



**Universidad del Azuay**

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

***“EL TRÁMITE EJECUTIVO DENTRO DE LA LEGISLACIÓN  
ECUATORIANA, ESTUDIO GENERAL Y SUGERENCIAS”***

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Doctor en  
Ciencias Jurídicas**

**Autor:** Pablo Daniel Cueva Vintimilla

**Director:** Dr. Olmedo Piedra I.

**Cuenca, Ecuador  
2006**

## **DEDICATORIA**

Me gustaría dedicar todo este esfuerzo a mi familia, especialmente a mis padres que son una guía en mi vida y en mis estudios, los que supieron apoyarme en todo momento. Además sé que ellos son quienes más disfrutan mi triunfo de haber acabado una carrera universitaria.

## **AGRADECIMIENTO**

Tras un largo periodo de estudio me encuentro terminando la carrera de Ciencias Jurídicas. Esta tarea ha requerido un gran esfuerzo de mi parte y de las personas que me rodean.

Me parece necesario agradecer a mi familia quienes me supieron apoyar en todo momento para conseguir este objetivo.

A la Universidad del Azuay y a todo su personal docente, a quienes agradezco todo el conocimiento que sin reserva supieron brindarme y de una manera especial al Dr. Olmedo Piedra I., director de mi tesis, quien me apoyo para poder realizar este trabajo.

## **RESUMEN**

En éste trabajo, trato de establecer la naturaleza jurídica del trámite ejecutivo como el proceso en el que se demandan ejecutivamente los actos o documentos que declaran la tutela de un derecho y que a su vez poseen obligaciones y efectos de dar, hacer, o no hacer.

De ésta forma se ha realizado un estudio sobre la manera en la que este trámite funciona en la legislación ecuatoriana para luego proponer posibles sugerencias que harían que este sea un proceso más eficiente.

A lo largo de esta tesis se mostrara al proceso ejecutivo desde sus fundamentos, incluyendo a los títulos ejecutivos objeto de éste trámite, sus requisitos de procedibilidad y demás condiciones necesarias para su validez.

El estudio realizado en esta tesis esta dirigido concretamente al proceso civil ecuatoriano, de esta forma se ha realizado un estudio los principios de la acción como tal, sobre la pretensión procesal, el proceso, sobre las condiciones que deben tener los títulos ejecutivos objeto de este tipo de tramite, para ser considerados como tales para luego por ultimo estudiar al trámite ejecutivo con sus particularidades y terminar haciendo algunas sugerencias que podrían hacer que este trámite sea mas rápido y eficiente.

## **ABSTRACT**

In this one work, I try to establish the legal nature of the executive transacts like the process in which the acts are demanded executively and the acts or documents that declare the trusteeship of a right and that also have the obligations and effects as well to give, to do, or not to do.

A study has been made on the way in which this proceeding works in the Ecuadorian legislation so we can make possible suggestions that would make this a more efficient process.

Throughout this thesis I will show the executive process from its foundations, including the executive titles which are the object of its study, its requirements of procedibility and other necessary conditions for its validity.

The study made in this thesis is directed concretely to the Ecuadorian civil process, a study has been made of the principles of the action, on the procedural pretension, the process and finally on the conditions that must have the executive titles object of this type of transacts, to be considered like such, then we will to study to the executive proceeding with its particularities and to end up making some suggestions which could make this proceeding to operate in a faster and efficient manner.

# ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA .....	II
AGRADECIMIENTO .....	III
RESUMEN.....	IV
ABSTRACT.....	V
ÍNDICE DE CONTENIDOS .....	VI
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPITULO I: LA ACCIÓN.....</b>	<b>4</b>
1.1. ANTECEDENTES .....	4
1.2. SIGNIFICADOS DEL TÉRMINO .....	6
1.3. PROGRESO HISTÓRICO DE LA ACCIÓN .....	8
1.4. TEORÍAS DE LA ACCIÓN .....	12
1.5. DIFERENTES CONCEPTOS ASIGNADOS A LA ACCION .....	16
1.6. LA ACCIÓN COMO CONDICIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN.....	18
1.7. IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA ACCIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL	19
1.8. CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES .....	20
1.9. TIPOS DE ACCIÓN.....	23
1.10. CARACTERES DE LA ACCIÓN.....	25
1.11. INTERÉS Y LEGITIMACIÓN PARA ACCIONAR.....	26
1.12. CARACTERES DEL INTERÉS PARA ACCIONAR.....	27
1.13. CONCEPTO DEL INTERÉS PARA ACCIONAR .....	28
1.14. REQUISITOS DEL INTERÉS PARA ACCIONAR.....	29
1.15. LA LEGITIMACIÓN PARA ACCIONAR.....	30
1.16. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN .....	31
1.17. IMPORTANCIA DE LA IDENTIFICACIÓN DE LAS ACCIONES .....	35

1.18. <i>CONDICIONES DE LA ACCIÓN</i> .....	39
1.19. <i>NOCIÓN DE ACCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL</i> .....	41
<b>CAPÍTULO II: LA PRETENSIÓN PROCESAL</b> .....	<b>45</b>
2.1. <i>CONSIDERACIONES GENERALES</i> .....	45
2.2. <i>CONCEPTO</i> .....	46
2.2.1. Pretensión Material:.....	47
2.2.2. Pretensión Procesal:.....	49
2.3. <i>DISTINCIÓN CON OTRAS INSTITUCIONES</i> :.....	54
2.4. <i>DIFERENCIAS ENTRE ACCIÓN Y PRETENSIÓN</i> . ....	55
2.5. <i>CONDICIONES DE LA ACCIÓN Y PRESUPUESTOS PROCESALES</i> .....	59
2.6. <i>RELACIÓN ENTRE PRETENSIÓN Y DEMANDA</i> . ....	61
2.7. <i>ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN</i> : .....	64
2.7.1. Elementos Subjetivos:.....	65
2.7.2. Elementos Objetivos:.....	68
<b>CAPITULO III: GENERALIDADES DEL PROCESO</b> .....	<b>74</b>
3.1. <i>CONCEPTO DE PROCESO</i> .....	74
3.2. <i>FINALIDAD DEL PROCESO</i> .....	79
3.3. <i>PROCESO, JUICIO Y PROCEDIMIENTO</i> .....	79
3.4. <i>ELEMENTOS DEL PROCESO</i> .....	81
3.5. <i>NATURALEZA JURIDICA DEL PROCESO</i> .....	82
3.6. <i>FUNCION DEL PROCESO</i> .....	89
3.7. <i>CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS</i> .....	90
3.8. <i>ESTRUCTURA, OBJETO Y FIN DEL PROCESO</i> .....	92
3.9. <i>CARACTERISTICAS DEL PROCESO</i> .....	93
3.10. <i>TUTELA JURÍDICA DEL PROCESO</i> .....	94
3. 11. <i>PRINCIPIOS PROCESALES</i> .....	104
3.11.1. <i>PRINCIPIOS PROCESALES COMUNES AL DERECHO PROCESAL CIVIL Y AL DERECHO PROCESAL PENAL</i> .....	104

3.11.2. PRINCIPIOS PROCESALES ESPECÍFICOS AL DERECHO PROCESAL CIVIL.....	107
3.11.3. PRINCIPIOS PROCESALES PROPIOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL.....	112
3.12. <i>PRESUPUESTOS PROCESALES Y CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD</i> .....	116
3.13. <i>FIGURAS JURÍDICAS CONSIDERADAS COMO PRESUPUESTOS PROCESALES</i> .....	118
<b>CAPITULO IV: LOS TÍTULOS EJECUTIVOS .....</b>	<b>120</b>
4.1. <i>CONCEPTO DE TÍTULOS EJECUTIVOS</i> .....	120
4.2. <i>CONTENIDO DEL TÍTULO EJECUTIVO</i> .....	129
4.3. <i>ANÁLISIS DE LOS TÍTULOS EJECUTIVOS</i> .....	133
4.4. <i>NATURALEZA DEL TÍTULO EJECUTIVO</i> .....	135
4.5. <i>LOS PRINCIPIOS DE LOS TÍTULOS VALORES</i> .....	136
4.6. <i>REQUISITOS DE LOS TÍTULOS VALORES</i> .....	139
4.7. <i>CLASIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES</i> .....	142
4.7. 1. <i>OTRAS CLASIFICACIONES</i> .....	144
4.8. <i>CLASES DE TÍTULOS EJECUTIVOS:</i> .....	146
4.9. <i>LÍMITES OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL TÍTULO EJECUTIVO</i> .....	146
4.10. <i>SEMEJANZAS ENTRE TÍTULOS EJECUTIVOS Y CRÉDITO Ó VALORES</i> .....	147
<b>CAPITULO V: EL TRÁMITE EJECUTIVO.....</b>	<b>151</b>
5.1. <i>ANTECEDENTES</i> .....	151
5.2. <i>EL TRÁMITE EJECUTIVO:</i> .....	158
5.3. <i>LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO EJECUTIVO</i> .....	158
5.4. <i>EL PROCESO EJECUTIVO COMO PROCESO SUMARIO DE COGNICIÓN O DECLARATIVO</i> .....	158
5.4.1. <i>EL TRÁMITE EJECUTIVO COMO PROCESO DE EJECUCIÓN</i> .....	159
5.4.2. <i>EL JUICIO EJECUTIVO COMO PROCESO MIXTO</i> .....	160
5.4.3. <i>NUESTRA POSICIÓN</i> .....	160

5.5. <i>LOS SUJETOS DEL PROCESO EJECUTIVO</i> .....	161
5.6. <i>OBJETO Y LA FINALIDAD DEL PROCESO EJECUTIVO</i> .....	161
5.7. <i>LA TUTELA EJECUTIVA</i> .....	162
5.8. <i>CONCEPTO</i> .....	163
5.9. <i>CRONOLOGÍA DEL PROCESO EJECUTIVO</i> .....	166
5.10. <i>LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA</i> .....	168
5.11. <i>ETAPAS DEL TRÁMITE EJECUTIVO:</i> .....	169
5.11.1. <i>LA DEMANDA EN EL TRÁMITE EJECUTIVO</i> .....	169
5.11.2. <i>AUTO DE PAGO</i> .....	172
5.11.3. <i>CITACIÓN EN EL TRÁMITE EJECUTIVO</i> .....	174
5.11.4. <i>CONTESTACIÓN A LA DEMANDA</i> .....	175
5.11.5. <i>LA JUNTA DE CONCILIACIÓN EN EL TRÁMITE EJECUTIVO</i> ..	178
5.11.6. <i>LA PRUEBA EN EL TRÁMITE EJECUTIVO</i> .....	179
5.11.7. <i>LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO EJECUTIVO</i> .....	180
5.11.8. <i>ALEGATOS EN EL TRÁMITE EJECUTIVO</i> .....	181
5.11.9. <i>LA SENTENCIA EN EL TRÁMITE EJECUTIVO</i> .....	181
5.11.10. <i>COSTAS EN EL TRÁMITE EJECUTIVO</i> .....	184
5.12. <i>RECURSOS EN EL TRÁMITE EJECUTIVO</i> .....	184
5.12.1. <i>RECURSO DE APELACIÓN</i> .....	185
5.12.2. <i>RECURSO DE CASACIÓN</i> .....	185
5.13. <i>TIPOS DE OBLIGACIONES EN EL TRÁMITE EJECUTIVO</i> .....	190
5.14. <i>TERCERIAS DENTRO DEL TRÁMITE EJECUTIVO</i> .....	197
5.14.1. <i>Coadyuvante</i> .....	198
5.14.2. <i>Excluyente</i> .....	198
5.15. <i>EL CONCURSO DE ACREEDORES E INSOLVENCIA EN EL TRÁMITE EJECUTIVO</i> .....	200
<b>CAPITULO VI: CONCLUSIONES</b> .....	<b>205</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>213</b>
<b>ANEXOS</b> .....	<b>218</b>

<b>ANEXO 1: TOTAL DE CAUSAS CIVILES INGRESADOS EN LOS JUZGADOS DEL AUSTRO .....</b>	<b>218</b>
<b>ANEXO 2: ESTADISTICA PROCESAL ANUAL JUZGADOS CIVILES DEL AZUAY.....</b>	<b>219</b>
<b>ANEXO 3: CAUSAS INGRESADAS ANUALMENTE POR JUZGADOS CIVILES .....</b>	<b>220</b>
<b>ANEXO 4: ESTADISTICA PROCESAL DE CAUSAS INGRESADAS POR JUZGADO .....</b>	<b>221</b>
<b>ANEXO 5: CAUSAS RESUELTAS ANUALMENTE POR JUZGADOS CIVILES .....</b>	<b>222</b>

# INTRODUCCIÓN

La estructura procesal de cada ordenamiento jurídico varía en relación a su experiencia judicial, normativa, doctrinaria, histórica y a los usos y costumbres de cada estado.

La búsqueda de la felicidad, la justicia, la paz, la tranquilidad, la seguridad, el orden, el respeto normativo, la solución de conflictos e incertidumbres entre otras, son finalidades perseguidas por el derecho y el proceso. La pluralidad de métodos dirigidos a reglamentar los caminos o bien denominados “procesos” para mantener, conservar y proteger la dignidad de las personas y la institucionalidad de las personas jurídicas son reglamentados por las unidades administrativas, judiciales, ejecutivas y legislativas.

En este mundo globalizado, la tendencia moderna apunta a la simplificación administrativa, la maximización de beneficios, la reducción de procesos, plazos y costos, la creación de nuevas formas de solución de conflictos, la eliminación de los trámites burocratizados, se busca una mayor utilización de la tecnología, el Internet, etc. los cuales han replanteado las estructuras procesales, normativas, jurisdiccionales y administrativas.

En el Estado Moderno actual se busca generar y consolidar un “estado de bienestar ” basado en la capacidad de interactuar entre sí, de depender unos de otros, de poder hacer cosas para los demás y que ellos hagan cosas por ti , además de buscar

optimizar sus recursos, maximizando sus beneficios y reduciendo sus costos de transacción.

Los intereses individuales, colectivos, los ánimos de generar productividad y riqueza, de proteger y querer tener lo que por justicia o por derecho le corresponde, los problemas intra familiares, los conflictos patrimoniales y personales, la sucesión, la falta de lealtad, confianza, sinceridad, ética y moral siempre han sido y serán fuentes de conflicto o incertidumbres que serán aclaradas y solucionadas por las unidades de justicia o de solución de conflictos.

Cuando aquel punto de equilibrio se quiebra, sea accionando u omitiendo de manera irresponsable, imprudente, negligente, con la falta de pericia (culpa) o intencionalmente (dolo), algún hecho u acto de una persona natural o jurídica, contra una o más personas naturales o jurídicas, es el juez o quién tiene que hacer las veces de administrador o impartidor de justicia quien dará la solución, mediante sentencia o algún pronunciamiento análogo en base a la estructura normativa, la casuística, la doctrina, los usos y costumbres, el criterio juzgador y los principios generales del derecho y el proceso.

Ya lo señalaba el Maestro Carnelutti en su libro Instituciones del Proceso Civil en su Título Segundo, De las Relaciones Jurídicas Procesales “El servicio que el derecho procura al proceso, consiste en ordenar las actividades de que el proceso se compone, mediante atribución a cada uno de los agentes de poderes y deberes que tienden a garantizar su realización. Al rendir este servicio el derecho no se aparta de las líneas

generales de su función y su estructura. Lo que amenaza comprometer el desenvolvimiento y el éxito del proceso, es, como siempre, el conflicto entre los intereses de las misma persona o de personas distintas”.

La problemática procesal que abordaremos en el presente trabajo será “El Trámite Ejecutivo Dentro De La Legislación Ecuatoriana, Estudio General Y Sugerencias”, una breve y referencial explicación del trámite ejecutivo que es la vía por medio de la cual se demandan ejecutivamente los actos o documentos que declaran la tutela de un derecho y que estos a la vez poseen obligaciones y efectos ejecutivos de dar, hacer, o no hacer.

De esta forma al finalizar este trabajo podremos tener un idea clara de cómo opera el trámite ejecutivo dentro de la legislación ecuatoriana con todas sus peculiaridades, y se tratara de hacer comentarios o sugerencias con respecto de este proceso para que lo vuelvan más eficiente, logrando así encontrar el verdadero propósito que la ley le ha dado o este trámite de ejecución.

# CAPITULO I

## LA ACCIÓN

### 1.1. ANTECEDENTES

La ley al consagrar el derecho determina la forma de ejecutarlo, esto es de “accionar” con objeto de materializarlo.

El concepto de acción tiene una estrecha conexión con el de lesión de derechos por lo que la acción es uno de los derechos que puede nacer de la lesión de un derecho; y así es como ella se presenta en el mayor número de los casos: como un derecho con el cual, no cumplida la realización de una voluntad concreta de ley mediante la prestación del obligado, se obtiene la realización de aquella voluntad por otro camino, es decir, mediante el proceso.

En un primer momento en las asociaciones primitivas, quien pretendía hacer valer su derecho, debía hacerlo necesariamente ejercitando su fuerza, mediante una acción material tutelar hacia respetar sus propios intereses.

Luego la defensa de los derechos individuales es asumida por el Estado por medio de los jueces, entonces el término acción, empleado en los ordenamientos primitivos como sinónimo del ejercicio de la fuerza privada, adquiere el de “recurso” en virtud del cual el ciudadano invoca la intervención del Estado a través de los jueces a fin de que se haga respetar el derecho que se supone violentado; para lo cual el Estado determina las

normas a seguir, “normas jurídicas” a las que deben someterse los individuos que forman parte de la sociedad, estas establecen derechos, deberes y obligaciones para los individuos.

El Estado frente al ciudadano no tiene solamente el derecho de jurisdicción sino también es una obligación jurídica de ejercer y prestar la jurisdicción civil. La obligación de la jurisdicción civil para el Estado constituye una obligación ex lege ya que las normas legislativas la imponen directamente a la voluntad y acción de los órganos jurisdiccionales del Estado, un ejemplo de esto son las sanciones civiles o penales que se imponen a los órganos jurisdiccionales que bajo un pretexto se nieguen a proveer a requerimiento de las partes.

“Las normas que regulan el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, no solo reconocen a la voluntad individual de cada particular comprendido en la noción general de ciudadano, una eficacia jurídica en orden al ejercicio de dicha función, sino que, de ordinario, hacen depender enteramente de la voluntad individual. De aquí puede inferirse que no solo el Estado esta obligado a prestar su actividad jurisdiccional, cuando a ello es requerido, sino también que no puede ejercerla sin una explícita declaración de voluntad con que el ciudadano la requiera”<sup>1</sup>

Entonces podemos decir que las normas son generalmente acatadas por la comunidad de individuos y no existe una necesidad constante y obligatoria de recurrir al poder judicial para que tome las decisiones o intervenga en la vida común de los

asociados. Pero cuando existen situaciones en las que los derechos y obligaciones no se respetan lesionando los de los demás, entonces se produce un conflicto de intereses donde interviene la función jurisdiccional para arreglar dicha disputa, es así que aparece el proceso donde se somete la controversia a la dirimencia de la autoridad capacitada por el Estado.

## 1.2. SIGNIFICADOS DEL TÉRMINO

El vocablo acción viene del latín *actio* que significa: ejercer, realizar, efecto de hacer, posibilidad de ejecutar alguna cosa, etc. Ha tenido infinidad de acepciones a lo largo de la historia y aparece con un significado diferente en todos los campos del derecho. En el campo del derecho procesal su significado varía en el tiempo y en el espacio; también se considera que el sentido del vocablo ha evolucionado en el tiempo: no es el mismo el significado actual de la acción civil que el de la *actio romana*.

Citando algunos ejemplos de los muchos significados del término acción: en el comercio se denomina acción una de las partes o porciones en que se divide el fondo o capital de una compañía o sociedad, en este las acciones se reputan en general como bienes muebles; acción es también el título en que consta esa participación en el capital social. Dentro del propio campo del derecho se extiende aún más esta situación, así: puede referirse a la realización de un hecho que configura un delito, así mismo algunos autores lo utilizan para distinguir a las diferentes ramas del derecho procesal en este sentido se habla de acción civil, acción penal, etc., o para aludir a la clase de derecho

---

<sup>1</sup> **ROCCO UGO**, “Tratado de derecho Procesal Civil”, Editorial Temis, Bogota 1969, Pág. 255

material que se hace valer en cada proceso, como acción posesoria, acción accesoria, acción reivindicatoria, inclusive se la utiliza para calificar la clase de bien sobre la cual recae la relación jurídica ventilada en el proceso, así suele hablarse de acción mueble y acción inmueble.

Acción denota el derecho que se tiene a pedir alguna cosa o la forma legal de ejercitar este. En cuanto derecho, consta en las leyes sustantivas (código civil, de comercio, penales y demás leyes, reglamentos, etc.); En cuanto modo de ejercicio se regula por las leyes adjetivas (códigos procesales, leyes de enjuiciamiento o partes especiales de textos sustantivos.

Puede decirse que el problema acerca del término acción se da por la multiplicidad de acepciones, dependiendo de cada rama del derecho, o ciencias en general.

“El jurista uruguayo Eduardo Couture, da tres acepciones distintas a la acción en derecho procesal:

a) Como sinónimo de derecho; es el sentido que tiene el vocablo cuando se dice “el actor carece de acción”, o se hace valer por la “exceptio sine actione agit”, lo que significa que el actor carece de un derecho efectivo que el juicio deba tutelar.

b) Como sinónimo de pretensión; es éste el sentido más usual del vocablo, en doctrina y legislación; se halla ligando con frecuencia en los textos legislativos del siglo

XIX, que mantienen su vigencia aún en nuestros días; se habla, entonces, de “acción fundada y acción infundada”, de “acción real y acción personal”, de “acción civil y acción penal”, de “acción triunfante y acción desechada”. En estos vocablos, la acción es la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva. En cierto modo, esta acepción de la acción, como pretensión, se proyecta sobre la de demanda en sentido sustancial y se podría utilizar indistintamente diciendo: “demanda fundada e infundada”, “demanda (de tutela) de un derecho real o personal”, etc.

c) Como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción; Se habla, entonces, de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión. El hecho de que esta pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar; pueden promover sus acciones en justicia aún aquellos que erróneamente se consideran asistido de razón<sup>2</sup>.

Esta acepción es correcta ya que el hecho de que la pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar.

### **1.3. PROGRESO HISTÓRICO DE LA ACCIÓN**

La evolución de la acción la podemos encontrar a partir del derecho romano que es en donde encuentra sus orígenes.

En el derecho romano se distingue tres periodos de evolución de la acción.

En el primer periodo las acciones eran el conjunto de formalidades que las partes debían cumplir ante el magistrado independientemente del derecho que se reclamaba teniendo un sentido político religioso, la acción tenía características de defensa privada ya que el magistrado acordaba y el juez tenía la facultad de condenar o absolver. A cada derecho violado correspondía una acción y una formula.

En el segundo periodo, en el proceso extraordinario el juez y el magistrado es una misma persona ya que instruía el proceso y dictaba la sentencia la acción era un elemento del derecho.

La acción en el tercer periodo se confundía con el derecho de tal forma que si no había acción no había derecho

De esta forma la acción en el derecho romano fue una formula sacramental de proceder, reducida principalmente a solemnidades o ceremonias simbólicas conforme a las cuales se plantea y deciden las controversias judiciales.

El Derecho Romano era básicamente un sistema de acciones. Los juristas romanos fueron contrarios a toda sistematización teórica, a toda generalización. Eran

---

<sup>2</sup> **COUTURE EDUARDO J**; citado por **MONROY CABRA MARCO GERARDO**; “Principios de Derecho Procesal Civil”; Editorial Temis Tercera Edición 1988 Bogotá Colombia; Pág. 148.

fundamentalmente casuistas, motivo este por el cual durante este periodo la cantidad de acciones fue muy extensa, toda vez que cada situación tenía su medio procesal propio.

Finalmente a este periodo clásico le sigue el posclásico que termina con la labor legislativa de Justiniano. “En esta etapa los puntos de vista de los romanos son diferentes; sobre el enorme material elaborado por la jurisprudencia clásica se trata de sistematizar, hacer agrupaciones, clasificaciones y diferencias, en suma, de elaborar una dogmática teórica de la cual se desprendan como consecuencia lógica, las soluciones que hay que aplicar en cada caso, es decir, en vez del casuismo anterior, se plantea la norma generalizadora”<sup>3</sup>.

En definitiva, el Derecho Romano consideró a la acción y el derecho como una misma cosa, llegando a decir que la acción es el derecho en movimiento.

Algunas teorías sostenidas por autores como Bernardo Windscheid suponen a la acción en el derecho civil romano como identidad de la actio romana con el derecho subjetivo, lo que nace de la violación de un derecho es una pretensión contra el autor de dicha violación, que se transforma en acción cuando se le hace valer en juicio. Por otro lado contrario a esta teoría Teodoro Muther concibe a la acción como un derecho público subjetivo mediante el cual se obtiene una tutela jurídica, se dirige contra el Estado para la obtención de una sentencia favorable y contra el demandado para el cumplimiento de una prestación insatisfecha.

---

<sup>3</sup>**ERRAZURIZ EGUIGUREN MAXIMIANO**; “Apuntes de Derecho Romano-Derecho Procesal”; Tercera Edición; Editorial Jurídica de Chile; Chile; Octubre de 1.983; Págs. 1,2,3.

Es interesante citar la discusión que se promovió a mediados del siglo XIX acerca del contenido de la actio romana y la anspruch germánica, que culminó con el reconocimiento de que no existía coincidencia alguna entre ambas, pues la anspruch o pretensión constituía un fenómeno jurídico diferenciado del derecho. Es precisamente a partir de esta diferenciación entre derecho y acción, con la que a esta última se le da autonomía con relación a la primera, en definitiva son distintas, siendo a partir de este momento se puede decir que el derecho procesal se separó del viejo tronco del derecho civil y adquiere autonomía como una nueva rama del derecho.

Admitida la autonomía de la acción con respecto al derecho, la doctrina perdió unidad y empezó a dividirse en numerosas orientaciones que buscaban definir ahora si lo que es la acción, teorías entre las cuales se destacan por ejemplo: a) La doctrina del derecho concreto de obrar, la cual sostiene que la acción compete sólo a los que tienen razón, la acción no es un derecho, pero no hay acción sin derecho; b) La doctrina del derecho abstracto de obrar, en oposición a la anterior y en la que se sostiene que tienen acción aún aquellos que promueven la demanda sin un derecho válido que tutelar, se dice exageradamente que la acción compete inclusive a los que no tienen razón; c) La corriente que configura a la acción como un simple hecho, sin que corresponda asignarle la categoría de derecho.

Resultaría vano decir que cada una de estas corrientes tiene sus razonamientos válidos, de igual manera sería decir lo contrario, ya que cada una de estas tendencias responden a diferentes factores de cada escuela como: modalidades del derecho positivo, tradiciones históricas, formación intelectual, etc.

## 1.4. TEORÍAS DE LA ACCIÓN

Debido a la gran amplitud que presentan las distintas teorías que han surgido respecto de la acción, ya que estas han cambiado de acuerdo a las opiniones de distintos autores y diferentes concepciones que han surgido en diferentes épocas, lo que intentare lograr es conseguir tener una idea general para poder así tener una visión clara de lo que realmente es la acción.

El tratadista Manuel de la Plaza resume la doctrina de la teoría tradicional de la acción de la siguiente forma “ .....ligaba la idea de acción con la de lesión de un derecho, es decir, la consideraba potencialmente contenida en el derecho subjetivo, que se ponía en movimiento, por la obligada reacción, cuando era desconocido o violado. A lo sumo, se llegaba a conceder que la acción era un derecho nuevo; pero como el nacimiento de este se hacia depender de la lesión o de la violación, si se llegaba a establecer un distingo entre acción y pretensión, o se delimitaba, con precisos contornos, la figura de la acción procesal, siempre, con abstracción de la voluntad de la ley, fin esencial del proceso civil declarándola, con efecto vinculatorio para las partes, hasta agotar, si es preciso, su contenido, por vía de ejecución”<sup>4</sup>

Además de esta tenemos distintas teorías expuestas por autores a las que las podemos agrupar en los siguientes grupos:

---

<sup>4</sup> **DE LA PLAZA MANUEL**; “Derecho Procesal Civil Español” Tomo I; Editorial revista de Derecho Privado Madrid 1951, Pág. 97

Se ha expuesto el concepto de acción como un derecho público subjetivo del ciudadano frente al Estado y a su actividad jurisdiccional, es decir estaría encasillado dentro de los derechos cívicos. A pesar de que esta tesis ha sido combatida por muchos autores, ha llegado a convertirse en motivo de estudio inclusive llegando a llamarla como”: La teoría del derecho abstracto de obrar.

Por otro lado existen autores que afirman que no se puede concebir al derecho de acción como una facultad inherente al derecho de personalidad, entre estos tenemos a Kohler, que en varios de sus escritos ha sostenido “que toma por derecho autónomo a lo que debe considerarse como una simple manifestación del derecho de personalidad”<sup>5</sup>. Para este autor el derecho de accionar es una facultad proveniente del derecho de libertas o de personalidad. Es decir reconoce el derecho de obrar libremente de los ciudadanos siempre y cuando no se afecte o lesione los derechos de los demás, en caso de que este derecho de obrar libremente perturbe el derecho de los demás es cuando entra en vigencia la acción como medio procesal de hacer valer o respetar los derechos u obligaciones. La acción entonces constituye el reflejo de una obligaron jurídica impuesta por la ley mediante mandatos a los órganos jurisdiccionales del Estado, así la comunidad esta obligada a respetar la facultad jurídica de accionar del actor, así como de accionar en la defensa.

Otros autores como Savigny, Satta, y Redenti coinciden en que no se podría llegar a una comprensión de la acción como un derecho autónomo sin la mediación del

---

<sup>5</sup> **KOHLER**; Citado por **ROCCO HUGO** “Tratado de Derecho Procesal Civil”; Editorial Temis Bogota 1983; Pág. 273

Estado por medio del cual se la hace valer, pero no se debe confundir que se lo pueda considerar como un derecho contra el Estado sino es un derecho que va de particular a particular, es por esto que en muchos casos se confunde el concepto de acción como sinónimo de derecho sustancial.

Por otro lado la acción tiende a provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales frente al adversario.

Otra de las teorías tiene su origen en Italia, sustentada por autores como Chiovenda, Calamandrei, y es también sustentada en Alemania por Weismann, esta concibe a la acción como un derecho potestativo y más concretamente como la facultad de hacer surgir la condición para la actuación de la ley. Por esta proclamación se ha llevado a considerar por algunos a la acción como un derecho potestativo frente al adversario, o sino frente al Estado, es decir, constituiría la facultad de presentar la demanda judicial guiada por los órganos jurisdiccionales correspondientes. Aunque esta teoría tiene sus adeptos no se la considera adecuada ya que se agota en una simple facultad a la que no corresponden obligaciones excepto la de sufrir los efectos jurídicos generados por esta facultad, no se toman en cuenta los demás mandatos y prohibiciones de las leyes.

Otra teoría, conocida como Teoría de la Pretensión a la Tutela Jurídica, concibe al derecho de accionar como un derecho subjetivo público, como una relación entre el ciudadano y el Estado en ejercicio de su actividad soberana jurisdiccional, pero el gran defecto encontrado en esta teoría sería el de suponer la total ausencia de un interés

particular o de la búsqueda de un derecho privado que pueda resultar favorable para las partes dentro del juicio.

Una teoría sostenida por Carnelutti. En esta no considera al derecho de acción como un derecho público subjetivo del ciudadano frente al Estado, sino mas bien lo considera como un derecho subjetivo del ciudadano frente al juez, sujeto que personifica el órgano jurisdiccional del Estado. Se estaría considerando de esta forma las relaciones entre el juez o sujeto físico representante del Estado y de las partes. El problema de esta teoría es que considera a los funcionarios judiciales como el máximo órgano y no considera que estos tienen una relación de dependencia con el Estado que es el responsable de la actividad jurisdiccional.

La ultima teoría examinada será la que considera a la acción no como un derecho subjetivo del ciudadano frente al Estado, sino como una simple potestad o poder que le corresponde frente al Estado en el sentido de que en el ejercicio de dicho poder los interesados pueden hacer surgir presupuestos para que el Estado llegue a una prestación obligatoria de derecho publico o lo que equivaldría a la prestación de la actividad jurisdiccional. Esta teoría es sostenida por Santi Romano y Zanzucchi, pero se la considera impropia desde el punto de vista de que considera a la acción como un simple poder carente de determinación e individualización para poder ser elevado a la calidad de un derecho que asiste a la comunidad.

Luego de citar estas teorías podemos afirmar que todas tienen algo de cierto, pero también presentan algunos aspectos improcedentes, por lo que es mejor afirmar que el

derecho de acción es un derecho público subjetivo individual del ciudadano frente al Estado, personificado por los órganos jurisdiccionales. De tal manera se obtiene una intervención del Estado a través de los órganos especializados para precautelar los derechos tanto individuales como los de la comunidad. Se concibe a la acción totalmente independiente del derecho material y dirigida a obtener una sentencia. Se garantiza a toda persona el ejercicio de la acción sin necesidad de considerar que sea el titular del derecho material reclamado. Sea cual fuere la sentencia, el caso es que la acción se habrá ejecutado en su totalidad por medio del proceso sin tomar en cuenta la razón de la petición formulada por el demandante

De tal forma que podemos afirmar que esta última teoría es la que modernamente cuenta con mayor número de seguidores, entre los cuales podemos mencionar a Francesco Carnelutti, Ugo Rocco, Eduardo J. Couture, entre otros<sup>6</sup>.

### **1.5. DIFERENTES CONCEPTOS ASIGNADOS A LA ACCION**

Luego de haber expuesto de una manera breve las Teorías de la Acción, se deberá tomar en cuenta que el concepto que a esta se le asigne dependerá netamente de la teoría a la cual se acoja y según el pensamiento del autor que la emita.

Para efectos de este estudio se transcribirán algunas de las definiciones que se consideran más actuales y acertadas para poder llegar a tener una visión clara y general del real sentido de la acción.

Antonio J. Pardo, define a la acción diciendo “la acción viene a ser un derecho que tiene toda persona, sea titular o no del derecho subjetivo, para aducir su pretensión jurídica ante el Organismo jurisdiccional, a fin de que se le oigan sus razones y eventualmente se acoja la pretensión alegada en juicio. O, en otros términos, agrega, un derecho a demandar por parte del Estado la prestación de la actividad jurisdiccional con el objeto de que de acuerdo con todas las normas procesales se decida la controversia, acogiendo o no el derecho subjetivo invocado en la demanda”<sup>7</sup>.

Citando al maestro Hernando Davis Echandía, define la acción como “derecho público cívico, subjetivo, abstracto y autónomo que tiene cada persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto, mediante una sentencia, a través de un proceso.”<sup>8</sup>

Para Eduardo J. Couture la acción es “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión. Entendemos, pues, por acción no ya el derecho material del actor ni su pretensión a que ese derecho sea tutelado por la jurisdicción, sino su poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales”.

---

<sup>6</sup>**AZULA CAMACHO JAIME**; “Curso de Teoría General del Proceso”; Editorial Jurídicas Wilchez; Bogotá Colombia; 1982; Pág. 123

<sup>7</sup> Breves consideraciones sobre la acción. Revista Estudios de Derecho U. De A., Nro. 74. Págs. 419; citado por **CARDONA GALEANO PEDRO PABLO**; “Manual de Derecho Procesal Civil”; Tomo I; Colección Universidad de Medellín; 1.982; Bogotá Colombia; Pág. 149.

<sup>8</sup>**DAVIS ECHANDÍA HERNANDO**; “Estudios de Derecho Procesal”; Editorial ABC; Bogotá Colombia; 1.980; Pág. 157.

Juan I. Lovato la define como “el derecho de perseguir lo que se nos debe”<sup>9</sup>, según esto la acción supone la existencia de un derecho anterior que ha sido violado por lo que surge la acción como un nuevo derecho, el de poder recurrir al juez para que declare ese derecho, que lo haga efectivo. De acuerdo a este criterio no hay derecho sin su acción respectiva.

De esta forma luego de analizar estas definiciones podemos decir que “La acción es un derecho, distinto al subjetivo o material, que tiene toda persona para poder pedir alguna cosa en la forma legal al órgano jurisdiccional correspondiente manifestando su pretensión para de esta forma exigir del Estado la resolución jurisdiccional acogiendo o rechazando su pretensión al término del juicio”.

## **1.6. LA ACCIÓN COMO CONDICIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN**

En el campo civil para poder poner en marcha el ejercicio de la administración de justicia, ésta tiene que ser solicitada al Estado por parte del individuo que la invoque a su favor, ya que solo en casos excepcionales podrán los órganos jurisdiccionales actuar sin petición de parte. Por lo tanto en el aspecto civil, motivo de nuestro estudio, no existe la jurisdicción sin acción previa.

---

<sup>9</sup> **LOVATO V. JUAN I.** Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano” Tomo I, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito. 1957. Pág. 103

Es por esto que el ejercicio de la jurisdicción aparece provocada por el sujeto que invoca la acción, de esta manera se garantiza la imparcialidad del órgano jurisdiccional que solo actúa a petición de parte y solo interviene en los conflictos cuando una parte haciendo uso de la acción, propone al Estado como intermediario para la solución del conflicto.

### **1.7. IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA ACCIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL**

En nuestro ordenamiento jurídico como en el de la mayoría de los países dentro del proceso judicial se requiere necesariamente de la demanda para su existencia, ya que el órgano jurisdiccional no puede intervenir de oficio salvo algunas excepciones, y además no podrá decidir sobre ningún otro tema que no este propuesto dentro de la demanda presentada por el sujeto que hace uso del ejercicio de la acción, no solo en la fase de cognición o de la ejecución sino que se revela también en el curso del proceso y especialmente en el momento conclusivo del mismo, ya que el juez, puesto en movimiento por el agente, no puede tomar en consideración como material de su investigación más que aquel perfil de la realidad sobre el cual el actor llama su atención y no tiene otra elección que la que puede llevarse a cabo entre adoptar o rechazar la propuesta que el actor le presenta, ya preparada para ser transformada en providencia judicial.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> CALAMANDREI. citado por **CARDONA GALEANO PEDRO PABLO**; “Manual de Derecho Procesal Civil”; Tomo I; Colección Universidad de Medellín; 1.982; Bogotá Colombia; Pág. 143.

La gran importancia que tiene la acción dentro del aspecto procesal civil es que se ve efectivizada a través de la demanda pudiendo así hacer valer los derechos de la comunidad.

## **1.8. CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES**

Las múltiples clasificaciones realizadas han obedecido siempre a criterios muy diversos, a veces de carácter procesal, otras de carácter material, tomando en cuenta una rama particular del derecho, e incluso puntos de vista propios de cada autor; por lo que no hay unidad de criterios que orienten a una sola clasificación de la acción.

En lo tocante a la naturaleza de la prestación pedida, las acciones se dividen en acciones de pura declaración o certeza, en acciones de condena, en acciones ejecutivas y en acciones cautelares, aunque esta clasificación es redundante pues las de condena y las ejecutivas en esencia son lo mismo.

Las acciones de pura declaración de certeza tienden a la declaración de certeza de un derecho, en estas además se investiga si una norma concede a determinado interés una tutela y que tutela es la que se le concede, luego hay que ver en el caso concreto, cual entre las muchas normas que existen en el ordenamiento jurídico es aplicable al caso en concreto. Esta declaración de certeza puede ser de dos clases: declaración positiva de certeza y acciones de declaración negativas de certeza.

Las acciones cautelares se encaminan a obtener una providencia de carácter conservativo o cautelar. Se dirigen a conservar el estado de hecho y de derecho hasta cuando se produzcan la declaración de certeza y el comienzo de la ejecución.

Existen otras clasificaciones que son aceptadas comúnmente en doctrina, de acuerdo a la rama del derecho en donde se ejerza la acción:

- Acción civil y acción penal: La civil consiste en dirimir conflicto de intereses de carácter civil, es decir, buscar la indemnización del daño causado, correspondiendo a toda persona perjudicada aunque sea indirectamente, siendo transmisible a los herederos. Generalmente se configuran como acciones civiles no sólo las que tienen como base los conflictos regidos por el Código Civil, sino también los regidos por el Código de Comercio. La acción penal por el contrario, únicamente tiende a la represión del hecho delictivo y solamente puede ser ejercida por la víctima o por el Ministerio Público en su caso; esta acción sólo se la puede ejercer en contra del autor de un hecho ilícito. Sin embargo, ambas acciones son independientes. Hay doctrinarios como es el caso del Doctor Eduardo J. Couture que señalan otra clase de acción atendiendo el mismo punto de vista y que son las llamadas acciones mixtas; afirmando que el concepto de acciones mixtas civiles y penales es singularmente difícil de delimitar, pues la mayoría de las veces lo que está en juego no es un problema de contenido de la acción sino un problema de jurisdicción y competencia. Más que una clasificación de acciones –continúa- la división tradicional entre acciones civiles,

penales y mixtas, es una división que interesa primordialmente a la jurisdicción en el sentido de competencia en razón de la materia<sup>11</sup>.

- Acciones públicas y acciones privadas: La distinción entre estas dos clases de acción no corresponde ni al derecho, a la pretensión o al proceso, sino que corresponde a la iniciativa de la demanda. En este orden, por acciones públicas se entenderá aquellas que son promovidas por los órganos del Poder Público, normalmente los agentes del Ministerio Público, podríamos afirmar que se da mayormente en los casos que caen dentro del campo penal. En oposición a las anteriores, acciones privadas serán aquellas en las cuales la iniciativa corresponde a los particulares y sólo éstos pueden ejercerlas y conducirlas adelante.
- Acciones nominadas y acciones innominadas: Una tradición es la que muchas de las veces ha venido dando a las pretensiones hechas valer judicialmente, nombres propios que corresponden con aproximación a los derechos que aduce tener el actor. Así, la acción reivindicatoria, las acciones posesorias, la acción pauliana, la acción de divorcio y otras han venido adquiriendo a lo largo del tiempo proverbial personalidad, conservando muchas de ellas sus nombres latinos. Contrariamente a estas, se admite también la existencia de acciones innominadas, que son aquellas que no se caracterizan por particularidades específicas y cuya existencia esta prevista y reconocida en la ley cuando en el

---

<sup>11</sup> **COUTURE EDUARDO J.**; “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”; Editorial B. de F. Ltda.; Buenos Aires Argentina; 2.002; Pág. 68.

Art. 8 del Código Civil se dice: “A *nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley*”.

- Cabe señalar además que la acumulación de acciones no es sino una acumulación de varias pretensiones en una misma demanda o una acumulación de varios procesos en uno solo para ser decididos en una misma sentencia en virtud del principio de economía procesal.

La clasificación de las acciones no tiene un criterio absoluto ni sustento científico que sirva de base para establecer una sola clasificación de las mismas, las clasificaciones se realizan en base a muchos y variados puntos de vista situación lógica ya que existirá tantas clasificaciones como autores las consideren, además que el derecho no es algo estático sino que es siempre cambiante, de esta manera las clasificaciones estarían en constante variación.

## **1.9. TIPOS DE ACCIÓN**

Entre los principales tipos de acción podemos citar: las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas, cada una de estas dando origen a los procesos con igual denominación.

Refiriéndonos a las acciones civiles motivo de nuestro estudio “la doctrina las ha clasificado en reales, personales y mixta; ejecutivas y ordinarias; directas y útiles y otras extraordinarias llamadas interdictos”<sup>12</sup>

Para otros autores el número de acciones es ilimitado, las clasifican en reales o personales; muebles o inmuebles; petitorias o posesorias, subsidiarias populares, condicionales.

Podemos citar Arts. del C.C. como el Art. 614. - *Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. De aquí nacen las acciones reales.* El Art. 615 tenemos que.- *Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la Ley, han contraído las obligaciones correlativas De estos derechos nacen las acciones personales.* Tenemos los Arts. 616 y 617 del C.C. en los que o s indican Los derecho y acciones que se reputan bienes muebles o inmuebles.

Un ejemplo muy claro de las acciones petitorias lo encontramos en el Art. 980 del C.C. mediante las cuales realizamos reclamos del dominio. Proviene también de estas acciones los debates sobre el estado civil de las personas, el cumplimiento de las obligaciones o la declaración de un derecho.

---

<sup>12</sup> **TROYA CEVALLOS ALFONSO**; “Elementos de Derecho Procesal Civil”; Centro de Publicaciones Universidad católica del Ecuador”; Tomo I y II; 1976; Pág. 116.

Las acciones son también principales y accesorias las podemos encontrar claramente expuestas en los Arts. 678 y 1485 del C.C. Tenemos también las acciones subsidiarias como en el Art. 76, suele demandarse la rescisión por lesión enorme y subsidiariamente la resolución por incumplimiento en el pago del precio. Son acciones populares las que pueden ser ejercidas por cualquier persona buscando el interés general la podemos encontrar en los Arts. 1012 y 1013 del C.C.

La acción mixta tiende al reconocimiento de un derecho al mismo tiempo personal y real, pero es muy difícil encontrarla en nuestra legislación es por esto que es mucho más aceptado el hablar de acciones reales por un lado y personales por otro.

De esta manera vemos en una forma real la existencia de todo este tipo de acciones consideradas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, a las cuales podemos acudir en nuestras vidas diarias.

#### **1.10. CARACTERES DE LA ACCIÓN**

La acción como todos los derechos potestativos es un poder meramente ideal, o sea, el poder de querer determinados efectos jurídicos. Este poder se ejercita mediante una declaración de voluntad relativa a los efectos que se buscan y no exige ninguna acción física, sino aquello que es necesario para manifestar y mantener durante el proceso la voluntad de que la ley sea actuada. La demanda judicial es el acto mediante el cual se ejercita el derecho de acción, se manifiesta el deseo de que la ley sea actuada y el

individuo representado por ésta. Siendo la acción un poder dirigido a la tutela de un interés, toma su naturaleza de éste y por consecuencia es pública o privada, patrimonial o no patrimonial y como frecuentemente el interés al cual se dirige es al mismo tiempo el contenido de otro derecho que corresponde al que obra respecto del adversario, con frecuencia la acción asume la función de representar este otro derecho, explicando muchas veces porque las leyes y en la practica se habla de acciones como sinónimo de otros derechos. Por tanto los caracteres de la acción son:

1. Es un derecho potestativo, es decir, una facultad, un poder de querer la actuación de la ley
2. Es un poder dirigido a la tutela de un interés
3. Su naturaleza es la misma que la naturaleza del interés al que se dirige la tutela de la acción
4. En algunos casos, es un derecho transmisible así como puede ser un derecho susceptible de prescripción.

### **1.11. INTERÉS Y LEGITIMACIÓN PARA ACCIONAR**

“El interés para accionar surge con la institución de la prohibición de la defensa privada”<sup>13</sup>, ya que si le fuera posible al individuo satisfacer sus propios intereses sin considerar los de los demás no podríamos hablar de ningún tipo de acción.

En las nuevas teorías del derecho moderno la insatisfacción del interés tutelado no engendra sin más el derecho de acción sino que genera un nuevo interés, que surge en lugar del interés insatisfecho.

### **1.12. CARACTERES DEL INTERÉS PARA ACCIONAR**

- “El primer carácter es el de ser un interés secundario o de segundo grado, frente a los intereses primarios que constituyen el contenido de los varios derechos subjetivos que competen a un determinado sujeto”<sup>14</sup>. Este interés secundario no debe ser confundido con los intereses sustanciales principales para cuya satisfacción es medio, sino que representa un interés diferente y tan así es que satisfecho en un caso singular el interés secundario, no queda por ello satisfecho el interés principal que puede eventualmente continuar insatisfecho.
  
- “Además dicho interés debe ser autónomo e independiente de los intereses singulares en función de los cuales se pide la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional.”<sup>15</sup> . Por su misma naturaleza no sería factible el subordinar el nacimiento de este interés a la existencia de un

---

<sup>13</sup> **ROCCO UGO**; “Tratado de Derecho Procesal Civil”; Editorial Depalma Buenos Aires; Tomo I; 1.983; Págs. 347”

<sup>14</sup> **ROCCO UGO**; “Tratado de Derecho Procesal Civil”; Editorial Depalma Buenos Aires; Tomo I; 1.983; Pág. 339

<sup>15</sup> **ROCCO UGO**; “Tratado de Derecho Procesal Civil”; Editorial Depalma Buenos Aires; Tomo I; 1.983; Pág. 340

interés primario tutelado por el derecho objetivo abstractamente tutelado por el derecho objetivo.

- El interés es además, abstracto y general por cuanto como interés del Estado y en la prestación de la actividad jurisdiccional hace abstracción completamente la efectiva existencia del interés primario.
- Es además único e inmutable, aunque no puede ser un único interés y se puede cambiar los intereses singulares, según pueda requerirse la intervención del Estado prestando su actividad jurisdiccional.
- El interés es además poseedor de una índole no patrimonial aunque los intereses primarios a los que se refiera sean de índole patrimonial. El bien constituye el objeto del juicio siendo este una prestación de derecho público la cual no tiene un carácter patrimonial.

### **1.13. CONCEPTO DEL INTERÉS PARA ACCIONAR**

El interés constituye el elemento sustancial del derecho de acción en general, podemos entonces analizar cual es el interés para accionar.

El interés para accionar no es otra cosa que la utilidad para el titular de un derecho subjetivo derivado de la tutela jurisdiccional. Es entonces el elemento sustancial

del derecho de acción y concretamente el interés que tutelado jurídicamente por el derecho procesal objetivo constituye el derecho de acción.

Se debe de esta manera no entender como todas las posibles acciones que se puedan proponer, sino solamente en singular y particular la acción que se ejerce en cada caso en concreto.

El interés para accionar, es por consiguiente, el interés secundario o general al cual nos referimos de manera breve anteriormente<sup>16</sup>.

#### **1.14. REQUISITOS DEL INTERÉS PARA ACCIONAR**

Podemos empezar haciéndonos la pregunta de ¿cómo se puede establecer cuando un sujeto tiene interés para accionar o para contradecir en juicio?

Esta apreciación debe ser realizada por el juez tanto en elementos de hecho de manera que se da un gran espacio para la aplicación discrecional del juez. Existe el interés en la declaración de certeza de la tutela que compete un interés determinado que produzca utilidad actual y cierta para su titular.

---

<sup>16</sup> **ROCCO UGO**; “Tratado de Derecho Procesal Civil”; Editorial Depalma Buenos Aires; Tomo I; 1.983; Págs. 341 y 342.

Los requisitos del interés para accionar o para contradecir en un juicio son:

1. Debe ser un interés concreto, es decir debe referirse a cada caso, a una providencia en concreto concerniente a una relación jurídica y ejercida por un sujeto determinado.
2. Debe ser un interés actual, debe ser tomado en cuenta en el momento mismo en el que la acción es ejecutada ejercitada, es decir que por medio de la citación se comienza ejercer la acción instaurándose la relación procesal.

### **1.15. LA LEGITIMACIÓN PARA ACCIONAR**

“El derecho de acción así como el de contradicción son una relación de elementos indeterminados, pero determinables, a través de la demanda judicial contenida en la citación”<sup>17</sup>; pero debemos anotar que la demanda como medio formal, esta sujeta a la voluntad de la persona del actor dentro del juicio lo cual no podría tener un valor absoluto es por esto que se necesita recurrir a otros criterios fijos y constantes para de esta forma poder determinar claramente los sujetos capaces de accionar y contradecir, estableciendo así que sujetos son los que pueden hacerse actores en un juicio formulando la demanda, pudiéndose determinar su titularidad en el juicio. Estos criterios guiaran además el obrar de los órganos jurisdiccionales que establecerán si los sujetos (actor y

---

<sup>17</sup> **ROCCO UGO**; “Tratado de Derecho Procesal Civil”; Editorial Depalma Buenos Aires; Tomo I; 1.983; Págs. 351

demandado), están realmente autorizados por las normas procesales para buscar dicha declaración de certeza dentro de los juicios y así aseguraran el debido cumplimiento del proceso.

### **1.16. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN**

Podemos clasificar a los elementos de la acción desde distintos puntos de vista, para algunos autores que consideran a la acción como un derecho subjetivo e independiente del derecho material, los elementos que la componen son: sujeto, objeto y causa.

1. Los sujetos de la acción son el demandante o sujeto activo, el juez o la persona que se encuentre en representación del Estado, el sujeto pasivo o demandado que es a quien se dirige la demanda. Aunque puede darse el caso de procesos en los que no hay demandado pero si existe una acción.
2. El objeto de la acción es la obtención de la sentencia, sea esta favorable o desfavorable, en cambio el objeto de la pretensión es la obtención de una sentencia favorable que otorgue lo que el peticionario de la demanda solicita.
3. Para referirnos a la causa debemos citar a Devis Echandía, autor que distingue entre causa pretendi y causa de la acción. La primera se refiere a la pretensión de la demanda y la forman los hechos constitutivos, modificativos o impeditivos de la relación jurídica sustancial pretendida; la segunda hace

referencia al interés que justifica el ejercicio de la acción para promover ese juicio y obtener la sentencia.

Por otro lado los partidarios del llamado derecho concreto de acción como Chiovenda, entienden por condiciones de la acción a las condiciones necesarias para que se pueda llegar a obtener una resolución favorable. Desde este punto de vista los elementos son:

1. La existencia de un derecho
2. La legitimación en la causa
3. El interés para obrar

En lo referente a los elementos de la acción, la doctrina clásica establece cuatro elementos de la acción: capacidad, derecho, calidad e interés. En realidad, esta afirmación es equívoca, toda vez que la capacidad no es un elemento de la acción, sino una condición requerida en el sujeto para el ejercicio de la misma. En lo que tiene que ver al derecho, e interés, estas no constituyen sino condiciones para la admisión de la acción en la sentencia; sentencia esta en la que el juez deberá apreciar tales elementos de tal modo que la falta de alguno de ellos determinará el rechazo de la acción por falta de mérito; debiendo tener muy en cuenta que muchas de las veces inclusive se confunde a los elementos de la acción con los de la pretensión.

No obstante lo dicho, la doctrina actual establece que la acción consta de tres elementos: los sujetos, el objeto y la causa.

Los sujetos son cualquier persona natural o jurídica, por su solo acto de voluntad al impetrar la iniciación del proceso puede ser sujeto de la acción, es el titular de la relación jurídica que se pretende amparado por una norma legal y constituye sujeto activo; el demandado será sujeto pasivo, y se considera al Estado representado por el juez, también como un sujeto pasivo frente al cual se pretende hacer valer esa relación jurídica; pero en definitiva vemos que actor y demandado son sujetos activos de la acción en su función procesal, en cuanto ambos pretenden que el juez, sujeto pasivo, haga actuar la ley en su favor, admitiendo o rechazando la pretensión jurídica.

El segundo de los elementos de la acción lo constituye el objeto: que es el derecho o declaración que se pretende o en otras palabras la prestación que reclama el actor. Lo que inmediatamente se pide es la actuación de la ley, la cual en las acciones singulares se presenta individualizada en un determinado acto (condena de restitución del fundo; condena a pagar 100; rescisión de venta; declaración de la falsedad del documento. El objeto a cuya adquisición está coordinada la actuación de la ley (fundo a restituir: suma a pagar) se llama objeto mediato de la acción.

El objeto de la acción es la sentencia que se obtiene al final del desarrollo del proceso, mas no la consecución de las pretensiones contenidas en la demanda, que pueden ser o no el resultado de la sentencia. Consideramos que es un error el confundir el petitum de la demanda con el objeto mediato de la acción<sup>18</sup>, pues en realidad es el

---

<sup>18</sup> **DAVIS ECHANDÍA HERNANDO**; “Estudios de Derecho Procesal”; Tomo I; Editorial ABC; Bogotá Colombia; 1.979; Pág. 401.

objeto de la pretensión, el petitum persigue una sentencia favorable, en tanto que la acción tiene como objeto una sentencia sea esta favorable o desfavorable.

Finalmente el tercer elemento de la acción es la causa; sobre el cual se ha discutido mucho. Antiguamente la doctrina consideraba como “causa” a la razón o fundamento de la acción, concepto este que como bien sostiene Ugo Rocco: “Dicho concepto, aunque no es muy exacto y preciso, no ha sido totalmente abandonado”<sup>19</sup> y llega a definir a este elemento de la acción de la siguiente manera: “Según la frase misma lo indica, la causa por la cual se pide la prestación de la actividad jurisdiccional”<sup>20</sup>. Es común también confundir la causa del derecho de acción y la causa petendi de la demanda, es decir con la pretensión; por lo que deben separarse radicalmente estos conceptos para evitar en lo posible esta confusión.

La causa petendi se refiere a la pretensión, al petitum de la demanda y la forman los hechos constitutivos de la relación jurídica; por su parte la causa de la acción se relaciona con el interés que justifica el ejercicio de la acción para promover ese juicio y obtener la sentencia en cualquier sentido. En definitiva puede decirse que la causa no es más que el hecho que da nacimiento al derecho cuyo reconocimiento o declaración se pide.

---

<sup>19</sup> **ROCCO UGO**; “Tratado de Derecho Procesal Civil”; Editorial Depalma Buenos Aires; Tomo I; 1.983; Pág. 374.

<sup>20</sup> **ROCCO UGO**; “Tratado de Derecho Procesal Civil”; Editorial Depalma Buenos Aires; Tomo I; 1.983; Pág. 375.

Se puede decir también que la causa es el hecho, acto o contrato que da nacimiento al derecho cuyo reconocimiento o declaración se pide.

### **1.17. IMPORTANCIA DE LA IDENTIFICACIÓN DE LAS ACCIONES**

En el Derecho Romano existía el principio de que toda acción se extingue con su ejercicio, principio este del que se derivan dos reglas fundamentales:

1.- Que no pueden existir simultáneamente dos procesos fundados en una misma acción, a esta regla le corresponderá la excepción de la litis pendencia, que se basa en que la misma acción esta siendo ya juzgado dentro de otro proceso

2.- Que no pueden tener lugar dos decisiones distintas respecto a una misma acción, en este caso se basa en la cosa juzgada, es decir que la acción que se pretende ha sido ya tratada en una decisión judicial anterior y por tanto no se puede volver sobre ella.

De esta forma del derecho Romano pasa hasta nuestros días, para que dos acciones puedan ser consideradas la misma cuando tengan la misma identidad en tres elementos: cuando coincidan en el sujeto, en el objeto y por ultimo en la causa, entonces vemos como desde el derecho romano pasó en este sentido hasta nuestro derecho moderno ya que se determina la igualdad de dos acciones cuando intervienen las mismas personas, tienen la misma causa y se dirigen al mismo objeto, si existe variación en

cualquiera de estos tres elementos y uno de ellos ya no está presente se puede ejercer una nueva acción importando una nueva demanda.

Esta circunstancia además nos permitirá determinar la procedencia de las excepciones de cosa juzgada y litis pendencia, según se ha dicho, así como la existencia de una demanda nueva que modifique los términos en que ha quedado trabada la relación procesal. “En lo concerniente a la excepción de litis pendencia, se puede decir que esta excepción es viable cuando estando en trámite un proceso se inicia otro que verse sobre el mismo objeto y se funde en la misma causa que el anterior, siempre que entre ambos procesos exista identidad jurídica de partes; con esta excepción se persigue fundamentalmente que no se adelanten dos procesos idénticos, lo que en vez de crear seguridad, generaría zozobra e incertidumbre, toda vez que el órgano jurisdiccional podría caer en la fatalidad de proferir decisiones diferentes sobre asuntos idénticos”<sup>21</sup>.

Es muy importante determinar cuando la acción deducida en una demanda ha sido anteriormente objeto de una sentencia o está por serlo; cuestión que se soluciona mediante la identificación de las acciones, que no es mas que el procedimiento por el cual, confrontada una acción con otra, se constata si éstas son iguales o diferentes. Pero la identificación de las acciones no solo tiene importancia con la cosa juzgada y la litis pendencia, ya que caso contrario como se pondría término a los litigios en vista de que, si la acción subsiste no obstante la sentencia, podría ser esta renovada indefinidamente, con lo que, aún mas la intervención del Estado habría sido inoficiosa, y si fuese

---

<sup>21</sup> **PARRA QUIJANO JAIRO**; “Derecho Procesal Civil”; Editorial Temis; Bogotá Colombia; 1.992; Pág. 118.

permitido tramitar una misma acción en dos procesos distintos, podrían recaer resoluciones contradictorias como hemos dicho, no sabiéndose cual de las dos debe ejecutarse; creándose así un verdadero dilema jurídico, sino además que también la tiene respecto a otras instituciones del proceso, por ejemplo, el actor no puede variar su acción ni el demandado sus defensas después de trabada la relación procesal, a este efecto fíjese en lo establecido en el Art. 70 del Código de Procedimiento Civil que dice: *“No se podrá cambiar la acción sobre que versa la demanda, después de contestada por el demandado; pero se la puede reformar, antes que principie el término probatorio, pagando al demandado las costas ocasionadas hasta la reforma.*

La disposición de este artículo no se opone a que, en cualquier estado del juicio ordinario, se pase de éste al ejecutivo, pero pagará el actor las costas que hubiere ocasionado a la otra parte. Ordenado el paso al juicio ejecutivo, se empezará por dictar el correspondiente auto de pago”.

Igualmente, el actor puede acumular frente al demandado varias acciones con tal de que no sean contrarias entre sí, recordemos lo que nos dice el Art. 67 del Código de Procedimiento Civil que dispone: *“Se puede proponer en una misma demanda, acciones diversas o alternativas, pero no contrarias ni incompatibles, ni que requieran necesariamente diversa sustanciación; a menos que, en este último caso, el actor pida que todas se sustancien por la vía ordinaria”.*

El principio de cosa juzgada, se encuentra expresamente reconocido en nuestra legislación, así lo establece el Art. 297 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto

reza de la siguiente manera: *“La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere 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, fundándose en la misma causa, razón o derecho.*

Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no sólo la parte resolutive, sino también los fundamentos objetivos de la misma”.

De la norma en mención –cuyo texto debería reformarse y en vez de emplear la disyuntiva “o”, sustituirse por “y”-, se tiene que tomar en cuenta dos aspectos: El primero, respecto al principio de la cosa juzgada, que hace relación al hecho de que la manera normal de terminar un proceso es por medio de una sentencia que decida en forma definitiva sobre las pretensiones y defensas de las partes, sin que puedan ser objeto de una nueva resolución ya que caso contrario, tales derechos y defensas se tornarían permanentemente inciertos y los juicios serían interminables<sup>22</sup>. Lo que significa que, cuando contra una sentencia no es posible intentar recursos, se dice que está ejecutoriada o en firme y si además la sentencia es inmutable y definitiva, se puede decir que el caso fue juzgado en forma definitiva, es decir se presenta la figura de cosa juzgada. En definitiva la cosa juzgada no constituye un efecto, pues, de la sentencia, sino

---

<sup>22</sup> ESCOBAR FORNOS IVÁN; “Introducción al Proceso”; Editorial Temis; Bogotá Colombia; 1.990; Pág.175.

que es una cualidad que se le agrega para aumentar su estabilidad, cualidad igualmente aplicable para todos los actos y consecuencias que de ella deriven<sup>23</sup>.

El segundo aspecto como ya manifestamos anteriormente queda en evidencia, toda vez que, al enunciar expresamente que no podrá iniciarse nuevo juicio, cuando en los dos existiere identidad tanto de sujetos, objeto y de causa, deja consagrada esta prohibición.

### **1.18. CONDICIONES DE LA ACCIÓN**

Comencemos señalando que en el Derecho Romano no se tenía una concepción general del derecho de acción, sino que por el contrario, los romanos concedían acciones particulares. El ejercicio de acción se supeditaba a su reconocimiento expreso en el caso concreto, únicamente podía ser invocada si es que esta había sido prevista por la Ley o en un edicto.

Totalmente de manera contraria a como se desarrolló el derecho de acción entre los romanos, en el derecho moderno no se requiere de una autorización de la Ley, sino que ésta se limita a negar su ejercicio cuando razones de orden público así lo exijan; es decir, en ausencia de una prohibición expresa, se entenderá que la acción está implícitamente concedida para reclamar la protección de un derecho que se considere

---

<sup>23</sup> **PARRA QUIJANO JAIRO**; “Derecho Procesal Civil”; Editorial Temis; Bogotá Colombia; 1.992; Pág. 245

vulnerado, así lo establece nuestro Código Civil en su Art. 8, que dispone: “*A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley*”.

Podemos referirnos a las condiciones de la acción como los requisitos necesarios para que sea acogida: la existencia de un derecho, interés actual, que el demandante sea titular del derecho y que el demandado sea el deudor obligado.

Sin embargo de lo dicho anteriormente, es necesario distinguir entre las condiciones para el ejercicio de la acción, de aquellas requeridas para obtener una sentencia favorable o llamada también condiciones de admisión de la acción.

Entre las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción y ponerla en actividad, tenemos: en primer lugar, una pretensión jurídica, que el juez no puede dejar de considerar, es necesario el solo hecho de invocar un derecho y el requerimiento de su protección, para que se ponga en movimiento la actividad jurisdiccional; En segundo lugar, se deben cumplir con las formalidades que son exigidas por la ley y, cuya omisión causa la negativa por parte del juez a dar curso a la demanda. Cumplidas con ambas condiciones únicamente la sentencia puede admitir o rechazar definitivamente la acción.

En cuanto a las condiciones de admisión de la acción; podemos decir que aunque es indispensable contar con los elementos de la acción, esto es con las condiciones de ejercicio de la acción, para que sea favorablemente acogida en sentencia, ello no basta; pues, la sentencia parte de una relación procesal válida y de que la

pretensión del actor esté amparada por una norma legal; por lo que, si el actor desea triunfar en su demanda debe cumplir con las siguientes condiciones:

- Derecho: es decir una norma o disposición de la ley que garantice al actor el bien que pretende;
- Calidad: la identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley y de la persona obligada con la del demandado;
- Interés: interés de conseguir el bien mediante la intervención del órgano público.

Al respecto Giuseppe Chiovenda dice: “las condiciones necesarias para obtener una sentencia favorable, varían según la naturaleza de la resolución. Así, si se pide una sentencia de condena veremos que las condiciones para obtenerla normalmente son: primero, la existencia de una voluntad de ley que garantice a alguien un bien obligando al demandado a una prestación; segundo, la cualidad, es decir, la identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley y de la persona del demandado con la persona obligada; tercero, el interés en conseguir el bien por medio de los órganos públicos”,<sup>24</sup>.

### **1.19. NOCIÓN DE ACCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL**

La acción nace históricamente como una supresión de la violencia privada, sustituida por la obra de la colectividad organizada, es decir, que la instintiva tendencia de hacerse justicia por mano propia, desaparece del escenario social para dar entrada a

un elemento sustitutivo inspirado en el propósito de obtener la justa reacción por acto racional de los órganos de la colectividad jurídicamente organizados. En tal virtud, no cabe duda que la acción funciona en el orden actual de cosas, merced de la presencia del Estado, a su injerencia directa y a su propósito de asegurar la paz y tranquilidad sociales mediante el imperio del Derecho<sup>25</sup>. En suma, el Estado tiene el poder de someter a su jurisdicción a quienes necesiten obtener la composición de un litigio y la declaración de un derecho, además de la obligación de actuar mediante el órgano jurisdiccional para la realización y verificación de los derechos. La acción viene a ser el medio o condición para que se produzca la intervención del Estado, sin que sea su fuente o causa directa.

Sabemos que en materia procesal civil, por aplicación del principio dispositivo, entendiéndose por tal, aquél que deja librada a las partes la disponibilidad del proceso; y que, encuentra su base en la suposición absolutamente natural, de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir mas allá de lo que desean los propios particulares; por aplicación de este principio en materia procesal civil, para el inicio del proceso rige el aforismo “*nemo iudex sine actore*”, que quiere decir, que sin iniciativa de la parte interesada, no hay demanda y en consecuencia, proceso<sup>26</sup>; para que exista el proceso es condición que la parte interesada presente al funcionario competente una solicitud, la misma que pondrá en movimiento a la función jurisdiccional del Estado y es el medio para el ejercicio de la acción, solicitud que se la conoce como demanda; sin embargo de lo cual debe tenerse

---

<sup>24</sup> **CHIOVENDA GIUSEPPE**; “Instituciones de Derecho Procesal Civil”; Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, 1.954, Madrid España; Tomo I; Pág.76.

<sup>25</sup> **COUTURE EDUARDO J.**; “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”; Editorial B. de F. Ltda.; Buenos Aires Argentina; 2.002; Págs. 56 y 57.

muchísimo cuidado de no confundirlas, ya que si bien la acción se ejercita mediante la demanda, en esta se encuentra también la pretensión que no es más que el objetivo perseguido por el demandante en el proceso, en otras palabras, es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y por supuesto la aspiración concreta de que esta se haga efectiva; por lo que puede afirmarse que la acción no es la pretensión; la acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión.

También debemos tener muy en cuenta otra diferencia; la que tiene que ver entre la acción con el derecho, unión esta que no es fácil de separar o diferenciar. Desde el derecho de la justicia primitiva no se podía establecer la diferencia entre el derecho y la acción, de igual manera en el Derecho Romano, la “actio” fue considerada el derecho mismo<sup>27</sup>.

En este sentido, si queremos tener una noción clara de lo que es la acción dentro del derecho procesal, tomaremos como base el hecho de que cualquier persona, tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión, la misma que será expuesta de conformidad a las formas procesales que rigen en cada Estado, y que viene a constituir el derecho incuestionable a la prestación de la jurisdicción. Ahora bien, la acción misma funciona desde la demanda hasta la sentencia, ya sea con razón o sin razón del actor, es decir, la acción vive con prescindencia del derecho que el actor quiere ver protegido, pertenece –la acción– tanto al litigante sincero como al insincero,

---

<sup>26</sup> **COUTURE EDUARDO J.**; “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”; Editorial B. de F. Ltda.; Buenos Aires Argentina; 2.002; Págs. 152 y 153.

<sup>27</sup> **COUTURE EDUARDO J.**; “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”; Editorial B. de F. Ltda.; Buenos Aires Argentina; 2.002; Pág. 58.

lo que sucede es que este último no se sirve de la acción dentro de sus límites legítimos, sino fuera de ellos; no usa de su derecho sino que abusa de él.

En definitiva, es conveniente mencionar la idea que en términos generales nos da el tratadista Iván Escobar Fornos, respecto de la acción: “En virtud de la acción se pone en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado. El actor somete su pretensión a la decisión de los tribunales de justicia. Es el vehículo para obtener el cumplimiento de una prestación”<sup>28</sup>. Podríamos decir además que es la fuerza que permite poner en movimiento la maquinaria jurisdiccional.

---

<sup>28</sup> **ESCOBAR FORNOS IVÁN**; “Introducción al Proceso”; Editorial Temis; Bogotá Colombia; 1.990; Pág. 105.

## **CAPÍTULO II**

### **LA PRETENSIÓN PROCESAL**

#### **2.1. CONSIDERACIONES GENERALES**

Históricamente podemos decir que la pretensión procesal aparece en la fórmula del procedimiento romano, concretamente en la etapa que se conoce como procedimiento formulario, en el cual para acudir ante el magistrado se debía recabar la fórmula que le permitiera ejercer su acción de acuerdo a los intereses que motivaban su inicio. Para cada derecho se había establecido una acción y una fórmula, así el derecho a la propiedad tenía la acción reivindicatoria, al de posesión la acción posesoria, etc.

Si queremos determinar qué es a lo que nos referimos por fórmula<sup>29</sup>, debemos indicar que eran instrucciones por escrito que se preparaban por antelación por el magistrado, designando al juez y fijando los puntos sobre los que versará la controversia, incluía también la manera como se debía resolver el conflicto.

Para entrar al tema de la pretensión procesal debemos señalar previamente que la demanda es el acto procesal de postulación con el que el pretensor (actor o

demandante) en el ejercicio de su derecho de acción, propone a través del órgano jurisdicción una o varias pretensiones dirigidas al demandado, dando inicio a la relación jurídica procesal en busca de una decisión judicial que solucione el conflicto de manera favorable al pretensor.

Esto implica la necesidad de señalar que la demanda tiene un elemento central y esencial en su contenido, sin el cual dejaría de ser tal, este elemento que la diferencia de cualquier otro tipo de petición que se hace al Estado se denomina pretensión procesal, sin ella el escrito denominado demanda dejaría de tener tal título.

La importancia del estudio de la pretensión procesal, es necesaria, pues ella se vincula en el proceso con otros institutos procesales sobre los cuales tiene incidencia o relación, así tenemos su vinculación directa con la cosa juzgada, con la litis pendencia, con las excepciones procesales, con el principio de congruencia, con la acumulación, etc.

## **2.2. CONCEPTO**

Pretensión viene del verbo pretender que según el Diccionario de la Real Academia Española deriva del latín *praetendere* que significar querer ser o conseguir

---

<sup>29</sup> **RAMÍREZ ARCILA, CARLOS.** "La Pretensión Procesal." Editorial Temis SA. Bogotá 1982. Pág. 12-13

algo, hacer diligencias para conseguir algo, por lo cual entendemos que en sentido general pretensión significa realizar una exigencia, pedido, solicitud para obtener o conseguir algo de otro sujeto de derecho, lo cual consideramos nos corresponde.

Sin embargo, nos compete involucrarnos en esta parte, en el análisis del vocablo pretensión en sentido jurídico y no solo en el sentido genérico, es por ello que debemos indicar que en el Derecho se reconoce a la nomenclatura de pretensión material y a la pretensión procesal. La primera; pretensión material; es aquella pretensión que ejercita directamente el sujeto de la relación jurídica material a su contraparte, exigiendo o pidiendo algo que considera le corresponde por derecho. En cambio la segunda, es decir, la pretensión procesal se introduce en el proceso como parte integrante de la demanda.

### **2.2.1. Pretensión Material:**

A la pretensión material suele llamársele también pretensión sustantiva o civil. Para el ejercicio de esta pretensión no se requiere involucrar a otro sujeto, la pretensión material la ejercita el sujeto del derecho en la relación material de allí surge su nombre frente al sujeto del deber de la misma, para graficar la figura podemos decir que constituye en pretensión material la exigencia que hace el acreedor (sujeto del derecho) frente al deudor (sujeto del deber) para el cumplimiento de una obligación, la exigencia del pago de una suma dineraria, por ejemplo en forma directa,

constituye una pretensión material. El vehículo de esta pretensión no involucra actividad jurisdiccional para hacerla llegar a su destinatario, se hace con mecanismos directos, pero que permitan hacerla saber al pretendido que se pretende realizar el cobro, si esta acción no tiene resultados entonces se procede a la demanda. El ejercicio de la pretensión material se regula por las normas con las que se rige la naturaleza de la relación jurídica. Aquí todavía no se hace necesario el uso del proceso, para hacer cumplir lo exigido, de ahí que si esta exigencia fue satisfecha antes del proceso no resulta viable la existencia de una pretensión procesal, sino lo fue entonces cabe la posibilidad de proponerla con la demanda buscando que sea reconocida o declarada de manera favorable en la sentencia. Esto no implica la necesidad de que el Estado le dé la razón al actor en la sentencia, la sentencia no siempre será favorable para el actor, lo que importa es que el actor ejercitó el derecho de acción buscando tutela jurisdiccional efectiva y el Estado se la otorgó con una sentencia, estimatoria o desestimatoria.

La pretensión material no tiene ninguna relevancia en el proceso, pues tiene vigencia y se extingue antes de iniciarse el proceso, es más bien una actividad que corresponde a la esfera privada, en tanto que la pretensión procesal corresponde a relaciones de derecho público.

Es por ello que el aporte de Raimundini en este aspecto es el señalar “que se distingue también la simple pretensión material de la “pretensión procesal”, entendida esta última como un hecho, y más concretamente como un acto jurídico, por lo que

ambos conceptos pertenecen a distinta zona de la ciencia. La simple pretensión (material o sustancial) es el derecho o la facultad de exigir de los otros lo que es debido en virtud de las normas: de que se abstengan de todo impedimento o de que cumplan las prestaciones prescritas por la misma”<sup>30</sup>. Aclara que la “pretensión” simple (pretensión de derecho privado o pretensión en sentido sustancial, que no debe confundirse con la “pretensión procesal”) difiere de la “acción, en su naturaleza, en su contenido y en sus requisitos.

### **2.2.2. Pretensión Procesal:**

La pretensión procesal en cambio, es la exigencia que hace un sujeto a otro para el cumplimiento de algo, pero ya no de manera directa sino utilizando un instrumento del cual es integrante, nos referimos a la demanda. En el ejercicio de la pretensión procesal aparece un tercero imparcial generalmente el juez o el organismo investido de autoridad para juzgar la causa que se encarga de hacer viable que el pretendido (demandado) tome pleno conocimiento de lo que busca el pretensor (demandante) al formularla. La pretensión procesal, es entonces uno de los elementos de la demanda, quizá sea el núcleo central de la misma, incorporada en ella se hace llegar al juez para ser puesta en conocimiento de quien debe recibirla (el demandado), esta pretensión se regula por normas de orden procesal, pues forma parte del proceso al ser elemento integrante de la demanda. Una vez en el proceso, la pretensión procesal busca por

---

<sup>30</sup> **REIMUNDINI, RICARDO.** “Los conceptos de pretensión y acción en la doctrina actual”. Editorial Víctor P. De Zavalía. Bs. Argentina. 1966. Pág. 36-37.

voluntad de quien la formuló su satisfacción, no obstante puede ser resistida o negada por su destinatario, con lo cual no quedará más opción de que sea resuelta por el juez.

De alguna manera la pretensión material se traslada con otros elementos al proceso, aunque como acabamos de ver son absolutamente distintas<sup>31</sup>, así la primera corresponde a la relación jurídica sustancial y la segunda forma parte de una relación jurídica procesal. Sin embargo, se podrá deducir igualmente que son los mismos sujetos los que aparecen en ambas, el requirente y el requerido, aunque en la pretensión procesal aparece un tercero que no era necesario en el ejercicio de la pretensión material: el juez.

Variados son los conceptos que hemos encontrado en la Doctrina sobre pretensión procesal, por ejemplo conocida es la tesis de Jaime Guasp quien propone la idea de “sustituir el término acción por el de pretensión”<sup>32</sup>, considera este procesalista español que la acción no es procesal sino por el contrario extraprocesal y conceptualiza a la pretensión como 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, refiere que la pretensión no es un derecho, sino un *acto*: algo que se hace, pero no que se tiene. Ello quiere decir que el acto no suponga la manifestación de un poder o en algunos casos incluso de un deber atribuido a una persona, pero sí este poder es previo y distinto de la actividad por la que se pretende.

---

<sup>31</sup> RAMÍREZ ARCILLA, CARLOS. “La Pretensión Procesal.” Editorial Temis SA. Bogotá 1982. Pág. 9

Nada impide que el objeto del proceso esté integrado por un simple acto, pues el acto no es solo la pura mutación de realidad que se agota en un instante, sino también el evento o situación final que produce; y esta situación permanente que engendra la pretensión como acto, es la que constituye, el objeto del proceso.

Tenemos también el aporte de Carnelutti quien expone sus ideas señalando que “la pretensión es un *acto*, no un poder; algo que alguien hace, no que alguien tiene; una manifestación, no una superioridad de la voluntad”<sup>33</sup>. No sólo la pretensión es un acto y, por lo tanto, una manifestación de voluntad, sino uno de aquellos actos que se denominan declaración de voluntad. Agrega que la pretensión puede ser propuesta por quien tiene, como por quien no tiene el derecho, y, por lo tanto, puede ser fundada o infundada.

En uno de los comentarios realizados por Sentis Melendo, respecto de lo escrito por Reimundini indica “se pide lo que se pretende, o se pretende aquello que se pide. Agrega que la pretensión es lo que el actor pretende, lo que quiere obtener, y, por consiguiente, lo que pide”.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> **GUASP, JAIME**. “Derecho Procesal Civil.” Editorial Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1982. Tomo I. Pág. 217-218.

<sup>33</sup> **CARNELUTTI, FRANCESCO**. , “Instituciones del Proceso Civil”. Editorial Ejea. Bs. As. 1952. Tomo I. Pág. 31.

<sup>34</sup> **SENTÍS MELENDO, SANTIAGO**, en “Revista La Ley”. Bs. Argentinas. Febrero 15 de 1967. Pág. 6 y 7.

Cuando se analiza a la demanda sostiene en su entidad propia, aparece inevitable la pretensión como el fin concreto que el demandante persigue, es decir, las declaraciones que pretende se hagan en la sentencia. Entonces la pretensión esta dirigida siempre a la contraparte o demandada, para que contra él se pronuncie la condena o la orden de pago o para que frente a él se reconozca y declare un derecho o una situación jurídica. La pretensión puede estar respaldada o no por un derecho, lo que significa que pueden existir pretensiones fundadas o infundadas. En consecuencia, la pretensión no es un derecho, sino un simple *acto* de voluntad.

Con una posición destacable Jorge Clariá descarta la posibilidad de que la pretensión sea un acto, señala que “la pretensión consiste en un estado o posición que se muestra en la exigencia de subordinación jurídico-material de otro individuo, singular o colectivo, el interés que se aspira hacer prevalecer; esto aun cuando el fundamento afirmado puede ser aceptado o rechazado en la decisión jurisdiccional sobre el fondo....., no podemos aceptar que la pretensión sea un acto, no es algo que se hace, sino algo que se muestra o algo que se exhibe conforme se tiene”<sup>35</sup>. La pretensión es exhibida en la postulación tendiente a que nos satisfaga un interés que afirmamos como jurídicamente fundado. Este acto es el de demanda o de acusación, en el cual la pretensión se desarrolla en cuanto contenido de la acción procesal propuesta.

---

<sup>35</sup> CLARIÁ OLMEDO, JORGE. “Derecho Procesal”. Editorial Depalma. Bs. Argentina. 1982. Pág. 245.

Couture también colabora con su definición y precisa que la pretensión, “es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que esta se haga efectiva.”<sup>36</sup> En otras palabras: la autoatribución de un derecho parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica.

Leo Rosenberg argumenta sobre el tema y define a la pretensión como la *petición* dirigida a la declaración de una consecuencia jurídica con autoridad de cosa juzgada que se señala por la solicitud presentada y, en cuanto sea necesario, por las circunstancias de hecho propuestas para su fundamento, dice además, si la pretensión procesal se determina por lo pedido en la demanda, y en tanto ello necesite un fundamento, por las circunstancias de hecho presentadas para tal fin, resulta que la misma petición solo puede originar una pretensión procesal.

Esta variedad de definiciones se proporcionó a fin de poder tener un entendimiento global de las ideas de algunos de los mas connotados procesalistas que han manifestado su posición respecto de la pretensión, sin embargo, corresponde proporcionar un concepto propio respecto del tema, tarea muy difícil luego de analizados tantos problemas presentados a lo largo del desarrollo del mismo, sin embargo podemos decir que la pretensión procesal es una declaración de voluntad que parte de un sujeto que pretende algo o demandante, que exige determinada conducta

---

<sup>36</sup> **COUTURE, EDUARDO J.** “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Editorial Depalma. Bs. As. 1958. Pág. 73.

de otro sujeto, que tiene como destinatario al sujeto obligado a lo que se pretende o exige al demandado, sin embargo la formulación de esta pretensión se hace a través de un sujeto imparcial que es el juez, quien la hace viable y además se encarga de resolver sobre su existencia y eficacia, pues las pretensiones nacen para ser fundadas o infundadas, de allí que no es necesario que esté respaldada por un derecho.

La pretensión procesal es pues una declaración de voluntad por la que se peticiona la abstención o el cumplimiento de algo a otra persona, de ahí que la formulación de la pretensión en el proceso requiera necesariamente de dos sujetos, uno que pretende y otro en contra de quien se pretende, frente a este último ya se agotó de manera directa el mecanismo de la pretensión material, ahora corresponde formular una pretensión, pero de naturaleza procesal, para ello ésta debe estar comprendida en la demanda, y siendo de naturaleza procesal solo se puede hacer llegar al pretendido a través de un sujeto que dirige el instrumento para solución de conflictos: el juez, es por ello que se puede sostener que el juez es el sujeto ante quien se formula la pretensión, pero no para cumplirla sino para hacerla llegar a su destinatario, que es el demandado.

### **2.3. DISTINCIÓN CON OTRAS INSTITUCIONES:**

La pretensión procesal es quizá uno de los temas más complejos y poco difundidos, sin embargo en la Doctrina ocasionó múltiples problemas, pues apareció

vinculada a otras instituciones de orden procesal, siendo confundida con la acción procesal, con la demanda e inclusive con el derecho que se discute en el proceso.

Jaime Guasp uno de los más destacados estudiosos de la pretensión procesal a pesar de que buscó sustituir a la acción por la pretensión, confundiendo muchas veces estas dos instituciones define a la pretensión procesal como un *acto procesal* y al mismo tiempo *objeto del proceso*, integrando este objeto, no en cuanto acción que se realiza en un cierto momento, sino en cuanto acto ya realizado que, por este mismo carácter de estado que imprime a la realidad una vez que ha influido sobre ella, hace girar en torno a si mismo el resto de los elementos que aparecen en la institución procesal. Agrega que la pretensión procesal es una *declaración de voluntad* entendida esta expresión en el sentido más amplio, en cuanto a declaración de voluntades, pues, esencialmente una petición, y en este aspecto, es una petición de un sujeto activo ante un juez frente a un sujeto pasivo sobre un bien de la vida.<sup>37</sup> Es por ello que en primer orden buscaremos determinar las diferencias entre acción y pretensión, pues existen y conviene expresarlas.

#### **2.4. DIFERENCIAS ENTRE ACCIÓN Y PRETENSIÓN.**

Marcadas son las objeciones a Guasp al pretender sustituir la acción procesal con la pretensión, por lo cual consideramos necesario señalar que existen diferencias

sustanciales entre el derecho de acción y la pretensión procesal, quedó aclarado que la primera es un derecho fundamental, constitucional y humano por el cual se exige al Estado utilizando el instrumento de la demanda la concesión de tutela jurisdiccional efectiva ante la existencia de un conflicto ínter subjetivo, en tanto que la segunda es una declaración de voluntad que está contenida en la demanda, con la cual se hace un pedido concreto que busca exigir al demandado el cumplimiento de algo, su reconocimiento o satisfacción.<sup>38</sup>

De otro lado, encontramos que el derecho de acción tiene como destinatario al Estado, quien tiene el poder y el deber de ejercer función jurisdiccional para resolver el conflicto propuesto por el actor, en tanto que la pretensión procesal tiene como destinatario al demandado, sin embargo esto no puede proponerse de manera directa sino a través del Estado ya que el emplazamiento lo hace el juez, así el Estado asume la obligación de proveer tutela jurídica al actor y por su parte el demandado asume la obligación de cumplir la exigencia del demandante, cumplir determinada prestación en las pretensiones que buscan sentencias de condena, obligación de hacer, de dar y de no hacer, en tanto que en las pretensiones que buscan sentencias declarativas y constitutivas se busca vincular al demandado a los efectos propios de la pretensión.

Así si la pregunta es ¿A quién se dirige la pretensión? La respuesta será que la pretensión procesal se dirige al demandado, en razón de que ésta se ejercita en contra

---

<sup>37</sup> **GUASP, JAIME.** “La Pretensión Procesal”, en Revista de Derecho Procesal, Vol. I, Año IX, Nos. 01 y 02. Bs.As. 1951

de quien está obligado a dar cumplimiento de lo que pide el actor. Entonces, resulta clara la distancia que existe entre acción y pretensión.

Otro autor que separa e independiza los conceptos en cuestión Carlos Ramírez Arcila señala que “en procura de una solución, en lo primero que se debe pensar e insistir, y que precisamente a eso está dedicado nuestro mayor empeño es en dejar a la acción su nombre propio o sea el mismo de acción; y a la pretensión, pero a la pretensión que viene desde el derecho romano, a la de la *intentio* de la fórmula del procedimiento formulario, el nombre que le pertenece, o sea el de pretensión. Además a la pretensión hay que dejarla en el sitio que le corresponde dentro del contenido de la demanda”<sup>39</sup>. Agrega finalmente que la acción es la manifestación del poder jurídico que tiene todo ciudadano de acudir a los órganos jurisdiccionales para que se le resuelvan sus pretensiones

Asimismo propone Couture hacer un distanciamiento de la posición de Guasp respecto de la acción y pretensión procesal y dice “que la pretensión no es la acción, la acción es el poder jurídico que hace valer la pretensión. Ese poder jurídico existe en el individuo, aun cuando la pretensión sea infundada”<sup>40</sup>. Es por eso que algunos autores han preferido borrar de su léxico el equívoco vocablo y acudir directamente a pretensión.

---

<sup>38</sup> **DAVIS ECHANDÍA, HERNANDO**. “Nociones General de Derecho Procesal Civil.” Editorial Aguilar. Madrid 1966. Pág. 174.

<sup>39</sup> **RAMÍREZ ARCILA, CARLOS**. “La Pretensión Procesal”. Editorial Temis SA. Bogotá 1982. Pág. 120.

Sosteniendo una diferenciación entre acción y pretensión, pero utilizando la legitimación Fairén Guillén sostiene: “diferencia esencial entre acción y la pretensión resulta de la eficacia de la primera en todo caso y de cómo dicha eficacia está condicionada en la segunda, entre otras cosas, por la legitimación. Explica su posición, la legitimación es independiente de la acción. Esta corresponde a todos los ciudadanos, y ante todos se da la obligación del Estado de examinar y resolver si en ellos hay potestad para acoger la que se promovió. Esto es, la acción logra su finalidad, poner en movimiento jurisdiccional el Estado la propongá quien sea”<sup>41</sup>. Por el contrario, la eficacia de la pretensión está condicionada por la legitimación; es decir por la necesidad de que el que la lleva a efecto se halle en determinada relación con el interés que alega como violado. Y frente a esta legitimación activa, el que resista a la pretensión, también ha de estar legitimado en relación con tal interés.

Como vemos la posición de Fairén Guillén es importante, porque busca llegar a establecer diferencias entre acción y pretensión pero utilizando la legitimación, simplificando lo dicho se puede decir que la acción se ejerce sin exigir legitimación de quien la propone, pero la eficacia de la pretensión en términos de validez de la relación procesal debe ser propuesta por sujeto legitimado.

Analizando enseñanzas de otros autores como Redenti que resume sus tesis combinando diversos conceptos: “con la acción (actividad procesal) se propone al

---

<sup>40</sup> **COUTURE, EDUARDO J.** “Fundamentos del Derecho Procesal Civil.” Editorial Depalma. Bs. As. 1958. Pág. 73.

juez la acción (pretensión), y él dirá si existe la acción (derecho)”, Carlos Ramírez señala que frente a estos conceptos de Redenti y a la integración que de acción y pretensión él hace, que la acción, como actividad procesal, no puede confundirse con la pretensión, aunque en verdad esta consiste en lo que “se propone al juez”, pero dentro de la parte petitoria de la demanda. Considera errónea la presentación que hace Enrico Redenti, y asimismo erróneas todas las denominaciones que pretende enlazar esos conceptos como si fueran similares.

## **2.5. CONDICIONES DE LA ACCIÓN Y PRESUPUESTOS PROCESALES**

Es necesario hacer mención a los presupuestos procesales debido a que pueden ser confundidos con las condiciones de la acción, toda vez que las diferencias existentes entre unas y otros son muy sutiles. Como mencionamos la acción tiene sus elementos, sin embargo para que el juicio pueda iniciarse y desarrollarse válidamente sin defectos que lo vicien y que puedan producir su nulidad, hasta terminar con la sentencia, se requiere del cumplimiento de los presupuestos procesales. Es así como se denominan presupuestos procesales, a aquellas condiciones para que se consiga un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda; es decir para que se pueda tener una sentencia sobre la demanda sea en uno u otro sentido; de esta manera podemos citar como presupuestos procesales los siguientes: que exista un órgano investido de jurisdicción, que este órgano sea competente en la causa determinada y subjetivamente capaz de juzgarla, que las partes tengan capacidad –para ser tales- y capacidad procesal.

---

<sup>41</sup> **FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR.** “Estudios de Derecho Procesal.” Editorial Revistas de Derecho Privado. Madrid. 1955. Pág. 76-77.

Al respecto el profesor Giuseppe Chiovenda dice: “Negando la existencia de los presupuestos procesales no se niega la existencia de la acción, que permanece imprejuzgada”<sup>42</sup>. En este caso, es decir, en el supuesto de que en un proceso no existan los presupuestos procesales; se niega la posibilidad de que la acción en el mismo proceso pueda hacérsela valer, no obstante, de lo cual sí podrá hacerla valer a continuación del mismo o en otro proceso. Algunos doctrinarios conceptúan a estos presupuestos bajo el nombre de excepciones procesales, de tal modo que la sentencia que acoge una de estas excepciones, no niega que exista la acción, sino que niega que la acción pueda hacerse valer, ni siquiera en otro proceso, mientras dure un determinado estado de cosas.

Se sostiene que existe entre las condiciones de la acción y los presupuestos procesales la misma diferencia que existe entre la acción y la relación procesal, es decir, que los unos deben existir independientemente de la existencia de los otros. Los presupuestos procesales por su parte, son las condiciones de una resolución cualquiera sobre el fondo; diferencia esta última que se pone más de manifiesto si tenemos en cuenta que las condiciones de admisión de la acción lo son solamente de la resolución favorable; y, las de los presupuestos procesales son también condiciones de la resolución desfavorable. Finalmente debemos señalar que los presupuestos procesales deben existir en el momento de la demanda en tanto que las condiciones de la acción, existan en el momento de la sentencia, lógicamente es conveniente que el juzgador antes de averiguar

---

<sup>42</sup> **CHIOVENDA GIUSEPPE**; “Instituciones de Derecho Procesal Civil”; Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, 1.954, Madrid España; Tomo I; Pág. 77.

si es que existen las condiciones de la acción, debe hacerlo respecto de los presupuestos procesales.

## **2.6. RELACIÓN ENTRE PRETENCIÓN Y DEMANDA.**

En cuanto a la relación entre pretensión y demanda, se debe indicar que no se pueden confundir dichos conceptos, ya que se trata de instituciones de distinta índole, sin embargo, se encuentran íntimamente relacionadas. Así se puede advertir que la demanda es el acto inicial del proceso, es el vehículo idóneo para ejercitar el derecho de acción, sin embargo es también el documento en el cual se encuentra contenida la pretensión, la pretensión como ya se dijo es un elemento de la demanda, forma parte de ella, aunque la pretensión no es la demanda propiamente. Con la demanda se ejercita el derecho de acción procesal, sin embargo con ella también se introduce al proceso la pretensión procesal. Pero definitivamente se trata de dos instituciones del proceso absolutamente distintas. Ahora bien, se ha sostenido inicialmente que la pretensión es el elemento central, esencial e imprescindible de la demanda, sin embargo diremos también que no se trata de un requisito más, se trata de un requisito esencial de la demanda.

Para aclarar el panorama Carlos Ramírez al referirse a esta relación, señalando que si la pretensión forma parte de la demanda y no de cualquier manera sino como su elemento esencial, y así lo entendían los romanos con la *intentio* respecto de la

fórmula; y si la presentación de demanda es presupuesto para el ejercicio de la acción, “al no poder existir demanda sin pretensión, ni acción sin demanda, tampoco puede existir acción sin pretensión, ni acción sin demanda, tampoco puede existir acción sin pretensión.”<sup>43</sup> Cosa distinta es que la pretensión sea fundada o infundada, lo cual solo tiene importancia para su prosperidad pero no para su existencia.

Tanto la demanda como la pretensión tienen naturaleza procesal, pues como ya se ha dicho la demanda es un *acto procesal* que promueve el inicio del proceso, por lo cual se puede decir que forma parte del proceso, por tanto tiene naturaleza procesal. Y como los elementos que integran la demanda también son del proceso, se tiene entonces, que la pretensión tiene también naturaleza procesal, no es posible ubicarlos en el plano sustantivo, su estudio pertenece necesariamente al proceso.

Entonces, se tenderá a que se ejercite el derecho de acción con la demanda, la demanda es el acto procesal que da inicio al proceso, pero también el actor en la demanda afirma sus pretensiones.

Pero en el panorama actual se encuentra determinada la diferencia entre demanda y pretensión, no obstante entre ellas se puede establecer una relación de continente a contenido. Resulta rescatable la posición de Barrios De Angelis sobre el

---

<sup>43</sup> **RAMÍREZ ARCILA, CARLOS.** “La Pretensión Procesal” Editorial Temis SA. Bogotá 1982. Pág. 130

particular, quien al parecer equipara la pretensión a la demanda, sostiene que “resulta lógica y ontológicamente imposible distinguir entre demanda y pretensión, agrega que lo que ocurre es que si al acto demanda lo reducimos a su mera forma, el contenido será la pretensión. Pero si tomamos a la demanda como lo que es, una entidad indivisible ontológicamente, unión de forma y contenido, se verá que no es otra que la pretensión. Pues cuando distinguimos entre demanda y pretensión, ésta que reducida, por su parte, a ser el mero contenido de una demanda; no es un acto sino el contenido de una forma que se llama demanda.”<sup>44</sup>

En el debate también ha participado Palacio quien deja claras las cosas sobre el tema precisando que un considerable sector de la doctrina se ha visto forzado a atribuir a la demanda las características y funciones que corresponden a la pretensión procesal. Agrega que “si se concibe a esta última como objeto del proceso, adquiere un significado específico que la distingue de la acción y de la demanda”<sup>45</sup>, destaca que no puede ser identificada con la demanda, en tanto ésta no solo no constituye el objeto del proceso sino que es un medio de promoverlo o, en otras palabras, un mero acto de iniciación procesal.

Finalmente, para acabar con la discusión sobre el tema, no se puede ubicar con lógica ni coherencia actualmente en el Derecho Procesal una posición que permita asumir responsablemente, que es lo mismo el derecho subjetivo que se deduce en el

---

<sup>44</sup> **BARRIOS DE ANGELIS**; “Teoría del Proceso” editorial Desalma. BS Argentina. 1979. Pág. 153

proceso y la pretensión, definitivamente se puede proponer una pretensión sin que exista derecho para hacerlo, lo que quiere decir que la pretensión la puede formular cualquier sujeto de derecho que pretenda exigir o pedir algo de otra persona, sin que se encuentre respaldada por algún derecho subjetivo, de lo que se puede concluir que derecho subjetivo y pretensión son conceptos distintos.

Sobre esta relación Devis Echandía señala que la pretensión procesal puede estar respaldada o no por un derecho, lo que significa que pueden existir pretensiones fundadas e infundadas. En consecuencia, la pretensión no es un derecho, sino un simple acto de voluntad.<sup>46</sup>

## **2.7. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN:**

La pretensión procesal está integrada por elementos subjetivos y elementos objetivos.

---

<sup>45</sup> **PALACIO, LINO ENRICO.** “Manual de Derecho Procesal Civil”. Editorial LexisNexis Abeledo-Perrot. Decimoséptima Edición Actualizada. Bs. As. 2003. Pág. 95.

<sup>46</sup> **DAVIS ECHANDÍA, HERNANDO.** “Nociones General de Derecho Procesal Civil.” Editorial Aguilar. Madrid 1966. Pág. 223.

### 2.7.1. Elementos Subjetivos:

**Sujeto Activo:** Debemos señalar que corresponde ocupar desde el punto de vista subjetivo el lugar de impulsor de la pretensión al sujeto activo o actor, es quién propone ante el órgano jurisdiccional la pretensión procesal. Es aquel sujeto que utilizando la demanda como continente propone la pretensión como contenido, pues como se ha señalado la pretensión es un elemento importante de la demanda.

Con la propuesta de la pretensión el actor, es quien fija inicialmente sobre qué se va a discutir en el proceso. Asimismo, es él el encargado de hacer cesar dicho debate, si así lo desea, utilizando para ello el desistimiento, pues el sujeto activo puede proponer una pretensión como también la puede excluir del proceso.

Al pretensor o sujeto activo normalmente se le conoce como demandante, aunque su condición jurídica está expuesta a la calificación que se haga de su legitimidad y las posibilidades de éxito que tenga la pretensión que postula con la demanda, pues como sabemos este sujeto puede proponer cualquier pretensión, sin embargo para su eficacia necesita acreditar lo que propone, aunque para el tema de la pretensión procesal nos interesa involucrarnos con el sujeto que impulsa la pretensión y la introduce al proceso, dejando de lado su éxito o la legitimidad del que la propone.

**Sujeto Pasivo:** El sujeto pasivo o demandado es aquel en contra de quien se formula la pretensión. Es el sujeto contra quien se dirige la pretensión, pues se busca que éste cumpla una determinada prestación o asuma un comportamiento concreto. Este el único sujeto en posición de dar cumplimiento a lo que solicita el actor, por ello es que se le considera como el destinatario de la pretensión procesal.

Este sujeto no solo está en capacidad de satisfacer la pretensión de manera voluntaria y directa, sino que también está habilitado para resistirla y contradecirla, esto quiere decir que con la contestación de demanda y ejerciendo el derecho de defensa, puede resistirse al cumplimiento de lo exigido por el pretensor.

Habría que decir sin embargo, que ambos sujetos activo y pasivo deben tener capacidad procesal, de tal forma que puedan realizar actos procesales válidos, además de cumplir con los controles que se realizan a los sujetos que intervienen en el proceso como parte.

Puntualizamos también, que el Juez no es elemento subjetivo de la pretensión, como si lo es de la relación jurídica, pues corresponde más bien a éste resolver la pretensión procesal en la sentencia, en todo caso no es quien la formula ni quien la resiste, es mas bien quien la administra y la resuelve, por tanto no es elemento subjetivo de la misma, si lo fuera perdería objetividad e independencia para resolverla. Por ello

es que la pretensión debe tener como elementos subjetivos a las partes, siendo el juez un tercero imparcial que se encargará de resolverla.

Aunque esta idea no es compartida por el tratadista Lino Palacios quien considera que son tres los sujetos en el estudio de la pretensión, “la persona que la formula, la persona frente a quien se formula y la persona ante quien se formula, a la cual denomina *órgano* a quien señala que tiene el carácter de destinatario de la pretensión y tiene el deber de satisfacerla, ya acogiéndola o rechazándola.”<sup>47</sup> Aunque en esta última parte podríamos considerar que existe un error de percepción por parte del autor, ya que el destinatario y encargado de satisfacer la pretensión no es el juez sino el propio demandado, el juez, sólo se encarga de hacerla llegar a través del mecanismo del emplazamiento al demandado, la administra como objeto del proceso conjuntamente con la contradicción y la resuelve en la sentencia, pero su decisión no satisface lo que buscaba el demandante, sólo el demandado es el llamado a satisfacerla. El hecho de que el juez declare fundada o infundada la pretensión, no implica que con esto se brinde real satisfacción al actor, lo que hace el juez es resolver su petición, ya que corresponderá al demandado o sindicado dar cumplimiento a lo que el juez resolvió.

---

<sup>47</sup> PALACIO, LINO ENRICO. “Manual de Derecho Procesal Civil”. Editorial LexisNexis Abeledo-Perrot. Decimoséptima Edición Actualizada. Bs. As. 2003. Pág. 97.

### 2.7.2. Elementos Objetivos:

En cuanto a los elementos objetivos la doctrina acuerda que éstos están integrados por: el petitorio o petitium, y la causa de pedir o causa petendi.

**El Petitorio:** Respecto al petitorio debemos señalar que es el núcleo mismo de la pretensión, algunos autores lo denominan el objeto de la pretensión, en razón de que en su contenido está lo que realmente busca el actor al proponer la pretensión en contra del demandado. Devis Echandía señala que “el objeto de la pretensión lo constituye el determinado efecto perseguido el derecho o la relación jurídica que se pretende o la responsabilidad que se imputa al sindicado y por tanto, la tutela jurídica que se reclama”.<sup>48</sup> El cumplimiento de este elemento de la pretensión es exigido por el ordenamiento procesal, requiriendo que en su formulación determine de manera clara y concreta lo que se pide, la falta de claridad en este elemento objetivo puede generar la propuesta por parte del demandado de la excepción de oscuridad o de la excepción de ambigüedad del pedido.

El pedido expreso y concreto de lo que realmente se busca y exige, se llama petitorio o petitium, es la fórmula reducida de lo que busca el pretensor al recurrir al

---

<sup>48</sup> **DAVIS ECHANDÍA, HERNANDO.** “Teoría General del Proceso.” Tomo I Editorial Universidad, Bs. Argentina. 1984, Pág. 239.

proceso, es lo que quiere satisfacer el actor cuando se lo exige al demandado a través del juez.

El petitorio es el elemento de la pretensión que no puede ser variado o modificado por el juez, el director del proceso al calificar la demanda, admitirla y correrle traslado lo que hace es una función de intermediario para hacerla conocer a la contraparte, final destinatario de la misma, sin embargo luego que ésta ejerce el contradictorio o no, y se realice la actividad necesaria para actuar la prueba, estará en posición de resolverla.

Es el petitorio un elemento esencial de pronunciamiento de la sentencia, ya que el juez debe emitir orden expresa sobre él en la parte decisoria. Así, si se pretende el pago de una suma de dinero el juez decidirá si proceda ordenar el pago, indicando al obligado y al beneficiario, señalar además el monto de la prestación, de otro lado si se pretende el desalojo de un inmueble se debe pronunciar en el fallo si procede el mismo y sobre qué inmueble recae la decisión y quién es el beneficiado con la decisión y quién el obligado a restituirlo. Ello quiere decir que debe emitir pronunciamiento sobre lo pedido. De aquí se puede verificar también los alcances de la cosa juzgada desde el punto de vista subjetivo.

El petitorio es fundamental para determinar cuándo una sentencia respeta el principio de congruencia procesal. Pues de lo pretendido y lo resuelto partimos para

hacer el análisis comparativo y definir si el juez emitió pronunciamiento respetando lo pedido, omitiendo o excediendo en las peticiones formuladas por las partes. Es de mucha utilidad tomar en cuenta lo pedido para resolver correctamente en la sentencia ya que en la práctica muchas sentencias son declaradas nulas justamente por falta de congruencia entre lo pedido y lo resuelto por el juez.

**La causa petendi:** La causa de pedir, es la razón por lo cual se llegó al extremo de recurrir al Estado para pedir tutela, está conformada de un lado por los hechos o material fáctico que sustenta la pretensión, es la configuración de hechos ocurridos en el pasado que generan la posibilidad de proponer la pretensión, no hay pretensión procesal que no dependa de hechos y por el contrario se propicie por generación espontánea, tanto depende de hechos la pretensión que para recibir una sentencia favorable éstos deben ser probados por el pretensor, de lo contrario la pretensión obtendrá un pronunciamiento negativo o sentencia desestimatoria.

De otro lado, estos hechos no solo sirven para sustentar la pretensión sino que grafican más bien la situación de hecho o de un supuesto por la cual se exige una consecuencia jurídica.

Los hechos que sustentan la pretensión son requisito formal exigido por la norma procesal para la presentación de una demanda, se propone en la norma que el pretensor haga llegar al juez los hechos de la forma más precisa, enumerada, con

orden y claridad. El respaldo y adecuación de la norma jurídica a los hechos expuestos son también requisito formal de la demanda.

De lo que podemos deducir que los hechos sólo son propuestos por el demandante al formular su pretensión o el demandado al ejercer contra demanda y su defensa. No los propone ni los inventa el juez, inclusive los hechos expuestos por las partes son un limitante para el juez al momento de resolver, porque no puede invocar hechos que no se encuentren involucrados en el proceso.

La causa petendi la asimila Devis Echandía con la razón, concretamente a la razón de hecho, e indica que “la razón de la pretensión se identifica con la causa petendi de la demanda. Refiere que la *razón* es de *hecho* y de *derecho*, y la define como la afirmación de que lo reclamado en virtud de ciertos hechos que coincide con la norma jurídica, cuya actuación se pide para obtener esos efectos jurídicos, que es el fundamento que se les asigna.”<sup>49</sup>

Entre el petitorio y la causa petendi debe existir una relación directa, de tal manera que debe aparecer concordancia entre lo que se pide y los hechos que la sustentan, el divorcio de ambos, genera la improcedencia de la demanda, ilustran para el tema el típico ejemplo del petitorio por el cual se pide de manera concreta la resolución contractual y por el contrario los hechos están referidos a una rescisión

de contrato, o en el caso que se pida la nulidad de un acto jurídico cuando los hechos se refieren a una situación de anulabilidad.. Esta situación parte de la premisa que el Juez no puede modificar el petitorio ni los hechos que la sustentan ya que estos son responsabilidad de las partes, en cambio es posible que la fundamentación jurídica proporcionada por el actor no sea la idónea para respaldar jurídicamente el petitorio, entonces, corresponderá al Juez hacer uso del aforismo *iura novit curia*, lo que de alguna forma configura a la fundamentación jurídica como un aspecto que se debe incorporar a la demanda como facultativo, ya que si no está o lo está de manera defectuosa el Juez está obligado a la aplicación de la norma jurídica que corresponda al caso concreto.

**Fundamentación Jurídica:** Estos hechos a los que se hizo referencia en la causa petendi deben tener un referente en la norma jurídica cuya aplicación se invoca, los hechos deben adecuarse a la norma jurídica, deben tener un respaldo en el sistema jurídico, esto es lo que se conoce como fundamentación jurídica. Entonces los hechos y el derecho que les proporciona consecuencias jurídicas son los que dan cuerpo a la razón de pedir.

Sin embargo habría que indicar que si el pretensor invoca una norma legal equívoca, no significa que la pretensión pueda desestimarse por esta razón, pues el juez está capacitado para aplicar la que corresponda al caso concreto, es mas, se

---

<sup>49</sup> **DAVIS ECHANDÍA, HERNANDO.** “Teoría General del Proceso.” Tomo I Editorial Universidad, Bs. Argentina. 1984, Pág. 273.

debería entender en él incorporadas todas las normas jurídicas a las que haga alusión aunque habría que aclarar que esta facultad corresponde sólo a normas del sistema jurídico interno, pues en el caso de normas de otro ordenamiento corresponde al pretensor probar su existencia y vigencia.

De esta forma llegamos a ver que la pretensión procesal tiene suma importancia en el proceso civil, razón por la cual sobre ella gira toda la actividad jurisdiccional. “La pretensión procesal y la oposición en su contra de fondo o de forma formulada por el demandado son el objeto del proceso”<sup>50</sup>. Sus elementos determinan: cuál será la limitación del pronunciamiento final basado en el principio de congruencia, define los alcances de la cosa juzgada, sirve para determinar la procedencia de la acumulación objetiva originaria y sucesiva, a partir de ella se define la existencia de litispendencia, la legitimidad para obrar, etc.

---

<sup>50</sup> **GUASP, JAIME.** “La Pretensión Procesal”, en Revista de Derecho Procesal, Vol. I, 1999. Bs.As. 1951. Pág. 27

## CAPITULO III

### GENERALIDADES DEL PROCESO

#### 3.1. CONCEPTO DE PROCESO

La palabra proceso surge en el derecho canónico derivada del latín “procedere” término equivalente a avanzar, la trayectoria hacia un fin propuesto, no solo de una vez sino a través de sucesivos momentos, pero el proceso no se adelanta por el movimiento mismo ni por la dinámica de este, quien lo utiliza quiere obtener un producto acabado para sí.

Tenemos además que entender que proceso es un término genérico que no es propio y que no se lo utiliza exclusivamente en el ámbito jurídico. “En sentido amplio se entiende por proceso el momento dinámico de cualquier fenómeno es decir de todo fenómeno en su devenir”<sup>51</sup>, por ejemplo tenemos procesos químicos, físicos, históricos, y de cualquier otra variedad, es decir un conjunto de actos coordinados para producir un fin, así se puede hablar de un proceso de producción, un proceso científico, todos ellos sirven para representar un momento de evolución de cualquier cosa.

Desde el punto de vista de la teoría general del derecho se le entiende como la actividad que despliegan los órganos del Estado en la creación y aplicación de normas

---

<sup>51</sup> **ROCCO UGO**, “Tratado de derecho Procesal Civil”, Editorial Temis, Bogota 1969, Pág. 114

jurídicas, bien sean estas generales o individuales, se lo entiende también como una serie o cadena de actos coordinados para el logro de un fin jurídico.

La terminología jurídica tradicional utiliza el vocablo proceso como sinónimo de proceso judicial, aunque no excluye de su marco a la actividad que se desarrolla por y ante los árbitros y amigables compondores siempre desde luego que estos cumplan esa actividad dentro del mismo ámbito de competencia en el que pueden intervenir los órganos jurídicos.

Por ello ateniéndonos a la actividad de jueces y árbitros cabe definir al proceso como “el conjunto de actos con reglas preestablecidas que conducen a la creación de una norma individual destinada a regir en determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos ajenos al órgano que han querido la intervención de este en un caso concreto así como la conducta del sujeto o sujetos también extraños al órgano frente a quienes se ha requerido esa intervención”<sup>52</sup>.

Autores como Couture definen al proceso como una “secuencia de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver mediante un juicio de la autoridad el conflicto sometido a su decisión”

En general la doctrina define al proceso como “el conjunto de actos que tiene por objeto la decisión de un conflicto o de un litigio, existiendo también autores que

---

<sup>52</sup> PALACIO LINO ENRIQUE; “Derecho Procesal Civil”; Tomo I; Abeledo Perrot; 1977 Pág. 221.

compartiendo en mayor o menor medida ese concepto, incorporan expresamente a sus definiciones las ideas de acción, pretensión y jurisdicción”<sup>53</sup>

Estas definiciones parecen no reconocer la calidad de verdaderos procesos a todas aquellas actividades judiciales cuya finalidad se reduce a constituir, integrar o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas, siendo ajenas, por lo tanto a la existencia de un conflicto entre partes. Para poseer una verdadera idea clara de lo que es un proceso se debe necesariamente desde el punto de vista del derecho procesal en sentido estricto incluir a los llamados actos de jurisdicción voluntaria en su definición.

De allí, que las nociones de acción, pretensión y jurisdicción carezcan de relevancia por sí solas como notas definitorias del proceso. Como ya se indico anteriormente, la acción no es mas que un poder de carácter político o administrativo, resulta ajena a los específicos problemas que aquel plantea, y la pretensión como declaración de voluntad formulada frente a una persona distinta al autor de esa declaración resulta inaplicable al ámbito de los procesos voluntarios, en los que no media conflicto alguno entre dos partes y cuyo objeto consiste en una mera petición dirigida al órgano judicial, debe también descartarse en razón de revestir carácter administrativo y no jurisdiccional la actividad que los órganos judiciales despliegan en ese tipo de procesos.

---

<sup>53</sup> **PODETTI**; citado por **PALACIO LINO ENRIQUE**; “Derecho Procesal Civil”; Tomo I; Abeledo Perrot; 1977 Pág. 222.

De esta forma la definición antes propuesta se limita a aludir como finalidad del proceso la creación de una norma individual destinada a regir un aspecto específico de la conducta de determinados sujetos extraños al órgano pues ese concepto es comprensivo de todas las modalidades que puede revestir el acto mediante el cual culmina cualquier clase de proceso. Importan la creación de una norma jurídica individual todas las decisiones mediante las cuales se define un proceso de conocimiento, un proceso cautelar o un proceso de ejecución, por cuanto ellas comportan la especificación con referencia a un caso concreto de alguna de las menciones contenidas en una norma general. El mismo caso se configura en las resoluciones recaídas en los procesos de jurisdicción voluntaria y en los laudos arbitrales.

Aparentemente se podría argumentar contra la generalidad del hecho precedente mencionado, que el no se verificaría en los procesos de ejecución por cuanto siendo la finalidad de estos hacer efectiva una norma individual ya creada en un proceso anterior no quedaría margen para la creación jurídica. Sin embargo esta conclusión resulta insostenible ya que las posibilidades que se presenta ante el juez de la ejecución y de la consiguiente necesidad en que éste ha de encontrarse, frente a tales posibilidades de individualizar las menciones contenidas en las normas generales que reglamentan esa clase de procesos.

Proceso procesal es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado para obtener mediante la actuación de la ley en un caso concreto la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas en vista de su incertidumbre

de su desconocimiento, insatisfacción, o para la investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones.

Si hablamos específicamente del proceso dentro de la rama del derecho civil podemos definirlo como el conjunto de las actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes necesarias para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional civil.

Lo que debe interesarnos es el proceso netamente en su acepción jurídica, cuando sucede un hecho que debe ser tutelado por el derecho por ello Carnelutti expresa que “el proceso, frente a la violación del precepto constituye el cumplimiento de la promesa que garantiza la ley”<sup>54</sup>

El proceso es el conjunto de actos coordinados que se realizan ante los tribunales de justicia a fin de aplicar la ley al caso sometido al conocimiento de ellos.

Carnelutti con respecto al proceso dice: “Es el conjunto de todos los actos que se realizan para la solución de un litigio”

Todas las definiciones del proceso tienden a reconocer que se trata de resolver un conflicto mediante la actuación de la ley en el caso concreto a través de dos instancias, la declaración y la ejecución forzosa.

---

<sup>54</sup> **CARNELUTTI FRANCISCO**, “Derecho y Proceso” Tomo I, Editorial Ejea BS. Argentina 1967. Pág. 75.

### **3.2. FINALIDAD DEL PROCESO**

Algunos autores asignan como finalidad del proceso la actuación del derecho objetivo, mientras que para otros la tutela de los derechos subjetivos. Para diferenciarlo, podemos decir que la concepción objetiva atiende a la finalidad del Estado, y la concepción subjetiva atiende a la finalidad del actor que persigue que se realicen los derechos que cree poder alegar, pero en conclusión se debe entender que el fin último del proceso es la composición de la litis para así lograr la paz y armonía de los pueblos que viven en sociedad. Siendo así su finalidad la satisfacción del interés público.

Claro que esto no se alcanza en un acto único, en un solo momento, el derecho no puede ser instantáneo. Por ello sí bien el proceso no puede durar un instante debe durar lo estrictamente necesario para que pueda ser estudiado pero no que se lo dilate sin ningún fin específico.

Se argumenta también que la finalidad del proceso es la actuación de la ley, de esta forma el proceso no es un mecanismo hecho para quitar la justicia sustancial, sino para hacerla vigente mediante la consecución de la paz social.

### **3.3. PROCESO, JUICIO Y PROCEDIMIENTO**

Se considera al proceso como una institución ya que constituye un conjunto de actos que persiguen una finalidad única y al procedimiento como una serie sucesiva y combinada de los que han de realizarse para conseguirla, se podría establecer al proceso

como continente y al procedimiento como contenido. A manera de ejemplo podemos decir que en nuestro derecho el proceso declarativo comprende varios procedimientos.

Se suele utilizar en la práctica judicial la palabra juicio como sinónimo de proceso. Debemos analizar que se trata de conceptos que se encuentran en relación de especie a género, pues mientras la expresión juicio supone la existencia de una controversia o por lo menos de un conflicto entre partes la palabra proceso resulta adecuada para denotar tanto aquellos casos en los que media conflicto pero no controversia, como aquellos en los que ni siquiera existe conflicto como son los procesos denominados de jurisdicción voluntaria.

No cabe tampoco identificar los términos proceso y procedimiento. Carnelutti identifica al proceso como “el conjunto de actos necesarios en cada caso para llegar a obtener la decisión de un caso en concreto por parte de determinados órganos, El proceso sirve para denotar un máximo; procedimiento un mínimo, a formar el primero contribuye a la idea de conjunto; a formar el segundo la idea de coordinación”<sup>55</sup>. El procedimiento en cambio constituye cada una de las fases o etapas que aquel puede comprender, así al procedimiento de primera instancia puede seguir en caso de apelación, un procedimiento de segunda instancia en cuyo caso el proceso se integra con dos procedimientos, o por el contrario, el proceso puede contener menos de un procedimiento, en el caso de que, por ejemplo se extinga con anterioridad al pronunciamiento de la decisión de primera instancia. Por ello citando nuevamente a

---

<sup>55</sup> **CARNELUTTI**, citado por **PALLARES EDUARDO**. “Diccionario de derecho procesal civil” Editorial Porrúa, México. 1963. Pág. 598

Carnelutti dice que “para distinguir mejor entre proceso y procedimiento se puede pensar en el sistema decimal, el procedimiento es la decena; el proceso es el número concreto, el cual puede no alcanzar la decena o bien comprender mas de una”<sup>56</sup>

### **3.4. ELEMENTOS DEL PROCESO**

Podemos decir que todo proceso consta de un elemento subjetivo y de un elemento objetivo.

- a) El elemento subjetivo esta representado por las personas facultadas para iniciarlo, impulsarlo, extinguirlo y decidirlo. En los procesos contenciosos son sujetos primarios el órgano judicial o arbitral y las partes, en estos existe necesariamente dos partes: el actor y el demandado. Actor es la persona que formula la pretensión que debe ser satisfecha por el órgano, y demandado la persona frente a quien se formula dicha pretensión<sup>57</sup> . Estos dos tienen una posición igualitaria pero por debajo del órgano. No importa la participación de varios actores o demandados formando la figura del litis consorcio.

En los procesos voluntarios existen como sujetos primarios que se encuentran por debajo del órgano judicial uno o más peticionarios.

---

<sup>56</sup> **CARNELUTTI, FRANCISCO**. “Instituciones del Derecho Procesal”. Buenos Aires, Editorial Uthea, 1974. Tomo I Pág. 421

<sup>57</sup> **GUASP, JAIME**. “Derecho Procesal Civil”. Editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1977, Pág.

Además de estas partes intervienen como auxiliares del órgano una serie de personas (secretarios, peritos, abogados, procuradores, etc.) a las que cabe denominar sujetos secundarios.

- b) El elemento objetivo puede estar constituido por una pretensión o por una petición extracontenciosa, según que la intervención del órgano sea requerida para resolver un conflicto o para constituir, integrar o acordar eficacia a una relación jurídica. La pretensión y la petición extracontenciosa.
- c) Finalmente podemos también citar a la actividad que comprende el conjunto de actos que deben cumplir los sujetos procesales desde el comienzo del proceso hasta la decisión que le pone fin.

### **3.5. NATURALEZA JURIDICA DEL PROCESO**

“Pareciera ser que todo jurista sabe que es el proceso pero el problema surge al momento de explicar sus vicisitudes”<sup>58</sup> es por ello que no resulta tarea fácil el determinar la naturaleza jurídica del proceso. El proceso traspasa un criterio tan solo jurídico, ya que como se anotó anteriormente su finalidad es buscar la paz social. Pero aun así debemos reconocer al proceso como el instrumento necesario para que la función jurisdiccional se realice, el juez y las partes realizan actos los cuales desde su inicio, desarrollo y extinción tienen carácter jurídico porque están preordenados por la ley

---

<sup>58</sup> **PARRA QUIJANO JAIRO**, “Derecho Procesal Civil” Tomo I, Editorial Temis Santa Fe de Bogota Colombia 1992, Pág. 80

instrumental, es decir es un proceso regular y válidamente realizado por los órganos estatales instituidos para la aplicación del Derecho. En su significación jurídica consiste en el fenómeno o estado dinámico producido para obtener la aplicación de la ley a un caso concreto y particular.

El proceso es una unidad jurídica, una organización jurídica, en otros términos una relación jurídica, una unidad porque varios de los actos de los que se compone están coligados, uno es consecuencia del anterior y causa del que le sigue en búsqueda de un fin común.

La doctrina se ha preocupado de establecer la calificación que corresponde al proceso dentro de las figuras jurídicas, el motivo fundamental de esta cuestión en tratar de descubrir la índole de las vinculaciones que existe entre las partes, o entre estas y el órgano judicial.

Entre las distintas teorías que se han generado cabe destacar por una parte la teoría contractualista y la cuasicontractualista basadas ambas en categorías del derecho privado. , Y por otra parte, las de la relación jurídica, de la situación jurídica y de la institución.

A. TEORÍA CONTRACTUALISTA.- Esta teoría esta fundada en las modalidades y efectos de que se hallaba revestida la litiscontestatio en el derecho romano clásico, en donde se la definía como “ el contrato por el cual las partes aceptan de

común acuerdo la formula que ha sido deferida por el magistrado”<sup>59</sup>, es decir “consistía en un contrato formal entre las partes en el que se fijaban los puntos litigiosos y del que emanaban los poderes del juez y cuyo efecto más importante era el de novar el derecho invocado por el actor en un nuevo derecho consistente en la obtención de una sentencia dentro del ámbito asignado a la cuestión litigiosa”<sup>60</sup>.

Durante la época del procedimiento extraordinario donde desapareció la división del proceso en dos tiempos y quedo abandonada la idea de arbitraje la *litis contestatio* perdió sus efectos más importantes y esencialmente su carácter contractual pues la sujeción de las partes al imperio del magistrado durante todo el desarrollo del proceso hizo imposible el acuerdo de voluntades.

Pero existe una serie de argumentos opuestos a dicha concepción del proceso. El Estado moderno no concibe la prestación de la actividad judicial como el resultado de un previo acuerdo de las partes, sino como el ejercicio de un poder propio de su soberanía y al cual los litigantes se encuentran sujetos con prescindencia de su voluntad. Además mientras el contrato requiere por esencia el consentimiento de ambas partes, el proceso puede constituirse desenvolverse y extinguirse contra la voluntad del demandado, e incluso en ausencia de él. La libertad que se tiene para contratar no aparece con la fuerza suficiente como para que se pueda decir hoy que el proceso es un contrato.

---

<sup>59</sup> CUENCA HUMBERTO; “Proceso Civil Romano” BS Argentina. Editorial Ejea 1957. Pág. 74

B. TEORÍA CUASICOTRACTUALISTA.- Ya que resultaba demasiado forzado sostener que el proceso es un contrato y poder explicar como podía surgir aun contra el querer del demandado se utilizo la figura del cuasicontrato. Esta teoría fue ideada para evitar los inconvenientes que surgían para la concepción contractualista, la circunstancia de que el proceso pudiese tener existencia pese a no mediar el libre consentimiento de las partes

Algunos estudiosos señalan que la tesis del cuasicontrato ha procedido por simple eliminación, eligiendo dentro de las distintas fuentes de las obligaciones la menos imperfecta, pero dejando de lado a una de ellas, la ley que es la que crea las obligaciones cuyo origen es buscado.

En el fondo y en la forma estas dos teorías antes formuladas corresponden a la idea central que hay algo que tiene que ver con la voluntad de quienes participan en el proceso, pero ninguna de las dos puede explicar satisfactoriamente lo que es realmente el proceso.

C. TEORÍA DE LA RELACION JURIDICA.- Esta concepción es la que cuenta hasta la actualidad con la mayor cantidad de adeptos aunque sin uniformidad de criterios acerca de la forma en que dicha relación se configura, de quienes son los sujetos que la integran y de la índole de las vinculaciones jurídicas que entre ellos operan.

---

<sup>60</sup> FAIREN GUILLÉN VÍCTOR. “Estudios de Derecho Procesal”. Editorial Revistas de Derecho Privado. Madrid. 1955. Pág. 37

De acuerdo con esta tesis el proceso es una relación jurídica en la que en virtud de las actividades que realicen el juez y las partes establecen nexos jurídicos que los vinculan entre sí por cuanto la ley les confiere derechos y obligaciones recíprocas.

Se parte entonces de la base de que con anterioridad al pronunciamiento judicial definitivo sobre la procedencia de la demanda, las partes tienen deberes y derechos, es decir el proceso civil contiene una relación jurídica, y que todos los actos mediante los cuales el proceso se manifiesta revisten trascendencia jurídica en cuanto pertenecen a esa relación fundamental que es autónoma, compleja, de derecho público.

Se entiende entonces que el proceso no es una relación jurídica, sino todo un complejo de relaciones jurídicas constituidas por los poderes y deberes que la ley instituye a favor o a cargo de los agentes que en él intervienen. Modernamente se ha aceptado que esta teoría tiene las siguientes características.

1. Es de tracto sucesivo; que es el encadenamiento perfecto de manera que cada transacción surja de un paso previo que ya ha sido cumplido.
2. Es autónoma; ya que no depende de otras relaciones jurídicas, además será distinta en cada caso.
3. Es una relación de derecho público; ya que se permite hacer únicamente lo que esta expresamente permitido.
4. Es heterogénea; por que es única, de distinta clase, esta en relación a la autonomía.
5. Es colaborante; pues debe estar de acuerdo con las demás fases del proceso.

D. TESIS DE LA SITUACION JURIDICA.- Esta tesis indica que el proceso es una situación y no una relación, en la que el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial, que se espera con arreglo a las normas jurídicas.

Esta niega categóricamente que el proceso contenga una relación jurídica, ya que no media relación alguna de índole procesal ente el juez y las partes pues su función es únicamente administrar justicia, y porque no existe una verdadera obligación de las partes de someterse a la jurisdicción estatal, sino un estado de sujeción que no tiene origen en el proceso sino en la relación general que liga al ciudadano con el Estado.

El punto medular de esta tesis reside en la distinta función que cumplen las normas jurídicas según sea el punto de vista desde el cual se examine. Explica que en su función extrajudicial las normas son imperativos dirigidos a los ciudadanos, siendo deber y derecho la sujeción a un imperativo y poder sobre un imperativo. En su función judicial las normas constituyen medidas con arreglo a las cuales el juez debe juzgar la conducta y el estado de los ciudadanos. El proceso crea así nuevos nexos jurídicos, los cuales se hallan referidos a la sentencia judicial que las partes esperan, y son expectativas de una sentencia favorable o perspectivas de una sentencia desfavorable. Por lo tanto no es el proceso una relación jurídica sino una situación jurídica

A pesar de ser científicamente correctas las teorías de la relación jurídica o de la pluralidad de relaciones jurídicas no poseen utilidad práctica para lograr una mejor comprensión del fenómeno procesal. Para justificar su utilidad se ha argumentado que

solo concibiendo al proceso como una relación jurídica unitaria se explica que la nulidad de un acto procesal vicia los actos cumplidos subsecuentemente, aunque esto puede ser explicado sin necesidad de recurrir a la idea de relación jurídica, sino simplemente como una consecuencia de lógica normativa.

La teoría de la situación jurídica constituye una excelente descripción del proceso, pero tomado en cuenta el proceso como punto de partida de una serie de situaciones y no como un proceso inmovible para encontrar así un sentido jurídico integral. “No se puede pensar como el proceso encasillado únicamente en una de estas teorías hay siempre que relacionarlo con su contenido.”<sup>61</sup>

El concepto del proceso como institución posee la misma idea de generalidad, con la particularidad de que este es utilizado por juristas para individualizar realidades jurídicas ajenas al proceso.

Del análisis previo podemos deducir que al proceso no se lo puede encasillar dentro de otras figuras jurídicas, no resulta correcto encasillarlo dentro de ninguna de las clasificaciones propuestas ya que estas carecen de toda utilidad práctica y científica, y no ayudan a facilitar la comprensión de los problemas que suscita el funcionamiento de las instituciones procesales.

---

<sup>61</sup> **PARRA QUIJANO JAIRO**, “Derecho Procesal Civil” Tomo I, Editorial Temis Santa Fe de Bogota Colombia 1992, Pág. 88

Al proceso se lo debe tratar como un fenómeno único en el mundo del derecho y su explicación procede solo como tal, a través del análisis de sus elementos, de sus objetos y de sus principios rectores.

### **3.6. FUNCIÓN DEL PROCESO**

Con el proceso se provee asegurar la observación de las normas que regulan las relaciones de los particulares, por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria. El proceso desarrolla una actividad de los órganos públicos encaminada al ejercicio de una función estatal. El proceso se convierte así en un instrumento de justicia en manos del Estado.

Actualmente el Estado considera como función esencial propia la administración de justicia, el Estado tiene el poder de actuar la voluntad de la ley en el caso concreto, poder que se llama jurisdicción. Esta función la provee con los órganos apropiados jurisdiccionales como son jueces, secretarios, agentes judiciales, etc.

Chiovenda afirma que la función pública que se desenvuelve en el proceso consiste en la actuación de la voluntad concreta de la ley, en relación con un bien de la vida que el actor pretende, garantizado por esa voluntad. . Los órganos jurisdiccionales actúan esa voluntad de ley que estiman existente de forma concreta, dados los hechos que consideren como existentes.

El juez desarrolla dos actividades, el examinar el derecho como norma abstracta y el examen de los hechos que la convierten en concreta (cuestión de derecho y de hecho en su orden).

El examen de los hechos que el juez considera como ciertos no siempre lo son, pues esa convicción puede ser producto de un error, dolo, pruebas insuficientes, incluso la ley ordena que algunos hechos se consideren simplemente como dados, eximiéndole de investigar si son verdaderos o falsos.

### **3.7. CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS**

Los procesos se clasifican de acuerdo con las distintas ramas del derecho procesal existentes en cada país y de acuerdo a cada legislación. Nuestra tarea es dedicarnos exclusivamente a las clasificaciones del proceso civil materia de nuestro estudio, pudiendo clasificarlo de la siguiente forma:

- A. **Proceso de conocimiento.-** Es en el que se juzga quien tiene la razón. Los pronunciamientos de este proceso están representados por una declaración de certeza sobre la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor.
  
- B. **Proceso Ejecutivo.-** En este se trata de satisfacer la pretensión, ya que la razón esta demostrada por la “*ab initio*”. El proceso ejecutivo es donde se demandan ejecutivamente los títulos que contienen todos los requisitos señalados por la ley

para ser considerados como ejecutivos, llevando intrínsecamente un derecho y a la vez poseen obligaciones y efectos ejecutivos de dar, hacer, o no hacer.

**C. Proceso Cautelar.-** Tiene una finalidad instrumental que consiste en asegurar en términos de eficacia los resultados de otro proceso.

Vale hacer un especial análisis del proceso ejecutivo, que es el de principal importancia para el estudio de este trabajo. El proceso ejecutivo tiene por objeto obtener la satisfacción de la prestación a cargo del demandado y a favor del demandante, su finalidad es la solucionar el conflicto de intereses en forma definitiva, ya que la mayoría de pretensiones ejecutivas busca satisfacer una necesidad económica en dinero, en otros las obligaciones de hacer, de no hacer algo.

Es preciso aclarar que el Proceso Ejecutivo se basa en un título que ejecutivo los cuales pueden ser creados únicamente por la ley y están especificados en el Art.413 del C.P.C. Cuando existe dicho título que permite iniciar el proceso, la prestación aparece en principio como intocable, y de lo que se trata es de lograr su plena satisfacción, sin embargo, cuando el demandado propone excepciones, existe en este tramite un momento de conocimiento, la pretensión que era indiscutida se ha convertido en discutida, si bien no con la amplitud del proceso de conocimiento propiamente dicho. De este tema nos ocuparemos en capítulos posteriores.

### **3.8. ESTRUCTURA, OBJETO Y FIN DEL PROCESO**

El proceso consiste en una serie de actos diversos y sucesivos, tanto de quienes imparten justicia como de quienes siendo particulares participan en él, razón por la cual el proceso a pesar de estar dotado de una serie de actos de diversa variedad, forma una sola estructura, una sola unidad.

Esta unidad hace que no solo los actos que lo componen estén coordinados y concurren armónicamente, sino el valor que la ley asigna a cada uno de esos actos depende en base de ser parte de un todo y de su influencia con un fin común, existiendo por tanto una dependencia íntima entre ellos, es por esta razón de íntima relación e interdependencia que la nulidad de uno de estos actos vicia también en nulidad a otros actos.

Como objeto del proceso judicial tenemos a la relación jurídica, a los actos jurídicos o a los hechos a los cuales debe aplicarse en el caso concreto las normas que los regulen para decidir sobre su existencia y sus efectos jurídicos.<sup>62</sup>

Al fin del proceso lo podemos identificar en dos grupos las distintas concepciones, el objetivo y el subjetivo. Para el primero es la actuación del derecho objetivo en cada caso en concreto, y para es segundo es la tutela de los derechos subjetivos y de la libertad y dignidad humana. Ambos conceptos presentan verdad en sus

---

<sup>62</sup> **DAVIS ECHANDÍA HERNANDO**, “Compendio de Derecho Procesal” Editorial Universidad Bogota 1961 Pág. 104

contenidos, es decir, para entender el verdadero fin del proceso se debe combinar ambos para tener así una verdadera noción. Aunque se coincide que el verdadero fin del proceso es el mantenimiento de la paz social y las buenas relaciones del grupo social tutelado por el Estado. Se puede decir también que el proceso tiene como finalidad “ atender las pretensiones de las partes mediante la aplicación de la ley, por su medio se da respuesta a las referidas pretensiones y se mantiene el imperio de la ley mediante su aplicación al conflicto, contribuyendo así a la paz social”<sup>63</sup>

### **3.9. CARACTERISTICAS DEL PROCESO**

Según el jurista Pedro Aragonese, “el proceso como tipo ideal aplicable a la satisfacción de cualquier pretensión, presenta las siguientes notas”<sup>64</sup>

1. Es una institución procesal ya que constituye la naturaleza general de su estructura.
2. Para la realización coactiva e imparcial de la justicia como fundamento institucional.
3. Por la que se satisfacen es decir, su fin empírico, el cual es su objeto.
4. Que unos sujetos actúan frente a otros, carácter contencioso del proceso.
5. Afirmando su fundamento jurídico, causa de la pretensión.

---

<sup>63</sup> ESCOBAR FORNOS IVÁN; “Introducción al Proceso”; Editorial Temis; Bogotá Colombia; 1.990; Pág.30

<sup>64</sup> ARAGONESES PEDRO; “Proceso y Derecho Procesal Civil” Editorial Aguilar Madrid; 1960, Pág. 297

6. Siguiendo al efecto un procedimiento contradictorio previamente establecido, método de averiguación procesal, como garantía individual.

### **3.10. TUTELA JURÍDICA DEL PROCESO**

A las tutelas realizadas por el proceso las podemos clasificar de la siguiente forma:

- a) Tutela de la persona humana frente a los demás asociados.- Esta tutela nace contemporáneamente con el derecho procesal, en donde se protege a cada individuo frente a los demás, en el respectivo grupo social. En un principio esta tutela comprende la vida, la integridad física, la propiedad o incluso el uso de los instrumentos primitivos de caza y pesca, y más tarde de actividades agrícolas. Se inicia así lo que años mas tarde seria el sistema de administración de justicia por y consagra la regla básica para su funcionamiento: “la obligatoriedad de someterse a la autoridad para la solución de conflictos”<sup>65</sup>.

Se puede decir que el desarrollo de la vida humana ha sido el del desarrollo del derecho procesal porque este indica el grado de desarrollo del concepto de autoridad de las limitaciones a la arbitrariedad de cada uno; de la tutela de los derechos elementales de toda persona que en otro tiempo se los denominaba “derechos naturales”.

---

<sup>65</sup> **DAVIS ECHANDÍA HERNANDO**; “Estudio de Derecho Procesal”; Tomo I; Editorial ABC Bogota; Pág. 166.

De aquí surge el concepto de jurisdicción como poder del Estado acogido por la trilogía de poderes en la forma moderna de nuestro Estado, limitando su ejercicio unos por otros.

- b) Tutela de la Persona Frente al Gobernante.- Casi desde el momento en que surge la primera tutela nace la idea de esta segunda, cuando se establecieron las rudimentarias reglas para el uso del poder, de la administración de justicia entre los súbditos. Nace así el procedimiento judicial simultáneamente con el de concepto de autoridad o poder para dirimir conflictos, la necesidad de ser oído para ser juzgado. Comienza así la idea que años mas tarde se formaría como la de la tutela de la libertad individual y de los derechos particulares base sobre la que se constituye el Estado de Derecho de los tiempos modernos sin el cual no puede existir libertad ni paz ni armonía ni justicia ni democracia<sup>66</sup>.

Esta segunda tutela alcanza mayor importancia cuando se proclaman normas sobre la manera de actuar para administrar justicia en los casos concretos, ya que se entrega una garantía para la defensa. Este procedimiento es susceptible de cambio pero debe aplicarse obligatoriamente a todos los individuos, es decir, se crea la idea básica de una tutela frente al tutelador, una protección contra la arbitrariedad del protector cuando este actúa como administrador de justicia judicial.

---

<sup>66</sup> **COUTURE, EDUARDO J.** "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Editorial Depalma. Bs. Argentina. 1958. Pág. 148

Esta tutela es al igual que la primera fundamental pues igual protección se necesita de la fuerza de otra persona cuanto de la fuerza de quien administra justicia lo que se traduciría en la imposibilidad de ejercer el derecho a la defensa.

- c) Tutela del Derecho Procesal a las Personas Mediante Jueces Independientes.- Al surgir la división de los poderes del Estado, se creó una función especializada en la administración de justicia surgiendo así una tutela procesal en donde los individuos tienen la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa en toda clase de procesos para no ser juzgado sin existir una real oportunidad práctica de haber sido escuchado para presentar así su oposición a las pretensiones o imputaciones que se le formulan y a la amenaza de una condena.

Se hace entonces más firme la protección de la persona frente a quienes deben protegerla administrando justicia, entonces resulta obvio que a mayor independencia de la rama u órgano jurisdiccional frente a las demás ramas del Estado se realizara una mejor actividad, más imparcial mas acertada al librarse de influencias que podrían desviar el resultado. Por eso es una imperiosa necesidad la de independencia de los jueces frente a los gobernantes, políticos ya que solo así puede existir un buen sistema judicial representante del Estado de Derecho, sin independencia verdadera no puede existir una verdadera imparcialidad.

- d) Tutela de las Personas Frente a los Jueces Encargados de Administrar Justicia.  
La anterior tutela esta reforzada con la expedición de Códigos de Procedimiento, por los órganos legislativos en donde se determina de forma obligatoria los

tramites para juzgadores y ajusticiables, creándose así una idea de seguridad de las personas frente al poder jurisdiccional del Estado ejercido por conducto de los jueces.

Las reglas para promover el proceso contra alguien y para que tanto aquel como este ejerciten su derecho a la defensa se vuelven definitivas y firmes de fácil consulta, de cumplimiento imperativo y garantizado por recursos y en caso de su incumplimiento sancionado por la nulidad procesal. Todo esto complementa la tutela de la libertad y garantiza el derecho a una real y practica igualdad de oportunidades en la defensa y en la marcha de los procesos.

Surge así el concepto de jurisdicción como un deber además de un poder del Estado pues debe prestar de forma ritual en la manera en que la ley consagre a obtener el servicio de este derecho subjetivo de acción correspondiente a toda persona en el que toda persona tiene derecho de participar en un proceso para cualquier fin que se busque, sin discriminación de las pretensiones que formule ni del fundamento legal que estas contengan.

Surge así la vinculación inseparable entre acción y derecho a contradicción como dos aspectos de una misma figura jurídica, mirados desde el punto de vista de quien pide la iniciación del proceso y de quien como consecuencia de ella se encuentra vinculado a éste. El ejercicio de la acción le da al actor el derecho a que el Estado resuelva sobre la pretensión que formula, la contradicción otorga similar derecho para que se decida sobre

las imputaciones penales que se formulan al denunciado o imputado y sobre los efectos jurídicos que se le pretenden imponer al demandado.

Jurisdicción como derecho y poder del Estado para someter a aquella, a todas las personas que se encuentran dentro de su territorio y como deber respecto a esas mismas personas cuando le soliciten su ejercicio; acción como derecho subjetivo de toda persona a exigirle al Estado la prestación de su jurisdicción mediante el proceso para casos concretos y derecho de contradicción para que quien es llamado a un proceso disponga de iguales oportunidades de defensa y de la decisión jurisdiccional que resuelva sobre su situación.

e) Humanización de la Justicia Judicial y su Contenido Social de Interés Público.

Esta tutela esta representada por la humanización y el contenido social y de interés publico que el derecho procesal ha impuesto en la administración de la justicia para hacerlo prevalecer sobre los intereses particulares de quienes recurren a ella o sean involucrados contra su voluntad en los procesos, siempre egoístas puesto que persiguen la satisfacción de sus personales pretensiones o el triunfo de sus oposiciones y defensas.

El derecho procesal moderno reclama la tutela de todos los integrantes del Estado sin diferenciación alguna mediante facultades inquisitivas probatorias, de impulso oficioso del proceso, de control preventivo y de sanción y corrección de las actuaciones desleales o fraudulentas para así procurar que la declaración de igualdad de las partes ante la ley procesal y en el recurso del proceso no se quedara simplemente en principios

sin efectividad practica, puesto que el principio de igualdad de nada sirve si no se adoptan medidas para hacerlo realidad en la practica en la vida social y en los tramites de los procesos.

Al equilibrar las desigualdades sociales en la practica de los procesos se puede hablar de tener la posibilidad de llegar a obtener una sentencia justa, así la justicia se ajusta mas a la realidad haciéndose más eficaz, se ha vuelto lógica y civilizada la investigación de los hechos mediante las pruebas judiciales eliminando la obtención de pruebas por medios no aptos.

La dignidad de la persona y su libertad física y jurídica muchas veces violadas con medios crueles y bárbaros obtuvieron una eficaz tutela. Incluso esta tutela ha avanzado ya que a los pobres en muchos países se les ofrece asesoría y representación en los procesos por abogados y de forma gratuita, haciéndose así más real el legítimo derecho a la defensa, poniéndose la justicia al alcance de todos.

- f) Tutela para Interponer Recursos Contra Errores, Negligencia y Arbitrariedades de Jueces.- Extraordinario es el avance que ha tenido la tutela jurídica procesal para defender las libertades. Con la creación de órganos jurisdiccionales independientes, especializados y permanentes cuyo funcionamiento esta regulado en normas preexistentes impuestas por el Estado se garantiza la imparcialidad, aumentando así la posibilidad de obtener sentencias y otras decisiones judiciales más acertadas, justas y apegadas a la ley.

Pero el ser humano es imperfecto de manera que es imposible el alcanzar la perfección en la administración de justicia, aun a pesar de que se seleccione gente proba siempre existirá la posibilidad de parcialidad en la decisión.

Surge así la necesidad de tutelar a los involucrados en el proceso de la aplicación de la ley sustancial y procesal, de las arbitrariedades, de los errores, y las negligencias de los errores de los funcionarios jurisdiccionales, resultando indispensable un sistema para corregir los errores y subsanar los vicios que lleguen a presentarse.

Para tal fin el derecho procesal ha creado las instituciones de los recursos ordinarios y extraordinarios, de las nulidades procesales y de los impedimentos y recusaciones que completan la garantía de los individuos de estar amparados dentro del ámbito de la impartición de justicia.

Los recursos son el remedio normal y más apropiado porque evitan demoras en la marcha del proceso. La nulidad es el remedio anormal y drástico. Recursos y nulidades se complementan recíprocamente.

Para que opere el recurso ante funcionarios de superior jerarquía que se presumen mas capacitados se ha mantenido indiscutido durante siglos hasta la actualidad el principio de las dos instancias para que exista así la revisión de la sentencia que dicte el juez de la primera ante otro en la segunda, e incluso el recurso extraordinario que permite la revisión de la sentencia de segunda instancia, pero con limitados alcances y no para todos los procesos, el de casación, cuya oportuna formulación impide que la

sentencia de segunda instancia se ejecutorie y pueda tener efectos definitivos e inmutables de cosa juzgada.

De esta manera se busca mayor posibilidad de certeza y legalidad en las decisiones judiciales. El único problema que en la práctica se ha presentado es la extrema demora y en muchos casos la falta de medios para acceder a esta segunda instancia, por ello autores como Couture se ha pronunciado opinado que”: Creemos además que hay mejor garantía de certeza y legalidad en las decisiones judiciales con una sola instancia, pero ante magistrados de alcurnia análoga a los que actualmente tienen quienes forman parte de los llamados Tribunales Superiores de segunda instancia, que actúen siempre en número plural que con dos instancias cuando la primera es ante un juez unipersonal de inferior jerarquía y por tanto casi siempre de menos preparación”.<sup>67</sup>

En todo caso podemos deducir que lo importante en la actualidad es obtener los dos fines cruciales para la justicia judicial contemporánea, fines que son: la aceleración máxima del proceso, y el cumplimiento del derecho constitucional a la defensa y garantía y legalidad en las decisiones.

- g) Tutela Contra Actos Administrativos o del Órgano Ejecutivo.- La división de los poderes del Estado en las tres ramas o tres funciones con límites preestablecidos

---

<sup>67</sup> COUTURE citado por DAVIS ECHANDÍA HERNANDO; “Estudio de Derecho Procesal”; Tomo I; Editorial ABC Bogota; 1982 Pág. 176.

y autorregulados representó una valiosísima contribución del derecho constitucional a la tutela de la libertad de la persona.

Pero esta conquista no es suficiente para impedir arbitrariedades, las omisiones dolosas o culposas en la prestación de los servicios públicos, por parte de los funcionarios del órgano ejecutivo administrativo del Estado en perjuicio de los derechos individuales y sociales de los particulares e inclusive de las entidades publicas. Surge así la necesidad de la protección o tutela procesal del individuo frente a los gobernantes, de su vida, sus libertades etc. pero no se trata de una tutela para una recta administración de justicia, sino que se trata de una tutela mucho más avanzada contra las actuaciones administrativas, es decir, relacionadas con las funciones de la administración publica o de carácter puramente ejecutivo. Para que esta tutela pueda funcionar correctamente en la practica se tuvo que archivar completamente el concepto de poder absoluto de los gobernantes además de la aceptación del principio democrático de la ilegalidad de los actos de aquellos que excedan sus facultades y que se resume en el principio de que las autoridades pueden hacer únicamente lo que les esta expresamente permitido por la constitución y las leyes, principio ampliamente aceptado dentro del derecho publico.

Esta tutela funciona mediante la llamada justicia contencioso administrativa que permite el ejercicio de la acción publica por cualquier persona que incluso no tenga un interés personal. Pero lo que cabe señalar es que para que esta tutela se aplique en la práctica es necesario una elevada civilización política, es decir un verdadero Estado de Derecho en donde los magistrados puedan actuar libres de coacción política y gubernamental. Vemos entonces la verdadera finalidad de interés público de esta tutela

contra los desmanes u omisiones culposas de los funcionarios de la administración sin distinción de jerarquía.

- h) Tutela del Orden Jurídico Constitucional frente a los actos legales de cualquier origen que sean y a la libertad y derechos subjetivos de la persona.- Esta tutela cierra el ciclo de la general protección de la persona en su vida, integridad física, dignidad y sus derechos subjetivos.

Es una tutela indirecta pues opera bajo el reflejo de la tutela directa al orden jurídico superior vigente en cada nación y constituido por los principios político jurídicos que en cada momento histórico y de acuerdo con los intereses de la clase dominante se consagran en la llamada ley de leyes, Carta Magna o Constitución Nacional.<sup>68</sup>

Esta tutela trata de limitar el poder legislativo de las corporaciones creadas por la misma Constitución a efectos de que las leyes que expidan no vulneren las normas superiores consagradas en tal constitución aun cuando esta pueda ser modificada por las mismas corporaciones de acuerdo con los requisitos formales que en ella se consagren<sup>69</sup>

Esta tutela se extiende a evitar que gobernantes en el ejercicio de sus poderes constitucionales o de sus facultades legales tomen decisiones de facto desconozcan o

---

<sup>68</sup> **CAPELLETI MAURO**, “El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado” México Universidad Autónoma 1966, Pág. 264

<sup>69</sup> **RODRÍGUEZ JOSÉ** “El Proceso como Regulador de las garantías constitucionales” Editorial Valencia, Venezuela 1975, Pág. 126

violen los principios constitucionales. Es una protección frente a los protectores para que de esta forma no sean violentados ninguno de los derechos objetivos ni subjetivos consagrados en la constitución.

### **3. 11. PRINCIPIOS PROCESALES**

Los principios rectores del proceso son las ideas fundamentales en que se inspira el proceso. El juez debe siempre tenerlos en cuenta para de esta forma tramitar y llegar a una resolución. El legislador también tiene que tomarlos en cuenta para cumplir con su función de promulgar las leyes.

Los principios rectores del proceso determinaran su finalidad, las reglas que se deben seguir en su trámite y la manera correcta de interpretar y aplicar las normas procesales

#### **3.11.1. PRINCIPIOS PROCESALES COMUNES AL DERECHO PROCESAL CIVIL Y AL DERECHO PROCESAL PENAL**

Existen principios procesales pertenecientes a las ramas civil y penal, entre los principales principios procesales comunes a estas dos ramas podemos citar los siguientes:

- a. **Principio de la Valoración Probatoria:** La valoración de la prueba es la operación mental que hace el Juez para establecer o determinar si los hechos

debatidos en el proceso, se encuentran o no demostrados por los medios o actuaciones realizadas con ese objeto. Al efecto existen dos sistemas opuestos: el de la tarifa legal y el de la libre apreciación o apreciación racional; existiendo, inclusive, para algunos un tercer sistema intermedio entre los dos anteriores denominado del íntimo convencimiento.

b. **Principio de Publicidad:** Consiste en dar a conocer las actuaciones realizadas en el proceso por el funcionario jurisdiccional, pudiendo considerarlo desde dos puntos de vista:

1. Interna: Se refiere a que las partes conozcan todos los actos llevados a cabo por el juez en el proceso; y,
2. Externa: Atañe a terceros o extraños al proceso y se contrae a la posibilidad de que ellos presencien ciertas actuaciones realizadas dentro de él.

c. **Principio de Contradicción:** Consiste en que una parte tenga oportunidad de oponerse a un acto realizado a instancia de la contraparte y con el objeto de verificar su regularidad, tiene que ver con la actitud como derecho del demandado para que asuma su posición, su defensa frente a la demanda que se le ha planteado. Este principio es propio de la estructura bilateral del proceso, por lo que se puede colegir, que sólo tiene aplicación en los de tipo contencioso, pero vale la pena mencionarlo ya que es un principio básico que hace referencia a la importancia del derecho a la legítima defensa.

- d. **Principio de Preclusión:** Este principio nos da la idea de orden, concatenación, un acto es eficaz en cuanto se realiza en el momento del proceso en el que se debe, es decir, los actos procesales deben realizarse dentro de la etapa u oportunidad señalada por la ley, so pena de que sean ineficaces.
  
- e. **Principio de Adquisición:** Consiste en que los actos procesales no pertenecen a la parte que los haya realizado y originado, sino al proceso. Todos los actos procesales pertenecen al proceso. Las partes lo que hacen es agregar, orientar, solicitar, etc.
  
- f. **Principio de la Congruencia:** Que consiste en la concordancia que debe existir entre el pedimento formulado por las partes y la decisión que sobre él tome el juez.
  
- g. **Principio de Motivación de las Sentencias:** “Justa allegata et probata”. Consiste en que el juzgador, en todas las providencias que impliquen pronunciamiento de fondo y en particular en la sentencia, exponga los motivos o argumentos sobre los cuales basa su decisión. La aplicación de este principio permite que las partes puedan conocer las consideraciones que ha tenido el juez para tomar la decisión y así poder ejercer el principio de la impugnación.
  
- h. **Principio de la Impugnación:** De conformidad con este principio, se otorga a las partes la facultad de atacar las providencias, con el objeto de enmendar los errores in iudicando (de derecho sustancial) o in procedendo (de procedimiento)

en que incurra el juez y, subsidiariamente, evitar el perjuicio que con la decisión pueda ocasionarse a las partes. Se cumple mediante los recursos.

- i. **Principio de la Buena Fe o Lealtad Procesal:** Que en definitiva son dos manifestaciones del mismo aspecto, por cuanto ambas se refieren a la conducta de las partes, con el fin de obtener la recta administración de justicia. El principio se concreta a que las partes no utilicen el proceso o las actuaciones de éste para lograr fines fraudulentos o dolosos o alegar hechos contrarios a la realidad o emplear medios que tienden a entorpecer la buena marcha del procedimiento.
  
- j. **Principio de Concentración:** Consiste en reunir todas las cuestiones debatidas o el mayor número de ellas para ventilarlas y decidir las en el mínimo de actuaciones y providencias. Tiende a evitar que el proceso se distraiga en cuestiones accesorias que impliquen suspensión de la actuación principal.

### **3.11.2. PRINCIPIOS PROCESALES ESPECÍFICOS AL DERECHO PROCESAL CIVIL.**

Una vez analizados los principios procesales comunes a estas dos ramas del derecho, analizaremos los principios correspondientes únicamente al Derecho Procesal Civil.

- 1. **Principio de Impulsión:** La iniciación y tramitación del proceso, lo mismo que la ejecución de la sentencia, necesitan del impulso de las partes o del juez, ya que

el proceso no nace ni se desenvuelve espontáneamente. Si la iniciación corresponde a las partes se denomina principio de disposición.

2. **Principio de Igualdad:** Gracias a este principio se garantiza a las partes igualdad de oportunidades para invocar y alegar en el proceso sus derechos y defensas.
  
3. **Principio de la Carga Procesal:** Entendida la carga como la actitud estrictamente procesal, es la conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos. Precisamente, es el propósito de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio es lo que estimula el cumplimiento de las cargas procesales. Este principio tiene por presupuesto no tanto el contradictorio sino la litis; por eso es propio del proceso contencioso; puesto que el interés de cada parte, opuesto al interés de la otra, la estimula no sólo a afirmar los hechos de los cuales pueden sacar consecuencias favorables para la tutela de dicho interés, sino además a ofrecer su prueba; es probable que, cuando las pruebas faltan, los hechos, aunque afirmados, no hayan ocurrido.
  
4. **Principio de Escritura:** Aclarando previamente que, cuando se habla del proceso escrito o del oral, sólo se quiere significar el predominio de uno u otro sistema ya que actualmente en los países no existe un proceso totalmente oral o completamente escrito. La forma escrita es propia del procedimiento germano. Según él, todo lo que se pida o se haga en el proceso debe constar por escrito. Nuestro Proceso Civil es predominantemente escrito, aunque por excepción

ciertas diligencias, su práctica, se las realiza oralmente. Vale hacer un paréntesis para aclarar que el sistema escrito es el predominante en nuestro país, aunque no es exclusivamente la única vía de resolución de conflictos y aparece el proceso oral como una nueva opción para agilizar la impartición de justicia, pero introducir la oralidad da lugar a mucha polémica, pues constituye una idea revolucionaria dentro de nuestro medio. A pesar de que en algunos procesos se está utilizando ya la oralidad, como en el penal, y se intenta imponerla en lo laboral aún no se lo ha implementado dentro del ámbito de la familia ni dentro de los trámites ejecutivos.

Como todo aquello que nos es novedoso, el tema del juicio oral y su valor para el sistema judicial, ha provocado diversas reacciones, que van desde la curiosidad hasta la negación. Pasando por aquellos que, más objetivos, analizan sus pros y contras, y dejan fundar y motivar su opinión, así tenemos opiniones favorables que dicen que no debemos temer a las bondades que ofrecen los juicios orales, que ya han sido establecidos o se acaban de instaurar en España y todos los países de Iberoamérica, adoptándose en seis países centroamericanos; en el Caribe y en países de América del Sur, manifestando además que no se debe olvidar que en la actualidad hay un contraste con los tradicionales juicios por escrito, que son inquisitivos, sustituidos por un sistema acusatorio, que en otros países, ahora ya son definitivamente orales, y además concentrados y transparentes, buscando la publicidad en su substanciación, al buscar el contacto directo con las personas en los manejos públicos del Estado, en lo que resulta también la oralidad, dejando el régimen de extremo secretismo, que fatalmente se ha

venido practicando, y que efectivamente se acepta que la adopción de los juicios orales representa un cambio significativo.

De tal forma se podría decir que lo más lógico sería el ir implementándolo gradualmente, una vez digerido, valorado y principalmente para la obtención de resultados palpables en cuanto al fin perseguido, de celeridad y transparencia de la justicia, sin olvidar que en otros países, la oralidad se maneja tanto en juicios penales con delitos menores a graves, así como en juicios del orden civil. No debemos además olvidar la disposición constitucional del Art. 194 que dice: *“La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación.”* De esta forma vemos que hay que estar listos para adoptar el sistema oral ya que la tendencia mundial va dirigida a esta forma de tramitar los procesos

5. **Principio de la Conciliación:** Para entender mejor el sentido de este principio, acudiré a la explicación que al respecto nos da el colombiano Doctor Jairo Parra Quijano, quien en su obra “Derecho Procesal Civil”, manifiesta: “El proceso judicial en materia civil, desde el punto de vista de producción y logros del hombre, es una “especulación” que las más de las veces recrea un conflicto, pero no crea en términos de logros propiamente dichos. Solo refleja y soluciona un conflicto, y por ello no puede ser una ocupación permanente del hombre. Esta distracción de sus cualidades de insociabilidad debe durar apenas lo estrictamente necesario siempre procurando que no haya vencedor ni vencido, para que la competición del hombre continúe en otros frentes. En Colombia, no

cabe la menor duda, tenemos derecho a que se intente la conciliación, pero ese derecho tiene que estar unido con otro de no menor importancia; que un juez se dedique al proceso con atención: “Aquí lo que se exige al juez es la atención hija de la paciencia: el deseo de correr el fastidio de leer y de escuchar, la orgullosa convicción de haber comprendido, son tentaciones contra las cuales no tiene el juez otra defensa que la paciencia y la humildad”. “La exigencia de la conciliación, está consagrada en los procesos ordinarios, abreviados y verbales”.

6. **Principio de la Identidad Física del Juez:** Es decir, que el juez debe ser la misma persona que actúe como tal durante todo el proceso.
  
7. **Nulla executio sine título:** Principio reconocido principalmente para los procesos ejecutivos, en los que necesariamente se parte de una demanda basada en un título ejecutivo de entre los que reconoce la ley y, que debe estar aparejado al escrito de demanda.
  
8. **Nemo iudex sine actore:** Actor sequitur forum rei: Que quiere decir, que el “actor debe seguir el fuero del reo”. Es decir, que la demanda deberá ser propuesta no ante el juez del lugar en el que decida el actor, sino ante el juez al que éste se encuentre sometido. Si bien puede ser considerado de varias maneras, como por ejemplo una garantía del demandado, una regla sobre la competencia, sin embargo, no por esto pierde también su carácter de principio general del proceso civil, como lo consideran muchos autores. Para entender esto de una mejor manera debemos citar la definición que da el C.P.C. en su Art. 1 inciso

segundo que dice: “*Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados*”. La competencia además puede ser prorrogada solo en casos excepcionales, es además preventiva entre jueces de la misma jerarquía y privativa en casos especiales. Es derecho de las personas el ser demandado ante el juez de su domicilio en caso de que el reo no haya renunciado a éste.

### **3.11.3. PRINCIPIOS PROCESALES PROPIOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL.**

Aunque no es materia de nuestro estudio, considero importante el citar algunos de los principios procesales que pertenecen al Derecho Procesal Penal.

1. **Principio de Oficialidad:** El estado no puede ni debe abandonar el ejercicio del ius puniendo al ofendido por el delito, sino que ha de asumir por sí mismo la persecución penal mediante sus órganos y funcionarios. Los órganos estatales encargados de la función acusadora han de cumplir con su deber de persecución penal; el Estado en definitiva, debe asegurar la remoción de cualquier obstáculo ilegítimo que se oponga a la persecución penal, cualquiera que sea su origen, no pudiendo, ni el titular del órgano jurisdiccional, ni los funcionarios encargados de la persecución, ni los particulares, sean o no ofendidos por el delito, impedir la coacción del proceso.

2. **Principio de Legalidad:** La pretensión punitiva del Estado fundada en el hecho que reviste los caracteres de un delito debe hacerse valer por el órgano público adecuado, siempre que en un caso concreto concurren las condiciones que exige la ley, con exclusión de toda facultad discrecional y de toda consideración de oportunidad.
  
3. **Principio de Inmutabilidad:** El Estado en cumplimiento de su misión punitiva, no sólo tiene el deber de interponer la pretensión punitiva, sino que ha de poner los medios para la realización de las condiciones que legitiman su actuación, esto es, el proceso, promoviendo su iniciación y velando por su desarrollo. El proceso penal hincado no puede ser suspendido, interrumpido, modificado o suprimido sino en los casos especiales establecidos por la ley.
  
4. **Principio de la Verdad Material:** La función punitiva del Estado sólo puede hacerse valer frente al que realmente haya cometido un delito; por tanto el proceso debe tender a la averiguación y descubrimiento de la verdad material como fundamento de la sentencia. Es un principio básico para el Derecho Procesal Penal por la personalidad de la pena que es igualmente piedra angular sobre la que se construyen importantes instituciones propias de la materia. No cabe que en el campo penal se aplique una sanción a base del descubrimiento formalístico de la verdad, sistema que tiene aceptación en el proceso civil por los intereses netamente patrimoniales que allí se discuten, excepción hecha de algunas cuestiones que miran al interés público, como las referentes al estado civil y otras semejantes. Verdad material existe, cuando la idea que el Juzgado se

forma coincide de manera perfecta con la realidad, cuando se imaginan los hechos tales como fueron o como son.

5. **El principio de “nulla poena sine iudicio”:** En el estricto sentido de la palabra “pena”; no puede existir pena, condenarse en definitiva a una persona, sin un proceso previo establecido por la ley.
  
6. **Principio de Oficialidad:** En el proceso penal, la acción puede ser intentada por el Representante del Ministerio Público y, excepcionalmente por el damnificado; es precisamente en la intervención del representante del Ministerio Público y en ciertos actos que puede realizar el juez por considerarlos necesarios, que se pone de relieve el principio de oficialidad u actuación oficiosa.
  
7. **Principio de Oralidad:** Por oposición al principio de escritura es aquel que surge de un derecho positivo en el cual los actos procesales se realizan de viva voz, normalmente en audiencia, y reduciendo las piezas escritas a lo estrictamente indispensable.
  
8. **Principio de Inmediación:** En nuestro proceso penal que relativamente recién entró en vigencia podemos apreciar que, al igual que en el proceso civil, en la práctica diaria, se aplica este principio que consistente en que el juez actúe junto a las partes, en tanto sea posible en contacto personal con ellas, prescindiendo de intermediarios tales como relatores, asesores o demás auxiliares del juez.

9. **Principio de la Acusación:** En virtud del cual sólo cuando el procedimiento preliminar haya confirmado la sospecha, que ha determinado su apertura, el proceso penal puede proseguir con el procedimiento definitivo. Hay una aparente analogía entre el principio de la acusación y el principio de la demanda, pero esta apariencia oculta una sustancial diversidad en cuanto el Ministerio Público, a diferencia de la parte en el proceso civil, no tiene ningún poder dispositivo para el castigo del delito, el juez no puede condenar al demandado al pago de una suma mayor de la pedida por el actor, pero puede condenar al acusado a una pena más grave de la propuesta por el ministerio público.

10. **Principio favor innocentiae:** Mientras el proceso penal ha sido considerado como un proceso contencioso, era inevitable la tendencia a extender también a él el principio de la carga de la prueba; sin embargo, más de una duda que serpentea sobre este tema da la señal de una dificultad para aplicarlo al proceso penal contencioso; se intuye que en el proceso penal falta entre acusador y defensor aquel contraste de intereses en el cual la carga de la prueba tiene su inderogable premisa, aunque no se sepan sacar de ella todas las consecuencias, la primera de las cuales es la asignación del proceso penal a la categoría del proceso voluntario. Sin embargo un principio que cumpla una función análoga a la de la carga de la prueba, es también necesario para facilitar al juez, en los casos graves, la dificultad de la elección. Tal principio se indica comúnmente con la fórmula favor rei, que se traduce a su vez en el principio favor innocentiae, según el cual el acusado no es considerado culpable hasta la sentencia definitiva, puesto que mientras el iter de la cognición penal no se haya

cumplido y por tanto no se haya hecho todo cuanto es prácticamente posible para adquirir la certeza, el juzgado debe considerarse inocente; esto significa que, en la duda, se debe preferir la hipótesis de la inocencia a la de la culpabilidad. Este principio opera precisamente cuando las pruebas de las cuales el juez dispone no son tales que lo convenzan ni de la existencia ni de la inexistencia del delito; en tal caso, la elección debe hacerse en este segundo en lugar de en el primer sentido.

### **3.12. PRESUPUESTOS PROCESALES Y CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD.**

En 1828 el jurista alemán Oskar Von Dülow al crear la teoría de la relación jurídica procesal, identifico una nueva figura procesal a la que denomino “presupuestos procesales” y que anteriormente había sido considerada como sinónimo de “excepción procesal”. Las excepciones son “en sentido amplio cualquier defensa frente a la pretensión del actor”<sup>70</sup>, cuando el único propósito de esta defensa es prolongar el proceso y no atacan el fondo de la controversia se llaman dilatorias, y si estas pretenden destruir o disminuir la pretensión se las llama perentorias. Existen también excepciones mixtas que son las que sin atacar el fondo de la controversia impiden de forma definitiva la continuidad del proceso, estas son la cosa juzgada, la transacción, la prescripción y la caducidad.

---

<sup>70</sup> **VESCOVI ENRIQUE**, “Teoría General del Proceso”. Segunda Edición Editorial Temis S.A. Bogota. 1999. Pág., 75.

En cambio el término presupuesto procesal viene a ser el genérico con el cual se identifican aquellas condiciones previas necesarias para conformar una relación jurídico procesal válida, es decir, cuando una de estas condiciones previas no existe en el proceso puede ser denunciada como una excepción dilatoria.

Del estudio doctrinario se deduce un concepto que lo considero aceptable que concluye que existe varias clases de presupuestos, presupuestos de la acción, de la pretensión, del proceso y de la sentencia.

Los presupuestos de la acción o subjetivos se refieren a la capacidad de las partes (legitimidad de personería) y del juez (jurisdicción y competencia). Los presupuestos del procedimiento u objetivos son ciertos requisitos “indispensables para que se constituya la relación procesal válida y pueda dictarse sentencia, así el emplazamiento es uno de estos presupuestos”<sup>71</sup>. A estas dos clases de presupuestos de carácter eminentemente procesal y cuya consecuencia jurídica es la nulidad del proceso son a los cuales la doctrina actualmente ha denominado presupuestos procesales.

Por otro lado los presupuestos de la pretensión y de la sentencia no son presupuestos del proceso ni de la sentencia válida sino que más bien se los considera como parte de la sentencia favorable y se los puede llamar presupuestos materiales.

---

<sup>71</sup> **VESCOVI ENRIQUE**, “Teoría General del Proceso”. Segunda Edición Editorial Temis S.A. Bogotá. 1999. Pág., 94

La legislación ecuatoriana como la del resto de países iberoamericanos no señala concepto de presupuestos procesales, pero se han identificado ciertos criterios y requisitos necesarios para que estos se den, podemos entonces citar el concepto del autor colombiano Hernando Devis Echandía que dice: “ Los presupuestos determinan el nacimiento valido del proceso, su desenvolvimiento y su normal culminación con la sentencia, por tanto se trata de supuestos previos al proceso o requisitos sin los cuales éste no puede ser iniciado validamente, y deben por ello concurrir en el momento de formularse la demanda, denuncia o querrela a fin de que el juez pueda admitirla o iniciar el proceso o de requisitos de procedimiento para que el proceso pueda ser adelantado valida y normalmente una vez que sea iniciado”.

De esta forma podemos concluir que los presupuestos procesales son los requisitos previos al proceso, necesarios para que pueda constituirse una relación jurídico procesal valida, pero además consiste en aquellos requisitos de procedimientos que deben ser observados cuando ya se ha iniciado el proceso, y sin los cuales no puede continuarse normalmente el trámite, y que en suma pueden determinar la nulidad del proceso, ya sea desde la misma interposición de la demanda o en cualquier parte del proceso.

### **3.13. FIGURAS JURÍDICAS CONSIDERADAS COMO PRESUPUESTOS PROCESALES**

Eduardo Couture y muchos más autores coinciden en considerar que la calidad de presupuestos procesales solo la tienen la jurisdicción, la competencia, la capacidad

jurídica y la personería jurídica. Aunque acepten que en los procesos especiales también existen ciertos presupuestos procesales muy particulares, por ejemplo en los juicios ejecutivos podemos considerar como presupuesto procesal la existencia del título ejecutivo o en ciertos procesos penales en donde se considera necesario la denuncia del ofendido como en los delitos de violación.

En resumen podemos decir que presupuestos procesales son los requisitos indispensables para que prospere la acción ya que su ausencia evita la formación de la relación jurídico procesal. Por ello pueden ser denunciados como excepción y así provocar la nulidad del proceso. Podemos decir que los presupuestos procesales y las condiciones de procedibilidad son tomados como sinónimos que forman parte del proceso y son necesarias para su desarrollo.

## **CAPITULO IV**

### **LOS TÍTULOS EJECUTIVOS**

#### **4.1. CONCEPTO DE TÍTULOS EJECUTIVOS**

Debido a que los títulos ejecutivos son la base sobre la cual se encuentra sustentado el trámite ejecutivo, debemos ocuparnos del estudio de estos haciendo una breve referencia a su origen y contenido.

Históricamente se hace referencia de la creación de los títulos ejecutivos a favor del Estado y de los acreedores, creación tendiente a facilitar la ejecución de las obligaciones de dar o hacer alguna cosa (o no hacer, como ya lo analizaremos posteriormente).

De lo dicho se infiere que para la eficacia de la acción o pretensión de una condena a prestación es necesario el título ejecutivo porque es la fuente inmediata y autónoma de la pretensión a una prestación.

La expresión títulos ejecutivos, designa una serie de documentos mercantiles distintos pero con una característica común: contienen la declaración de una persona que se obliga a realizar una prestación determinada a favor de otra identificada por la tenencia legítima del documento.

La palabra título, tiene diferentes acepciones, en sí es el fundamento de un derecho u obligación o el documento que prueba una relación jurídica o la demostración auténtica del derecho con que se posee o el documento que acredita una deuda o un valor mercantil.

Nace así el concepto de título ejecutivo como título documento (prueba legal del derecho) o como título acto (acción incorporada en el documento).

Prieto Castro dice: “El Título Ejecutivo es el documento en que se hace constar la obligación de la parte contra la cual se ha de dirigir la ejecución”. Esta parte tiene la condición de deudor o ejecutado; y, el promotor de la ejecución se llama acreedor o ejecutante, o ambas cosas a la vez, porque al llegarse a la ejecución, una parte tiene respecto de la otra recíprocamente, el derecho o la obligación de dar, de hacer o de no hacer una cosa.

Podemos decir entonces que los títulos ejecutivos son los documentos considerados como condición de procedibilidad de cualquier ejecución procesal que, por su especial eficacia probatoria en el caso concreto, origina en el órgano jurisdiccional competente la obligación de desarrollar su actividad con la finalidad ejecutiva.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> **DE PINA VARA, RAFAEL.** “Diccionario de Derecho”. Vigésima edición, Editorial Porrúa S.A. México, 1994 Pág.479

“Según la doctrina los títulos ejecutivos son instrumentos a los que la ley ha revestido de una presunción de autenticidad, presunción que es solamente destruida mediante la prueba que debe rendir el que impugna en un juicio, una letra de cambio o un pagare a la orden, aduciendo su falsedad; por esta razón la ley enumera los títulos ejecutivos y determina las condiciones que deben reunir para que sean considerados como tales”<sup>73</sup>.

Los títulos que traen aparejada ejecución están descritos dentro de la legislación ecuatoriana en el Código de Procedimiento Civil en el Art. 413 en donde se enumera cuales son considerados como títulos ejecutivos: “*. 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 judicialmente; 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*”

El título ejecutivo surge para garantizar una obligación de dinero quirografaria; esto es, aquel crédito en donde el patrimonio del deudor es prenda común de todos los acreedores.

---

<sup>73</sup> Apuntes de Derecho Procesal Civil, profesor, Dr. Olmedo Piedra Iglesias.

Título ejecutivo es aquel en el cual la ejecución, es inherente a su propia calidad, o sea aquel en virtud del cual cabe proceder ejecutivamente, incluso al embargo y a la venta de bienes del deudor moroso, al fin de satisfacer el capital principal debido, más los intereses y costas<sup>74</sup>. Es la declaración solemne, a la cual la ley le otorga la fuerza indispensable para ser el antecedente inmediato de una ejecución. Por lo tanto, quien crea los Títulos Ejecutivos es la ley y esto es obvio porque está de por medio el interés público. Así es el documento del cual resulta certificada o legalmente cierta la tutela que el derecho concede a determinado interés.

Carnelutti al respecto del Título Ejecutivo dice "es una combinación de hecho jurídico y prueba: una prueba que vale como un hecho y un hecho que consiste en una prueba" y se añade que al título ejecutivo debe reconocérsele una eficacia material y ultra probatoria".<sup>75</sup>

Un título ejecutivo, documento que, descrito en forma breve, contiene un derecho cierto y determinado pero en el caso concreto inactuado o insatisfecho en virtud del incumplimiento del obligado en la situación jurídica sustancial, rectius: relación jurídica y de ahí que el título ejecutivo lleve implícitas tanto la legitimación como la prueba de quien su titularidad alega, lo que a su vez implica que puede bastarse a sí mismo sin

---

<sup>74</sup> CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO; "Diccionario Jurídico Elemental"; Editorial Heliasta; B.S. Argentina 1997; Pág. 382

<sup>75</sup> <http://www.dlh.lahora.com.ec>

necesidad de mayores constataciones. Es por ello que la intervención en el patrimonio del deudor se hace de manera directa."<sup>76</sup>

Para que un documento pueda ser considerado título ejecutivo se debe tener en cuenta:

1. Que exista norma legal expresa que le conceda esa condición, y
2. Que el documento reúna todos y cada uno de los requisitos que la ley exige."<sup>77</sup>

De esta manera vemos que solo la ley puede crear títulos ejecutivos, principio que como ya se indico en líneas anteriores lo encontramos consignado en el Art. 413 del Código de Procedimiento Civil, en el que se establece cuales son los títulos ejecutivos y se indica luego de su enumeración *“y los demás instrumentos a los que leyes especiales dan el carácter de títulos ejecutivos.”*, Por consiguiente, el legislador y solo él puede crear títulos ejecutivos. Es por esto que el convenio entre las partes no es suficiente para tal efecto.

A más de esta clasificación legal el instrumento del cual pretendemos servirnos además deberá cumplir con los requisitos del Art. 415. que dice: *“Para que las obligaciones fundadas en algunos de los títulos expresados en los artículos anteriores, sean exigibles en juicio ejecutivo, deben ser claras, determinadas, líquidas, puras y de*

---

<sup>76</sup> SAENZ ELIZONDO MARIA ANTONIETA. “Reflexiones sobre el Proceso Ejecutivo”, Editorial Facultad de Derecho, Costa Rica, 1990 Págs. 111-112

<sup>77</sup> PARAJELES VINDAS, GERARDO. “El Proceso de Ejecución.” Editorial Juritexto. Costa Rica, 2001. Pág. 275.

*plazo vencido cuando lo haya. Cuando alguno de sus elementos esté sujeto a lo expresado en un indicador económico o financiero de conocimiento público, contendrá también la referencia de éstos.*

*Se considerarán también de plazo vencido las obligaciones cuyo vencimiento se hubiere anticipado como consecuencia de la aplicación de cláusulas de aceleración de pagos, que hubieren sido pactadas.*

*Cuando se haya cumplido la condición o ésta fuere resolutoria, podrá ejecutarse la obligación condicional y, si fuere en parte líquida y en parte no, se ejecutará en la parte líquida”.*

Una definición suficientemente explicativa la da el Dr. Olmedo Piedra I. En sus clases de derecho procesal civil al decir que:

1. “Una obligación es **CLARA**. Cuando contiene una condición jurídica inequívoca, tanto en relación a la obligación misma como respecto de las personas que han intervenido en la celebración del instrumento, además cuando en forma expresa se determina aquello que se debe, quien es el acreedor y quien es el deudor.

2. - Respecto de la **DETERMINACIÓN**.- Es necesario advertir que las obligaciones pueden ser de genero y de especie o cuerpo cierto, en las obligaciones de genero se debe una cantidad determinada de individuos de determinado genero o especie, en las obligaciones de especie o cuerpo cierto se debe un determinado individuo, de manera concreta y específica, situación esta que produce a su vez efectos diferentes, toda vez que en las obligaciones de genero se cumplirá la obligación entregando el número establecido de individuos de mediana calidad del genero que se trate, mientras que en las obligaciones de especie o cuerpo cierto la perdida de la cosa debida extingue la

obligación. En el instrumento debe determinarse en forma concreta la obligación de que se trate.

3. - **LIQUIDA.**- Una obligación es líquida cuando la cantidad debida esta fijada en el mismo instrumento o liquidable cuando puede cuantificarse con simples operaciones matemáticas cuyas bases constan del instrumento como por ejemplo el porcentaje, el tiempo transcurrido y la renta fijada para establecer el interés devengado.

4. - **PURA.**- Es decir que no se halla sujeta a condición alguna a menos que se encuentre en el caso previsto en el inciso tercero del Art. 415.

5. - **DE PLAZO VENCIDO.**- Sabiendo que el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación y este debe hallarse ya vencido, reiteramos solo los instrumentos que calificados por la ley como títulos ejecutivos y cumplan con las condiciones que vimos, brindarán acción ejecutiva, toda vez que en este tipo de trámites no se trata de dilucidar derechos en discusión, dudosos o en disputa, sino simplemente se condenará al cumplimiento de una obligación constante en un título ejecutivo. Art. 413.

Anteriormente la sentencia pronunciada en cualquier tipo de trámite constituía un importante título ejecutivo ya que en base de ella debía tramitarse en la vía ejecutiva al cumplimiento de lo resuelto en la sentencia, situación que ahora ha variado sustancialmente toda vez que de acuerdo A lo previsto en el actual C.P.C las sentencias pronunciadas en trámite ordinario, verbal sumario o de cualquier clase deben ejecutarse de la misma forma que aquellas pronunciadas en trámite ejecutivo, comenzando desde ese punto (sentencia) conforme lo disponen los Arts. 488, 489, y 490 del CPC.”

- a) La copia o compulsas.- compulsas es la copia de la copia que se obtiene por orden judicial, con notificación a la parte contraria.
- b) La letra de Cambio.- Que es el título de crédito revestido de los requisitos legales en virtud de la cual una persona llamada librador ordena a otra llamada librado,

que pague a un tercero, el tomador una suma determinada de dinero, en el tiempo que se indique.

- c) Pagares a la Orden.- Es la promesa escrita de pago por una cantidad determinada y en un tiempo cierto a favor de una persona determinada, al portador o a la orden.
- d) Actas.- Instrumento en el que se registra o se deja constancia de una determinada situación.
- e) Auto de adjudicación.- Resolución mediante la cual se asigna un bien a una persona.

Y los instrumentos que por leyes especiales son considerados títulos ejecutivos por ejemplo: el cheque, las copias de las actas de sesión de las asambleas de copropietarios de acuerdo a la ley de propiedad horizontal, el documento de suscripción de aportaciones de acuerdo a la ley de Compañías, y las operaciones de crédito en cuenta corriente es decir los sobregiros de acuerdo con la ley general de bancos.

Este no es un criterio reciente ya que la Corte Suprema de Justicia del Ecuador ha sostenido esta tesis en algunos fallos desde principios de este siglo, así en la II Serie N.- 229 de la Gaceta Judicial consta un fallo en el que se resuelve:

*“1. - La calidad de título ejecutivo no proviene de que un documento tenga valor de prueba plena, sino de que la ley lo determine, para que pueda exigirse el inmediato cumplimiento de la obligación contenida en ella, sin necesidad de otra prueba ni sentencia que la declare”*

Para Chiovenda, el Título Ejecutivo es siempre una declaración pero debiendo siempre constar esta declaración (ad solemnitate) por escrito; de ahí deriva la de distinguir el significado sustancial del formal del título ejecutivo.

1. En el primer significado el título ejecutivo es la declaración a base de la cual se consagra la declaración.
2. En el segundo es el documento en el cual se consagra la declaración.<sup>78</sup>

Según Carnelutti el Título Ejecutivo es, pues, un documento al cual atribuye la ley efecto de prueba integral del crédito respecto del que se pide la ejecución. Por eso cuando alguien presenta un título ejecutivo, el oficio no puede tener dudas ni siquiera por razones exclusivamente de derecho en torno a la existencia del crédito representada en él; tal prohibición responde a la naturaleza del oficio ejecutivo, el cual no tiene por objeto resolver cuestiones, sino realizar actos jurídicos.<sup>79</sup>

Los títulos ejecutivos vemos son constitutivos, es decir, porque sin el documento no existe el derecho; pero además, el documento es necesario para el ejercicio del derecho y por ello se habla de documentos dispositivos. “Son documentos constitutivos en cuanto la redacción de aquellos es esencial para que exista el derecho, pero tienen un carácter especial en cuanto el derecho vincula su suerte a la del documento, en ese sentido puede decirse que el documento es necesario para el nacimiento, para el ejercicio y para la transmisión del derecho, por lo que con razón se habla de documentos dispositivos.”<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> **CHIOVENDA JOSÉ.** “Derecho Procesal Civil. Tomo I.” Cárdenas Editor. México, 1989. Pág. 300.

<sup>79</sup> **CARNELUTTI, FRANCISCO.** “Sistema de Derecho Procesal Civil”. Tomo II. Editorial Hispanoamericana. Buenos Aires, Argentina. Pág. 552.

<sup>80</sup> **DE PINA VARA, RAFAEL.** “Diccionario de Derecho” Vigésima edición, Editorial Porrúa S.A. México, 1994; Pág.477, 478 y 479

En todo título ejecutivo hay un requisito sustancial y otro formal. El primero está constituido por la declaración sobre la existencia de la obligación; y el segundo, por el documento mismo que contiene la obligación.

Para que un título sea ejecutivo se requiere que satisfaga los requisitos siguientes:

- a. Que haga prueba por sí mismo, sin necesidad de completarlo con algún reconocimiento, cotejo o autenticación.
- b. Que mediante él se pruebe la existencia, en contra de la persona que va a ser demandada, de una obligación laboral, patrimonial o no, exigible en el momento en que instaura la demanda. Tratándose del proceso ejecutivo, los títulos ejecutivos tienen valor de sentencia provisional se ejecutan por el mérito que les confiere la ley y posteriormente hay conocimiento brevísimo (contradicción.)

Por esta razón se afirma que el proceso ejecutivo es autónomo y constituye un medio de realización del derecho, en forma definitiva en las sentencias y en forma provisional en los Títulos Ejecutivos. Por otro lado, es necesario que la obligación contenida en el Título Ejecutivo sea cierta, expresa y exigible.

#### **4.2. CONTENIDO DEL TÍTULO EJECUTIVO**

Para que un instrumento de los indicados en el Art. 413 y en las leyes especiales sea ejecutivo, es necesario que contenga una obligación de dar, hacer o no hacer alguna

cosa, porque si no se establece cual es la obligación que debe cumplirse no puede hablarse de exigibilidad, de modo que el título ejecutivo debe ser claro y expedito en cuanto al convenio de la obligación, a mas de que debe contener los requisitos propios de una obligación fácilmente apreciable tanto en la calidad como en la cuantía.

En las legislaciones antiguas solo eran títulos ejecutivos, que traían aparejada ejecución, cuando contenían obligación de pagar cantidad liquida y exigible, a mas de que se encuentre comprendido entre los que la correspondiente disposición señale.

El juicio ejecutivo no se dirige a declarar derechos dudosos o controvertidos solo a llevar a ejecución los que estén reconocidos por actos o títulos de tal naturaleza de que el derecho del actor es legitimo, por lo mismo es necesario que el título contenga obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Lo que llama la atención a este respecto es que en el Art. 413 del C.P.C. solo se hable de títulos que contengan obligaciones de dar hacer alguna cosa, omitiéndose las obligaciones de no hacer, que si están previstas en legislaciones extranjeras.

Esta omisión, ha dado margen para que se piense que no pueden ejecutarse por la vía ejecutiva las obligaciones de no hacer, por no haber disposición expresa al respecto; y en muchos casos pese a que se admitía la demanda, la sentencia quedaba como meramente declarativa sin opción a ser ejecutada, pero se reformo el Código de Procedimiento Civil, en lo que se refiere a la obra nueva denunciada y se introdujo el actual Art. 682 del C.P.C. que dice: *“Si la sentencia admitiere la demanda dispondrá la*

*suspensión definitiva de la obra o en su caso, su destrucción, y la restitución de las cosas al estado anterior a costa del vencido”.*

Esta tesis puede tener otras implicaciones, cuando se trata de la ejecución de cada una de las obligaciones. La ejecución forzada procede en las obligaciones de dar, porque en estas es posible el apremio real; pero esto no siempre sucede en las obligaciones de hacer y no hacer; complicando aun más la ejecución en estas ultimas.

Conforme a las normas sustantivas, se viola el vínculo jurídico en las obligaciones de no hacer desde el momento de la contravención, desde que el acreedor puede hacer uso de su derecho. Las obligaciones normalmente deben cumplirse en la forma que indica la ley y no por equivalentes, pero el Art. 1567 del Código Civil establece que la obligación de no hacer una cosa puede resolverse en la indemnización de perjuicios si ese deudor contraviene y no puede deshacer lo hecho, lo que admite que, este tipo de obligaciones y a veces puede cumplir por equivalente, novandose entonces la obligación y a veces puede cambiarse el fallo o sentencia, dando al acreedor un derecho secundario subsidiario, porque el Art. 1567 del Código Civil, procura que se dicte la destrucción de la obra nueva, que representa de todas maneras un valor, y esto puede perjudicar al deudor, pero al mismo tiempo, este Art. procura que el acreedor no se perjudique.

Por consiguiente, aunque el Art. 413 del C.P.C. no incluya como contenido de los títulos ejecutivos las obligaciones de no hacer, de todas maneras, estas se cumplen sino directamente, por equivalente.

Solo así se logra explicar la omisión de las obligaciones de no hacer en el Código de Procedimiento Civil.

De esta forma podemos resumir las obligaciones contenidas en los títulos ejecutivos u obligaciones que se pueden demandar ejecutivamente de la siguiente forma:

- a) Dar Sumas de Dinero.
- b) Dar bienes determinados.
- c) Hacer
- d) No hacer

**a) Proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero.**

El Juez calificará el Título Ejecutivo, verificando la concurrencia de los requisitos formales del mismo. De considerarlo admisible, dará trámite a la demanda expidiendo mandato ejecutivo debidamente fundamentado, el que contendrá una orden de pago de lo adeudado, incluyendo interés y gastos demandados, al tiempo de la interposición de la demanda.

**b) Proceso de ejecución de obligación de dar bien determinado**

Este proceso se tramitará conforme a lo dispuesto para la ejecución de obligación de dar suma cierta de dinero.

### **c) Proceso de ejecución de obligación de hacer**

Este proceso se tramitará conforme a la ejecución de obligación de dar suma de dinero. Se debe hacer presente que el Título ejecutivo debe contener una obligación de hacer, en la demanda se indicará el valor aproximado que representa el cumplimiento de la obligación, así como la persona que deba cumplirla.

El Mandato Ejecutivo contiene la intimidación al ejecutado para que cumpla con la prestación dentro del plazo fijado por el Juez.

### **d) Proceso de ejecución de obligación de no hacer**

El Título Ejecutivo debe contener una obligación de no hacer, el proceso se tramita si no directamente, por equivalencia, como ya se estudio anteriormente.

## **4.3. ANALISIS DE LOS TÍTULOS EJECUTIVOS**

Al iniciar el estudio de los títulos ejecutivos en la primera parte de este capítulo se manifiesta que solo la ley puede crear títulos ejecutivos, lo que esta demostrado por el estudio de las disposiciones generales y especiales que dan el carácter de ejecutivo a varios instrumentos, como lo veremos en su debida oportunidad.

Como ya se vio anteriormente en el Art. 413 del C.P.C. se enumeran los títulos ejecutivos, pero debemos tomar en cuenta que esta enumeración no es completa, ya que

según el mismo dispone que hay otros títulos ejecutivos determinados por la ley, pero de todos modos solo al legislador le toca dar a un documento el carácter de título ejecutivo, por consiguiente ningún título o documento que no se halle comprendido entre los que la ley enumera, pueden dar base al juicio ejecutivo, motivo de estudio de esta tesis.

Para determinar el alcance de cada uno de los títulos ejecutivos enumerados en el Art. 413, es necesario que se estudie la ley en la que se regula su creación o admisión, pues en ella se encuentran las características de cada uno de ellos y no es motivo de este estudio el explicar cada una de sus características

Entre los instrumentos a los que las leyes especiales les dan el carácter de títulos ejecutivos podemos enumerar a manera de ejemplo los siguientes sin que estos sean todos los casos:

- N.- 18 del Art. 303 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.
- Arts. 13 y 15 de la ley de Propiedad Horizontal,
- Art. 67 de la ley Orgánica de Aduanas,
- Art. 153 de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Fomento
- En la ley de cheques existen dos disposiciones, que dan el carácter de título ejecutivo cuando se reúne las condiciones de los Arts. 29 y 57 de la Ley.

#### **4.4. NATURALEZA DEL TÍTULO EJECUTIVO**

Doctrinariamente se ha discutido, tal vez con exceso, si el título ejecutivo configura un acto o un documento. La primera postura esta definida por LIEBMAN, para quien el documento no es mas que el aspecto formal del acto, y este en tanto tiene una eficacia constitutiva que consiste en otorgar vigor a la regla jurídica sancionatoria y en posibilitar la actuación de la sanción en el caso concreto, crea una nueva situación de derecho procesal que no debe confundirse con la situación de derecho material existente entre las partes.

Carnelutti en cambio, adhiriendo a la segunda tesis, sostiene que el título ejecutivo es un documento que representa una declaración imperativa del juez o de las partes, y agrega que siendo esa declaración un acto “con el intercambio acostumbrado entre el continente y el contenido y por lo tanto entre el documento y el acto que en él está representado, se explica la costumbre corriente de considerar como título al acto en vez del documento.

Otro punto de vista se refiere al título ejecutivo, como documento que acredita la existencia de un acto jurídico determinado, es suficiente para que el acreedor, sin necesidad de invocar los fundamentos de su derecho, obtenga los efectos inmediatos que son propios a la interposición de la pretensión ejecutiva.

Viéndolo desde el punto de vista meramente procesal, Título Ejecutivo es, el elemento que imprime a la pretensión ejecutiva la certeza para abrir el proceso de ejecución. El cual puede ser una sentencia judicial condenatoria o un acto negocial o administrativo que acrediten la existencia de un derecho cierto, líquido y exigible.

Para entender el Título Ejecutivo en modo unitario, es necesario precisamente explicar su eficacia respecto a los varios títulos considerados. Por esta razón, no se puede encontrar una adecuada explicación del fenómeno, considerando solo el acto o el negocio que forman el contenido del documento como generadores de una obligación sustancial para cuya satisfacción se exige la ejecución forzada.

#### **4.5. LOS PRINCIPIOS DE LOS TÍTULOS VALORES**

**1. Incorporación** (contiene derecho mas documento) los derechos son literales y autónomos.

Son literales porque lo que no esta epresamente en el documento no esta en el mundo, es decir, simplemente no existe.

Son autónomos porque cada vez que el título valor circula o cambia de acreedor el derecho se regenera de tal forma que surge una nueva obligación con el nuevo tenedor o beneficiario del título.

Se dice que el derecho está incorporado al título, porque se encuentra tan íntimamente ligado a él, que sin la existencia de dicho título tampoco existe el derecho ni, por tanto, la posibilidad del ejercicio. El derecho no se puede exigir ni transmitir sin el documento y a su vez cuando se dispone del documento se ha dispuesto del derecho materializado en el mismo.

La incorporación del derecho al documento es tan íntima, afirma Cervantes Ahumada, que el derecho se convierte en algo accesorio del documento, el documento es lo principal y el derecho lo accesorio: el derecho ni existe ni puede ejercitarse sin el documento.

Tena, expone que la incorporación consiste en el consorcio indisoluble del título con el derecho que representa. Entre el derecho y el título existe una cópula necesaria... el primero va incorporado en el segundo.

**2. Literalidad:** Se la entiende desde dos puntos de vista: Directa, y que debe estar escrito, e Indirecta ya que para completar el contenido de los derechos que contiene el título debe recurrir a lo expresado en la ley.

De ello se desprende que el derecho y la obligación contenida en un título valor están determinados estrictamente por el texto literal del documento.

Más claramente “El derecho es tal y como resulta del título, según lo que en él aparece consignado, o lo que es expresamente invocado en el mismo y por tanto, cognoscible a través de él. Se dice que el derecho incorporado en el título

Las menciones contenidas en el título son absolutamente decisivas para determinar el contenido del derecho documentado. El derecho se adquiere en los términos indicados en el documento. La literalidad beneficia al titular del derecho dejándola inmune frente a cualquier excepción que el deudor pudiera oponer. Esta propiedad no aparece por igual en todos los títulos; es más fuerte en los títulos completos y menos en los incompletos. La literalidad también se denomina a veces abstracción.

**3. Legitimación:** Sin el documento no se pueden ejercer los derechos. El deudor siempre se obliga frente al documento no frente al acreedor.

Únicamente el poseedor del título puede transmitir y exigir el derecho documentado. Identifica la persona del acreedor eximiéndole de la prueba de su derecho. Esta posición lleva aparejada la obligación del deudor de cumplir la prestación que se le exige. La propiedad normativa juega sobre la base de la apariencia jurídica.

**4. La Circulación:** Cada vez que el documento circula o sea cambia de titular, este sigue manteniendo su categoría, no pierde validez por cambiar de beneficiario, ya que el título ejecutivo puede ser endosado.

#### 4.6. REQUISITOS DE LOS TÍTULOS VALORES

Siguiendo la línea doctrinal ortodoxa, podemos afirmar que para la existencia del título ejecutivo se requieren tres elementos básicos, a saber: identificación de las partes, liquidez (actual o potencial) y exigibilidad..."<sup>81</sup>

Según Eduardo Pallares, es un documento que debe llenar los siguientes requisitos:

1. Ser autentico, sea porque desde su origen tenga esa naturaleza o porque posteriormente quedara autenticado mediante los procedimientos preparatorios al juicio ejecutivo.
2. Debe contener la prueba de una obligación, por regla general patrimonial, y además ha de ser liquida y exigible en el momento en que se inicia el juicio.

La obligación declarada en el título deberá constituir un crédito a favor del actor y contra el demandado. Por obligación patrimonial debe entenderse la que es o puede ser estimable en dinero. También hay títulos ejecutivos que se refieren a obligaciones no patrimoniales, por ejemplo la sentencia que condena a una persona a entregar a otra los hijos menores, constituye un título ejecutivo de una obligación no patrimonial.<sup>82</sup>

Según Chiovenda los requisitos sustanciales del Título Ejecutivo como declaración son:

---

<sup>81</sup> **GONZÁLEZ C.OSCAR EDUARDO**, "Consideraciones Prácticas Entorno al Proceso Ejecutivo", Editorial Corte Suprema de Justicia. Costa Rica. 1995, Pág. 23

1. Que la declaración debe ser definitiva: cuando no está sujeta a impugnaciones ni a un estadio de conocimiento posterior. Pero a los efectos de la ejecución, llámese definitiva la declaración no sujeta a impugnaciones que tiene eficacia de suspender la ejecución.
2. Que debe ser completa: cuando es liquida, la declaración debe caer sobre la prestación y sobre la identidad.
3. Que debe ser incondicionada: o sea que no esté sometida a condiciones ni a términos ni limitaciones de ninguna clase y que no puede dar lugar a la ejecución sino cuando las limitaciones desaparecen.

En definitiva, para que un documento pueda ser considerado título ejecutivo se debe tener en cuenta: a) que exista norma legal expresa que le conceda esa condición, y b) que el documento reúna todos y cada uno de los requisitos que la ley exige."<sup>83</sup>

Se ha visto que el presupuesto esencial de la relación procesal de la ejecución es el título ejecutivo y al tenor del cual se lleva a cabo la sustanciación, pero ese documento, para que tenga fuerza ejecutiva debe cumplir con los requisitos sustanciales y formales determinados en la ley que es la única que tiene facultad para crearlos.

---

<sup>82</sup> **PALLARES, EDUARDO**. "Derecho Procesal Civil". Editorial Porrúa. México, 1989. Pág. 561

<sup>83</sup> **PARAJELES VINDAS, GERARDO**, "El Proceso Civil: su Tramitación Básica", Editorial Corte Suprema de Justicia, 2a. Edición, Costa Rica. 1996; Pág. 81

Estos requisitos son:

1. Que el documento sea completo, esto es, que contenga todas las normas propias de su creación, por ejemplo la confesión que tiene que ser rendida ante juez competente, por persona capaz, en el día y hora señalados, y se haga de manera explícita y que contenga la contestación pura y llana del hecho o hechos preguntados, esto es, que debe ser incondicionada, tal como lo dispone el Art. 123 del C.P.C. que dice: *“Para que la confesión constituya prueba es necesario que sea rendida ante el juez competente, que se haga de una manera explícita y que contenga la contestación pura y llana del hecho o hechos preguntados”*; la escritura publica deberá ser otorgada ante notario e incorporada en un protocolo o registro y autorizada en debida forma, deben constar en ella la cosa cantidad o hecho materia de la obligación; de igual forma la letra de cambio deberá emitirse con sujeción a lo dispuesto en los Arts. 410 y 411 del Código de Comercio y además debe contener *“La orden incondicional de pagar una cantidad determinada”*, igual situación acontece con el pagaré a la orden y el cheque. Para que un documento privado constituya título ejecutivo, deberá estar reconocido ante juez competente, debe contener una obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa.
2. El título debe ser definitivo con relación a la sentencia ya que todos los demás documentos contractuales son definitivos.

3. La liquidez es otro factor indispensable del título ejecutivo ya que hace referencia a la obligación es decir, que se indique en el título la cantidad o el hecho que debe ser satisfecho a favor de su titular, además no en todos los documentos debe señalarse el importe, pues basta que sea liquidable.
  
4. Debe ser incondicional esto es que no este sometido ni a plazo ni a condición, ya que la condición suspensiva o resolutoria detiene la ejecución y a veces determina su inexistencia.
  
5. Dentro de nuestra legislación un requisito formal inherente a los títulos ejecutivos es el de la escritura que constituye el elemento literal indispensable común a todos los títulos enumerados en el Art. 413 del C.P.C. y en las leyes especiales, ya que esta omisión acarrearía la inexistencia del título ejecutivo.

#### **4.7. CLASIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES**

- **Atendiendo a la ley de circulación.**

Se refiere a la forma en que se legitima el poseedor del título valor en orden al ejercicio de los derechos incorporados al papel. Desde este punto de vista hay tres clases de títulos.

1. **Títulos nominativos** – O llamados también títulos directos, designan como titular a una persona determinada. Para el ejercicio del derecho es necesaria la posesión del título, pero no es suficiente, es necesario que el poseedor acredite su identidad. Estos títulos son transmisibles pero su régimen legal es complejo. La ley exige que la transmisión se ponga en conocimiento del deudor. Cuando los títulos hayan sido emitidos en masa la notificación de cesión deber realizarse a la entidad emisora para que la anote en el libro registro. Los títulos nominativos establecen, en ellos o en la norma que se haya creado para su expedición, que el poseedor legal del título debe estar inscrito en un registro que llevará el emisor de los títulos; por lo tanto, sólo la persona que aparezca en el título y en el registro será considerada como la poseedora legal de éste
  
2. **Títulos a la orden** - Son títulos nominativos en los que el titular del derecho puede ser sustituido por otro titular sin necesidad de comunicación al deudor. Para acreditar el derecho basta que la persona poseedora del título demuestre ser la persona designada por el primer titular. Esto es así porque para transmitir los títulos a la orden es suficiente con que el titular (transmitente) ordene al deudor que pague a quien él designe (endoso). Los títulos a la orden están concebidos para circular (letra de cambio). Los títulos a la orden se pueden ceder por medio de endoso y la entrega física del documento al nuevo dueño.
  
3. **Títulos al portador** - La cláusula al portador significa simplemente que el poseedor (tenedor) esta facultado para exigir al deudor el cumplimiento de la

obligación. Es la forma traslativa más sencilla y eficaz. El deudor está obligado a realizar la prestación a quien acredite la posesión del título. Para transmitir los títulos es suficiente la propia entrega. Cuando son títulos al portador emitidos en masa es precisa la intervención de fedatario público. Son aquellos que no se expiden en favor de ninguna persona en especial, por lo cual el portador será acreditado como el poseedor legal del título.

La solidez de estos títulos tiene un destacado reflejo en el principio de irrevindicabilidad. Significa que el legítimo dueño del título no podrá entablar reclamación frente a quien hubiera adquirido su posesión de buena fe.

El tenedor de un título al portador goza de acción ejecutiva frente al obligado al pago desde el momento en que la obligación está vencida.

#### **4.7. 1. OTRAS CLASIFICACIONES**

1. Desde el punto de vista del nacimiento del derecho incorporado hay títulos constitutivos (la emisión determina el nacimiento del derecho encartado) y títulos declarativos (el derecho ha nacido con anterioridad a la emisión del documento).
2. Desde el punto de vista de la forma de emisión hay títulos emitidos individualmente (se emiten de manera aislada) y títulos emitidos en serie o en masa (una declaración de emisión pone en circulación una serie de títulos).

3. Según la naturaleza del documento hay 3 grupos diferentes.

- **Títulos cambiarios:** incorporan un derecho de crédito de carácter pecuniario. El emisor certifica, por medio del título, que ha contraído una deuda con el poseedor legal y que se compromete a pagarla bajo ciertas condiciones.
- **Títulos de participación:** atribuyen a su dueño una serie de derechos, deberes y obligaciones en el ámbito de una organización social. El emisor certifica, por medio del título, que el poseedor legal posee una participación en una empresa o negocio.
- **Títulos de tradición:** o títulos representativos de mercancías cuyo contenido funcional viene expresado por cuatro propiedades:
  - La transmisión del documento tiene la misma eficacia que la entrega material de las mercancías que representan (traditio).
  - La posesión atribuye a su tenedor la posesión de la mercancía (posesión mediata).
  - La posesión atribuye a su tenedor un derecho de disposición sobre la mercancía.
  - El emisor certifica, por medio del título, que tiene bajo su cuidado ciertos bienes entregados por el beneficiario o tenedor del título.

#### **4.8. CLASES DE TÍTULOS EJECUTIVOS:**

“Existen diversas clases de títulos ejecutivos:

1. Judiciales y Extra judiciales: Título judicial es el título en virtud de la ejecución en sentencias o resoluciones judiciales. El título es extra judicial cuando éste no proviene de una resolución judicial sino es un acuerdo de voluntades entre las partes que intervienen para su creación.
2. Documentos Públicos: Existen casos en que documentos públicos como las sentencias adquieren la categoría de título ejecutivo, cuya ejecución debe ser demandada.
3. Documentos Privados: A pesar de que únicamente la ley esta facultada para crear títulos ejecutivos, estos documentos son de carácter privado, cuando en ellos intervienen solo las partes que son entes del derecho que actúan bajo su propia voluntad, y su actuar no involucra a la colectividad”<sup>84</sup>.

#### **4.9. LÍMITES OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL TÍTULO EJECUTIVO**

El Título Ejecutivo debe referirse a un derecho cierto, liquido y exigible; a un derecho que resulte del título como determinado en todos sus elementos, ya sea el mismo un derecho de obligación o un derecho real, el derecho que no puede ser

discutido por el deudor, sino con las oposiciones que la ley prevé. Por otra parte el derecho debe ser líquido, determinado en su objeto, definido en sus elementos, idóneos para identificarlos y exigible en cuanto no exista impedimento para la ejecución del derecho mismo y, por eso aquel que resulta titular del mismo puede ejercitar actualmente la acción ejecutiva.

Determinados requisitos deben existir en el momento en el cual tienen inicio la ejecución forzada y deben valorarse en relación a la literalidad propia del título ejecutivo.

#### **4.10. SEMEJANZAS ENTRE TÍTULOS EJECUTIVOS Y CRÉDITO Ó VALORES**

En algunos casos los títulos ejecutivos han sido denominados por algunos especialistas en la materia como títulos de crédito.

El Título de crédito es un documento que autoriza al portador legítimo para ejercitar contra el deudor y transferir el derecho literal y autónomo en él consignado.

Esta denominación se ha vuelto parte de la doctrina moderna, se prefiere para caracterizar técnicamente los llamados comúnmente títulos de crédito.

---

<sup>84</sup> **PALLARES, EDUARDO.** “Derecho Procesal Civil. Editorial” Porrúa. México, 1989. Pág. 562

Aparte entender que esa expresión resalta mas bien el lado del acreedor, cuando integra a la par una obligación, no destaca el conjunto de derechos derivados de los títulos valores, como sucede en las acciones de las sociedades anónimas, que a su valor patrimonial agregan facultades de tomar acuerdos muy diversos en las juntas ordinarias o extraordinarias.

Garriguez entiende por título valor: un documento sobre un derecho privado cuyo ejercicio está condicionado jurídicamente a la posesión del documento.<sup>85</sup>

Se denomina título valor a todo documento necesario para el ejercicio del derecho reflejado en él. Para el cumplimiento de la prestación reflejada en el título valor es necesaria su presentación. Esto se debe a la conexión entre derecho y título. Es lo que gráficamente se denomina incorporación del derecho al título, por cuya virtud la circulación y el ejercicio del derecho cartularizado queda ligada a la posesión del documento.

La denominación *Título de crédito* ha sido criticada por la doctrina, por considerarla inexacta en cuanto a la expresión del contenido o de la naturaleza de tales documentos. Se propone para sustituir dicha denominación la de *Título Valor*; Sin embargo considerando que las expresiones propuestas para sustituir a la de Título de Crédito son igualmente inexactas.

---

<sup>85</sup> CABANELLAS GUILLERMO. "Diccionario de Derecho Usual. Tomo IV", Sexta Edición. Editorial Bibliográfica Omeba. Argentina. 1968.

Según Salandra, la clasificación de los Títulos de Crédito, a falta de otra más exacta en el lenguaje jurídico, puede ser acogida, porque corresponde al modo de ser específico de tales documentos.

Los títulos de crédito tienen una función jurídica y económica inseparables. Ha dicho Ascarelli, que los títulos de crédito representan la mejor contribución del derecho mercantil a la economía moderna.

Respecto a la naturaleza Jurídica de los títulos de crédito pueden ser considerados bajo tres aspectos:

- A. Como actos de Comercio
- B. Como cosas mercantiles
- C. Como documentos

Existen documentos meramente probatorios, cuya función consiste en demostrar en forma grafica la existencia de alguna relación jurídica, misma que, a falta de tales documentos, podrá ser probada por cualquier otro medio admisible en derecho.

Por otra parte encontramos los documentos llamados constitutivos, que son aquellos indispensables para el nacimiento de un derecho. Esto es, se dice que un documento es constitutivo cuando la ley lo considera necesario, indispensable para que un determinado derecho exista.

En realidad título ejecutivo y crédito, siempre en la dinámica de lo concreto, son una entidad única, no dos entidades distintas. Título ejecutivo significa simplemente que existe una normativa, constituida a través de un cierto procedimiento, privado o público, a la cual la ley atribuye un valor absoluto respecto de la acción del acreedor; se trata, por consiguiente, de una expresión simbólica pero que abarque toda la realidad, no un solo sector de ella. El crédito como tal permanece mientras el título no sea removido utilizando uno de los medios que la ley consiente y en todo caso a través de un juicio.

En conclusión podemos decir que:

1. El título valor es un instrumento creado para el traslado de la riqueza y se implementó por la inseguridad que creaba el dinero. No todos los títulos valores son títulos ejecutivos, los segundos son una rama de los primeros.
2. Por ello es importante primero estudiar los títulos valores y luego los títulos ejecutivos ya que estos son una figura estrictamente procesal.
3. El título ejecutivo debe contener una suma concreta y específica ya que en materia de títulos ejecutivos lo que no está en el papel no está en el mundo.
4. Los títulos ejecutivos solo son creados mediante ley.
5. Un Título Ejecutivo es un documento que incorpora una obligación líquida y exigible, es un documento que incorpora una deuda, mientras que el Título Valor lo que incorpora es un derecho siempre y cuando cumpla con los requisitos cartulares.

## **CAPITULO V**

### **EL TRÁMITE EJECUTIVO**

#### **5.1. ANTECEDENTES**

Cuando el hombre, en virtud de su evolución dentro del grupo social primitivo, se encuentra en la imposibilidad de satisfacer todas sus necesidades con el producto de su propio trabajo o esfuerzo, necesita recurrir a la cooperación de sus semejantes para obtener lo que precisa mediante un compromiso de dar, hacer o no hacer una cosa en determinado plazo, considerando el cumplimiento de este compromiso como equivalente del servicio recibido.

Es así como vemos surgir dentro de los grupos sociales humanos el concepto de obligación que en el Derecho primitivo, ajeno a concepciones sutiles, constituyó más que un vínculo jurídico, una relación material entre el que prestaba el servicio y el que lo recibía. Pero sucede que no siempre el que recibe un servicio esta dispuesto a cumplir el compromiso adquirido de su parte, cuando el plazo llega, ya sea por carecer de lo indispensable para ello, ya porque no sea su voluntad hacerlo. Precisamente este acontecer es humano y ha debido nacer con el hombre mismo, por lo que nos encontramos con situaciones semejantes en diversos pueblos, de diversas razas, costumbres, religiones, etc. Ante tal situación de hecho perjudicial en grado extremo a

las relaciones entre los elementos del grupo social, nace la necesidad de buscar la manera o forma de obtener el cumplimiento de lo pactado.

En la sociedad primitiva las formas seguidas para lograr que se cumplan de parte del deudor lo prometido, variaban desde las sanciones puramente morales, a las materiales o de hecho, y así vemos que se conmina al deudor con el castigo del grupo social, llegando a la aprehensión de su persona, y aun hasta con la muerte. Pero la sanción mas generalizada era la de aprehensión del deudor por parte del acreedor, para reducirlo a esclavitud y obtener con su trabajo el resarcimiento de lo prestado, venderlo o matarlo según le placiera. En aquella sociedad el incumplimiento de la obligación válida equivalía a la comisión de un delito, y más que todo, se perseguía con la aprehensión, darle al deudor el castigo que merecía, y no satisfacer al acreedor en lo que se le debía.

La aprehensión (*manus injstio* en la Legislación romana), con su corolario de poder reducirlo a la esclavitud o darle muerte, se suaviza a partir del siglo IV antes de Cristo, y se sustituye por la servidumbre por deuda, que poco a poco va degenerando hasta convertirse en simple prisión por deudas. Pero tanto la esclavitud del deudor como su reducción, a siervo, traían como consecuencia la adquisición total de su patrimonio por parte del que llegaba a ser su amo.

Esta compulsión o ejecución personal deviene con el desarrollo de la cultura jurídica de los pueblos en una compulsión real, en la que el acreedor, más que la persona del deudor persigue los bienes de éste (Institución de la *pignoras capio* romana) sea por

el crecimiento de los pueblos unido a las comunicaciones entre ellos existentes, facilita la fuga del deudor, haciendo difícil su aprehensión o porque el acreedor, a causa de la preponderancia de la riqueza material en la economía social prefiere los bienes a la persona del incumplido, o en fin, porque merced a la humanización de las costumbres, se ha introducido en la sociedad la facultad a favor del deudor de poderse liberar de la esclavitud haciendo cesión de sus bienes (Figura jurídica conocida como *cesio bonorum* en el Derecho romano). Pero esta compulsión real, que es un principio excepcional, pues da preferencia a la compulsión personal, por considerársele más efectiva, criterio que aun prima en la mente del hombre moderno con la fuerza cada vez mayor de los efectos que ponen de manifiesto las desventajas de la ejecución personal, se convierte en el procedimiento mas generalizado, dejando de ser supletorio y excepcional. Sin embargo la ejecución personal trasformada en simple prisión por deuda subsiste aún en algunas legislaciones modernas, no obstante su condenación solemne hecha por los revolucionarios franceses de 1789, por considerársele afectuosa para la voluntad o dignidad humana.

Pero la aprehensión de la persona y la de los bienes del deudor, en las sociedades primitivas se dejan por completo al arbitrio del acreedor. Son considerados como actos privados en el que el único interesado es el titular del derecho, sin tener que ver para nada en ello la autoridad civil o religiosa. Y a medida que evoluciona la sociedad primitiva aparece el órgano judicial en ayuda a los particulares; los procedimientos ejecutivos y compulsivos empiezan adquirir carácter oficial lo cual conduce a positivas ventajas tanto para el acreedor como para el deudor.

El órgano judicial en gestión empieza por abolir en lo posible las practicas abusivas de los acreedores, exigiendo el requerimiento del deudor y la certeza del crédito que se trata de hacer efectivo, ya sea mediante la protesta pública de su derecho, por parte del acreedor, ya sea por las constancias documental y fehaciente del derecho (Sentencia), con la cual, de manera implícita, comienza a permitirse la defensa del deudor, hasta entonces dejado por entero el arbitrio del acreedor (excepciones).

En el Derecho Romano, desde la época de la ley de las Doce Tablas y del procedimiento de las acciones de la ley, había dos procedimientos o formas de ejecución o compulsión: la de la persona del deudor (*manus injectio*), y la de sus cosas (*pignoris capio*). Aparecen después otros modos de ejecución que amplían el contenido original de las Doce Tablas, y son las formas que hoy se aplican comúnmente al cumplimiento de las sentencias (*missio in possessionem*, *emptio*, *bonorum*), introducidas estas por los pretores para completar y suavizar en parte el rigor de las primitivas leyes.

Mediante la compulsión real, el acreedor se hace dueño de la totalidad del patrimonio del deudor, exceptuando las cosas que pertenecen a la vez a la comunidad general y domestica. Pero a este apoderamiento absoluto de los bienes sucede muy pronto, por ser un procedimiento más ventajoso para el acreedor, la venta de las cosas aprendidas, venta que en principio se hace en conjunto (*bonorum venditio*), y posteriormente al detalle, tarea que más adelante compete a funcionarios públicos.

Al continuar evolucionando el derecho, el apoderamiento de bienes se restringe a lo necesario para cubrir el monto de lo debido, y la venta al detalle se efectúa en los días

de mayor movimiento en la ciudad (*pignoris exjudicati captum*). A medida que las doctrinas morales, principalmente las cristianas, ejercen su influjo en la sociedad, se excluyen del apoderamiento ciertos bienes del deudor, indispensables para su existencia, como las herramientas y útiles profesionales.

La ejecución o compulsión, tanto personal como real, requerían como actividad previa, la decisión de culpabilidad del deudor por el procedimiento que correspondía a la naturaleza de la reclamación. A veces se llegaba a ello mediante el procedimiento de la cognición que se ventilaba ante el pretor, en forma de *juris*, en el cual primaba la potestad autoritaria de aquel magistrado, tenido como delegado del soberano. En los casos en que ese procedimiento era aplicable, la decisión era considerada con valor incontrovertible, por el efecto inherente de la persona del pretor. Tal decisión no tomaba la designación de sentencia sino que se llamaba decreto o interdicto. Otras veces se llegaba al procedimiento ejecutivo por efecto del procedimiento *in judicio*, el cual era el verdadero juicio que terminaba con la sentencia. Como se puede ver de lo anterior, no existía en esos tiempos remotos el juicio ejecutivo caracterizado por la intervención del Estado.

Fue mas tarde que el pretor introdujo la acción directa contra el patrimonio del deudor o ejecución real en forma de *missio in bona*, por la cual se adjudicaba al acreedor que lo solicitaba la posesión de todos los bienes del deudor. Ese procedimiento podía ocasionar un concurso de acreedores, con sus consecuencias. Hubo entonces una ley que concedió a los deudores el derecho de evitar *esa missio in bona* por el recurso de ceder espontáneamente sus bienes a los acreedores. Ese recurso fue conocido como *cesio*

*bonorum*, y daba lugar al beneficio de competencia a favor del deudor. Estas acciones generales fueron después limitadas y fue creada por el propio pretor una forma especial de ejecución dirigida contra determinados bienes, mediante embargo. Esto fue en acciones pignoraticias y era concedida por el magistrado a su arbitrio.

Toda esa evolución del procedimiento ejecutivo, siguió asentándose, sin embargo, en cualquiera de estos dos pilares:

- El decreto autoritario del pretor o
- La sentencia basada en autoridad de cosa juzgada.

El procedimiento de los romanos tenía, como consecuencia, el cumplimiento de una sentencia o el decreto del pretor, llamado interdicto. Pero distaba mucho de ser el procedimiento actual.

Los pueblos bárbaros que surgieron sobre las ruinas del Imperio romano, a pesar de sus victorias guerreras, fueron derrotados por la cultura jurídica romana, a causa de la inferioridad de la propia. Más en lo tocante a procedimientos judiciales, retrocedieron el avance que implicaban los sistemas romanos, pues por obra de su temperamento supersticioso, transformaron el proceso común en una serie excesivamente extensa de actos o formalidades encaminadas a obtener, antes que toda verdad terrena, la decisión de las divinidades. Las dificultades de semejante formulismo y la necesidad de dar pronta tramitación a ciertas acciones, fueron determinando la acción de otro

procedimiento más sencillo, que se llamó sumario y que trataba de arreglar la cuestión en una sola audiencia.

Este procedimiento sumario para ciertas acciones, es el principio, podemos decir, del procedimiento ejecutivo moderno. Su origen se remonta al año de 1306, bajo el reinado de Clemente V, el que en su Constitución conocida con el nombre de “CLEMENTINA SAEPE”, reguló la manera de proceder *simpliciter et de plano sine estrepitu et figura iudicii*, de aplicación en ciertos casos.

Establecido ya en el Derecho, que los efectos de la sentencia ya no eran tan absolutos, tenían que irse estableciendo procedimientos más rápidos, independientes de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y de todo decreto autoritario, semejante al edicto del pretor.

Ha sido la necesidad económica, más que todo, la que hizo que se buscaran medios judiciales rápidos, con el fin de que el crédito no se restringiera en vista de la resistencia de los deudores en cumplir sus compromisos.

Con fundamento en las leyes recopiladas se introducen en la legislación española fuente de nuestro Juicio Ejecutivo, disposiciones claras y precisas para aplicarlas en el caso de ejecuciones basadas en instrumentos a que la ley confiere fuerza ejecutiva.

El llamado Juicio Ejecutivo, hace su aparición en las legislaciones modernas, teniendo como finalidad el hacer que el acreedor obtenga en el menor tiempo posible y

sin dilaciones que imponen los juicios ordinarios, el cobro de sus créditos que constan de manera fehaciente.

## **5.2. EL TRÁMITE EJECUTIVO:**

## **5.3. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO EJECUTIVO**

Existe una variedad de posiciones dogmáticas sobre la naturaleza jurídica del proceso ejecutivo las que de forma breve serán analizadas a continuación.

## **5.4. EL PROCESO EJECUTIVO COMO PROCESO SUMARIO DE COGNICIÓN O DECLARATIVO**

El enfoque apunta a lo siguiente:

Según Gómez Orbaneja y Herce Quemada, dicen que el proceso ejecutivo busca la creación de un verdadero título de ejecución exigible.

Para Guasp, es la sentencia que dará al acto de voluntad, mérito ejecutivo.

Prieto Castro, dice que el título para la ejecución no es el título contractual o privado, sino la sentencia la cual determina el alcance de la ejecución y la que consiguientemente, actúa como título. Es decir, que se ha operado una novación de títulos o una aceptación del primitivo, privado o contractual, por una sentencia que

subsigue a la cognición limitada del juez. Por si mismo, el título garantizado solamente produce el efecto de legitimar un embargo de bienes anticipado

Manuel Sánchez Palacios, define al juicio ejecutivo como un juicio especial, sumario y provisional, “lo primero porque tiene una tramitación propia, lo segundo porque es un juicio breve en su tramitación y lo último porque la sentencia que en él recae, durante cierto tiempo no produce la excepción de cosa juzgada, ya que puede ser controvertida en juicio ordinario”.<sup>86</sup>

#### **5.4.1. EL TRÁMITE EJECUTIVO COMO PROCESO DE EJECUCIÓN**

El enfoque apunta a lo siguiente:

Gutiérrez Cabiedes, sostiene que “el juicio ejecutivo no es un juicio declarativo de derechos, ya que su única finalidad es la de hacer efectivos sus créditos”.<sup>87</sup>

Fenech es otro de los autores que sostiene que el “juicio ejecutivo es un proceso de ejecución”.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> <http://www.adelur.org/inicio/diccionario.doc> - “Diccionario de Derecho Procesal Civil - Diccionario Básico Jurídico”, Editorial Comares, 1994

<sup>87</sup> **GUTIÉRREZ CABIEDES, EDUARDO**; “Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del Proceso Monitoreo en España. En Estudios de Derecho Procesal”. Madrid, Ed. De la Universidad de Navarra Pamplona 1974; Pág. 322

<sup>88</sup> **FENECH** “Los procesos sumarios de ejecución.” Barcelona, Ed. Estudios de Derecho Procesal. 1962. Pág. 143

Serra Domínguez, sostiene que el “juicio ejecutivo es un verdadero proceso de ejecución y que el título ejecutivo lo constituye el documento que se acompaña a la demanda”<sup>89</sup>

#### **5.4.2. EL JUICIO EJECUTIVO COMO PROCESO MIXTO**

El enfoque apunta a lo siguiente:

Liebman, asevera que “el juicio ejecutivo se presenta como un proceso mixto de cognición y ejecución o, más exactamente como un proceso de ejecución que contiene una fase de cognición”<sup>90</sup>

#### **5.4.3. NUESTRA POSICIÓN**

El proceso ejecutivo es donde se demandan ejecutivamente el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los títulos que poseen todos los requisitos señalados por la ley para ser considerados como ejecutivos, llevando intrínsecamente un derecho y a la vez poseen obligaciones y efectos ejecutivos de dar, hacer, o no hacer. De esta forma que el trámite ejecutivo es netamente un proceso de ejecución y no de conocimiento, como muchas veces se lo ha querido ver.

---

<sup>89</sup> <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/CPCBolivia.html>

<sup>90</sup> <http://www.lafactoriaweb.com/articulos/amartya.htm>

## **5.5. LOS SUJETOS DEL PROCESO EJECUTIVO**

Los Sujetos del Proceso Ejecutivo son:

- El ejecutante, que es quien posee la legitimatio ad causam activa, figura en el título como acreedor, goza del principio de certeza.
- El ejecutado, es quién posee la legitimatio ad causam pasiva, figura en el título como deudor, se le irroga una culpabilidad que puede ser contradicha.
- El juez y sus auxiliares jurisdiccionales, que son los encargados de dilucidar la controversia, citar a lo involucrados, emitir las notificaciones, la ejecución, el embargo, la sentencia, el remate, etc. o cualquier otra medida procesal necesaria.

## **5.6. OBJETO Y LA FINALIDAD DEL PROCESO EJECUTIVO**

El objeto del Proceso Ejecutivo es de dar, hacer, o no hacer algo, a favor de aquél, en la forma y términos previstos por la ley, la jurisprudencia o la costumbre judicial.

En cuanto a la finalidad del Proceso Ejecutivo es variable, Jaime Guasp y P. Aragonese hablan de cuatro tipos fundamentales de procesos de ejecución:

1. La ejecución expropiativa, consiste en la entrega de dinero.
2. La ejecución satisfactiva, consiste en la entrega de una cosa distinta al dinero.
3. La ejecución transformativa, un hacer o deshacer forzoso.
4. La ejecución distributiva, reparto de un patrimonio entre varios sujetos.

Jaime Guasp y P. Aragonese concluyen que la finalidad general y primaria que se persigue es la entrega de cantidad de dinero o “componer el conflicto de intereses en forma definitiva. Efectivamente, la mayoría de pretensiones ejecutivas busca satisfacer una necesidad económica en dinero, en otros las obligaciones de hacer, de no hacer algo.

## **5.7. LA TUTELA EJECUTIVA**

La tutela ejecutiva tiene una triple finalidad:

1. Busca proteger y asegurar los intereses, derechos y obligaciones del ejecutante
2. Otorgarle al ejecutado el ejercicio de sus garantías mínimas de defensa.
3. Resolver de manera ágil, económica y efectiva el caso.

Liebman citado por Hinostroza Mínguez expresa que “la acción ejecutiva, lo mismo que la acción general, de la que es una subespecie, es un derecho subjetivo procesal que se dirige hacia el Estado, titular de la potestad jurisdiccional, a fin de que cumpla los actos en que se exterioriza la actuación de la sanción: bajo el impulso de la acción ejecutiva el órgano jurisdiccional pone las manos en el patrimonio del deudor y provee, con los bienes que se encuentren, a satisfacer el derecho del acreedor”<sup>91</sup>

## **5.8. CONCEPTO**

Para tener una visión más completa del trámite ejecutivo es necesario conocer alguno de sus conceptos básicos.

“Trámite es el camino compuesto por la serie sucesiva y ordenada de actos que debe seguirse en forma imprescindible para conseguir una resolución judicial que cause efectos jurídicos.

El trámite constituye un derecho de reclamar acudiendo al órgano jurisdiccional para plantear una reclamación, aquello que se reclama y sus fundamentos.

El trámite ejecutivo requiere para su sustanciación de manera indispensable de un instrumento que tenga la calidad de título ejecutivo, estos instrumentos no son más que aquellos a los cuales la ley reviste de una presunción de autenticidad que solo puede ser

---

<sup>91</sup> **HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO**; “Procesos de Ejecución.” 2ed. Lima, Ed. Jurista Editores. 2004. Pág. 382

desvirtuada en juicio mediante la prueba que al respecto debe rendir quien impugna el instrumento”<sup>92</sup> como ya se analizó en el capítulo anterior.

“Los Juicios Ejecutivos son aquellos procesos mediante los cuales sobre la base de un título ejecutivo que contiene una obligación e identifica claramente a las partes obligadas y que además del título mismo se establezca que la obligación es actualmente exigible puede pedirse al Juez que se exija el cumplimiento de la prestación debida y en su defecto el desplazamiento de la persona que se encuentra en mora respecto de las facultades dispositivas de su patrimonio, intervención en su patrimonio y el cumplimiento de la obligación en su nombre”.<sup>93</sup>

“Juicio ejecutivo es el procedimiento que se emplea a instancia de un acreedor contra su deudor moroso para exigirle breve y sumariamente el pago de la cantidad líquida que le debe, de plazo vencido y en virtud de documento indubitado”.<sup>94</sup>

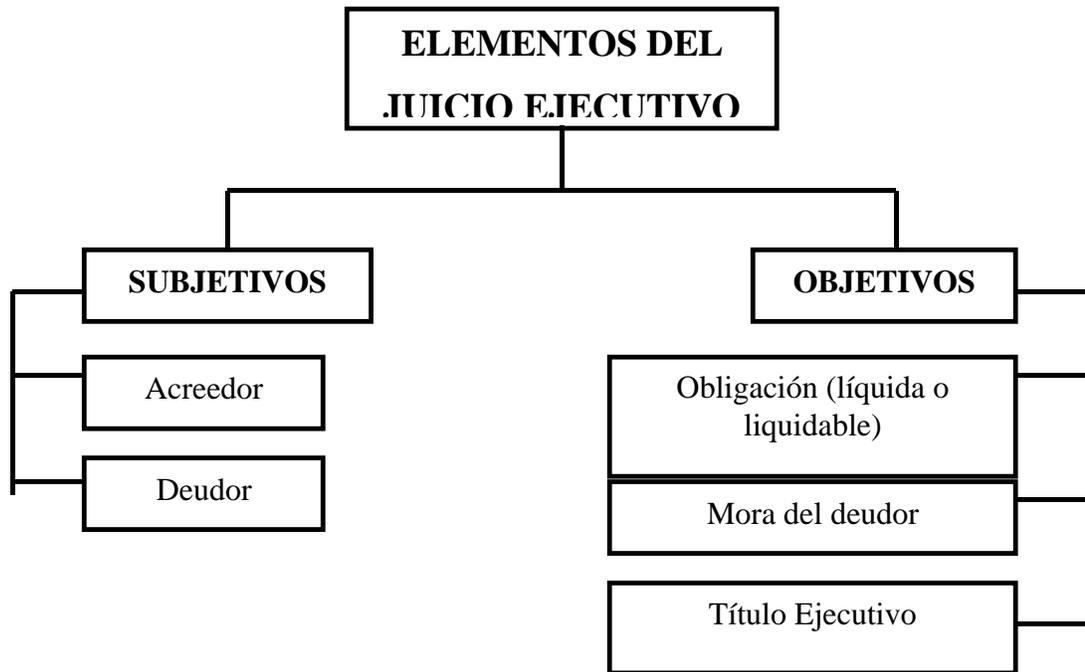
La vía ejecutiva es la que tiende a la ejecución y cumplimiento de las obligaciones de dar, hacer o no hacer alguna cosa (a pesar de que en nuestra legislación no se considere el hecho de no hacer), contenidas en instrumentos que llevan implícito la ejecución del mismo. El juicio ejecutivo por su naturaleza debería ser breve, especialmente en la fase de discusión, pero en la realidad, pese a que los términos para contestar la demanda, para la prueba son cortos, los tiempos que en realidad toma, distan de esta realidad, además se tiene que tomar en cuenta que no se trata de declarar un

---

<sup>92</sup> Apuntes de Derecho Procesal Civil, profesor, Dr. Olmedo Piedra Iglesias.

<sup>93</sup> **GUTIÉRREZ PÉREZ, BENJAMÍN**; “Práctica Procesal Civil”. Lima, Editorial. RAO S.R.L. 2000. Pág. 67

derecho, sino es la ejecución de un título ejecutivo que conlleva los requisitos señalados en la ley.



El elemento básico de toda ejecución es la obligación, ya que su cumplimiento es el que se persigue por medio del juicio ejecutivo, y porque ella es la que determina de manera precisa las personas del acreedor y deudor. Pero no toda obligación se puede hacer efectiva ejecutivamente, pues las obligaciones naturales, como no dan acción para exigir su cumplimiento, no pueden servir de base a una ejecución, por tal razón la obligación tiene que ser civil y perfecta para poderse ejecutar.

Para que el deudor quede incurso en mora, basta el vencimiento natural de la obligación insatisfecha, es decir el simple retardo.

---

<sup>94</sup><http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/ecuador/2.HTM>

Se entiende por título ejecutivo la declaración solemne a que la ley otorga específicamente la suficiencia necesaria para ser el antecedente inmediato de una ejecución. El título es una declaración contractual o autoritaria, que consta siempre por escrito y que da cuenta de la existencia de la obligación de manera fehaciente.

## **5.9. CRONOLOGÍA DEL PROCESO EJECUTIVO**

El Proceso Ejecutivo se divide y subdivide en las siguientes etapas:

- Medidas Previas, contiene los secuestros, embargos y toda clase de medidas cautelares propios de la ejecución. Pudiendo estas ser levantadas, sustituidas, ampliadas o reducida su medida.
  
- Citación para la Defensa.
  - Cumple voluntariamente su obligación
  - Cumple coactivamente su obligación
  
- Presentación de Excepciones y otros medios de defensa
- Contestación de las excepciones y otros medios de defensa
- Las Pruebas,
- Sentencia
- Los recursos impugnatorios que proceden contra la Sentencia.
- Cumplimiento o Ejecución de la Sentencia

- Remate
- Adjudicación
- Pago

Podetti citado por Hinostroza Mínguez expresa que “En los procesos compulsorios (...) existen etapas normales y esenciales, normales pero no esenciales y meramente posibles, vinculadas a la garantía de la defensa y al principio de la indisponibilidad de ciertos derechos”.<sup>95</sup>

Considera trámites normales y esenciales:

1. El requerimiento de pago;
2. La citación y emplazamiento para la defensa y
3. La sentencia. Puede serlo para cierta clase de organizaciones, la preparación o complementación del título.

Trámites normales, aunque no esenciales, son:

1. Las medidas precautelatorias (embargo o secuestro);
2. Las excepciones;
3. La contestación de las excepciones;
4. El periodo probatorio;
5. Los recursos contra la sentencia y

---

<sup>95</sup> **HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO** “Procesos de Ejecución.” 2ed. Lima, Ed. Jurista Editores. 2004. Pág. 78

6. El cumplimiento o ejecución de la sentencia.

Trámites simplemente posibles;

1. Los incidentes en general (sustitución, ampliación, reducción o levantamiento del embargo; nulidades de subastas, observaciones a la liquidación);
2. Las ampliaciones a la ejecución;
3. Los recursos contra el auto que deniega la ejecución o que declara inadmisibles las excepciones y
4. Las tercerías de dominio o de mejor derecho.<sup>96</sup>

La construcción de las etapas procesales tienden a fusionarse, desaparecer, aumentar o reducirse, la tendencia procesal moderna es a la fusión, reducción o desaparición de uno o más actos procesales. El propósito es obtener actos procesales rápidos, eficientes y efectivos para el usuario del proceso.

#### **5.10. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA**

La legitimación en el proceso ejecutivo tiene dos figuras:

- La legitimación activa, es quien figura como acreedor en el título.

---

<sup>96</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO "Procesos de Ejecución." 2ed. Lima, Editorial. Jurista Editores. 2004. Pág. 80

- La legitimación pasiva, es quién figura como deudor o tercero responsable en el título.

Es importante que la condición de acreedor, deudor o responsable (aval, fiador, codeudor o responsable solidario) se encuentre establecida de manera fehaciente, con el fin de evitar malos ratos, gastos innecesarios y carga procesal.

## **5.11. ETAPAS DEL TRÁMITE EJECUTIVO:**

### **5.11.1. LA DEMANDA EN EL TRÁMITE EJECUTIVO**

La demanda en los juicios ejecutivos debe ser clara, cumplir con los requisitos del Art. 67, conteniendo manifestaciones concretas y pertinentes al objeto de la reclamación, además indispensablemente al escrito de la demanda deberá acompañarse el título ejecutivo que sirva de fundamento para la acción, esto tanto por disponerlo el Art. 419 como por el hecho de que tal circunstancia constituye una solemnidad sustancial específica del trámite ejecutivo, de acuerdo al Art. 347 CPC. A continuación transcribo los requisitos del Art. 67 y 68 del C.P.C.

Art. 67. - La demanda debe ser clara y contendrá: (Con la demanda se inicia la relación procesal civil.)

1o. - La designación del juez ante quien se la propone.

2o. - Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado; (se debe considerar el error en el que ha incurrido el legislador pues se trata de nombres y apellidos como lo indica la ley de registro civil, identificación y cedulaación.)

3o. - Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión;

4o. - La cosa, cantidad o hecho que se exige;

5o. - La determinación de la cuantía;

6o. - La especificación del trámite que debe darse a la causa;

7o. - La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor; y,

8o. - Los demás requisitos que la Ley exija para cada caso.

Art. 68. - A la demanda se debe acompañar:

1o. - El poder para intervenir en el juicio, cuando se actúe por medio de apoderado;

2o. - La prueba de representación del actor si se tratare de persona natural incapaz;

3o. - La prueba de la representación de la persona jurídica, si ésta figurare como actora;

4o. - Los documentos y las pruebas de carácter preparatorio que se pretendiere hacer valer en el juicio y que se encontraren en poder del actor; y,

5o. - Los demás documentos exigidos por la Ley para cada caso.

Luego de esto, el juez deberá acatar lo dispuesto en el Art. 69, tendrá que calificar la demanda de clara y completa para que pueda continuar el trámite, si no reúne los requisitos mandara al actor a aclarar o completar la demanda en el termino de tres días, de no cumplirse obligara al archivo de la demanda y la devolución de los documentos que acompañaron a esta, además tendrá que examinar los documentos presentados con la demanda y tramitara la ejecución del título si este contuviere los requisitos señalados en los Arts. 413 y 415 del C.P.C. el juez deberá además realizar un examen superficial de la validez del documento que contiene la obligación.

El juez tiene la facultad de negar la acción ejecutiva en caso de que faltare alguno de los requisitos propios de los títulos ejecutivos. El juez tiene la obligación de examinar la demanda antes de dictar el auto de pago.

Si el juez ve que la demanda es clara y completa y a más de ello se ha acompañado un título ejecutivo dictará el auto de pago disponiendo que el deudor en el término de tres días pague el adeudamiento o proponga excepciones.

En esta clase de trámite es facultad del actor solicitar que dentro del mismo proceso se dicten las medidas cautelares necesarias para el cumplimiento de la obligación.

Para la procedencia de estas medidas se deberá demostrar el hecho de que el bien sobre el cual recaerá la medida le corresponde al demandado.

Estas medidas preventivas dentro del juicio ejecutivo se pueden solicitar en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia de primera instancia, cuando se ha pedido en el escrito de demanda se deberá practicar antes de la citación al demandado.

Es facultad del demandado hacer cesar estas medidas preventivas, consignando el dinero, la cantidad suficiente para cubrir la deuda más un 10% de acuerdo al Art. 425.

### **5.11.2. AUTO DE PAGO**

Según el Art. 270 del C.P.C. señala “. - *Auto es la decisión del juez sobre algún incidente del juicio.*”. Según Joaquín Escriche, el juez dirige el orden del proceso con autos interlocutorios o providencias, y decide la cuestión principal por medio de su sentencia o auto definitivo.

Encontramos varias situaciones que son resueltas mediante un auto dentro del juicio ejecutivo, entre otras, son:

1. El mandamiento de pago o llamado también auto de pago.
2. Cuando el deudor consigna un valor que satisface la deuda antes de vencer el término de proponer excepciones, el juez dicta un auto declarando extinguida la obligación.
3. Cuando existe una omisión en la vía ejecutiva según los Arts. 346 y 347 del C.P.C. el juez dictara auto declarando la nulidad del juicio.
4. Realizado el remate, en los tres días posteriores el juez procederá a calificar las posturas presentadas según el Art. 462 del C.P.C. se denomina auto de admisión y calificación de posturas.
5. Se declara auto de adjudicación de los bienes rematados a favor del mejor postor una vez ejecutoriado el auto de calificación.
6. Si el remate incurriere en una de las causales de nulidad expresadas en el Art. 472 del C.P.C. la alegación de nulidad se decidirá mediante un auto.
7. En caso de darse la quiebra del remate se resuelve mediante auto y vuelve al trámite de adjudicación.
8. Las divergencias ocurridas con motivo de la tradición material de la cosa rematada será resuelto por el mismo juez mediante auto; etc.

De acuerdo a lo anteriormente dicho, el auto de pago en el juicio ejecutivo es un requerimiento del juez para que el deudor cumpla con la obligación demandada o proponga excepciones en el término de tres días, de esta forma vemos que el auto de pago no es un mandamiento de ejecución, sino una orden para que el ejecutado cumpla con la obligación o se excepcione, por consiguiente como es lógico no causa ejecutoria ya que puede ser confirmado o desvirtuado después de la tramitación en primera y segunda instancia; el mismo juez que dicto el auto de pago puede dejarlo sin efecto haya o no presentado excepciones el deudor ya que esta dentro de sus facultades el revisarlo el momento de dictar sentencia.

### **5.11.3. CITACIÓN EN EL TRÁMITE EJECUTIVO**

Al igual que en los demás tramites, la citación se hará en la persona del demandado o de su procurador; mas si no pudiere ser personal, se hará por tres boletas, en tres distintos días, salvo los casos determinados por la ley.; si la persona que debe ser citada no reside en el lugar donde se tramita el proceso civil (en este caso ejecutivo), se le citara mediante la delegación que corresponda. Si el deudor vive fuera de la Republica del Ecuador, se le citara mediante exhorto expresamente ordenado por el juez de la causa.

Si el actor desconoce el domicilio del deudor, tendrá que declarar bajo juramento este particular, y así podrá citarlo mediante tres publicaciones en la prensa, según lo indica el Art. 82 del C.P.C.

#### **5.11.4. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**

La contestación a la demanda dentro del juicio ejecutivo deberá contener todos los requisitos del Art. 102 del C.P.C.

De acuerdo al Art. 103 del C.P.C. la falta de pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor se considerara como negativa simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda. En el trámite ejecutivo, si no contesta en el término señalado por la ley, se considera al demandado en rebeldía y se dicta sentencia, pues al título ejecutivo se lo considera autentico, y contiene el fundamento de un derecho u obligación.

La doctrina ha considerado que la generalización para proponer excepciones dentro del juicio ejecutivo es inconveniente ya que el derecho del ejecutante esta debidamente declarado en el título es decir que envuelve una presunción de autenticidad de manera que la tendencia seria de aceptar aquellas excepciones ocurridas con posterioridad al título ejecutivo; bajo este principio se basa la tesis de defensa y excepción.

Una opinión personal, es que realmente ésta sería una forma muy buena de agilizar el trámite ejecutivo, ya que al permitir únicamente ciertas excepciones, se evitaría los inconvenientes de contestaciones a la demanda no acordes a esta clase de trámite que lo único que buscan es dilatar el proceso, claro que esto no significa de

ninguna manera que el derecho a la defensa consignado en la constitución sea lesionado de forma alguna.

Practicada la citación el ejecutado tiene tres días para cumplir con el pago u oponer excepciones, si adopta la primera (procede al pago) el juez declarará extinguida la obligación y dispondrá el archivo del proceso, pero si opone excepciones y estas son de puro derecho el juez en el mismo día de propuestas correrá traslado al actor por el término de tres días, vencidos los cuales con o sin contestación dictará sentencia.

Si las excepciones planteadas se refieren a hechos sujetos a prueba el juez previa la practica de la junta de conciliación que debe llevarse a cabo por mandato del Art. 1012 del C.P.C., concederá un término de prueba de seis días comunes a las partes a fin de que en dicho término se presenten las pruebas que sustenten la posición de cada una de las partes.

Vencido el término de prueba se concederá el de alegar por cuatro días luego de los cuales se deberá pronunciar sentencia.

“La defensa del ejecutado se divide en excepciones dilatorias y perentorias además de las excepciones de puro derecho y las que versan sobre hechos que deban justificarse”.<sup>97</sup> En la práctica la mayoría de las excepciones están encaminadas a atacar la validez del título ejecutivo, por ello lo más común es que se alegue inejecutividad del

---

<sup>97</sup> **VELASCO CELLERI EMILIO**; “SISTEMA DE PRACTICA PROCESAL CIVIL III “ editorial Pudeleco Primera edición 1994, Quito Ecuador Pág. 678

título, o de la obligación, el incumplimiento de formalidades dentro del título. Otra excepción que comúnmente es alegada es la falsedad y nulidad del título.

Las excepciones pueden ser dilatorias y perentorias. Las dilatorias son las que tienden a suspender o retardar el curso del litigio y las perentorias son las que extinguen en todo o en parte la acción a la que se refiere la demanda.

En nuestro Código al referirse a las excepciones dilatorias la enumeración es meramente ejemplificativa, ya que existen otras que no están enumeradas dentro del artículo correspondiente, algunas de esas excepciones son:

- Relativas a los jueces, es decir la falta de jurisdicción, de competencia, en razón a la materia y a las cosas, del territorio personas, grados etc.
- Relativas a las personas, estas son la incapacidad legal, falta de poder del actor, ilegitimidad de personería.
- De orden o excusión, se necesita que no se haya renunciado a este beneficio, esta no cabe en la letra de cambio, pagare a la orden o cheque.
- Acerca del modo de pedir, hace referencia a la imposibilidad de acumulación acciones que necesitan diferente sustanciación.
- Litis pendencia, esta no esta expresamente contemplada pero es comúnmente utilizada, la litis pendencia se refiere a que no puede juzgarse simultáneamente la misma cuestión en dos juicios para lo que se toma en cuenta la identidad subjetiva (intervención de las mismas partes) e identidad objetiva (que se

demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho).

Las excepciones perentorias se encuentran enumeradas en el Art. 1583 del C.C., pero además, también las encontramos dispersas dentro del Código Civil como es el caso del objeto ilícito, falta de consentimiento o consentimiento viciado.

Entre estas excepciones tenemos:

- Los casos en los que la ley exige instrumento público como solemnidad no podrá ser suplido por otra prueba.
- Falta de los requisitos que dan validez a los títulos ejecutivos.
- Excepciones sobre hechos que deban justificarse como son la falsedad del título, su nulidad, defectos extrínsecos actos que le dieron fuerza de título ejecutivo.

#### **5.11.5. LA JUNTA DE CONCILIACIÓN EN EL TRÁMITE EJECUTIVO**

Aunque no se trate de una solemnidad propia del juicio ejecutivo la ley establece que antes que se dé el término de prueba el juez convocara a las partes a una junta de conciliación, cabe recalcar, que la omisión de dicha junta no acarrea la nulidad en este tipo de proceso. En esta junta puede darse que la parte demandada no comparezca, en cuyo caso se lo acusa de rebeldía, imposibilitándose una transacción

### **5.11.6. LA PRUEBA EN EL TRÁMITE EJECUTIVO**

El fin de la prueba en el trámite ejecutivo tiende a demostrar la falsedad o la extinción de la obligación o del título, así como los demás hechos que alegue el demandado en defensa de sus intereses.

El término probatorio en este trámite tiene una duración de seis días y se lo llevara a cabo solo una vez. El juez puede al igual que en los demás tramites hacer uso de la facultad que le concede el Art. 118 del C.P.C., que dice: *“Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptuase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero si podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente”*.

En caso de darse excepciones de puro derecho se notificara a las partes y en un termino de tres días se dictara sentencia, en caso de que se propongan excepciones que contengan hechos que deben justificarse el término será de seis días improrrogables.

Las pruebas que sean presentadas deben referirse a los hechos que son alegados dentro de la demanda ya que es sobre estos que el juez debe dictar sentencia. No se puede sentenciar ni decidir sobre más puntos de los trabados en la litis.

Debemos tomar en cuenta que dentro del trámite ejecutivo la prueba rendida por el actor será por lo general la reproducción del título ejecutivo ya que la ley le atribuye a este una presunción de autenticidad (que puede ser desvirtuada), quedando la carga de prueba exclusivamente en manos del demandado.

#### **5.11.7. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO EJECUTIVO**

La actividad probatoria en el proceso ejecutivo tiene cinco perspectivas

- La del Ejecutante, demostrar que existe una obligación frente a él mediante un título valido, cierto, expreso, exigible y liquidable.
- La del Ejecutado, busca contradecir dicho título acreditando su falsedad, nulidad, inexigibilidad, iliquidez, extinción de la obligación, excepcionando o proponiendo defensas previas.
- El Juez, tiene misión de verificar, cotejar, clasificar y examinar el título, documento u otro medio de prueba que se le ofrezca en el proceso.
- El Juez de Alzada o de Segunda Instancia, quién revisa y vigila los actos del Juez de Primera Instancia a pedido de parte, de manera que exista un verdadero control de justicia.

- En el proceso ejecutivo son admisibles todos los medios de prueba previstos por la ley, la jurisprudencia o cuyo diligenciamiento ordene el juez.”<sup>98</sup>

#### **5.11.8. ALEGATOS EN EL TRÁMITE EJECUTIVO**

Una vez concluido la etapa de prueba, se da un término de cuatro días en que las partes presentaran sus manifiestos en derecho o también llamados alegatos, que es definido como “En general el escrito donde hay controversia, esto es, demostración de las razones de una parte para debilitar las de la parte contraria “<sup>99</sup>, o puede definirse al alegato como la forma en que las partes intervinientes en el proceso desvirtúan o tratan de desvirtuar la tesis presentada por su adversario.

#### **5.11.9. LA SENTENCIA EN EL TRÁMITE EJECUTIVO**

El órgano jurisdiccional tiene las funciones de: ejecutar coactivamente la voluntad de la ley cuando el obligado se niega a cumplirla espontáneamente, se da por la falta de voluntad de los individuos que mantiene una relación jurídica y la otra es una función declarativa ya que no crea ni forma nuevas relaciones jurídicas, solo se limita a exponer las disposiciones de la ley que existen antes de la intervención del juez.

---

<sup>98</sup> **CARRIÓN LUGO, JORGE**; “Tratado de Derecho Procesal Civil.” Lima, Ed. Grijley Vol. II. 2000. Pág. 154

<sup>99</sup> **CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO**; “Diccionario Jurídico Elemental Editorial Heliasta B.S. Argentina 1997. Pág. 31.

La única forma normal de terminar los proceso es mediante la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional competente, esto es si se sigue el trámite de una manera normal, pero en el trámite ejecutivo como en la mayoría de trámites civiles pueden darse situaciones anormales como es el acuerdo entre los litigantes, el desistimiento, el allanamiento, el abandono y la caducidad que dan fin al proceso sin tener necesidad de sentencia.

La sentencia se la puede definir “ Como el acto procesal que admite o niega el objeto del litigio; y por consiguiente, se asocia a la acción deducida en cuanto es la expresión de lo dispuesto en la ley, según las circunstancias de los hechos sometidos a la resolución del juez o tribunal; la sentencia en juicio ejecutivo da termino al litigio, pero no pasa en calidad de cosa juzgada sino formal para fines de la ejecución de lo dispuesto por el juez ya que el ejecutado puede proponer un juicio ordinario”<sup>100</sup>

La sentencia es el acto procesal que normalmente pone fin al proceso, es el más solemne de los mandatos de un juez o tribunal, por ella se entiende la decisión que legítimamente dicta el juez competente, juzgando de acuerdo a su opinión y según la ley o norma aplicable.

La sentencia en el trámite ejecutivo al igual que toda sentencia contendrá tres elementos:

---

<sup>100</sup> **CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO**; “Diccionario Jurídico Elemental Editorial Heliasta B.S. Argentina. 1997. Pág. 362

1. La exposición de los hechos, es la relación histórica de la situación en litigio.
2. La calificación jurídica de la acción, que son las consideraciones jurídicas sobre las tesis sustentadas por las partes.
3. La resolución o fallo que es el resultado del análisis de los puntos anteriores

Dentro de la sentencia el juez se limita a juzgar solo sobre lo que le fue presentado en la demanda y excepciones opuestas, ya que lo que no esta planteado en estos dos actos, demanda y contestación, esta fuera de su universo jurídico; el objeto de la sentencia es un hecho individual y singular es decir, que no puede recogerse otros asuntos sobre los que no fue trabada la litis. Generalmente en la mayoría de los casos se condena al ejecutado a una prestación que puede ser como ya se estudio en capítulos anteriores la de dar, hacer (o no hacer) alguna cosa, pero puede también declarar sin lugar la demanda, es decir, sentencia desestimatoria.

El juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días.

La sentencia produce cosa juzgada formal, es decir que es inimpugnable e inalterable creando así una firmeza jurídica.

#### **5.11.10. COSTAS EN EL TRÁMITE EJECUTIVO**

Como norma general se condenara en costas a la parte que hubiere obrado con temeridad y mala fe dentro del proceso. En el trámite ejecutivo se toma también en cuenta que el vencimiento, impone las costas en base de la culpa como carga del vencido cuando no ha satisfecho las obligaciones en el plazo fijado o señalado, incluso este valor podrá ser cubierto con el producto de bienes rematados en caso de que los hubiere.

#### **5.12. RECURSOS EN EL TRÁMITE EJECUTIVO**

A partir del Art. 320 del C.P.C. se regulan los recursos, que pueden ser utilizados en todos los trámites civiles, estableciendo los recursos de apelación, de hecho. Antiguamente el de tercera instancia el cual fue derogado en 1993 en el R.O. 192, debido a la ley de casación. El Art. 321 hace referencia al principio jurídico por el cual en el derecho privado se permite hacer todo lo que no este expresamente prohibido, ya que concede cualquier recurso siempre que la ley no lo niegue expresamente.

El actor puede interponer todos los recursos que concede el C.P.C. para los procesos ordinarios, pero el ejecutado solo podrá apelar de la sentencia y no podrá interponer ningún otro recurso ni aun el de hecho, en virtud de la presunción de autenticidad que contienen los títulos ejecutivos.

### **5.12.1. RECURSO DE APELACIÓN**

La mejor definición de este recurso la encontramos en el Art. 323 del C.P.C. *“Apelación es la reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado hace al juez o tribunal superior, para que revoque o reforme un decreto, auto o sentencia del inferior.”* Este recurso debe ser interpuesto ante el juez que dicto la sentencia y será resuelto por el órgano superior. Este recurso puede ser interpuesto por las partes que intervinieron en el juicio, y los que tengan interés inmediato y directo. Cuando son varias las personas interesadas en el juicio sobre un derecho común indivisible la apelación interpuesta por cualquiera de ellas aprovecha o perjudica a las demás siempre que este recurso sea interpuesto dentro de los tres días de dictada la sentencia. Este recurso es además renunciable, el único que no puede renunciar a este es el Estado y las entidades del sector público.

Se debe notificar a las partes informándoles que se ha aceptado el recurso aunque una de ellas se encuentre en rebeldía.

### **5.12.2. RECURSO DE CASACIÓN**

Las partes tienen la facultad de interponer el recurso de casación en todas las providencias que se dicten en la fase de ejecución de las sentencias en el campo civil. Este recurso puede ser interpuesto siempre que se cumpla una de las causales enumeradas en el Art. 3 de la ley de Casación. *“La esencia del recurso de casación es el*

corregir los errores de derecho en que hubiere incurrido la sentencia con relación a la ley”<sup>101</sup>.

A este respecto debemos analizar el Art. 2 de la ley de casación que en su inciso primero dice: *“El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo”*.

Tenemos que aclarar que no todas las providencias judiciales dictadas en materia civil son susceptibles de ser impugnadas vía Casación, circunstancia ésta que pone de manifiesto su carácter de extraordinario a más de que, debe fundarse únicamente en los motivos expresamente señalados en la Ley de Casación en su Art. 3.

Se tiene que observar que el recurso de casación corresponde únicamente a los trámites de conocimiento y no a los de ejecución, como ya se indicó, la casación procede únicamente a las “sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento”. Por tanto, es necesario limitar el recurso en ese sentido. Es por eso que la casación solo procede en los procesos de conocimiento entendiéndose por estos a los trámites ordinarios y verbal sumarios y no a los ejecutivos

Es importante también, tener en cuenta algunos criterios del ¿por qué? este recurso procede únicamente en los procesos de conocimiento y no en los demás; al respecto

---

<sup>101</sup> **TRIBUNAL FISCAL DE LA REPUBLICA** Primera Y Segunda Sala Constituida En Tribunal De Casación Mayo 1978 R.O. 605, 12 de junio de 1978,

algunos autores como el Doctor César Coronel Jones sostiene: en una primera etapa, es conveniente que exista amplitud en cuanto a las materias susceptibles de casación; al fin y al cabo, también en juicios por medidas cautelares e inclusive ejecutivos, se cometen graves infracciones legales que deben ser casables. No se olvide que, al desaparecer la tercera instancia, se ha incrementado de hecho enormemente el poder de los juzgados inferiores y sobre todo el de las cortes superiores, las cuales deben ser materia de control en la legalidad de sus decisiones por parte del Tribunal de Casación.

Continúa, diciendo: La idea central es que la propia Corte Suprema, por vía de la doctrina legal, que ahora se irá formando como norma de aplicación obligatoria, ante la triple reiteración de fallos suyos sobre una misma materia, deberá ir depurando e instruyendo a los tribunales inferiores respecto de la admisibilidad en casación de ciertas providencias.

Es por estas razones, que mayor duda producen los casos de las sentencia expedidas en juicios ejecutivos que serán finales al ser dictadas por los jueces de última instancia, pero dudo mucho –nos dice el autor citado- que se puedan considerar definitivas, dada la posibilidad de su ulterior revisión en juicio ordinario que permite el Art. 448 del Código de Procedimiento Civil<sup>102</sup>, norma esta que establece: *“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,*

---

<sup>102</sup> **Zavala Egas Jorge**; “La Casación Estudios sobre la Ley N° 27 (R.O. N° 192, 18 de Mayo de 1.993”;; Corporación Editora Nacional; Quito Ecuador; 1.994; Pág. 36 y 37.

*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”.*

Este criterio también es sostenido por el español Manuel de la Plaza, para quién también está vedada la Casación en lo que respecta a juicios ejecutivos, por el hecho de que dichas sentencias no producen la excepción de cosa juzgada y dejan a salvo el derecho de las partes para promover un juicio ordinario sobre la misma cuestión.

El Doctor José García Falconi, nos dice que no se concede el recurso de casación a los procesos ejecutivos, por que en ellos siempre existe la posibilidad de que la parte que se siente perjudicada por la resolución, interponga el juicio de conocimiento; ello está expresamente reconocido por el Art. 448 del Código de Procedimiento Civil<sup>103</sup>.

Por lo tanto se considera que el Art. 448 del Código de Procedimiento Civil, como se citó anteriormente, reconoce que la sentencia dictada en juicio ejecutivo no produce excepción de cosa juzgada y que el demandado puede intentar la vía ordinaria para discutir ampliamente la obligación sobre que versó el ejecutivo. Por lo tanto, si

---

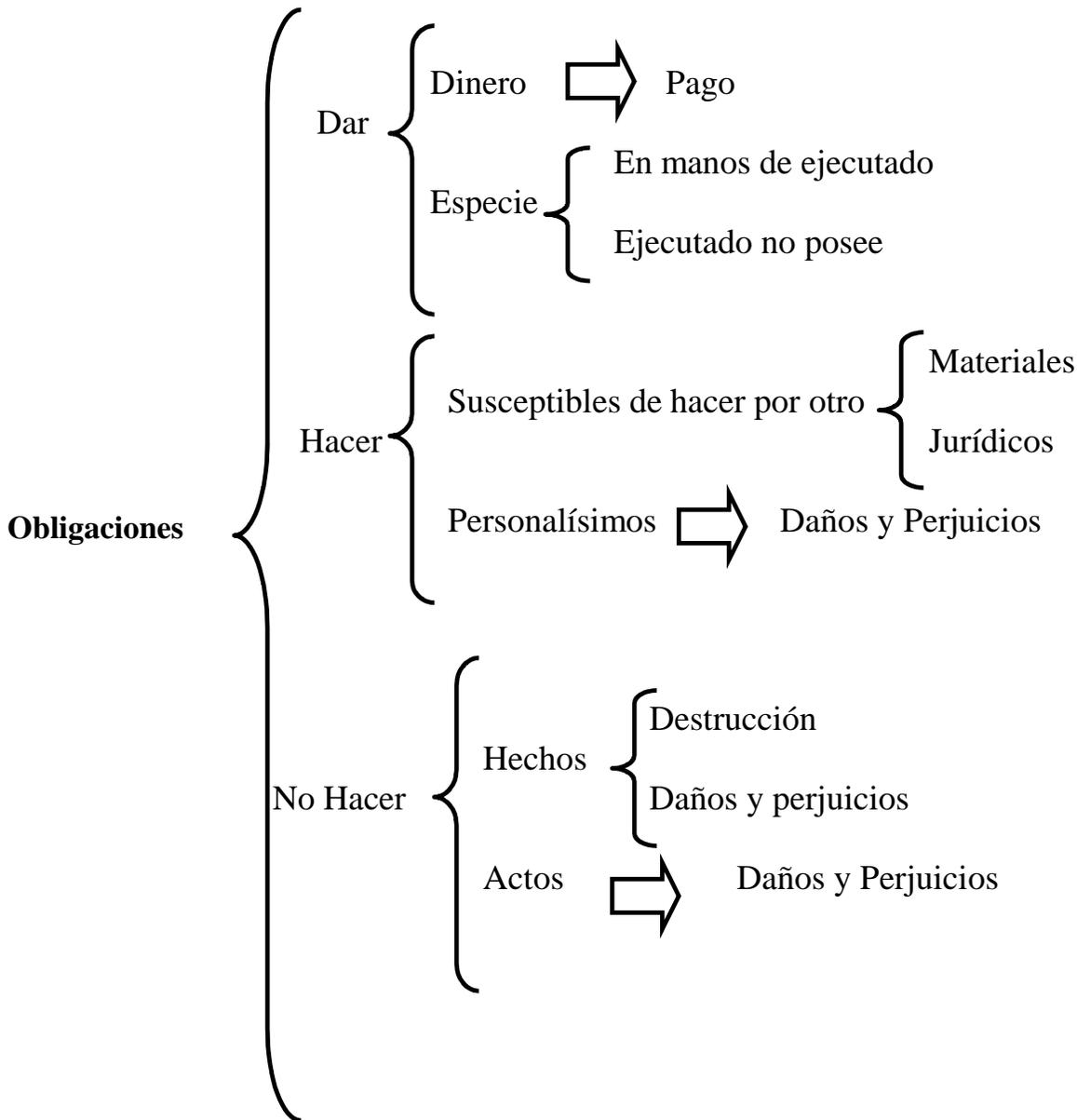
<sup>103</sup> **García Falconi José C.**; “Manual Teórico Práctico en Materia de Casación Civil”; Segunda Edición; Ediciones Rodin; Quito Ecuador; 1.998; Pág. 81.

existe un medio para impugnar lo dispuesto en la sentencia ejecutiva, no procede el recurso de casación, por su carácter de remedio extraordinario en sentido positivo y negativo.

Vemos así que el sentido que toma nuestra Ley de Casación en cuanto a las sentencias dictadas en juicios ejecutivos es correcto, ya que éstas producen el efecto de cosa juzgada sólo respecto de un nuevo juicio ejecutivo, motivo por el cual, el Art. 448 del Código de Procedimiento Civil no reconoce este efecto y constituye el único caso de excepción en el cual no se podría plantear el recurso de casación.

En definitiva, podemos concluir diciendo que el recurso de casación puede ser planteado en todos aquellos procesos en los que se hayan dictado una resolución final y definitiva por parte de una Corte Superior, sin que quede abierta la posibilidad de poder plantear cualquier otro recurso, o de que sea nuevamente discutido el asunto controvertido en la vía ordinaria.

### 5.13. TIPOS DE OBLIGACIONES EN EL TRÁMITE EJECUTIVO



Como lo indica el Dr. Olmedo Piedra Iglesias en sus clases magistrales de Derecho Procesal Civil, “en las obligaciones de dar, que fundamentalmente consisten en pagar una cantidad determinada de dinero partiremos de la sentencia, una vez que ha causado estado y es inalterable; el juez dispondrá la liquidación definitiva del

adeudamiento, mediante la designación de un perito, quien presentará su informe, con el cual se deberá correr traslado a las partes, para que hagan sus observaciones; de no haber observaciones o de haberlas, rectificado el informe el juez dictará el mandamiento de ejecución, mediante el respectivo auto mandamiento, que en definitiva es la orden que imparte el juez para que el obligado en el término de veinticuatro horas pague el adeudamiento o dimita bienes, dimisión que de hacérsela deberá estar respaldada de los documentos que justifiquen la propiedad de los bienes dimitidos. Incluso en caso de tratarse de demanda por pago de capital e intereses, el juez fijara la cantidad que el deudor deberá pagar basándose en el informe realizado por el perito.

En caso de que el demandado no cumpla con el mandamiento de ejecución, el acreedor podrá libremente señalar los bienes de propiedad del obligado, sobre los cuales pretende se practique el embargo que es “La retención o apoderamiento que de los bienes del deudor se efectúa en el procedimiento ejecutivo, a fin de, con ellos o con el producto de la venta de los mismos, satisfacer la incumplida obligación a favor del acreedor que posea título con ejecución aparejada”<sup>104</sup>, para que con ellos se cobre la obligación, ya que con el embargo se inmoviliza, se prohíbe, y se impide la realización de la facultad de disponer libremente de los bienes, cumpliendo así el principio según el cual, todos los bienes de una persona, es decir, su patrimonio constituyen garantía general del cumplimiento de sus obligaciones principio consignado en el Art. 2367 del Código Civil.

---

<sup>104</sup> **CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO**; “Diccionario Jurídico Elemental Editorial Heliasta B.S. Argentina 1997. Pág. 143

Cuando el embargo se pretende respecto de bienes muebles no sujetos a registro, bastará con la determinación que, de ellos haga el acreedor indicando eso sí, el lugar en el que se encuentran tales bienes, para que en base de esa determinación el juez pueda establecer al Alguacil que deberá cumplir con la obligación de embargo. Esta se practicará con la aprehensión que del o de los bienes realice el Alguacil y su posterior entrega a un Depositario Judicial.

De igual manera se procederá cuando el embargo se refiera a un crédito, se deberá determinar en la petición el nombre de la persona del deudor y la diligencia se practicará con la notificación respectiva a este.

Cuando el embargo se refiera a bienes inmuebles, será imprescindible acompañar a la petición respectiva el Certificado del Registrador de la Propiedad, en el que conste que el obligado es el titular del dominio del bien y además el Certificado Municipal respecto del avalúo catastral del bien. El embargo se practicará mediante la aprehensión que realice el Alguacil respectivo, luego la posterior entrega a un Depositario Judicial y luego la Inscripción pertinente de la medida en la oficina del Registro de la Propiedad del Cantón respectivo

En caso de que exista una mediada preventiva sobre el bien en cuestión el juez que ordena el embargo oficiara al juez que dicto la medida para que notifique al acreedor que la solicito para que este pueda hacer valer sus derechos como tercerista situación que será analizada posteriormente.

Cuando el embargo, se haya practicado, respecto de dinero, con el se procederá a pagar, mientras que cuando se haya tratado de un crédito, el remate respectivo tendrá como base el valor de crédito”<sup>105</sup>.

“El embargo de derechos y acciones, en una cosa singular o en una universalidad, se practicará mediante la notificación que realizará el Alguacil a uno, cualquiera de los copropietarios del obligado, quien por el mismo hecho de la notificación quedará constituido en depositario de la cuota embargada, y quien empero tiene la facultad de rehusar el depósito en el término de 3 días posteriores a la notificación, de haberse rehusado se notificará a otro copropietario, y si todos rehúsan al depósito se procederá a realizar la entrega a un Depositario Judicial”.<sup>106</sup> Para proceder al embargo de derechos y acciones, cuando estos se refieren a bienes inmuebles, se deberá sustentar la petición en el respectivo Certificado del Registrador de la Propiedad y también se deberá acompañar el Certificado Municipal sobre el avalúo catastral y cuando los derechos y acciones sean en otra clase de bienes, se deberá fundamentar la petición en el respectivo documento que acredite la titularidad de dominio del obligado.

Practicado el embargo, excepto cuando se trate de dinero o créditos, el juez procederá a la designación de un perito para que proceda al avalúo del objeto de embargo. El perito, una vez posesionado en el término que se le conceda deberá presentar su informe, el mismo que será suscrito en Junta del Depositario Judicial, bajo cuya custodia se halla el bien y quien podrá en el Acta respectiva hacer las

---

<sup>105</sup> Apuntes de Derecho Procesal Civil, profesor, Dr. Olmedo Piedra Iglesias.

observaciones que crea oportunas. Con el informe del perito se corre traslado a las partes, para que hagan sus observaciones y una vez ventiladas estas, a petición de parte se señalará día y fecha para que tenga lugar el remate, el mismo que necesariamente se llevará a cabo en día hábil desde las 14h00 a las 18h00. Con el señalamiento del día y fecha, se da aviso al público mediante 3 publicaciones por la prensa, las que deben efectuarse mediando entre ellas y de la última hasta el día del remate cuando menos 8 días, debiendo además el Secretario del Juzgado colocar carteles dando aviso del remate. En estos avisos se determinará en forma concreta y detallada el o los bienes a rematarse, sus condiciones, avalúo, la fecha y el lugar del remate.

En el primer señalamiento, el remate tendrá por base las dos terceras partes del avalúo y debiendo toda postura y oferta cubrir cuando menos esa base. Las ofertas o posturas se presentarán por escrito con señalamiento de casilla judicial para notificaciones y acompañado de por lo menos el 10% del valor de la oferta, como medio de consultar la seriedad de la oferta. El acreedor tiene plena libertad para hacer cualquier tipo de ofertas, como cualquier otra persona sabiendo que incluso en caso de no haber tercerías coadyuvantes, podrá abstenerse de acompañar el 10% del valor de su oferta y pedir que el valor de la misma se impute al crédito objeto de la litis. Practicado el remate, el juez en los 3 días posteriores procederá a calificar la oferta, estableciendo entre ellas el respectivo orden de preferencia y una vez ejecutoriado este auto, procederá a la calificación del objeto u objetos del remate a favor del mejor oferente, quien en el

---

<sup>106</sup> **DAVIS ECHANDIA, HERNANDO;** “Teoría General del Proceso”. Buenos Aires, Ed. Universidad. 1984. Pág. 187

término de 10 días que le concederá el juez, luego de ejecutoriado el auto de adjudicación deberá consignar el saldo necesario para cobrar la integridad de su oferta.

Existe circunstancias en las cuales el remate es nulo, estas son:

1. Cuando se ha efectuado en día inhábil o distinto del señalado por el juez
2. Cuando las publicaciones con el aviso del remate no se han efectuado o se las ha realizado de manera incorrecta.
3. Cuando se han admitido posturas antes de las 14h00 o después de las 18h00.

Cuando no se han presentado posturas en el primer señalamiento, con base de la respectiva razón que la sentará el secretario y desde luego a petición de parte se procederá por parte del Juez a realizar un segundo señalamiento de día y fecha para el remate. Remate que tendrá como base ya no las dos terceras partes si no únicamente la mitad del valor del avalúo realizado, y si tampoco en este caso existan posturas, el acreedor tendrá derecho para solicitar embargo de otros bienes o en su defecto pedir un nuevo avalúo.

Con el producto del remate, se procederá al pago al acreedor, de no haberse presentado tercerías coadyuvantes, caso contrario se continuará con el trámite de calificación de preferencia de los créditos.

Cuando se trate de obligaciones de dar, pero estas ya no se refieran a dinero, sino a una especie o cuerpo cierto, el deudor estuvo obligado a realizar la entrega dispuesta en la sentencia, sabiendo que caso de no acatar podrá ser forzado a cumplir lo resuelto por medio de la fuerza pública, conforme lo dispone el inciso. 1ro. Del Art. 440 del CPC”.

En las obligaciones de hacer, su cumplimiento se efectuará en caso de renuencia del deudor, mediante la realización del acto o de la obra determinada por parte de un tercero desde luego a cuenta del deudor o mediante la indemnización de los perjuicios que cause el incumplimiento y en ambos casos, con la indemnización correspondiente a la mora, de acuerdo a lo que establece el Art. 1596 de CC, en relación con la parte final del inciso. 1ro. del Art. 440 del CPC.

En las obligaciones de no hacer, la forma de ejecución será la destrucción de lo realizado en controversia al contrato siempre que ello fuere posible, y además indispensable para el fin que se tuvo en mente al momento de contraer obligación, destrucción que deberá realizarla el mismo deudor o en caso de no efectuarla él, podrá efectuarse por terceros, a expensas del mismo del deudor. De igual manera en el caso de las obligaciones de hacer, en caso de que lo realizado en contravención al contrato u obligación no pueda destruirse, la obligación se resolverá mediante la indemnización de los perjuicios que la infracción haya ocasionado al acreedor. Por último se debe también considerar que cuando la obligación consiste en el otorgamiento y suscripción de un determinado instrumento, y ello se hubiese ordenado en la sentencia respectiva, tal

hecho podrá ser efectuado, en caso de renuencia del deudor por el Juez en su representación conforme a lo establecido en el inciso. 2do. Del Art. 440 del CPC.

#### **5.14. TERCERIAS DENTRO DEL TRÁMITE EJECUTIVO**

Las tercerías son cuestiones incidentales en la ejecución procesal. De ellas no existen antecedentes en el derecho romano, ni en el medieval, ni en el canónico; tampoco hay registro de ellas en la legislación española sino hasta en la LEC de 1855.

Procesalistas extranjeros no presentan un criterio uniforme acerca de las tercerías y el concepto de estos se basa meramente en su naturaleza jurídica, estando en desacuerdo en considerar a la tercería como un mero incidente dentro del juicio ejecutivo. La tercería en la ley ecuatoriana es algo totalmente diverso de lo considerado en leyes extranjeras.

“En nuestra legislación se considera que cuando terceras personas resultan o pudiesen resultar perjudicados por las resoluciones que se adopten dentro de un determinado proceso judicial, del cual no sean parte o por una ejecución, estos terceros que tienen su vinculación bien sea con el objeto de la controversia o el objeto a rematarse o con el demandado, para hacer valer sus derechos pueden plantear su reclamación de diversas maneras, dependiendo del estado y la naturaleza del proceso en el cual van a reclamar, esta recibe el nombre de Tercería, y que en definitiva no es mas, que el reclamo que plantea un tercero dentro de un juicio del cual no es parte, con el objeto de hacer valer sus derechos respecto de un bien o bienes comprometidos en la

controversia o de créditos contraídos por el demandado en su favor. Estas reclamaciones encuentran su sustento en lo que dispone fundamentalmente el Art. 491, 492 y 493 del C.P.C.

Las tercerías pueden ser de dos clases: coadyuvantes y excluyentes.

#### **5.14.1. Coadyuvante.**

Es aquella que tiene por objeto perseguir dentro del juicio principal el pago de una obligación contraída por el demandado a favor de un tercero que precisamente es el tercerista.

#### **5.14.2. Excluyente.**

Es aquella en virtud de la cual fundándose en el dominio del bien o bienes que se han embargado o sobre los cuales se discute, tiende a reclamarlo a efecto de que justificado en forma debida tal dominio, esos bienes serán liberados y entregados al tercerista.

En el trámite ejecutivo, la tercería excluyente puede presentarse desde el momento en el que se decreta el embargo, hasta luego de los tres días posteriores a la última publicación con el aviso de remate.

Desde luego esta tercería suspende el trámite de la ejecución hasta cuando se resuelva lo pertinente respecto de ella, la misma que deberá ser tramitada en la vía ordinaria conforme lo que dispone el Art. 503 del C.P.C.

La tercería excluyente deberá presentarse necesariamente acompañada del título que justifique el dominio del bien que se reclama o en caso de no ser posible la presentación del título en ese momento procesal, el tercerista bajo juramento deberá justificar que presentará tal título en el término de prueba, sabiendo que de no cumplirse con este requisito o de resultar la tercería maliciosa, deberá ser rechazada de oficio, sin que proceda recurso alguno respecto de esa resolución.

Cuando la tercería excluyente se refiere a bienes inmuebles, el título que acredite el dominio deberá presentarse dentro del término de prueba. En todo caso será oído el tercero, aunque no presente el título de dominio, cuando alegue que tal instrumento se le ha perdido o que el bien fue adquirido por prescripción extraordinario o sucesión intestada y ofrezca presentar prueba de su dominio dentro de la etapa correspondiente.

La tercería coadyuvante en cambio no suspende en absoluto el trámite de la ejecución principal y puede proponerse desde que se ejecutoria la sentencia o se ordena el embargo de bienes hasta el momento mismo del remate.

Cuando el tercerista coadyuvante, se fundamente en un título ejecutivo y por parte del tercerista se alegue preferencia del crédito, el juez deberá disponer que practicado el remate, el producto del mismo sea depositado en la cuenta bancaria

respectiva del juzgado, hasta cuando se falle o se resuelva respecto de la preferencia de los créditos, pero cuando la tercería no se apoye en título ejecutivo, el juez en forma inmediata de practicado el remate, dispondrá que, con el producto del mismo se pague al ejecutante, quien empero deberá rendir fianza de restitución para el caso en que se declare preferente el crédito del tercerista. Inmediatamente luego de practicado el remate, se convocará a una Junta de Conciliación para resolver respecto de la preferencia de los créditos, convocatoria que se hará bajo prevenciones de procederse en rebeldía de los no asistentes, y que el acuerdo al que se llegue obligará necesariamente a todos los terceristas e incluso al ejecutante, caso de no haber asistido él.

En caso de no existir un acuerdo sobre la prelación del crédito en la junta de conciliación deberá ser tramitado en la vía ordinaria teniendo que cumplir con los requisitos como si se tratara de una nueva demanda.”<sup>107</sup>

### **5.15. EL CONCURSO DE ACREEDORES E INSOLVENCIA EN EL TRÁMITE EJECUTIVO**

“El concurso de acreedores es un procedimiento de ejecución colectivo contra los no comerciantes, que se regula en el Código de Procedimiento Civil pero tiene un ámbito de carácter sustantivo, en cuanto en lo que se refiere a la prelación de créditos, pero su objeto es eminentemente procesal”<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Apuntes de Derecho Procesal Civil, profesor, Dr. Olmedo Piedra Iglesias.

<sup>108</sup> **VELASCO CELLERI EMILIO**; “SISTEMA DE PRACTICA PROCESAL CIVIL III” Editorial Pudeleco Primera edición 1994, Quito Ecuador Pág. 678

Existe dos clases de concursos, el voluntario en el cual el deudor hace cesión de bienes, y el necesario en el que se forma por demanda de uno o más acreedores, solo basta un mandamiento de ejecución no cumplido para que se presuma insolvencia y como consecuencia se declare a lugar el concurso de acreedores.

“Nuestra ley en el Código Civil, recoge aquel principio en virtud del cual el patrimonio de una persona constituye garantía general del cumplimiento de sus obligaciones en el Art.2367. Sin embargo, en la práctica no es raro encontrarse con casos concretos en las cuales el deudor no tiene bienes suficientes para cubrir las obligaciones que ha contraído, es decir, en definitiva el monto de los créditos es superior al valor de su patrimonio, situación esta que en definitiva deviene en perjuicio para terceras personas, que se verán imposibilitadas de cobrar sus créditos teniendo que darse el concurso de acreedores. Es precisamente considerando esta circunstancia que la ley con el objeto de evitar que el perjuicio causado a los acreedores por el deudor cuyo patrimonio sea insuficiente para honrar sus créditos, la ley ha establecido una institución denominada la interdicción que en definitiva es el estado en el cual se le coloca a una persona que no ha podido cumplir sus obligaciones, en incapacidad de actuar por si misma y obligarse civilmente, en suma el interdicto pierde la capacidad civil de obligarse y contratar. Es en este caso que se deberá nombrar un sindico de quiebras que será quien administre los bienes del interdicto.”<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> Apuntes de Derecho Procesal Civil, profesor, Dr. Olmedo Piedra Iglesias.

La presunción de insolvencia únicamente puede tener como bases o fundamentos las circunstancias expresamente determinadas en el Art. 509 del C.P.C., es decir, no procede la presunción de insolvencia si previamente no contamos, con cualquiera de las condiciones determinadas en dicha norma legal.

Los bienes, materia del concurso se entregará al Síndico en base de un inventario realizado por uno de los acreedores, designado por el juez y por el deudor o su representante, en este mismo inventario se practicará un avalúo de los bienes, objeto del concurso y se procederá en forma inmediata al remate al martillo de aquellos bienes que pueden y aún de todos, si el deudor así lo acepta expresamente, de los bienes que por cualquier concepto adquiere posteriormente el deudor, el 50% pasarán a la masa del concurso, es decir, a los acreedores, mientras que el 50% restante quedará en beneficio del deudor para su subsistencia.

Practicado este avalúo y aún el remate, el juez convocará a una Junta de Acreedores, convocatoria que se realizará mediante publicación por la prensa. En esta Junta por acuerdo al que llegare la mayoría de los concurrentes, se resolverá respecto de sí, el Síndico debe continuar con los negocios del fallido o en su defecto se procederá al remate de los bienes, objeto del Concurso, remate que se efectuará siguiendo las mismas normas relativas al remate de bienes para el caso de ejecución. Las providencias que se dicten respecto de la procedencia del Concurso son apelables solamente en el efecto devolutivo.

Con esto se ha analizado de una forma general el trámite ejecutivo, siendo de suma importancia el señalar las particularidades que caracterizan a este trámite dentro de nuestra legislación las cuales son muy bien definidas por el Dr. Olmedo Piedra Iglesias en su cátedra.

- Cuando el demandado habiendo sido citado en el término de 3 días no paga ni propone excepciones, el juez a petición de parte deberá pronunciar sentencia, la misma que causa ejecutoria (es inamovible) por imperativo legal. De aquí que se considera a este trámite uno de los más ágiles.
- También causa ejecutoria la sentencia cuando habiendo opuesto la excepción de pago total o parcial no se ha aportado prueba al respecto.
- En este trámite el ejecutante o actor puede interponer todos los recursos que la ley concede para el trámite ordinario, mientras que el ejecutado solo puede apelar de la sentencia, no siéndole permitido en los demás casos, ni aún interponer el recurso de hecho.
- Cuando la demanda se refiera al pago de pensiones periódicas u obligaciones con vencimientos sucesivos, la reclamación y la ejecución pueden comprender aquellas obligaciones por vencerse, aún cuando el juicio se hubiere contraído a una sola pensión.

- El perito designado para la liquidación de la obligación es irrecusable, su nombramiento no se notifica a las partes y no requiere posesionarse, bastando simplemente con que su informe lo emita bajo juramento.
- La sentencia pronunciada en el trámite ejecutivo produce el efecto de cosa juzgada únicamente con respecto a un nuevo juicio ejecutivo que se intente proponer posteriormente, dejando la posibilidad de que el ejecutado pueda plantear una reclamación en trámite ordinario para ventilar aquellas cuestiones que no pudo plantearlas en el juicio ejecutivo. En uso de este derecho el ejecutado podrá solicitar que el acreedor no sea pagado mientras no rinda caución suficiente para responder por los resultados del trámite ordinario, pero debiendo tenerse presente que tal trámite ordinario deberá iniciarse máximo en 30 días luego de verificado el pago. Esta particularidad constituye una excepción al Art. 297 CPC.
- No cabe reconvención por parte del demandado si no se la propone dentro del término de oponer excepciones y con fundamento en un título ejecutivo.
- Concedido el recurso de apelación en segunda instancia la resolución se pronunciará por el mérito de los autos, es decir sin que exista posibilidad alguna de articular prueba en segundo nivel.

## **CAPITULO VI**

### **CONCLUSIONES**

Si realizamos una evaluación a la Administración de Justicia en el Ecuador a lo largo del tiempo siempre encontraremos la existencia del problema recurrente de los retrasos para el despacho de causas lo cual a repercutido en el deterioro de la imagen de la Función Judicial. Se podría decir que los causantes de esta situación son entre otros; la falta de un programa de manejo de flujo de casos, la dificultad de acceso a la información respecto al estado de un caso, la ausencia de tecnología moderna dentro de las judicaturas y a disposición del público en general, la falta de entrenamiento legal y habilidades gerenciales para los despachos oportunos etc.

La normativa específica de las leyes establece límites de tiempo para las diferentes fases de un juicio, estos límites han sido ignorados y ha repercutido en todo tipo de abusos del sistema, debido a los excesivos volúmenes de casos que pesan sobre las cortes del país, mas aún si pensamos en el trámite ejecutivo, materia de este estudio, cuya principal cualidad es la celeridad que debe mantener.

Las ciudades que históricamente presentan mayores niveles de demora y carga procesal han sido Quito, Guayaquil y Cuenca, hecho que es directamente proporcional al

nivel poblacional y al incremento demográfico. De tal manera que, aún contando con la utilización al cien por cien de los recursos existentes en estas judicaturas, el resultado de su desempeño se traducía en la resolución de un menor número de casos del total que ingresaban en el año, provocando de esta manera un incremento exponencial en el número de casos pendientes.

La real importancia del trámite ejecutivo, es como su nombre lo indica llegar a la culminación del proceso de la manera más rápida posible, y evitar la dilatación de éste mediante excepciones que en algunos casos ni siquiera tiene que ver con la materia discutida, ya que en nuestra legislación se permite proponer todas las excepciones en la contestación a la demanda, como si fuera un juicio ordinario o un verbal sumario, situación que debería cambiar pudiendo solo ser aceptadas determinadas excepciones justificadas constituyendo esta la característica básica, e incluso pudiendo establecerse penas para quienes hagan uso de excepciones infundadas y que pretendan únicamente dilatar el proceso para demorar el fallo judicial. No se estaría atentando o yendo en contra del derecho constitucional a la defensa consagrado en el Art. 24 que dice: *Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia. Y sobre todo en el numeral 10 que indica: Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intra familiar o sexual, y de toda persona que no disponga de*

*medios económicos*, ya que si tomamos en cuenta legislaciones de países vecinos como por ejemplo la peruana, dentro del trámite ejecutivo se permite únicamente las excepciones determinadas para dicho proceso.

El juicio ejecutivo se origina con el cada vez mayor incumplimiento de las obligaciones que se hacen constar en un título de ejecutivo y que en conjunto representan millones de dólares que relativamente se encuentran estancados e improductivos lo que como consecuencia trae un retraso para la economía del país.

El juicio ejecutivo es considerado por su naturaleza como un procedimiento rápido y sin embargo en la actualidad éste tipo de trámite en todo momento se ve retrasado y lento, por los dispositivos legales que norman su manera de proceder, en virtud de que el mismo no cumple con las necesidades de la vida moderna, que en todo momento es más activa y dinámica, resultando en la práctica éste juicio con la falta de brevedad.

En la vida práctica, nos damos cuenta, que los juicios que se tramitan en mayor número son los ejecutivos, en un número muy superior a cualquier otro tipo de juicios dentro del ámbito civil.

El juicio ejecutivo tiene asignado un procedimiento breve, y las razones que ameritan este trámite, para las pretensiones ejecutivas no son en relación a la cuantía de la ejecución, al fondo de la ejecución, sino más bien a la calidad que se funda el título ejecutivo. Es decir el título ejecutivo contiene un elemento productor de certezas

aparentemente considerado por lo menos en el momento en que se presenta la demanda ejecutiva. El título ejecutivo viene a ser la prueba plena del derecho que afirma poseer, tener el ejecutante. Deben ser breves además pues tienen por objeto como su nombre lo indica la tramitación rápida de un negocio, toda vez que este proceso debe hacerse en un término breve, dada la necesidad de pronunciar un fallo a la mayor brevedad, también por que por los documentos que con la demanda se exhiben hay una presunción legal muy poderosa a favor del actor para estimar que le asiste la verdad y el derecho.

El juicio ejecutivo además de ser un procedimiento breve, es excepcional y no todos tiene acceso a él, ya que solo pueden hacer uso de éste aquellos cuyo crédito consta en un título de tal fuerza que constituye presunción, que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado, para que sea desde luego atendido por nuestras autoridades competentes.

De lo aquí planteado, se puede concluir que el legislador ha querido que los juicios ejecutivos se tramiten con la mayor rapidez posible, la idea de rapidez es la esencia de éste juicio.

Ahora, que tratándose ya en forma particular, de los juicios ejecutivos, se debe procurar que éstos sean todavía más rápidos que el resto de los juicios civiles, ya que se tiene que considerar la necesidad de dar toda la agilidad y celeridad posible a dicho juicio para que por consecuencia se vea beneficiado el poseedor de un título ejecutivo.

El comercio en si con el transcurso del tiempo ha progresado a grandes pasos y

se requiere toda la rapidez posible en sus múltiples facetas, para su continuo desarrollo, así como también para el movimiento natural y la circulación de la riqueza.

Por lo tanto hemos visto ya que los juicios ejecutivos deben ser los más breves de todos los juicios, los que deben tramitarse con la mayor rapidez sin embargo, en la práctica es notorio que no sucede así; pues actualmente nuestra legislación está muy atrasada, ya que ha permanecido estancada, y mucho más en lo que respecta a la tramitación del juicio ejecutivo, sin que éste atraso vaya en consonancia con el momento presente.

De modo que el conocimiento del juez se reduce en un principio a examinar este título, a examinar su apariencia, a ver si está asistido de todos los requisitos de fondo y de forma para merecer la tutela privilegiada que indica la vía ejecutiva. Pero ello no quiere decir que de plano se pase a ejecutarle porque se da oportunidad al deudor, al ejecutado en el juicio ejecutivo, a contradecir ese título, a excepcionarse; que es a mi criterio en donde solo se deben permitir ciertas excepciones como ya se anotó anteriormente, que no dilaten el proceso para conseguir así mantener su esencia de solución rápida a los problemas planteados, o si se permite todo tipo de excepciones estas tendrán que estar debidamente fundamentadas y deberán ser probadas dentro del juicio.

El objetivo primordial es el de modernizar el sistema de Gestión de Despacho Judicial a través de la incorporación de conceptos organizativos modernos que garanticen la optimización del servicio judicial.

De esta forma se tendría que crear un proyecto para apoyar el desenvolvimiento de los juzgados que se encuentra inmerso en una situación crítica, pero no sólo desde la pura y simple incorporación de recursos, sino mediante una nueva modalidad de trabajo, lo que implicará la introducción de nuevas formas organizacionales y más eficientes mecanismos de distribución trabajo y tramitación de expedientes.

Los objetivos generales y específicos serían mejorar los niveles de tutela y respuesta del sistema, permitiendo a los jueces una mayor dedicación a los asuntos críticos, dotándolos de una estructura adecuada para enfrentar procesos de características análogas que reciben una tramitación uniforme y son resueltos mediante decisiones que ostentan un importante grado de similitud.

Se busca una mayor celeridad en la resolución de los juicios ejecutivos, a través de la utilización de herramientas técnicas y tecnológicas modernas, que facilitarán una respuesta jurisdiccional oportuna y eficaz, agilizando así el cobro de deudas para fomentar una cultura de pago de las obligaciones que son parte de los títulos ejecutivos

motivo de este tramite y mejorar de esta forma el desarrollo económico de una manera integral.

Se podrá llegar a esta mayor celeridad y agilización del trámite procesal incorporando puntos simples como:

- Simplificación de trámites
- Trabajo en equipo
- Utilización de tecnología informática

Muchos criterios apuntan a que la solución lógica es crear nuevos Juzgados para que absorban el aumento de causas. Este remedio es el que se predica desde distintos ámbitos, especialmente entre los Jueces, y el que tradicionalmente se ha instrumentado cuando circunstancias similares han ocurrido con anterioridad.

Una buena manera de disminuir el tiempo que toma un proceso ejecutivo seria la de incorporar una reforma legal basando este tramite en los principios de oralidad, inmediación y concentración; cambios estructurales que volverían a este proceso lo que en esencia busca ser, un proceso rápido y sin demasiados obstáculos, en el que ya no se permita al deudor o demandado dilatar el proceso con el único objetivo de demorarlo, no por que tenga razón o crea lesionado un derecho sino solamente para demorar el pago de una obligación contraída o demorar el dictamen judicial.

Esto de ninguna manera significa desconocer el derecho a la defensa que asiste a todas las personas como ya se anoto anteriormente, sino de simplemente agilizar el trámite aceptando excepciones que vengan al caso y que sean valederas y no cualquier tipo de excepción que solo dilatará el proceso pero que de igual manera desembocara en un fallo favorable para el actor.

Por ultimo, otra forma de acelerar este proceso es el que las partes dentro de la junta de conciliación lleguen a un acuerdo, luego de que el juez haya analizado ya el caso y que ayude a las partes a que la disputa acabe definitivamente en esta etapa sin mayor dilatación.

## BIBLIOGRAFÍA

- **ALSINA HUGO**; “Tratado teórico y práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”; Compañía Argentina de Editores; 1.982; Tucumán 826 Buenos Aires Argentina.
- **ARAGONESES PEDRO**; “Proceso y Derecho Procesal Civil” Editorial Aguilar Madrid; 1960.
- **AZULA CAMACHO JAIME**; “Curso de Teoría General del Proceso”; Editorial Jurídicas Wilchez; Bogotá Colombia; 1986; Pág. 123
- **BARRIOS DE ANGELIS**; “Teoría del Proceso” Editorial Depalma. BS Argentina. 1979.
- **CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO**; “ Diccionario Jurídico Elemental”; Editorial Heliasta; B.S. Argentina 1997.
- **CABANELLAS GUILLERMO**. “Diccionario de Derecho Usual. Tomo IV”, Sexta Edición. Editorial Bibliográfica Omeba. Argentina. 1968.
- **CAPELLETI MAURO**, “El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado” México Universidad Autónoma 1966.
- **CARDONA GALEANO PEDRO PABLO**; “Manual de Derecho Procesal Civil”; Tomo I; Colección Universidad de Medellín; 1.986; Bogotá Colombia; Pág. 149.
- **CARNELUTTI, FRANCESCO**. , “Instituciones del Proceso Civil”. Tomo I. Editorial Ejea. Bs. As. 1970.
- **CARNELUTTI FRANCISCO**, “Derecho y Proceso” Tomo I, Editorial Ejea BS. Argentina 1971.
- **CARNELUTTI, FRANCISCO**. “Instituciones del Derecho Procesal”. Tomo I; Buenos Aires, Editorial Uthea, 1974.
- **CARNELUTTI, FRANCISCO**. “Sistema de Derecho Procesal Civil”. Tomo II. Editorial Hispanoamericana. Buenos Aires, Argentina. 1973.
- **CARRIÓN LUGO, JORGE**; “Tratado de Derecho Procesal Civil.” Lima, Ed. Grijley Vol. II. 2000.

- **COUTURE EDUARDO J.**; “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”; Editorial B. de F. Ltda.; Buenos Aires Argentina; 2.002.
- **COUTURE, EDUARDO J.** “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Editorial Depalma. Bs. As. 1999.
- **CHIOVENDA GIUSEPPE**; “Instituciones de Derecho Procesal Civil”; Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, Madrid España; Tomo I 1.954,
- **CHIOVENDA JOSÉ.** “Derecho Procesal Civil. Tomo I.” Cárdenas Editor. México, 1989.
- **CLARIÁ OLMEDO, JORGE.** “Derecho Procesal”. Editorial Depalma. Bs. Argentina. 1982.
- **CUENCA HUMBERTO**; “Proceso Civil Romano” BS Argentina. Editorial Ejea 1957.
- **DAVIS ECHANDÍA HERNANDO**; “ Estudios de Derecho Procesal”; Tomo I; Editorial ABC; Bogotá Colombia; 1.979.
- **DAVIS ECHANDIA, HERNANDO**; “Teoría General del Proceso”. Editorial Buenos Aires, Universidad Bs. Argentina. 1984.
- **DAVIS ECHANDIA HERNANDO**, “Compendio de Derecho Procesal” Editorial Universidad Bogota 1961.
- **DAVIS ECHANDÍA HERNANDO**; “Estudios de Derecho Procesal”; Editorial ABC; Bogotá Colombia; 1.980.
- **DAVIS ECHANDÍA, HERNANDO.** “Nociones General de Derecho Procesal Civil.” Editorial Aguilar. Madrid 1966.
- **DE LA PLAZA MANUEL**; “Derecho Procesal Civil Español” Tomo I; Editorial Revista de Derecho Privado Madrid 1951.
- **DE PINA VARA, RAFAEL.** “Diccionario de Derecho”. Vigésima edición, Editorial Porrúa S.A. México.
- **ERRAZURIZ EGUIGUREN MAXIMIANO**; “Apuntes de Derecho Romano-Derecho Procesal”; Tercera Edición; Editorial Jurídica de Chile; 1.983 Chile
- **ESCOBAR FORNOS IVÁN**; “Introducción al Proceso”; Editorial Temis; Bogotá Colombia; 1.990.

- **FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR.** “Estudios de Derecho Procesal.” Editorial Revistas de Derecho Privado. Madrid. 1955.
- **FENECH** “Los procesos sumarios de ejecución.” Barcelona, Ed. Estudios de Derecho Procesal. 1962.
- **GONZÁLEZ C. OSCAR EDUARDO,** “Consideraciones Prácticas Entorno al Proceso Ejecutivo”, Editorial Corte Suprema de Justicia. Costa Rica. 1995, Pág. 23
- **GUASP JAIME.** “Derecho Procesal Civil.” Editorial Instituto de Estudios Políticos. Tomo I. Madrid España. 1986.
- **GUASP JAIME.** “La Pretensión Procesal”, en Revista de Derecho Procesal, Vol. I, Año IX, Nos. 01 y 02. Bs. As. 1951
- **GUTIÉRREZ CABIEDES, EDUARDO;** “Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del Proceso Monitoreo en España. En Estudios de Derecho Procesal”. Madrid, Ed. De la Universidad de Navarra Pamplona 1974.
- **GUTIÉRREZ PÉREZ, BENJAMÍN;** “Práctica Procesal Civil”. Lima, Editorial. RAO S.R.L. 2000.
- **HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO;** “Procesos de Ejecución.” 2ed. Lima, Ed. Jurista Editores. 2004.
- **LOVATO V. JUAN I.** Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano” Tomo I, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito. 1957.
- **MONROY CABRA MARCO GERARDO;** “Principios de Derecho Procesal Civil”; Editorial Temis Tercera Edición 1988 Bogotá Colombia.
- **PALACIO, LINO ENRICO.** “Manual de Derecho Procesal Civil”. Editorial Lexis Nexis Abeledo-Perrot. Decimoséptima Edición Actualizada. Bs. As. 2003.
- **PALACIO LINO ENRIQUE;** “Derecho Procesal Civil”; Tomo I; Abeledo Perrot; 1977.
- **PALLARES EDUARDO;** “Derecho Procesal Civil”; Editorial: Porrúa S.A.; 1.979; México DF México.
- **PALLARES EDUARDO.** “Diccionario de Derecho Procesal Civil” Editorial Porrúa, México. 1982.
- **PARAJELES VINDAS, GERARDO.** “El Proceso de Ejecución.” Editorial Juritexto. Costa Rica, 2001.

- **PARAJELES VINDAS, GERARDO.** “El Proceso Civil: Su Tramitación Básica”, Editorial Corte Suprema de Justicia, 2a. Edición, Costa Rica. 1996.
- **PARRA QUIJANO JAIRO;** “Derecho Procesal Civil”; Editorial Temis; Santa Fe de Bogotá Colombia; 1.992.
- **PIEDRA OLMEDO.** Apuntes de Derecho Procesal Civil.
- **RAMÍREZ ARCILA, CARLOS.** “La Pretensión Procesal.” Editorial Temis SA. Bogotá 1986.
- **REIMUNDINI, RICARDO.** “Los conceptos de pretensión y acción en la doctrina actual”. Editorial Víctor P. De Zavalía. Bs. Argentina. 1966.
- **ROCCO UGO;** “Tratado de Derecho Procesal Civil”; Editorial: Temis Bogotá Depalma Buenos Aires; 1.983.
- **RODRÍGUEZ JOSÉ** “El Proceso como Regulador de las garantías constitucionales” Editorial Valencia, Venezuela 1975.
- **SAENZ ELIZONDO MARIA ANTONIETA.** “Reflexiones sobre el Proceso Ejecutivo”, Editorial Facultad de Derecho, Costa Rica, 1990.
- **SENTÍS MELENDO, SANTIAGO,** en “Revista La Ley”. Bs. Argentinas. Febrero 15 de 1967.
- **TRIBUNAL FISCAL DE LA REPUBLICA** Primera Y Segunda Sala Constituida En Tribunal De Casación Mayo 1978 R.O. 605, 12 de junio de 1978,
- **TROYA CEVALLOS ALFONSO;** “Elementos de Derecho Procesal Civil”; Centro de Publicaciones Universidad católica del Ecuador”; Tomo I y II; 1976.
- **VELASCO CELLERI EMILIO;** “SISTEMA DE PRACTICA PROCESAL CIVIL III “Editorial Pudeleco Primera Edición; Quito Ecuador; 1994,
- **VESCOVI ENRIQUE,** “Teoría General del Proceso”. Segunda Edición Editorial Temis S.A. Bogota. 1999.

#### **PAGINAS WEB:**

**<http://www.adelur.org/inicio/diccionario.doc>** “Diccionario de Derecho Procesal Civil - Diccionario Básico Jurídico”, Editorial Comares, 1994

**<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/CPCBolivia.html>**

**<http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/ecuador/2.HTM>**

**<http://www.dlh.lahora.com.ec>**

**<http://www.funcionjudicial-azuay.gov.ec/principal.htm>**

**<http://www.lafactoriaweb.com/articulos/amartya.htm>**

# ANEXOS

## ANEXO 1

### TOTAL DE CAUSAS CIVILES INGRESADOS EN LOS JUZGADOS DEL AUSTRO

AÑO	CAUSAS INGRESADAS	CAUSAS RESUELTAS
1998	15,167	12,815
1999	12,889	11,650
2000	9,462	27,826
2001	8,148	15,065
2002	8,044	13,581
2003	9,300	17,233
2004	10,314	11,936
2005	11,052	10,785

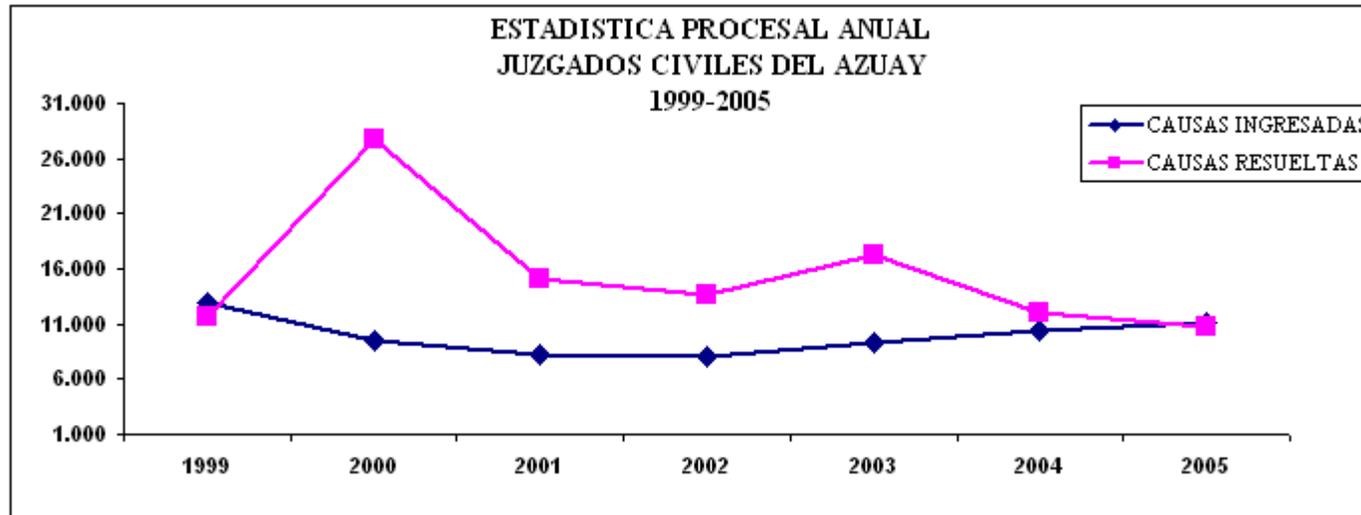
110

---

<sup>110</sup> <http://www.funcionjudicial-azuay.gov.ec/principal.htm>

## ANEXO 2

### ESTADISTICA PROCESAL ANUAL JUZGADOS CIVILES DEL AZUAY



111

<sup>111</sup> <http://www.funcionjudicial-azuay.gov.ec/principal.htm>

## ANEXO 3

### CAUSAS INGRESADAS ANUALMENTE POR JUZGADOS CIVILES

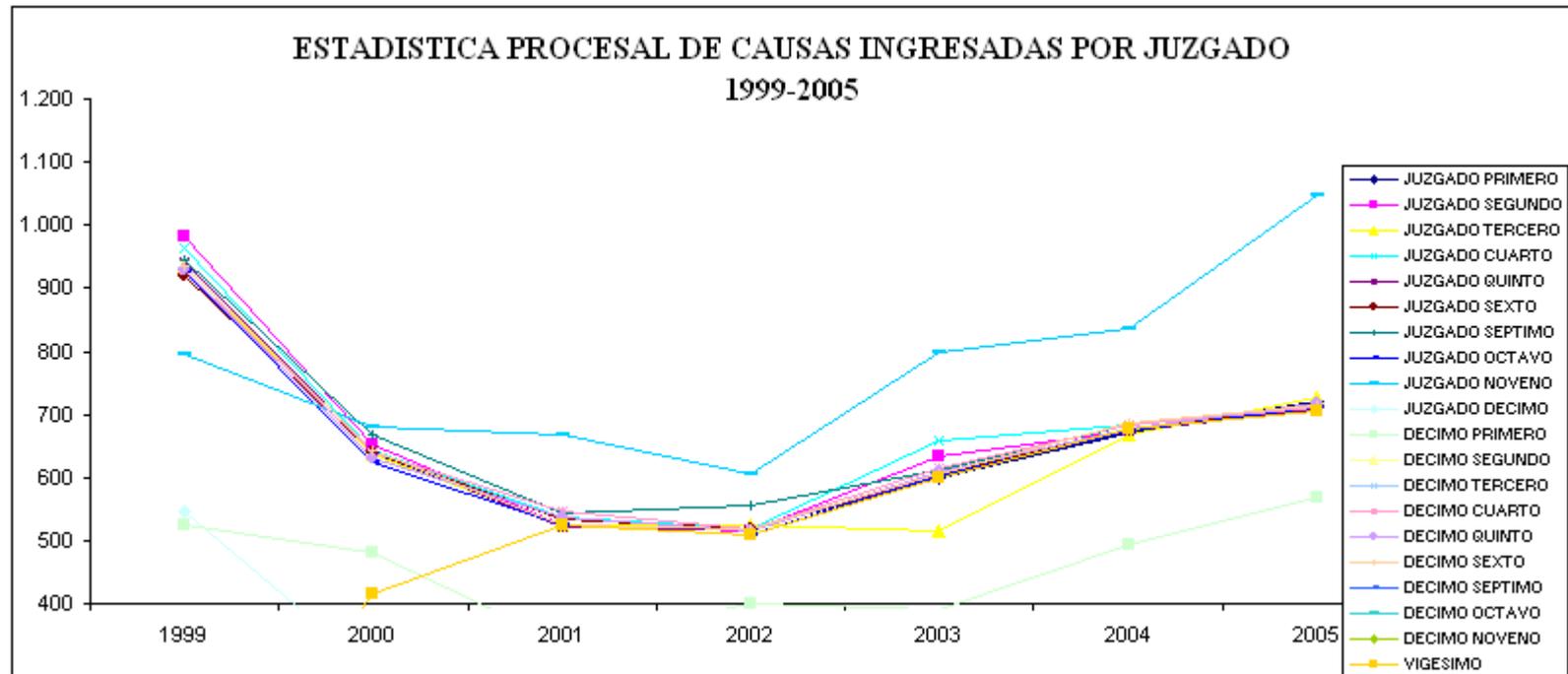
JUZGADO	CANTÓN	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
JUZGADO PRIMERO	CUENCA	930	640	525	518	598	672	772
JUZGADO SEGUNDO	CUENCA	983	651	525	515	635	673	712
JUZGADO TERCERO	CUENCA	935	636	525	526	515	667	727
JUZGADO CUARTO	CUENCA	963	643	538	519	658	684	712
JUZGADO QUINTO	CUENCA	941	644	521	517	603	674	707
JUZGADO SEXTO	CUENCA	921	640	534	518	606	677	712
JUZGADO SÉPTIMO	CUENCA	945	668	543	555	613	684	712
JUZGADO OCTAVO	CUENCA	925	624	526	509	603	674	712
JUZGADO NOVENO	GUALACEO	796	680	669	607	800	837	1,047
JUZGADO DÉCIMO	SIGSIG	546	293	232	272	268	306	80
UNDÉCIMO	PAUTE	526	481	338	399	391	492	569
DUODÉCIMO	GIRÓN	244	195	186	224	204	194	262
DÉCIMO TERCERO	SANTA ISABEL	250	235	210	178	272	249	293
DÉCIMO CUARTO	CUENCA	929	639	546	519	614	682	710
DÉCIMO QUINTO	CUENCA	929	630	536	516	610	677	718
DÉCIMO SEXTO	CUENCA	935	642	526	517	604	685	714
DÉCIMO SÉPTIMO	SAN FERNANDO	77	36	38	47	52	45	53
DÉCIMO OCTAVO	NABÓN	26	22	52	35	24	21	36
DÉCIMO NOVENO	OÑA	88	47	55	44	30	45	150
VIGÉSIMO	CUENCA	0	416	523	509	600	676	704
<b>TOTAL</b>		<b>12,889</b>	<b>9,462</b>	<b>8,148</b>	<b>8,044</b>	<b>9,300</b>	<b>10,314</b>	<b>11,052</b>

<sup>112</sup>

<sup>112</sup> <http://www.funcionjudicial-azuay.gov.ec/principal.htm>

## ANEXO 4

### ESTADISTICA PROCESAL DE CAUSAS INGRESADAS POR JUZGADO



113

<sup>113</sup> <http://www.funcionjudicial-azuay.gov.ec/principal.htm>

## ANEXO 5

### CAUSAS RESUELTAS ANUALMENTE POR JUZGADOS CIVILES

JUZGADO	CANTÓN	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
JUZGADO PRIMERO	CUENCA	1,120	4,167	1,390	605	660	779	670
JUZGADO SEGUNDO	CUENCA	1,024	940	606	959	540	780	621
JUZGADO TERCERO	CUENCA	553	2,640	338	690	422	420	550
JUZGADO CUARTO	CUENCA	606	1,541	2,087	474	777	690	574
JUZGADO QUINTO	CUENCA	1,619	3,148	1,732	1,764	1,505	693	822
JUZGADO SEXTO	CUENCA	645	3,426	396	304	1,121	1,075	1,018
JUZGADO SÉPTIMO	CUENCA	798	852	2,781	429	1,283	1,178	1,496
JUZGADO OCTAVO	CUENCA	1,474	1,997	1,744	986	737	768	667
JUZGADO NOVENO	GUALACEO	477	560	730	4,699	3,083	1,342	555
JUZGADO DÉCIMO	SIGSIG	634	411	559	266	332	280	70
UNDÉCIMO	PAUTE	330	948	555	337	802	367	322
DUODÉCIMO	GIRÓN	95	195	79	84	451	151	196
DÉCIMO TERCERO	SANTA ISABEL	246	857	227	317	320	249	309
DÉCIMO CUARTO	CUENCA	674	2,010	460	385	929	958	473
DÉCIMO QUINTO	CUENCA	529	2,149	438	394	2,576	768	920
DÉCIMO SEXTO	CUENCA	686	1,723	418	417	1,107	844	864
DÉCIMO SÉPTIMO	SAN FERNANDO	58	74	46	31	48	32	40
DÉCIMO OCTAVO	NABÓN	21	76	24	28	47	13	20
DÉCIMO NOVENO	OÑA	61	11	36	27	26	47	69
VIGÉSIMO	CUENCA	0	101	419	385	467	502	529
<b>TOTAL</b>		<b>11,650</b>	<b>27,826</b>	<b>15,065</b>	<b>13,581</b>	<b>17,233</b>	<b>11,936</b>	<b>10,785</b>

<sup>114</sup>

<sup>114</sup> <http://www.funcionjudicial-azuay.gov.ec/principal.htm>