



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL  
DE PROCESOS EL JUICIO ORDINARIO POSTERIOR AL EJECUTIVO

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos  
establecidos para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados  
de la República

Profesor Guía

Dr. Juan Carlos Córdova León

Autora

Mary Elizabeth López García

Año

2016

## **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

---

Juan Carlos Córdova León  
Magíster en Derecho Societario, Financiero y Mercado de Valores  
C.C.0102847746

## **DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigente”

---

Mary Elizabeth López García  
C.C. 2300262389

## **AGRADECIMIENTOS**

A mis queridos padres María Elena García, por ser una madre incondicional y a quien amo con mi vida, a mi amado padre por su apoyo incondicional y por ser un aboga ejemplar que me inspira.

A mi querida hermana Estefanía López García por ser mi inspiración y mi apoyo constante.

A la Universidad de las Américas, por su excelente formación de profesionales, la cual no solo nos impartió conocimientos, sino nos enseñó a amar lo que hacemos.

A mí querido tutor y profesor Juan Carlos Córdova por su paciencia y apoyo constante.

A Dios por darme sabiduría y salud en estos cinco años de estudio y permitirme cumplir mi meta tan anhelada.

## **DEDICATORIA**

En memoria de Héctor Barba y Gloria Gutiérrez, por ser personas excepcionales de las que aun en su ausencia física su presencia es constante, gracias por todas sus enseñanzas y por haber sido como unos padres para mí, por toda su admiración y cariño incondicional jamás los olvidare.

En memoria de mi querida Milena Zapata por haber sido una niña con tantas cualidades que marcaron mi corazón por siempre.

## RESUMEN

El juicio ejecutivo es un proceso de ejecución que busca la efectivización o cumplimiento de una obligación, ya que este proceso no está para declarar derechos, sino para ejecutarlos. Es por esto que el debate dentro del juicio ejecutivo es limitado, pues, por su naturaleza solo se pueden discutir las excepciones cambiarias, como por ejemplo la falta de título ejecutivo, nulidad formal o falsedad del título, la extinción total o parcial de la obligación exigida, existencia de auto de llamamiento a juicio por delito de usura o enriquecimiento privado no justificado y las excepciones previas previstas en el Código Orgánico General de Procesos. Como se puede notar, el debate jurídico en el juicio ejecutivo es limitado, ya que por su naturaleza solo se pueden presentar excepciones referentes al título, por lo que el vencido en el juicio ejecutivo queda en estado de indefensión y por ende se está vulnerando su derecho constitucional a la defensa. Es aquí cuando toma importancia el juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo, ya que en este el debate es más amplio, en razón de que es un proceso de conocimiento pleno, que permite discutir esencialmente la causa de la obligación, vale decir, la razón que motivó a las partes a la suscripción del título, otorgándole al ejecutado la posibilidad de agotar todos sus medios defensivos y de utilizar todas las pruebas que en el juicio ejecutivo no pudo debido a la naturaleza de este. Por lo expuesto, queda claro que es necesario que el juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo sea incorporado al Código Orgánico General de Procesos.

## ABSTRACT

The executive trial is a running process that seeks the implementation or fulfillment of an obligation, since this process is not to declare rights but to execute them, it is for this reason that the debate within the executive trial is limited, since by its very nature, it can only be discussed exceptions of type of exchange rate as for example the lack of executive title, formal invalidity or falsehood of the title, the extinction of all or part of the obligation required, existence of self-calling to trial for the crime of usury or private enrichment not justified and previous derogations provided in the General Organic Code of Processes. Since it is possible to notice the juridical debate in the executive judgment is very limited, because by its nature only this type of exceptions can appear, so the vanquished in executive trial remain in a helplessness state and therefore their right to defense is being violated, and it is here when the regular trial before the executive trial takes importance, since in that one the debate is wider, because that is a process of full knowledge, which allows to discuss essentially the cause of the obligation, it is worth to say, the reason that led to the parties to the signing of the title, granting the executed that is deprived of exhausting all defensive means and to use every evidence in the executive trial due to its nature, the possibility of promoting a farther regular procedure of full knowledge, and it is there where lies the legal nature of the subsequent ordinary trial. In the light of the foregoing, it is clear that it is necessary that regular trial post executive trial to be incorporated in the General Organic Code of Processes.

## ÍNDICE

1. EL JUICIO EJECUTIVO.....	2
1.1. Conceptos del juicio ejecutivo:.....	3
1.2. Naturaleza jurídica:.....	4
1.3. Requisitos: .....	5
1.4. La cosa juzgada: .....	8
2. LA INDEFENSIÓN DEL EJECUTADO EN EL JUICIO EJECUTIVO. ....	13
2.1. La contestación a la demanda en el juicio ejecutivo:.....	14
2.2. Las excepciones en el juicio ejecutivo: .....	16
2.3. La limitación del debate jurídico en el juicio ejecutivo.....	23
3. EL JUICIO ORDINARIO POSTERIOR. ....	24
3.1. Naturaleza Jurídica y concepto: .....	24
3.2. La cosa juzgada y el juicio ordinario posterior: .....	25
3.3. Que se puede discutir en el juicio ordinario posterior y los efectos de la sentencia dictada en este:.....	27
3.4. La acción, la pretensión y la demanda en el juicio ordinario posterior:.....	28
3.4.1. La acción .....	28
3.4.2. La pretensión. ....	30
3.4.3. La demanda. ....	33
3.4.4. El Juicio Ordinario Posterior en la legislación extranjera. ....	35
CONCLUSIONES.....	37
REFERENCIAS .....	39





## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo investigativo se tratará un tema que a pesar de su importancia, ha sido poco estudiado y desarrollado, como es el juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo. Para ello nos referiremos al juicio ejecutivo y su naturaleza jurídica, estudiaremos la cosa juzgada y finalmente analizaremos el juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo y la falta de regulación de este en el Código Orgánico General de Procesos.

El análisis de todos estos temas lo haremos basados en la doctrina jurídica nacional e internacional a efectos de que constituya un verdadero aporte para quienes gustamos del estudio de las ciencias jurídicas.

Lo que ha motivado a realizar esta investigación es la entrada en vigencia en el Ecuador del nuevo Código Orgánico General de Procesos, cuerpo legal que advierte varias falencias, pero que evidentemente puede ser perfectible. Es ahí donde jugamos un papel muy importante las personas involucradas en el estudio del Derecho, ya que a través de esta clase de investigaciones podemos no solamente resaltar las falencias que puede tener el Código, sino que podemos motivar las reformas necesarias para tener un mejor cuerpo normativo procesal.

El tema del juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo no es nuevo, pero lamentablemente no ha sido ampliamente debatido ni estudiado. Al contrario, es de conocimiento general que muchos abogados no lo han estudiado, por lo que resulta común escuchar que cuando se ha perdido un juicio ejecutivo, simplemente no existe esperanza alguna para el vencido, olvidándose que la alternativa para solucionar dicho conflicto se la puede hallar en el juicio ordinario posterior, en donde el abogado puede desarrollar una defensa plena, puesto que el debate de la causa de la obligación es más amplio, generando que el resultado de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo cambie a favor del vencido en dicho proceso.

## 1. CAPÍTULO I

### EL JUICIO EJECUTIVO.

Los estudiosos de la historia coinciden que el proceso ejecutivo tiene sus antecedentes en la antigua Roma, y que podemos rastrear los mismos en la Ley de las XII Tablas.

Señala Velásquez (2011, p. 11), que:

“Inicialmente era la persona del deudor, esto es, su cuerpo, la que quedaba obligada, como especie de garantía, dándole derecho al acreedor para disponer del deudor, ya fuere para someterlo a prisión privada hasta que él mismo o cualquiera de sus familiares pagara la obligación, o lo hiciera cualquier amigo que se apiadara de su situación. Si la coacción no era efectiva, el acreedor podía venderlo o inclusive quitarle la vida”.

La obligación debía ser satisfecha en la forma y especie acordadas, pues, en esta etapa no admitía el derecho romano que se hiciera el pago con su equivalente, ya que la obligación era puramente personal y el deudor no podía responder con su patrimonio. Era tan personal la obligación, que el deudor encarcelado en la casa del acreedor podía procurarse alimento de su propio patrimonio, el cual era intocable por el acreedor.

Esta era la etapa de la ejecución romana en especie con coacción personal.

Posteriormente el derecho romano fue desarrollándose, y es así, que con la Ley Poetelia, expedida en el año 326 antes de Cristo, se eliminaron los derechos del acreedor sobre la persona del deudor, para que en su reemplazo fueran los bienes del deudor los que respondieran por la satisfacción de la obligación. Es decir, se pasó a la etapa de la ejecución romana en especie con coacción patrimonial.

### **1.1. Conceptos del juicio ejecutivo:**

Se puede entender como juicio ejecutivo al proceso que busca la efectivización de una obligación que tenga la calidad de ejecutiva y que se halle contenida igualmente en un título ejecutivo conforme a la ley.

Como se había indicado el juicio ejecutivo es un proceso de ejecución que busca el cumplimiento de una obligación, ya que este proceso no tiene como fin declarar derechos, sino ejecutarlos.

La doctrina señala una serie de conceptos que permiten entender la función del juicio ejecutivo en el derecho. Por esta razón se van a señalar dentro de este trabajo diferentes conceptos que introducirán al lector en el juicio ejecutivo y facilitaran la comprensión sobre el mismo.

López (2013B, p.23), define al juicio ejecutivo como “la acción procesal que persigue la ejecución o cumplimiento de una obligación clara, determinada, líquida, pura y de plazo vencido; y fundada en un documento que tenga la calidad de título ejecutivo conforme a la ley”.

Alsina (2003, p.133), por su lado dice que:

“Esta acción tiene por objeto obtener el cumplimiento, mediante el auxilio de la fuerza pública, de una obligación impuesta en la sentencia de condena (ejecución de la sentencia), o reconocida por el mismo obligado en un título que la ley presume legítimo (juicio ejecutivo). La acción llámese entonces ejecutiva, por oposición a la declarativa y de condena, que son de conocimiento, y su examen corresponde a la teoría de la ejecución forzada”.

Rocco (2001, p. 157), en su obra Derecho Procesal Civil define al juicio ejecutivo de la siguiente forma “acciones ejecutivas, son las que tienden no a la declaración de certeza del derecho, que presuponen declarado cierto, sino a la prestación de la actividad jurisdiccional, dirigida a la ejecución o realización coactiva del derecho legalmente cierto”.

Couture (2007, p. 66), señala que “la acción ejecutiva es aquella en la cual se pide la efectividad coactiva de un derecho reconocido en una sentencia o en un título de ejecución”.

### **1.2. Naturaleza jurídica:**

Actualmente no queda duda alguna de que el juicio ejecutivo es un proceso especial, sumario en sentido estricto y de ejecución, cuya pretensión es exclusivamente el cumplimiento de una obligación de igual calidad y contenida en un título ejecutivo.

A decir de Palacio (2000, p. 331- 333) el juicio ejecutivo es de naturaleza especial por hallarse sometido a tramites específicos, distintos de los que corresponden al proceso ordinario, ya que los actos que lo integran tanto en el campo temporal como formal son menores a los del ordinario, y, por lo tanto, en el juicio ejecutivo hay mayor celeridad en su desarrollo y cumplimiento.

Por otro lado el mismo autor señala que el juicio ejecutivo es un proceso sumario debido a que el conocimiento judicial, en caso de que ocurra una oposición a la pretensión, es limitado en cuanto a la defensa, debido a que solamente se pueden plantear por parte del ejecutado excepciones cambiarias, es decir, las referentes al título ejecutivo, ya que no corresponde en esta clase de procesos discutir la causa de la obligación.

Además, Palacio establece en su obra Derecho Procesal Civil antes señalada que el juicio ejecutivo es un proceso de ejecución debido a que no tiene como finalidad declarar la existencia o inexistencia de un derecho, más bien busca satisfacer el crédito que la ley sí presume existente en virtud del documento que lo comprueba. La principal diferencia entre las pretensiones de conocimiento y las pretensiones ejecutivas es el efecto inmediato que las últimas causan, realizando un examen de idoneidad del título previo a aceptar a trámite la demanda.

Por su parte López (2013B, p. 21) expresa que el juicio ejecutivo es un proceso de ejecución por excelencia, ya que en este no se trata de decidir o conocer

sobre derechos dudosos, sino más bien de llevar a ejecución derechos claros, ciertos y determinados, que necesariamente deberán constar en un título al que la ley le ha reconocido la calidad de ejecutivo. Por eso, inclusive la actividad del juez se limita o reduce al examen del título, para ver si está asistido de todos los requisitos de fondo y de forma para merecer la tutela privilegiada propia de la vía ejecutiva. Esto no significa que el ejecutado quede en absoluta indefensión, pero obviamente, por la naturaleza sumaria propia del juicio ejecutivo, el debate o defensa es limitado, pues se contrae generalmente al análisis del título y no a la causa que motivó la obligación, pues ésta no puede ser materia de discusión en el juicio ejecutivo, ya que la ley la presume legítima, consecuentemente hacerlo sería desnaturalizar la esencia misma de la acción ejecutiva, por eso, se ha dicho con acierto, que la causa hay que buscarla fuera del título.

### **1.3. Requisitos:**

Queda claro entonces que el juicio ejecutivo es un proceso de ejecución por excelencia, lo que implica que no puede haber ejecución sin título, de allí el aforismo heredado del Derecho Romano "*nulla executio sine titulo*", es decir, que no hay ejecución sin título.

Entonces, el primer requisito de procedibilidad del juicio ejecutivo es la existencia previa del título ejecutivo, pero cabe aclarar que no basta simplemente el título ejecutivo, sino que además, la obligación contenida en ese título, también debe tener la calidad de ejecutiva, en consecuencia, para el juicio ejecutivo debe existir el título ejecutivo y la obligación ejecutiva, cuyo análisis para una mejor comprensión lo hacemos a continuación:

El título ejecutivo como menciona López (2013B, p.29) en su obra es "el instrumento público o privado al que la Ley le ha dado tal calidad, que al contener una obligación ejecutiva, produce prueba plena, permitiendo a su titular exigir su cumplimiento mediante el respectivo proceso ejecutivo".

De este concepto, es importante destacar que podemos encontrar títulos ejecutivos tanto en instrumentos públicos como privados. Entendiéndose como

instrumento público aquel que se ha otorgado ante autoridad pública y cumpliendo todas las formalidades legales; mientras que el instrumento privado es el suscrito exclusivamente entre particulares.

Azula (2009, p. 9) manifiesta:

“Podemos decir que título ejecutivo es el documento o conjunto de documentos contentivos de una obligación clara, expresa y exigible a favor del acreedor y a cargo del deudor, que provenga directamente de este o de su causante o se halle contenida en una decisión judicial que deba cumplirse o en otro documento al cual la ley le otorga expresamente esa calidad”.

Este concepto destaca que el título ejecutivo siempre deberá contener una obligación de dar o hacer, la misma que para ser exigible debe ser clara, expresa y de plazo vencido, conforme se ha explicado reiteradamente.

Ortells (2010, p. 699), al referirse al título ejecutivo manifiesta:

“Título ejecutivo es un supuesto de hecho legal típico, generalmente consistente en un documento representativo de un acto jurídico que impone o constituye un deber de prestación, supuesto al que la ley vincula el efecto jurídico de la válida realización de la actividad ejecutiva, de la cual determina la medida y alcance, tanto en el aspecto objetivo – qué se debe ejecutar-, como en el subjetivo –a favor de quién y contra quién se debe ejecutar”.

La definición de Ortells, pone de manifiesto que el título ejecutivo es indispensable para la realización del juicio ejecutivo.

Rivera (2015, p. 531), afirma:

“El título ejecutivo es un documento que representa la voluntad del juez o de las partes, es aquel que trae aparejada la ejecución, o sea, en virtud del cual cabe proceder sumariamente al embargo y venta de

bienes del deudor moroso, a fin de satisfacer el capital o principal debido, más los intereses y costos”.

El concepto citado, coincide con la mayoría de criterios doctrinales, en el sentido de que el título ejecutivo es aquel que trae aparejada la ejecución, ya que permite proceder al embargo y venta de bienes del deudor a fin de satisfacer la obligación demandada.

Cabanellas (2008, p. 105), expresa: “Título ejecutivo es aquel que trae aparejada ejecución; o sea, aquel en virtud del cual cabe proceder sumariamente al embargo y venta de bienes del deudor moroso, a fin de satisfacer el capital o principal debido, más los intereses y costas”.

Para finalizar, es necesario analizar la obligación ejecutiva, pues, como nos enseña López (2013B, p. 35) en su obra El Juicio Ejecutivo, hay que entender a la obligación como un vínculo jurídico entre el acreedor, ya sea este una persona natural o jurídica, con el deudor, que de igual forma puede ser una persona natural o jurídica, lo cual le permite al primero exigir al segundo que se le cumpla la obligación adeuda inclusive de forma coercitiva.

Como indicamos anteriormente, para la procedibilidad del juicio ejecutivo, a más del título ejecutivo, la obligación que contiene dicho título también deberá ser ejecutiva, ya que solo el documento que reúna los requisitos de ejecutividad, trae aparejada ejecución.

Es necesario citar lo que señala el artículo 415 del Código de Procedimiento Civil el cual estipula que “para que las obligaciones fundadas en algunos de los títulos expresados en los artículos anteriores, sea exigible en juicio ejecutivo, deben ser claras, determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido cuando lo haya” (2005).

Actualmente el Código Orgánico General de Procesos en el artículo 348 estipula que:

“Para que proceda el procedimiento ejecutivo, la obligación contenida en el título deberá ser clara, pura, determinada y actualmente exigible.



Cuando la obligación es de dar una suma de dinero debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética. Si uno de los elementos del título está sujeto a un indicador económico o financiero de conocimiento público, contendrá también la referencia de este” (2015).

Por lo tanto, resalta claramente que la obligación que se pretende ejecutar debe tener la calidad de ejecutiva, es decir, debe ser clara, determinada, líquida, pura y de plazo vencido. La obligación es clara cuando sus elementos aparecen inequívocamente señalados, tanto en su objeto como sus sujetos; en tal virtud la obligación es clara cuando se determina un crédito y constan quién es el acreedor y quién es deudor. La obligación es determinada cuando se encuentra debidamente especificada y patente, es decir, cuando las partes saben perfectamente qué es lo que se debe cumplir. La obligación es líquida cuando la cantidad se conoce o puede determinarse de manera precisa. La obligación es pura cuando no está sujeta a plazo ni condición de ninguna naturaleza. La obligación es de plazo vencido cuando este se haya cumplido.

#### **1.4. La cosa juzgada:**

Para empezar a hablar de la cosa juzgada es importante entender la naturaleza de la misma, que como señala López (2013B, p. 84) en su obra *El Juicio Ejecutivo* es una exigencia política, más no jurídica, en razón de que siempre van a primar los intereses del colectivo y la utilidad social que se genere sobre cualquier interés personal o particular. Por eso el Estado, a efectos de garantizar la seguridad jurídica, debía implementar una Institución Jurídica que generara certeza y no incertidumbre y, esa institución no podría ser otra que la cosa juzgada, entendiendo obviamente que nos estamos refiriendo exclusivamente a su naturaleza más no a sus efectos jurídicos, por lo expuesto sé sostiene que su exigencia es más política que jurídica.

Por lo expuesto en el párrafo anterior se debe exigir esencialmente la certeza del derecho, debido a que si este es cierto y claro asegura la convivencia pacífica de la sociedad. En consecuencia de lo señalado; la certeza no solo debe involucrar a la norma objetiva, sino también a las relaciones que surjan, y

por ende, para que dichas relaciones sean ciertas deben estar garantizadas por la indiscutibilidad de su existencia.

Couture (2007, p. 326) define a la cosa juzgada como “la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”.

Guasp (2005, p. 573) expresa:

“La cosa juzgada en sentido amplio es, pues, la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales. Esta fuerza se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso. El proceso, en virtud de la figura de la cosa juzgada, se hace inatacable, y cosa juzgada no quiere decir, en sustancia, sino inatacabilidad de lo que en el proceso se ha conseguido”.

Chiovenda (2008, p. 219) dice que “la cosa juzgada es la afirmación indiscutible y obligatoria para los jueces de todos los juicios futuros, de una voluntad concreta de la ley, que reconoce o desconoce un bien de la vida a una de las partes”.

Finalmente puedo expresar que la cosa juzgada en sentido formal, no es otra cosa que la firmeza de las resoluciones judiciales, ya que las mismas se vuelven inimpugnables mediante recurso.

Luego de haber mencionado la definición de Couture, Guasp, Chiovenda y mi definición hay que concluir señalando que la cosa juzgada responde a los resultados que se generaron durante todo el proceso, los cuales deben ser respetados y acatados por las partes, debido a que dichos resultados no pueden cambiar ni ser modificados posteriormente, esto se da en respuesta a la necesidad de que en algún momento el proceso llegue a su fin, caso contrario nos veríamos involucrados en un proceso que jamás terminaría.

La cosa juzgada, como menciona López (2013B, pp. 84, 85) se caracteriza por la inimpugnabilidad, la inmutabilidad, la coercibilidad, procede a petición de

parte y es imprescriptible. A continuación se va a explicar cada una de estas características:

La inimpugnabilidad hace referencia a que si la sentencia ha pasado por autoridad de cosa juzgada, debido a que se ha ejecutoriado legalmente, la ley impedirá que surja cualquier ataque ulterior que tienda a obtener revisiones posteriores de la materia ya discutida, esto se sustenta bajo el principio del “nom bis in idem”. Cabe aclarar que conforme dispone el artículo 99 del Código Orgánico General de Procesos (2015), la sentencia se ejecutoria por:

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 inmutabilidad por su lado vuelve a la sentencia ejecutoriada inmodificable a través de un proceso que surja posteriormente, pero es importante aclarar que ésta característica solo aplica a la cosa juzgada material.

La cosa juzgada es coercitiva, debido a que la sentencia tiene ejecución forzada, es decir se ejecutan aun contra la voluntad del demandado.

La cosa juzgada procede a petición de parte debido a que los jueces no la pueden declarar de oficio.

Es imprescriptible debido a que no se ve afectada con el correr del tiempo, ya que se la puede ejecutar en cualquier momento.

Para finalizar es imprescindible mencionar la clasificación de la cosa juzgada la cual permite clarificar los límites de la misma. Esta puede ser formal y sustancial o material.

- a) Cosa juzgada formal.- López (2009D, p. 85) explica que “hablamos de cosa juzgada formal, cuando una sentencia ya no es susceptible de recurso alguno (sentencia ejecutoriada), pero puede ser modificada mediante un proceso posterior distinto”.
- b) Cosa juzgada material.- López (2009D, p. 86) establece que “la cosa juzgada sustancial o material, vuelve a la sentencia inimpugnable mediante recurso o inmutable ya que no puede discutirse o modificarse mediante juicio posterior”.

Por lo tanto, la cosa juzgada formal responde a las sentencias que no pueden ser susceptibles de ningún recurso, es decir, nos encontramos frente a una sentencia ejecutoriada, sin embargo, esta se puede modificar mediante un proceso ulterior distinto, ya que conforme indicamos solo la cosa juzgada material vuelve a la sentencia inimpugnable mediante recurso e inmutable mediante juicio posterior, a diferencia de la cosa juzgada formal que no vuelve inmutable a la sentencia. Ejemplo: la sentencia dictada en un juicio ejecutivo solo hace cosa juzgada formal, por eso se la puede atacar mediante el juicio ordinario posterior conforme al artículo 448 del Código de Procedimiento Civil.

Dentro de nuestro tema es necesario que se comprenda que cuando estamos frente al juicio ejecutivo, así la sentencia obtenida dentro de este proceso se halle ejecutoriada, se puede discutir las excepciones que no se plantearon en el juicio ejecutivo a través del juicio ordinario, tal como lo establece el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil:

“El acreedor no podrá ser pagado antes de rendir fianza, de conformidad con la ley y a satisfacción del juez, por los resultados del juicio ordinario, siempre que lo solicite el deudor, manifestando que tiene que intentar la vía ordinaria. En este caso, no se admitirán las excepciones que hubieren sido materia de sentencia en el juicio ejecutivo”, (2005).

Cabe resaltar que el Nuevo Código Orgánico General de Procesos no contiene regulación alguna a cerca del Juicio Ordinario Posterior y si bien ya entró en

vigencia en Ecuador, resulta necesario que en este ensayo se tome en cuenta las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que si regulaba este tema, para así destacar la necesidad de que se norme en el Código Orgánico General de Procesos el Juicio Ordinario Posterior.

La cosa juzgada tiene límites tanto objetivos, como subjetivos y de causa. A decir de Devis (2000, pp.503, 508, 506), los límites objetivos “se componen de la identidad de cosa u objeto, es decir, se refiere a la pretensión procesal, los límites subjetivos se refieren a la identidad de partes y no se trata de identidad de personas, finalmente, los límites en relación a la causa señala que es la causa pretendida, vale decir a los fundamentos de hecho que motivan la demanda”. Solo cuando concurren estos tres requisitos procede la excepción de cosa juzgada, caso contrario no tiene sustento legal.

## 2. CAPÍTULO II

### LA INDEFENSIÓN DEL EJECUTADO EN EL JUICIO EJECUTIVO.

Al analizar la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo, quedó claramente expuesto que este es un proceso de ejecución por excelencia, es decir, existe diferencia con los procesos de conocimiento, ya que en el juicio ejecutivo el derecho debe estar declarado en un título ejecutivo, mientras que en los procesos de conocimiento el derecho está en duda y por lo tanto será o no reconocido en el juicio.

Todo lo expresado, nos lleva a concluir que en el juicio ejecutivo, al gozar la causa de la obligación de presunción de legitimidad, resulta obvio que dicha causa no puede ser materia de debate en el juicio ejecutivo y esto naturalmente limita la defensa del ejecutado, quien solo puede atacar al título en su aspecto formal, es decir, que solo puede interponer las excepciones cambiarias como regla general, y solo por excepción puede recurrir a las excepciones procesales, en consecuencia el debate es limitado. Por eso inclusive el juez debe limitarse *ab initio* al análisis del título para establecer si procede o no la acción ejecutiva.

Por lo tanto, cabe recalcar que en la actualidad al no encontrarse regulado en el nuevo Código Orgánico General de Procesos el Juicio Ordinario Posterior, el vencido en juicio ejecutivo no puede discutir la causa de la obligación y por ende no tendría salida alguna frente a la ejecución de una sentencia dictada en Juicio Ejecutivo quedando claramente en un estado de indefensión absoluta.

Para sostener este argumento resulta necesario citar el Fallo de Triple Reiteración dictado por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia la cual sostiene que “no procede la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada dictada en juicio ejecutivo, cualquier impugnación a aquella, debe hacerse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil” (Resolución No. 77, 2001, p. 12).

## 2.1. La contestación a la demanda en el juicio ejecutivo:

Cuando el demandado contesta la demanda está ejerciendo su derecho de contradicción en juicio. Este no es un derecho diferente del de acción, sino se lo entiende como una diversa modalidad del mismo.

López (2013C, p. 244) enseña que la palabra contestación tiene sus raíces en el latín *contestatio, -nis*, que significa declaración, esta palabra proviene del verbo *contestor, -ari*, lo cual significa ser uno de los testigos, dicho término jurídico latino hace referencia al careo de varios testigos, consiste en que uno de ellos realiza una declaración (*testor, -ari*), acto seguido el otro le responde (*contestor, -ari*), comúnmente a esta palabra se la conoce como responder.

Véscovi (2006, p.75) nos enseña que:

“La contestación a la demanda es el derecho de defensa, el de contradecir la pretensión (contradicción). Es la facultad de presentarse al juez para contradecir la acción, en sentido amplio. Se caracteriza como un derecho individual, también, según algunos, de rango constitucional enraizado en las garantías del debido proceso”.

López (2013C, p. 244) afirma que “es el acto jurídico mediante el cual el demandado da respuesta a la demanda planteada por el actor, aceptando sus pretensiones (allanamiento) u oponiéndose a las mismas a través de las excepciones contempladas en la ley”.

Monroy (2001, p. 283) por su parte expresa:

“El derecho de contradicción es, al igual que el derecho de acción, una expresión del derecho a la tutela jurisdiccional. Esto significa que el derecho de contradicción tiene las mismas características del derecho de acción. En consecuencia, estamos ante un derecho de naturaleza constitucional, además, subjetivo, público, abstracto y autónomo, que permite a un sujeto de derechos emplazado exigirle al Estado le preste tutela jurisdiccional”.

Cuando el demandado ha sido emplazado, tiene dos opciones: contestar la demanda o simplemente no comparecer al juicio.

El juicio ejecutivo, tiene sus propias reglas, así, el Código de Procedimiento Civil establece en el artículo 421 “Si el juez considerare ejecutivo el título así como la obligación correspondiente, ordenará que el deudor la cumpla o proponga excepciones en el término de tres días”, (2005).

Es decir, que por mandato legal se ha determinado que el término para contestar la demanda en el juicio ejecutivo es de tres días, resaltando que igualmente así lo ratifica el Código Orgánico General de Procesos en el artículo 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 fecha en que concluyó el término para presentar la oposición o para contestar la reconvenición, de ser el caso” (2015).

Es pertinente destacar que en el juicio ejecutivo siempre será recomendable contestar la demanda, ya que guardar silencio en esta clase de juicios implica una aceptación tácita de la obligación. Dicho de otra manera, en el juicio ejecutivo si el demandado no contesta la demanda o lo hace fuera del término legal, que equivale a lo mismo, el juez sin más trámite dictará sentencia, fallo que no será susceptible de recurso alguno, conforme lo dispone el artículo 430 del Código de Procedimiento Civil “Si el deudor no paga ni propone excepciones dentro del respectivo término, el juez, previa notificación, pronunciará sentencia, dentro de veinticuatro horas, mandando que el deudor cumpla inmediatamente la obligación. La sentencia causará ejecutoria”, (2005).



Por su parte el artículo 352 del Código Orgánico General de Procesos establece que:

“Si la ó 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”, (2015).

## **2.2. Las excepciones en el juicio ejecutivo:**

El derecho constitucional a la igualdad, se plasma en el derecho procesal haciendo que las partes sean tratadas en igualdad de condiciones, por eso, así como el actor tiene el derecho de acción que le permite recurrir ante los órganos jurisdiccionales en busca de la tutela judicial de un derecho que considera vulnerado, se erige como paso lógico el derecho de reacción del demandado, que le permite acudir también al mismo órgano jurisdiccional para hacer valer su derecho constitucional a la defensa.

López (2013C, p. 248) señala que “las excepciones, son los medios de defensa que la ley pone a disposición del demandado para que este pueda oponerse respecto de las pretensiones del actor”.

Benabentos (2000, p.21) dice:

“En su más amplio significado, la excepción es el poder jurídico de que se halla investido el demandado que lo habilita para oponerse a la acción promovida contra él; en tal sentido, equivale a defensa, o sea a todo lo que el demandado puede aducir para proteger su derecho, evitando el progreso de la pretensión del actor”.

Caravantes (2000, p.105) establece que “por excepción se entiende, pues, el medio de defensa, o la contradicción o repulsa con que el demandado pretende excluir, dilatar, o enervar la acción o demanda del actor”.

En el juicio ejecutivo, al tenor de lo que dispone el artículo 353 del Código Orgánico General de Procesos la oposición solo puede fundarse en las siguientes excepciones:

- Título no ejecutivo.- Esta es una excepción netamente cambiaria, pues lo que se ataca es la falta de título ejecutivo, es decir, que el documento acompañado a la demanda no es de aquellos a los que la ley les ha conferido la calidad de título ejecutivo.
- Nulidad formal o falsedad del título.- En realidad estas son dos excepciones, ya que nulidad y falsedad son conceptos totalmente diferentes. Así, la nulidad es por excelencia una sanción legal cuando se han omitido las formas que la misma ley prevé, mientras que la falsedad es lo contrario a la verdad, López (2012, p. 268) aclara lo siguiente:

“Que no toda manipulación genera falsedad, ni toda falsedad constituye delito; pues, para que la falsedad sea constitutiva de delito debe denotar dolo o mala fe de parte de su autor. La falsedad para que invalide la letra de cambio debe denotar dolo, es decir la intención positiva de causar daño al deudor o deudores, ya que si se trata de una alteración intrascendente, sin mala fe, no podría afectar la validez del título, ni tampoco podría configurar delito, como por ejemplo cuando se hace una corrección ortográfica. Cabe aclarar que tampoco hay falsedad, ni anula la letra de cambio, el hecho de que haya sido llenada en distintas fechas, con distintos tipos de letra o con distintos tipos de tinta, pues, para que se invalide deberán concurrir las circunstancias antes indicadas”.

- Extinción total o parcial de la obligación exigida.- Esta excepción hace alusión a los modos de extinguir las obligaciones, contempladas en el artículo 1583 del Código Civil “Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte (2005):
  1. Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo.

2. Por la solución o pago efectivo.
  3. Por la novación.
  4. Por la transacción.
  5. Por la remisión.
  6. Por la compensación.
  7. Por la confusión.
  8. Por la pérdida de la cosa que se debe.
  9. Por la declaración de nulidad o por la rescisión.
  10. Por el evento de la condición resolutoria.
  11. Por la prescripción.
- Existencia de auto de llamamiento a juicio por delito de usura o enriquecimiento privado no justificado.- Esta excepción incorporada en el Código Orgánico General de Procesos, permite al ejecutado oponerse al juicio ejecutivo alegando en definitiva causa ilícita de la obligación. Se preguntaran como es que se permite discutir la causa de la obligación, si anteriormente habíamos dicho que el juicio ejecutivo no es causal. La razón es simple, lo que pasa es que solo cuando la ilicitud de la causa es demasiado evidente, el juez puede acoger tal excepción, como cuando existe auto de llamamiento a juicio por el delito de usura.
  - Excepciones previas previstas en el Código Orgánico General de Procesos.- Habíamos expresado que en el juicio ejecutivo, el Código Orgánico General de Procesos establece de manera taxativa las excepciones que pueden ser materia de discusión en esta clase de procesos y al final del artículo 353 se refiere a las excepciones previas, determinando con claridad que en el juicio ejecutivo son las excepciones cambiarias las que deben alegarse por regla general y solo de manera supletoria se puede recurrir a las excepciones procesales.

Estas excepciones previas están reguladas en el artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos y son las siguientes:

- a) Incompetencia de la o del juzgador.- La excepción de incompetencia procede en términos amplios cuando la demanda se interpone ante un órgano judicial distinto al que le corresponde intervenir en el proceso, de acuerdo con las reglas legales que atribuyen la competencia.
- b) Incapacidad de la parte actora o de su representante.- La capacidad de la que trata esta excepción, es la que en materia procesal se conoce también como “*legitimatio ad processum*”, que se refiere a la capacidad de obrar o de ejercicio y representa la aptitud para comparecer por sí mismo (directamente), o como representante legal de otro;
- c) Falta de legitimidad de la causa de la parte actora o de la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda.- Es lo que los procesalistas denominan “*legitimatio ad causam*”, Kisch (1940, p. 106, 107), señala al respecto: “la cualidad en virtud de la que una acción o derecho puede y debe ser ejercitado por o contra una persona en nombre propio se llama legitimación en causa, o facultad de llevar, gestionar o conducir el proceso, activa para aquel que puede perseguir judicialmente el derecho, y pasiva para aquel contra el cual este se ha de hacer valer”.

Dicho de otra manera, el demandado debe ser la persona a quien conforme a la ley corresponde contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declare la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, y el demandante la persona que según la ley puede formular las pretensiones de la demanda, aunque el

derecho sustancial pretendido por él no exista o corresponda a otra persona.

- d) Error en la forma de proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones.- La excepción de defecto legal tiende a lograr el efectivo cumplimiento de las formalidades prescriptas para la interposición de la demanda, de modo que permita el eficaz ejercicio del derecho de defensa en juicio. Su función es oponerse al libelo oscuro e impedir el progreso de una acción que no está fácticamente configurada como corresponde, o de una petición que no cumple con los presupuestos que la ley exige. La razón de la previsión legal que fundamenta la excepción de defecto legal, radica en la necesidad de preservar adecuadamente el derecho de defensa en juicio, que posee raigambre constitucional y que se vería conculcado si la parte accionada no conociera los elementos esenciales de las pretensiones de la parte contraria, que le impidieran desplegar con amplitud las oposiciones que tuviera contra tales pretensiones.

La excepción procesal de defecto legal en el modo de proponer la demanda no sólo comprende el clásico oscuro libelo, sino también, eventualmente, los supuestos en los que el actor pretende la acumulación subjetiva de acciones con exceso de las limitaciones establecidas en los códigos procesales, como sucede cuando el actor acumuló pretensiones incompatibles entre sí, así también cuando las acumuladas se sustentaron con diversos fundamentos, o cuando la causa de pedir en cada una de ellas fuere diversa para cada uno o algunos de los incluidos en la parte demandada plural.

- e) Litispendencia.- La excepción de litispendencia sienta su fundamento en el propósito de evitar que una misma pretensión sea objeto de un doble conocimiento que podría dar lugar a que se dicten sentencias contradictorias. De ello se extrae que, para que se dé la Litispendencia, se requiere la existencia de un proceso en trámite y la iniciación de otro con la concurrencia de la triple identidad: identidad subjetiva (los mismos sujetos), identidad objetiva (la misma pretensión) e identidad de causa (los mismos hechos).
- f) Prescripción.- En términos generales la prescripción es un modo de adquirir derechos (prescripción adquisitiva) y de extinguir obligaciones (prescripción extintiva) por la acción del tiempo.

La excepción de prescripción encuentra su fundamento en razones de seguridad de orden y de paz social, pues al derecho también le interesa sobremanera liquidar ciertas situaciones inestables, impidiendo que puedan ser materia de revisión después de pasado cierto tiempo. De tal manera, se da certeza a los derechos. Ejemplo: las acciones derivadas de la letra de cambio prescriben en tres años contados desde el vencimiento de la obligación. Finalmente cabe aclarar que quien pretende beneficiarse de la prescripción debe alegarla, pues, el juez no puede declararla de oficio.

- g) Caducidad.- Dice Alvarado Velloso (2005, p. 192), “mediante ella el demandado afirma que la acción intentada se halla caducada por haber sido propuesta luego de finalizado el plazo establecido por la ley para su deducción válida”.

- h) Cosa juzgada.- La excepción de cosa juzgada tiene por finalidad evitar resolver en dos procesos distintos la misma cuestión, de allí que, la excepción de cosa juzgada afianza el principio de la seguridad jurídica, indispensable para que todo sistema de enjuiciamiento sea previsible y fiable.

La admisibilidad de la excepción de cosa juzgada está supeditada, en principio, a la concurrencia de una triple identidad entre los sujetos, el objeto y la causa en ambas pretensiones.

Finalmente, podemos afirmar que la excepción de cosa juzgada procede cuando a través de una demanda posterior se pretende un nuevo pronunciamiento sobre una cuestión anteriormente decidida con carácter firme en otro litigio, constituyendo un medio para asegurar la inmutabilidad de tal decisión y evitar que se dicte una nueva sentencia sobre lo mismo eventualmente contradictoria.

- i) Transacción.- Dice Alvarado Velloso (2005, p. 205), “Mediante ella el demandado afirma que en acto jurídico bilateral ha hecho concesiones con el actor, extinguiendo la obligación litigiosa”.

La mencionada excepción se formula con la finalidad de obtener la anulación de lo actuado y la conclusión de un proceso idéntico a otro extinguido por transacción de las partes intervinientes en el litigio. Al igual que en los casos de litispendencia y cosa juzgada, se exige en este medio de defensa la triple identidad (objetiva, subjetiva y causa).

- j) Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación.- En ocasiones sucede que las partes deciden solucionar sus controversias mediante los métodos

alternativos como son la mediación y el arbitraje, a esto se le denomina “cláusula compromisoria”.

Consecuentemente, esta excepción procede, si se inicia un proceso cuya pretensión ha sido sometida a un método alternativo para la solución de conflictos (mediación o arbitraje), lo que debe constar en el correspondiente convenio arbitral, en cuyo caso, la jurisdicción ordinaria está impedida por ley de conocer la causa.

### **2.3. La limitación del debate jurídico en el juicio ejecutivo.**

Hemos visto que el propio Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 353 limita el debate jurídico en el juicio ejecutivo a cuatro excepciones sustanciales o de fondo: título no ejecutivo, nulidad formal o falsedad del título, extinción parcial o total de la obligación y existencia de auto de llamamiento a juicio por el delito de usura, descartando por tanto la discusión de la causa de la obligación. En consecuencia, se limita el derecho a la defensa del ejecutado, ya que este en caso de no poder justificar algunas de las precitadas excepciones, simplemente perderá el juicio y no le quedará otra alternativa que cumplir la obligación.

Inclusive esta limitación se extiende al juez, quien por ningún motivo puede ampliar el debate, pues como hemos dicho, cualquier discusión sobre la causa de la obligación solo es posible en juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo.



### **3. CAPÍTULO III**

#### **EL JUICIO ORDINARIO POSTERIOR.**

##### **3.1. Naturaleza Jurídica y concepto:**

El derecho a la defensa es una garantía constitucional inviolable según lo dispone la Constitución de la República en el artículo 76, numeral 7, literales a), b) y, c).

Sin embargo, en nuestro sistema procesal, existe el denominado juicio ejecutivo, en donde esa garantía constitucional a la defensa se ve limitada por el propio legislador, al establecer que el referido juicio ejecutivo solo tiene razón de ser si se sustenta en un título ejecutivo, título al que le ha dotado de la presunción de legitimidad.

A eso obedece que, el juicio ejecutivo sea un proceso de ejecución por excelencia, lo que implica que el debate en dicho proceso se vea limitado exclusivamente al título, es decir, a su aspecto formal, pero no es posible discutir el fondo del asunto, que es el tema referente a la causa de la obligación. Por eso inclusive en el juicio ejecutivo no procede el recurso de casación ni la acción de nulidad de la sentencia. Explicando lo dicho, es necesario recordar que la casación es un recurso extraordinario que procede exclusivamente en los procesos de conocimiento, vale decir en los juicios declarativos de derechos como son los juicios ordinarios y sumarios, por eso hemos dicho que en el juicio ejecutivo no procede el recurso de casación, pues, en el juicio ejecutivo no se declaran derechos, ya que para su procedibilidad es necesario que el derecho ya esté declarado en un título ejecutivo. Bajo estos mismo principios igualmente en el juicio ejecutivo no procede la acción de nulidad de la sentencia, ya que el fallo que se dicta en esta clase de procesos solo hace cosa juzgada formal. Esto significa que la sentencia dictada en los juicios ejecutivos, a pesar de ser final, no es definitiva, es decir, que puede variar mediante el juicio ordinario posterior.

Y es ahí donde precisamente cobra toda su importancia el juicio ordinario posterior, ya que este es un proceso de conocimiento pleno, que permite discutir esencialmente la causa de la obligación, vale decir, la razón que motivó a las partes a la suscripción del título.

Por eso el legislador, con mucha sabiduría y a efectos de no atentar contra la garantía constitucional a la defensa, normó en el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil el juicio ordinario posterior, para que el ejecutado que se ve privado de agotar todos sus medios defensivos y de utilizar todas sus pruebas en el juicio ejecutivo debido a la naturaleza de este, tenga la posibilidad de promover un procedimiento ordinario posterior de conocimiento pleno. Allí radica la naturaleza jurídica del juicio ordinario posterior.

Para finalizar, citemos el concepto de López (2009D, p. 91):

“El juicio ordinario posterior, es un proceso de conocimiento ulterior a la ejecutoria de la sentencia ejecutiva, que permite al ejecutante o ejecutado, la revisión de lo resuelto en el proceso de ejecución que lo motiva, a fin de reparar las consecuencias sufridas por el debate apresurado y en donde se ha limitado el derecho a la defensa por las características propias de los juicios ejecutivos”.

### **3.2. La cosa juzgada y el juicio ordinario posterior:**

Si decimos que el juicio ordinario posterior procede solo contra las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos que se hallen legalmente ejecutoriadas, parecería que este se contrapone o atenta contra la institución de la cosa juzgada. Por eso, es importante empezar resaltando que el juicio ordinario posterior no se contrapone en nada al instituto de la cosa juzgada conforme lo explicamos a continuación.

Para ello, empecemos recordando que las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos solo producen excepción de cosa juzgada formal, no sustancial, consecuentemente, no es inmutable ya que puede modificarse mediante juicio ulterior distinto. Para explicar lo expuesto es necesario recurrir a la naturaleza

misma del juicio ejecutivo, entonces, debemos empezar destacando que el juicio ejecutivo no es causalista, ya que la causa de la obligación que debe estar plasmada en un título ejecutivo, la ley la presume legítima; a eso obedece que las defensas para el ejecutado en el juicio ejecutivo sean bastante limitadas, ya que solo pueden partir del título exclusivamente. Es esta la razón por la cual el legislador estableció que después de la sentencia ejecutiva se pueda ampliar el debate mediante el denominado juicio ordinario posterior, especialmente para que se pueda tratar con amplitud el tema relacionado a la causa de la obligación, con lo que además se permite que el demandado pueda hacer uso pleno de su derecho a la defensa y es justamente la sentencia que se dicta en el juicio ordinario posterior la que recién hace cosa juzgada material, es decir, que vuelve inmutable al fallo.

Por esta razón la sentencia dictada en el juicio ejecutivo, a pesar de ser final, no es definitiva; ya que no impide su discusión mediante el denominado juicio ordinario posterior, que permite el debate de la causa de la obligación y de las excepciones que no han sido tratadas en el juicio ejecutivo.

Al respecto expresa Alsina (2002B, p. 680):

“Pero conocido el desenvolvimiento histórico del juicio ejecutivo y establecido que se trata de un modo de ejecución forzada con base en la presunción de la existencia de un derecho en el que sólo son admisibles las excepciones posteriores al título, sin que se permita discutir la existencia de la obligación, no puede defenderse ya esa interpretación restrictiva. La sentencia de remate no es declarativa y sólo produce cosa juzgada formal, en cuya virtud la ley permite su ejecución provisional pero no impide su revisibilidad en juicio ordinario, porque no tiene fuerza de cosa juzgada sustancial”.

Como dice López (2009D, p. 92):

“La sentencia ejecutoriada que resulte del proceso ordinario posterior, adquiere el carácter de definitiva, terminando el litigio y concluyendo el proceso, porque produce excepción de cosa juzgada material o

sustancial, volviéndola inimpugnable e inmutable, lo que hace imposible renovar su examen “ex novo” e “in totum”, ya que no puede ser impugnada mediante recurso, ni modificarse mediante juicio ulterior distinto”.

### **3.3. Que se puede discutir en el juicio ordinario posterior y los efectos de la sentencia dictada en este:**

En el juicio ordinario posterior sólo podrán tratarse las excepciones que no fueron materia de discusión en el juicio ejecutivo, es decir, los asuntos que no fueron materia de la controversia en el juicio ejecutivo, ya que ese es el espíritu del proceso ordinario posterior.

Resalta López (2009D, p. 95):

“Conviene entonces puntualizar, que el proceso de conocimiento posterior establecido en el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil, no tiene por objeto la revisión o el reexamen de las cuestiones decididas en la sentencia dictada en el juicio ejecutivo, sino agotar el debate y la solución de aquellos puntos que, si bien involucrados en el conflicto, no pudieran resolverse en dicho juicio a raíz de las limitaciones propias de los procesos ejecutivos”.

Claro está entonces, que en proceso de conocimiento posterior no podrá revisarse lo que ya ha sido materia de discusión y resolución en el juicio ejecutivo, ya que resulta jurídicamente inconcebible dos contradictorios sobre una misma cuestión, por eso, hemos venido sosteniendo que en el proceso ordinario posterior la materia de la controversia, a más de las excepciones no tratadas en el juicio ejecutivo, debe centrarse fundamentalmente en la causa de la obligación. Queda claro entonces, que el juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo está establecido por la ley para debatir exclusivamente nuevas excepciones, por lo tanto, en el juicio ordinario posterior no pueden ser materia de debate las excepciones que ya fueron tratadas en el juicio ejecutivo. Por eso hemos dicho que en el juicio ordinario posterior se deben tratar necesariamente las excepciones relacionadas a la causa de la obligación.

Como señala López (2009D, p. 96):

“La acción ordinaria posterior, no tiene por objeto autorizar en todos los casos un doble juicio, ni reparar con ella los errores o suplir las negligencias en que las partes hubiesen incurrido, sino simplemente facilitar con un procedimiento de amplia discusión en el que se admiten pruebas y defensas que no pudieron alegarse en el ejecutivo”.

Indica Alsina (2002B, p. 680):

“El juicio ordinario debe prosperar siempre que el ejecutado pruebe la inexistencia de la obligación que resulte presuntivamente del título que sirvió de base a la ejecución; sea porque las excepciones no eran admisibles en el juicio ejecutivo o porque, opuestas, no logró probarlas, o porque no quiso oponerlas para hacerlas valer en el juicio ordinario. Igualmente, prosperará cuando el actor demuestre la inexistencia del hecho alegado por el ejecutado como fundamento de la excepción por la que el juez no hizo lugar a la ejecución...En el juicio ordinario no puede discutirse la validez de los procedimientos seguidos en el ejecutivo, porque ella puede pedirse en el propio ejecutivo por medio del incidente o de recurso”.

Para finalizar, no debemos olvidar que la sentencia dictada en el juicio ejecutivo solo genera cosa juzgada formal, por eso, admite la promoción de un juicio ordinario ulterior para discutir la relación jurídica sustancial que le da origen al título (causa), y solo la sentencia que se dicte en ese juicio ordinario hará cosa juzgada material, volviéndola inimpugnable e inmutable, consecuentemente, la sentencia que se dicte en el juicio ordinario una vez ejecutoriada surtirá efectos definitivos e irreversibles.

### **3.4. La acción, la pretensión y la demanda en el juicio ordinario posterior:**

#### **3.4.1. La acción**

Del derecho romano se heredaron los principios “nemo iudex sine actore”, “ne procedat iudex iure ex officio” y, “ne eat iudex ultra petita partium”, que se

concretan en los actuales principios procesales “no hay proceso si no hay actor”, “no hay proceso de oficio” y, “el juez debe pronunciarse sobre toda la demanda y no más allá de los límites de ella”.

Dice Calamandrei (2001, p. 237):

“La acción entendida como la actividad dirigida a estimular la jurisdicción y a invocar del juez una providencia jurisdiccional conforme a la propuesta del reclamante; es el recurso con el que el ciudadano invoca, en su propio favor, el ejercicio del poder jurisdiccional del Estado”.

Goldschmidt (2001, p. 8), afirma: “La acción es el poder jurídico de excitar y promover el ejercicio de la jurisdicción”.

A criterio de Alcalá-Zamora (2003, p. 113), “La acción es tan solo la posibilidad jurídicamente encuadrada de recabar los proveimientos jurisdiccionales necesarios para obtener el pronunciamiento de fondo y, en su caso, la ejecución, respecto de una pretensión litigiosa”.

Señala Alsina (2003A, p. 123):

“Podría decirse que la acción es el derecho a la jurisdicción. La pretensión que se deduce en la acción podrá o no prosperar, según que ella esté o no amparada por una norma sustancial, pero que en cualquier caso la acción se habrá ejercitado y la actividad jurisdiccional se habrá puesto en movimiento”.

Chiovenda (2008, p. 14), dice:

“La acción es, por tanto, el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley. La acción es un poder que corresponde frente al adversario, respecto al cual se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. El adversario no está obligado a ninguna cosa frente a este poder; está simplemente sujeto a él. La acción se agota con su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada

para impedirla, ni para satisfacerla. Tiene naturaleza privada o pública, según que la voluntad de la ley cuya actuación produce tenga naturaleza privada o pública”.

González (2013, p. 35-36), tiene un transformador concepto:

“El principio fundamental de acción, describe el nuevo paradigma, es decir, de la acción en el canon neoconstitucional, por cierto muy distinta en genética y contenido que la acción del viejo paradigma del derecho romano y de sus expresiones evolutivas en el procesalismo científico. Nada podría hacerse por la proporcionalidad del proceso y del derecho procesal si no se comienza por entender el nuevo paradigma de la acción, en el que sin duda la acción vuelve a ser cabeza del ángulo de la arquitectura procesal”.

Por lo expuesto, podemos afirmar con acierto que la acción ya no constituye un simple derecho subjetivo, sino que la misma debe ser enfocada desde un nuevo prisma que no puede ser otro que el constitucional. Por eso, para nosotros, la acción constituye un derecho fundamental consagrado en la Norma Suprema del Estado, a través del cual todo ciudadano está facultado para recurrir al órgano jurisdiccional competente a exigir la tutela judicial efectiva de un derecho que considera vulnerado.

En el caso del juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo, este derecho fundamental de acción, ha sido consagrado por el legislador a cualquiera de las partes procesales que se sientan inconformes con la sentencia ejecutoriada dictada en el proceso ejecutivo.

#### **3.4.2. La pretensión.**

La pretensión procesal, se concreta en la cosa, cantidad o hecho que se exige en la demanda. Cuando hablamos de cosa de manera general se refiere a bienes muebles o inmuebles; la cantidad hace alusión a obligaciones dinerarias que se pretenden efectivizar; y, cuando nos referimos a hechos se puede hablar de cumplimiento de ciertos actos o contratos.

Según Vescovi (2006, p. 71):

“El elemento objetivo de la pretensión es el bien de la vida que solicita el actor; la utilidad que quiere alcanzar con la sentencia: será el pago de un crédito, la entrega de una cosa mueble o inmueble, la prestación de un servicio, una acción u omisión, la declaración de que un contrato está rescindido, etc. Constituyen la finalidad última por la cual se ejerce la acción, el pedido (petitum) que tiene la demanda”.

Expresa Devis Echandía (2000, p. 222):

“Puede definirse la pretensión así: el efecto jurídico concreto que el demandante (en los procesos civiles, laborales y contencioso administrativos) o el querellante o denunciante y el Estado a través del juez o del fiscal, según el sistema vigente (en los procesos penales), persiguen con el proceso, efecto al cual se quiere vincular al demandado (si lo hay) o al imputado y luego procesado”.

Guasp (2005, p. 264) señala: “La pretensión procesal es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración”.

La pretensión es la declaración de voluntad del accionante de lo que exige o pretende que sea reconocido o declarado en la sentencia en contra del demandado. Consecuentemente, la pretensión es el petitum de la demanda, pues, constituye el fin concreto que el demandante persigue.

En el juicio ordinario posterior, la pretensión procesal puede tener los siguientes fines:

- a) El juicio ordinario posterior como juicio de anulación.
- b) El juicio ordinario posterior de repetición de pago de lo indebido.
- c) El juicio ordinario posterior de reparación de daños.
- d)



A continuación se va a explicar cada uno de los literales anunciados:

a) El juicio ordinario posterior como juicio de anulación.

En el juicio ordinario posterior no se puede discutirse la validez de los procedimientos seguidos en el juicio ejecutivo, porque ella puede pedirse en el propio juicio ejecutivo por medio de incidente o de recurso. En consecuencia, cualquier alegación relacionada a vicios de procedimiento cometidos en el juicio ejecutivo debe realizarse en ese mismo proceso, pues, no cabe posteriormente, tanto más que en caso de haberse vulnerado derechos o garantías constitucionales se podría tranquilamente recurrir a la acción extraordinaria de protección.

De la misma manera se debe resaltar que en el juicio ordinario se pueden discutir sin problema alguno las causas de nulidad de la sentencia establecidas en el artículo 112 del Código Orgánico General de Procesos. Por lo tanto, es el juicio ordinario posterior la forma correcta de buscar la nulidad de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo, ya que como hemos indicado en páginas anteriores no procede la acción común de nulidad de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo, sino que esta debe ser buscada mediante el juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo que era consagrado en el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente es importante indicar que en el juicio ordinario posterior es donde de manera esencial se debe discutir la causa de la obligación, ya que en caso de demostrarse que no existe causa o que la misma es ilícita, será absolutamente procedente la declaratoria de nulidad de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo.

b) El juicio ordinario posterior de repetición de pago de lo indebido.

En este caso, resulta obvio que no se pretende la nulidad de lo actuado o la nulidad de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo, ya que las partes aceptan que no hay ninguna nulidad que declarar.

Entonces, lo que pretende el ejecutado a través del proceso ordinario, es que se condene al ejecutante a reintegrar los valores que indebidamente obtuvo a consecuencia de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo. Ejemplo: Cuando el demandado en el juicio ejecutivo no alegó pagos parciales por falta de pruebas, pero posteriormente encuentra los recibos de pago; entonces, en ese caso, puede a través del juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo alegar los pagos parciales a efectos de que en la sentencia se condene al demandado a devolver los valores pagados indebidamente.

c) El juicio ordinario posterior de reparación de daños.

Dice Couture (2007, p. 389):

“Puede acontecer, todavía, que el juicio ejecutivo nulo o fallado erróneamente, haya culminado con una ruinosa venta de bienes del deudor. No podrá decirse, entonces, que el juicio ordinario de revisión se limite a anular lo actuado o a restituir lo indebidamente percibido por el supuesto acreedor. Los daños y perjuicios de la ejecución indebida podrán superar en mucho el monto patrimonial de la ejecución. En este caso, el juicio ordinario posterior añadirá, a su contenido originario, esta condena adicional de reparación del daño. Pero es obvio que en este caso, todos los presupuestos de la responsabilidad civil deberán ser examinados en la sentencia, incluso el plazo de prescripción de la misma a partir de la consumación del daño”.

### **3.4.3. La demanda.**

En términos generales la demanda es el acto de iniciación del proceso. Sin embargo, se debe tener claro que no a cualquier escrito se le puede denominar demanda, pues, el legislador ha establecido en los Códigos Procesales una serie de formalidades que debe cumplir la demanda, sin las cuales, no pasa de ser un simple proyecto de demanda sin validez ni eficacia jurídica.

López (2009D, p. 102), nos enseña que:

“La demanda es el acto material que da inicio al proceso, es el medio o instrumento material que plasma la acción y la pretensión. Con la demanda se ejerce la acción y se deduce la pretensión, es decir, que la demanda contiene: la acción que despierta la actividad jurisdiccional, para darle paso al proceso, y contiene a su vez la pretensión o reclamación del solicitante de la tutela por parte del Estado. De esta manera, podemos concluir manifestando que: la acción es una potestad, la pretensión una declaración de voluntad, y, la demanda un acto procesal”.

En este concepto queda claro que a través de la demanda se ejercita la potestad de acción que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En la Enciclopedia Jurídica La Ley (2009, p.4033), encontramos la siguiente definición:

“El acto procesal iniciador del proceso, mediante el cual una parte, denominada demandante, inicia el ejercicio de una acción o derecho a la jurisdicción, amparado en el derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva. A través de la demanda el actor o demandante, que busca la obtención de una satisfacción procesal mediante el ejercicio de una acción, inicia el procedimiento judicial que pretende que cristalice en una resolución dictada por el Tribunal, donde recoja sus pretensiones, ya sean estas de carácter constitutivo, declarativo o de condena”.

Del concepto citado de la Enciclopedia la Ley se desprende que la parte que propone la demanda se denomina actor y, la parte contra quien se dirige la demanda es conocida como demandado o accionado, configurando así a las partes procesales que intervendrán en el juicio.

Caravantes (2000, p. 8), señala:

“La demanda o líbello no es otra cosa que el ejercicio de una acción, y siendo este el medio legítimo de reclamar en juicio los derechos que nos

competen, se entiende por demanda la petición que hace principalmente el actor al juez con arreglo a la ley, sobre sus derechos en la cosa o a la cosa, o para obtener lo que es suyo o se le debe”.

El profesor Caravantes pone en relevancia que todo demanda trae consigo una pretensión procesal, es decir lo que se busca o pretende del demandado.

En el caso del juicio ordinario posterior, la demanda deberá cumplir con todos los requisitos que la ley exige para su validez y eficacia jurídica, en este caso, los requisitos establecidos en el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos.

Además, la demanda deberá ser presentada desde el momento en que se halle legalmente ejecutoriada la sentencia dictada en el juicio ejecutivo y mientras no se encuentre ejecutada la misma.

Cabe recalcar de lo expuesto en el párrafo anterior que esto se encontraba regulado en el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 300 *Ibidem*. Finalmente es necesario aclarar, que el Código Orgánico General de Procesos no contempla norma alguna relacionada al Juicio Ordinario Posterior.

#### **3.4.4. El Juicio Ordinario Posterior en la legislación extranjera.**

El blog de la Enciclopedia jurídica en el párrafo tres, nos informa que el Código Procesal Argentino en el artículo 553 establece: “cualquiera fuere la sentencia que recaiga en el juicio ejecutivo, el ejecutante o el ejecutado podrá promover el ordinario una vez cumplidas las condena impuestas en aquella”.

A su vez, el mismo blog señala:

“En efecto, el art. 551 del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires establece que: “Cualquiera fuere la sentencia que recaiga en el juicio ejecutivo, el ejecutante o el ejecutado podrán promover el ordinario, una vez cumplidas las condenas impuestas en aquéllas”. Idéntica redacción llevan los Códigos de Catamarca (art. 553), Chaco

(art. 531), Entre Ríos (art. 539), Formosa (art. 550), La Pampa (art. 522), Neuquén (art. 553), Salta (art. 563), San Luis (art. 553).- Los Códigos Procesales Civiles de la Nación (art. 553), Chubut (art. 553), Corrientes (art. 553), Misiones (art. 553), Río Negro (art. 553), Santa Cruz (art. 532), Santiago del Estero (art. 559), Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (art. 489) y Tucumán (art. 544) tienen similar redacción a los referidos en el párrafo anterior, pero con el siguiente agregado final: “El juicio ordinario promovido mientras se sustancia el ejecutivo no produce la paralización de este último”. San Juan (art. 520) si bien con distinta regulación, establece similar adenda”.

El Instituto Colombiano de Derecho procesal en su portal publicó La Ley No. 1564 de 12 de Julio de 2012 de la República de Colombia la cual determina en el artículo 304 lo siguiente:

“Sentencias que no constituyen cosa juzgada. No constituyen cosa juzgada las siguientes sentencias: 1. Las que se dicten en procesos de jurisdicción voluntaria, salvo las que por su naturaleza no sean susceptibles de ser modificadas. 2. Las que decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley. 3. Las que declaren probada una excepción de carácter temporal que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento” (ICDP, 2012).

## CONCLUSIONES

Como se ha visto a lo largo de este ensayo, el Código de Procedimiento Civil, actualmente reemplazado por el Código Orgánico General de Procesos, sí regulaba en el artículo 448 la institución jurídica del juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo, permitiendo a los sujetos procesales que se sientan afectados por la sentencia ejecutiva, que puedan atacar la misma después de su ejecutoria mediante un juicio ulterior distinto.

Igualmente ha quedado claro que el Código Orgánico General de Procesos no contiene norma alguna que regule el denominado juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo, lo que genera inseguridad jurídica e impide la plena defensa del vencido en el juicio ejecutivo, ya que no se le permite que se sometan a debate judicial las excepciones que debido a la naturaleza del juicio ejecutivo, no pueden ser tratadas en este como es esencialmente la causa de la obligación; de allí que resulta inexplicable que el legislador ecuatoriano haya omitido en el nuevo Código Orgánico General de Procesos un instituto jurídico tan importante como es el juicio ordinario posterior.

También, hemos justificado a lo largo de nuestro trabajo que las legislaciones extranjeras, como la Argentina por ejemplo contemplan en sus códigos procesales normas referentes al juicio ordinario posterior. Por eso a pesar de que queremos entender que se trata de una omisión de los legisladores ecuatorianos, resulta inverosímil que el nuevo Código Orgánico General de Procesos no contemple ninguna norma sobre el juicio ordinario posterior, tanto más que siendo un nuevo sistema procesal resulta obvio que no podía olvidarse un tema trascendental, omisión que inclusive atenta contra el derecho constitucional a la defensa, algo inaudito en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia como lo es el Estado ecuatoriano.

Esta grave omisión del legislador ecuatoriano hace necesario que en el Código Orgánico General de Procesos se incorpore una norma que regule el tema del juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo, no solamente porque la mayoría de Códigos Procesales de la Región contienen normas referentes a dicha

institución jurídica sino porque solo su inclusión en el Código citado evitará que se cometan injusticias como podría suceder cuando se condene al ejecutado a pagar una obligación sin causa, como por ejemplo cuando se pretende cobrar una letra de cambio que aceptó un trabajador por la necesidad de obtener un puesto de trabajo.

## REFERENCIAS

- Alcalá-Zamora, N. (2003). *Estudios de Teoría e Historia del Proceso*. México D.F, México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Alsina, H. (2003A). *Fundamentos del Derecho Procesal*. México DF, México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Alsina, H. (2003B). *Juicios Ejecutivos y de Apremio*. México D.F, México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Alvarado, A. (2005). *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Azula, J. (2009). *Manual de Derecho Procesal*. (4). Bogotá, Colombia: Temis.
- Benabentos, O. (2000). *Excepciones y Defensas Procesales*. Rosario, Argentina: Juris.
- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. (8). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Calamandrei, P. (2001). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. (1). Buenos Aires, Argentina: Editorial Librería El Foro.
- Caravantes, J. (2000). *Tratado de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil*. (2). México, DF., México: Angel Editor.
- Chiovenda, G. (2008). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. México, DF, México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Instituto Colombiano de Derecho Procesal. (2012). Ley No. 1564. Recuperado el 11 de agosto de 2016 de <http://www.icdp.org.co/descargas/cgp/CodigoGeneralDelProceso12Julio2012.pdf>.
- Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 77. (2001). Registro Oficial 308 de 18 de abril de 2001.
- Código Civil* (2005). Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
- Código de Procedimiento Civil* (2005). Registro Oficial Suplemento 58 de 26 de abril de 2005.
- Código Orgánico General de Procesos*. (2015). Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.



- Couture, E. (2007). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo, Uruguay: IB de F.
- Devis, H. (2000). *Compendio de Derecho Procesal*. (1). Bogotá, Colombia: ABC
- Goldschmidt, J. (2001). *Principios Generales del Proceso*. México D.F, México: Editorial Jurídica Universitaria.
- González, R. (2013). *Neoprocesalismo*. Lima, Perú: ARA Editores.
- Guasp, J. (2005). *Derecho Procesal Civil*. (1). (7ª. Ed.). Navarra, España: Aranzadi.
- Kisch, W. (1940). *Elementos de Derecho Procesal Civil*. (2ª. Ed.). Madrid, España: Revista de Derecho Privado.
- La Enciclopedia. (s.f.). Proceso de conocimiento posterior a la ejecución. Recuperado el 11 de agosto de 2016 de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/proceso-de-conocimiento-posterior-a-la-ejecuci%C3%B3n/proceso-de-conocimiento-posterior-a-la-ejecuci%C3%B3n.htm>.
- La Ley. (2009). *Enciclopedia Jurídica*. Madrid, España: Editorial Wolters Kluwer.
- López, W. (2012A). *Tratado de la Letra de Cambio, el Pagaré a la Orden y el Cheque*. (1). Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- López, W. (2013B). *El Juicio Ejecutivo*. (1). (3ª. Ed.). Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- López, W. (2013C). *El Juicio Ejecutivo*. (2). (3ª. Ed.). Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- López, W. (2009D). *El Juicio Ordinario Posterior al Juicio Ejecutivo*. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Monroy, J. (2001). *Introducción al Proceso Civil*. (1). Bogotá, Colombia: Temis.
- Ortells, M. (2010). *Derecho Procesal Civil*. Pamplona, España: Editorial Aranzadi.
- Palacio, L. (2000). *Derecho Procesal Civil*. (2). (4ª. Ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Rivera, A. (2015). *Derecho Procesal Civil*. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.

Rocco, H. (2001). *Derecho Procesal Civil*. México, DF, México: Editorial Jurídica Universitaria.

Velásquez, J. (2011). *Los Procesos Ejecutivos*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica DIKE.

Véscovi, E. (2006). *Teoría General del Proceso*. Bogotá, Colombia: Temis.