamente de un cambio de denominación, por ello el profesor Hernando Devis Echandia distingue la declaración de parte de parte y la confesión, pues si bien ésta última se trata de una declaración, su diferencia es de género a especie.⁴⁵

Esta institución probatoria se practica con el testimonio rendido por una de las partes acerca de los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho, por lo tanto, ya no es una declaración en contra de sí mismo como lo era la confesión judicial⁴⁶ y, además, es indivisible⁴⁷, con lo cual todo lo que el declarante exprese podrá ser tomado como prueba a favor de cualquiera de las partes. (Art. 187

⁴⁴ Con la nueva estructura de los procedimientos establecidos el COGEP, toda sentencia resolverá sobre el fondo de la controversia, ya que el procedimiento se saneará y convalidará en la audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única.

⁴⁵ Hernando Devis Echandia, *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II (Buenos Aires: Ed. Zavalía, 1976) 579.

⁴⁶ Francois Gorphe señala que la declaración de parte, de modo general, consiste en el reconocimiento de la exactitud de un hecho por parte de aquel contra quien se alega, pero que permite que, si el declarante afirma que el hecho se produjo de otro modo, esta declaración pueda tener valor aunque no contenga una confesión, y constituye un elemento probatorio que deberá ser valorado aun cuando no encierre en contra de su autor. En: *Apreciación judicial de las pruebas* (Bogotá: Temis, 1989) 219.

⁴⁷ Como lo señala Enrique Falcón, la confesión judicial si era divisible en virtud de que pasaba de ser la afirmación de una oración simple a ser un conjunto de oraciones complejas. Por ello cita el Art. 424 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino que establece: “*La confesión es indivisible, salvo cuando: 1) el confesante invocare hechos impeditivos, modificativos o extintivos, o absolutamente separables, independientes unos de otros; 2) las circunstancias calificativas expuestas por quien confiesa fueren contraídas a una presunción legal o inverosímiles; 3) las modalidades del caso hicieren procedente la divisibilidad*” En: *Tratado de la prueba* (Buenos Aires: Ed. Astrea, 2003) 178.

COGEP).⁴⁸ Eso sí, si la misma se rinde para constituir título ejecutivo, necesariamente deberá ser una declaración en contra del declarante.

Ahora bien, es preciso considerar la validez y oportunidad de constituir a la declaración de parte como título ejecutivo. Para ello debemos tomar en cuenta que el artículo 188 del COGEP dispone que ésta declaración se practicará en la audiencia de juicio, salvo que se trate de una declaración urgente, en cuyo caso podrá ser practicada con anticipación a su realización.

Esta anticipación puede darse dentro del mismo proceso judicial o antes de que este haya iniciado, en cuyo caso se tratará de una diligencia preparatoria. Sin embargo, en caso de que se pretenda constituir un título ejecutivo como diligencia preparatoria, obligatoriamente debe tratarse de una declaración urgente, ya sea por la avanzada edad, grave enfermedad del declarante o por que debe ausentarse del país de forma permanente o por un largo periodo de tiempo, conforme con lo establecido en el artículo 122 numeral 7 del COGEP.

Art. 122.- Diligencias preparatorias. Además de otras de la misma naturaleza, podrá solicitarse como diligencias preparatorias:

7. La recepción de las declaraciones urgentes de las personas que, por su avanzada edad o grave enfermedad se tema fundadamente puedan fallecer o de quienes estén próximos a ausentarse del país en forma permanente o por un largo período.

Nótese que este artículo no es taxativo ya que faculta a que puedan solicitarse como diligencias preparatorias, otras de igual naturaleza que las enunciadas, como la misma declaración de parte o la exhibición de títulos u otros instrumentos referentes a la cosa vendida para los casos de lesión enorme o acción pauleana. Empero, deberá seguir cualquiera de las finalidades (estas si taxativas) del artículo 122 del COGEP: 1)

⁴⁸ En la exposición de motivos del Proyecto de Código de Procedimiento Civil, elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, en el año 2007, ya se consideró la eliminación de la confesión judicial en el sistema procesal ecuatoriano. Efectivamente, en el Art. 162 del proyecto se define a la declaración de parte en forma similar a la que consta actualmente en el Art. 187 del COGEP, indicando que es el testimonio rendido por una de las partes a solicitud de la otra, acerca de los hechos controvertidos o el derecho discutido; con la distinción de que ésta toma el nombre de confesión cuando el declarante reconoce en forma clara, expresa e indubitada la verdad de los hechos preguntados o la existencia del derecho reclamado por la contraparte (Art. 160 del Proyecto). En los demás casos, el cambio al nombre declaración de parte se expresa “en la necesidad de contar con un medio de prueba que garantice respuestas espontáneas frente a esa idea que genera la “confesión”, como medio probatorio inherente a los procesos que se sustanciaban bajo el principio inquisitivo”. Este cambio de mentalidad y transición de la confesión judicial a la declaración de parte se ve reflejado en el actual Código Orgánico General de Procesos.

Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso y, 2) Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse.

Es por ello que, a mi criterio, la posibilidad de constituir un título ejecutivo a través de la declaración de parte practicada como diligencia previa, está obligatoriamente supeditada a que la misma tenga el carácter de urgente.

Además, se debe tomar en cuenta las limitaciones que, a la prueba testimonial, realiza el Código Civil como medio de prueba de obligaciones, como en aquellos casos en los cuales la misma haya debido consignarse por escrito (Art. 1725), cuando el testigo adicione o altere de algún modo lo que se exprese en el acto o contrato de entrega o promesa de una cosa, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento (Art. 1726) o cuando se demande una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América (Art. 1727).

1.4.2. Copia o compulsas auténticas de las escrituras públicas.

Una escritura pública es aquel documento autorizado con las solemnidades legales, otorgado ante un Notario e incorporado en un protocolo o registro público. (Art. 205 COGEP). En similar sentido, el artículo 26 de la Ley Notarial dispone:

Art. 26.- Escritura pública es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo.

Se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la Ley o acordados por voluntad de los interesados.”

Ahora bien, por mandato del artículo 33 de la Ley Notarial, la escritura original debe incorporarse al protocolo, confiriéndose únicamente copias o compulsas de los actos o contratos que se celebren. Dichas copias o compulsas contendrán literalmente todo el contenido de la escritura matriz (Art. 41 LN).

Para que la copia o la compulsas constituya título ejecutivo, es indiferente si se trata de la primera, segunda o tercera copia, pues la ley no distingue ni excluye. En consecuencia, solo se requiere que la obligación contenida en la copia o compulsas de la escritura pública sea de dar o hacer algo y, además, sea líquida, clara, determinada y actualmente exigible.

Trae aparejada la ejecución el instrumento público original otorgado ante escribano público, o notario real o numerario, que hace fe por tener todos los requisitos legales, con tal que esté claro y se pueda entender su contexto. Siendo tal su estado, nada importa que el pago del débito sea puro, condicional o a día cierto, si este llegó y se cumplió la condición, ni que el acreedor no estuviese presente a su otorgamiento; [...] es decir que no hay necesidad de que el deudor le reconozca previamente, como la hay en los vales y papeles privados. No es tampoco necesario que tenga el instrumento la cláusula *cuarentigia* por la que confieren los otorgantes poder a los jueces para que les apremien a su cumplimiento, como si tuviese fuerza de cosa juzgada, pues el instrumento adquiere la fuerza ejecutiva de las formalidades con que le reviste la ley.⁴⁹

La regla general del artículo 142 del COGEP (concordante con el 349 ibidem), exige que a la demanda se deba acompañar el título ejecutivo, ya que como lo habíamos señalado en líneas anteriores, es un requisito de tanto de procedencia como de admisibilidad de la acción ejecutiva. Además, es un medio de prueba fundamental, por lo que debe ser anunciado como tal en la demanda. Sin embargo, los Arts. 207 y 211 del propio COGEP contienen disposiciones que, en inicio, serían contrarias a lo señalado.

Art. 207.- Efectos de los documentos públicos. El documento público agregado al proceso con orden judicial y notificación a la parte contraria, constituye prueba legalmente actuada, aunque las copias se las haya obtenido fuera de dicho proceso.

Art. 211.- Requisitos para que hagan fe las copias y las compulsas. Las compulsas de las copias de una actuación judicial o administrativa y en general toda copia con valor de instrumento público, no harán fe si no han sido ordenadas judicialmente y con citación o notificación en persona o por una boleta a la parte contraria, o sea a aquella contra quien se quiere hacer valer la compulsas. Los poderes no están sujetos a esta disposición.

Tampoco será prueba la escritura referente sin la referida, ni la accesoria sin la principal, pero si ésta o la referida se ha perdido, la referente o la accesoria probará en los capítulos independientes de aquella, en los demás solo se considerará como un principio de prueba por escrito.

Por un lado (142 y 349), se exige que se acompañe a la demanda la copia o compulsas de la escritura pública y, por otro lado (207 y 211), se dispone que solo tendrán valor y eficacia probatoria aquellas copias o compulsas de escrituras públicas que hayan sido ordenadas judicialmente y con citación o notificación a la contraparte, es decir, aquellas a las cuales se haya solicitado su acceso judicial.

⁴⁹ José de Vicente y Caravantes, *Tratado de los procedimientos judiciales en materia civil*, 352

La solución práctica es cumplir con ambas exigencias. Acompañar el título al acto de proposición y solicitar, además, su acceso judicial. Ello evita que pueda ser impugnada como medio de prueba.

Sin embargo, cuando se trate de actuaciones judiciales, se deberá observar la Resolución No. 25-2017 expedida por el Consejo de la Judicatura el 22 de febrero de 2017, la cual dispone que sean anunciadas en el acto de proposición sin necesidad de adjuntarlas y una vez admitidas, si se encuentran en el sistema SATJE, el juez dispondrá que el secretario incorpore la actuación judicial al proceso o, si no se encuentra en dicho sistema, oficiará a quien corresponda para que remita copias certificadas de las actuaciones judiciales requeridas.

1.4.3. Documentos privados legalmente reconocidos o reconocidos por decisión judicial.

Se llama documento privado al instrumento que ha sido realizado por personas particulares, sin la intervención de funcionario público alguno, o con éstos, en asuntos que no son de su empleo (Art. 216 COGEP). El reconocimiento, por su parte, es una diligencia judicial que sirve para autenticar un documento privado mediante la declaración jurada de la persona que lo ha suscrito o su causahabiente, sobre la autenticidad de la firma.⁵⁰ Es preciso hacer notar que el autor citado extiende el alcance del reconocimiento a la posibilidad de que a través de esta diligencia se verifique, además, que el contenido original no ha sufrido alteraciones ya que la legislación peruana⁵¹ así lo contempla, lo cual no sucede con la legislación ecuatoriana.

Para que el documento privado sea considerado como título ejecutivo, es necesario que suceda cualquiera de los siguientes eventos: a) Que sea legalmente reconocido o, b) Que sea reconocido por decisión judicial.

En el primer supuesto, el artículo 217 del COGEP establece el procedimiento para el reconocimiento legal. En efecto, dispone que la parte que presente un instrumento privado en original, podrá pedir el reconocimiento de firma y rúbrica al

⁵⁰ Cfr. Ernesto Perla Velaochaga, *Títulos ejecutivos, de la 160 a 168* <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084618.pdf>,>

⁵¹ **CODIGO PROCESAL CIVIL DE PERÚ: Artículo 249.- Forma del reconocimiento.-** El citado a reconocer un documento escrito debe expresar si la firma que se le muestra es suya y si el documento es el mismo que suscribió u otorgó, o si tiene alteraciones, indicará en qué consisten éstas.

autor o al representante legal de la persona jurídica a quien se le atribuye la autoría. El juez señalará día y hora para la realización de la audiencia, en donde se recibirá la declaración del autor o del representante bajo juramento. Si el documento está firmado por pedido de una persona que no sabía o no podía firmar, esta deberá declarar si se extendió por su orden, si la o el signatario obró por pedido suyo y *si es cierto su contenido*. En los demás casos bastará que la o el compareciente declare si es o no suya la firma que se le atribuye.

Nótese que la norma citada establece como regla general el hecho de que si se reconoce la firma puesta en un documento, se presumirá también haberse reconocido el contenido del mismo. Esto se ratifica con lo dispuesto en el último inciso del artículo 203 del propio COGEP el cual señala que si la parte alega que un documento incorporado al proceso ha sido firmado en blanco o con espacios sin llenar, se presumirá cierto el contenido del mismo, una vez que se haya reconocido la firma o declarado su autenticidad salvo que la ley la presuma, pudiendo actuar prueba en contrario la misma que no perjudicará a terceros de buena fe.

Respecto a los documentos privados “*reconocidos por decisión judicial*” es preciso anotar que no existe claridad sobre dicha forma de obtención. El COGEP no contempla la posibilidad de que el juez pueda declarar reconocido un documento en caso de que quien se presume autor, se niegue a expresar si reconoce o no el documento o si elude esa expresión con palabras ambiguas, como si lo hacía de forma clara el artículo 196 del derogado Código de Procedimiento Civil.⁵²

Obsérvese que también se podrá realizar este reconocimiento de firma de un documento privado como diligencia previa (Art. 122 numeral 3 COGEP).

Para verificarse el reconocimiento o declaración expuestas, deberá presentar e acreedor escrito al juez, pidiendo se reconozca o declare por el deudor bajo juramento, el contenido o la firma del documento, en su caso, el juez mandará comparecer al deudor, y verificando el reconocimiento, pasará lo actuado al demandante para que pueda promover el juicio ejecutivo, o demandar, si no se verificó, en juicio ordinario.⁵³

⁵² **CPC: Art. 196.-** Para los efectos del número 2 del Art. 194 pedido el reconocimiento, el juez hará comparecer, por medio de los agentes de justicia, al que deba realizarlo; y si, compareciendo éste, se negare a expresar si reconoce o no el documento, o eludiere esta expresión con palabras ambiguas o de cualquier otro modo, el juez declarará reconocido el documento; sin perjuicio de que, a petición de parte, se exija aquella expresión por los medios establecidos en el Art. 132. / El documento así reconocido constituirá título ejecutivo.

⁵³ José de Vicente y Caravantes, *Tratado de los procedimientos judiciales en materia civil*, 358.

1.4.4. Letra de cambio y pagaré a la orden.

Durante la Edad Media, particularmente entre las ciudades del norte de Italia, se produce en el comercio el origen del pagaré cambiario y de la letra de cambio, dado que tanto uno como otro, en sus inicios, se encontraban vinculados al contrato de cambio, la cual era una de las operaciones más características de los banqueros de la época, como respuesta al necesario tráfico comercial internacional.⁵⁴

La letra de cambio, “*cambial o girata*”, como también la denomina el profesor Santiago Andrade Ubidia, es el título valor cambial por excelencia, pues su evolución es la más clara demostración del ingenio mercantil. Este documento sirve como título de crédito, medio de compra, vehículo de giro y movilización del dinero, entre otros.⁵⁵

Es un título de crédito abstracto por el cual una persona, llamada librador, da la orden a otra, llamado girado, de pagar incondicionalmente a una tercera persona, llamado tomador o beneficiario, una suma determinada de dinero en el lugar y en plazo en el que el documento indica⁵⁶

De igual forma, el pagaré a la orden, es un título valor que contiene una promesa incondicional de pago a favor de otra persona, en un lugar y tiempo determinado.

El pagaré constituye, como su nombre lo indica, el reconocimiento de una deuda, con la promesa de abonarla, que hace bajo su firma quien emite ese título; el librador contrae la obligación propia de pagar, en vez de mandar a otra que pague. No hace delegación, sino promesa de pago. Se constituye en obligado principal y directo.⁵⁷

Ambos son títulos valor que incorporan derechos, gozan de literalidad en cuanto quienes intervienen, sea en su creación o circulación, se encuentran obligados al tenor de lo allí dispuesto, son autónomos porque confieren al poseedor de buena fe un derecho propio y originario, inmune al influjo producido en las relaciones entre el deudor y los anteriores poseedores, y son, además, abstractos, formales y completos.⁵⁸

Su regulación, así como los requisitos de validez de ambos títulos, se encuentran establecidos por el Código de Comercio (Arts. 410 a 489). De manera general, para ser plenamente válidos, estos deberán contener:

⁵⁴ Oscar Durán Díaz, *Los títulos de crédito electrónicos* (México D.F.: Editorial Porrúa, 2009) 8.

⁵⁵ Santiago Andrade Ubidia, *Los títulos valor en el derecho ecuatoriano*, 307.

⁵⁶ Fernando Legón, *Letra de cambio y pagaré*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984) 28.

⁵⁷ Emilio Langle, *Manual de derecho mercantil español*, tomo II (Barcelona: Bosch, 1950) 436

⁵⁸ Cfr. Santiago Andrade Ubidia, *Los títulos valor en el derecho ecuatoriano*, 309.

- 1.- La denominación de letra de cambio o de pagaré, respectivamente, inserta en el texto mismo del documento y expresada en el idioma empleado para la redacción del mismo. Las letras de cambio o pagarés que no lleven la referida denominación, serán, sin embargo, válidas, si contuvieren la indicación expresa de ser a la orden;
- 2.- La orden o promesa, respectivamente, siempre incondicional de pagar una cantidad determinada;
- 3.- El nombre de la persona que debe pagar, en caso de las letras de cambio;
- 4.- La indicación del vencimiento;
- 5.- La del lugar donde debe efectuarse el pago;
- 6.- El nombre de la persona a quien o a cuya orden debe efectuarse el pago;
- 7.- La indicación de la fecha y del lugar en que se gira la letra o se suscribe el pagaré; y,
- 8.- La firma de la persona que emite el documento.

Sin perjuicio de lo que dispongan leyes especiales y siempre que sean compatibles, las disposiciones de la letra de cambio serán aplicables al pagaré a la orden.⁵⁹

1.4.5. Testamento.

El testamento, que proviene de las voces latinas “*testatio et mentis*” cuyo significado es “testimonio de voluntad”, es un acto solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva. (Art. 1037 Código Civil). Es de la esencia del testamento contener disposiciones que determinen la suerte que han de seguir sus bienes después de sus días, a qué manos irá todo cuanto constituya su patrimonio.⁶⁰

⁵⁹ **CCOM: Art. 488.** Son aplicables al pagaré, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de este documento, las disposiciones relativas a la letra de cambio, que se refieren: Al endoso (Arts. 419 - 428); Al aval (Arts. 438 - 440); Al vencimiento (Arts. 441 - 445), sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales; Al pago (Arts. 446 - 450); A los recursos por falta de pago (Arts. 451 - 458, 560 - 462); Al pago por intervención (Arts. 463, 467 - 471); A las copias (Arts. 475 - 476); A las falsificaciones y alteraciones (Arts. 477 y 478); A la prescripción (Arts. 479 y 480); A los días feriados, cómputo de los plazos e interdicción de los días de gracia (Arts. 481 y 482); A los conflictos de leyes (Arts. 483 - 485); / Son también aplicables al pagaré las disposiciones concernientes al domicilio (Arts. 413 y 435), a la estipulación de intereses (Art. 414), a las diferencias de enunciación respecto a la suma que debe pagarse (Art. 415), a las consecuencias de la firma de una persona incapaz (Art. 416), o de una persona que obra sin poderes o se extralimita de ellos (Art. 417.)

⁶⁰ Cfr. Guillermo Bossano, *Manual de derecho sucesorio* (Quito: Editorial Universitaria, 1973) 157.

Tiene su origen en la Ley de las Doce Tablas del derecho Romano, y desde entonces ha estado sujeta a la observancia de varias solemnidades y formalidades que tienden a la defensa de los intereses sociales y a salvaguardar la voluntad del propio testador de modo que sus disposiciones sean fruto de su voluntad y no de imposición ajena.⁶¹

El testamento como título ejecutivo, procede en aquellos casos en los cuales la voluntad del testador está sujeta a la creación de derechos, el cual correlativamente crea obligaciones de dar o de hacer algo a favor de alguien, otorgándole para aquello un plazo determinado. Es preciso anotar que “*si bien los testamentos son títulos ejecutivos, no lo son las copias de la inscripción de los mismos*”.⁶²

Señala José de Vicente y Caravantes que la acción ejecutiva se podrá iniciar por o en contra de los herederos instituidos de forma expresa, llamados también fideicomisarios universales, de los legatarios⁶³ o del custodio o albacea.⁶⁴

1.4.6. Transacción extrajudicial.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2348 del Código Civil, transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. Señala, además, que no se considera como transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

Si bien la transacción es un modo en el que se extinguen las obligaciones⁶⁵, en realidad no produce la total liberación del deudor. Señala Guillermo Ospina

⁶¹ Cfr. Julio Tobar Donoso, *Doctrina sobre derecho sucesorio* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1969) 37.

⁶² **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:** Jacinta Samaniego y otra v. Ezequiel Rodríguez, Gaceta Judicial del año XXXIII, serie V, Nro. 119, p. 2879, expedida el 2 de Octubre de 1934.

⁶³ "Para que se ordene en juicio ejecutivo el pago de los legados es indispensable, no sólo que la obligación del heredero tenga los requisitos generales del Art. 507 del Código de Enjuiciamiento Civil, sino que, de conformidad con el Art. 1364, y supuesto que se reclame un pago inmediato aparezca solvente la herencia de que se trata, ya, porque existiendo gravámenes, estos no sean excesivos, ya porque manifiestamente falten cargas que puedan comprometer a los legatarios. Esta solvencia, como condición de la ley para la exigibilidad inmediata de los legados, o sea, como previa a la ejecución y de cargo del que la propone, no puede acreditarse sino mediante la debida comparación entre los valores de la sucesión y los de las deudas" (**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:** Julio Bedón v. herederas de Carmela Granja, Gaceta Judicial, año LXXV, serie XII, No. 2, p. 413, expedida el 31 de octubre de 1972.)

⁶⁴ Cfr. José de Vicente y Caravantes, *Tratado de los procedimientos judiciales en materia civil*, 380 y 381.

⁶⁵ "Se entiende por modos de extinguir las obligaciones aquellos actos y hechos jurídicos en virtud de los cuales se disuelve o extingue el vínculo obligatorio que une al deudor y al acreedor." (Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, (Bogotá: Temis, 2008) 311.

Fernandez que en la transacción, que es un modo indirecto de extinción de la obligación, las partes convienen en sacrificar recíprocamente parte de sus intereses controvertidos, lo que puede envolver la extinción de alguno de sus derechos, sin embargo, su intención no es solo esta, sino que también trata de compensar ese sacrificio con ventajas que estimen equivalentes, consolidando situaciones y derechos que, por consiguiente, dejan de ser litigiosos.⁶⁶

La transacción, también denominada acto de mutuo consentimiento o de mutuo disenso, tiene su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, el mismo que es un principio de derecho privado por medio del cual los intervinientes en un acto jurídico tienen la facultad de celebrarlo libremente y determinar a su voluntad su contenido y efectos,⁶⁷. Sin embargo, el propio Código Civil establece ciertas restricciones como por ejemplo, que no vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen (Art. 2354) o aquellos relativos al estado civil de las personas (Art. 2352).

Justamente por tener su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, las firmas puestas en el documento transaccional no requieren de reconocimiento extrajudicial previo pues la declaración de certeza la realizan los particulares. De ahí que ni el COGEP ni el CC impongan tal requisito para la plena validez de esta clase de documentos.

El documento que contenga la transacción extrajudicial, a más de ser título ejecutivo, es también el medio probatorio de una excepción previa (Art. 153.9 COGEP) de cualquier clase de procedimiento e, incluso, de una excepción sustancial o de fondo (Art. 353.3) en un juicio ejecutivo.

La transacción como excepción previa puede referirse tanto a la judicial recogida en el Art. 235 del COGEP como a la extrajudicial del Art. 1583 del Código Civil, ya que la norma no distingue el momento de su realización. Es posible que llegue a ser también una excepción de fondo en un procedimiento ejecutivo en el cual se alegue la extinción total o parcial de la obligación por este modo (Art. 353, numeral 3) conforme lo dispone el referido Art. 1583 numeral 4 del Código Civil; en este caso existiría duplicidad de excepciones -previa y de fondo- por lo que consideramos que lo correcto sería que sea resuelta como excepción previa en la fase preliminar de la audiencia única, pues en caso de que se resuelva en la fase de juicio y se la acoja,

⁶⁶ Cfr. Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 315 y 316.

⁶⁷ Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Tratado de las obligaciones*, Volumen III, 2da edición, (Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2004)113.

ocasionaría que no se dicte sentencia sobre el fondo de la controversia y eso, justamente, es lo que pretende evitarse con las excepciones previas.⁶⁸

El artículo 347 numeral 7 del COGEP reemplaza a “*las actas de transacción u otras que contengan obligaciones de dar o hacer alguna cosa*” establecidas en el derogado artículo 413 del CPC, por “*transacción extrajudicial*” ya que solo esta será considerada como título ejecutivo. Por su parte las actas transaccionales, que son aquellas aprobadas judicialmente y que ponen fin a un proceso judicial, pasan a ser títulos de ejecución conforme lo determinan los artículos 235 último inciso y 363 numeral 6 del COGEP.

1.4.7. Los demás a los que otras leyes otorguen el carácter de títulos ejecutivos.

A manera de ejemplo podemos mencionar: **1)** El cheque no pagado por falta o insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación (Art. 516 Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I⁶⁹), **2)** La liquidación, rectificación de tributos o el acto administrativo que imponga una sanción por parte del Servicio Nacional de Aduanas (Art. 118 Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones⁷⁰), **3)** El recibo o factura de prima, debidamente certificado por la empresa de seguros (Art. 43 Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro III⁷¹) así como la póliza en la que conste haberse efectuado el pago (Art. 47 Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro III⁷²), entre otras.

⁶⁸ Ernesto Guarderas, María Belén Cañas y Ricardo Hernández, *Manual práctico y analítico del Código Orgánico General de Procesos*, 90.

⁶⁹ **COMF: Art. 516.-** El cheque no pagado por falta o insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación, constituye título ejecutivo. Igualmente constituye título ejecutivo el comprobante a que se refiere el inciso tercero del artículo 497./ En los demás casos, salvo disposición legal en contrario, el pago de un cheque podrá reclamarse en juicio verbal sumario./ La acción civil intentada para el pago de un cheque, no perjudica la acción penal correspondiente.

⁷⁰ **COPCI: Art. 118.-** El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador ejercerá la acción coactiva para recaudar los valores que se le adeuden por cualquier concepto. Se aplicarán las normas del Código Tributario o del Código de Procedimiento Civil de acuerdo a la naturaleza de la obligación cuyo pago se persigue. Para el ejercicio de esta acción, será título ejecutivo y suficiente la liquidación, liquidación complementaria, rectificación de tributos o el acto administrativo firme que imponga una sanción, en su caso.

⁷¹ **COMF: Art. 43.-** [...] La empresa de seguros podrá convenir que el pago de la prima por la emisión o renovación de la póliza, lo realice el solicitante, el afianzado o el asegurado./ El recibo o factura de prima, debidamente certificado por la empresa de seguros, constituye título ejecutivo.

⁷² **COMF: Art. 47.-** El asegurador tendrá acción contra el afianzado para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos, aún cuando dicho pago haya sido ignorado o rechazado por

1.4.8. Título ejecutivo vs título de ejecución:

El derogado artículo 413 del Código de Procedimiento Civil⁷³, que enunciaba a los títulos ejecutivos, incluía como parte de dicha categoría a varios títulos que tenían una fuerza de cumplimiento y coacción mayor (títulos de ejecución) pues permitían el paso inmediato a la fase de ejecución y de apremio.

El Código Orgánico General de Procesos los ha dividido. En efecto, en el citado artículo 347 se enuncian a aquellos títulos denominados “*ejecutivos*” los cuales son exigibles a través del procedimiento ejecutivo establecido en el Libro IV, Título II, Capítulo I del COGEP, mientras que en el artículo 363 enuncia a aquellos denominados de “*ejecución*” los cuales son exigibles de forma directa a través de la fase de ejecución del libro V de la referida norma procesal.

Esta distinción tiene su fundamento en la necesidad de diferenciar si la existencia de esta auto declaración de certeza del derecho la realizan los propios particulares, o si, por el contrario, la declaración de certeza del derecho es realizada por un juez o árbitro. A los primeros generalmente se los denomina títulos ejecutivos y a los segundos generalmente títulos de ejecución.

Sin embargo, llama la atención que el Código Orgánico General de Procesos, apartándose del criterio antes señalado, incluye en la clasificación de títulos de ejecución a las actas de mediación y a los contratos prendarios y de reserva de dominio, a pesar de que en la expedición de tales documentos no interviene un juez o árbitro con facultad jurisdiccional.

1.5. La obligación ejecutiva

Como ya se indicó en líneas anteriores, los presupuestos materiales de la acción ejecutiva son dos: el título ejecutivo y la obligación ejecutiva. El primero de aquellos ya ha sido analizado. Respecto a la obligación ejecutiva, el mismo constituye un requisito

éste. Para este efecto la póliza en la que conste haberse efectuado el pago o el recibo de indemnización, constituirá título ejecutivo.

⁷³ **CPC: Art. 413.-** 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 pagarés 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 leyes especiales dan el carácter de títulos ejecutivos.

de procedencia de la vía ejecutiva ya que su existencia permite la expedición de una sentencia favorable.

El artículo 348 del COGEP establece que la obligación contenida en el título, como requisito de procedencia, deba ser clara, pura, determinada y actualmente exigible. Así también dispone que si la obligación es de dar una suma de dinero debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética. Finalmente determina que si uno de los elementos del título está sujeto a un indicador económico o financiero de conocimiento público, contendrá también la referencia de este.

Con lo dicho, se puede concluir que no es posible ejecutar a través de este procedimiento, obligaciones de *no hacer*, lo cual se ratifica con lo dispuesto en el primer inciso del artículo 347 del mismo cuerpo legal cuando señala que “Son títulos ejecutivos siempre que contengan obligaciones de dar o hacer”.

Ahora bien, de manera breve revisaremos estos elementos constitutivos de la obligación ejecutiva, los cuales están íntimamente ligados entre sí:

1.5.1. Clara

La claridad, como su nombre lo indica, es la facilidad de vislumbrar y distinguir de forma precisa lo que se quiere transmitir o comunicar.

En tal virtud, la obligación es clara cuando se determina un crédito, o el compromiso de pagar una suma determinada de dinero o entregar una especie o cuerpo cierto, es decir, cuando contiene la obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa con claridad y precisión, esto en relación a su objeto. En lo que respecta a los sujetos deberá constar en el documento quien es el acreedor y quien es el deudor.⁷⁴

1.5.2. Pura y actualmente exigible

De manera general, las obligaciones nacen y comienzan a producir sus efectos desde el origen de los hechos que, según la Ley, constituyan fuentes de ellas. Las obligaciones que se encuentren en esta circunstancia se denominan obligaciones puras y simples. Pero también puede suceder que el nacimiento o el solo cumplimiento de una

⁷⁴ William López, *El juicio ejecutivo*, 20

obligación quede pendiente de un hecho futuro, en este caso se denominan obligaciones condicionales o a plazo.⁷⁵

Si bien la condición y el plazo son hechos futuros que marcan el nacimiento o la extinción de un derecho, se diferencian porque la condición es un hecho futuro incierto que puede o no cumplirse como el nacimiento de una persona, mientras que el plazo es un hecho futuro cierto que siempre se va cumplir como la muerte de una persona.

[...] para exigir ejecutivamente el cumplimiento de una obligación, ésta nunca puede estar sujeta a plazo o condición, ya que el plazo debe estar vencido o la condición cumplida, es decir, que la condición se ha verificado y por ende da lugar al nacimiento o a la extinción de un derecho; entonces, si la obligación está pendiente o es fallida porque no se ha cumplido ni hay posibilidad alguna de que se cumpla, será inútil demandar ejecutivamente; y, si se lo hace, el juez deberá rechazar la demanda por falta de obligación ejecutiva.⁷⁶

También se considerarán de plazo vencido las obligaciones cuyo vencimiento se haya anticipado como consecuencia de la aplicación de cláusulas de aceleración de pagos. Señala la norma (con poca claridad) que cuando se haya cumplido la condición o si esta es resolutoria⁷⁷, podrá ejecutarse la obligación condicional. A mi criterio debe entenderse que dicha condición (resolutoria o no) se ha extinguido en razón de su cumplimiento y, consecuentemente, solo debió indicarse que “podrá ejecutarse la obligación”.

Bajo este orden de ideas, todo título que, al momento de la presentación de la demanda, contenga una obligación que sea *pura* al mismo tiempo también es *actualmente exigible*, por ello he compilado a estos dos elementos en uno solo.

Nos parece que al decir que la obligación debe ser actualmente exigible ya no era necesario decir que debe ser pura, puesto que si es actualmente exigible se entiende que su cumplimiento ya no está sujeto a plazo o condición. Por lo tanto, en realidad, la obligación ejecutiva es aquella que es clara, determinada y actualmente exigible; y cuando se trate de una obligación dineraria debe, además, ser líquida.⁷⁸

⁷⁵ Cfr. Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 23.

⁷⁶ William López, *El juicio ejecutivo*, 24.

⁷⁷ Condición resolutoria es aquella que al cumplirse extingue un derecho: Ejemplo: el derecho de uso que el padre concede a su hija en un departamento de su casa con la condición de que no se case. Una vez que se celebre el matrimonio, se extinguirá este derecho.

⁷⁸ Ernesto Guarderas, María Belén Cañas y Ricardo Hernández, *Manuel práctico y analítico del Código Orgánico General de Procesos*, 14.

1.5.3. Determinada

Como bien se había señalado, todos estos elementos que configuran la ejecutividad de la obligación, están ligados entre sí. En efecto, la determinación es la claridad y precisión con la cual se expresa, entre otras, el género o especie y la cantidad de la obligación dentro del título de forma escrita:

En consecuencia esta determinación de la obligación solamente es posible hacerse por escrito, ya que solo así las partes podrán saber qué es lo que se debe cumplir, entonces el deudor podrá satisfacer la obligación precisamente del objeto señalado y no de otro.⁷⁹

Justamente la determinación de la obligación dentro del título evita que una pretensión sea discutida y conlleve a la necesidad de declarar si la misma existe o no, lo cual no es propio del procedimiento ejecutivo:

[...]Lo que caracteriza a los títulos ejecutivos es que "3.1 Contienen una obligación ejecutable. No se requiere de que aún se declare la existencia de la obligación o de que el deudor esté obligado a la prestación; pues la obligación está o es determinada. No se requiere de una declaratoria de los derechos judicial o personal del deudor. No se requiere dirimencia [...]."⁸⁰

1.5.4. Líquida

Una obligación es líquida cuando la cantidad o monto es determinada o puede determinarse de manera precisa. Por ello, no solo es líquida aquella obligación que se conoce sino también aquella que puede liquidarse mediante simples operaciones aritméticas con los mismos datos que se han establecido en el título.⁸¹

En cuanto a la liquidez, es preciso hacer notar que esta sólo procede cuando la obligación es de dar una suma de dinero. Ahora bien, puede darse el caso de que la obligación sea solo en parte líquida, en cuyo caso el actor deberá acompañar una liquidación pormenorizada siguiendo los criterios establecidos en el título respectivo. (Art. 348 COGEP).

⁷⁹ William López, *El juicio ejecutivo*, 21.

⁸⁰ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**: Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución No. 140-2008 dictada dentro del juicio No. 309-2003 que siguió José Vicuña Carpio v. Carlos Buchely publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 224 de fecha 29 de junio del 2010.

⁸¹ William López, *El juicio ejecutivo*, 22.

1.6.Prescripción de la acción ejecutiva

Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. (Art. 2392 Código Civil). Es decir, constituye un modo de adquirir derechos y extinguir obligaciones.⁸²

Ahora bien, el Código Orgánico General de Procesos no establece el tiempo en el cual, de manera general, se extingue el derecho a reclamar en vía ejecutiva el cobro de una obligación como si lo hacía el derogado artículo 417 del Código de Procedimiento Civil.⁸³

En tal virtud, a fin de suplir dicho vacío, es necesario remitirse a las disposiciones de los artículos 2414 y 2415 del Código Civil, que mandan:

Art. 2414.- La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.

Art. 2415.- Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias.

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco.

Es preciso mencionar que el plazo de 5 años para la extinción de la acción ejecutiva es general, ya que existen ciertos títulos que tienen plazos de prescripción especiales como sucede con la letra de cambio y el pagaré cuyo plazo, de forma general, es de 3 años (Art. 479 Código de Comercio). Plazos de prescripción especiales también lo tiene el cheque (Art. 512 Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I).

⁸² La diferencia entre prescripción y caducidad del derecho de acción será analizada en el segundo capítulo de esta tesis de investigación.

⁸³ **CPC: Art. 417.-** Habrá lugar a la vía ejecutiva dentro de los cinco años que dura la acción de este nombre; pero, en los casos en que la ordinaria prescribe por ley en menor tiempo, pasado éste, no habrá lugar a dicha vía. / El tiempo de la prescripción se contará desde que la obligación se hizo exigible.

1.7.Efectos de la sentencia dictada dentro de un juicio ejecutivo

La sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 88 del COGEP, es la decisión del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso. Destaca Osvaldo Gozaini que este acto es el pronunciamiento definitivo del juez, en el cual establece el derecho que debe aplicarse en la relación jurídica que presentaron las partes y define el alcance que tiene dicha resolución.⁸⁴

En el nuevo sistema procesal por audiencias que establece el COGEP, el juez tiene la obligación de dictar sentencia en la misma audiencia y luego de haber escuchado los alegatos de las partes. Solo de forma excepcional el juez podrá suspenderla, pudiendo reanudarla el mismo día (Art. 297.7) o hasta en un término máximo de 10 días, teniendo la obligación de señalar al momento de la suspensión, el día y hora en que la misma se reanudará (Art. 93).

Ahora bien, la sentencia y auto interlocutorio que se dicta en un proceso judicial alcanza la calidad de cosa juzgada, según la norma, cuando se ha cumplido alguno de los presupuestos establecidos en el artículo 99 del COGEP:

Art. 99.- Autoridad de cosa juzgada de los autos interlocutorios y de las sentencias. Las sentencias y autos interlocutorios pasarán en autoridad de cosa juzgada en los siguientes casos:

1. Cuando no sean susceptibles de recurso.
2. Si las partes acuerdan darle ese efecto.
3. Si se dejan transcurrir los términos para interponer un recurso sin hacerlo.
4. Cuando los recursos interpuestos han sido desistidos, declarados desiertos, abandonados o resueltos y no existen otros previstos por la ley.

Sin embargo, lo resuelto por auto interlocutorio firme que no sea de aquellos que ponen fin al proceso, podrá ser modificado al dictarse sentencia, siempre que no implique retrotraer el proceso.

La norma citada (en realidad su título) confunde la ejecutoriedad de un auto interlocutorio o sentencia con la calidad de cosa juzgada pues en realidad los presupuestos allí establecidos constituyen causales de ejecutoriedad del auto interlocutorio o de la sentencia, es decir de culminación del proceso judicial por ser inimpugnable, más que de inmutabilidad del mismo:

⁸⁴ Cfr. Osvaldo Gozaini, *Elementos de derecho procesal civil*, (Buenos Aires: Ediar, 2005) 378.

Debe tenerse cuidado de no confundir la cosa juzgada con la ejecutoria de la sentencia. Ésta [ejecutoriedad] se cumple cuando no hay recursos pendientes por no otorgarlos la ley o por haber pasado el término para interponerlos, cualquiera que sea la sentencia; aquélla [cosa juzgada] es una calidad especial que la ley les asigna a algunas sentencias ejecutoriadas. No hay cosa juzgada sin ejecutoria, pero sí ésta sin aquélla [sic]⁸⁵

Hernando Devis Echandía define a la cosa juzgada como “*la calidad de inmutable y definitiva que la ley otorga a la sentencia y a algunas otras providencias que sustituyen aquélla [sic], en cuanto declara la voluntad del Estado contenida en la norma legal que aplica en el caso concreto*”.⁸⁶

La cosa juzgada es una institución que surge de la necesidad de brindar certeza y seguridad jurídica a las personas, quienes acuden a los órganos jurisdiccionales en búsqueda de la tutela de sus derechos por medio de un pronunciamiento definitivo y potencialmente ejecutable por la fuerza. Esta institución concretiza procesalmente el non bis in ídem, que incluso en nuestro país ha sido reconocido como garantía del debido proceso y sintetizado en la conocida fórmula: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia”. Esta garantía constitucional impide que cualquier órgano administrativo o jurisdiccional pretenda conocer nuevamente un caso que ha sido resuelto por medio de una decisión que adquiere la calidad de cosa juzgada.⁸⁷

Los efectos de la cosa juzgada que generalmente han sido reconocidos en la doctrina son tres: a) efecto de *inimpugnabilidad*, 2) efecto procesal denominado *inmutabilidad* y, 3) efecto sustancial denominado *definitividad*⁸⁸. Ahora bien, estos tres efectos no son absolutos, pues existen casos en los cuales, por disposición legal, la decisión alcanzada en un proceso judicial puede ser revisada en uno nuevo. En razón de esta consideración, se debe diferenciar a la cosa juzgada formal y a la cosa juzgada material.

Se denomina cosa juzgada formal o procesal a aquella decisión judicial que a pesar de haberse agotado la vía de los recursos, tienen una eficacia meramente transitoria. Es decir que se cumplen y son obligatorias tan solo con relación al proceso

⁸⁵ Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, (Buenos Aires: Ed. Universidad, 2004) 426.

⁸⁶ Hernando Devis Echandia, *ibidem*, 454.

⁸⁷ Juan Francisco Guerrero, *La necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la legislación como presupuesto material para obtener una sentencia favorable en la acción extraordinaria de protección*, Serie Magister (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017) 20

⁸⁸ Eduardo Couture establece que los efectos son tres: inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad. Sobre el primero, Hernando Devis Echandia ha realizado varias críticas al señalar que no es un efecto de la cosa juzgada sino un efecto atribuido por la propia Ley a las sentencias que se ejecutarían. Sobre la coercibilidad este ha sido desconocido por otros autores pues lo consideran un efecto de los dos primeros.

en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir, pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la decisión pueda modificarse.⁸⁹

Por su parte, cosa juzgada material o sustancial se denomina a aquella decisión que reúne tanto la característica de inimpugnabilidad como la de *inmutabilidad*.⁹⁰ Es decir, cuando la decisión ya no es susceptible de recurso alguno en el procedimiento en el cual se ha dictado y tampoco puede ser modificada ni revocada en un nuevo proceso.⁹¹

Lo dicho se ratifica en la Resolución No. 11-2017 dictada por la Corte Nacional de Justicia la cual denomina cosa juzgada formal a la sentencia ejecutoriada y cosa juzgada material a aquella que, además de ser inimpugnable, es inmutable:

1.2. En el Código Orgánico General de Procesos, la categoría de cosa juzgada formal, la tenemos en el Art. 99 cuando se dice que: “Las sentencias y autos interlocutorios pasarán en autoridad de cosa juzgada en los siguientes casos: 1. Cuando no sean susceptibles de recurso. 2. Si las partes acuerdan darle ese efecto. 3. Si se dejan transcurrir los términos para interponer un recurso sin hacerlo. 4. Cuando los recursos interpuestos han sido desistidos, declarados desiertos, abandonados o resueltos y no existen otros previstos por la ley.” La categoría de cosa juzgada material, la tenemos en el Art. 101 cuando señala que: “La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, o se funde en la misma causa, razón o derecho.

Ahora bien, es preciso identificar que efecto tiene una sentencia dictada en un procedimiento ejecutivo. Para ello el análisis debe partir de su naturaleza jurídica la cual, como ya quedo señalado, es la de un proceso de ejecución, en tal razón, en su sustanciación no se revisan aspectos que merezcan un gran análisis intelectual por parte del juez, como sucede en los procesos de conocimiento, por el contrario, el juez se

⁸⁹ Cfr. Eduardo Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil*, 339.

⁹⁰ **COGEP: Art. 101.-** La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, o se funde en la misma causa, razón o derecho.

Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no solo la parte resolutive, sino también la motivación de la misma.

⁹¹ Cfr. Juan Francisco Guerrero, *La necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la legislación como presupuesto material para obtener una sentencia favorable en la acción extraordinaria de protección*, 24.

limita a confirmar o ratificar la existencia de derecho y a condenar al demandado a ejecutar o efectivizar la obligación correlativa al mismo.

El juicio ejecutivo no tiene por objeto la declaración de derechos, sino la ejecución de un derecho declarado en el título, resultando inadmisibles las razones opuestas que no afecten al título mismo, dado estar proscripta la posibilidad de articular defensas que no encuadran en la enumeración taxativa [...], lo que implica que la sentencia de trance y remate no hace cosa juzgada material⁹²

En tal razón, queda abierta la posibilidad a que en un juicio de conocimiento posterior, se puedan revisar ciertos hechos que no pudieron ser discutidos en el procedimiento de ejecución, vista su naturaleza. Por ello se puede concluir que la sentencia que se dicta en esta clase de procedimientos alcanza únicamente el efecto de *cosa juzgada formal* pues la misma es inimpugnable pero no inmutable.

Cabe destacar que el Código Orgánico General de Procesos no regula, de forma expresa, la posibilidad de iniciar un juicio de conocimiento posterior de nuevas excepciones como si lo hacía el derogado Código de Procedimiento Civil.

1.8. ¿Es necesaria una acción causal posterior para discutir nuevas excepciones en un procedimiento ordinario?

Como se dijo en el numeral anterior, la sentencia que se dicta en un procedimiento ejecutivo únicamente tiene efecto de cosa juzgada formal, con lo cual, es posible iniciar, posteriormente, un proceso de conocimiento a fin de revisar aspectos no discutidos en el procedimiento ejecutivo. La interrogante es ¿esa posibilidad debe estar recogida expresamente en la Ley?

Efectivamente, el derogado artículo 448 del Código de Procedimiento Civil recogía expresamente esta posibilidad. Dicha norma establecía que el deudor, luego de vencido en la vía ejecutiva, tenía la facultad de iniciar un nuevo juicio ordinario de nuevas excepciones o denominado “*acción causal de nuevas excepciones*” en el cual se discutían oposiciones distintas (no necesariamente supervinientes) a las presentadas en la contestación a la demanda del procedimiento ejecutivo:

Art. 448.- 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,

⁹² Cámara Civil y Comercial Villa María, Crenna S.A. v. Andrada y otro, sentencia citada por María de las Mercedes Sentis, *Excepciones al juicio ejecutivo*, (Rosario: Ed. Juris, 2008) 9.

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 el juicio ejecutivo.

En subsidio de la fianza, puede el acreedor pedir que, mientras se tramita el juicio ordinario, el dinero se deposite, de acuerdo con la ley.

Si el deudor no intentare la vía ordinaria dentro de treinta días, contados desde que se verificó el pago, o la suspendiere por el mismo término, quedará prescrita la acción y se mandará cancelar la fianza.

Juan Montero Aroca anota que por acción causal, de modo general, ha de entenderse a aquella que se concede a quienes participaron en el negocio jurídico material en el cual se originó la obligación, para discutir sobre cualquiera de los posibles aspectos de aquella relación.⁹³

Aunque el Código se refiere a excepciones, en realidad la referencia es más amplia: se trata de la opción que se concede al ejecutado para discutir, en un proceso de lato conocimiento, sobre aspectos que en juicio ejecutivo no pudieron plantearse, sea por su incompatibilidad con la naturaleza de ese proceso, bien porque los hechos extintivos de la obligación a invocarse se originaron con posterioridad a la contestación a la demanda y con anterioridad a la sentencia (los hechos que hayan surgido después de la sentencia pueden discutirse en la fase de ejecución según expresa el artículo 489); ora para tratar sobre la relación jurídica o negocio jurídico subyacente al título ejecutivo (por este motivo, también se puede denominar a la acción como causal).⁹⁴

Nótese que el COGEP ha eliminado este trámite de nuevas excepciones.⁹⁵ Ahora bien, esto no impide, en un inicio, que el deudor vencido pueda iniciar un nuevo proceso (de conocimiento en este caso) si tomamos en cuenta la naturaleza del procedimiento ejecutivo. Naturalmente el proceso deberá ser ordinario por ser este último residual.⁹⁶

⁹³ Cfr. Juan Montero Aroca, *Derecho jurisdiccional*, tomo II, (Valencia, 2010) 789.

⁹⁴ Vanesa Aguirre, *La tutela jurisdiccional del crédito en el Ecuador*, (Quito: Ediciones Legales, 2012) 288 y 289.

⁹⁵ El código procesal uruguayo si contempla expresamente esta posibilidad pues su artículo 361 dispone que lo decidido en el proceso ejecutivo podrá ser modificado en proceso ordinario posterior. Este proceso sólo podrá promoverse cuando haya quedado ejecutoriada la sentencia pronunciada en el proceso ejecutivo. Indica, además, que para conocer en el proceso ordinario posterior, cualquiera sea la naturaleza de la demanda que se interponga, será competente el mismo tribunal que hubiere entendido en la primera instancia del proceso ejecutivo. Concluye señalando que el derecho a obtener la revisión de lo resuelto en el proceso ejecutivo caducará a los seis meses de ejecutoriada la sentencia pronunciada en éste.

⁹⁶ **COGEP: Art. 289.- Procedencia.** Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación.

Más aún si consideramos que el procedimiento ejecutivo desarrollado en el COGEP, contempla un sistema de excepciones tasadas, es decir, en donde se limita al deudor la posibilidad de oponerse a las pretensiones del actor únicamente por las razones establecidas en el artículo 353 de la norma procesal.⁹⁷ En consecuencia, es evidente que si es posible la discusión de excepciones distintas en un proceso de conocimiento posterior.

La diferencia entre el derogado procedimiento de nuevas excepciones del CPC con un posible procedimiento ordinario en el que se permita discutir excepciones no contempladas taxativamente en el COGEP, radica en lo siguiente: 1) En el primero, una vez que el deudor comunicaba que intentaría la vía ordinaria, el acreedor debía rendir fianza para poder ser pagado, si así lo solicitaba el deudor, cuya acción prescribía dentro de 30 días desde que realizó el pago, 2) Por el contrario, en el nuevo sistema, no le es posible al deudor solicitar fianza por parte del acreedor, ya que se trata de procedimientos autónomos, además, la acción tiene el tiempo normal de prescripción de los procedimientos ordinarios que es de 10 años.⁹⁸

En conclusión, si bien el trámite derogado concedía al deudor vencido el beneficio de exigir una caución por el pago realizado, la misma que tenía vigencia mientras se sustanciaba el procedimiento ordinario de nuevas excepciones, considero que el COGEP no restringe la posibilidad de iniciar un procedimiento ordinario en el cual se discutan aquellas excepciones que, por su naturaleza o por ser supervinientes, no pudieron ser discutidas en el procedimiento ejecutivo, como la inexistencia de la obligación, la causa ilícita de la obligación o el tema de falta de provisión de fondos.

⁹⁷ Este tema será analizado en el tercer capítulo de esta tesis de investigación.

⁹⁸ **CC: Art. 2415.-** Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias.

CAPÍTULO II:

El sistema de excepciones tasadas del procedimiento ejecutivo establecido en el Código Orgánico General de Procesos

2.1. El planteamiento de excepciones como una forma de ejercer el derecho de contradicción

El artículo 30 del Código Orgánico General de Procesos determina que son partes procesales quien propone la demanda (actor) y contra quien se la intenta (demandado). Actor es aquella persona que ejerce su *derecho de acción* a través de la demanda a fin de solicitar una tutela judicial efectiva de su derecho subjetivo; mientras que el demandado es aquella persona llamada por la ley a contestar la demanda, pudiendo ejercer este *derecho de contradicción* de varias formas posibles. Ambos derechos (acción y contradicción) son una expresión del derecho a la tutela judicial efectiva, son públicos por la satisfacción del interés que persiguen y son abstractos en cuanto su ejercicio no condiciona un resultado favorable.⁹⁹

Ahora bien, el demandado, de forma general, puede: a) *allanarse* a las pretensiones del actor de forma total o parcial, b) *guardar silencio* lo que podrá ser apreciado como una negativa de los hechos alegados contenidos en la demanda (excepto en los procedimientos ejecutivo y monitorio en los cuales se tendrá como un allanamiento tácito) y, c) *oponerse* a la demanda ya sea basado en la mera negación del derecho del demandante y de las alegaciones que constituyen su presupuesto fáctico oponiendo una defensa simple en sentido estricto, o bien oponiéndose a la demanda sobre la base de la afirmación de nuevos hechos o de circunstancias bajo las cuales sucedieron, que extingan, alteren o suspendan sus efectos, formulando una verdadera excepción.¹⁰⁰

Ya específicamente, dentro de un procedimiento ejecutivo, el demandado puede: 1) pagar o cumplir con la obligación, 2) rendir caución con el objeto de suspender la providencia preventiva dictada, lo cual podrá hacer en cualquier momento del proceso,

⁹⁹ Cfr. Juan Monroy Gálvez, *Introducción al proceso civil*, (Bogotá, 1996) 283.

¹⁰⁰ Cfr. Alberto Hinostroza Mínguez, *Las excepciones en el proceso civil*, 55.

hasta antes de la sentencia, 3) reconvenir al actor con otro título ejecutivo y, finalmente, 4) formular oposición a través del planteamiento de excepciones (Art. 351 COGEP).

La excepción ataca la pretensión y al contenido de la demanda como tal. Es una manifestación expresa de la oposición que realiza el demandado a las pretensiones del actor, ya sea por ausencia de requisitos de forma o por inexistencia de la obligación reclamada ante los órganos jurisdiccionales, como lo sostiene Couture¹⁰¹.

El término excepción o “*exceptio*”, se originó durante el periodo del proceso que es conocido en la doctrina procesal con el nombre de “per fórmulas” que existió en el Derecho Romano. En ese entonces, la “*exceptio*” consistía en una cláusula que el magistrado, a petición del demandado, insertaba en la fórmula para que el juez, si resultaban probadas las circunstancias de hecho alegadas por el demandado, lo absolviera, aun cuando se considerara fundada la *intentio* del actor. La posición del *exceptio* en la fórmula era entre la *intentio* y la *condenatio*.¹⁰²

Ahora bien, la excepción se presenta vinculada por un lado, a la conducta de impedir que se pronuncie una sentencia de fondo, o bien, si se dicta dicha sentencia, esta produzca el rechazo de la demanda. Por ello el COGEP contempla dos clases de excepciones: 1) previas (así denominadas en la norma) o procesales y, 2) sustanciales, materiales o de fondo (así denominadas por la doctrina). Esta división se enfoca en los efectos que pueden producir: Así pues, las primeras se enfocan en la conformación de la relación jurídico-procesal y su aceptación por parte del juez, torna ineficaz el ejercicio del derecho de acción produciendo el archivo del proceso, mientras que las segundas se enfocan en la relación jurídico-material y su aceptación evita el éxito de la pretensión, como lo sostienen De Gregorio¹⁰³ y Clariá Olmedo.¹⁰⁴

[P]or excepción debía entenderse todo lo que el demandado pudiera alegar con el fin de no ser condenado, tanto se refiriera a defectos en la relación jurídico procesal por falta de presupuestos o requisitos procesales, como al tema de fondo. De esta manera, cuando, estudiando las actitudes del demandado frente a la demanda, se decía que aquel ha excepcionado, las posibilidades de contenido de esta respuesta eran tantas que en realidad era inútil, por carecer de toda precisión [...] la doctrina distinguió entre

¹⁰¹ Cfr. Eduardo Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil*, 79.

¹⁰² Cfr. José Ovalle Favela, *Derecho procesal civil*, 7ma edición, (México D.F.: Harla, 1995) 69 y 70.

¹⁰³ Cfr. Julio De Gregorio, “Defensas y excepciones”. En: *Estudios de Derecho, Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía*, (Medellín, 1970) 129.

¹⁰⁴ Cfr. Jorge Clariá Olmedo, “La excepción procesal”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado UNAM*, (México D.F., 1975) 194.

excepciones procesales y excepciones materiales, de modo que cuando el demandado alega excepciones procesales centra su oposición en la falta de presupuestos y/o requisitos procesales, en lo que nuestros tribunales suelen llamar defectuosa constitución de la relación jurídico procesal, y tiende a conseguir una resolución meramente procesal en la que no se entre en el fondo del asunto. Con las excepciones materiales el demandado tiende a la desestimación de la pretensión, refiriendo la oposición a su falta de justificación, de correspondencia con el derecho material, en cuanto éste no protege el interés del demandante, aspirando el demandado a una sentencia de fondo absolutoria¹⁰⁵

2.2. Fundamento del sistema de excepciones tasadas¹⁰⁶

El Código Orgánico General de Procesos permite al demandado, al momento de contestar la demanda, actuar de acuerdo a todas las posibilidades antes referidas, entre ellas, oponerse a las pretensiones a través del planteamiento de excepciones. Ahora bien, el legislador ha considerado conveniente enlistar estas excepciones a fin de que el desarrollo del proceso oral por audiencias funcione adecuadamente, dependiendo de sus etapas y del tipo de procedimiento.

De manera general, el artículo 153 del COGEP establece taxativamente cuales son aquellas excepciones que pueden ser propuestas con el carácter de previas. La norma, de forma imperativa, utiliza un sistema tasado de excepciones ya que solo podrán plantearse con dicha calidad especial las contenidas en esos diez numerales.

La finalidad de establecer un sistema tasado de excepciones procesales es evitar que se puedan someter a un procedimiento previo y especial todas las oposiciones que intente el demandado, sea que ataquen la conformación del proceso o la pretensión como tal. Es decir, solo merecerán un análisis y pronunciamiento inicial aquellas defensas que impidan la expedición de una sentencia de fondo, por ello, a criterio del legislador, solo se han considerado trece posibilidades como lo veremos más adelante.

También se refleja la utilización de este sistema en el artículo 373 del COGEP, el cual enlista, de forma taxativa, los mecanismos que el deudor vencido puede oponer al mandamiento de ejecución. Se destaca que el Código de Procedimiento Civil si contemplaba ya esta tasación (Art. 489). Su fundamento es beneficiar al acreedor pues su derecho ya está reconocido o declarado en uno de los títulos de ejecución

¹⁰⁵ Juan Montero Aroca, *Derecho jurisdiccional*, 206 y 207.

¹⁰⁶ En el numeral 1.3.3 del capítulo I se explica el concepto de la excepción tasada.

contemplado en la propia norma procesal. En la fase de ejecución las reglas deben favorecer el interés del acreedor, de ahí que se limiten las oposiciones del deudor.

[...] es la invasión en la esfera individual ajena y su transformación material para dar satisfacción a los intereses de quien ha sido declarado triunfador en la sentencia. Ya no se trata de obtener algo con el concurso del adversario, sino justamente en contra de su voluntad. Ya no se está en presencia de un obligado, como en la relación de derecho sustancial, sino en presencia de un *subjectus*, de un sometido por la fuerza coercible de la sentencia.¹⁰⁷

Ahora bien, estas excepciones previas y las oposiciones al mandamiento de ejecución son aplicables a toda clase de procesos, sean de conocimiento o de ejecución. Sin embargo, en el caso del procedimiento ejecutivo, el COGEP también ha establecido este sistema a las defensas principales que se discuten en esta clase de juicios, limitando, de cierta manera, los mecanismos de defensa del ejecutado. Resulta, pues, propio de la acción ejecutiva o cambiaria, tasar las excepciones que pueden oponerse en su contra.¹⁰⁸

La naturaleza del juicio ejecutivo, debe excluir todo aquello que va más allá de lo meramente extrínseco, pudiendo el ejecutado únicamente oponer al progreso del juicio, por vía de excepción, las diferencias formales del título o la controversia sobre lo sustancial, sin que aquella restricción vulnere disposiciones de la ley sustancial o sea inconstitucional.¹⁰⁹

El tratadista Valentín Cortes destaca que una de las características fundamentales de los procesos ejecutivos es la limitación en la cognición del órgano judicial, la cual proviene de una limitación de las posibilidades que tiene el demandado de oponer excepciones. Ilustra que esto sucede desde la Edad Media, cuando se descubre que determinados negocios jurídicos no pueden obtener protección por el *solemnis ordo iudiciumrum*, o dicho de mejor manera, que los esquemas procesales ordinarios son incapaces de alentar el cumplimiento de las obligaciones que surgen de determinados negocios jurídicos, pues son más un entorpecimiento de la acción de la justicia que una forma de obtenerla en los casos de incumplimiento.¹¹⁰

¹⁰⁷ Eduardo Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil*, 358 .

¹⁰⁸ Cfr. Joaquín Rodríguez, *Curso de derecho mercantil*, tomo I, (México D.F.: Porrúa, 1980) 278

¹⁰⁹ Cfr. Omar Benabentos, *Excepciones y defensas procesales*, (Buenos Aires: Editorial Juris) 285. Cabe señalar que el asunto de la constitucionalidad de este sistema se tratará en el capítulo III.

¹¹⁰ Valentín Cortés, "El nuevo juicio ejecutivo cambiario", En: *Derecho cambiario, estudios sobre la Ley cambiaria y el cheque*, (Madrid: Cívitas, 1992) 882.

La Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, que era una de las fuentes de la ley procesal civil ecuatoriana, ya contenía una limitación al planteamiento de excepciones. Incluso, prohibía deducir cualquier otra defensa que pudiese estorbar el pronunciamiento de la sentencia de remate, lo cual, sin embargo, constituía un extremo indeseado ya que alguna posibilidad de defensa se debía otorgar al ejecutado.¹¹¹

Sin duda, un sistema restrictivo de excepciones para el procedimiento ejecutivo tiene como fundamento el fortalecimiento del sistema crediticio cambiario, pues se protege al acreedor y se tutela de forma efectiva sus derechos, lo cual repercute en la confianza del sistema financiero y dinamiza la economía. Ya no se le permite al deudor interponer cualquier excepción, incluso aquellas ajenas a la naturaleza del proceso, cuyo único objetivo era retardar el cumplimiento de su obligación, o, incluso, soslayarla.

Diversas son las diferencias que podemos anotar entre las excepciones del juicio ejecutivo y las del ordinario. Casi todas estas diferencias se fundan en la circunstancia de ser la ejecución un juicio rápido, favorable al acreedor, en que el deudor es mirado con desconfianza. [...] Una primera y fundamental diferencia se desprende del inc. 1 del Art. 464 del CPC. Las excepciones que pueden oponerse en el juicio ejecutivo están taxativamente enumeradas en dicho Art. 464; en cambio en el procedimiento ordinario, ninguna limitación tiene en este sentido la libertad de defensa del demandado; podrá hacer valer todas las excepciones que estime convenientes y que tiendan a destruir la acción o a corregir el procedimiento.”¹¹²

Otras legislaciones contemplan hace varios años atrás este sistema de excepciones tasadas tanto de previo pronunciamiento como del procedimiento ejecutivo. Por ejemplo, el código paraguayo establece las excepciones previas (Art. 224) y, de forma particular, las excepciones admisibles en el juicio ejecutivo (Art. 462). Por su parte los códigos procesales uruguayo (Art. 133) y colombiano (Art. 97), expresamente tasan las excepciones previas que el demandado puede proponer en cualquier clase de proceso.

2.3. Excepciones previas o procesales

Se denominan excepciones previas, de previo pronunciamiento o procesales, a aquellas que tienen como finalidad atacar la constitución regular del proceso, deteniendo su avance hasta que se corrija el yerro o terminándolo cuando sea imposible

¹¹¹ Cfr. Vanesa Aguirre, *La tutela jurisdiccional del crédito en el Ecuador*, 258.

¹¹² Raúl Espinosa, *Manual de procedimiento civil, el juicio ejecutivo*, 6ta edición, (Santiago de Chile, 1965) 109 y 110.

continuar con el mismo por haberse omitido alguno de los presupuestos procesales. Son de previo pronunciamiento, pues requieren de un tratamiento procedimental especial y anterior al desarrollo del proceso como tal, evitando de esta manera que el proceso continúe con vicios que impidan, a su conclusión, dictar una resolución sobre el asunto o asuntos principales del juicio sobre los cuales se haya trabado la litis.

Decíamos que cuando se las observa en orden al momento procesal en que pueden deducirse se las clasifica como “previas” y, según los efectos perseguidos, en perentorias y dilatorias / Las perentorias (v. gr., cosa juzgada, prescripción, falta de legitimación manifiesta ad causa, litispendencia) ponen fin al proceso, si resultan procedentes. / Las dilatorias, en cambio, suspenden el proceso hasta que se subsanen las deficiencias y situaciones impugnadas.¹¹³

Al respecto, el tratadista Fernando Canosa Torrado, a su criterio, sostiene que las excepciones previas conforman verdaderos impedimentos procesales en virtud a que aluden directamente al procedimiento y no al hecho sustancial en controversia, sin embargo, aclara que son previas solamente cuando dichas excepciones impiden el adelantamiento del proceso, ya que si aquellas obligan a su terminación, constituyen verdaderas excepciones dilatorias de fondo.¹¹⁴

De forma taxativa, el artículo 153 del COGEP establece trece excepciones previas que se encuentran recogidas en diez numerales. La finalidad de esta institución es resolver de forma preliminar al desarrollo del juicio (alegatos y práctica de pruebas) aspectos formales o no relacionados directamente con la relación jurídico material. Estas excepciones son:

1. Incompetencia de la o del juzgador.
2. Incapacidad de la parte actora o de su representante.
3. Falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda.
4. Error en la forma de proponer la demanda.
5. Inadecuación del procedimiento.
6. Indebida acumulación de pretensiones.

¹¹³ Omar Benabentos, *Excepciones y defensas procesales*, 40.

¹¹⁴ Cfr. Fernando Canosa Torrado, *Las excepciones previas y los impedimentos procesales*, (Bogotá: Ed. Doctrina y Ley, 1994) 25.

7. Litispendencia.
8. Prescripción.
9. Caducidad.
10. Cosa juzgada.
11. Transacción.
12. Existencia de convenio o compromiso arbitral.
13. Existencia de convenio de mediación.

Ahora bien, pueden plantearse varias excepciones previas de forma concurrente siempre y cuando no sean incompatibles entre sí, para lo cual, el juez deberá analizarlas y resolver siguiendo un orden coherente. Dicho orden debe tomar en consideración si el error que se ataca con tal excepción puede o no ser subsanado.

También se debe considerar que existen excepciones con el carácter de previas que bien pueden transformarse en verdaderas excepciones de fondo, como la transacción y la falta de legitimación en la causa (en líneas posteriores se analizará esta afirmación) y por lo tanto, al requerir mayor fundamentación y elementos probatorios, su resolución puede trasladarse a la fase de juicio. Por ello, el artículo 294 numeral 1 del COGEP dispone: *“1) Instalada la audiencia, la o el juzgador solicitará a las partes se pronuncien sobre las excepciones previas propuestas. De ser pertinente, serán resueltas en la misma audiencia.”*

A continuación revisaremos las trece excepciones, de acuerdo al orden indicado:

2.3.1. No subsanable que produce remisión del proceso

2.3.1.1. Incompetencia:

La primera excepción que deberá ser analizada por el juez, en caso de que sea planteada, es la excepción previa de incompetencia ya que solo si es competente podrá resolver el resto de excepciones que se hayan formulado. Esta excepción es de naturaleza procesal y se configura cuando la demanda se presenta ante una autoridad judicial distinta a la que le corresponde conocer el proceso, de acuerdo con las reglas atributivas de competencia (materia, territorio, grado y persona) establecidas en el Código Orgánico de la Función Judicial.

Si el juez advirtiere ser incompetente, deberá seguir la regla del artículo 13 del Código Orgánico General de Procesos que es similar a la disposición del artículo 129 numeral 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, es decir, deberá remitir el proceso al juez competente, debiendo además, en el caso de incompetencia en razón de la materia, declarar la nulidad de todo lo actuado para que el competente dé inicio al juzgamiento.

Ahora bien, se debe recordar que la competencia es una solemnidad sustancial (Art. 107 numeral 2 COGEP) y, en tal razón, puede ser revisada en cualquier momento del proceso. De hecho, puede ser revisada, de oficio, previo a que se califique la admisión de la demanda como lo dispone el artículo 147, numeral 1 del propio COGEP.

En este punto cabe observar la Resolución No. 12-2017 expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia sobre las excepciones previas. En la parte expositiva (hoja 19) respecto de la excepción de incompetencia, el Pleno señala que:

Por todo cuanto se ha expuesto, si el juzgador acepta la excepción previa de incompetencia, debería adoptar auto interlocutorio, mediante el cual se inhibe del conocimiento del proceso, ordenando remitirlo al juzgador que le corresponda conocerlo, conforme lo previsto en el artículo 129.9 del Código Orgánico de la Función Judicial. Si se resuelve de acuerdo al artículo 295.1 del Código Orgánico General del Proceso, el juzgador debería acoger la excepción previa mediante auto interlocutorio que declara sin lugar la demanda y ordena el archivo del proceso, aclarando que ésta decisión no genera estado de cosa juzgada material.

Lo dicho en la parte final es impreciso ya que el artículo 13 del propio COGEP regula el procedimiento a seguir cuando se acepta dicha excepción. Por lo tanto, la incompetencia es la única excepción cuya resolución no está contemplada en el artículo 295 de la norma procesal, es decir, no genera el archivo del proceso y tampoco puede ser subsanada. De hecho, de forma contradictoria, así lo reconoce el artículo 3 de la citada resolución:

Artículo 3.- Si el juzgador encuentra procedente la excepción previa de incompetencia dictará auto de inhibición ordenando la remisión del proceso al juzgador competente, conforme al artículo 13 del Código Orgánico General de Procesos.

2.3.2. No subsanables que producen el archivo del proceso

Una vez analizada y rechazada la excepción de incompetencia, se deben resolver las excepciones cuyo defecto procesal no es subsanable y que, en caso de ser admitidas por el juez, producen que se declare sin lugar la demanda y se archive el proceso. En

este grupo se encuentran: inadecuación del procedimiento, indebida acumulación de pretensiones, prescripción, caducidad, litispendencia, cosa juzgada, transacción, existencia de convenio arbitral y existencia de convenio de mediación,.

2.3.2.1. Inadecuación del procedimiento e indebida acumulación de pretensiones:

Estas dos excepciones son consideradas insubsanables por dos razones:

En primer lugar porque al revisar el numeral 2 del artículo 295 del COGEP solo se contempla al “*defecto en la forma de proponer la demanda*” como subsanable, excluyendo a las demás que se encuentran en el mismo numeral del artículo 153 de la norma procesal. En segundo lugar, se debe considerar los efectos que producen tales vicios para lo cual considero necesario citar ejemplos. Si se plantea una demanda mediante procedimiento monitorio y la obligación excede de cincuenta remuneraciones básicas del trabajador, la misma no puede prosperar por *inadecuación del procedimiento*, puesto que hacerlo sería violentar la ley y el procedimiento.

La vía procesal adecuada, que significa seguir el juicio por el procedimiento especial u ordinario que la Ley disponga para el caso, no es presupuesto material; pero si el juicio se adelanta por la que no corresponde, el juez tiene que dictar sentencia inhibitoria y no sentencia de mérito. Es en realidad presupuesto procesal, pero sus consecuencias son similares a las de los presupuestos de la sentencia de mérito.¹¹⁵

Así también resulta insubsanable, por ejemplo, cuando el actor pretende la resolución del contrato y, concurrentemente, exige su cumplimiento sin que así se haya pactado. No hay duda que se trata de una *indebida acumulación de pretensiones*. En casos evidentes, incluso, constituye una causal para que la demanda sea inadmitida *in limine* por el juzgador (Art. 147 numeral 2 COGEP). Ahora bien, si bien es insubsanable pues el proceso judicial no prosperará y se archivará, aquello no impide que, subsanando tal yerro, se plantee una nueva demanda.

¹¹⁵ Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil*, (Editorial Aguilar, 1966) 325.

2.3.2.2. Prescripción y caducidad:

El Código Orgánico General de Procesos, de manera acertada, diferencia a estas instituciones procesales¹¹⁶ pese a lo dificultosos de su distinción, la misma que tiene avances producto de un desarrollo doctrinario y jurisprudencial.¹¹⁷ La legislación ecuatoriana en muchas ocasiones las trata como sinónimos, incluso en el artículo 13 del propio COGEP parecería que eso sucede cuando en su parte final señala “[...]pero el tiempo transcurrido entre la citación con la demanda y la declaratoria de nulidad no se computarán dentro de los plazos o términos de caducidad o prescripción del derecho o la acción.”

Hernando Devis Echandia señala que cuando se alega la extinción de derecho sustancial, se trata de la excepción de prescripción; mientras que cuando se alega la extinción del derecho a iniciar un proceso (acción) se trata de la excepción de caducidad. Agrega que se puede producir caducidad no solo antes del ejercicio de la acción sino también después, cuando la ley sanciona la inactividad del demandante en el proceso, poniéndole fin al mismo.¹¹⁸ Concordante con esta última parte, Osvaldo Gozaini sostiene que la caducidad opera a consecuencia de la inactividad de las partes durante el tiempo que debe mantenerse viva la instancia, de ahí que lo equipara a la figura del abandono (como veremos más adelante, esta última definición ha sido recogida expresamente en el COGEP para el caso de providencias preventivas):

La caducidad de instancia es uno de los modos anormales de terminación del proceso que se produce a consecuencia de la inactividad de las partes durante el tiempo que debe mantenerse viva (activa) la instancia [...] La oportunidad para deducir el pedido de caducidad de la instancia se implementa en lo dispuesto por los arts. 310 que determina los plazos legales, el art. 316 que establece la decisión de pleno derecho, y el art. 315 que reglamenta los requisitos procesales para su práctica. En consecuencia, quien interprete que se han cumplido los tiempos de vigencia de la instancia sin impulsos subsiguientes, podrá demandar al Juez que declare operada la perención [...] La caducidad de la instancia de pleno derecho se produce cuando, sin petición de parte ni actividad necesaria que declare cumplido el plazo legal, se tiene operado el tiempo preclusivo y fatal que determina la terminación anormal del proceso.”¹¹⁹

¹¹⁶ Guillermo Cabanellas las trata como sinónimos: *"PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. Caducidad de los derechos en cuanto a su eficacia procesal, por haber dejado transcurrir determinado tiempo sin ejercerlos o demandarlos [...]"* Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 26a. Edición, Tomo VI, (Ed. Heliasta, 1998) 374.

¹¹⁷ Cfr. Manuel Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones*, (México D.F.: Porrúa, 2012) 654.

¹¹⁸ Cfr. Hernando Devis Echandia, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo III, Segunda Edición, (Bogotá: Editorial ABC, 1978) 98.

¹¹⁹ Cfr. Osvaldo Gozaini, *Elementos de derecho procesal civil*, 403, 407 y 408.

La prescripción, por regla general, debe ser alegada y puede interrumpir o suspender el tiempo para su configuración por razones establecidas por la propia ley (v.gr. efecto de la citación).¹²⁰ Esta excepción, si bien extingue definitivamente el derecho de acción, también se extiende este efecto al derecho material, impidiendo que se pueda expedir un pronunciamiento sobre la pretensión.¹²¹

La caducidad, en cambio, implica la pérdida del derecho a iniciar el proceso por no realizar un acto dentro del tiempo determinado y nunca se suspende o interrumpe el tiempo de su configuración por ser de orden público, de ahí que se señale que opera de forma automática *ipso jure*, es decir, puede ser declarada de oficio.¹²²

La Corte Nacional de Justicia en la Resolución No. 05-2016, relativa a la caducidad de la acción del despido ineficaz, señaló lo siguiente:

En el caso de la caducidad de la acción estamos frente a la pérdida de la oportunidad para acudir ante la administración de justicia con una determinada pretensión, debido a que aquella no ha sido ejercida dentro del plazo o término que específicamente, en cada caso, la ley ha considerado pertinente establecer un tiempo perentorio, en tanto que en la prescripción, lo que se extingue es el derecho que ya no puede ser exigido. En el caso de la caducidad, aquella opera de pleno derecho, por mandato expreso de la ley, sin que por tanto se puedan discutir en el juicio el asunto de fondo; no es necesario que se trabaje la litis, se actúen pruebas y alegatos, así como una sentencia de mérito; pues lo que ocurre es que la acción ha perdido total eficacia por el transcurso del tiempo sin que el titular del derecho a accionar la haya ejercitado. La prescripción extintiva de las acciones y la caducidad de la acción son similares en cuanto a sus efectos, pero difieren en sus características y condiciones. Así la prescripción solo puede ser alegada como excepción por la persona contra quien se ejerce la acción, en tanto que la caducidad puede y debe ser declarada de oficio por el juzgador, pues opera de pleno derecho; la prescripción se la interrumpe en forma civil o natural, la caducidad no es susceptible de interrupción, pues solo condiciona el ejercicio de la acción en un determinado tiempo; la prescripción extintiva debe declarársela en sentencia en tanto que la caducidad puede ser declarada por el juez en cualquier instancia del proceso, incluso al momento en que ha de calificar la demanda.¹²³

Lo dicho anteriormente no es absoluto, pues en muchos casos depende de la rama del derecho que estudie a esta institución. Así, por ejemplo, en derecho

¹²⁰ **Art. 64.- COGEP:** Efectos. Son efectos de la citación: 4. Interrumpir la prescripción.

¹²¹ Cfr. Gonzalo Armienta, *Teoría general del proceso*, (México D.F.: Porrúa, 2006) 212.

¹²² Cfr. Rafael Oyarte, *Debido proceso*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016)

¹²³ En la Resolución No. 12-2017, respecto a la caducidad y prescripción como excepciones previas, la Corte Nacional de Justicia no hace mayores diferencias, únicamente se hace énfasis en que ambas deben resolverse mediante sentencia con lo cual estoy en desacuerdo.

administrativo se habla de caducidad del derecho de acción, incluso la Corte Nacional de Justicia estableció un precedente jurisprudencial obligatorio que denominaba caducidad al derecho de accionar la vía contencioso administrativa.¹²⁴ En cambio en el derecho civil, muy ligeramente se suele hablar de prescripción del derecho de acción. Basta con leer los artículos 2392 y 2414 del Código Civil para evidenciarlo.¹²⁵

El artículo 307 del COGEP, si bien se titula “prescripción”, acoge lo expuesto en el precedente jurisprudencial obligatorio de la Corte Nacional de Justicia respecto a la obligación de los jueces de verificar que la demanda haya sido presentada dentro del término que la ley prevé, ampliando tal obligación a los juzgadores de lo contencioso tributario. En este caso nos encontramos frente a la caducidad del derecho de acción.

Art. 307.- Prescripción. En el caso de las demandas presentadas ante las o los juzgadores de lo contencioso tributario y de lo contencioso administrativo o en aquellas materias especiales que según su legislación contemplen la prescripción del derecho de ejercer la acción, la o el juzgador deberá verificar que la demanda haya sido presentada dentro del término que la ley prevé de manera especial. En caso de que no sea presentada dentro de término, inadmitirá la demanda.

En conclusión, revisando de forma íntegra el COGEP, se puede señalar que la norma procesal ha preferido denominar prescripción al derecho de acción, eso sí, acogiendo en la materia contencioso administrativa, tributaria y en el caso de despido ineficaz en materia laboral, los precedentes establecidos por la Corte Nacional de Justicia en sus Resoluciones Nos. 13-2015, 05-2016 y 12-2017. De ahí que se pueda afirmar que: **1)** Cuando se formule la excepción de prescripción se hará referencia al ejercicio del derecho de acción de los ciudadanos en materias distintas a las contencioso administrativa y tributaria (Art. 2392 y 2414 CC), laboral en cuanto al despido ineficaz

¹²⁴ La Corte Nacional de Justicia expidió la Resolución No. 13-2015 como **fallo de triple reiteración**, mediante la cual dispuso a los jueces de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, que, mediante auto definitivo, inadmitirán a trámite la demanda cuando verifiquen que se produjo la caducidad del ejercicio del derecho para presentar la demanda en la vía contencioso administrativa.

¹²⁵ **CC: Art. 2392.-** Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. / Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción.

CC: Art. 2414.- La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones./Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.

(195.2 CT) o de la acción de cobro de la Administración (Art. 316 numeral 2)¹²⁶, **2)** Cuando la declaración de prescripción, en cambio, sea la pretensión del actor, extinguirá obligaciones tributarias (Art. 304 numeral 2)¹²⁷ o créditos tributarios (Art. 322 numeral 2)¹²⁸ y, **3)** Cuando se formule la excepción de caducidad se hará referencia a la extinción del derecho de acción en materias contencioso administrativa y tributaria (Art. 307), de la acción laboral por despido ineficaz, (195.2 CT) de las providencias preventivas (Art. 133)¹²⁹ e incluso, a mi criterio y concordante con lo que señalan H. Devis Echandia y Osvaldo Gozaini, esta excepción podría abarcar la afirmación de *existencia de declaratoria de abandono del proceso*. Aquello permitiría que esta última aseveración del demandado pueda ser discutida de forma preliminar.

Sobre esta última conclusión, existen criterios que, de forma válida, sostienen que la excepción adecuada sería la de cosa juzgada (incluso tomando en cuenta la tradición jurídica) y no la de caducidad, pues consideran que, indirectamente, el *auto que declara el abandono del proceso* es impugnabile únicamente en cuanto al cómputo del término, es inmutable y definitivo, no solo en cuanto a dicha declaración sino, además, en cuanto al estado del derecho que se pretendió discutir el cual no podrá ser exigido nuevamente en otro proceso. Sin embargo, tal afirmación carece de sustento legal pues si revisamos el artículo 99 del COGEP, que establece los casos en que una resolución adquiere la calidad de cosa juzgada¹³⁰, no contempla a la declaratoria de abandono de la instancia sino únicamente del recurso (en cuyo caso quedará firme lo resuelto en primera instancia) y, además, el artículo 101 de la referida norma le concede los efectos de inmutable y definitiva únicamente a la sentencia que, como lo define el

¹²⁶ **COGEP: Art. 316.- Excepciones a la coactiva.** Al procedimiento coactivo solo se podrán oponer las siguientes excepciones: 2. Extinción total o parcial de la obligación sea por solución o pago, compensación, confusión, remisión o prescripción de la acción de cobro.

¹²⁷ **COGEP: Art. 304.- Legitimación pasiva.** La demanda se podrá proponer contra:

2. La o el director, delegado o jefe de la oficina u órgano emisor del título de crédito, cuando se demande su nulidad o la prescripción de la obligación tributaria o se proponga excepciones al procedimiento coactivo.

¹²⁸ **COGEP: Art. 322.- Acciones especiales.** Se pueden proponer como acciones especiales: 2. Para obtener la declaración de prescripción de los créditos tributarios, sus intereses y multas.

¹²⁹ **COGEP: Art. 133.- Caducidad.** Las providencias preventivas, si no se propone la demanda en lo principal, caducarán en el término de quince días de ordenadas o de que se hizo exigible la obligación. En este caso, la o el solicitante pagará los daños y perjuicios ocasionados.

¹³⁰ Recuérdese que, como se señaló ut supra, la Resolución No. 11-2017 dictada por la Corte Nacional de Justicia destaca que la cosa juzgada formal se produce en los casos del Art. 99 del COGEP en donde la sentencia alcanza el efecto de ejecutoriada, y la cosa juzgada material en los casos del Art. 101 de la misma norma, ya que la sentencia inimpugnabile, es inmutable.

propio artículo 88, es la decisión del juzgador acerca de los *asuntos sustanciales* del proceso.

Recuérdese que, como ya se señaló ut supra, el plazo general para la prescripción de la acción ejecutiva es de 5 años, sin embargo, existen ciertos títulos que tienen plazos de prescripción especiales como sucede con la letra de cambio y el pagaré (Art. 479 Código de Comercio) o el cheque (Art. 512 Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I).

2.3.2.3. Litispendencia y cosa juzgada:

Litispendencia hace referencia a la existencia de otro proceso judicial idéntico y que aún se encuentra sustanciando, conformado por las mismas partes procesales, bajo el mismo objeto y con idéntica *causa petendi*.

[E]xiste esta excepción previa cuando se sigue otro juicio sobre la misma cuestión o pretensión entre las mismas partes, lo cual se justifica plenamente, porque, de lo contrario, se afectaría la unidad de la cosa juzgada al sobrevenir dos o más sentencias que pueden resultar contradictorias, y se pecaría contra el fin de certeza que en el proceso se persigue-¹³¹

En el caso del procedimiento ejecutivo, la litispendencia se configura cuando existe otro juicio seguido entre las mismas partes procesales con relación al mismo documento (título ejecutivo) cuya ejecución pretende el actor.¹³² Se requiere que se funde en el mismo título porque es necesario que se trate de acciones que se sustancian bajo el mismo procedimiento. Cuando en el proceso ejecutivo el ejecutado plantea esta excepción fundado en la existencia de un proceso de conocimiento, se ha admitido la posibilidad de examinar el juicio pendiente a fin de poder apreciar si ofrece apariencia de seriedad o constituye solo un pretexto para frustrar la ejecución.¹³³

Por su parte, la cosa juzgada es la alegación de existencia de otro proceso judicial que culminó con la expedición de una sentencia inmutable, donde intervinieron como litigantes las mismas partes procesales, bajo el mismo objeto y con idéntica *causa petendi*. Su importancia radica en tres aspectos fundamentales: a) Para que una discusión jurídica no se prolongue indefinidamente, b) Para que no vuelva a entablarse

¹³¹ Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil*, 518.

¹³² Cfr. Osvaldo Gozaini, *Elementos de derecho procesal civil*, 568.

¹³³ Cfr. Omar Benabentos, *Excepciones y defensas procesales*, 172 y 173.

sobre algo ya resuelto por los órganos jurisdiccionales y; c) Para evitar que puedan producirse sentencias contradictorias, reiterativas o de imposible ejecución.¹³⁴

Respecto a la *cosa juzgada* en el procedimiento ejecutivo, en líneas anteriores se realizó ya un análisis y, si bien el COGEP no contiene alguna disposición al respecto, vista la naturaleza de este tipo de procedimiento y la imposibilidad de discutir aspectos no permitidos por la Ley (excepciones tasadas), se puede concluir que la sentencia que se dicta en esta clase de procedimientos alcanza únicamente el efecto de *cosa juzgada formal*.

El segundo criterio reposa en la cosa juzgada formal, que significa la imposible deducción de recursos contra una sentencia dictada en el proceso. Una “suma preclusión”, que sin embargo no entorpece la facultad de replantear la cuestión en otro juicio posterior (v.gr. ordinario posterior al juicio ejecutivo).¹³⁵

Eso sí, la cosa juzgada en el juicio ejecutivo opera cuando se ha acogido excepciones perentorias pues si se trata de excepciones que han sido subsanadas, es posible que se pueda volver a presentar la demanda ejecutiva.¹³⁶

2.3.2.4. Transacción:

Como ya quedó señalado al momento de estudiar los distintos títulos ejecutivos, la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual (Art. 2348 CC)

Nótese que conciliación y transacción no son lo mismo. La primera es el acuerdo voluntario, confidencial, flexible, neutral, imparcial, equitativo, legal y honesto que realizan las partes frente al juez en audiencia (Art. 233 COGEP) mientras que la transacción es el acuerdo alcanzado por las partes sin la presencia del juez, que es presentada ante él únicamente para que lo apruebe (Art. 235 COGEP).

La transacción importa concesiones recíprocas sin que ellas puedan guardar equivalencia entre sí [...] En los hechos, al Juez se le pide que homologue un convenio al solo efecto de dar certeza y ejecutoriedad a un instrumento público o privado [...] Conciliar en sede judicial es una forma de resolver el conflicto aplicando el oficio judicial en la pacificación antes que en la resolución pura del derecho.¹³⁷

251. ¹³⁴ Teresa Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal civil*, (Madrid: Ed. Marcial Pons, 2007)

¹³⁵ Osvaldo Gozaini, *Elementos de derecho procesal civil*, 393.

¹³⁶ Cfr. María de las Mercedes Sentis, *Excepciones al juicio ejecutivo*, 51.

¹³⁷ Osvaldo Gozaini, *Elementos de derecho procesal civil*, 401 y 402.

Como excepción previa busca evitar que se discuta respecto a hechos o derechos sobre las cuales los intervinientes ya han alcanzado un acuerdo previo, ya sea que el mismo se haya alcanzado extrajudicialmente o presentado por las partes y aprobado por un juez dentro de un proceso judicial.

En los procedimientos ejecutivos, la resolución sobre esta excepción puede generar un problema de oportunidad ya que la misma puede ser tanto una excepción previa como una excepción principal o de fondo. En efecto, el artículo 353 del COGEP¹³⁸ permite alegar como excepción principal la extinción total o parcial de la obligación, la cual, conforme lo que dispone el artículo 1583 numeral 4 del Código Civil, puede cumplirse a través de una transacción. Si bien se presenta duplicidad de excepciones considero que lo correcto sería discutir la existencia de transacción en la fase preliminar de la audiencia única siempre y cuando su discusión no requiera un ejercicio probatorio y argumentativo extenso pues, en ese caso, deberá ser analizada en la fase de juicio.

2.3.2.5. Existencia de convenio arbitral y de convenio de mediación:

El arbitraje y la mediación son métodos alternativos de solución de conflictos. Como lo señala el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. Deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. Es posible que el acuerdo arbitral pueda constar también en comunicaciones electrónicas cursadas entre las partes, tal como lo establece la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos.¹³⁹

Es importante señalar que las tendencias modernas del arbitraje no dejan ya ninguna duda respecto a la autonomía que tiene el convenio arbitral frente al contrato

¹³⁸ **COGEP: Art. 353.-** Excepciones. En el procedimiento ejecutivo la oposición solamente podrá fundarse en estas excepciones: 3. Extinción total o parcial de la obligación exigida.

¹³⁹ Cfr. Alejandro Ponce Martínez y Roque Caivano, *La cláusula arbitral*, (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008) 435.

que, en caso de controversia, sería resuelto mediante arbitraje. Es decir, el convenio arbitral es realmente una declaración completamente independiente y autónoma del contrato respecto del cual los árbitros se pronunciarán.¹⁴⁰

Al alegar la existencia de convenio arbitral, se alerta al juez de su falta de jurisdicción¹⁴¹ para conocer sobre el conflicto pues las partes han acordado someter cualquier controversia derivada del contrato ante un Centro de Arbitraje y no a la justicia ordinaria. El juez que acepte esta excepción debe ordenar el archivo de la causa ya que, en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*, solo los árbitros tienen la facultad de revisar su propia competencia.

Para demostrar la existencia de convenio arbitral, se seguirán las reglas de la oportunidad establecidas en el COGEP, es decir, al contestar la demanda y proponer esta excepción se deberá acompañar o anunciar la prueba de la existencia del convenio arbitral. De ahí que la disposición del artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, (expresamente no fue derogada) que permite que el juez conceda un término de prueba de tres días desde la notificación con el traslado de la proposición de esta excepción, quedó parcialmente derogada de conformidad con la Disposición Derogatoria Décimo Cuarta del COGEP.¹⁴²

Por su parte, conforme lo define el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación, la mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.

A diferencia del arbitraje, la mediación es un método de autocomposición en el que los comparecientes resolverán o no su conflicto de forma voluntaria. El mediador se

¹⁴⁰ Cfr. Antonio Pazmiño, *El control judicial en el arbitraje y los diferentes Centros de Arbitraje a nivel mundial*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014) 3.

¹⁴¹ Existe discusión sobre si se presenta falta de jurisdicción o de competencia del juez cuando existe un convenio arbitral. A mi criterio se trata de falta de jurisdicción ya que el arbitraje es una excepción al principio de unidad jurisdiccional, reconocido por la propia Constitución de la República en su artículo 190. Además, si se tratase de falta de competencia existiría en el artículo 153 del COGEP duplicidad de excepciones previas, cada una con una forma distinta de resolución si se toma en cuenta que la incompetencia produce la remisión del proceso al competente, lo cual no ocurre cuando se acepta la excepción de existencia de convenio arbitral.

¹⁴² **COGEP: DECIMO CUARTA.-** Quedan asimismo derogadas, a la entrada en vigencia de la presente Ley, otras disposiciones de igual o inferior jerarquía que se opongan a lo dispuesto en la misma.

limita a acercarlos y propender que lleguen a un acuerdo, sin tener la facultad de dirimir el conflicto.

A pesar de aquello, si las partes han decidido someterse previamente a un Centro de Mediación, no podrán soslayar dicho acuerdo para acudir directamente a la justicia ordinaria. En efecto, el 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone:

Art. 46.- La mediación podrá proceder: a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales.

Nótese que respecto a la prueba de la existencia de convenio de mediación, se debe aplicar la misma Disposición Derogatoria Décimo Cuarta del COGEP debido a la imposibilidad de conceder un término de prueba de tres días, pues ahora la misma debe acompañarse o anunciarse al momento de contestar la demanda. Por su parte, el actor al ser notificado con la contestación de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 inciso cuarto del COGEP, podrá alegar y demostrar la existencia de acta de imposibilidad de mediación o de acuerdo o, en su defecto, la existencia de una carta de renuncia al convenio de mediación firmada por las partes, a fin de que dicha excepción sea rechazada.

2.3.3. Subsanables

Por último, el juez deberá resolver sobre las excepciones previas subsanables las cuales son: a) incapacidad de la parte actora o de su representante, b) falta de legitimación en la causa, activa o pasiva y, c) error en la forma de proponer la demanda.

2.3.3.1. Incapacidad de la parte actora o de su representante:

La legitimación en el proceso (*ad procesum*), es la capacidad procesal o potestad suficiente que tienen las personas para comparecer al proceso a través de los actos de proposición y formar parte del mismo. La capacidad procesal, por su parte, es una aptitud que debe tener el sujeto que realiza un acto procesal correspondiente a una clase

de sujeto (como tribunal, actor, demandado, testigo, etc.), y que existe cuando se presentan ciertas circunstancias intrínsecas a su calidad de persona.¹⁴³

Una persona es capaz, en términos procesales, cuando tiene una aptitud suficiente como para ejercer por sí mismo la defensa de sus intereses, ya sea proponiendo la demanda o contestándola. Sin embargo, en ciertos casos la persona puede ser titular del derecho pero no tener la capacidad para ser parte de un juicio por lo que requiere de alguien lo represente. Este representante, que puede ser legal o convencional, no ostentará la calidad de parte ya que tal calidad siempre la tendrá el representado.¹⁴⁴

La excepción establecida en el artículo 153 del COGEP limita la oposición a la ilegitimidad de personería de la parte actora o quien lo represente, excluyendo la ilegitimidad de personería del demandado.¹⁴⁵

En la práctica, cuando un incapaz sea demandado por sus propios derechos, su representante, si desea comparecer al juicio y contestar a la demanda, tendrá dos opciones: la primera -la cual seguramente concibieron los legisladores- es subsanar la omisión y darse por citado como representante del incapaz aplicando los principios de buena fe y lealtad procesal y, la segunda, señalar y solicitar la declaración de nulidad por la omisión a una solemnidad sustancial. Esto último, al no ser posible alegarlo como excepción previa, imposibilitaría al juez a conceder diez días al actor para que subsane la omisión y, más bien, lo obligaría a declarar directamente la nulidad del procedimiento y ordenar su archivo.¹⁴⁶

Cuando la excepción sea aceptada, el juez concederá el término de diez días para que el actor subsane el vicio y comparezca a proponer la acción quien realmente tenga capacidad procesal para hacerlo. Si no se da cumplimiento dentro del término establecido en la ley, se entenderá como no presentada la demanda y se impondrán las sanciones pertinentes (Art. 295 numeral 3 COGEP).

¹⁴³ Cfr. Alejandro Abal Oliú, *Derecho procesal*, (Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2004) 190.

¹⁴⁴ La representación tiene dos modos de constituirse: por mandato de la ley (representación legal) o por acuerdo de las partes (representación convencional).

¹⁴⁵ El artículo 224 del Código Procesal Civil paraguayo, que tasa las excepciones previas, contempla: “*b) falta de personería en el demandante, en el demandado o sus representantes, por carecer de capacidad civil para estar en juicio, o de representación suficiente. El demandante hará valer esta excepción por la vía del recurso de reposición*”

¹⁴⁶ Ricardo Hernández, “Legitimaciones procesales en el COGEP, actualización y reformas”, En: *Revista Ruptura No. 60 de la Asociación Escuela de Derecho de la PUCE*, (Quito, 2016) 252.

2.3.3.2. Falta de legitimación en la causa de la parte actora o demandada:

La legitimación en la causa (*ad causam*) o legitimación en el derecho sustancial, implica la presunción de titularidad del derecho que se cuestiona¹⁴⁷, así el poseedor de la acción posesoria, el acreedor en la acción por cobro, o la víctima en la acción de responsabilidad civil presumen, ciertamente, estar legitimados para reclamar su derecho sustancial. No importa, en cuanto a esa aptitud, que se actúe como demandado o como actor ya que el requisito es esencial en ambas situaciones.¹⁴⁸

La legitimación en causa atiende a que el sentenciador pueda proveer en sentido favorable a lo pedido en la demanda, por ser el actor titular verdadero de la acción propuesta, y el demandado la propia persona contra la cual es concedida la acción por las normas jurídicas. Sin la titularidad así entendida, nunca es posible que la acción prospere (*legitimatío ad causam*), aunque para el fallo adverso se entienden plenamente reunidos los presupuestos procesales, esto es: a) demanda formalmente admisible, b) competencia del juzgado, c) capacidad para ser parte, esto es, capacidad general en derecho; y d) capacidad para obrar procesalmente, o sea, capacidad de ejercicio (*legitimatío ad procesum*).¹⁴⁹

Por su parte Hernando Devis Echandía explica que esta legitimación determina quienes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de mérito, pero, además, determina quienes deben estar presentes en el proceso para que sea posible esa decisión de fondo. Por lo tanto, son dos los casos en los que se configura la ilegitimidad en la causa: 1) Cuando actor o demandado no son las personas correctas para formular pretensiones o contradecirlas y; 2) Cuando aquellas personas debían ser partes en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso (*litis consorcio*).¹⁵⁰

Se debe destacar que esta falta de legitimación para obrar, solo puede oponerse como de previo y especial pronunciamiento cuando es manifiesta, es decir que el juez pueda resolver con los elementos que obran en el proceso, sin que haya necesidad de

¹⁴⁷ Algunos doctrinarios sostienen que la legitimación en causa, es un presupuesto procesal de la acción, de ahí que la titularidad del derecho no se debe presumir sino que se debe demostrar al presentar la demanda. Por ello, consideran que cuando falta la legitimación no hay acción y, consecuentemente, esto genera una sentencia absolutoria incluso, señalan, con efectos de cosa juzgada material.

¹⁴⁸ Cfr. Eduardo Couture, *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*, (Montevideo: Ed. Jurídica Universitaria, 2001) 1972.

¹⁴⁹ Carlos Ramírez Arcila, *Teoría de la acción*, (Bogotá: Temis, 1969) 231.

¹⁵⁰ Cfr. Hernando Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal*, 234.

producir abundante prueba o de alegar extensamente al respecto. Si esto no es así, será necesario que su discusión se realice en la etapa de juicio.¹⁵¹

Es preciso señalar que el alcance de la legitimación en causa como excepción previa está dirigida a la formación de la relación jurídico- procesal a través de la legitimación de las partes procesales y no sobre la discusión de la existencia o preexistencia del derecho que es el tema de fondo de los procedimientos de conocimiento. Es decir, a través de esta alegación no se puede discutir en forma preliminar sobre la existencia o no del derecho del actor, sino que, en este momento procesal, solo se discute si la parte procesal está debidamente conformada. Por ello, ésta es una de las tres excepciones subsanables del Art. 153 ya que al aceptar esta excepción se espera que al proceso se incorporen nuevas personas y no se pretende el archivo de la causa.”¹⁵²

En el procedimiento ejecutivo, la acción solo podrá ser presentada por el titular del derecho en contra de quien esté obligado a satisfacerlo. Tal legitimación suele surgir de forma expresa del propio título ya que *“es una consecuencia de la incorporación, porque para ejercitar el derecho es necesario “legitimarse” exhibiendo el título, y el portador estará legitimado cuando posea el título de acuerdo a la ley de circulación”*¹⁵³

Ahora bien, en vista de que esta discusión puede requerir de un arduo ejercicio probatorio y argumentativo, bien podría trasladarse su discusión a la audiencia o fase de juicio¹⁵⁴. La doctrina argentina ilustra que, de hecho, es posible atacar esta omisión procesal a través del planteamiento de una excepción propia de este procedimiento como lo es la ausencia de ejecutividad del título o inhabilidad del título como se verá más adelante.

Al igual que sucede cuando se acepta la excepción de incapacidad del actor, el juez concederá un término de diez días para que comparezca a demandar o se proceda a demandar a quienes deban ser parte procesal. Si no se cumple dentro del término legal, se entenderá como no presentada la demanda y se aplicarán las sanciones pertinentes como, por ejemplo, la imposición de costas procesales.

¹⁵¹ Omar Benabentos, *Excepciones y defensas procesales*, 99.

¹⁵² Ricardo Hernández, “Legitimaciones procesales en el COGEP, actualización y reformas”, 244.

¹⁵³ Santiago Andrade Ubidia, *Los títulos valor en el derecho ecuatoriano*, 76.

¹⁵⁴ Como ya se enunció, el artículo 294 numeral 1 del COGEP, dispone que: “1. Instalada la audiencia, la o el juzgador solicitará a las partes se pronuncien sobre las excepciones previas propuestas. De ser pertinente, serán resueltas en la misma audiencia.”

2.3.3.3. Error en la forma de proponer la demanda:

Esta excepción está relacionada directamente con la ausencia de requisitos estrictamente formales, como lo son los contemplados en los artículos 142 y 143 del COGEP. Pero, además, también alcanza a los errores de forma sustanciales que deben ser aclarados o precisados como, por ejemplo, una confusa formulación de la pretensión o una falta de determinación del acto impugnado, pues dichos errores podrían viciar el procedimiento e impedir la expedición de una sentencia sobre el fondo de la controversia.

Esta excepción tiene su fundamento en aquellos casos en los cuales la demanda no ha respetado las formas y solemnidades que la ley exige. Cuando no surge con precisión lo que se pide en la demanda, la exposición de los hechos no es clara, se han omitido circunstancias indispensables para que el demandado ejerza su derecho de defensa, se carece de especificaciones (v. gr.: se demanda indemnización y no se estiman los daños y perjuicios, se pretende la expropiación pero no se determina con exactitud los linderos, ubicación y medidas del predio), es admisible que el juez haga lugar a esta excepción.¹⁵⁵

Ahora bien, es preciso considerar la utilidad de formular dicha excepción (cuya inclusión como excepción previa tiene como fundamento la lealtad procesal y buena fe de las partes) ya que al ser aceptada no producirá el archivo de la demanda sino que, por el contrario, se concederá al actor el término de seis días para que subsane la demanda. Una vez subsanado el defecto, se concederá al demandado el término de diez días para que complete o remplace su contestación y anuncie nuevos medios de prueba, atendiendo las aclaraciones o precisiones formuladas por el actor.

Si el actor no subsana la demanda dentro del referido término, se entenderá como no presentada, sin que, para este supuesto, la norma haya establecido algún tipo de sanción por tal omisión.

2.4. Excepciones de fondo o sustanciales

Como quedó señalado *ut supra*, a través del planteamiento de excepciones se busca oponer, frente a la pretensión del actor, cuestiones que obstaculicen un pronunciamiento por parte del juez respecto de la pretensión, o de ser el caso, que dicho

¹⁵⁵ Osvaldo Gozaini, *Elementos de derecho procesal civil*, 186.

pronunciamiento traiga como resultado la absolución del demandado, quien hizo valer en su favor la excepción.

También ha quedado anotado que el COGEP enuncia expresamente trece excepciones previas, denominadas así por la propia norma procesal.

Sin embargo, existen excepciones que solo podrán ser analizadas y resueltas en la audiencia o etapa de juicio, sin importar la clase de procedimiento que se haya iniciado. Estas excepciones, denominadas de fondo o sustanciales por la doctrina, nacen de la relación jurídica sustancial y su oposición busca que, a través de una sentencia, se desestime el derecho subjetivo del actor sobre el cual recayó la pretensión.

Estas excepciones, para el caso del procedimiento ejecutivo, se encuentran enlistadas en el artículo 353 del COGEP, siendo las únicas que puede proponer el demandado. Las limitadas defensas apuntan principalmente a la validez del título ejecutivo o a la extinción de la obligación, por lo tanto, se encuentra vedada la articulación de otras excepciones que no sean las autorizadas por la ley, cualquiera sea el nombre que se les hubiese dado.¹⁵⁶

Si el ejecutado opone cualquier excepción que no se encuentre contemplada en la referida norma procesal, se entenderá como si no hubiese contestado la demanda (una especie de allanamiento tácito) en consecuencia, el juez tendrá el deber de dictar su resolución de forma inmediata, disponiendo el cumplimiento de la obligación a través del mandamiento de ejecución.

Art. 352.- Falta de contestación a la demanda. Si la o el deudor dentro del respectivo término no cumple la obligación, ni propone excepciones o si las excepciones propuestas son distintas a las permitidas en este Código para este tipo de procesos, la o el juzgador en forma inmediata pronunciará sentencia mandando que la o el deudor cumpla con la obligación. Esta resolución no será susceptible de recurso alguno.

Estas excepciones son:

2.4.1. Título no ejecutivo

La falta de ejecutividad o inhabilidad del título como se le denomina en la legislación argentina, tiene como objetivo atacar la validez extrínseca del título o su

¹⁵⁶ Cfr. Omar Benabentos, *Excepciones y defensas procesales*, 286.

fuerza ejecutoria, por carecer de los requisitos que la ley contempla para su eficacia plena.

Esta excepción puede referirse a que: a) el título no se encuadra en la regulación legal como, por ejemplo, cuando el cheque no ha sido protestado por insuficiencia de fondos o lo ha sido fuera del plazo de presentación (Arts. 493 y 516 CCOM) y, b) no contenga una obligación de hacer, que sea clara, pura, determinada, actualmente exigible y líquida, en caso de que la obligación sea de dar una cantidad de dinero.

Con respecto a la excepción de inhabilidad del título se ha decidido que procede, por ejemplo, cuando la ejecución se promueve sobre la base de un documento que acredita una obligación no exigible o ilíquida; el documento aparece firmado por una sola de las dos personas cuya firma conjunta se requiere en el contrato social; no existe la cuenta corriente cuyo saldo se pretende ejecutar, se alega que el otorgante del instrumento no es el demandado, etcétera.

Se ha resuelto, en cambio, que es improcedente si se la funda en circunstancias ajenas a las formas extrínsecas del título como son, v.gr. las referentes a las irregularidades del protesto cuando el ejecutado es el librador del documento, al exceso de los intereses pactados, sin perjuicio de discutir el punto en la oportunidad de presentarse la liquidación; al hecho de que en el domicilio en el cual se realizó el protesto no es el domicilio del demandado sino el de un tercero, ya que tal circunstancia no enerva la validez formal de la diligencia ni gravita sobre sus efectos jurídicos con respecto a la pretensión ejecutiva interpuesta [...]¹⁵⁷

Ahora bien, conforme se lo señaló cuando se analizó la falta de legitimación en la causa como excepción previa, cuando su argumentación y demostración tienen un grado superior de complejidad, no es posible resolverla a través de un pronunciamiento previo y especial. En ese contexto, la ausencia de legitimación activa o pasiva puede ser discutida a través de la excepción de falta de ejecutividad e inhabilidad del título.

Omar Benabentos, en efecto, se hace eco de precedentes jurisprudenciales que señalan que, bajo esta excepción, puede discutirse si quien se presenta como ejecutante no es la persona titular del derecho que invoca, o si el demandado no es la persona contra quien se debió dirigir la acción por no ser la obligada al pago.¹⁵⁸

Nótese que esta afirmación es general en la doctrina argentina, país en donde el sistema de excepciones tasadas en el juicio ejecutivo tiene vigencia hace varios años. Personalmente no estoy convencido de que en nuestro sistema aquello sea posible, más

¹⁵⁷ Lino Enrique Palacio, *Manual de derecho procesal civil*, 722.

¹⁵⁸ Cfr. Omar Benabentos, *Excepciones y defensas procesales*, 289 y 290.

aún si tomamos en cuenta que la legitimación en causa ataca aspectos procesales y la falta de ejecutividad del título ataca el documento como tal.¹⁵⁹

De igual manera, la legislación argentina contempla, dentro del procedimiento ejecutivo, la excepción de espera, la cual consiste en el otorgamiento que el acreedor realiza a favor del deudor de un nuevo plazo para el cumplimiento de la obligación subsistente, o una prórroga del plazo originario para pagar.¹⁶⁰ Es evidente que esta alegación pretende desvirtuar la ejecutividad de la obligación (pura y actualmente exigible) por lo cual, a mi criterio, bien se podría utilizarla a través de esta excepción de inhabilidad del título.

Es preciso señalar que la falta de ejecutividad difiere de la falsedad del título ya que esta última se dirige a atacar aspectos intrínsecos del título. Se trata, pues, de dos excepciones distintas, sin embargo, ambas deben ir acompañadas de la negación de existencia de la obligación.

La inhabilidad del título no es compatible con la excepción de pago o con cualquier otra que contenga por efecto la extinción de la obligación documentada del título, pues se incurre en una contradicción al oponer también al progreso de la acción ejecutiva la defensa de pago parcial sobre el mismo título.¹⁶¹

2.4.2. Nulidad formal o falsedad del título

Nótese que, en realidad, este numeral contempla dos excepciones similares en cuanto al efecto de su aceptación pero con características distintas, pues en el primer caso existe una sanción de ineficacia de un acto por expreso mandato legal (principio de legalidad) mientras que en el segundo existe adulteración del título, el mismo que puede derivar en la presencia de un delito (Arts. 327 y 328 COIP).

En efecto, para que se pueda alegar la nulidad formal del título, debe faltar algún requisito que la ley prescribe para la validez de un acto, estableciendo como consecuencia de dicha omisión tal sanción. Por ejemplo, si la letra de cambio no fue

¹⁵⁹ A pesar de no estar completamente de acuerdo, con fines académicos dejó señalado lo que la doctrina procesal argentina ilustra.

¹⁶⁰ Cfr. Osvaldo Gozaini (director), *Defensas y excepciones*, (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni editores, 2007) 475.

¹⁶¹ Cámara Federal de Mar del Plata, H.R.A. v. Consorcio Falucho, sentencia citada por María de las Mercedes Sentis, *Excepciones al juicio ejecutivo*, 52.

girada conforme a los vencimientos establecidos en el artículo 441 del Código de Comercio, la misma es nula.¹⁶²

Por su parte, un título es falso cuando no es auténtico, es decir, cuando no ha sido realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en él se expresa. En consecuencia, para que pueda calificarse de falso un título, es menester que haya habido suplantación de personas o que se hayan hecho adulteraciones que hagan cambiar la naturaleza del título.¹⁶³

Se ha resuelto, entre otros casos, que procede la excepción de falsedad cuando se ha escrito *sobrer raspado* el nombre del tomador, sin salvarse la enmienda; el avalista arguye que en el respectivo documento se han agregado subrepticamente las palabras que lo hacen aparecer como obligado en aquel carácter; en el cheque aparecen alteraciones [...], se niega categóricamente la autenticidad de la firma del ejecutado, etcétera.¹⁶⁴

Como bien se hizo notar, la alegación de falsedad del título no es similar a la de su inhabilidad o falta de ejecutividad. La primera procede cuando el título que sirve de base para la ejecución ha sido materialmente adulterado, total o parcialmente, mientras que la excepción de inhabilidad del título procede cuando se cuestiona la idoneidad jurídica del título, sea porque no figura entre los mencionados por la ley, porque no reúne los requisitos a que ésta condiciona su fuerza ejecutiva o porque el ejecutante o el ejecutado carecen de legitimación procesal, en razón de no ser las personas que aparecen en el título como acreedor o deudor.¹⁶⁵

Es preciso analizar el alcance de la falsedad del título. No cabe duda que la falsedad está directamente relacionada con la alteración material del título. Sin embargo, ¿es posible alegar su falsedad ideológica a través de esta excepción?

Al respecto la doctrina sostiene:

Es común a ambas excepciones la prohibición de que, mediante ellas, se discuta la inexistencia, ilegitimidad o falsedad de la causa. De allí que se haya decidido, v.gr. que una vez integrado el título en una ejecución por cobro de alquileres, no cabe cuestionar en el proceso ejecutivo la validez legal de la estipulación mediante la cual se

¹⁶² **CCOM: Art. 441.-** Una letra de cambio podrá ser girada: A día fijo; A cierto plazo de fecha; A la vista; A cierto plazo de la vista./ Las letras de cambio podrán prever vencimientos sucesivos. / Aquellas letras que contengan vencimientos diferentes serán nulas.

¹⁶³ Cfr. Raúl Espinosa, *Manual de procedimiento civil, el juicio ejecutivo*, 120.

¹⁶⁴ Lino Enrique Palacio, *Manual de derecho procesal civil*, 721.

¹⁶⁵ Cfr. *Ibidem*.

convino una pena por la demora en restituir el bien, pues tal articulación no se refiere a los requisitos extrínsecos del título sino a la licitud de la causa.¹⁶⁶

Debe deslindarse la excepción de falsedad material con la inhabilidad del título. La primera apunta adulteración del documento, la adulteración puede ser total o parcial y, por supuesto, material. Por tanto es absolutamente improcedente introducir –a través de esta excepción- la inexistencia, ilegitimidad o falsa causa que dio origen a la creación o transmisión del documento.¹⁶⁷

Ahora bien, se podría contestar de forma afirmativa dicha interrogante si se toman en cuenta dos situaciones: 1) Que la norma no distingue entre falsedad material e ideológica, en consecuencia, el juzgador no está facultado para hacerlo o, incluso, para interpretarla, pues solo el legislador tiene tal competencia. (Art. 120 num 6 CRE) y, 2) Que, como ya se estudió, el COGEP utiliza un sistema de excepciones tasadas para esta clase de procedimientos, en tal sentido, si se llega a considerar que solo se puede discutir la falsedad material a través de esta excepción, no existiría posibilidad de discutir la falsedad ideológica en juicio ejecutivo, obligando a que la misma sea discutida de forma posterior a través de un proceso de conocimiento.

El Código de Comercio expresamente si lo permite cuando señala que las personas demandadas en virtud de una letra de cambio no podrán oponer al portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el girador o con los portadores anteriores, a no ser que la transmisión de la letra hubiere sido el *resultado de un acuerdo fraudulento* (Art. 425), es decir cuando hay causa ilícita o falsedad ideológica.

Sin embargo, es fundamental considerar que si se llegase a alegar la falsedad ideológica, en realidad se estaría atacando el origen de la obligación lo cual, como hemos visto, no es el objeto en los procedimientos ejecutivos. María de las Mercedes Sentis, citando una jurisprudencia, indica que es improcedente el planteo de falsedad ideológica de un título ejecutivo por cuanto el mismo supone indagar su composición y en consecuencia, la causa de la obligación, lo que excede el ámbito cognoscitivo admitido por la Ley.¹⁶⁸

Por lo expuesto, concordante con el estudio de la naturaleza jurídica que se realizó en el capítulo anterior, considero que no es posible discutir la falsedad ideológica de un título en un procedimiento ejecutivo.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ Omar Benabentos, *Excepciones y defensas procesales*, 315.

¹⁶⁸ Cfr. María de las Mercedes Sentis, *Excepciones al juicio ejecutivo*, 124.

2.4.3. Extinción total o parcial de la obligación

Se entiende por modo de extinguir las obligaciones, de manera general, a aquellos actos y hechos jurídicos en virtud de los cuales se disuelve o extingue el vínculo obligatorio que une al deudor y al acreedor. Sin embargo, aquello no es absoluto ya que existen modos de extinguir las obligaciones que no producen la total liberación del deudor.¹⁶⁹

De conformidad con lo establecido en el artículo 1583 del Código Civil, las obligaciones, en todo o en parte, se extinguen:

1. *Por convención de las partes interesadas*, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo: Este modo, que puede ejecutarse a través de un contrato, convención o acto unipersonal, tiene como fundamento principal la autonomía de la voluntad de las partes, quienes libre y voluntariamente pueden solucionar sus conflictos (patrimoniales o económicos) a través de varios actos jurídicos.

Señala el profesor Ospina que el referido postulado tiene su sostén en las afirmaciones que realiza la propia ley cuando señala que “Todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes” y que “no puede ser invalidado sino por su mutuo consentimiento o por causas legales”, de ahí que el acto jurídico que estos celebren puede crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, cual si dicho acto emanase del propio legislador que lo autoriza.¹⁷⁰

2. *Por la solución o pago efectivo*: No cabe duda que la finalidad de una obligación es lograr su satisfacción, a fin de que el acreedor y deudor solucionen su vínculo jurídico, sin que puedan exigirse o reclamarse nada a futuro. Resulta entonces que el pago, que es la prestación de lo que se debe (1584 C.C.) es el modo que abarca a todo tipo de obligaciones, sin limitarse al pago de dinero, de ahí que pueda operar el pago por consignación (Art. 1615 C.C.).¹⁷¹

Hay lugar al pago por consignación cuando el acreedor no comparece o se niega injustamente a recibirlo y consiste en la consignación que el deudor, o quien esté

¹⁶⁹ Cfr. Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones.*, p. 311.

¹⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 313

¹⁷¹ **CC: Art. 1615.-** Consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona.

autorizado por él, entrega la cosa debida en manos de un depositario designado por un juez.¹⁷²

Al formular la excepción de pago, el demandado reconoce que, en efecto, existió un vínculo jurídico, pero que el mismo se solucionó, de ahí que dicha afirmación deba ser probada. El artículo 152 del COGEP dispone que la parte demandada, al contestar la demanda, debe anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación.

Para que en el proceso ejecutivo proceda la excepción de pago, el ejecutado tiene que acompañar los documentos que lo acrediten; la documentación adjunta tiene que emanar del ejecutante y en ella debe haber una referencia concreta y circunstanciada del crédito que se ejecuta, sin que sean necesarias otras investigaciones.¹⁷³

3. *Por la novación:* De conformidad con el Código Civil (Art. 1644) novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda, por lo tanto, extinguida. Se trata en realidad de un acto jurídico a través del cual, se extingue una obligación pero se crea otra, con lo cual el ejecutado no queda liberado. *“De esta forma se evita el tener que proceder a dos operaciones distintas: la extinción de la obligación y la creación de otra diferente”*.¹⁷⁴

Recuérdese que la novación puede realizarse de tres modos: 1. Por la causa, es decir sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor; 2. Por el objeto, cuando el deudor contrae una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole, en consecuencia, libre de la obligación primitiva el primer acreedor; y, 3. Por el deudor, sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que, en consecuencia, queda libre. Esta última especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor pues cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama, en realidad, delegado del primero.

4. *Por la transacción:* Como ya quedó señalado cuando se estudió los distintos títulos ejecutivos y las excepciones previas, la transacción es un contrato en que las

¹⁷² Cfr. Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 380.

¹⁷³ Cámara Nacional Civil, Sala C, sentencia citada por María de las Mercedes Sentis, *Excepciones al juicio ejecutivo*, 129.

¹⁷⁴ Carlos Alberto Ghersi, *Obligaciones civiles y comerciales*, 2da edición, (Buenos Aires: Ed. Astrea, 2005) 477.

partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual (Art. 2348 del Código Civil.).

Ahora bien, la transacción, vista como excepción sobre el vínculo jurídico material, es una defensa que ataca el fondo de la controversia el cual, en esta clase de procedimientos, es la extinción de la obligación. Su discusión debe realizarse en la fase de juicio cuando su justificación requiere de un ejercicio argumentativo y probatorio superior al de una excepción previa.

No puede ser tratada como previa la excepción de transacción si no es acompañada de los instrumentos o términos que la acrediten (art. 349, inc. 4, Cód. Procesal), sin perjuicio de que el acuerdo extintivo en que pretendió aquella fundarse se dilucide en el curso del procedimiento y se resuelva en la sentencia definitiva.¹⁷⁵

5. *Por la remisión:* Consiste en el perdón que, de la deuda, le hace el acreedor al deudor, quien tenía que dar, hacer o no hacer algo en provecho del primero, el cual, en un momento dado, con ánimo de beneficencia, lo libera de la prestación debida.¹⁷⁶

La remisión debe ser entendida como aquella especie de renuncia mediante la cual el acreedor se desprende, total o parcialmente, del derecho de exigir el cumplimiento de la obligación. Si se cumple con la exigencia de acompañar al acto de proposición los documentos con que se intenta invocar la excepción de remisión, su redacción debe ser clara para que pueda admitirse la defensa. Es necesario que del instrumento que se acompaña surja en forma precisa e inequívoca la afirmación pues, de lo contrario, las cuestiones que intenten debatirse deberán ser argüidas en un proceso de conocimiento más amplio, donde se pueda conocer exhaustivamente las invocaciones hechas, las cuales no resultan prudentes para ser analizadas en el limitado marco del procedimiento ejecutivo.¹⁷⁷

Debe diferenciarse de la excepción de “quita”, contemplada en la legislación argentina, la cual consiste en oponer al progreso de la acción ejecutiva una defensa que se sostiene en la reducción acordada por el acreedor del monto original de la deuda que se demanda.¹⁷⁸

6. *Por la compensación:* Es un modo de extinguir las obligaciones recíprocas entre dos personas que evita un doble pago entre estas. Tiene cabida siempre y cuando

¹⁷⁵ Omar Benabentos, *Excepciones y defensas procesales*, 258.

¹⁷⁶ Cfr. Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 443.

¹⁷⁷ Cfr. María de las Mercedes Sentis, *Excepciones al juicio ejecutivo*, 150.

¹⁷⁸ Cfr. Osvaldo Gozaini (director), *Defensas y excepciones*, 473.

cada una de ellas sea, a la vez, acreedora y deudora de la otra, de cosas de genero iguales y, por ello, fungibles e intercambiables entre sí.¹⁷⁹

Dispone el artículo 1672 del Código Civil que este modo opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente en sus respectivos valores, desde que una y otra reúnen las calidades siguientes: 1. Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas, de igual género y calidad; 2. Que ambas deudas sean líquidas y; 3. Que ambas sean actualmente exigibles.

7. *Por la confusión:* Se extinguen las obligaciones a través de este modo por la concurrencia en una misma persona en la calidad tanto de acreedora como de deudora, “*puesto que no tendría sentido que la persona se exigiera a sí misma la realización de la prestación.*”¹⁸⁰

A criterio de Guillermo Ospina Fernández, la causa única de confusión se origina siempre por la sucesión jurídica, entendiendo como tal el traspaso del derecho o la deuda, del acreedor o del deudor, respectivamente, a otra persona.¹⁸¹

8. *Por la pérdida de la cosa que se debe:* Se extingue la obligación cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe. (Art. 1686 CC)

Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor está obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor. Sin embargo, si el deudor está en mora y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora. Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora. (Art. 1688 CC)

9. *Por la declaración de nulidad o por la rescisión:* Los actos jurídicos, para tener plena validez y eficacia, deben cumplir ciertas condiciones y requisitos establecidos por la ley. Por ello el Código Civil (Art. 1697) manda que es nulo todo acto o contrato al que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes: “*La nulidad*

¹⁷⁹ Cfr. Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones.*, p. 423.

¹⁸⁰ Carlos Alberto Gherzi, ob. cit., p. 457.

¹⁸¹ Cfr. Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones.*, p. 454.

o anulabilidad, sea absoluta o relativa, puede oponerse no solo como acción sino como excepción, tratándose de una defensa perentoria que debe resolverse en la sentencia final.”¹⁸²

Cuando la ley enuncia nulidad, se refiere a la absoluta, la cual debe ser declarada por un juez aun sin petición de las partes, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato. De manera general, la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Por su parte la rescisión se refiere a la nulidad relativa del acto o contrato y será declarada por el juez únicamente a petición de parte. Tiene como característica principal la posibilidad de subsanarse por el transcurso del tiempo o subsanarse por la ratificación de alguno de los intervinientes

10. Por el evento de la condición resolutoria: Condición resolutoria es aquella que, al cumplirse, extingue un derecho. “El derecho es plenamente eficaz durante la pendencia de la condición, (desde la formación de la relación jurídica hasta el cumplimiento o acaecimiento del hecho condicionante)”.¹⁸³

Constituye un modo de extinguir las obligaciones el acaecimiento del hecho condicionante a que se subordina la existencia actual de estas, cual sucede con la obligación del fiador, que ha garantizado la obligación principal mientras el deudor continúe dedicado a determinada actividad comercial. Si este cambia de actividad comercial, la obligación del fiador se extingue.¹⁸⁴

*11. Por la prescripción: Siendo la prescripción una institución en la cual está interesado el orden público y la seguridad jurídica, con el fin de darle estabilidad a las relaciones jurídicas y a las actuaciones de hecho que se han prolongado en el tiempo, toda acción personal prescribe.*¹⁸⁵

¹⁸² Cámara Nacional Civil, 3, Banco San Miguel Coop Ltda., v. Banco Central de la República Argentina, sentencia citada por María de las Mercedes Sentis, *Excepciones al juicio ejecutivo*, 174.

¹⁸³ Carlos Alberto Ghersi, *Obligaciones civiles y comerciales*, 212.

¹⁸⁴ Cfr. Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 318.

¹⁸⁵ Cfr. Eloy Maduro y Emilio Pittier, *Curso de obligaciones*, tomo II, (Caracas: Universidad Andrés Bello, 2003) 769.

El término “prescripción” es, a criterio del profesor Ospina, *anfibiológico*¹⁸⁶, pues una veces denota un modo de adquirir el dominio y otros derechos reales, como el usufructo, el de uso o habitación, las servidumbres, caso en el cual es sinónimo de usucupación. En cambio, en otras ocasiones significa el modo de extinguir los derechos patrimoniales en general y también la caducidad de ciertas acciones que no tienen por objeto la efectividad de un específico derecho patrimonial propiamente dicho, como las acciones de nulidad, rescisión, revocación y resolución de los actos y contratos, acepción esta que, por su efecto, se denomina prescripción extintiva o también llamada liberatoria.¹⁸⁷

Al respecto de esta excepción, es importante recordar que, como ya se concluyó *ut supra*, cuando se la formule se hará referencia al ejercicio del derecho de acción de los ciudadanos en materias distintas a las contencioso administrativa y tributaria (Art. 2392 y 2414 CC) o de la acción de cobro de la Administración (Art. 316 numeral 2 COGEP), razón por la cual, al atacar aspectos de forma del proceso, constituye en realidad una excepción previa y no sustancial.

2.4.4. Existencia de auto de llamamiento a juicio por delito de usura o enriquecimiento privado no justificado

Para que la existencia de auto de llamamiento a juicio por delito de usura o enriquecimiento privado no justificado pueda ser oponible, es necesario que la parte demandada del procedimiento ejecutivo figure como acusadora particular o denunciante del proceso penal, y el actor del procedimiento ejecutivo sea el procesado. Es decir, debe existir identidad subjetiva en ambos procesos.

El artículo 309 del Código Integral Penal (COIP) tipifica a la usura de la siguiente manera:

Art. 309.- La persona que otorgue un préstamo directa o indirectamente y estipule un interés mayor que el permitido por ley, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

¹⁸⁶ Según la Real Academia de la Lengua Española, el término anfibiología significa: Doble sentido, vicio de palabra, cláusula o manera de hablar a que puede darse más de una interpretación.

¹⁸⁷ Cfr. Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 465.

Cuando el perjuicio se extienda a más de cinco personas, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La persona que simule la existencia de un negocio jurídico y oculte un préstamo usurario, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

En estos casos se ordenará la devolución a la víctima de lo hipotecado o prendado y la restitución de todo lo pagado de manera ilegal.”

Esta excepción no se encuentra contemplada en otra legislación, de ahí que no exista un estudio doctrinario al respecto. Se puede decir que se trata de una excepción creada por una indebida práctica crediticia en nuestro país. Es común que, quienes prestan dinero sin la intervención del sistema financiero, establezcan intereses superiores a los permitidos por la ley, exigiendo como garantía del pago del capital o de dichos intereses, la emisión de letras de cambio a su favor.

La excepción no permite que se discuta si la causa que dio origen a la relación crediticia es ilícita, ya que hacerlo implicaría convertir al procedimiento ejecutivo en un proceso de conocimiento y aquello, como se ha señalado, no es posible. Por ello, en realidad, esta causal no se relaciona con aspectos extrínsecos del título o la existencia de la obligación, sino, únicamente, con la existencia de un proceso penal por el delito de usura, en el cual ya se dictó el correspondiente auto de llamamiento a juicio, de ahí que bien pudo establecerse como excepción previa para esta clase de procedimientos.

Dispone el COGEP que en caso de que el auto de llamamiento a juicio sea posterior a la contestación a la demanda, el demandado podrá adjuntarlo al proceso y solicitar su suspensión hasta que se resuelva, de forma preliminar, el proceso penal. Sin embargo no aclara el momento procesal hasta el cual se puede adjuntarlo, lo cual genera dudas sobre si se lo puede hacer aún luego de dictada la sentencia de primera instancia, si tomamos en cuenta que la misma se dicta en el momento mismo de la audiencia, la cual se realiza en el término o máximo de veinte días contados a partir de la fecha en que concluyó el término para presentar la oposición o para contestar la reconvención, de ser el caso.

Si el juez acoge esta excepción, en realidad no ordena el archivo del proceso, sino que, únicamente, ordena su suspensión hasta que se resuelva el proceso penal. Disponer el archivo del proceso y dejar a salvo el derecho del actor de iniciar una nueva acción ejecutiva una vez que exista sentencia ejecutoriada que ratifique la inocencia del acreedor, podría generar la prescripción de la acción ejecutiva.

Ahora bien, ¿si en el proceso penal se declara la culpabilidad del actor del juicio ejecutivo mediante sentencia ejecutoriada, al demandado se le exime de cancelar todo el valor adeudado en el título ejecutivo?. A mi criterio solo le exime de cancelar los intereses que hayan sido declarados ilegales, más no se le puede eximir del pago del capital pues, finalmente, la sentencia del proceso penal solo determina la ilicitud por el cobro excesivo de intereses.

2.5. Oposiciones al mandamiento de ejecución

Ya en la fase de ejecución del procedimiento ejecutivo (en realidad de todo proceso regulado por el COGEP), el ejecutado vencido solo podrá proponer las oposiciones que taxativamente el artículo 373 del COGEP contempla y, además, *siempre y cuando se haya producido luego de la ejecutoria de la sentencia o de la exigibilidad del título de ejecución respectivo*. Es decir, no puede volver a discutírsela si se planteó como excepción en la contestación a la demanda ejecutiva.

Estas oposiciones, que las revisamos al analizar la excepción de extinción de la obligación, son:

1. Pago o dación en pago.
2. Transacción.
3. Remisión.
4. Novación.
5. Confusión.
6. Compensación.
7. Pérdida o destrucción de la cosa debida.

No será admisible la oferta de presentación de esta prueba, de ahí que la prueba documental deberá presentarse al momento de la oposición, caso contrario debe ser rechazada *in limine*. De igual forma se procederá en caso de que se aleguen pagos parciales.

Señala la norma que si el ejecutado afirma que la cosa debida se perdió o se destruyó, deberá demostrar el caso fortuito o fuerza mayor, de lo contrario el juez, en la audiencia de ejecución, ordenará el pago del valor de la cosa o indemnización que correspondan según la ley. Para cumplir esta última disposición, será, necesario un informe pericial que establezca el avalúo estimativo del bien a fin de determinar el monto del pago o de la indemnización.

Cabe destacar que la oposición que formule el ejecutado vencido no suspende la ejecución y será resuelta en la audiencia de ejecución que para el efecto se convoque.

Si el juez acepta alguna de las oposiciones formuladas por haberse demostrado el cumplimiento total de la obligación contenida en el título, deberá declarar terminada la ejecución disponiendo su archivo definitivo, observando, además, lo que dispone el último inciso del artículo 196 del COGEP, esto es que se comunicará a las partes de su obligación de retirar los documentos agregados al proceso, advirtiéndoles que en caso de no hacerlo en el término de treinta días, estos serán destruidos.

CAPITULO III

El nuevo sistema de excepciones tasadas del procedimiento ejecutivo del COGEP. ¿Beneficia al acreedor y limita los derechos del deudor?

3.1. El derecho a la tutela judicial efectiva del actor de un procedimiento ejecutivo

Como se indicó al inicio de este trabajo investigativo, el procedimiento ejecutivo está ubicado dentro de los procesos de ejecución, en virtud de que a través de este no se pretende que el órgano jurisdiccional dilucide o declare, mediante la aplicación de normas de derecho pertinentes a los hechos expuestos y discutidos, el alcance de la situación jurídica existente entre las partes, las cuales, en realidad, son características propias del proceso de conocimiento.¹⁸⁸

También se advirtió que, a través de este proceso, se busca hacer efectivos derechos previamente configurados o consagrados en títulos ejecutivos (Art. 347 COGEP) o de ejecución (Art. 363 COGEP).

Ahora bien, a pesar de que las reglas procesales para la ejecución de un título ejecutivo no son semejantes a las establecidas para los títulos de ejecución, pues incluso se encuentran en libros distintos (IV y V, respectivamente) doctrinariamente ambos procedimientos tienen como finalidad garantizar al ejecutante una tutela judicial efectiva de sus derechos.

Resulta complejo definir lo que representa o alcanza la tutela judicial efectiva. Es uno de los conceptos de mayor dificultad en su definición, sea porque puede ser observado desde una vertiente estrictamente procesal, o bien como un derecho de naturaleza compleja que, a su vez, se desarrolla en varias vertientes (como lo ha señalado, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español) o porque se lo considere como un derecho fundamental y, por consiguiente, con su propia jerarquía lo cual

¹⁸⁸ Cfr. Lino Enrique Palacio, *Manual de derecho procesal civil*, 656.

impone una consideración distinta a la mera óptica de “componente” del debido proceso.¹⁸⁹ Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado:

La tutela judicial efectiva se constituye por lo tanto en aquel derecho que garantiza que las personas accedan a la justicia de forma óptima, obteniendo de esta una justicia imparcial y expedita en la que se apliquen los principios de inmediación y celeridad. De esa forma, este derecho garantiza a su vez el ejercicio del derecho a la defensa en tanto establece que bajo ningún concepto las partes deberán quedar en indefensión.¹⁹⁰

Por consiguiente, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva se garantiza en tres momentos, el primero cuando las personas acceden a la justicia en condiciones igualitarias, sin ningún tipo de condicionamiento no previsto en el ordenamiento jurídico; el segundo, cuando las autoridades jurisdiccionales dentro de la sustanciación de todo proceso, imparten una justicia imparcial y expedita en observancia de los principios de inmediación y celeridad, e impidiendo cualquier práctica que coloque a las partes en indefensión, emitiendo una decisión que brinde una respuesta lógica y oportuna a las partes procesales; y el tercer momento, cuando la justicia se ve materializada a través del cumplimiento de la decisión emitida.¹⁹¹

A fin de garantizar la tutela judicial efectiva¹⁹² de los derechos del actor de un procedimiento ejecutivo, conforme lo recoge la Corte Constitucional en base a varios

¹⁸⁹ Cfr. Vanesa Aguirre, *La tutela jurisdiccional del crédito en el Ecuador*, 93.

¹⁹⁰ **CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR:** Sentencia No. 034-16-SEP-CC dictada el 3 de febrero de 2016 dentro del caso No. 0103-13-EP seguido por Daniel Ayala v. Tercera Sala de lo Penal, Colosorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

¹⁹¹ **CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR:** Sentencia No. 078-17-SEP-CC dictada el 22 de marzo de 2017 dentro del caso No. 0108-15-EP seguido por Empresa Pública TAME v. Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia. El tratadista Joan Pico i Junoy agrega un cuarto momento que garantizaría la tutela efectiva como lo es el permitir el ejercicio del derecho al recurso legalmente previsto En: *Las garantías constitucionales del proceso*, (Barcelona: Bosch, 1997) 40. Por su parte José Garberí Llobregat, adicional a estos cuatro, agrega la obligación de los jueces de sujetarse al principio *pro actione* en la interpretación de los presupuestos y requisitos procesales y, además, el derecho a la cosa juzgada. En: *Constitución y derecho procesal, los fundamentos constitucionales del derecho procesal*, (Cizur Menor, Citas, 2009) 115 a 231.

¹⁹² El artículo 23 del COFJ, trata a la tutela judicial efectiva como un deber de los operadores de justicia. Señala: “*La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso. / La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso. / Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado*

apuntes doctrinarios¹⁹³, el cumplimiento de estos tres momentos se ven reflejados de la siguiente manera:

Acceso gratuito e igualitario: El derecho de acceso a la justicia es una garantía para los justiciables que permite el esclarecimiento de un hecho, por los medios previstos en el ordenamiento jurídico para su respectiva resolución, que involucra la protección efectiva de los derechos y garantías ciudadanas tendientes a materializar, de forma real, sus derechos individuales y sociales, en divergencia a la aplicación de meros formalismos que no tienen justificación racional en nuestro Estado constitucional de derechos y justicia, más aún si se dirigen a vulnerar derechos constitucionales.¹⁹⁴

Si bien el artículo 349 establece un requisito de admisibilidad adicional a los dispuestos en los artículos 142 y 143 del COGEP, aquello no implica una condición de desigualdad sino que, por la naturaleza de la controversia, la exigencia de que se apareje el título ejecutivo es necesaria. Además, la norma establece este requisito de forma general, para todos los procedimientos ejecutivos.

Las normas que regulan el desarrollo del procedimiento no establecen ninguna condición que genere, en el actor, una tasa judicial o timbre¹⁹⁵ por la prestación del servicio de administración de justicia. Esta premisa no es absoluta con el demandado que apela de la sentencia dictada en primera instancia quien, a fin de suspender la ejecución de la misma, deberá rendir una caución. Nótese, eso sí, que la exigencia de rendir caución no restringe al ejecutado el ejercicio de su derecho a recurrir.

Justicia imparcial y expedita que garantice el respeto a las reglas del debido proceso: La Corte Constitucional ha señalado que el debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual, toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del

pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles.”

¹⁹³ Rafel Oyarte ilustra: “El derecho a la tutela judicial efectiva tiene el siguiente contenido básico: el acceder al órgano de justicia en procura de la defensa de los derechos e intereses que alega el justiciable, que esa petición de justicia sea procesada, respetando los derechos del contradictor; que se obtenga de ese proceso una decisión fundada; y, que se cumpla la decisión”.(Debido proceso, 413.)

¹⁹⁴ **CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR:** Sentencia No. 078-15-SEP-CC dictada el 25 de marzo de 2015 dentro del caso No. 0788-14-EP seguido por DENECSA S.A. v. Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas.

¹⁹⁵ En el artículo 207 de la Constitución Política de 1998 se establecía que la gratuidad de la justicia lo era solo para las causas penales, laborales y las relativas a los derechos de niñez y adolescencia. En la actualidad, el artículo 75 de la Constitución de la República garantiza el derecho de toda persona a acceder de forma gratuita a la justicia y solicitar la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos.

proceso. Ha establecido también que este principio procura tanto el bien de las personas, como de la sociedad en su conjunto, por cuanto las personas tienen interés en defender adecuadamente sus pretensiones dentro de un proceso; y la sociedad tiene interés en que el proceso sea llevado de la manera más adecuada posible, para satisfacer las pretensiones de justicia que permitan mantener el orden social, pues en un estado de derecho toda sentencia o trámite administrativo debe basarse en un proceso previo legalmente establecido.¹⁹⁶

Las disposiciones del Capítulo I del Título II del Libro IV del Código Orgánico General de Procesos (347 al 355) contienen las reglas especiales para esta clase de procedimiento. Conjuntamente con aquellas, el resto de disposiciones (v. gr. Arts, 79 al 87 del COGEP sobre las audiencias) se desarrollan sobre la base de lo establecido en el artículo 76 de la Constitución de la República (v. gr. ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones o contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa).

El actor, al igual que el demandado, tiene derecho a acudir a las audiencias, actuar medios de prueba, formular alegatos, recibir resoluciones motivadas, interponer recursos, etc. En cuanto al tiempo y a los medios adecuados para preparar la defensa, la norma procesal le concede, al ejecutado, un término más extenso para contestar la demanda ejecutiva (de 3 días en el CPC a 15 días en el COGEP) lo cual, a mi criterio, no vulnera el principio de celeridad y, consecuentemente, no perjudica al actor ya que, finalmente, el resto de actuaciones procesales se realizarán en una sola diligencia: la audiencia única.

La limitación que tiene el demandado al momento de proponer excepciones, tiene como contraposición la tutela efectiva de los derechos del acreedor, quien acude al órgano de justicia con un documento previamente creado por las partes (de manera general) a reclamar el cobro de la obligación ahí establecida, de modo tal que se impide la discusión sobre aspectos que no estén relacionados con la extinción de la obligación, validez del título o aspectos procesales. Sin duda, esta tasación de excepciones permite, de cierta manera, que los derechos del actor sean tutelados de mejor manera.

¹⁹⁶ **CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR:** Sentencia No. 160-15-SEP-CC, dictada el 13 de mayo de 2015 dentro del caso No. 0600-12-EP que siguió Wilma Jaramillo v. Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos.

En cambio, las disposiciones que, a mi parecer, vulneran tanto el principio de igualdad como el derecho del actor a recibir tutela judicial efectiva, son las establecidas en los artículos 87¹⁹⁷ y 249¹⁹⁸ del Código Orgánico General de Procesos. La norma procesal ha contemplado un efecto distinto para la falta de comparecencia de las partes a la audiencia, es así que si la inasistencia o, incluso, el retraso lo genera el actor, se entenderá como abandono del proceso, lo cual no sucede si la inasistencia es del demandado quien, incluso, en caso de retraso puede incorporarse a la audiencia. Esta declaración de abandono del proceso se agrava si se toma en cuenta que su efecto es la imposibilidad de presentar una nueva demanda, cual si se tratara de un desistimiento expreso.¹⁹⁹

Ejecución de la decisión emitida: El ejercicio de la jurisdicción no se agota, necesariamente, con el reconocimiento de un derecho en la sentencia sino que requiere de una actividad posterior que dé cumplimiento a lo dispuesto en esa decisión para de esta forma otorgar una tutela judicial integral. Los jueces deben adoptar una conducta positiva que permita que sus mandatos sean realidades y no simples recomendaciones. Como afirmación de la potestad jurisdiccional, la *potestad imperium* adquiere especial relevancia pues ahí donde la resistencia injustificada frena la legítima satisfacción de

¹⁹⁷ **COGEP: Art. 87.-** Efectos de la falta de comparecencia a las audiencias. En caso de inasistencia de las partes se procederá de acuerdo con los siguientes criterios:

1. Cuando quien presentó la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente, su inasistencia se entenderá como abandono.

2. Cuando la o el demandado o la o el requerido no comparece a la audiencia que corresponda, se continuará con la audiencia y se aplicará las sanciones y efectos, entendiéndose siempre que pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos. Sin embargo, en caso de retraso, se admitirá su participación, tomando la audiencia en el estado en que se encuentre. [...]

¹⁹⁸ **COGEP: Art. 249.-** Efectos del abandono. Declarado el abandono, se cancelarán las providencias preventivas que se hayan ordenado en el proceso. / Si se declara el abandono de la primera instancia, no podrá interponerse nueva demanda. [...]

¹⁹⁹ Santiago Guarderas señala: “No cabe duda que esta disposición es contraria al principio de igualdad establecido en el Art. 11 numeral 2, de la CRE y al derecho a la igualdad establecido en el Art. 66 numeral 4, ibídem, ya que establece un trato distinto ante una misma circunstancia, entre los sujetos procesales. [...] Nótese que el abandono es una forma extraordinaria de terminación del proceso que, en este caso, se configura como consecuencia de la falta de comparecencia del actor a la audiencia, en un procedimiento contencioso. Si bien es verdad que se puede imputar al actor carencia de diligencia en la prosecución del proceso también es cierto que la sanción es desproporcionada, pues, ante un defecto procesal se le llega a privar de un derecho sustancial. Por ello, es una sanción que viola el principio de “sistema medio de administración de justicia” consagrado en la CRE (Art. 169) y al derecho al debido proceso (Art. 76 CRE).” (Comentarios al Código Orgánico General de Procesos, artículos del 1 al 111, 166 y 167).

quien ha resultado favorecido por la sentencia, la ejecución forzosa impide eliminar las trabas a la completa satisfacción del derecho.²⁰⁰

Finalmente, una cuestión básica para que se cumpla con el derecho a la tutela judicial efectiva es que el fallo dictado sea cumplido pues, de lo contrario, la decisión no pasará de ser un papel mojado o una declaración de buenos deseos, además de transformar a la jurisdicción en cualquier cosa, menos un verdadero poder.²⁰¹

El Libro V del COGEP establece nuevas reglas respecto a la ejecución de los títulos de ejecución, entre ellas la sentencia que se dicta en un procedimiento ejecutivo, las cuales, si bien tienen muchas deficiencias, buscan la satisfacción del derecho de quien ha sido declarado vencedor en el proceso. La disposición de resolver todas las oposiciones, incidentes, el monto de indemnizaciones, objeciones al informe pericial, entre otras, en una sola audiencia, evita que el deudor retarde el cumplimiento de la sentencia. Recuérdese también que, a fin de evitar que el demandado pueda soslayar el cumplimiento del fallo, se permite que desde el momento de presentar la demanda se soliciten medidas cautelares sin mayor requisito que el de evidenciar la existencia de la obligación y la titularidad del bien.

Ahora bien, otra de las disposiciones que permite la tutela íntegra de los derechos del ejecutante es el efecto no suspensivo con el cual se concede la apelación que interpone el ejecutado, exigiéndole que consigne o caucione el monto total de la obligación en caso de solicitar su suspensión. Además, la norma deja claro que este procedimiento no es susceptible de recurso extraordinario de casación, con lo cual se elimina la posibilidad de interpretar si, en ciertos casos, será posible su interposición (Art. 354 COGEP).

En resumen, es evidente que el nuevo procedimiento ejecutivo buscar tutelar los derechos del acreedor que acude al órgano jurisdiccional para satisfacer dicha pretensión sin que aquello sea el resultado exclusivo del nuevo sistema de excepciones tasadas sino, además, de otras tantas regulaciones propias del nuevo sistema procesal ecuatoriano. Es indiscutible que las nuevas reglas tienen como sustento la presunción de validez y certeza (*iuris tantum*) del derecho de un acreedor que demanda a través de esta clase de procedimientos.

²⁰⁰ Cfr. Vanesa Aguirre, *La tutela jurisdiccional del crédito en el Ecuador*, 138 a 140.

²⁰¹ Rafael Oyarte, *Debido proceso*, 474.

3.2. Los derechos de defensa y contradicción del demandado de un procedimiento ejecutivo

El derecho a la tutela judicial efectiva está garantizado por la norma suprema tanto para el actor como para el demandado. Ahora bien, los derechos que lo configuran (acceso, debido proceso y ejecución) son de configuración legal y, por lo tanto, es la ley la que determina sus aspectos, condiciones y limitaciones. En efecto, dentro del procedimiento ejecutivo, como hemos visto, se ponderan ciertos derechos (tutela judicial efectiva y seguridad jurídica del acreedor) sobre otros (defensa y contradicción del demandado) a fin de ser consecuente con su naturaleza jurídica.

Respecto al derecho a la defensa, la Corte Constitucional ha señalado:

En tal sentido, el derecho a la defensa permite a las partes sostener sus pretensiones, así como rebatir los fundamentos de la parte contraria de tal manera que las personas que intervienen en una disputa judicial puedan defenderse de los cargos que se imputen en su contra. Es en virtud del derecho a la defensa que se concede a las personas la facultad de acceder a los medios necesarios para hacer respetar sus derechos en el desarrollo de un proceso legal, ya sea contradiciendo los hechos alegados por la parte contraria o cualquier otro medio que permita el desarrollo de su defensa en concordancia con las garantías establecidas en la Norma Suprema. El derecho a la defensa, es por lo tanto, parte sustancial del debido proceso, ya que su pleno ejercicio garantiza que dentro de una causa se obtenga una sustanciación y resolución justa y en igualdad de condiciones para las partes procesales; de ahí la importancia de entender este derecho en su continuidad y permanencia durante el desarrollo de un proceso jurisdiccional. Es decir, el derecho a la defensa debe ser garantizado en todas las etapas del proceso, sin que pueda obstaculizarse ni negarse su ejercicio en ningún momento procesal, pues ello conllevaría la indefensión de las partes en tal razón, la actuación de los órganos jurisdiccionales en lo que respecta a la tutela al debido proceso, reviste especial importancia, ya que son los llamados a observar y hacer cumplir las garantías previstas por la Constitución”²⁰²

Como se puede evidenciar, la definición que realiza la Corte Constitucional es general pues lo analiza desde el punto de vista del derecho fundamental. Sin embargo, la misma Corte ha señalado que, dentro de un proceso jurisdiccional, este derecho impone una obligación al juzgador de permitir a la parte la utilización de todas las

²⁰² **CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR:** Sentencia No. 120-16-SEP-CC dictada el 13 de abril de 2016 dentro del caso No. 90-13-EP seguido por Martha Silva Solano y otros v. Juez Sexto de lo Civil de Pichincha.

herramientas constitucionalmente aceptables y *que estén previstas por la legislación*, para exponer su posición sobre las distintas actuaciones procesales.²⁰³

En efecto, el legislador ha previsto en el Código Orgánico General de Procesos, ciertas regulaciones y limitaciones al derecho a la defensa del demandado en un procedimiento ejecutivo como ya ha quedado indicado, entre ellas la tasación de excepciones, el efecto que genera no contestar la demanda dentro del término o hacerlo con excepciones distintas a las permitidas, o el efecto no suspensivo con el que se concede la apelación de la sentencia.

Es evidente también que, si bien en todo proceso debe preservarse el derecho a la defensa, su ejercicio debe restringirse en procesos como el de la ejecución, pues en estos la discusión sobre el derecho material está cerrada y poco podría decir el ejecutado al respecto. Aunque le esté vedado argüir sobre el derecho del ejecutante a llevar adelante la ejecución, si puede y es sano concederle derecho-impugnar la forma en la que se conduce o efectúa ese procedimiento. Y el ordenamiento procesal debe regular con precisión los motivos por los cuales cabe deducir oposición, para preservar la celeridad que requiere el proceso de ejecución, en consideración a que el ejecutante ya ha esperado –a estas alturas, bastante tiempo por satisfacer su legítima pretensión.²⁰⁴

Dentro del artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 8 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰⁵, se establecen ciertas garantías y reglas mínimas que aseguran el derecho a la defensa, entre ellas el derecho a la contradicción. Por su parte, el artículo 168 numeral 6 de la norma suprema reconoce al principio de contradicción como uno de los rectores de la administración de justicia:

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

²⁰³ **CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR:** Sentencia No. 227-12-SEP-CC dictada el 21 de junio de 2012 dentro del caso No. 1212-11-EP seguido por CONATEL v. Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja.

²⁰⁴ Víctor Moreno Catena, citado por Vanesa Aguirre, *La tutela jurisdiccional del crédito en el Ecuador*, 155.

²⁰⁵ **Convención Americana de Derechos Humanos.- Art. 8 Garantías Judiciales numeral 1.-** Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El derecho de contradicción²⁰⁶ permite a las partes cuestionar todo aquello que sea expuesto por su contraparte y que esté dirigido a influir en la resolución que adopte el juzgador. Ahora bien, para el presente análisis, este derecho ha sido considerado estrictamente como aquel que se origina como consecuencia del ejercicio del derecho de acción.

El derecho de contradicción, lo mismo que el de acción, pertenece a toda persona natural o jurídica y tanto su causa como su fin están constituidos por un interés que consiste en el derecho a obtener la decisión del conflicto que se le plantea al demandado mediante la sentencia que el órgano jurisdiccional debe dictar. [...] El derecho de contradicción existe desde el momento en que es admitida por el juez la demanda contenciosa, independientemente no solo de la razón o sin razón que acompañe la pretensión del primero, sino de que el demandado se oponga o no y proponga o no excepciones.²⁰⁷

Las actitudes que puede adoptar el demandado, a quien se le cita con el contenido de la demanda a fin de que conteste a la misma, dependen del propio sujeto, son variables que radican en la voluntad de comparecer y litigar o de utilizar su falta de comparecencia como mecanismo de defensa.²⁰⁸ La norma procesal del artículo 351 determina que el demandado en un procedimiento ejecutivo, al momento de contestar la demanda, podrá: 1) Pagar o cumplir con la obligación; 2) Formular oposición acompañando la prueba conforme con lo previsto en este Código; 3) Rendir caución con el objeto de suspender la providencia preventiva dictada, lo cual podrá hacer en cualquier momento del proceso, hasta antes de la sentencia y; 4) Reconvénir al actor con otro título ejecutivo.

La primera opción va más allá de ser un allanamiento total a los hechos y la pretensión del actor (Art 241²⁰⁹) pues implica, además, su cumplimiento. La tercera en realidad es una solicitud accesoria, la cual deberá ir acompañada de alguna de las cuatro formas de manifestación del derecho de contradicción (allanamiento, guardar silencio, reconvención, oposición). La opción número cuatro justamente es de aquellas que se reconocen (doctrinariamente) como manifestaciones del referido derecho, sin embargo, a mi criterio existe un yerro en la norma pues sí es posible que el demandado pueda

²⁰⁶ Muchos doctrinarios se refieren a él como un principio más que como un derecho.

²⁰⁷ Hernando Devis Echandía, *Estudios de derecho procesal*, tomo I, (Bogotá, 1979) 421 y 422.

²⁰⁸ Cfr. Osvaldo Gozaini (director), *Defensas y excepciones*, 45.

²⁰⁹ **COGEP: Art. 241.- Allanamiento a la demanda.** La parte demandada podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda, en cualquier estado del proceso, antes de la sentencia. La o el juzgador no aceptará el allanamiento cuando se trate de derechos indisponibles. [...]

reconvenir al actor en base al mismo título ejecutivo, como en el caso de una escritura pública, por ejemplo.

La segunda opción (en realidad la más frecuente) supone la oposición del demandado a la pretensión del ejecutante. Sin embargo, no se trata de una simple oposición sino del planteamiento de verdaderas excepciones, las cuales se encuentran determinadas taxativamente en el artículo 353 del COGEP, pudiendo proponerse solo aquellas y no otras, ya sean, incluso, similares.

Efectivamente, si el demandado propone excepciones distintas a las permitidas por la ley, se entenderá como si no hubiese contestado la demanda, debiendo el juez dictar sentencia y mandando a que el deudor cumpla con su obligación. Nótese, además, que por ningún concepto esta supuesta falta de contestación se puede asimilar a una negativa pura y simple, ya que en este tipo de procedimientos aquel efecto nunca se configura. (Art. 352 COGEP).

En virtud de lo señalado se puede afirmar que la limitación del derecho de contradicción no solo se genera por la tasación de excepciones que el demandado puede proponer (pues finalmente son 18 las cuales puede proponer entre previas y sustanciales) sino por los efectos que su falta de proposición o de haberse propuesto excepciones distintas a las permitidas puede generar, situación que se ve agravada aún más cuando la ley prohíbe la apelación de esta resolución contemplada en el artículo 352 del COGEP.

También se puede afirmar que existe una limitación a los derechos del ejecutado cuando la norma le permite apelar de la sentencia de primera instancia únicamente con efecto no suspensivo, obligándolo a cumplir con la resuelto o rendir caución que garantice el monto total de lo ordenando a pagar.

Ahora bien, conforme lo destaca Fernando Salinas, esto no implica vulneración del derecho a la defensa sino que, por la naturaleza de la controversia, existe un *derecho de contradicción atenuado* ya que no se permiten discusiones sobre las causas anteriores a la formulación del título en donde el contenido es incuestionable, y por ello la contradicción se dirige únicamente hacia cómo se hace efectiva la ejecución.²¹⁰

²¹⁰ Cfr. Fernando Salinas, “Lo contencioso en la ejecución: cuestiones incidentales y oposición”, En: *Puntos críticos en la ejecución de sentencias*, (Madrid: CJGP, 1999) 116.

Se está consciente, desde luego, de que la discusión aludida no ha sido pacífica, pero se la toma en este punto para aclarar que –y desde el ámbito constitucional de la garantía del derecho a la defensa- en todo proceso judicial debe posibilitarse al demandado la contradicción. La sumariedad entonces se corresponde con la necesidad de lograr un equilibrio razonable entre la celeridad que requiere la tutela del derecho del ejecutante, y la garantía, aunque limitada, del derecho a la defensa del ejecutado. Así, este equilibrio radica en garantizar el ejercicio de la contradicción, encausándole debidamente. Para que este camino no se desvíe de esta finalidad inicial, el legislador debe especificar razones que no ataquen al derecho del ejecutante que quiere materializarse a través del proceso de ejecución, pero al mismo tiempo garanticen que la ejecución no se realizará de forma arbitraria o ilegal.²¹¹

En síntesis, el derecho de contradicción del demandado se ve regulado por la norma procesal en beneficio de los derechos del actor y, al ser un proceso de ejecución, en donde existe una presunción de certeza y validez de un derecho (*iuris tantum*), tal limitación no vulnera los derechos constitucionales del demandado. El legislador pondera en abstracto el derecho a la tutela judicial efectiva del acreedor por sobre los derechos a la defensa y a la contradicción del ejecutado, todo lo cual genera seguridad jurídica en las relaciones y negocios jurídicos en los cuales se pueden emitir títulos ejecutivos.

²¹¹ Vanesa Aguirre, *La tutela jurisdiccional del crédito en el Ecuador*, 263.

Conclusiones

Luego de un estudio integral de las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos, de manera particular sobre el procedimiento ejecutivo, de una estricta investigación doctrinaria y de un breve cotejo con el derecho comparado, me permito emitir las siguientes conclusiones:

El procedimiento ejecutivo establecido en el COGEP, es, a primera vista, un proceso de ejecución, a través del cual se pretende el cumplimiento de una obligación clara, pura, determinada, actualmente exigible y líquida (en este último caso cuando sea de dar una suma de dinero), que conste en cualquiera de los títulos ejecutivos establecidos tanto en el propio artículo 347 de la referida norma procesal, como en otras normas que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Dada su naturaleza jurídica y como lo determina la doctrina, el COGEP ha establecido reglas especiales de procedimiento, a fin de que, de forma real y no lítica, se le pueda denominar “de ejecución”. Considero que las cuatro reglas que permiten su verdadera ejecutividad son:

- 1) Petición de medidas cautelares acompañando solo prueba de la propiedad de los bienes del deudor, sin necesidad de cumplir con el resto de requisitos establecidos en el artículo 125 del COGEP. Sin duda, es un beneficio para el ejecutante, sin embargo, se anota que dicha disposición ya existía en el derogado CPC.
- 2) Efecto procesal por la falta de planteamiento de excepciones a la demanda dentro del respectivo término o, además, por haber propuesto excepciones distintas a las taxativamente permitidas por el COGEP. A diferencia de lo que sucede en los procesos de conocimiento, la falta de oposición no genera una negativa pura y simple, por el contrario, tiene los efectos de un allanamiento. De igual manera, es un efecto que también ya existía en el derogado CPC.
- 3) El efecto no suspensivo del recurso de apelación que se interpone en contra de la sentencia. Sin duda, el permitir que el acreedor pueda ejecutar la sentencia a pesar de la impugnación del deudor, le genera un verdadero beneficio, incluso si el demandado desea la suspensión de la ejecución, pues en ese caso deberá

rendir una caución, con lo cual queda garantizado que se cumplirá con la obligación una vez que exista sentencia ejecutoriada que ratifique la dictada en primera instancia.

- 4) El sistema de excepciones tasadas. Si bien finalmente son 18 las excepciones que el ejecutado puede proponer en contra de la pretensión del actor (13 previas y 5 principales, materiales o de fondo) el alcance de cada una de ellas está limitada por la oportunidad de su discusión (transacción, falta de legitimidad en la causa), por la naturaleza del proceso (no se puede discutir falsedad ideológica) y la validez del título (solo asuntos extrínsecos).

Sin duda el tema más novedoso es la tasación de excepciones que el artículo 353 del COGEP realiza para esta clase de procedimientos. En el derecho comparado, este sistema ha permitido que los procedimientos ejecutivos puedan ser verdaderos procesos de ejecución. De ahí que me atrevo a decir que efectivamente existe un beneficio para el acreedor en particular y para el sistema crediticio en general.

De la revisión de las trece excepciones previas del artículo 153 del COGEP, cuya remisión la realiza el artículo 353 numeral 5 de la referida norma, se puede establecer las siguientes conclusiones más importantes:

- 1) Se debe resolver en un orden lógico, tomando en cuenta los efectos que la aceptación de aquellas genere. Primero debe resolverse la excepción de incompetencia, debiendo seguir la regla del artículo 13 del COGEP en caso de que tal vicio se haya configurado. Luego deben resolverse todas aquellas excepciones que sean insubsanables y, por lo tanto, su aceptación genere el archivo del proceso. Y finalmente deben resolverse aquellas que puedan ser subsanadas.
- 2) Respecto a la distinción entre prescripción y caducidad, se puede señalar que: **1)** Cuando se formule la excepción de prescripción se hará referencia al ejercicio del derecho de acción de los ciudadanos en materias distintas a las contencioso administrativa y tributaria (Art. 2392 y 2414 CC), laboral en cuanto al despido ineficaz (195.2 CT) o de la acción de cobro de la Administración (Art. 316 numeral 2), **2)** Cuando la declaración de prescripción, en cambio, sea la pretensión del actor, extinguirá obligaciones tributarias (Art. 304 numeral 2) o

créditos tributarios (Art. 322 numeral 2) y, **3)** Cuando se formule la excepción de caducidad se hará referencia a la extinción del derecho de acción en materias contencioso administrativa y tributaria (Art. 307), de la acción laboral por despido ineficaz, (195.2 CT) de las providencias preventivas (Art. 133) e incluso, abarca la afirmación de *existencia de declaratoria de abandono del proceso* con lo cual esta aseveración del demandado pueda ser discutida en la audiencia o fase preliminar.

- 3) En cuanto a la existencia de convenio arbitral o convenio de mediación, tal afirmación debe ser demostrada conforme con las reglas de anuncio probatorio del nuevo sistema procesal, quedando derogadas parcialmente las disposiciones de los artículos 8 y 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación, por así establecerlo la Disposición Derogatoria Décimo Cuarta del COGEP.
- 4) La ilegitimidad de personería de la parte demandada no puede ser planteada como una excepción previa pero si como la omisión de una solemnidad sustancial contemplada en el artículo 107 del COGEP, lo cual genera la nulidad del proceso.
- 5) Cuando se alegue falta de legitimación en la causa como excepción previa se discutirá si aquellas personas debían ser partes en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso (*litis consorcio*). Si el objetivo es atacar la titularidad del derecho material o de rehuir el cumplimiento de la obligación, esta excepción debe discutirse en la fase o audiencia de juicio.

También se han tasado las excepciones encaminadas a atacar la validez extrínseca del título ejecutivo así como la extinción de la obligación que en él se contiene, sin que sea posible discutir en este tipo de procedimientos el origen o la causa del nacimiento de dicha obligación.

Respecto a la excepción de falsedad, concordante con la naturaleza jurídica del procedimiento ejecutivo, se puede afirmar que aquella solo permite hacerlo en cuanto a aspectos materiales del título, quedando excluida la posibilidad de discutir su falsedad ideológica ya que aquello deberá ser el punto controvertido de un proceso de conocimiento posterior.

En cuanto a la excepción de existencia de auto de llamamiento a juicio por delito de usura o enriquecimiento privado no justificado, al referirse a los aspectos extrínsecos del título o la existencia de la obligación, bien pudo establecerse como excepción previa para esta clase de procedimientos. Eso sí, el planteamiento de esta excepción solo exime al demandado a cancelar los intereses que hayan sido declarados ilegales, más no se le puede eximir del pago del capital pues, finalmente, la sentencia del proceso penal solo determina la ilicitud por el cobro excesivo de intereses.

La resolución que se dicte en un procedimiento ejecutivo solo genera cosa juzgada formal, pues solo adopta el efecto de ser inimpugnable, pudiendo modificarse lo allí resuelto a través de un pronunciamiento posterior (proceso ordinario). En ese sentido, el COGEP es claro al determinar que no procede el recurso extraordinario de casación en estos casos, independientemente de las excepciones que se formulen en el proceso.

El nuevo sistema oral por audiencias que implementa el COGEP, de manera general, y las nuevas disposiciones del procedimiento ejecutivo, en particular, sin duda alguna buscan hacer efectivos los principios de celeridad, inmediación, uniformidad, eficacia y economía procesal.

Atento a la naturaleza del procedimiento ejecutivo, la norma ha determinado ciertas disposiciones que permitan el cobro de obligaciones contenidas en títulos, evitando que se pueda discutir aspectos ajenos a la misma. Está claro que lo que se pretende es la tutela judicial efectiva del actor.

En contraposición con aquello, la norma limita y regula los derechos de defensa y contradicción del demandado, a fin de que el cobro del título ejecutivo pueda realizarse sin mayores escollos. Sin embargo, dichas limitaciones no configuran una vulneración de los derechos del ejecutado, sino que se presentan como regulaciones a los mismos tomando en cuenta la presunción de certeza y validez del derecho del acreedor (*iuris tantum*), lo cual, a mi criterio, es plenamente constitucional.

Abreviaturas de normativa utilizada

CRE	Constitución de la República del Ecuador
COGEP	Código Orgánico General de Procesos
CPC	Código de Procedimiento Civil
COFJ	Código Orgánico de la Función Judicial
CC	Código Civil
CCOM	Código de Comercio
COMF	Código Orgánico Monetario y Financiero
COPCI	Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones
COIP	Código Orgánico Integral Penal
LAM	Ley de Arbitraje y Mediación
LN	Ley Notarial

Bibliografía

Publicaciones:

- Abal Oliú, Alejandro. *Derecho procesal*. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2004.
- Aguirre, Vanesa. *La tutela jurisdiccional del crédito en el Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 2012.
- Alessandri, Arturo y otros. *Tratado de las obligaciones*, vol. III, 2da edición. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2004.
- Andrade Ubidia, Santiago. *Los títulos valor en el derecho ecuatoriano*, 3ra edición. Quito: Fundación Andrade y Asociados, 2006.
- Amadeo, José Luis. *El juicio ejecutivo, análisis jurisprudencial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Armenta Deu, Teresa. *Lecciones de derecho procesal civil*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2007.
- Armienta, Gonzalo. *Teoría general del proceso*. México D.F.: Porrúa, 2006.
- Benabentos, Omar. *Excepciones y defensas procesales*. Buenos Aires: Editorial Juris.
- Borja Soriano, Manuel. *Teoría general de las obligaciones*. México D.F.: Porrúa, 2012.
- Bossano, Guillermo. *Manual de derecho sucesorio*. Quito: Editorial Universitaria, 1973.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 26a. edición, tomo VI. Ed. Heliasta, 1998.
- Canosa Torrado, Fernando. *Las excepciones previas y los impedimentos procesales*. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley, 1994.
- Caravantes, José de Vicente. *Tratado de los procedimientos judiciales en materia civil*, tomo III. México D.F.: Angel Editor, 2000.
- Chiovenda, Giuseppe. *Curso de derecho procesal civil*, tomo IV. México, 1998.
- Clariá Olmedo, Jorge. “La excepción procesal”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado UNAM*. México D.F., 1975.
- Cortés, Valentín. “El nuevo juicio ejecutivo cambiario”, En: *Derecho cambiario, estudios sobre la Ley cambiaria y el cheque*. Madrid: Cívitas, 1992.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Montevideo: Ed. B de F, 2014.

- . *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*. Montevideo: Ed. Jurídica Universitaria, 2001.
- De Gregorio, Julio. “Defensas y excepciones”. En: *Estudios de Derecho, Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía*”, (Medellín, 1970) 129.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II. Buenos Aires: Ed. Zavalía, 1976.
- . *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 2004.
- . *Compendio de Derecho Procesal*, tomo III, segunda edición. Bogotá: Editorial ABC, 1978.
- . *Estudios de derecho procesal*, tomo I. Bogotá, 1979
- Durán Díaz, Oscar. *Los títulos de crédito electrónicos*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2009.
- Espinosa, Raúl. *Manual de procedimiento civil, el juicio ejecutivo*, 6ta edición. Santiago de Chile, 1965.
- Falcón, Enrique. *Tratado de la prueba*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2003.
- Garberí Llobregat, José. *Constitución y derecho procesal, los fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Cizur Menor, Citas, 2009.
- Ghersi, Carlos Alberto. *Obligaciones civiles y comerciales*, 2da edición. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2005.¹
- Gorphe, Francois. *Apreciación judicial de las pruebas*. Bogotá: Temis, 1989.
- Gozaini, Osvaldo. *Elementos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediar, 2005.
- . (director), *Defensas y excepciones*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni editores, 2007.
- Guarderas, Ernesto y otros. *Manuel práctico y analítico del Código Orgánico General de Procesos*, 1ra edición. Quito: Ediciones Legales, 2016.
- Guarderas, Santiago. *Comentarios al Código Orgánico General de Procesos, artículos del 1 al 111*, 1ra edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- Guasp, Jaime. *Derecho procesal civil*, tomo II, 3ra edición. Madrid: Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1968.
- Guerrero, Juan Francisco. *La necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la legislación como presupuesto material para obtener una sentencia favorable en la acción extraordinaria de protección*, Serie Magister. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017.

- Hernández, Ricardo. “Legitimaciones procesales en el COGEP”, *actualización y reformas*, En: *Revista Ruptura No. 60 de la Asociación Escuela de Derecho de la PUCE*. Quito, 2016.
- Hinostraza Minguez, Alberto. *Las excepciones en el proceso civil*. Lima: Jurista editores, 2010.
- Langle, Emilio. *Manual de derecho mercantil español*, tomo II. Barcelona: Bosch, 1950.
- Legón, Fernando. *Letra de cambio y pagaré*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984.
- López, Willian. *El juicio ejecutivo*, 1ra edición. Editorial jurídica del Ecuador: Quito, 2007.
- Maduro, Eloy y Pittier, Emilio. *Curso de obligaciones*, tomo II. Caracas: Universidad Andrés Bello, 2003.
- Marín, Juan Carlos. *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2004.
- Monroy Gálvez, Juan. *Introducción al proceso civil*. Bogotá, 1996.
- Montero Aroca, Juan. *Derecho jurisdiccional*, tomo II. Valencia, 2010.
- Noboa Baquerizo, Gonzalo. “El juicio ejecutivo es un proceso de conocimiento”. En *Revista Jurídica*. Guayaquil: Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2002.
- Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis, 2008.
- Ovalle Favela, José. *Derecho procesal civil*, 7ma edición. México D.F.: Harla, 1995.
- Oyarte, Rafael. *Debido proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- Palacio, Lino Enrique. *Manual de derecho procesal civil*, 13 edición. Ed. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1997.
- Pazmiño, Antonio. *El control judicial en el arbitraje y los diferentes Centros de Arbitraje a nivel mundial*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- Pico i Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 1997.
- Ponce Martínez, Alejandro y Caivano, Roque. *La cláusula arbitral*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- Ramírez Arcila, Carlos. *Teoría de la acción*. Bogotá: Temis, 1969.

- Redenti, Enrico. *Derecho procesal civil*, tomo II. Buenos Aires: Ed. Ejea, 1957.
- Rodriguez, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*, tomo I. México D.F.: Porrúa, 1980.
- Salinas, Fernando. “Lo contencioso en la ejecución: cuestiones incidentales y oposición”. En: *Puntos críticos en la ejecución de sentencias*. Madrid: CJGP, 1999.
- Sentis, María de las Mercedes. *Excepciones al juicio ejecutivo*. Rosario: Ed. Juris, 2008.
- Tobar Donoso, Julio. *Doctrina sobre derecho sucesorio*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1969.

Documentos electrónicos:

- Perla Velaochaga, Ernesto. *Títulos ejecutivos*, En:
<<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084618.pdf>>

Jurisprudencia:

Corte Constitucional

- Sentencia No. 102-13-SEP-CC dictada el 4 de diciembre de 2013 dentro del caso No. 380-10-EP.
- Sentencia No. 034-16-SEP-CC dictada el 3 de febrero de 2016 dentro del caso No. 0103-13-EP.
- Sentencia No. 078-17-SEP-CC dictada el 22 de marzo de 2017 dentro del caso No. 0108-15-EP.
- Sentencia No. 078-15-SEP-CC dictada el 25 de marzo de 2015 dentro del caso No. 0788-14-EP.
- Sentencia No. 160-15-SEP-CC, dictada el 13 de mayo de 2015 dentro del caso No. 0600-12-EP.
- Sentencia No. 120-16-SEP-CC dictada el 13 de abril de 2016 dentro del caso No. 90-13-EP.
- Sentencia No. 227-12-SEP-CC dictada el 21 de junio de 2012 dentro del caso No. 1212-11-EP.

Corte Suprema de Justicia

Sentencia expedida el 2 de octubre de 1934 dentro del caso seguido por Jacinta Samaniego y otra v. Ezequiel Rodriguez, publicada en la Gaceta Judicial del año XXXIII, serie V, Nro. 119, p. 2879, expedida el 2 de Octubre de 1934.

Sentencia expedida el 31 de octubre de 1972 dentro del caso seguido por Julio Bedón v. herederas de Carmela Granja, publicada en la Gaceta Judicial, año LXXV, serie XII, No. 2, p. 413.

Sentencia No. 140-2008 dictada dentro del juicio No. 309-2003 que siguió José Vicuña Carpio v. Carlos Buchely publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 224 de fecha 29 de junio del 2010.