



**UNIVERSIDAD
INTERNACIONAL
DEL ECUADOR**

SEDE LOJA

Tesis previa a la obtención del título profesional de:

**ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR.**

Tema:

**“INDEFENSIÓN DEL ACCIONADO EN EL JUICIO
EJECUTIVO”**

AUTOR:

Juan Fernando Villavicencio Cueva.

DIRECTOR:

Dr. Galo Cárdenas Carrión Mgs.

LOJA – ECUADOR

2012.

Dr. Galo Cárdenas Carrión Mgs.

PROFESOR DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
INTERNACIONAL DEL ECUADOR.

C E R T I F I C A:

Que el señor egresado Juan Fernando Villavicencio Cueva, ha elaborado la presente tesis bajo mi dirección y orientación personal, por lo que cumpliendo con los requisitos exigidos a un trabajo de su categoría, autorizo su presentación para los fines pertinentes.

Loja, septiembre de 2012.

Dr. Galo Cárdenas Carrión Mgs.

DIRECTOR DE TESIS.

A U T O R Í A

Todo el contenido contemplado en el presente trabajo de investigación, es de absoluta y exclusiva responsabilidad del Autor.

Loja, septiembre del 2012.

Juan Fernando Villavicencio Cueva.

AGRADECIMIENTO

Es el momento propicio para enfatizar mi más sincero sentimiento de gratitud a todos quienes fueron partícipes dentro de mi formación superior, en lo principal, a tan distinguido personal de cátedra de la Escuela de Derecho de nuestra Universidad, quienes a lo largo de mi carrera, se constituyeron en un pilar fundamental dentro de mi realización profesionalista en torno a descubrir y asimilar la apasionante ciencia del Derecho.

El Autor.

DEDICATORIA

Para ti, mi Dios, mi todo... La luz de mi camino, el alimento de mi alma y mi espíritu... Tu que todo lo envuelves con amor del más puro... Tu que me inundaste de bendiciones para lograr este gran objetivo dentro de mi vida.

Para mis Abuelos, rindiéndoles un eterno homenaje en miras de la eterna gratitud que a cada minuto les invoco, por haber sembrado en mí, tan nobles sentimientos.

A mis Padres, por su incondicional apoyo a cada instante y su gran responsabilidad dentro de este logro.

Para ti, Johanna Beatriz, por ser una mujer excepcional, el motor que mueve mi vida y por cargar cada instante de mi vida con tu amor y cariño.

Para mis compañeros y amigos, por fomentar el conocimiento a cada momento y darme una mano cuando más lo he necesitado.

Gracias!

Juan Fernando

SUMARIO

TEMA:

“INDEFENSION DEL ACCIONADO EN JUCIO EJECUTIVO”

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

TÍTULOS EJECUTIVOS

1.1. Concepto.

1.1.1. Obligaciones que se pueden demandar ejecutivamente

1.2. Clases.

1.2.1. Letra de cambio

1.2.1.1. Evolución

1.2.1.2. Definición

1.2.1.3. Características

1.2.1.4. Requisitos

1.2.2. Pagaré a la orden

1.2.2.1. Evolución

1.2.2.2. Concepto

1.2.2.3. Requisitos

1.2.3. Cheque

1.2.3.1. Evolución

1.2.3.2. Concepto

1.2.3.3. Requisitos

1.2.3.3.1. Requisitos Intrínsecos

1.2.3.3.2. Requisitos Extrínsecos

1.2.4. Confesión Judicial

1.2.5. Sentencia Pasada en Autoridad de Cosa Juzgada

1.2.6. La Copia y la Compulsa Auténticas de la Escritura Pública

1.2.7. Los Documentos Privados Judicialmente Reconocidos.

1.2.8. El Testamento

- 1.2.9. Actas Judiciales de Remate o Las Copias de los Autos de Adjudicación debidamente Protocolizados.
- 1.2.10. Las Actas de Transacción.
- 1.2.11. Instrumentos a los que las Leyes Especiales le dan el carácter de título Ejecutivo.
- 1.3. Condiciones para que la obligación sea ejecutiva.
- 1.4. Calificación de la demanda.
- 1.5. Auto de pago.

CAPÍTULO II

MEDIDAS CAUTELARES EN JUICIO EJECUTIVO

- 2.1. Concepto.
- 2.2. Clases
 - 2.2.1. Secuestro
 - 2.2.2. Retención
 - 2.2.3. Prohibición de enajenar
 - 2.2.4. Embargo
 - 2.2.5. Orden de embargo por título hipotecario o sentencia ejecutoriada.
 - 2.2.6. Mandamiento de ejecución.

CAPÍTULO III

EL ESTADO DE INDEFENSIÓN Y GARANTÍA BÁSICA DEL DERECHO DE DEFENSA.

- 3.1. Indefensión Jurídica
 - 3.1.1. La Indefensión como Limitante del Debido Proceso.
- 3.2. Derecho de Defensa.
 - 3.2.1. Garantías vinculadas al derecho de defensa y al debido proceso.
 - 3.2.2. El Alcance del Derecho de Defensa.
- 3.3. Inobservancia del Debido Proceso En Los Procedimientos Ejecutivos.

- 3.4. El Principio de Igualdad ante la Ley
 - 3.4.1. El Principio de Igualdad de las partes frente a los actos procesales.
 - 3.4.2. Igualdad entre las partes en el proceso civil
- 3.5. Principio de Proporcionalidad en las Medidas Cautelares.

CAPÍTULO IV

DE LA CAUCIÓN SUSTITUTIVA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN JUICIO EJECUTIVO.

- 4.1. Caución
 - 4.1.1. Caución Personal
 - 4.1.2. Caución Procesal
 - 4.1.3. Caución Real
- 4.2. Fianza
 - 4.2.1. Fianza Convencional
 - 4.2.2. Fianza Legal
 - 4.2.3. Fianza Judicial
 - 4.2.4. Obligados a dar fianza
 - 4.2.5. Extinción
- 4.3. Prenda
 - 4.3.1. Bienes susceptibles de Prenda
 - 4.3.2. Características
 - 4.3.3. Contrato de Prenda
 - 4.3.4. Extinción
- 4.4. Hipoteca
 - 4.4.1. Características
 - 4.4.2. Extinción
- 4.5. Caución Sustitutiva.
 - 4.5.1. Medida Sustitutiva
 - 4.5.2. Generalidades
 - 4.5.3. Que es la caución sustitutiva?
 - 4.5.4. Concepto
 - 4.5.5. Objeto

- 4.5.6. Formas
- 4.5.7. Excepciones
- 4.5.8. Fundamento Jurídico
 - 4.5.8.1. Fummus Bonis Iuris
 - 4.5.8.2. Periculum in Mora
- 4.5.9. Solicitud
- 4.2.10. Procedimiento

CAPÍTULO V

RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO

- 5.1. Exhibición de resultados de la encuesta
- 5.2. Verificación de Objetivos.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- 6.1. Conclusiones
- 6.2. Recomendaciones
- 6.3. Propuesta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

El título ejecutivo, como título privilegiado, constituye uno de los títulos de crédito más importantes contemplados en nuestro Sistema Procesal Civil y en la Ley Comercial, el cual garantiza al acreedor su inmediata ejecución para el cumplimiento de una obligación.

Si bien es cierto, nuestro Código Adjetivo Civil se halla investido de las más amplias garantías para que el ejecutante haga valer sus derechos en el proceso de ejecución, empero, en la práctica, el demandado no posee las mismas garantías que el actor para ejercer a cabalidad su derecho a la defensa, quedando así en una evidente desigualdad jurídica en este tipo de procedimientos.

Mi interés radica en estudiar y demostrar que la finalidad del Debido Proceso está constituida por la forma de asegurar la objetividad en la confrontación de las pretensiones judiciales, en garantizar el equilibrio armónico de las partes. En otras palabras, es el derecho a un proceso justo, donde no haya negación o quebrantamiento de los derechos constitucionales que toda persona tiene asignado.

El escenario en la práctica del juicio ejecutivo, genera una problemática social en lo atinente a la posición y situación del demandado frente a un estado de presión que emana una medida cautelar, a fin de garantizar el cumplimiento de una obligación, puesto que, en numerosas ocasiones, se trata de bienes destinados al sustento y trabajo del obligado.

Cabe subrayar, que mi propuesta enfoca primordialmente en respetar el equilibrio entre las posiciones de las partes. La medida sustitutiva a plantear, a la par de ser necesaria para evitar los riesgos de duración del juicio ejecutivo, no debe gravar más de lo estrictamente necesario a los bienes del demandado y a su vez garantizar la igualdad ante la ley entre las partes y el efectivo derecho a la defensa del demandado.

En virtud de lo expuesto, en pro de garantizar el principio constitucional del Debido Proceso, específicamente, el derecho a la defensa en cualquier estado o grado del procedimiento, en estricta sujeción a los derechos de contradicción,

oralidad, igualdad ante la ley, proporcionalidad y celeridad procesal constitucionales, y en vanguardia de la armonía entre la norma constitucional y el Código de Procedimiento Civil para su perfecta aplicación, vendrá la reforma de la medida sustitutiva de las medidas cautelares en juicio ejecutivo, con el ánimo de garantizar el derecho a la defensa del accionado en juicio ejecutivo.

CAPÍTULO I

TÍTULOS EJECUTIVOS

1.1. Concepto.

Para poder lograr un mejor entendimiento, es importante definir el tema del que vamos a tratar. Para ello, debemos primero conocer y entender claramente el significado del vocablo “ejecutivo”, que el diccionario de la real academia de la lengua española define así: “*Que no da espera ni permite que se difiera a otro tiempo la ejecución*”¹. De aquí podemos concluir que *ejecutivo* significa inmediato, sin dilación.

La vía ejecutiva se define como el “*procedimiento para hacer un pago judicialmente, procurando antes convertir en dinero los bienes de otra índole pertenecientes al obligado, con el embargo de los cuales suele comenzarse o prevenirse esta tramitación*”².

Existen muchas definiciones de título ejecutivo, que ocupan muchas páginas en distintos tratados doctrinarios jurídicos. “Cualquier definición que pudiese hacerse de un título ejecutivo, debe tomar en cuenta cada uno de los instrumentos que son considerados como tales, para que esa definición no sea incompleta; y aunque así fuese, la posibilidad de que la ley otorgue el carácter de título ejecutivo a nuevos instrumentos... ”.³

El título ejecutivo constituye el documento que comprueba el hecho del reconocimiento de una obligación. “Es un requisito objetivo e indispensable de toda ejecución procesal: *nulla executio sine titulo*, eso no quiere decir que en el resto de pretensiones procesales, diferentes a las de ejecución se carezca de título, pero en la pretensión de ejecución, el título figura en primer plano”.⁴

Carnelutti dice al respecto que el título legal “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 el título ejecutivo debe reconocérsele una eficacia material y ultra probatoria”.⁵

¹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 19ª. edición, Edit. Espasa-Calpe, 1970.

² VILLAGRAN, José, El Juicio Ejecutivo, 2001, Pág. 13.

³ VILLAGRAN, José, El Juicio Ejecutivo, 2001, Pág. 15.

⁴ <http://www.scribd.com/>, 2012.

⁵ <http://www.derechoecuador.com/>, 2012.

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”⁶. 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.

Según la doctrina, los títulos ejecutivos son instrumentos a los que la ley les reviste de una impetuosa presunción de autenticidad, presunción que solamente puede ser destruida mediante la prueba que debe rendir el que impugna en juicio, una letra de cambio o un pagaré a la orden, por vía de falsedad; y por esta razón la ley enumera los títulos ejecutivos y determina las condiciones que deben reunir para que sean considerados como tales.

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

- 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 se presenta la demanda.

1.1.1. Obligaciones que se pueden demandar ejecutivamente

Entre las obligaciones que se pueden demandar ejecutivamente, tenemos: dar sumas de dinero, dar bienes determinados, hacer; y, no hacer.

a) Proceso Ejecutivo de obligación de dar suma de dinero

En estos casos, la jueza o juez calificará el título ejecutivo, verificando la constancia de los requisitos formales del mismo. De considerarlo admisible, dará trámite a la demanda, disponiendo mandato ejecutivo debidamente fundamentado, el mismo que contendrá una orden de pago de lo adeudado, incluyendo interés y costas procesales.

b) Proceso Ejecutivo de obligación de dar un bien determinado

⁶ http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4750&Itemid=134; 2012.

Este proceso se sustanciará conforme a lo dispuesto para la ejecución de obligación de dar suma cierta de dinero, al tenor de lo preceptuado en los Arts. 1564 el Código Civil y 440 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, que manifiestan:

“La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir”⁷.

“Si el juicio hubiere versado sobre la entrega de una especie o cuerpo cierto, el ejecutado será compelido a la entrega de ser necesario, con el auxilio de la Policía Nacional, lo entregará al acreedor. Si la obligación fuere de hacer, y el hecho pudiere realizarse, la jueza o juez dispondrá que se realice por cuenta del deudor. Si la especie o cuerpo cierto no pudiere ser entregado al acreedor, o no se obtuviere la realización del hecho, la jueza o el juez determinará la indemnización que deba pagarse por el incumplimiento y dispondrá el respectivo cobro, por el procedimiento de apremio real”⁸.

c) Proceso Ejecutivo de obligación de hacer

Este proceso se tramitará conforme a la ejecución de obligación de dar suma de dinero. Cabe subrayar que el título ejecutivo debe contener una obligación de hacer, en el libelo inicial de demanda se indicará el valor aproximado que representa el cumplimiento de la obligación, así como la persona que deba cumplirla, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 1569 Código Civil Ecuatoriano: *“Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya:*

1. Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor; y,

⁷ CODIGO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, marzo 2011, Art. 1564, Pág. 252.

⁸ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 440, Pág. 252. Pág. 70.

2. Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.”⁹

d) Proceso Ejecutivo de obligación de no hacer

En esta clase de procesos se tramita conforme a la ejecución de obligación de dar suma de dinero. La resolución contendrá la intimidación al ejecutado para que en el plazo que la jueza o el juez fije, deshaga lo hecho, conforme a lo contemplado en Art. 1571 Código Civil del Ecuador, el cual nos dice que: *“Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.*

Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al celebrar el contrato, estará el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a ejecución a expensas del deudor.

Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, será oído el deudor que se allane a prestarlos.

*El acreedor quedará de todos modos indemne.”*¹⁰

1.2. Clases.

El Art. 413 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano establece que “son títulos ejecutivos: la confesión de parte, hecha con juramento ante la jueza o juez competente; la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; la copia y la compulsas auténticas de las escrituras públicas; los documentos privados reconocidos ante la jueza, juez o notario público; las letras de cambio, los pagarés a la orden, los testamentos; las actas judiciales de remate o las copias de los autos de adjudicación debidamente protocolizados, según el caso; las actas de transacción u otras que contengan obligaciones de dar o hacer alguna

⁹ CODIGO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, marzo 2011, Art. 1569, Pág. 253.

¹⁰ CODIGO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, marzo 2011, Art. 1571, Pág. 254.

cosa; y los demás instrumentos a los que leyes especiales dan el carácter de títulos ejecutivos”¹¹.

1.2.1. Letra de Cambio

1.2.1.1. Evolución.

Como señala Pavone La Rosa, "Los orígenes de la cambial se hacen remontar comúnmente a los primeros siglos después del año 1000 y están, por lo tanto, relacionados con la formación de los primeros institutos de derecho comercial”¹².

Comienza en esa época un nuevo período de la historia de nuestras ciudades, con el advenimiento de una civilización burguesa y ciudadana en sustitución de la vieja civilización prevalentemente feudal y agrícola. Florecen los comercios y las industrias y se transforma la organización de la propiedad rural, un nuevo espíritu invade la actividad humana en sus diversas manifestaciones, en el sector agrícola y en la vida de los negocios, en las creaciones científicas y culturales.

La letra de cambio no surgió tal, como hoy se la conoce con la posición jurídica de cada una de las personas participantes, perfectamente deslindada, con el mecanismo de su circulación legalmente previsto, con los requisitos de su forma completamente reglamentados.

La letra de cambio es el fruto de una evolución multisecular; los autores ponen mucho énfasis en el estudio de la formación histórica de la letra de cambio para que se pueda comprender “como una forma jurídica creada para dar satisfacción a una determinada necesidad del tráfico (la necesidad de hacer pagos en el extranjero evitando los riesgos del transporte material del dinero). Posteriormente se utilizó para finalidades diversas de aquella primitiva.

1.2.1.2. Definición.

¹¹ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 413, Pág. 65.

¹² ANDRADE, Santiago, Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano, Quito – Ecuador, 2002, Fondo editorial del Colegio de Jurisprudencia – USFQ, pág. 120-121.

La letra de cambio es título de crédito que contiene la promesa incondicionada de hacer pagar a su vencimiento, una suma de dinero en lugar determinado, vinculando solidariamente a todos los que en ella intervienen.

Si bien es cierto, nuestro Código de Comercio no contempla la definición de la letra de cambio, empero, existe consenso en la doctrina y en las legislaciones latinoamericanas sobre lo que se entiende por letra de cambio, sus elementos esenciales, su uso y finalidad.

El Dr. Rafael Borja Peña, sugiere esta definición: "Letra de cambio es el título valor que contiene la orden incondicional de pagar cierta suma de dinero a determinada persona en un cierto tiempo y lugar"¹³.

Fernando Legón define así a la cambial "Es un título de crédito abstracto por el cual una persona, llamada librador, da la orden a otra, llamada girado, de pagar incondicionalmente a una tercera persona llamada tomador o beneficiario, una suma determinada de dinero en el lugar y plazo que el documento indica"¹⁴.

La letra de cambio es un título de crédito y por lo tanto responde a los principios de incorporación, literalidad, autonomía y legitimación. Es un documento al que se incorpora el derecho que representa; es necesario para ejercitar el derecho indicado en él; es literal en cuanto quienes intervienen en su creación y circulación se encuentran obligados en los límites del documento; es autónomo porque confiere al poseedor de buena fe un derecho propio y originario, inmune al influjo de las relaciones habidas entre los anteriores poseedores y el deudor.

1.2.1.3. Características

Se señalan las siguientes:

- "Es un título de crédito abstracto, esto es, desvinculado de la operación que dio origen a su emisión o transferencia;
- Es un título a la orden nacido para pagarse a favor del beneficiario o de la persona a quien él, mediante el endoso, ordene que se lo pague;

¹³ http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=2523; 2012.

¹⁴ LEGON, Fernando, La Letra de Cambio y Pagaré, Buenos Aires, 1989.

- Es un título formal, ya que ha de responder a los requisitos de forma prescritos por la ley; y,
- Es un título que vincula solidariamente hacia el acreedor a todos los que, en calidad de librador, aceptante, endosante o avalista, han firmado el documento”.¹⁵

1.2.1.4. Requisitos

De conformidad con el Art. 410 del Código de Comercio, la letra de cambio debe contener varios requisitos esenciales:

- 1) “La denominación de letra de cambio inserta en el texto mismo del documento y expresada en el idioma empleado para la redacción del mismo. Las letras de cambio que no llevaren la referida denominación, serán, sin embargo, válidas, si contuvieren la indicación expresa de ser a la orden;
- 2) La orden incondicional de pagar una cantidad determinada;
- 3) El nombre de la persona que debe pagar (librado o girado);
- 4) La indicación del vencimiento;
- 5) La del lugar donde debe efectuarse el pago;
- 6) El nombre de la persona a quien o cuya orden debe efectuarse el pago;
- 7) Indicación de la fecha y del lugar en que se gira la letra; y,
- 8) La firma de la persona que la emite, que es el librador o girador.”¹⁶

1.2.2. Pagaré a la Orden

1.2.2.1. Evolución.

El pagaré a la orden es un documento escrito en donde una persona denominada suscriptor se obliga a pagar a otra, el beneficiario, o a su orden, una suma determinada de dinero al vencimiento de un plazo señalado.

¹⁵ ANDRADE, Santiago, Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano, Quito – Ecuador, 2002, Fondo editorial del Colegio de Jurisprudencia – USFQ, pág. 193-195.

¹⁶ CODIGO DE COMERCIO ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, marzo 2009, Art. 410, Pág. 57.

El título, gracias a la cláusula a la orden, es transmisible por endoso. La inserción de esta cláusula en un documento que contiene un reconocimiento de deuda es muy antigua y los pagarés a la orden precedieron sin duda a las letras de cambio en los usos bancarios.

El origen del pagaré nace en la mesa de los cambistas como instrumento del contrato de cambio. En el contrato de cambio local, así denominado porque junto al cambio de moneda había la entrega del equivalente en un lugar distinto, en donde a su vez se generaba una promesa formal de pago.

Cuando el banquero recibe el dinero efectivo, pero no entrega en ese mismo acto el numerario correspondiente, sino que promete abonar el dinero equivalente en otro lugar geográfico, está dando origen al pagaré cambiario.

La promesa se hace por escrito y en forma notarial definitiva, estamos en presencia de un reconocimiento de deuda que genera una obligación de pago.

Nada tiene de extraño, por consiguiente, que el pagaré articule dos menciones fundamentales: la cláusula valor y la promesa de pago. La primera hace referencia al valor recibido; es la primera fase del cambio en donde el banquero recibe la moneda. La segunda mención atiende al pago; es la segunda parte de la operación en donde el banquero devuelve el contravalor en la moneda equivalente en el lugar designado en el documento.

El documento se presenta como un simple pagaré con una doble cláusula a la orden. Por una parte, el banquero se obliga a pagar directamente en una plaza extranjera o bien a pagar por medio de su corresponsales la denominada cláusula a la orden pasiva. Por otro lado, la promesa de pago se hace a favor de la persona que entrega el dinero o a quien designe; es la llamada cláusula a la orden activa.

El documento incorpora además la cláusula recibí, en su virtud el banquero reconoce la moneda, permitiendo así al remitente dirigir su acción contra el cambista en caso de impago del corresponsal.

El pagaré se presenta, por tanto, como un documento notarial de ejecución del contrato que declara la deuda, expresa la causa y asume el compromiso de satisfacerla.

Los autores señalan que poco a poco el pagaré cambiario (documento notarial) va quedando fuera de uso como cosa superflua. Arroyo señala: "La historia posterior del pagaré no es desde luego brillante. Relegado a un segundo plano, queda desplazado por la letra de cambio. Mientras el pagaré se limita a ser título cambiario del contrato, la letra se convierte en el título valor por excelencia, sirviendo para todo tipo de contratos mercantiles, llegando incluso a ser una de las técnicas más sofisticadas de acceso al crédito."¹⁷

Lescot y Roblot señalan que "el resurgimiento en la época moderna de esta institución, se debe a que se ha manifestado idóneamente para ser utilizada eficazmente en el campo financiero, como mecanismo de titularización de los créditos bancarios...".¹⁸

En muchas legislaciones los términos "vale" y "pagaré" son sinónimos, lo que no ocurre en nuestro país.

1.2.2.2. Concepto.

El pagaré a la orden es un documento por el cual el firmante se compromete incondicionalmente a pagar una cierta suma de dinero a determinada persona o a su orden en el plazo especificado en el mismo. Tiene la estructura de la promesa directa, unilateral y obligatoria, de un hecho propio: la prestación dineraria.

La ley Comercial vigente no contempla una definición legal del pagaré a la orden, sin embargo, estipula los requisitos que debe cumplir para constituirse como tal.

1.2.2.3. Requisitos.

¹⁷ ARROYO MARTINEZ, Ignacio, op. cit., p. 739.

¹⁸ LESCOT, P., y ROBLOT, R., op. cit., t. II, p. 254. Los mecanismos de titularización aplicados en Francia lo explican los mismos autores en ibídem, t. I, pp. 36 y ss.

El Art 486 del Código de Comercio, manifiesta que el pagaré a la orden deberá contener:

1) “La denominación del documento inserta en el texto mismo y expresada en el idioma empleado en la redacción del documento.

Los pagarés que no llevarén la referida denominación, serán, sin embargo, válidos, si contuvieren la indicación expresa de ser a la orden;

2) La promesa incondicional de pagar una suma determinada;

3) La indicación del vencimiento;

4) La del lugar donde debe efectuarse el pago;

5) El nombre de la persona a quien o a cuya orden debe efectuarse el pago;

6) La indicación de la fecha y el lugar donde se suscribe el pagare; y,

7) La firma del que emite el documento (suscriptor)”.¹⁹

1.2.3 El Cheque

1.2.3.1 Evolución

Sobre el origen histórico del cheque se encuentran entre los tratadistas diversas explicaciones, pero la opinión más segura es que el cheque no pudo alcanzar un adecuado desarrollo hasta el gran movimiento bancario del siglo XVIII, de modo que muchas de las noticias históricas recogidas como precedente no tienen otro valor que el arqueológico o de simple curiosidad. La difusión bancaria, comercial y práctica del cheque, en todo caso, ha de considerarse relativamente moderna.

Conforme líneas precedentes, las ferias cambiarias alcanzaron gran desarrollo y se perfeccionó el sistema de compensación cambiaria a lo largo de los siglos XV y XVI; como consecuencia de ellos van surgiendo los bancos de depósitos que realizan habitualmente la actividad de recibir depósitos de dinero y valores, emitiendo los correspondientes recibos de depósitos.

Al respecto, es clásica la cita entre los autores de que a fines del siglo XVI, el Banco de San Ambrosio de Milán, permitía retirar las cantidades

¹⁹ CODIGO DE COMERCIO ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, marzo 2009, Art. 486, Pág. 73.

depositadas en él por medio de órdenes de pago llamadas "cedule di cartolario".

Más adelante, Majada señala que "Los bancos italianos y holandeses, en continuo contacto, facilitaban las llamadas letras de caja (kassierbriefe) que consistían en títulos emitidos por el depositante contra el banquero depositario y que fueron el precedente del cheque recibo por el cual el depositante entregaba a su suministrador el recibo de los fondos que tenía el banquero y que debía devolverle"²⁰.

En efecto, el prenombrado autor dice que "los banqueros ingleses solicitaban de sus clientes que librasen contra ellos letras que pagarían a la vista, originándose en la práctica comercial un nuevo documento que participaba de la naturaleza del recibo de depósito y a la vez venía a sustituir bancariamente a la letra librada para ser pagada a la vista."²¹

Langle afirma que "el cheque surgió de la costumbre de depositar fondos en los bancos, prestando éstos a los depositantes un servicio de mera custodia y, más tarde, de caja (cobrar créditos y pagar débitos de sus clientes)."²²

Respecto de la denominación del título, cabe anotar que existe discrepancia en el origen de la palabra "cheque"; y ella no ha sido utilizada en todos los países.

En efecto, algunos autores afirman que cheque viene del verbo inglés "to check", que significa verificar, controlar; pero otros aseveran que las primitivas órdenes de pago se denominaban "exchequer Bill", derivado del francés "écheq" (tabla de cuadros que utilizaban los banqueros para contar el dinero).

Majada al respecto dice: el concepto de que las palabras "«cheque» y «check» derivan, en definitiva, del francés «cheque», aunque en inglés es utilizada en la misma forma pero sin acentuación siendo sugestivo que en la

²⁰ Balsa Antelo, Eudoro, El Cheque, su régimen jurídico privado y penal, Buenos Aires, De Palma, reimpresión, 1979, pág. 3-4.

²¹ Majada, Arturo, op. cit., pág. 13.

²² Majada, Arturo, op. cit., pág. 14.

propia ley inglesa se emplee el vocablo en la forma indicada en lugar de «check»".²³

1.2.3.2. Concepto.

El cheque es el título de crédito que permite al librador disponer del dinero de su propiedad, que tiene depositado en el Banco librado, quien para entregarlo exige que el beneficiario se presente con el cheque que lo identificará como acreedor en su cuenta.

La Ley de Cheques en actual vigencia no da una definición sobre el cheque, pero veamos que dice la ex Corte Suprema de Justicia al respecto "El cheque es un efecto de comercio a la orden que contiene un mandato puro y simple, de pagar una suma determinada y que se encuentra indicada en su contexto a la vista, a quien determine como beneficiario y como título ejecutivo ostenta la presunción de autenticidad"²⁴

Otra definición que nos trae el mismo autor citado, es el siguiente: "El cheque es un instrumento de pago que según el Art. 3 de la Ley de Cheques se gira contra una Institución Bancaria autorizada para recibir depósitos monetarios que tengan fondos del girador. Esta operación por tanto es propia de los Bancos, ya que el Cheque debe servir, como reconoce la doctrina para la circulación organizada del dinero".²⁵

El cheque es un título valor de pago inmediato, formal, parcialmente abstracto que permite a su titular exigir a girado la efectivización e incondicionalidad de la orden emitida por el girador a favor del beneficiario.

Su capacidad cambiaria siempre es dinero y su efecto jurídico tiende a extinguir la obligación cuando se efectiviza, esto significa que el cheque jurídica y económicamente tiene un efecto de prosolviendo y jamás el de prosoluto, pues no se asimila el papel moneda, extingue la obligación el instante que el girado cumple la orden del girador.

²³ MAJADA, Arturo, op. cit., pág.13.

²⁴ ESPINOZA, Galo, Diccionario de Jurisprudencia, Tomo III, Pág. 219.

²⁵ ESPINOZA, Galo, Diccionario de Jurisprudencia, Tomo I, Pág. 169.

El Art. 57 de la Ley de Cheques del Ecuador manifiesta que “El cheque no pagado por falta o insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación, constituye título ejecutivo. Igualmente constituye título ejecutivo el comprobante a que se refiere el inciso 3o. del Art 29 de esta ley”.²⁶

Un cheque constituye título ejecutivo cuando no es pagado, ya sea por falta o insuficiencia de fondos, protestado dentro del plazo de la ley, esto es, dentro del plazo de veinte días, contados desde la fecha de su emisión.

De igual manera, es título ejecutivo el comprobante que el girado está obligado a otorgar al portador o tenedor del cheque, en el caso de pago parcial.

1.2.3.3. Requisitos.

Al igual que en la letra de cambio y en el pagaré, se distingue entre requisitos intrínsecos y extrínsecos.

1.2.3.3.1. Requisitos Intrínsecos.

Con relación a la capacidad, se ha de notar que el giro de un cheque es un acto dispositivo. Cabe preguntar si es un requisito intrínseco que el girador sea cuentacorrentista.

El Art. 3 de la Ley de Cheques dice “el cheque ha de girarse contra una institución bancaria autorizada para recibir depósitos monetarios, que tenga fondos a disposición del girador, de conformidad con un acuerdo, expreso o tácito, según el cual el girador tenga derecho a disponer por cheque de aquellos fondos”²⁷.

No obstante, la inobservancia de estas prescripciones, el instrumento es válido como cheque, para efectos de las acciones que correspondan a un portador o tenedor de buena fe.

Algunos tratadistas sostienen que como requisito esencial para el giro de un cheque, debe existir previamente una relación jurídica entre el librador y el banco girador; es el pacto de cheque, o llamado también derecho interno del

²⁶ LEY DE CHEQUES DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2010, Art. 57, Pág. 25.

²⁷ LEY DE CHEQUES DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2010, Art. 3, Pág. 5.

cheque: *El libramiento regular de un cheque supone la existencia de un contrato de cuenta corriente bancaria establecida por el girador, pero ella no basta, sino que resulta necesaria la existencia de un pacto (o convenio, o convención, o contrato) de como el cliente irá exigiendo, mediante sucesivos giros, la disponibilidad de fondos en poder del banco.*

El pacto de cheque, si bien puede ser expreso, en la práctica se concreta tácitamente con la entrega que hace el banco al cliente del talonario de cheque y la firma conforme de éste en la formula respectiva donde constan las obligaciones a su cargo respecto de la chequera que recibe; tales actos constituyen la autorización del banco para que el cliente comience, regularmente, el libramiento de cheques contra la cuenta corriente abierta a su orden.

1.2.3.3.2. Requisitos Extrínsecos.

El Art. 2 de la Ley de Cheques del Ecuador señala los requisitos extrínsecos-diapositivos y los requisitos extrínsecos-naturales.

“Son requisitos extrínsecos-diapositivos:

- 1) La denominación de cheque, inserta en el texto mismo del documento y expresada en el idioma empleado para su redacción;
- 2) El mandato puro y simple de pagar una suma determinada de dinero;
- 3) El nombre de quien debe pagar, o girado;
- 4) La indicación de la fecha y del lugar de la emisión del cheque; y,
- 5) La firma de quien expide el cheque o girador.

Es requisito extrínseco-natural la indicación del lugar de pago”.²⁸

1.2.4. Confesión Judicial

La confesión judicial está definida en los Arts. 1730 del Código Civil; y 122 del Código De Procedimiento Civil Ecuatorianos, cuyos textos son los siguientes:

EL Art. 1730 del Código Civil Ecuatoriano preceptúa que “la confesión que alguno hiciere en juicio, por sí, o por medio de apoderado especial, o de su

²⁸ LEY DE CHEQUES DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2010, Art. 1, Pág. 5.

representante legal, y relativa a un hecho personal de la misma parte, producirá plena fe contra ella, aunque no haya un principio de prueba por escrito; salvo los casos comprendidos en el Art. 1718, inciso primero, y los demás que las leyes exceptúen.”²⁹

No podrá el confesante revocarla, a no probarse que ha sido el resultado de un error de hecho.

El Art. 122 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano en vigencia sostiene a la confesión judicial “como la declaración o reconocimiento que hace una persona, contra sí misma, de la verdad de un hecho o de la existencia de un derecho.”³⁰

No cabe duda que las dos definiciones se complementan; y el Art. 122 del Código de Procedimiento Civil, añade un elemento que no lo tiene el Art. 1730, esto es, “*el reconocimiento de un derecho*”; cambiándose así el criterio de que las preguntas que se formulen para la confesión deben limitarse solo a hechos.

Para que un documento constituya título ejecutivo, debe contener una obligación ejecutiva, esto es, una obligación clara, determinada, pura, líquida y de plazo vencido, de manera que si la confesión es concebida en términos generales donde no se logre concretar los requisitos mencionados, aquella no tendrá obligación exigible para la vía ejecutiva y no podrá utilizarse para este tipo de acción debido a que no habrá adquirido el carácter de título ejecutivo.

La confesión judicial para constituir título ejecutivo, “no ha de ser dudosa, sino clara, y por clara se entiende el reconocimiento de adeudar una cantidad o cosa cierta, como si se confiesa que se debe cien dólares u otras cantidades; que se debe una especie o cuerpo cierto.”³¹

La confesión judicial para que constituya título ejecutivo deberá ser rendida ante la jueza o juez competente, de una manera explícita y que contenga la

²⁹ CODIGO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, marzo 2011, Art. 1730, Pág. 278.

³⁰ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 122, Pág. 24.

³¹ SISTEMA DE PRÁCTICA PROCESAL CIVIL III, Emilio Velasco Célleri, Quito, 1996, Quito, 1996, Pág. 49-51.

contestación pura y llana del hecho o hechos preguntados. Según el Art. 123 de nuestro Código de Procedimiento Civil, esto es a base del pliego de posiciones que son las preguntas sobre hechos pertenecientes a la relación entre el que pide la confesión y el confesante es quien debe contestar las preguntas.

La confesión judicial, para constituir título ejecutivo ha de ser clara, y lo será cuando trae aparejado ejecución antes de la iniciación de la causa, esto es, cuando se la pide y se la rinde como diligencia preparatoria; aunque después de iniciada la causa, si el demandado confiesa en forma clara que debe alguna cosa al actor, éste puede pedir, también que se pase de la vía ordinaria a la ejecutiva, conforme al inciso 2º. del Art. 70 del Código De Procedimiento Civil en vigencia, que dice. *“La disposición de éste artículo no se opone a que, en cualquier estado del juicio ordinario se pase de ésta al ejecutivo”*³², porque estas dos vías, la ordinaria y la ejecutiva, son válidas para pretender una condena a prestación, y en este caso no son contrarias ni incompatibles, sino con diversa sustanciación, tanto más que el inciso invocado así lo permite.

En definitiva, la confesión judicial constituye un medio especial de prueba con la cual se puede obtener prueba plena acerca de un hecho personal de la parte confesante. En lo que nos compete, la confesión judicial, para que constituya título ejecutivo, podrá solicitarse como diligencia preparatoria, tal como lo dispone el Art. 413 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano.

1.2.5. Sentencia Pasada en Autoridad de Cosa Juzgada

Este título ejecutivo tenía una gran importancia en la ejecución, pero de acuerdo con el Art. 488 del Código de Procedimiento Civil, todos los fallos *“expedidos en los juicios sumarios u ordinarios, que no se ejecuten en forma especial señalada por la ley, se llevarán a efecto del mismo modo, que las sentencias dictadas en juicio ejecutivo, siguiendo éste, desde ese punto de partida”*³³, por lo que no es necesario iniciar juicio ejecutivo para llevar a

³² CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 70, Pág. 13.

³³ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 488, Pág. 78.

ejecución la sentencia recaída en juicio ordinario y ésta se ejecuta directamente sin necesidad que se inicie juicio ejecutivo para su cumplimiento, como acontecía antes de la reforma al Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, de noviembre de 1978.

Las condiciones que debe reunir una sentencia para que pase en autoridad de cosa juzgada son las siguientes:

“1ª.- Que haya sido por un juez competente;

2ª.- Que se haya discutido entre personas capaces, esto es que no haya habido ilegitimidad de personería de una de las partes;

3ª.- Que no se haya omitido solemnidad alguna, capaz de que la sentencia sea susceptible de la acción de nulidad, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 299 del Código de Procedimiento Civil;

4ª.- Que la sentencia se haya ejecutoriado y que se haya producido por uno de los eventos del Art. 296 del Código de Procedimiento Civil;

5ª.- Cuando se trate de sentencias dictadas contra el Estado, Gobiernos Provinciales, Gobiernos Autónomos Descentralizados y otras instituciones del Sector Público, que el superior haya resuelto la consulta, que obligatoriamente debe hacerse por parte del Juez y la Corte Provincial según el caso.”³⁴

1.2.6. La Copia y la Compulsa Auténticas de la Escritura Pública

Nuestro Código de Procedimiento Civil toma este nombre en el año de 1938; en el cual se cambiaron muchos conceptos y disposiciones, con el afán de acelerar y hacer eficaz la justicia.

Anteriormente, la Ley de Enjuiciamiento Civil Ecuatoriana vigente en aquella época sostenía que, entre los títulos ejecutivos, incluía solo *la primera copia de las escrituras públicas, o las demás sacadas con decreto judicial y citación contraria, en los casos en que hacen plena prueba según este Código,*

³⁴ SISTEMA DE PRÁCTICA PROCESAL CIVIL III, Emilio Velasco Célleri, Quito, 1996, Pág. 54-55.

términos que complicaban la ejecución de las obligaciones contenidas en las escrituras públicas.

En la actualidad, el Art. 413 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, en forma lacónica dice: Son títulos ejecutivos: *la copia y la compulsa auténtica de las escrituras públicas*.

Respecto de la compulsa, que es el cotejo del original con la copia, puede haber cierta confusión, acerca de sí, para que éstas valgan como títulos ejecutivos deben o no concederse mediante orden judicial y con citación y notificación en persona o por boletas a la parte contraria esto es, aquella contra quien se quiere hacer valer la compulsa, por lo dispuesto en el Art. 175 de nuestro Código Adjetivo Civil.

El fallo dictado de la Corte ex Corte Suprema que está publicada en la Gaceta Judicial VIII S. Nº. 6, pág. 494, aclara este asunto, cuando sostiene:

“Si bien el Art. 448 del Código De Procedimiento Civil (Hoy 413 del C.P.C) enumera entre los títulos ejecutivos las compulsas auténticas de las escrituras públicas, tal disposición legal se debe entender en relación con los Arts. 192, 193, 196 del propio Código (Hoy 173, 174, 175 del Código De Procedimiento Civil), que establece los requisitos que debe reunir una compulsa para que sea auténtica y aceptable como instrumento probatorio, añade la ex Corte Suprema, que “no es procedente protocolizar una compulsa, sino se halla en el caso del Art. 192 del Código De Procedimiento Civil (Hoy 173), razón por la cual no es el caso protocolizar una compulsa que se halla en el protocolo de un Notario, según el Art. 196 (Hoy 175) del mismo cuerpo de leyes, las compulsas de las copias de una escritura pública deben darse por orden judicial con citación o notificación de la parte contra la que se quiere hacer valer, motivo por el que, aún de tener algún valor de compulsa, no haría fe, y por lo mismo no constituye título ejecutivo”.³⁵

En definitiva, las compulsas no constituyen título ejecutivo sino se dan por orden de la jueza o juez.

³⁵ SISTEMA DE PRÁCTICA PROCESAL CIVIL III, Emilio Velasco Célleri, Quito, 1996, Pág. 56-57

Para que la escritura pública constituya título ejecutivo, es necesario que reúna todas las condiciones, que los Códigos Civil y de Procedimiento Civil Ecuatorianos, prescriben para su validez, incluyendo a veces la inscripción en el Registro Mercantil.

1.2.7. Los Documentos Privados Judicialmente Reconocidos.

El Art. 413 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, trae únicamente como títulos ejecutivos a “*los documentos privados judicialmente*”; y no se incluye como en otras legislaciones a los documentos privados “*dados por reconocidos*”, los que en nuestro país sí son títulos ejecutivos por lo dispuesto en el último inciso del Art. 196 Ibídem, que dice: *El documento así reconocido constituirá título ejecutivo.*

Un documento privado firmado por otro, a nombre de la persona obligada, también tiene carácter ejecutivo, siempre que el obligado así lo reconozca, ya que para el concepto de muchos la firma a nombre del obligado equivale a su firma, pues el Art. 195 de nuestro Código Adjetivo Civil, dice:

*“En caso de que hubiere firma otro por la persona obligada, bastará que ésta confiese que el documento fue firmado con su consentimiento”.*³⁶

1.2.8. El Testamento

El Testamento es el instrumento jurídico por el cual se dispone y ordena la sucesión de las personas. Es absolutamente personal, formal y solemne, por lo que la forma y requisitos establecidos por la ley son imprescindibles para que sea válido.

El Art. 413 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano contempla a los testamentos como títulos ejecutivos debido a que según el libro tercero del Código Civil, hay varias clases de testamentos, que son: el testamento abierto, que tiene varias formas de otorgarse, así, ante notario y tres testigos (1052 del Código Civil); ante un juez de primera instancia y tres testigos (inc. 2º del Art. 1052 del Código Civil); ante cinco testigos, según el Art. 1058 del Código Civil;

³⁶ SISTEMA DE PRÁCTICA PROCESAL CIVIL III, Emilio Velasco Célleri, Quito, 1996, Pág. 60-61.

el testamento cerrado, presentado ante el notario y cinco testigos (Art. 1061 del Código Civil).

Un testamento constituye título ejecutivo cuando en su contenido se consigna una obligación, es decir, cuando exija el cumplimiento de una deuda o a su vez mande a reconocer algún beneficio.

1.2.9. Actas Judiciales de Remate o Las Copias de los Autos de Adjudicación debidamente Protocolizados.

Las actas jurídicamente constituyen una de las actividades de los juzgados y tribunales, de los autos, decretos y sentencias.

El acta es diferente a las providencias judiciales, porque tiene por objeto recoger determinados hechos, acuerdos, manifestaciones o diligencias con el fin de dejar constancia de lo ocurrido en los juzgados y tribunales.

El acta judicial de remate contiene las especificaciones principales del remate del bien efectuado, tal cual lo prescribe el Art. 457 de nuestro Código de Procedimiento Civil: “Llegado el día del remate, las posturas serán presentadas por escrito, en el que se indicará el domicilio del postor, para las notificaciones que fuere necesario hacerle”³⁷

Adjudicación en juicio ejecutivo constituye el acto en el que el juez de la causa, declara a favor de un licitador la cosa que es objeto de la subasta pública, comprendiendo la propiedad y la posesión material.

El auto de adjudicación, al que se refiere el Art. 413 del Código de Procedimiento Civil del Ecuador, constituye el inicio de la transferencia de dominio del bien embargado y rematado por el ministerio de la justicia de que se halla investido el juez. La jueza o juez toma la posición del dueño de la cosa rematado y a nombre de él, procede a la enajenación del bien para cumplir con las obligaciones cuya ejecución se ha demandado; pero la transferencia de dominio solo se perfecciona en los bienes muebles con la entrega de la cosa

³⁷ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 457, pág. 73.

material, mientras que en los bienes inmuebles con la protocolización e inscripción de dicha providencia en el Registro de la Propiedad.

Lo dicho anteriormente, no está previsto en la ley, pero la doctrina con la cual está de acuerdo nuestra ex Corte Suprema de Justicia, sostiene que:

*“En virtud del embargo de bienes en el juicio ejecutivo, estos quedan sometidos al juez que conoce del litigio; y con su intervención se pagan, mediante el remate, así el ejecutante, como los que coadyuvan a la ejecución”. G.J. IV. S. N°. 471.*³⁸

La copia de los autos de adjudicación debidamente protocolizados constituyen título ejecutivo si el adjudicatario incumple con el pago ofrecido a plazos, si no se ha producido antes la quiebra del remate, sea el caso de que se haya constituido un crédito en el remate de bienes muebles o inmuebles, según lo dispuesto en el inciso segundo, del Art. 467 de nuestro Código Adjetivo Civil, el cual determina que *“La cosa rematada, si fuere raíz, quedará en todo caso, hipotecada por lo que se ofrezca a plazos, debiendo inscribirse este gravamen en el correspondiente registro, al mismo tiempo que el traspaso de propiedad. Del mismo modo, la prenda se conservará en poder del acreedor prendario, mientras se cancele el precio del remate. En el remate de bienes muebles, todo pago se hará de contado, sin que puedan admitirse ofertas a plazo, a menos que el ejecutante y el ejecutado convinieren en lo contrario*”³⁹

En virtud de lo antes mencionado, el ejecutado puede acudir ante la jueza o juez que sustancia la causa aparejando a la demanda el título que acredita la deuda del adjudicatario, siempre y cuando haya un saldo o remanente del producto del remate que debe ser entregado al ejecutado. La competencia de la jueza o juez no termina sino cuando la sentencia está completamente ejecutada.

Al respecto, la ex Corte Suprema de Justicia, sostiene:

³⁸ SISTEMA DE PRÁCTICA PROCESAL CIVIL III, Emilio Velasco Célleri, Quito, 1996, Pág. 149.

³⁹ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 467, Pág. 75.

“1º. En el remate, de una cosa, el Juez actúa, en representación del ejecutado – tradente- ;

2º. Cuando se ofrece el valor del remate parte de contado y parte a plazos, el adjudicatario debe cumplir, con los dividendos;

3º. Si el ejecutado demanda el cumplimiento o la resolución del contrato de la compraventa forzada de un bien raíz, que lo adquiere por remate público, no se puede alegar “que cesa de pleno derecho la representación del juez del remate”; y que por lo mismo tiene derecho a demandar al rematador, porque no le ha pagado los correspondientes dividendos;

4º. Puede oponerse a la demanda, la excepción de negativa del derecho, del actor para deducirla;

5º. En las ventas formadas, es el juez del juicio ejecutivo ante quien debe hacerse el pago o consignación del precio, sea éste de contado o a plazos (la ley no distingue sobre estos pagos);

6º. Según el Art. 1566 del Código Civil (Hoy 1592), es válido el pago hecho a personas autorizadas por la ley para recibir; y en el juicio ejecutivo está autorizado el juez para recibir consignación del precio del remate, pues que, en caso de existir sobrante después de la liquidación y pago al ejecutante ordena que este sobrante se lo entregue al ejecutado, sino estuviere sujeto a ninguna medida legal que impida tal entrega;

7º. Si el rematador, consigna ante el Juez la cantidad ofrecida de contado y los dividendos a plazo, no hay incumplimiento de la obligación, modo que, la demanda de resolución de contrato no puede prosperar;

8º. Según la misma sentencia el plazo para el gasto de los dividendos, comienza desde la inscripción del acta de remate, porque entonces se perfecciona la venta, conforme al Art. 1791 del Código Civil (Hoy 1740) y nacen los derechos y obligaciones derivados del contrato.”⁴⁰

1.2.10. Las Actas de Transacción.

⁴⁰ GACETA JUDICIAL VI S. Nº. 10, 18 de Febrero de 1942, Págs. 23,24.

Un acta judicial de transacción, como título ejecutivo, es aquella que puede exigirse ejecutivamente para el cumplimiento de una obligación, de conformidad con lo prescrito en el Art. 415 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano.

Así, la transacción por escritura privada, debidamente reconocida es un instrumento privado, que como tal es un título ejecutivo, la transacción por escritura pública, cuando contiene obligaciones de dar, hacer o no hacer alguna cosa, está incluida entre los títulos ejecutivos, denominados escritura pública; y la transacción judicial, para que sea válida, debe hacerse ante el juez de la causa, a veces reconociendo la firma y rúbrica si se la ha presentado por escrito y en otras ocasiones en la respectiva junta o audiencia de conciliación.

1.2.11. Instrumentos a los que las Leyes Especiales le dan el carácter de Título Ejecutivo.

Solo la ley puede crear títulos ejecutivos: Este principio está consignado en el Art. 413 del Código de Procedimiento Civil, en el que se establece cuáles son los títulos ejecutivos y se indica luego de su enumeración *"los demás instrumentos a los que leyes especiales dan el carácter de títulos ejecutivos"*⁴¹, por consiguiente, sólo el legislador, puede crear títulos ejecutivos. El convenio de las partes no es suficiente para tal efecto.

Un fallo dictado por la Segunda Sala de la Ex Corte Suprema, que está publicado en la G.J. XV. S. N°. 6 estipula, estos títulos son: "título ejecutivo del que paga por subrogación, copias de las actas de sesión de la asamblea de los copropietarios, el documento de suscripción de aportaciones como título ejecutivo a favor de los bancos, ejecutividad de las obligaciones en favor del IESS, garantías aduaneras, pólizas de seguro, certificados financieros y sentencias extranjeras."⁴²

1.3. Condiciones para que la obligación sea ejecutiva.

⁴¹ SISTEMA DE PRÁCTICA PROCESAL CIVIL III, Emilio Velasco Célleri, Quito, 1996, Pág. 19.

⁴² SISTEMA DE PRÁCTICA PROCESAL CIVIL III, Emilio Velasco Célleri, Quito, 1996, Pág. 164.

El Art. 415 de Código Adjetivo Civil manifiesta que, “para que las obligaciones fundadas sean exigibles en juicio ejecutivo, deben ser claras, determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido. Cuando alguno de los 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.⁴³

Según la doctrina española, “lo esencial del procedimiento ejecutivo no es la brevedad sino el orden y naturaleza de los trámites”.⁴⁴

Para un mejor entendimiento, trataremos de definir los requisitos para la ejecutividad de la obligación:

a) Claras.- Que no tengan que ser sujeto de interpretación.

Una obligación es clara cuando se determina un crédito o el compromiso de pagar una suma determinada de dinero o entregar una especie o cuerpo cierto; es la obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa con claridad y precisión, esto en relación a su objeto.

Velasco define a las obligaciones claras como “aquellas que contienen una condición jurídica, tanto en lo que se relaciona a la especie de la obligación, como a las personas que han otorgado o han intervenido en la celebración del documento...”⁴⁵

b) Determinadas.- Que expresen de manera exacta qué es lo que se debe; o que pueda determinarse. Al respecto, algunos profesionales del derecho han sostenido que la obligación no es determinada a menos que se exprese numéricamente, con exactitud, cada rubro componente de la misma.

⁴³ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 415, Pág. 66.

⁴⁴ SISTEMA DE PRÁCTICA PROCESAL CIVIL III, Emilio Velasco Célleri, Quito, 1996, Pág. 43.

⁴⁵ SISTEMA DE PRÁCTICA PROCESAL CIVIL III, Emilio Velasco Célleri, Quito, 1996, Pág. 191.

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

c) *Líquidas.*- Significa que debe ser tangible, valorable, apreciable en numerario, por lo general dinero.

La ejecución no puede despacharse sino por cantidad líquida. En el caso de que el título ejecutivo o las diligencias preparatorias determinen una cantidad líquida en parte y en parte ilíquida, se decreta la ejecución de la parte líquida, sin perjuicio de que la parte ilíquida se demandada por separado.⁴⁶

Aunque son muy inusuales los casos, pueden cobrarse en vía ejecutiva cosas que, sin ser dinero, se cuentan por número, peso o medida; es decir, son susceptibles de liquidación.

d) *Puras.*- Esto significa que no estén sujetas a condición ni restricción alguna y que la obligación haya nacido de manera natural, no forzadamente. No hay obligación pura cuando se la ha condicionado al cumplimiento de otra.

Es importante saber ubicarse en el medio entre la determinación y la pureza de la obligación. Una determinación extrema podría afectar la pureza de la obligación

e) *De plazo vencido.*- Significa cuando el cumplimiento de la obligación se haya sustentado en un plazo determinado, debido a que hay obligaciones donde el plazo es imposible de establecer.

Se dice también que es de plazo vencido porque en su constitución no se ha establecido plazo para su cumplimiento o porque la naturaleza de la obligación no lo permite.

1.4. Calificación de la demanda.

⁴⁶ INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Rafael de Pina y J. Castillo Larrañaga, 1ª Edición, pág.364. 365.

Si la jueza o juez observare que la demanda no está clara o no reúne los requisitos determinados en nuestro Código De Procedimiento Civil, “dispondrá, antes de dictar el auto de pago, que sea aclarada y completada en la forma determinada en el Art. 69. En ningún caso, se admitirá la excepción de obscuridad de la demanda.”⁴⁷

En este acto procesal, la jueza o juez admite la demanda a trámite sin pronunciarse respecto del derecho del actor; simplemente expresa, o reconoce que el título que se ha acompañado es ejecutivo. Al calificar la demanda, dispone que el deudor cumpla la obligación a la que ese título se refiere o proponga excepciones en el término de tres días.

El Art. 429 del Código de Procedimiento Civil se refiere al tipo de excepciones que puede proponer el deudor, y es obvio que estas serán todas las excepciones dilatorias o perentorias que el deudor crea conveniente, pues no se hace distinción ni se pone límite alguno al respecto.

Sólo ante el evento de acompañar sentencia ejecutoriada o encontrándose en la fase de ejecución de un fallo, no se admiten todas las excepciones, sino las nacidas después de la ejecutoria.

Es decir, en el juicio ejecutivo ecuatoriano, el deudor tiene amplia posibilidad de constituir la litis con una oposición absoluta, tanto en cuanto al derecho que alega el acreedor, como a hechos que afecten a la obligación demandada; con semejante antecedente, al juez no le queda más remedio que entrar a conocer todas las circunstancias de hecho y de derecho que sean materia de la controversia debiendo expedir, entonces, una sentencia que reconociendo el derecho del actor, condena al deudor o que declara que no tiene el actor el derecho invocado.

1.5. Auto de Pago.

En la terminología procesal ecuatoriana, el vocablo auto tiene varias significaciones, cuando se lo emplea en singular se designa al acto procesal

⁴⁷ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 420, Pág. 67.

por el que se resuelve ya un incidente del juicio o definitivamente una cuestión jurídica; esto es, que genéricamente se refiere a resoluciones judiciales, como se colige de la definición del Art. 270 del Código De Procedimiento Civil que dice que: “Auto es la decisión del juez sobre algún incidente del juicio”⁴⁸, pero particularmente hay autos con fuerza de sentencia que son llamados por la doctrina autos interlocutorios, los mismos que dan término a algún asunto judicial en la que no pasen en la mayoría de ocasiones en autoridad de cosa juzgada. Cuando se emplea en plural la palabra autos, se hace referencia al conjunto de piezas procesales de que se compone un asunto o litigio, en una palabra, entre nosotros no es otro que el proceso.

En lo que atañe al juicio ejecutivo interesa acepción o sea del auto como una providencia de trámite o como una providencia de resolución judicial.

El auto en el juicio ejecutivo tiende a dirigir el proceso, resolviendo las cuestiones que vayan surgiendo, sin decidir sobre el fondo del litigio, ya que esto es función de la sentencia.

En el contenido del auto de pago, “el juez ordena al demandado que cumpla su obligación con el actor, o en su defecto, proponga las excepciones que tiene derecho a alegar en defensa, de considerar exageradas las pretensiones contenidas en la demanda. Esto significa que, de no allanarse, el demandado debe optar por cualquiera de las dos opciones que el juez le otorga. Para este efecto, el ejecutado cuenta con un término de tres días”.⁴⁹

El Art. 421 del Código De Procedimiento Civil Ecuatoriano establece que “si la jueza o juez, considerare ejecutivo el título, así como la obligación correspondiente, ordenará que el deudor la cumpla o proponga excepciones en el término de tres días

Si el ejecutante acompaña a la demanda certificado del registrador de la propiedad en el que conste que el ejecutado tiene bienes raíces que no están embargados, el juez, al tiempo de dictar la providencia de que habla el inciso

⁴⁸ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 270, Pág. 45.

⁴⁹ VILLAGRÁN, José, El Juicio Ejecutivo, 2001, Pág. 72.

anterior, prohibirá que el ejecutado venda, hipoteque o constituya otro gravamen o celebre contrato que limiten el dominio o goce de los bienes que, determinados por el juez, alcancen para responder por el valor de la obligación demandada. La prohibición se notificará a los respectivos registradores de la propiedad, para los efectos legales. La citación al demandado se hará después de cumplirse lo ordenado en el inciso anterior”.⁵⁰

⁵⁰ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 421, Pág. 67.

CAPÍTULO II

MEDIDAS CAUTELARES EN JUICIO EJECUTIVO

2.1. Concepto

Las medidas cautelares son mecanismos jurídicos mediante los cuales el demandante, cumplidos los requisitos legales correspondientes, recibe de la Administración de Justicia la emisión de una resolución de naturaleza instrumental y provisional, que le garantiza la ejecución de la sentencia futura.

Eduardo Couture afirma que son “aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo”.⁵¹

Como su nombre lo indica es cautelar, es decir, está a la espera de un resultado o trata de proteger contingencias.

Las medidas cautelares pretenden contrarrestar los peligros de daño que pueden ocasionarse por la imperfección del proceso judicial, es decir, es el peligro de daño a que están expuestos los ciudadanos con ciertas actuaciones judiciales, pues como es conocido, todo proceso judicial dura mucho tiempo en su trámite y es posible que durante él ocurran hechos que hagan de imposible cumplimiento lo resuelto en sentencia.

La finalidad de las medidas cautelares consiste en asegurar el resultado práctico de las sentencias que deben recaer en los procesos ejecutivos.

2.2. Clases

El Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano contempla tres acciones similares en su concepto en las que el actor puede solicitar para asegurar su crédito, pero a su vez son diferentes tanto en su forma como en su ejecución. Su similitud entre sí, radica en que todas ellas son limitaciones al dominio.

Estas acciones, que se ejercitan sobre bienes de propiedad del ejecutado, pueden solicitarse en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia de primera instancia, pero generalmente son pedidas en el libelo de demanda con

⁵¹ DICCIONARIO Y GUIA INDICE DE LOS CODIGOS CIVIL Y PROCEDIMIENTO CIVIL, Vol. II, 2009, Pág. 562.

la intención de que el accionado no esté alerta de las mismas. Son las siguientes:

- a) Secuestro;
- b) Retención;
- c) Prohibición de enajenar; y,
- d) Embargo.

2.2.1. Secuestro

El secuestro se constituye como la medida cautelar consistente en la aprehensión y depósito judicial de la cosa litigiosa o de bienes del presunto deudor, a fin de asegurar la eficacia del embargo y el eventual resultado del juicio.

Es una medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento o ejercicio de un derecho legalmente reconocido, como en el caso de cobro ejecutivo de créditos, para lo cual se opta por secuestrarlos para preservarlos hasta la hora en que la justicia tome la decisión final sobre lo que se está discutiendo o alegando, y que de acuerdo a dicha decisión, el bien se regresa a su propietario o se le hace entrega a quien alega un derecho, quien lo recibe como garantía, pago o indemnización.

El secuestro tiene como finalidad conservar los bienes, impidiendo que su dueño o poseedor de los mismos los enajene, asegurando de esta forma que se cumpla con la sentencia.

El secuestro se lleva a cabo solamente sobre bienes muebles de propiedad del deudor, estén dichos bienes sujetos o no a inscripción registral. En los casos de secuestro, los bienes son retenidos por un depositario judicial, sobre quien recae la responsabilidad de los mismos.

2.2.2. Retención

Gramaticalmente, retención es la acción y el efecto de retener o sea de detener, conservar, guardar en sí.

La retención es una obligación que, por mandato judicial, se exige a quien debe hacer entrega de bienes o pagos al deudor, debiendo el retenedor reservarlos a orden y disposición de la autoridad jurisdiccional que decretó esta medida preventiva.

Es el derecho del tenedor de una cosa a tenerla, mientras no se cumple la prestación que le es debida.

Arturo Orgaz manifiesta que la retención es el “derecho que en ciertas relaciones jurídicas se posee para no entregar la cosa mientras la otra parte no cumpla debidamente...”⁵²

En Derecho se habla también de retener en el sentido de suspender en todo o en parte el pago del sueldo, salario u otro haber que uno ha devengado hasta que satisface lo que debe por disposición judicial.

En consecuencia, la retención puede tener tanto el carácter de una obligatoriedad como el de un derecho. Así, por ejemplo, “constituye una obligación cuando la ley impone a una persona individual o jurídica el deber de conserva en su poder una cosa o cantidad para darle posteriormente el destino que marque la Ley”.⁵³

Los casos más comunes de retención son los que se solicitan a instituciones bancarias para retener el dinero depositado en una cuenta. En ambos casos, se limita el derecho de posesión, uso y goce del bien. Para que se lleve a cabo cualquiera de estas diligencias, es necesario que se acompañe prueba de que los bienes en mención son de propiedad del deudor, pero previa citación de éste.

2.2.3. Prohibición de enajenar.

Esta medida cautelar es limitante del derecho de disposición del bien, mas no limita los derechos de posesión, uso y goce. La ordena la jueza o juez cuando el actor presenta, junto con la solicitud, un certificado del Registro de la

⁵² DICCIONARIO Y GUIA INDICE DE LOS CODIGOS CIVIL Y PROCEDIMEINTO CIVIL, Vol. III, 2009, Pág. 467.

⁵³ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico, Pág. 988.

Propiedad de cualquier cantón, en que conste que el demandado es propietario de bienes raíces inscritos en dicho Registro, que no están embargados.

Esto significa que dicha prohibición de enajenar puede ordenarse inclusive si los bienes inmuebles de propiedad del accionado están gravados con hipoteca u otras prohibiciones de enajenar previas, más no cuando han sido objeto de embargo.

Esta medida no afecta ni perturba de manera inmediata al afectado, constituye una limitación al derecho de propiedad y por lo tanto su interpretación debe ser siempre restrictiva.

En su providencia, la jueza o juez prohíbe que el ejecutado venda, hipoteque, limite el dominio o goce, o constituya cualesquiera otros gravámenes sobre el bien raíz en mención. Esta prohibición debe inscribirse en el respectivo Registro de la Propiedad.

Esta medida solamente puede recaer sobre bienes inmuebles, a diferencia del embargo preventivo que solo puede recaer sobre bienes muebles.

La Prohibición de Enajenar implica o involucra una privación al propietario del "Ius Autendi", es decir, del derecho de disponer lo que se traduce como la imposibilidad de vender, hipotecar ese bien inmueble, realizar todos los actos relacionados con lo anterior, entre otras. Cabe destacar que el uso y disfrute del propietario permanece intocable.

La medida en mención "es una restricción que por convenio o institución unilateral impide la transmisión del bien a que se refiera. Muchos autores consideran que el impedimento del ejercicio de las facultades que normalmente corresponden al propietario, no implica ningún tipo de incapacidad de la persona para disponer sus bienes; precisamente la tiene, pero temporalmente se encuentra privado del "ius disponendi", veto al natural desenvolvimiento de aquellas facultades del dominio normal."⁵⁴

⁵⁴ <http://www.ilustrados.com/>; 2012.

2.2.4. Embargo

Desde el ángulo etimológico, el embargo es una "... voz derivada del verbo embargar, y éste del latín vulgar embarazar... Deriva probablemente de barra tranca, significa por lo tanto cerrar una puerta con trancas o barras procedimientos originario del embargo"⁵⁵.

En nuestro idioma castellano, la palabra embargo tienen dos acepciones: a) embarazar, impedir, detener, suspender, paralizar: b) retención de una cosa por mantenimiento judicial, sujetándola a las resultas de un juicio. Así en el idioma latino: praepeditas, embarazado, impedido, embargado.

Históricamente un embargo "es un acta de guerra. La reacción típica al sometimiento a un embargo es el desarrollo de la autarquía".⁵⁶

El embargo es el acto procesal de naturaleza preventiva, encaminado a la innovación jurídica de los bienes de obligado, con la finalidad que el acreedor pueda satisfacer su crédito una vez que se dicte la declaración de certeza que lo reconozca y ordene su pago.

La medida cautelar de embargo tiene, pues, asegurar la satisfacción del derecho del pretensor o la reparación de daño producido.

Jorge Carreras refiere que " en nuestro lenguaje jurídico la palabra embargo es sinónimo de traba, y el verbo trabar equivale esencialmente a juntar o unir una cosa con otra, es decir, a afectar a unir los bienes designados a la ejecución pendiente".

Eduardo Couture entiende por embargo aquella medida cautelar "... decretada judicialmente para asegurar de antemano el resultado de un proceso, y que consiste en la indisponibilidad relativa de determinados bienes"⁵⁷.

A decir de Luis Rodríguez, el embargo "... es una medida provisoria, modificable, dependiente, dictada sin oír a la parte y temporal". El citado

⁵⁵ <http://es.scribd.com/doc/46694674/Derecho-Empresarial>.

⁵⁶ <http://es.wikipedia.org/wiki/Embargo>

⁵⁷ COUTURE, Eduardo J. Vocabulario Jurídico. Ediciones Desalma. Págs. 250 a 251.

tratadista agrega que "... el embargo consiste en una orden, que la doctrina italiana llama inyunción, que cumple el oficial de justicia y que tienen a inmovilizar bienes, específicos en el patrimonio del ejecutado"

Podetti define al embargo como "la medida judicial que afecta mediante judicial que afecta un bien o bienes determinados, de un deudor o presupuesto deudor, al pago eventual de un crédito, individualizándolos y limitado las facultades de disposición y de goce".

Prieto-Castro conceptúa al embargo como "... un acto del órgano jurisdiccional, por el cual los bienes y derecho del deudor, a los que se refiere, se declaran y quedan adscritos a la satisfacción del crédito del acreedor".

Lino Palacio sostiene que el embargo es la medida cautelar "... en cuya virtud se afecta e inmovilizar uno o varios bienes de quien es o ha de ser demandado en un proceso de conocimientos de ejecución, con miras a asegurar la eficacia práctica o el resultado de tales procesos".⁵⁸

Para Devis Echandía "embargo es el acto judicial mediante el cual se pone fuera del comercio una cosa y a órdenes de la autoridad que lo decreta".

Safontas dice del embargo que "... es medida precautoria acordada a todo acreedor, y el medio de hacer eficaces los juzgamientos; que se realiza con el concurso y vigilancia de la justicia.

Según Borjas, el embargo es la aprehensión o retención de bienes muebles o inmuebles hecha de orden de la autoridad judicial competente.

Esta acción, al contrario de las anteriores que son preventivas y que pueden revocarse previa consignación del valor adeudado, es en realidad una diligencia de ejecución la cual limita los derechos de uso, goce y disposición del bien, quedando para el ejecutado una nuda propiedad. Esta diligencia puede solicitarse sobre bienes inmuebles gravados con hipoteca a favor del acreedor, o sobre bienes muebles, cuando se encuentran gravados con alguna clase de prenda, o cuando el título ejecutivo sea una sentencia ejecutoriada.

⁵⁸ HERNÁNDEZ LOZANO CARLOS A. Proceso Cautelar. Pág. 119, 120, 123.

En el caso de embargo de bienes inmuebles, es necesario presentar en el juicio el certificado del Registro de la Propiedad que indique que dicho bien raíz no está embargado; el certificado de avalúo catastral, emitido por el correspondiente Consejo Municipal; y, la escritura de hipoteca debidamente inscrita. En estos casos, la jueza o juez ordena el embargo, haciendo constar en el auto de pago la superficie, linderos y dimensiones del inmueble a embargarse.

En casos de bienes embargados en otros juicios o procesos, sí es posible ordenar medidas sobre los mismos, pero solamente cuando sobre éstos existe una medida de garantía, como una prenda o hipoteca. Para explicarlo sencillamente, tienen preferencia los acreedores que tienen garantía sobre el bien. Si ambos tienen garantía, prevalece la más antigua.

En general, el que tiene un crédito preferencial puede ordenar la cancelación de un embargo en otro juicio, para inscribir el embargo en su propio juicio, o acudir al otro juicio, en calidad de tercerista.

Existen dos tipos de embargo: el preventivo y el ejecutivo.

El embargo preventivo es conocido así porque es generalmente ordenado en el auto de pago, como ocurre con las medidas preventivas. Es decir, no se ha establecido todavía el derecho de ejecución de la obligación, puesto que el accionado no ha sido comunicado todavía de la demanda. Este embargo puede ser cancelado por el pago, o si se declara sin lugar la demanda.

El embargo ejecutivo se lo realiza ante el incumplimiento del mandamiento de ejecución, después de que la sentencia se ha ejecutoriado y a su vez ha adquirido calidad de cosa juzgada. Este embargo es el paso previo al remate, que sólo puede ser cancelado por el pago. Para que proceda el embargo ejecutivo sobre un inmueble no es necesario que el crédito sea hipotecario, pero sí presentar el certificado del Registro de la Propiedad y el certificado de avalúo catastral; y para el embargo preventivo basta con el título hipotecario.

Algunos juzgadores confunden al embargo ejecutivo con el embargo preventivo, sobre todo cuando se trata de “embargo preventivo sobre créditos

hipotecarios, y cometen el error de exigir el avalúo catastral para el efecto. Cabe explicar que la exigencia del avalúo catastral es para conocer si el bien alcanza para cubrir el crédito, ya que está próximo al remate”.⁵⁹

Es preciso recordar que no todos los bienes pueden ser sujetos de embargo. Así lo determina el Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el Art. 1634 del Código Civil, que establece que:

“No son embargables:

1.- Los sueldos de los funcionarios y empleados públicos, comprendiéndose también aquellos que prestan servicios en la Fuerza Pública. Tampoco lo serán las remuneraciones de los trabajadores.

La misma regla se aplica a los montepíos, a las pensiones remuneratorias que debe el Estado, y a las pensiones alimenticias forzosas.

Sin embargo, tanto los sueldos como las remuneraciones a que se refiere este ordinal, son embargables para el pago de alimentos debidos por ley;

2.- El lecho del deudor, el de su cónyuge, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas;

3.- Los libros relativos a la profesión del deudor, hasta el valor de ochocientos dólares de los Estados Unidos de América, y a elección del mismo deudor;

4.- Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, hasta dicho valor y sujetos a la misma elección;

5.- Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado;

6.- Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual;

7.- Los artículos de alimentos y combustibles que existan en poder del deudor, en la cantidad necesaria para el consumo de la familia durante un mes;

8.- La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente;

⁵⁹ EL JUICIO EJECUTIVO, José Ricardo Villagrán, 2001, Pág. 52.

9.- Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los del uso y habitación;

10.- Los bienes raíces donados o legados con la expresión de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente. Pero podrán embargarse por el valor adicional que después adquirieren;

11.- El patrimonio familiar; y,

12.- Los demás bienes que las leyes especiales declaren inembargables.”⁶⁰

2.2.5. Orden de embargo por título hipotecario o sentencia ejecutoriada.

Si la ejecución por cantidad de dinero, “se funda en un título hipotecario o en sentencia ejecutoriada, el embargo se ordenará en el auto de pago, a solicitud del ejecutante” ⁶¹. En el primer caso, el embargo se hará en el inmueble hipotecado; y, en el segundo, en los bienes que designe el acreedor.

El Art. 442 del C.P.C, dice que: “Si hubiere hipoteca especial o prenda, serán los bienes gravados los que se embarguen preferentemente. Con todo, podrán embargarse otros bienes, en caso de insuficiencia de la cosa hipotecada o prendaria, o en el de que, propuesta tercería, respecto del bien hipotecado, el acreedor, renunciando a sostenerla, solicitase el embargo de otros bienes.”.

Este artículo contiene tres supuestos: el primero se refiere a la orden de preferencia del embargo sobre bienes hipotecados o prendados, ya que, es obvio que, cuando se grava un bien con una de estas cauciones, lo que se pretende es asegurar el pago de una deuda; el segundo, cuando el valor de lo hipotecado o prendado no sea suficiente para cubrir la deuda; pero en este caso debe esperarse la realización del remate, para saber si el valor ofrecido, por quien remata alcanza a cubrir el crédito del ejecutante, o el de éste y el del tercerista; y el tercer supuesto, se refiere a la tercería excluyente o

⁶⁰ CODIGO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, marzo 2012, Art. 1634, Pág. 13. Págs. 263-264.

⁶¹ CODIGO PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, marzo 2012, Art. 423, Pág. 13, Pág. 68.

coadyuvante, podrá solicitarse que se embarguen otros bienes y se rematen, para el pago de su crédito.

Pero si los bienes nuevamente embargados, no fueren suficientes, “recuperará el derecho de continuar dicho juicio; a no ser que entre tanto, si hubiese declarado por sentencia ejecutoriada el dominio, del tercerista excluyente ordenando el pago al coadyuvante, de manera que, el acreedor tiene una amplia garantía establecida por la Ley, para perseguir el pago de su crédito mediante el principio de que quien se obliga, obliga a sus bienes”.⁶²

2.2.6. Mandamiento de ejecución.

El mandamiento de ejecución constituye la orden de la jueza o juez de requerir de pago al deudor.

El Art. 430 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, preceptúa que “si el deudor no paga ni propone excepciones dentro del respectivo término, la jueza o el juez, previa notificación pronunciará sentencia, dentro de veinticuatro horas, mandando que el deudor cumpla inmediatamente la obligación. La sentencia causará ejecutoría”⁶³.

El Art. 103 de nuestro Código Adjetivo Civil establece que, “la falta de contestación a la demanda, o de pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor, será apreciada por la jueza o el juez como indicio en contra del demandado, y se considerará como negativa simple de los fundamentos de la demanda, salvo disposición contraria”.⁶⁴

Una vez que la sentencia se encuentra ejecutoriada, se inicia la fase de ejecución de la misma. Este trámite de ejecución de la sentencia en el juicio ejecutivo es particularmente importante, puesto que, es el común para la ejecución de sentencias en otro tipo de juicios; e inclusive contiene normas

⁶² SISTEMA DE PRÁCTICA PROCESAL CIVIL III, Emilio Velasco Célleri, Quito, 1996, Pág. 559.

⁶³ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 430, Pág. 68.

⁶⁴ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 103, Pág. 21.

aplicables para el proceso de remate de bienes embargados, en procesos de remate de prenda o de remate de bienes vendidos con reserva de dominio.

En esta fase de ejecución, el juez debe fijar el monto de los intereses, o nombrar un perito para que lo haga, siendo esta última la alternativa más utilizada. Una vez que el perito ha liquidado los intereses, el juez fija los honorarios de dicho perito, debiendo el proceso pasar al liquidador de costas procesales, para que tase las causadas, cuando el juez haya ordenado el pago de las mismas.

Con las liquidaciones de intereses y costas practicadas, el Juez dicta el mandamiento de ejecución, en el cual dispone que el deudor señale en veinticuatro horas, bienes que cubran el valor de la obligación, para que sean embargados.

Si no hay dimisión de bienes por parte del deudor, o si ésta no es suficiente o no es practicable, tiene el acreedor la facultad de señalar bienes para el embargo. Para estos efectos, la jueza o juez debe preferir aquellos dados en garantía, o que hayan sido objeto de medida preventiva para efectos del juicio.

Al ser el embargo una medida de ejecución, cualquier medida preventiva que haya sido dictada con anterioridad por otros jueces no impiden el mismo, aunque dicha medida seguirá teniendo efecto hasta verificarse el remate o el levantamiento de la misma por parte del juez que las ordenó. En aquel caso de embargo, el juez que lo ordena notifica al juez que dispuso la medida preventiva, para que éste a su vez notifique a quien solicitó tal medida, para que pueda presentarse como tercerista.

Obviamente, al persistir las medidas preventivas sobre el bien embargado, “en caso de cancelarse el embargo, dichos bienes no quedan liberados, sino que siguen sirviendo como garantía para los acreedores que obtuvieron la medida; pero al rematarse los bienes, todas las medidas que lo afectaban desaparecen, para que pueda ser transferido al adquirente libre de gravámenes”.⁶⁵

⁶⁵ EL JUICIO EJECUTIVO, José Ricardo Villagrán, 2001, Pág. 155.

CAPITULO III

**EL ESTADO DE INDEFENSIÓN Y GARANTÍA
BÁSICA DEL DERECHO DE DEFENSA**

3.1. Indefensión Jurídica

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la indefensión como “la falta de defensa, abandono y desamparo. Situación que se deja a la parte litigante a la que se le niegan o limitan contra la ley los medios procesales de defensa”.⁶⁶

Acogiendo lo contemplado en un diccionario jurídico, tenemos que la indefensión es “la falta de defensa y situación de la parte a la que se niegan medios de actuación procesal”⁶⁷.

La indefensión jurídica es el estado de desprotección que la persona tiene respecto de la supuesta defensa que la norma jurídica le debería proporcionar, ante el impacto y coerción de medidas a su propia persona y sobre sus bienes.

La norma jurídica está escrita, pero cuando se canaliza a través de un sistema jurídico legal ineficiente, ineficaz e inoportuno, la norma se torna obsoleta para ejercer la defensa de la persona.

Se produce indefensión cuando por un motivo legalmente previsto o no, sea desproporcionado y a su vez se prive a las partes de la posibilidad de hacer valer sus derechos o se posibilite a una de ellas una situación prevalente con respecto a la parte contraria.

La indefensión, por lo tanto, constituye el derecho de alegar y demostrar en un proceso lo que corresponda al derecho vulnerado, ya sea porque se haya impedido a la parte el ejercicio de su defensa o a su vez para replicar las alegaciones en el ejercicio del principio de contradicción.

3.1.1. La Indefensión como Limitante del Debido Proceso.

La realidad del debido proceso se plasma con la garantía que introduce la Constitución de la República del Ecuador vigente en su Art. 76, pero que forma parte del gran contexto de las garantías que se han venido incorporando como conquista de la humanidad a través de los siglos.

⁶⁶ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 2012.

⁶⁷ GOMEZ DE LIAÑO, F., *Diccionario Jurídico*, Forum, Oviedo, 1996, Pág. 176.

El tema de la indefensión subraya un panorama jurídico tan similar, pero, contrario al derecho de defensa, pues, en éste se proclama la existencia de una facultad en cuanto el individuo puede defenderse cuando es atacado en un procedimiento judicial de cualquier naturaleza; mientras que, en aquel se reclama en este mismo procedimiento nadie puede ser privado del derecho de defenderse.

La indefensión se produce cuando no se tiene la oportunidad de defender en un proceso judicial, ya sea por un motivo legalmente no previsto o cuando legalmente previsto, resulta irrazonable o desproporcionado que prive a las partes de la posibilidad de hacer valer sus derechos.

3.2. Derecho de Defensa.

El derecho a la defensa es aquel que le corresponde al accionado en un proceso judicial, para oponerse a las pretensiones que se exhiben en dicho proceso por parte del accionante.

El derecho de defensa, modernamente llamado Derecho de Contradicción, es el que se opone al Derecho de Acción, en otras palabras, frente al accionar del individuo, proponiendo una pretensión.

Nuestra Constitución de la República consagra el derecho a la defensa en el Art. 76, numeral 7, literal a), cuando dice "Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento".⁶⁸

Como se puede apreciar, de manera incuestionable, el derecho de defensa de acuerdo a lo señalado en dicha disposición legal, le corresponde a todo ciudadano de nuestro país.

Es el derecho de defensa para todos los individuos que intervienen en un proceso judicial, sin distinción de ninguna naturaleza, raza, sexo, religión etc., concluyendo que la defensa es y debe ser inviolable.

Se viola la defensa cuando se inobserva y omite la norma constitucional (derechos de protección) para que las partes en un proceso de cualquier clase,

⁶⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, febrero 2012, Art. 76, Pág. 26-27.

puedan exhibir sus pretensiones jurídicas y efectivizar su medio de prueba o se impida que hagan sus alegaciones en el momento oportuno.

Podríamos indicar, que el derecho de defensa lleva dentro de sí, una serie de garantías y facultades que se pueden hacer efectivas durante cualquier procedimiento, como el derecho a ser citado con la demanda ya sea por citación personal, por boleta o por la prensa, el derecho a contestar una reconvencción, el derecho a la notificación de la prueba a las partes, el derecho a la notificación de la sentencia, el derecho de proponer recurso de apelación, por el que se considera afectado por una resolución.

Si todo esto es respetado por la jueza o juez que está conociendo un procedimiento, se cumple con el principio constitucional del derecho a la defensa.

Puede decirse que tanto el derecho a la defensa como el debido proceso son instituciones que hace tiempo ya rompieron el parámetro del ámbito estrictamente judicial para proyectarse en todo proceso o procedimiento en el que se involucren intereses contrapuestos. Este desarrollo además no solamente se encuentra a nivel doctrinario o jurisprudencial, sino que se ve cada vez más reflejado en toda la legislación ecuatoriana.

3.2.1. Garantías vinculadas al Derecho de Defensa y al Debido Proceso.

Contemporáneamente, la definición del derecho al debido proceso se presenta como una compilación de garantías individuales, que buscan lograr y preservar un mínimo equilibrio entre las partes al entrar en un conflicto.

Nuestra Constitución de la República vigente reconoce como fundamental de toda persona el derecho “...*Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento*”⁶⁹

Como anota Quiroga León, se trata de un concepto moderno íntimamente referido a la validez y legitimidad del proceso, mediante el cual se obtienen “...

⁶⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, febrero 2010, Art. 76, Pág. 26.

*ciertos mínimos procesales que nos permiten asegurar que el proceso como instrumento sirve adecuadamente para su objetivo y finalidad.”*⁷⁰

Entre estos “*mínimos procesales*” se encuentra el derecho de defensa, por demás esencial entre los derechos de las partes procesales y cuyo alcance comprende tanto el hecho de ocasionar indefensión como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés.

La evolución doctrinaria y normativa al respecto ha venido a establecer un ámbito garantista mínimo en tres niveles:

- a)** El derecho del accionado a la comunicación previa y detallada de las acciones incoadas en su contra.

El derecho a la defensa implica, como no puede ser de otra forma, el que se le informe al demandado con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra, entre otros aspectos procesales. Para ello, “una oportuna notificación o previo conocimiento de los aspectos necesarios del proceso que se impulsa en su contra es indispensable. De lo contrario, se genera una lesión en perjuicio del precitado derecho, pues este desconocimiento origina que no pueda ejercer eficazmente su defensa”⁷¹.

- b)** La concesión al accionado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; y,

La misma jurisprudencia constitucional ha remarcado la necesidad de tutelar la facultad de toda persona de “*contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, incluidos los administrativos, lo cual implica, entre otras cosas, que sea informada con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra*”.⁷²

⁷⁰ QUIROGA LEON, Aníbal, El Debido Proceso Legal en el Perú.

⁷¹ <http://derechodedefesansa.galeon.com>, 2008.

⁷² GACETA CONSTITUCIONAL, Expediente No. 2659-2003 AA/TC, FJ 4; No.00649-2002 AA/, FJ 2.

- c) El derecho del accionado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección, así como de comunicarse libre y privadamente con este.

La importancia de la proyección del derecho de defensa ante el estado de indefensión ha sido profusamente expuesta en nuestra jurisprudencia constitucional, la misma que nos dice *“En cuanto derecho fundamental, se proyecta, entre otros, como principio de interdicción en caso de indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes de un proceso o de un tercero con interés.”*⁷³

3.2.2. El Alcance del Derecho de Defensa.

Nuestra jurisprudencia constitucional, en forma nutrida y coherente, ha expuesto que el principio de debido proceso, concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público, que son de obligada aplicación en todo procedimiento en el que el Estado adoptará decisiones que afectarán intereses individuales, no es exclusivo de la vía judicial.

En este sentido, “no solo tiene una dimensión judicial, sino que se extiende también a sede administrativa y, en general”⁷⁴, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal.

Así, el debido proceso no solamente se vincula con la necesidad de garantizar a todo justiciable en determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que se dirima en su seno.

Mas, la jurisprudencia constitucional establece: *“De esta forma, el debido proceso no solo es un derecho de connotación procesal que se traduce, como*

⁷³ Gaceta Constitucional, Expediente No. 282-2004 –AA/TC, FJ 3.

⁷⁴ CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Art. 8, [Exp. Nº 2050-2002-AA/TC FJ 12].

*antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja que desborda el ámbito meramente jurisdiccional.*⁷⁵

3.3. Inobservancia Del Debido Proceso En Los Procedimientos Ejecutivos.

El Dr. José García Falconí manifiesta que las Garantías Constitucionales son todas aquellas instituciones, que en forma expresa o implícita, están establecidas por la Constitución de la República del Ecuador, para la salvaguarda de los derechos constitucionales y del sistema constitucional.

Las Garantías operan tanto en la puesta en marcha del proceso, como dentro de éste y miran a la protección de quien podría llegar a ser y de quien ya es sujeto pasivo del proceso, es decir protección del ciudadano frente a cualquier eventualidad frente al proceso mismo y frente al poder del juez como forma de asegurar que nadie será sometido a aquel, sino en presencia de tales condiciones, un trato humano y digno durante el curso del mismo y sobre todo la justicia en la imposición de la pena.

Pues, básicamente de lo que se trata es de que, en todo proceso civil debe existir inexorablemente la igualdad de las partes procesales, en cuanto significa la oportunidad de presentar pruebas, proponer reclamos, requerimientos y en general, la libertad de defenderse desde su inicio y en cualquier etapa de un juicio, para que se lo considere justo y la sentencia o la resolución que se pronuncie adquiera cuando llega a ser definitiva o a quedar firme, el privilegio legal de la cosa juzgada.

3.4. El Principio de Igualdad ante la Ley

La igualdad es un principio que intenta colocar a las personas situadas en idéntica condición, de tal forma que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra.

⁷⁵ CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Expediente Nº 2521-2005-PCH/TC, FJ 5.

Este principio está contemplado en el Art. 66, numeral 4 de nuestra Constitución, el cual establece el “derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.”⁷⁶. Se entiende como igualdad formal la igualdad ante la ley e igualdad material como las diferentes regulaciones económicas y sociales que se deben llevar a cabo para que se dé la igualdad como tal en la realidad, es decir, en las prácticas sociales.

El Principio de Igualdad ante la Ley es uno de los más importantes principios señalados tanto a nivel constitucional como legal, en él se establece claramente que no son aceptables los procedimientos privilegiados y que a lo largo del proceso ambas partes gozan de iguales oportunidades para su actuación. Sin embargo, en la práctica no se refleja la efectividad del principio antes invocado, debido a la desigualdad que poseen las partes dentro de algunos procesos, debido a la carencia de garantías para ejercer su defensa.

3.4.1. El Principio de Igualdad entre las partes frente a los Actos Procesales.

El concepto de parte procesal ha sido ampliamente discutido en la doctrina, al punto que la controversia se la equipara a la que existe con el derecho subjetivo; así se ha considerado al término parte procesal desde el punto de vista del derecho sustancial y no del derecho procesal en que se lo ubica.

El Tratadista Ugo Rocco, manifiesta : "Parte, por consiguiente, es aquel que estando legitimado para accionar o para contradecir, pide en nombre propio la realización de una relación jurídica de la cual afirma ser titular otro sujeto que puede estar en juicio o puede no estar en juicio".⁷⁷

Cualquiera que sea la definición de parte existe indudablemente un principio básico e incuestionable basado en otro postulado, resultado de gloriosos episodios históricos que sustentan, como lo hace nuestra Constitución en su Art. 11, numeral 2, al declarar: "Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado

⁷⁶ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 66, Pág. 24.

⁷⁷ GARCIA, José, Las Garantías Constitucionales, Primera Edición, Quito – Ecuador, Septiembre 2001.

por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.”⁷⁸,

Tomando el fundamento del principio de igualdad ante la ley, las partes procesales obligatoria y necesariamente deben conservar derechos igualitarios en cuanto a sus actuaciones, peticiones y oportunidades, de lo cual sobreviene como consecuencia que las partes gozan de iguales oportunidades en su defensa.

Se fractura el principio constitucional de la igualdad jurídica de las partes, si el demandado se encontrare imposibilitado legal y materialmente de ejercer su defensa en el proceso en su contra; sin embargo, en el libre ejercicio profesional del derecho, a pesar de cuanto se ha dicho, existen todavía rezagos de antiguos procedimientos, inconstitucionales que, precisamente, limitan o excluyen el derecho de defensa, y en consecuencia, rompen el principio constitucional del debido proceso.

3.4.2. Igualdad entre las partes en el Proceso Civil.

El juez, como administrador de justicia, deberá actuar con imparcialidad, respetando la igualdad ante la ley, al tenor de lo dispuesto en el Art.9 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual manifiesta que: “ En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes.”⁷⁹

⁷⁸ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Art. 11, Pág. 4.

⁷⁹ CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Art. 9, Pág. 4.

Eduardo Couture, sobre el tema nos expresa lo siguiente: “El principio de igualdad de las partes consiste en que tanto el demandante como el demandado tengan iguales oportunidades para hacer valer sus derechos y defensas respectivas, durante todo el proceso. Éste principio no se infringe sino se cumple con una igualdad aritmética, porque lo que realmente se busca es que ambas partes tengan una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y de la defensa y que no se le niegue a una parte lo que se le concede a otra”.⁸⁰

Si bien es cierto que en los procesos civiles, ambas partes cuentan con las mismas oportunidades y cargas procesales, también es cierto que al iniciar un proceso, por regla general las partes no llegan en igualdad de condiciones.

La jueza o el juez, como director (a) del proceso, debe a través de sus facultades, podrá lograr que se dé tal igualdad, así como también, la de examinar aquellos presupuestos que considere necesarios para lograr el eficaz desarrollo del proceso civil.

En esta misma línea, es importante acotar que en muchas ocasiones la falta de garantías del demandado para ejercer su derecho a la defensa en un proceso civil, impiden que se practique en debida forma éste principio constitucional.

A mi modo de ver, en los procesos civiles que nos competen en el presente trabajo de investigación, éste es el aspecto con mayor incidencia en la desigualdad de las partes en un proceso ejecutivo. Basándome en líneas anteriores, en el hecho de que la parte privilegiada es la parte actora constituyéndose en grado de superioridad de la otra parte, por cuanto la parte contraria carece de oportunidades para hacer valer sus derechos, desembocando en una notoria desigualdad jurídica ante la ley.

Esta diferencia la observamos comúnmente en el libre ejercicio de los procesos ejecutivos, en donde muchas personas no pueden ejercer el derecho de hacer valer sus pretensiones, en fin, su derecho a la defensa.

⁸⁰ COUTURE, Eduardo. Fundamento de Derecho Procesal Civil, Ediciones de Palma, Buenos Aires, Argentina, 3era. Edición, 1962, pág. 170.

En definitiva, el principio de igualdad ante la Ley constituye uno de los más importantes principios contemplados tanto a nivel constitucional como legal y en él se establece claramente que no son aceptables los procedimientos privilegiados y que a lo largo del proceso ambas partes gozan de iguales oportunidades para su actuación, situación que no se da en la práctica profesional, quebrantando el principio constitucional antes mencionado.

En nuestra legislación civil se debería buscar el equilibrio procesal, pero en muchas ocasiones éste no se logra por el hecho de no existir garantías suficientes para que el obligado ejerza plenamente su derecho a la defensa

3.5. El Principio de Proporcionalidad en las Medidas Cautelares.

El principio de proporcionalidad constituye una garantía frente a prácticas de marginación y desigualdad en la aplicación de justicia o a la indebida aplicación de una norma. “Por lo que la existencia de medios y mecanismos de impugnación judiciales extraordinarios como el principio de proporcionalidad, garantizan la verdadera aplicación del derecho, constituyéndose un claro mecanismo de apoyo frente a abusos de poder.”⁸¹

Al respecto, Ignacio Villaverde manifiesta que “a través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo, de manera que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrar en el objeto de un derecho) sin que ese límite o constituya un remedo de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo. La finalidad última del principio de proporcionalidad es obviamente evitar que el poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental, vulnere en su aplicación su contenido esencial”.⁸²

⁸¹ Luigi Ferrajoli, *Sobre los derechos fundamentales*. EN: Miguel Carbonell (Editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, 87

⁸² Ignacio Villaverde Menéndez. *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad*, en: Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p.182.

Nuestra Constitución preceptúa este fundamental principio en el numeral 6, del Art. 76 el cual dice que “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”⁸³.

Lorenzetti, toma como ejemplo “la hipótesis de conflictos de derechos que involucran alguno fundamental, señalando que el principio de proporcionalidad es una piedra de toque adecuada para solucionar el problema”⁸⁴.

Según Jorge Peyrano, “la proporcionalidad utilitaria es que radica en un juicio mediante el cual se verifica si una solución jurisdiccional resulta la vía más adecuada para alcanzar el fin institucional que se debía conseguir. Si dicho juicio fuera desfavorable, se considerará que la solución elegida es desproporcionada y por ende susceptible de ser impugnada exitosamente por los carriles legalmente contemplados”⁸⁵.

La proporcionalidad comprueba si la vía elegida es adecuada para obtener el fin institucional que objetivamente debe ser perseguido, y otra comparativa que apunta a solucionar conflictos entre derechos o valores.

En materia cautelar, doctrina especializada sostiene que es un verdadero presupuesto general del dictado y mantenimiento de cualesquier precautoria. Bien se ha expresado que: “La proporcionalidad se mide también en relación con los intereses en juego; así dejará de ser funcional la medida que grave innecesariamente la situación del afectado o, por el contrario, a la inversa, que no cubra adecuadamente los alcances de la sentencia a dictarse...”⁸⁶

Nuestra legislación civil carece de una institución jurídica que aplique la proporcionalidad en las medidas cautelares que se dictan en los procesos ejecutivos. El único objetivo de dicha figura sería la de gravar lo estrictamente necesario, otorgando de esta manera una gran oportunidad para que el demandado ejerza su derecho a la defensa, ante la aplicación de una medida coercitiva.

⁸³ CONSTITUCION DEL LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 76, Pág. 26.

⁸⁴ LORENZETTI, Ricardo, “Teoría de la decisión judicial”, Santa Fe 2006, Editorial Rubinzal Culzoni, Pág. 269.

⁸⁵ PEYRANO, Jorge, El Principio De Proporcionalidad Y Su Influencia En Las Decisiones Judiciales, Pág. 1.

⁸⁶ RIVAS, Adolfo, “Medidas cautelares”, Buenos Aires 2007, Editorial LexisNexis, Pág. 53.

CAPITULO IV

**DE LA CAUCIÓN SUSTITUTIVA DE LAS MEDIDAS
CAUTELARES EN JUICIO EJECUTIVO**

4.1. Caución.

De acuerdo con su etimología, caución significa *cautela*, la misma que se constituye como una seguridad que se da a manera de garantía de una obligación para cumplir lo convenido.

La caución es la garantía destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación, habitualmente monetaria.

Aníbal Cornejo Manríquez define a la caución como “cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena”.⁸⁷

Al respecto, Guillermo Cabanellas define a la caución como la “seguridad dada por una persona a otra de que cumplirá lo convenido o pactado.”⁸⁸

El Art. 31 del Código Civil Ecuatoriano nos dice que la caución “significa, generalmente, cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena.”⁸⁹

La caución es una obligación accesorio y según el principio jurídico lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

4.1.1. Caución Personal

Es aquella que presta una tercera persona con capacidad para contratar.

4.1.2. Caución Procesal

Es la que se rinde mediante depósito de bienes para el cumplimiento de una obligación que deriva del proceso.

4.1.3. Caución Real

Es aquella que se constituye con el gravamen de hipoteca sobre bienes inmuebles.

Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca.

⁸⁷ CORNEJO, Aníbal, Derecho Civil Preguntas y Respuestas, Tomo I, 12ª. Edición, 2007, Chile, Pág. 371.

⁸⁸ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Pág. 108.

⁸⁹ CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 31, Pág. 9.

4.2. Fianza

La fianza se constituye como la obligación accesoria que adquiere el contratante para seguridad del fiel cumplimiento de la obligación principal.

Es una “obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.”⁹⁰

El Art. 2238 del Código Civil define que la fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.

La fianza puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador.

La fianza puede ser convencional, legal o judicial.

4.2.1. Fianza Convencional

La fianza convencional o voluntaria, es aquella que se constituye por contrato. Generalmente es la hecha espontáneamente por el fiador.

4.2.2. Fianza Legal

Es aquella que se ordena por la ley, es decir, se otorga en caso de presentarse cualquier disposición legal que señale un deber de caucionar o garantizar una obligación.

4.2.3. Fianza Judicial

Se constituye por decisión del juez. “La fianza legal y la judicial se sujetan a las mismas reglas que la convencional; salvo en cuanto la ley que la exige o el Código de Procedimiento Civil disponga otra cosa”.⁹¹

⁹⁰ CORNEJO, Aníbal, Derecho Civil Preguntas y Respuestas, Tomo I, 12ª. Edición, 2007, Chile, Pág. 372 .

⁹¹ CODIGO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 2239, Pág. 353.

4.2.4. Obligados a dar fianza

Nuestro Código Civil estipula que están obligados a dar fianza a petición del acreedor:

- 1) “El deudor que lo haya estipulado;
- 2) El deudor cuyas facultades disminuyan en términos de poner en peligro manifiesto el cumplimiento de su obligación;
- 3) El deudor de quien haya motivo de temer que se ausente del territorio del Estado con ánimo de establecerse en otra parte, mientras no deje bienes suficientes para la seguridad de sus obligaciones; y,
- 4) El deudor que hubiere constituido válidamente patrimonio familiar sobre una parte de sus bienes, en forma tal que no quedare debidamente respaldada la deuda.”⁹²

4.2.5. Extinción

El Código Sustantivo Civil Ecuatoriano sostiene que la fianza se extingue en todo o en parte, por los mismos medios que las otras obligaciones y por los siguientes medios:

- 1) Por el relevo de la fianza, en todo o en parte, concedido por el acreedor al fiador;
- 2) En cuanto el acreedor, por hecho o culpa suya, ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse; y,
- 3) Por la extinción de la obligación principal, en todo o en parte.

4.3. Prenda

Se conceptualiza como el contrato y derecho real por los cuales un bien mueble se constituye en garantía de una obligación con entrega del bien al acreedor, quien a su vez podrá enajenar dicho bien en caso de incumplimiento y darse por pagado con lo obtenido.

⁹² CODIGO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 2250, Pág. 354,355.

Guillermo Cabanellas, manifiesta que la fianza es una “obligación subsidiaria, constituida para asegurar el cumplimiento de otra principal, contraída por un tercero.”⁹³

La prenda es definida como el “contrato por el cual se entrega una cosa mueble a un acreedor para seguridad de su crédito, otorgándole la facultad de perseguir la cosa empeñada, retenerla en ciertos casos y pagarse preferentemente con el producto de su realización, en caso que el deudor no cumpla la obligación garantizada.”⁹⁴

4.3.1. Bienes susceptibles de Prenda

Los bienes susceptibles de darse en prenda son los siguientes:

- a) Las cosas muebles; los inmuebles no son susceptibles de ser entregados en prenda. Todas las cosas muebles pueden darse en prenda siempre y cuando puedan ser susceptibles de venta o cesión; y,
- b) Los créditos, siempre que consten en un título escrito.

4.3.2. Características

- a) Confiere al acreedor prendario la posesión de la cosa. El derecho que concede la prenda se extiende a todos los accesorios y frutos de la cosa, aunque su propiedad corresponda al propietario
- b) Es un derecho accesorio, puesto que se constituye en garantía de una obligación. Si se extingue el crédito se extingue la prenda porque el derecho real de garantía está dirigido justamente a la satisfacción del crédito.
- c) Es especial, en virtud de que tanto el crédito como la cosa dada en prenda deben determinarse con precisión.
- d) Es indivisible. La indivisibilidad de la prenda se entiende en cuanto garantiza todo el crédito entero, con los accesorios (intereses, gastos, etc.).

⁹³ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Pág. 54.

⁹⁴ CORNEJO, Aníbal, Derecho Civil Preguntas y Respuestas, Tomo I, 12ª. Edición, 2007, Chile, Pág. 384

4.3.3. Contrato de Prenda

El contrato de prenda es aquel convenio por el cual se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de un crédito.

La cosa entregada se llama prenda; y, el acreedor que la tiene se llama acreedor prendario.

4.3.4. Extinción

El derecho de prenda se extingue por las siguientes causas:

- 1) Destrucción completa de la cosa empeñada;
- 2) Cuando la propiedad de la cosa empeñada pasa al acreedor por cualquier título; y,
- 3) Cuando en virtud de una condición resolutoria, se pierde el dominio que el que dio la cosa en prenda tenía sobre ella.

4.4. Hipoteca

La palabra hipoteca proviene del griego “*hypotheke*” y gramaticalmente significa la acción y efecto de poner una cosa debajo de otra, ya sea para sustituirla, añadirla o empeñarla.

En virtud de ello, la hipoteca viene a ser lo mismo que la cosa puesta para sostener, apoyar y asegurar una obligación.

El Art. 2309 del Código Civil Ecuatoriano, define a la hipoteca como “un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”.⁹⁵

Al respecto, Guillermo Cabanellas define de manera básica a la hipoteca como “El derecho real constitutivo en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor”⁹⁶

⁹⁵ CODIGO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 2309, Pág. 363.

⁹⁶ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico, Pág. 282.

La hipoteca es un “derecho real que grava un inmueble, el cual no deja de permanecer en poder del constituyente, con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación principal otorgando al acreedor el derecho de perseguir la finca en manos de quien la posea y de pagarse preferentemente con el producto de la realización”⁹⁷

La hipoteca se constituye sobre inmuebles que no dejan de permanecer en poder del deudor.

La hipoteca es un derecho real la cual no nace de una simple relación personal entre acreedor y propietario, sino que además es un derecho absoluto, válido contra todo tercero.

4.4.1. Características

Entre ellas, se distinguen:

- 1)** Es un derecho real. Su particularidad es que no hace desmembrar la propiedad, ni la quita de manos del propietario, ni limita o restringe su goce, como sucede con los derechos de usufructo o de servidumbre.
- 2)** Es un derecho inmueble. La hipoteca tiene carácter de inmueble, cualquiera sea la naturaleza del crédito garantizado.
- 3)** Es un derecho accesorio, pues, asegura el cumplimiento de una obligación principal.
- 4)** Es indivisible, pues, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella. Ello significa que mientras haya un saldo impago, la hipoteca subsiste íntegra sobre la totalidad del inmueble.

El principio de indivisibilidad de la hipoteca se aplica aun el caso de que una hipoteca comprenda varios inmuebles. En virtud de ello, el acreedor tiene el derecho a perseguir todos los inmuebles simultáneamente o a hacer ejecutar

⁹⁷ CORNEJO, Aníbal, Derecho Civil Preguntas y Respuestas, Tomo I, 12ª. Edición, 2007, Chile, Pág. 390

alguno de ellos, aun en el caso de que algunos de dichos inmuebles se encuentren actualmente en el dominio de terceros poseedores.

5) Origina un derecho de preferencia.

El Art. 2372 de nuestro Código Civil nos dice que “las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca”.⁹⁸

4.4.2. Extinción

La hipoteca se extingue:

- 1) Junto con la obligación principal;
- 2) Por la resolución del derecho del que la constituyó, o por el cumplimiento de la condición resolutoria;
- 3) Por la llegada del día hasta el cual fue constituida; y,
- 4) Por la cancelación que el acreedor otorgue por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva.

4.5. Caución Sustitutiva.

4.5.1. Medida Sustitutiva

Las medidas sustitutivas o medidas alternativas son medios jurídicos procesales cuyo objeto es el de limitar todo tipo de medida coercitiva que restrinja el patrimonio del demandado, haciendo patente, sus derechos y garantías constitucionales.

Si bien es cierto, nuestra legislación civil carece de estas instituciones jurídicas, que para mi criterio, son sumamente necesarias para salvaguardar el patrimonio del accionado y garantizar su legítimo derecho a la defensa.

⁹⁸ CODIGO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 2372, Pág. 372.

4.5.2. Generalidades

Los principios de igualdad ante la ley y proporcionalidad deberían reposar sobre la concesión de medidas cautelares y a su vez perseguir y respetar el equilibrio procesal entre las posiciones de las partes.

La medida cautelar, a la par que necesaria para evitar los riesgos de duración del juicio y garantizar el cumplimiento de la obligación, no debe gravar más de lo estrictamente necesario a los bienes del demandado.

La caución sustitutiva fija correctamente los principios antes invocados. Una de las consecuencias más relevantes de esta institución jurídica es la posibilidad de que el demandado preste, a su vez, una caución voluntaria para evitar la medida cautelar forzosa en el proceso ejecutivo.

La concesión de la medida cautelar supone desde luego una gran ventaja inicial para el favorecido por la medida. Por otro lado, la persona a quien se le gravan sus bienes, debería asimismo tener la posibilidad de ofrecer una garantía, de manera que se grave solo lo necesario y a su vez garantizar el cumplimiento de la obligación.

4.5.3. Qué es la Caución Sustitutiva?

La caución sustitutiva o contracautela es la garantía que podrá solicitar el demandado en sustitución de la medida cautelar dictada sobre su bien mueble o inmueble.

Al respecto, la legislación civil comparada, manifiesta:

La Ley de Enjuiciamiento Civil Española, en su Art. 746, manifiesta que “Aquél frente a quien se hubieren solicitado o acordado medidas cautelares podrá pedir al tribunal que acepte, en sustitución de las medidas, la prestación por su parte de una caución suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare.”⁹⁹

⁹⁹ LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA, enero 2000, Art. 746, Pág. 272.

El Código de Procedimiento Civil Peruano, en su Art. 613 nos dice la “La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.”¹⁰⁰

El Código Procesal Civil y Comercial de la República Argentina determina en su Art. 199 que: “La medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar”¹⁰¹

Los Arts. 299 y 301, del Código de Procedimiento Civil Chileno, en su orden, estipulan que ante una medida precautoria, se podrá solicitar “caución para responder por los perjuicios que resulten”¹⁰² “Todas estas medidas son esencialmente provisionales. En consecuencia, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes”¹⁰³

4.5.4. Concepto

La caución sustitutiva se constituye en la garantía que puede solicitar el demandado en sustitución de las medidas cautelares que pesan sobre sus bienes.

Esta institución responde al principio de igualdad, contrarrestando la falta de contradicción al momento de concederse y ejecutarse la medida cautelar.

4.5.5. Objeto

Mediante esta figura jurídica, el demandado que es por lo general el afectado por una medida cautelar, ofrece otra opción menos gravosa para asegurar el cumplimiento de la obligación, es decir, consiste en que el accionado puede ofrecer caución suficiente en sustitución de las medidas dictadas sobre los bienes de su propiedad para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia

¹⁰⁰ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL PERUANO, 2011, Art. 613, Pág. 117.

¹⁰¹ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA, 2011, Art. 199, Pág. 60.

¹⁰² CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL CHILENO, 2012, Art. 299.

¹⁰³ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL CHILENO, 2012, Art. 301.

que se dicte al final del proceso ejecutivo y por ende el fiel cumplimiento de la obligación.

La finalidad de esta figura es ofrecer una garantía patrimonial concreta y específica para el eventual derecho del accionado a la indemnización de los daños y perjuicios causados por la medida cautelar.

El destino de la caución es responder de manera rápida y efectiva por los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado afectado por dicha medida.

4.5.6. Formas

La caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario y pagadero a primer requerimiento o por cualquier otro medio que, a juicio de la jueza o juez, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.

4.5.7. Excepciones

El demandado podrá ofrecer en caución sustitutiva cualquier bien mueble o inmueble a excepción de los bienes inembargables contemplados en el Art. 1634 del Código Civil Ecuatoriano.

4.5.8. Fundamento Jurídico

Toda caución sustitutiva debe responder a los principios de *fumus bonis iuris* y *periculum in mora*.

4.5.8.1. Fumus Bonis Iuris

Este principio trata sobre la apariencia de buen derecho de lo solicitado.

Al respecto, Calamandrei señala:

“Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo

de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar.”¹⁰⁴

Lo verosímil es considerado como lo que tiene apariencia de verdadero. En el caso del presupuesto de verosimilitud del derecho para la concesión de la medida cautelar, éste implica que la pretensión tenga un sustento jurídico que la haga discutible.

En ese sentido, Monroy Palacios nos indica:

“El solicitante de la medida cautelar deberá demostrar al juez que la pretensión principal –que se intenta garantizar– tiene una posibilidad razonable de ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia. Por tratarse de un mecanismo solicitado durante el transcurso del proceso resulta humanamente imposible que el juez pueda tener certeza de que la medida solicitada garantizará el futuro derecho a ser considerado por la sentencia. Adicionalmente, la propia estructura del pedido cautelar, al buscarse con urgencia un mecanismo que acabe con la situación de peligro, impide un análisis detallado de la fundabilidad de la pretensión llevada al proceso. Tengamos en cuenta que, precisamente, por aquella situación de urgencia, el actor tan sólo se limita a presentar una información sumaria respecto de las posibilidades de su posición frente al proceso”¹⁰⁵

4.5.8.2. Periculum in Mora

Este principio se refiere al peligro en la demora a hacer efectiva una medida cautelar.

El periculum in mora es el peligro de un daño jurídico urgente derivado del retraso de la resolución definitiva. Este principio se encuentra vinculado a la posibilidad razonable de que lo solicitado en la pretensión sufra un perjuicio en el transcurso del proceso, es decir, que exista el peligro de ocurrencia de un

¹⁰⁴ CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Buenos Aires, El Foro, 1996, p. 77.

¹⁰⁵ MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la formación de una Teoría Cautelar. Lima: Editorial Comunidad. Febrero 2002, p. 170

evento que haga imposible o limite la realización de los intereses cuya satisfacción se ha solicitado a través de la petición.

Monroy Palacios incide en que este principio se fundamenta en el riesgo de que el proceso se torne ineficaz, impidiendo que el accionante obtenga la tutela efectiva que pretende:

“El *periculum in mora* está referido a la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la Sentencia definitiva. Su existencia no está sustentada necesariamente en la posibilidad de que actos maliciosos del demandado impidan el cumplimiento de lo pretendido por el demandante sino también en que el solo transcurso del tiempo constituye de por sí una amenaza que merece una tutela excepcional. No se trata de proteger al afectado del daño genérico que implica un conflicto de intereses, pues éste es tutelado, precisamente, por un proceso judicial. El *periculum in mora* está destinado, específicamente, a proteger que lo pedido al momento de demandar (petitorio) sea pasible de obtener una tutela efectiva en caso de que la sentencia declare fundada la demanda”¹⁰⁶

4.5.9. Solicitud

Para decidir sobre la petición de caución sustitutiva, la jueza o juez examinará y valorará el fundamento de la solicitud, la naturaleza, contenido de la pretensión y la apariencia jurídica favorable que pueda presentar la posición del demandado.

Además, la jueza o juez tendrá en cuenta si la medida cautelar habría de restringir o dificultar la actividad patrimonial o económica del demandado de modo grave y desproporcionado, respecto del aseguramiento que aquella medida representaría para el solicitante.

En la petición se presentarán las alegaciones pertinentes y opcionalmente acompañar los documentos que acrediten estas alegaciones. Los documentos

¹⁰⁶ MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Op. Cit., p.176.

que se aparejen deberán tratar sobre la solvencia de las partes, las consecuencias de la adopción de la medida.

4.5.10. Procedimiento

La prestación de caución sustitutiva se podrá formular conforme a lo siguiente:

a) Recibida la petición, el secretario mediante diligencia convocará a las partes a una audiencia, sin necesidad de seguir el orden de los asuntos pendientes cuando así lo exija la efectividad de la medida cautelar.

b) En la audiencia, las partes podrán exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, las mismas que se admitirán y practicarán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares.

Además, podrán solicitar según sea el caso, que se practique inspección judicial sobre el bien que se ofrece en caución, siempre y cuando se considere pertinente.

Asimismo, se podrán formular alegaciones respecto del tipo y cuantía de la caución.

c) Contra las resoluciones sobre el desarrollo de la comparecencia, su contenido y la prueba propuesta no cabrá recurso alguno.

Si la medida cautelar ya se hubiese adoptado, el trámite de oposición inicia mediante escrito motivado, al que podrá acompañar los documentos que estime convenientes sobre su solvencia, así como también, las consecuencias de la adopción de la medida cautelar.

Celebrada la diligencia, la jueza o juez resolverá mediante auto lo que estime procedente.

CAPÍTULO V

RESULTADO DEL TRABAJO DE CAMPO

5.1. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS DE APLICACIÓN DE ENCUESTA

Al tenor de la metodología anunciada en el presente proyecto de investigación, tengo a bien exponer los resultados obtenidos de la encuesta formulada y aplicada a veinte profesionales del Derecho, así:

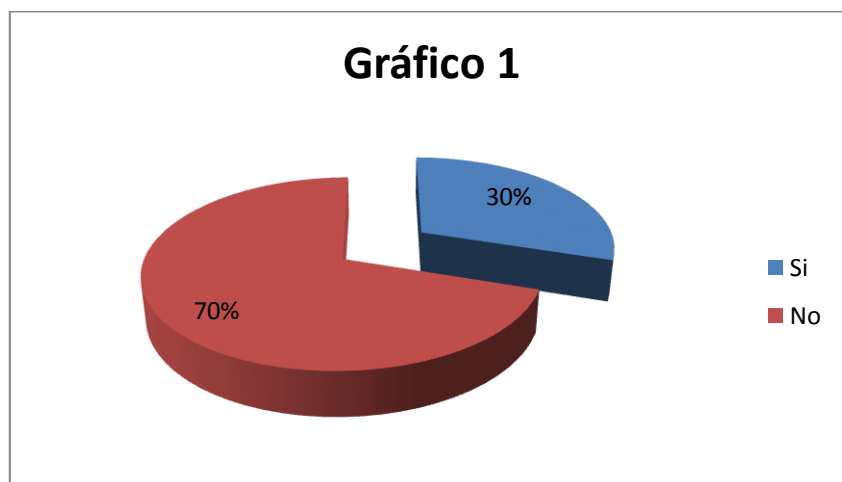
DESARROLLO DE LA ENCUESTA

1. ¿Según su experiencia, durante el trámite de los Juicios de Ejecutivos, se aplica a cabalidad el Principio Constitucional del Debido Proceso?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si se aplica a cabalidad	6	30%
No se aplica a cabalidad	14	70%
TOTAL	20	100%

Fuente: Encuesta aplicada

Elaboración: El autor



Fuente: Encuesta aplicada

Elaboración: El autor

ANÁLISIS:

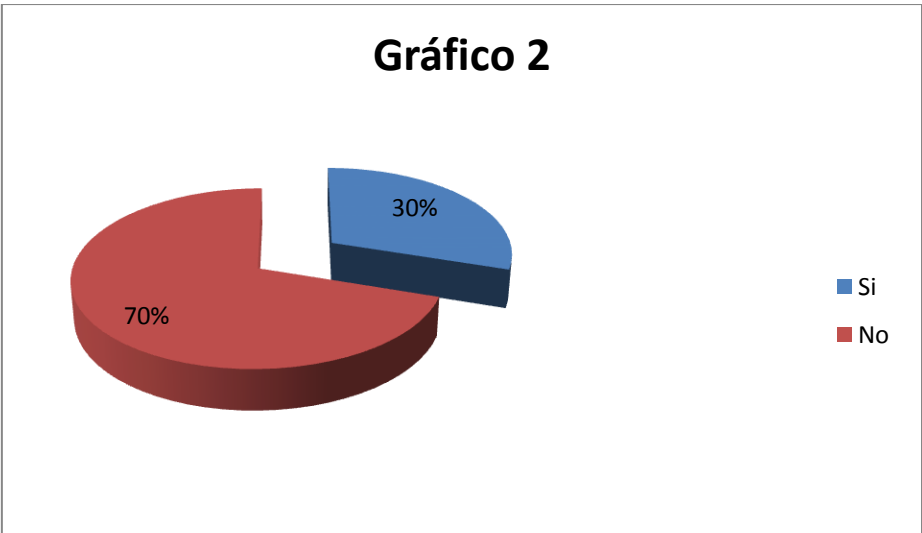
Del diagrama que apreciamos, se desprende que la mayor parte de encuestados (70%) sostienen que en el libre ejercicio de la profesión, las garantías del debido proceso se cumplen con relativa cabalidad debido a que

no se aplica la debida proporcionalidad respecto de las medidas cautelares que pesan sobre los bienes del obligado, así como también, dichas medidas, no están sometidas al principio de contradicción cuando son ordenadas antes de citar al accionado, existiendo de esa manera, desigualdad de condiciones entre el actor y el demandado. Sin embargo, el 30% restante afirma que en cada etapa procesal de los juicios de ejecución, se materializa el principio de contradicción, garantizando en toda instancia el derecho a la defensa.

2. ¿Durante estos procedimientos existe igualdad entre las partes o se violan los derechos Constitucionales de los demandados?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si existe igualdad entre las partes	6	30%
No existe igualdad entre las partes, se violan los preceptos constitucionales	14	70%
TOTAL	20	100%

Fuente: Encuesta aplicada
Elaboración: El autor



Fuente: Encuesta aplicada
Elaboración: El autor

ANÁLISIS:

De esta interrogante podemos notar que no existe igualdad entre las partes en los procesos de ejecución, debido a la desigualdad jurídica en la Litis, puesto que, el demandado carece de oportunidades para ejercer su legítima defensa ante una medida cautelar que afecte su patrimonio.

3. Según su experiencia, considera Ud. que debe existir una reforma en el procedimiento para esta clase de Juicios?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si debería existir	20	100%
No debería existir	0	0%
TOTAL	20	100%

Fuente: Encuesta aplicada

Elaboración: El autor



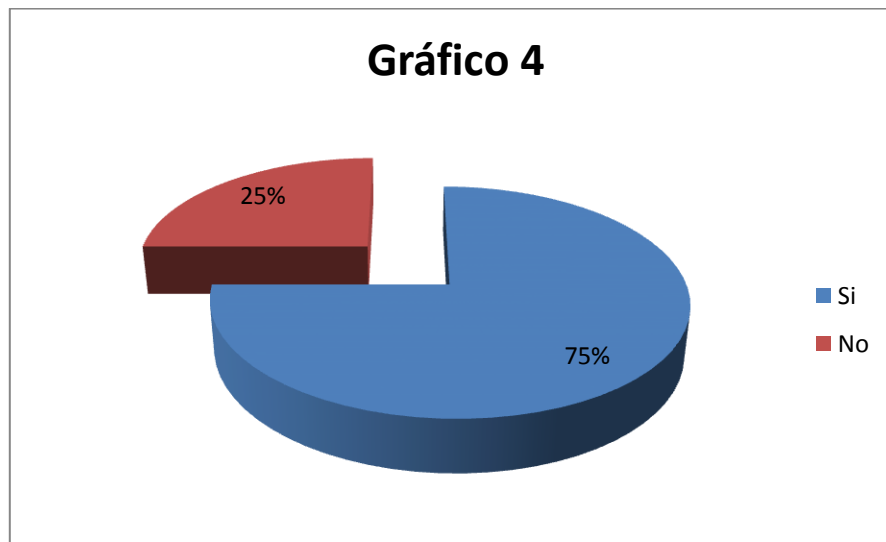
ANÁLISIS:

Las reformas en los procesos ejecutivos deberían enfocar al hecho de brindar garantías al accionado para hacer valer sus derechos y de esta manera garantizar la armonía entre la ley procesal y la norma constitucional y evitar que el demandado quede en estado de indefensión en ningún momento procesal.

4. Cree Ud., que en los juicios ejecutivos, de acuerdo con las normas del Procedimiento Civil Ecuatoriano, los obligados quedan en indefensión?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si quedan en indefensión	15	75%
No quedan en indefensión	5	25%
TOTAL	20	100%

Fuente: Encuesta aplicada
Elaboración: El autor



Fuente: Encuesta aplicada
Elaboración: El autor

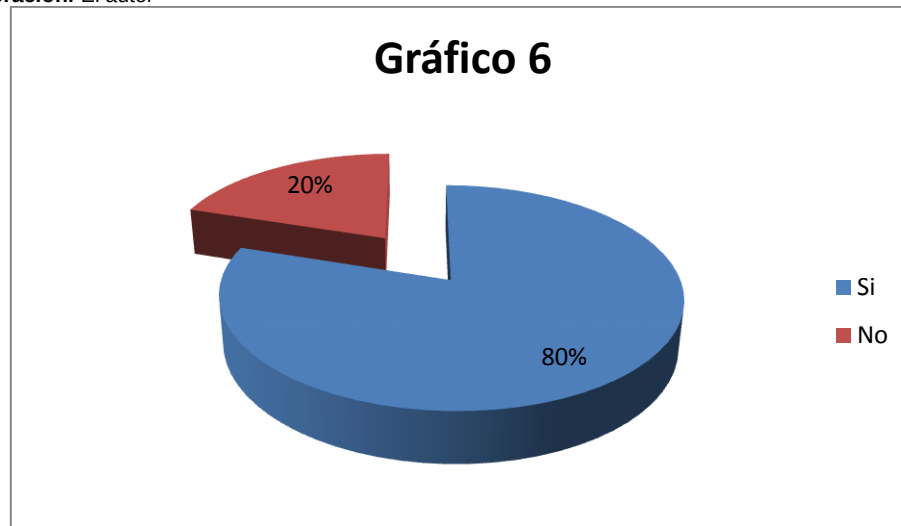
ANÁLISIS:

En los procesos ejecutivos, el demandado, ante el efecto de una medida cautelar, queda en indefensión e imposibilitado de prestar una solución legal viable al litigio. La norma vigente en el código adjetivo civil para la cesación de las medidas cautelares, en el libre ejercicio se torna inaplicable e insuficiente para el deudor, careciendo de esta manera una medida sustitutiva para esta clase de juicios, que garantice el derecho a la defensa del obligado.

5. Considera Ud. que se debería sustituir las medidas cautelares existentes en la actualidad en el Código de Procedimiento Civil?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	16	80%
No	4	20%
TOTAL	20	100%

Fuente: Encuesta aplicada
Elaboración: El autor



Fuente: Encuesta aplicada
Elaboración: El autor

ANÁLISIS:

La sustitución de las medidas cautelares en juicio ejecutivo garantizarían la perfecta armonía entre las leyes civiles y la carta constitucional, brindando a su vez la oportunidad de que el accionado pueda ejercer su derecho a la defensa en el momento procesal oportuno

5.2. VERIFICACIÓN DE LOS OBJETIVOS:

Los objetivos contemplados en el plan de tesis, verificados en la presente investigación son los siguientes:

OBJETIVO GENERAL:

Indefensión del Accionado en Juicio Ejecutivo.

VERIFICACIÓN:

El objetivo general ha sido enteramente alcanzado en la medida de todo el sustento teórico en la que me he basado para el desarrollo de la presente investigación, de ello se colige un análisis detenido a nuestro derecho procesal civil en vigencia y en ello marcar el requerimiento de insertar una medida sustitutiva ante las medidas cautelares dispuestas en los procesos de ejecución con lo cual que garantice el derecho a la defensa del accionado ante este tipo de acciones.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- a) Efectuar un análisis detenido de los títulos ejecutivos en nuestra legislación.

VERIFICACIÓN:

Del capítulo I se desprende un análisis minucioso de los títulos ejecutivos dentro del sistema procesal civil ecuatoriano, debilidades y fortalezas en el procedimiento ejecutivo, así como también, las diversas conceptualizaciones de algunos juristas en miras del nuevo código de procedimiento civil que se avecina.

- b) Determinar los graves efectos que ha generado en el ejecutado la falta de oportunidades de ejercer su defensa en el momento oportuno y en igualdad de condiciones que el ejecutante, de conformidad con los principios de igualdad y proporcionalidad contemplados en nuestra Constitución.

VERIFICACIÓN:

Del criterio de los veinte profesionales del derecho en libre ejercicio, se colige la manifestación de desigualdad ante la ley entre las partes dentro del proceso ejecutivo y la falta de garantías de los demandados para ejercer su derecho a la defensa.

- c) Establecer la necesidad de reformar e insertar medidas sustitutivas a las medidas cautelares en juicio ejecutivo, tomando en cuenta el espíritu de equidad y justicia contemplados en nuestra Carta Magna, en cuanto a la igualdad de condiciones para el ejercicio de la defensa, tanto al ejecutado como al ejecutante.

VERIFICACIÓN:

El presente objetivo lo logramos establecer mediante el extenso estudio acerca de la posibilidad de instituir medidas sustitutivas a las medidas cautelares en procesos de ejecución, a efectos de brindar garantías sólidas al obligado para que pueda ejercer su derecho a la defensa.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. Conclusiones

Como conclusiones del presente trabajo de investigación, tenemos las siguientes:

- a) Las Garantías Básicas del Debido Proceso, como norma constitucional de reciente reordenamiento, enfoca a todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden.
- b) Los Derechos de Protección contemplados en nuestra Carta Magna están destinados a garantizar el acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; **en ningún caso quedará en indefensión.**
- c) El Derecho a la Defensa, resume las más importantes garantías fundamentales que la doctrina jurídica universal ha venido sustentando con el venir de los años, a fin de que se haga realidad un procedimiento judicial tendiente a que ninguna persona podrá ser privada del derecho antes mencionado.
- d) Ninguna persona podrá ser privada del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; y, al derecho a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
- e) La aplicabilidad del Debido Proceso, depende del contenido de igualdad jurídica entre las partes que brinde la legislación procesal civil ecuatoriana.
- f) El principio de contradicción no debería verse como una excepción ante los efectos de una medida cautelar en el juicio ejecutivo.

6.2. Recomendaciones.

Como producto del presente trabajo de investigación, surten las siguientes recomendaciones:

a) El juez, como administrador de justicia y director del proceso, debe garantizar la efectiva comparecencia del accionado en juicio ejecutivo, de tal manera que no quede en estado de indefensión en ningún estado del procedimiento.

b) Ante la no comparecencia del accionado, especialmente ante los efectos de una medida cautelar y la disposición contemplada en el Art. 430 de nuestro Código Adjetivo Civil, la función judicial debería crear defensores públicos civiles que patrocinen al demandado en este tipo de acciones, garantizando la debida aplicación del principio de contradicción en el momento procesal oportuno.

c) La inserción de medidas sustitutivas a las medidas cautelares en los procesos de ejecución, a efectos de que se aplique el principio constitucional de la proporcionalidad en este aspecto, se grave lo estrictamente necesario a los bienes del accionado y se haga efectiva la legítima defensa del mismo en ese momento procesal.

d) La relativa aplicabilidad en el libre ejercicio profesional de la norma contemplada en el Art. 425 de nuestro Código de Procedimiento Civil, en lo referente al hecho de hacer cesar una medida cautelar en juicio ejecutivo, requiere de una reforma creando una nueva institución jurídica que garantice el efectivo cumplimiento del principio de contradicción en los procesos ejecutivos.

6.3. Propuesta Jurídica.

Tengo a bien proponer como un aporte final del presente estudio, la siguiente reforma legal:

Refórmese la Sección 2º, del Parágrafo 2º, del Título II, del Libro II del Código de Procedimiento Civil, del Art. 425, que en lo sucesivo dirá:

Art. 425. Caución Sustitutoria de las Medidas Cautelares: El demandado podrá pedir a la jueza o juez que acepte, en sustitución de las medidas cautelares dictadas sobre sus bienes, la prestación por su parte de una caución suficiente, a criterio del juzgador, para asegurar el efectivo cumplimiento de la obligación.

La caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario y pagadero a primer requerimiento o por cualquier otro medio que, a juicio de la jueza o juez, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.

Para decidir sobre la petición de caución sustitutiva, la jueza o juez examinará y valorará el fundamento de la solicitud, la naturaleza, contenido de la pretensión y la apariencia jurídica favorable que pueda presentar la posición del demandado.

Además, la jueza o juez tendrá en cuenta si la medida cautelar habría de restringir o dificultar la actividad patrimonial o económica del demandado de modo grave y desproporcionado, respecto del aseguramiento que aquella medida representaría para el solicitante.

En la petición se presentarán las alegaciones pertinentes y opcionalmente acompañar los documentos que acrediten estas alegaciones. Los documentos que se aparejen deberán tratar sobre la solvencia de las partes, las consecuencias de la adopción de la medida.

El demandado podrá ofrecer en caución sustitutiva cualquier bien mueble o inmueble a excepción de los bienes inembargables contemplados en el Art. 1634.

La prestación de caución sustitutiva se podrá formular conforme a lo siguiente:

a) Recibida la petición, el secretario mediante diligencia convocará a las partes a una audiencia, sin necesidad de seguir el orden de los asuntos pendientes cuando así lo exija la efectividad de la medida cautelar.

b) En la audiencia, las partes podrán exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, las mismas que se admitirán y practicarán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares.

Además, podrán solicitar según sea el caso, que se practique inspección judicial sobre el bien que se ofrece en caución, siempre y cuando se considere pertinente.

Asimismo, se podrán formular alegaciones respecto del tipo y cuantía de la caución.

c) Contra las resoluciones sobre el desarrollo de la comparecencia, su contenido y la prueba propuesta no cabrá recurso alguno.

Si la medida cautelar ya se hubiese adoptado, el trámite de oposición inicia mediante escrito motivado, al que podrá acompañar los documentos que estime convenientes sobre su solvencia, así como también, las consecuencias de la adopción de la medida cautelar.

Celebrada la diligencia, la jueza o juez resolverá mediante auto lo que estime procedente y tendrá el término de cinco días para emitir su resolución.

BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Heliasta, Edición 14, Buenos Aires, 2000.
- COELLO, Enrique, *Sistema Procesal Civil*, Talleres Gráficos de la U.T.P.L., Loja, Ecuador, 1997.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
- LÓPEZ, Arévalo William, *El Juicio Ejecutivo, Estudio Doctrinal y Procesal con Jurisprudencia*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2007.
- LÓPEZ, Arévalo William, *El Juicio Ordinario Posterior Al Juicio Ejecutivo*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2009.
- NOBOA, Baquerizo Gonzalo, *El Juicio Ejecutivo es un proceso de conocimiento*, Editorial Santander, Quito, Ecuador, 2009.
- VELAZCO, Emilio, *Sistema de Práctica Procesal Civil*, Editorial Pudelco, Quito, Ecuador, 1994.
- VILLAGRÁN, José Ricardo, *El Juicio Ejecutivo*, 2001.
- GARCÍA José, *Las Varias Clases De Juicios*.
- ANDRADE, Santiago, *Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano*, Quito – Ecuador, Fondo editorial del Colegio de Jurisprudencia – USFQ, 2002.
- DE PINA, Rafael, *Instituciones De Derecho Procesal Civil*, 1ª Edición.
- NOBOA, Gonzalo, *El Juicio Ejecutivo Es Un Proceso De Conocimiento*.
- GUZMÁN, Aníbal, *Caución*, 2005

Internet:

- <http://www.aciprensa.com>
- <http://www.derechoecuador.com>

- <http://www.iabogado.com>
- <http://www.revistajudicial.com>
- <http://derechodedefesansa.galeon.com/>

Cuerpos Legales:

- CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
- CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO
- CODIGO DE COMERCIO ECUATORIANO
- CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA
- CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL CHILENO
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL PERUANO
- LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA.

ANEXOS

ANEXO N°. 1



**UNIVERSIDAD
INTERNACIONAL
DEL ECUADOR**

ESCUELA DE DERECHO

FORMULARIO DE ENCUESTA

Estimado Profesional del Derecho: dígnese dar contestación al presente formulario de encuesta, en base a su amplio conocimiento y ejercicio profesional en lo atinente al Derecho Procesal Civil en vigencia.

1. Según su experiencia, durante el trámite de los Juicios de Ejecutivos, se aplica a cabalidad el Principio Constitucional del Debido Proceso?

Si ()

No ()

Porque?.....

.....

.....

2. Durante estos procedimientos existe igualdad de las partes o se violan los derechos Constitucionales de los demandados?.

Si ()

No ()

Porque?.....

.....

.....

3. Según su experiencia considera que debe existir una reforma en el procedimiento de esta clase de Juicios?.

Si ()

No ()

Porque?.....

.....

.....

4. Cree Ud., que en los juicios ejecutivos, de acuerdo con las normas del Procedimiento Civil Ecuatoriano, los obligados quedan en indefensión?.

Si ()

No ()

Porque?.....

.....

.....

5. Considera Ud. que se debería sustituir las medidas las medidas cautelares existentes en la actualidad en el Código de Procedimiento Civil?

Si ()

No ()

Porque?.....

.....

.....

f.).....

Le agradezco por su colaboración.

ANEXO N°. 2

PLAN DE TESIS

1. TEMA

Indefensión del accionado en el juicio ejecutivo.

2. PROBLEMATIZACIÓN

2.1. Planteamiento del Problema

La Constitución de la República del Ecuador establece que, en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso.

Es así que, el inciso séptimo, del Art. 76 de la Constitución Ecuatoriana, en sus literales a) y c), garantiza que, nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, y además, el derecho a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

Sin embargo, el Código de Procedimiento Civil, en el Art. 421, establece que, si el Juez, considerare ejecutivo el título así como la obligación, al mismo tiempo que le da al ejecutado el término de tres días para que proponga excepciones.

Si el ejecutante acompaña a la demanda certificado del Registrador de la Propiedad en el que conste que el ejecutado tiene bienes raíces que no esté embargados, la jueza o juez, al tiempo de dictar la providencia de que habla el inciso anterior, prohibirá que el ejecutado venda, hipoteque o constituya otro gravamen que limiten el dominio o goce de sus bienes que, determinados por la jueza o juez, alcancen para responder por el valor de la obligación demandada. La prohibición se notificará a los respectivos registradores de la propiedad, para los efectos legales. La citación al demandado se hará después de cumplirse lo ordenado en el inciso anterior.

Si bien es cierto, este fenómeno jurídico, no permite que el accionado haga valer plenamente su derecho a la defensa, como principio constitucional, puesto que, la jueza o juez puede dictar medidas cautelares sobre sus bienes,

incluso antes de que el demandado avoque conocimiento de la demanda incoada en su contra.

2.2. Formulación del Problema

El título ejecutivo, como título privilegiado, brinda una serie de garantías al acreedor, entre ellas, el derecho de solicitar, ante la jueza o juez competente, medidas cautelares de orden real sobre los bienes del demandado para el cumplimiento de la obligación; mientras que el deudor queda en estado de indefensión luego de practicarse las medidas cautelares que la jueza o juez pueda dictar sobre sus bienes, puesto que, según el nuestro Código Adjetivo Civil en vigencia, estipula que al demandado se lo citará después de cumplirse lo dispuesto en el auto de pago, de conformidad con el inciso tercero del Art. 421 *Ibídem*.

A criterio personal, considero injusto el hecho de que no se le brinde al ejecutado la oportunidad de defenderse en el momento propicio; esto es, al tiempo de practicarse cualquier medida cautelar impuesta sobre sus bienes, lesionando de esta manera el derecho a la defensa como principio contemplado en nuestra constitución y atentando contra el patrimonio del obligado.

2.3. Sistematización del Problema

El acreedor al momento de exigir el cumplimiento de una obligación, ejecuta el título ejecutivo, solicitando al juez, que se digne dictar medidas cautelares con el objeto de garantizar que la obligación se cumpla. En ese escenario, el deudor queda presionado a cumplir con lo obligado, de lo contrario, sus bienes subsanarán la obligación.

En la presente investigación, considero que el sistema procesal civil ecuatoriano brinda garantías mínimas al demandado, pues, no se le da la oportunidad de defenderse en el momento procesal oportuno, dándole garantías “omnipotentes” al ejecutante para el cumplimiento de la obligación; violando de esta manera el derecho a la defensa, garantizado en el literal a), numeral 7, del Art. 76 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

3. OBJETIVOS

3.1. OBJETIVO GENERAL

Indefensión del accionado en juicio ejecutivo.

3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Efectuar un análisis detenido de los títulos ejecutivos en nuestra legislación.
- b) Determinar los graves efectos que ha generado en el ejecutado la falta de oportunidades de ejercer su defensa en el momento oportuno y en igualdad de condiciones que el ejecutante, de conformidad con los principios de igualdad y proporcionalidad contemplados en nuestra Constitución.
- c) Establecer la necesidad de reformar e insertar medidas sustitutivas a las medidas cautelares en juicio ejecutivo, tomando en cuenta el espíritu de equidad y justicia contemplados en nuestra Carta Magna, en cuanto a la igualdad de condiciones para el ejercicio de la defensa, tanto al ejecutado como al ejecutante.

4. JUSTIFICACIÓN

4.1. Teórica:

Con la presente investigación, me permito realizar un análisis exhaustivo de los títulos ejecutivos en el Sistema Procesal Civil Ecuatoriano, así como también, de las garantías, fortalezas y debilidades contempladas en la Legislación Civil Ecuatoriana en vigencia, en lo atinente a la ejecución de un título ejecutivo.

En virtud de lo antes mencionado, quiero enfatizar acerca de la posición, garantías y defensa de los derechos del ejecutado, puesto que, en el libre ejercicio profesional, se evidencia como problema social, la violación del derecho a la defensa y al patrimonio del accionado, al no darle la oportunidad de defenderse en el momento procesal oportuno.

4.2. Metodológicos:

El estudio del proyecto de investigación me permitirá buscar alternativas de solución para que se le brinde al ejecutado iguales oportunidades para que ejerza su derecho a la defensa en los procesos de ejecución.

Para el ejercicio del presente proyecto de investigación cuento con los recursos humanos y didácticos correspondientes, así como también, utilizaremos varios métodos de investigación, como el método inductivo, deductivo, analítico y comparativo, los mismos que me permitirán culminar exitosamente este proceso investigativo.

4.3. Prácticos:

Estoy convencido que el problema que he escogido es de mucha importancia, en virtud de que, las garantías que ofrece el Código de Procedimiento Civil al acreedor para asegurar el cumplimiento de una obligación afectan notablemente a las personas demandadas en un juicio ejecutivo, acarreando consecuencias a nivel social, por cuanto al ejecutado no se le permite defenderse en el momento oportuno, ni en igualdad de condiciones que el ejecutante. De igual forma, influye también a nivel económico, por cuanto al ejecutado se le prohíbe que venda, hipoteque o constituya otro gravamen que limita el dominio y goce de sus bienes, afectando notablemente la economía del accionado e imposibilitándolo que de que plantee una solución legal viable.

5. MARCO DE REFERENCIA

CONCEPTOS Y DEFINICIONES

El juicio ejecutivo, es un procedimiento contencioso, de aplicación general o especial según el caso y de tramitación extraordinaria, por cuyo medio se persigue el cumplimiento forzado de una obligación que consta de un título auténtico.

Este proceso se caracteriza por ser un procedimiento de aplicación general o especial según el caso; además, es un procedimiento compulsivo o de apremio, en razón de que se inicia porque el deudor no cumple con su obligación. El fundamento principal del juicio ejecutivo es, obtener por el

acreedor, el cumplimiento forzado de una obligación que, totalmente o parcialmente, ha sido incumplida por el deudor.

El juicio ejecutivo de acuerdo con nuestro Código Civil, proviene de la naturaleza de la obligación, objeto de la pretensión ejecutiva. Las obligaciones según su naturaleza, pueden ser: de dar, hacer o no hacer una cosa. La obligación de dar, se refiere específicamente cuando una persona se compromete a entregar una cosa a otro, o a su vez transmitirle un derecho; obligación de hacer, cuando una persona se obliga realizar un acto o a prestar un servicio; y, las obligaciones de no hacer, que comprende en abstenerse de realizar algo o de prestar algún servicio y la que prohíbe entregar alguna cosa.¹⁰⁷

Para que los derechos y las obligaciones se hagan efectivas, es menester que existan ciertos medios compulsivos para obtener su cumplimiento; precisamente uno de estos medios es el juicio ejecutivo, el cual se entiende por un procedimiento especial, que tiene por objeto obtener por vía de apremio el cumplimiento de una obligación.

Para iniciar un juicio ejecutivo, se precisa la existencia previa de un título al cual la Ley le atribuye el mérito de ejecutivo. Así, toda obligación cuyo cumplimiento se pretende obtener por medio de un juicio ejecutivo, requiere la existencia de un título, en el cual conste una obligación. Es necesario que, para que las obligaciones surtan efecto legal, cumplan con los requisitos que establece el Código de Procedimiento Civil, en su Art. 415. Para que las obligaciones anunciadas en líneas anteriores, sean exigibles en juicio ejecutivo, deberán ser claras, determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido.¹⁰⁸

El título ejecutivo es la declaración solemne, a la cual la ley le obliga la fuerza indispensable para ser el antecedente inmediato de una ejecución. Los títulos ejecutivos deben reunir los requisitos de fondo, los cuales son: tener certeza, liquidez y exigibilidad. Los requisitos de forma, se refieren al documento mismo, es decir, al título, al documento que contiene esa declaración.

¹⁰⁷ DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Guillermo Cabanellas de Torres, Pág. 265

¹⁰⁸ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DEL ECUADOR, Art. 415

El Código de Procedimiento Civil, en el Art. 413, establece que los títulos ejecutivos son: la confesión de parte, hecha con juramento ante Juez competente; la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; la copia y la compulsas auténticas de las escrituras públicas; los documentos privados reconocidos ante Juez o notario público; las letras de cambio; los pagarés a la orden; los testamentos; las actas judiciales de remate o las copias de los autos de adjudicación debidamente protocolizados, según el caso; las actas de transacción u otras que contengan obligaciones de dar o hacer alguna cosa; y los demás instrumentos a los que leyes especiales dan el carácter de títulos ejecutivos.¹⁰⁹

El juicio ejecutivo se divide en juicio singular y juicio universal. El juicio es singular, cuando los bienes del deudor son bastantes para satisfacer los créditos que se reclaman ejecutoriamente, aun cuando se presenten varios acreedores. El juicio es universal, cuando existe desequilibrio patrimonial, es decir, cuando los bienes del ejecutado no son suficientes para satisfacer los créditos que reclaman, en ese caso se necesita de una pérdida proporcional en todos los acreedores porque los bienes del deudor no son suficientes.

El juicio ejecutivo más que un juicio, es un procedimiento por el cual se trata de llevar a efecto, mediante embargo y venta de bienes, el cobro de créditos que constan en algún título que tiene fuerza suficiente para constituir por sí mismo plena probanza.

El juicio ejecutivo empieza con la demanda interpuesta por el acreedor en contra del deudor, basado en un título ejecutivo. Por lo tanto, la acción ejecutiva tiene como propósito formal, una obligación resultante de un documento.

El juicio ejecutivo está dividido en etapas fundamentales como son:

- a. La demanda;
- b. Calificación de la demanda, en donde el Juez dispone que el deudor pague o proponga excepciones en el término de tres días;

¹⁰⁹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DEL ECUADOR, Art. 413

- c. Una estación probatoria, en caso de que sea necesario, de conformidad con la contestación de la demanda; y,
- d. Una sentencia, que es un acto aclarativo de un Juez admitiendo o rechazando la pretensión del actor.

El auto de pago en el juicio ejecutivo, es el acto por el cual el Juez dispone que el demandado cumpla con la obligación exigida por el actor, o proponga excepciones dentro del término de ley, ordenando además, las medidas cautelares contempladas en los artículos 420 y 421 del Código de Procedimiento Civil, las cuales deberán ser solicitadas legalmente por el accionante.

El Dr. Emilio Velasco Celleri, manifiesta que, “El auto de pago no es un mandamiento de ejecución, sino una orden para que el ejecutado cumpla con la obligación o proponga excepciones dentro del término de tres días, por consiguiente, no causa ejecutoria porque bien puede ser confirmado o desvirtuado después de la tramitación de la causa en primera y en segunda instancia, de acuerdo con las circunstancias que rodean el proceso, y el mismo Juez que dictó el auto de pago, sin violar la Ley, puede dejarlo sin efecto, hayan o no excepciones del ejecutado, pues bien, puede revisarlo al momento de dictar sentencia.”¹¹⁰

Interpuesta la demanda, la jueza o juez, procede a realizar el auto de pago, denominado simplemente auto de calificación de la demanda. En este proceso, si el ejecutante ha planteado la demanda sin pedir al Juez que se practique las medidas cautelares establecidas en los Arts. 421, 422 y 423 del Código de Procedimiento Civil, la jueza o juez no puede de oficio, ordenar dichas medidas, por lo tanto, de ser este el caso, simplemente calificará la demanda y ordenará que el ejecutado cumpla la obligación o proponga excepciones en el término de tres días.

Pero si el actor solicita al Juez que se dicte alguna de las medidas cautelares, acompañando para el efecto la prueba correspondiente, la jueza o juez, a más de calificar la demanda y ordenar que el ejecutado cumpla con la obligación o

¹¹⁰ VELASCO, Emilio: “Sistema de Práctica Procesal Civil”, Editorial Pudelco, Quito, Ecuador, 1994, Pág. 143

proponga excepciones en el término de tres días, por haber sido solicitado por el actor, y en mérito a la prueba adjuntada, llámese certificado de la propiedad, información sumaria de testigos, etc., ordenará que se practique la medida cautelar correspondiente.

Con respecto a la citación dispuesta por la jueza o juez al ejecutado, cabe señalar que en el Art. 73, del Código de Procedimiento civil, manifiesta que “La citación es el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda o del acto preparatorio y las providencias recaídas en esos escritos”.¹¹¹ De esta definición se desprende con claridad, que la citación tiene por objeto fundamental hacer conocer al demandado el contenido de la demanda. Por lo tanto, la citación es un acto fundamental en un proceso ejecutivo, ya que de no llevarse a cabo, acarreará la nulidad del proceso, evidenciando una clara falta de solemnidad sustancial.

A criterio del Dr. Enrique Coello García, “la citación es el acto por el cual, el funcionario competente hace conocer al demandado o a la persona en contra de la cual se haya presentado una solicitud, el contenido del escrito y de la orden que haya expedido el Juez.”¹¹²

La citación puede ser: personal, por boletas y por la prensa. En el juicio ejecutivo, la citación tiene como finalidades obligar al citado a comparecer a juicio, a fin de que proponga excepciones en el término de ley; y, constituir al deudor en mora.

En juicio ejecutivo, la falta de contestación de la demanda, implica una aceptación de la misma, es por eso, si el accionado no da contestación a la demanda en el término legal, la jueza o juez, sin más trámite, deberá dictar sentencia, la misma que causará ejecutoria.

En el juicio ejecutivo, el deudor deberá cumplir la obligación o proponer excepciones en el término de tres días, tal como lo dispone el artículo 421, de la codificación del Código de Procedimiento Civil, que señala “Si el Juez considerare ejecutivo el título así como la obligación correspondiente, ordenará

¹¹¹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DEL ECUADOR, Art. 73

¹¹² COELLO, Enrique: “Sistema procesal Civil”, Talleres Gráficos de la U.T.P.L., Loja, Ecuador, 1997, Pág. 174

que el deudor la cumpla o proponga excepciones en el término de tres días. Si el ejecutante acompaña a la demanda certificado del registrador de la propiedad en el que conste que el ejecutado tiene bienes raíces que no están embargados, el Juez, al tiempo de dictar la providencia de que habla el inciso anterior, prohibirá que el ejecutado venda, hipoteque o constituya otro gravamen o celebre contrato que limiten el dominio o goce de los bienes que, determinados por el Juez, alcancen para responder por el valor de la obligación demandada. La prohibición se notificará al respectivo Registradores de la Propiedad, para los efectos legales. La citación al demandado se hará después de practicarse la medida cautelar.” ¹¹³

Lo que señala el antes mencionado artículo, se contrapone a las garantías constitucionales contempladas en las garantías del debido proceso, específicamente, al derecho de la defensa de las personas, ya que, si el ejecutante en la demanda solicita al juez o juez que se aplique esta medida cautelar, la jueza o juez al mismo tiempo de dictar la providencia, ordenará que se le prohíba al ejecutado constituir sobre sus bienes raíces la venta, hipoteca u otro gravamen, impidiéndole de este modo, el dominio o goce de sus bienes, restringiéndole que haga uso de su derecho a la defensa garantizado en la Constitución.

El Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta que en “todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: inciso 7, literal a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, y, literal c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”. ¹¹⁴

Las excepciones, según el Dr. Enrique Coello García, “la excepción es la más importante de los medios de defensa que dispone el demandado para detener

¹¹³ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril 2012, Art. 421, pág. 67.

¹¹⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, febrero 2010, Art. 76, pág. 26.

o destruir las pretensiones del demandante; es el medio idóneo para garantizar el derecho a una defensa plena, que no puede negarse a nadie.”¹¹⁵

Las excepciones son los medios de defensa que la ley pone a disposición del demandado para que éste pueda defenderse respecto de las pretensiones del actor. Las clases de excepciones que existen son:

- a. Excepciones de puro derecho, que son las que nacen de la esencia misma de la ley y se caracterizan por no ser justificables; y,
- b. Excepciones de hecho o sujetas a prueba, que se fundamentan en con la prueba de los hechos, estas a su vez se subdividen en: excepciones dilatorias, se denominan también temporales, ya que tienden a retardar el curso del litigio, pero sin extinguirla del todo; y, excepciones perentorias, que se entiende a la defensa procesal que extingue o excluye la acción del actor para siempre y acaba el pleito, aun sin examinar si está bien o mal fundada la acción”.¹¹⁶

El Código de Procedimiento Civil señala que “las excepciones son dilatorias, cuando tienden a suspender o retardar la resolución de fondo; y, son perentorias, las que extinguen en todo o en parte la pretensión de la demanda”.¹¹⁷

Cuando no se ha propuesto excepciones, una vez ejecutoriada la sentencia, se entra a la fase de ejecución que se origina con un auto denominado mandamiento de ejecución, en el que la jueza o juez, fija la cantidad adeudada y dispone que dentro de veinte y cuatro horas, el deudor pague o dimita bienes para el embargo.

El juicio ejecutivo en los países de Latinoamérica, como Argentina, Chile y Perú; es contemplado de la siguiente manera:

En Argentina, “el libro Tercero del Código Procesal Civil argentino, trata de los procesos de ejecución, se analizan en tres títulos, la ejecución de sentencias,

¹¹⁵ COELLO, Enrique: “Sistema Procesal Civil”, Talleres Gráficos de la U.T.P.L., Loja, Ecuador, 1997, Pág. 214

¹¹⁶ LÓPEZ, Arévalo William: “El Juicio Ejecutivo, Estudio Doctrinal y Procesal con Jurisprudencia”, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2007, Pág. 132

¹¹⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DEL ECUADOR, Art. 99.

el juicio ejecutivo y ciertas ejecuciones especiales. Por una parte se someten a este procedimiento la ejecución de las sentencias y otros títulos ejecutables como es el caso de la transacción, la ejecución de multas y el de honorarios. Tratándose de sumas liquidas se procede al embargo de bienes, caso contrario se rige un procedimiento de liquidación”.¹¹⁸

Se someten al juicio ejecutivo, la exigibilidad de pago de títulos que traigan apoyada la ejecución, pues este procedimiento se funda en el título y no en la obligación que este representa, entre otros: “el instrumento público presentado en forma, el instrumento privado suscrito por el obligado, reconocido judicialmente o cuya firma estuviese certificado por escribano con intervención del obligado, y registrada la certificación en el protocolo; la confesión de deuda liquida y exigible prestada ante el Juez competente para conocer la ejecución; la letra de cambio, factura conformada, vale o pagaré, el cheque y la constancia del saldo deudor de cuenta corriente bancaria, cuando tuviere fuerza ejecutiva de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio o ley especial; el crédito por alquileres o arrendamientos de inmuebles; y los demás títulos que tuvieran fuerza ejecutiva por ley y no estén sujetos a un procedimiento especial”.¹¹⁹

En estos procesos, tratándose de títulos de los antes indicados, el Juez dispone directamente el embargo de bienes del deudor y requiere al deudor el pago de la obligación. A la intimación al pago se pueden oponer excepciones dilatorias o perentorias; tratándose de excepciones de puro derecho se pronuncia sentencia.

El Dr. Gonzalo Noboa Baquerizo, manifiesta que “los tratadistas argentinos, ubican al juicio ejecutivo dentro de la categoría de los procesos de ejecución, por una parte el legislador los ha calificado como tales, y por otra, la limitada defensa que cabe, así como el hecho de que desde el primer momento se entra al embargo de bienes, justifican que se les atribuya esa naturaleza pues la jueza o juez, se limita a cumplir el rol de urgir al deudor a que pague, a

¹¹⁸ NOBOA, Baquerizo Gonzalo, “El Juicio Ejecutivo es un proceso de conocimiento”, Editorial Santander, Quito, Ecuador, 2009, Pág. 173.

¹¹⁹ CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE ARGENTINA, Art 523.

menos que demuestre ya haber cancelado o diferido la obligación, o que aquella es nula o falsa”.¹²⁰

En Chile, el Código de Procedimiento Civil, describe al juicio ejecutivo por las obligaciones de dar, el procedimiento en las obligaciones de hacer y no hacer. El procedimiento ejecutivo que se refiere a las obligaciones de dar, busca el cumplimiento de estas, estando establecido que por esta vía, se hacen valer diversos títulos tales como:

- a. Sentencia firme, bien sea definitiva o interlocutoria;
- b. Copia autorizada de escritura pública;
- c. Acta de advenimiento pasada ante el Tribunal competente y autorizada por un Ministro de fe o por dos testigos de actuación;
- d. Instrumento privado, reconocido judicialmente o mandado tener por reconocido.
- e. La letra de cambio, pagare o cheque, respecto del obligado cuya firma aparezca autorizada por un notario o por el oficial del Registro Civil en las comunas donde no tenga su asiento un notario;
- f. Confesión judicial;
- g. Cualquier título a portador o nominativos, legítimamente emitidos, que presten obligaciones vencidas, y los cupones también vencidos de dichos títulos, siempre que los cupones conforten con los títulos y estos en todo caso, con los títulos talonarios; y,
- h. Cualquier otro título a que las leyes den fuerza ejecutiva.

“Expedido el mandamiento de ejecución y requerido debidamente el deudor para el pago de la deuda, cuenta este con un lapso para deducir su oposición, y tal oposición solo es admisible cuando se funda en algunas de las excepciones expresamente contempladas en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil Chileno.”¹²¹

¹²⁰ NOBOA, Baquerizo Gonzalo, “El Juicio Ejecutivo es un proceso de conocimiento”, Editorial Santander, Quito, Ecuador, 2009, Pág. 175.

¹²¹ NOBOA, Baquerizo Gonzalo, “El Juicio Ejecutivo es un proceso de conocimiento”, Editorial Santander, Quito, Ecuador, 2009, Pág. 182

En el sistema procesal peruano, los procesos de ejecución se pueden promover ante la existencia de títulos ejecutivos y títulos de ejecución. Estos títulos pueden dar origen a los procesos ejecutivos de ejecución de sentencias, los cuales pueden llevar a la ejecución forzada de bienes, mediante el remate y la adjudicación.

El proceso ejecutivo, comprendido dentro de los procesos de ejecución, diferencia la ejecución de obligaciones de dar, de las de hacer y no hacer. Este proceso se inicia con un mandato, que contiene una orden de pago y un apercibimiento en el que se indica que, si no se paga, se inicia la ejecución forzada. Puede acompañarse el mandato ejecutivo, si el acreedor o ejecutante lo solicita, alguna medida de embargo o secuestro, las que se distinguen por el hecho de que las primeras proceden cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, y la segunda, cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, según lo establece los artículos 642 y 643 del Código de Procedimiento Civil peruano.

Cuando la obligación es de dar un bien determinado, el mandato ejecutivo incluye la intimidación del ejecutado para que entregue el bien y la autorización para la intervención de la fuerza pública en caso de resistencia.

El procedimiento civil peruano, ha hecho una distinción conceptual entre los hechos, reconociendo una idea que denota cierta autonomía respecto de cada uno de ellos, y según el orden en que se ha redactado su código adjetivo, los procesos ejecutivos son considerados expresamente procesos de ejecución; pero, más allá de que se resuelvan en sentencia y de que el Juez hace una declaración, su abreviado procedimiento y, la limitada defensa permitida a los deudores y, en especial, porque la actuación de un Juez se encamina a un bien específico cual es obtener el cumplimiento de una obligación reconocida en un título, de alguna manera permite ubicarlos más cerca de la verdadera noción del proceso de ejecución.

En nuestro país, el Dr. Gonzalo Noboa Baquerizo, considera que, “el juicio ejecutivo en el Ecuador, es indiscutiblemente un proceso de condena y por lo

tanto de conocimiento, en razón de la pretensión, las excepciones y fundamentalmente, de la labor que el Juez tiene que cumplir”.¹²²

En las legislaciones de los países antes señalados, se distinguen excepciones perentorias y dilatorias similares, hay término probatorio, término para proponer alegatos y en todas ellas el Juez, con conocimiento y examen de la posición de las partes, sentencia declarando con lugar o sin lugar la demanda.

El juicio ejecutivo está identificado como de una naturaleza autónoma, precediendo a una fase de ejecución común a todos los procesos, habiéndose contemplado, en su procedimiento, una posibilidad de excepciones ilimitadas, imponiéndole al Juez, como lógica consecuencia y salvo el caso de la falta de pronunciamiento del demandado, el deber de conocer los hechos y el derecho invocado por ambas partes, para luego expedir una sentencia que reconoce el derecho y condena al pago en razón del título que justifica este procedimiento.

6. HIPÓTESIS DEL PLAN DE TESIS

La actual tipificación del Art. 421 del Código de Procedimiento Civil, afecta los bienes jurídicos garantizados en la Constitución, como son el derecho a la defensa en toda etapa o grado del procedimiento, el derecho a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

La propuesta del presente plan de tesis, se constituye en la inserción de una norma que garantice el derecho a la defensa del accionado en juicio ejecutivo, esto es, que el demandado pueda solicitar al juez o jueza, caución sustitutiva de las medidas cautelares de orden real dictadas sobre sus bienes, previo a que el juzgador pronuncie sentencia, y a su vez, dentro del término legal y en la audiencia respectiva, demuestre su solvencia económica, logrando con esto, una garantía importante a favor demandado para que ejerza su defensa.

¹²² NOBOA, Baquerizo Gonzalo, “El Juicio Ejecutivo es un proceso de conocimiento”, Editorial Santander, Quito, Ecuador, 2009, Pág. 189

7. TEMARIO TENTATIVO

TEMA:

“INDEFENSION DEL ACCIONADO EN JUCIO EJECUTIVO”

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

TÍTULOS EJECUTIVOS

1.6. Concepto.

1.6.1. Obligaciones que se pueden demandar ejecutivamente

1.7. Clases.

1.7.1. Letra de cambio

1.7.1.1. Evolución

1.7.1.2. Definición

1.7.1.3. Características

1.7.1.4. Requisitos

1.7.2. Pagaré a la orden

1.7.2.1. Evolución

1.7.2.2. Concepto

1.7.2.3. Requisitos

1.7.3. Cheque

1.7.3.1. Evolución

1.7.3.2. Concepto

1.7.3.3. Requisitos

1.7.3.3.1. Requisitos Intrínsecos

1.7.3.3.2. Requisitos Extrínsecos

1.7.4. Confesión Judicial

1.7.5. Sentencia Pasada en Autoridad de Cosa Juzgada

1.7.6. La Copia y la Compulsa Auténticas de la Escritura Pública

1.7.7. Los Documentos Privados Judicialmente Reconocidos.

1.7.8. El Testamento

- 1.7.9. Actas Judiciales de Remate o Las Copias de los Autos de Adjudicación debidamente Protocolizados.
- 1.7.10. Las Actas de Transacción.
- 1.7.11. Instrumentos a los que las Leyes Especiales le dan el carácter de título Ejecutivo.
- 1.8. Condiciones para que la obligación sea ejecutiva.
- 1.9. Calificación de la demanda.
- 1.10. Auto de pago.

CAPÍTULO II

MEDIDAS CAUTELARES EN JUICIO EJECUTIVO

- 2.3. Concepto.
- 2.4. Clases
 - 2.4.1. Secuestro
 - 2.4.2. Retención
 - 2.4.3. Prohibición de enajenar
 - 2.4.4. Embargo
 - 2.4.5. Orden de embargo por título hipotecario o sentencia ejecutoriada.
 - 2.4.6. Mandamiento de ejecución.

CAPÍTULO III

EL ESTADO DE INDEFENSIÓN Y GARANTÍA BÁSICA DEL DERECHO DE DEFENSA.

- 3.6. Indefensión Jurídica
 - 3.6.1. La Indefensión como Limitante del Debido Proceso.
- 3.7. Derecho de Defensa.
 - 3.7.1. Garantías vinculadas al derecho de defensa y al debido proceso.
 - 3.7.2. El Alcance del Derecho de Defensa.
- 3.8. Inobservancia del Debido Proceso En Los Procedimientos Ejecutivos.

- 3.9. El Principio de Igualdad ante la Ley
 - 3.9.1. El Principio de Igualdad de las partes frente a los actos procesales.
 - 3.9.2. Igualdad entre las partes en el proceso civil
- 3.10. Principio de Proporcionalidad en las Medidas Cautelares.

CAPÍTULO IV

DE LA CAUCIÓN SUSTITUTIVA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN JUICIO EJECUTIVO.

- 4.1. Caución
 - 4.1.1. Caución Personal
 - 4.1.2. Caución Procesal
 - 4.1.3. Caución Real
- 4.2. Fianza
 - 4.2.1. Fianza Convencional
 - 4.2.2. Fianza Legal
 - 4.2.3. Fianza Judicial
 - 4.2.4. Obligados a dar fianza
 - 4.2.5. Extinción
- 4.3. Prenda
 - 4.3.1. Bienes susceptibles de Prenda
 - 4.3.2. Características
 - 4.3.3. Contrato de Prenda
 - 4.3.4. Extinción
- 4.4. Hipoteca
 - 4.4.1. Características
 - 4.4.2. Extinción
- 4.5. Caución Sustitutiva.
 - 4.5.1. Medida Sustitutiva
 - 4.5.2. Generalidades
 - 4.5.3. Que es la caución sustitutiva?
 - 4.5.4. Concepto

- 4.5.5. Objeto
- 4.5.6. Formas
- 4.5.7. Excepciones
- 4.5.8. Fundamento Jurídico
 - 4.5.8.1. Fummus Bonis Iuris
 - 4.5.8.2. Periculum in Mora
- 4.5.9. Solicitud
- 4.2.10. Procedimiento

CAPÍTULO V

RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO

- 5.1. Exhibición de resultados de la encuesta
- 5.2. Verificación de Objetivos.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- 6.1. Conclusiones
- 6.2. Recomendaciones
- 6.3. Propuesta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

ÍNDICE

8. METODOLOGÍA

En el presente proyecto de investigación emplearé el Método Científico, como el método general a través de la observación, el análisis y la síntesis, no llegando a la experimentación por cuanto es una investigación de carácter formativa, también aplicaremos los siguientes métodos:

Método Deductivo.- Este método nos permite establecer la realidad del problema, partiendo de lo particular hasta llegar a lo general, y así conocer como afectado en el ejecutado la falta de oportunidades de ejercer su defensa en el momento oportuno.

Método Inductivo.- Este método nos permite establecer la realidad del problema, partiendo de lo general hasta llegar a lo particular, para identificar el vacío jurídico que existe en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto a las oportunidades de defensa que se les brindan en el juicio ejecutivo, al ejecutado y al ejecutante.

Método Analítico.- Este método nos permite realizar un análisis del problema a investigar enfocándolo desde el punto de vista social, económico y jurídico.

Cómo técnica de la investigación para la recolección de la información, utilizaré la encuesta, que será aplicada a veinte personas, entre profesionales del derecho y ciudadanos que han sido objeto de un juicio ejecutivo, para conocer su criterio sobre la temática a investigar y poder desarrollar con normalidad y absoluta profundidad el trabajo investigativo.

Finalmente los resultados de la investigación recopilada durante su desarrollo serán expuestos en el Informe Final.

9. CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO				AGOSTO			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Temática y Problemática del Proyecto				X	X															
Recopilación de información de la Biblioteca						X	X													
Consulta de Información en Internet								X												
Elaboración del Marco Teórico									X	X										
Elaboración de la Justificación y Objetivos											X									
Elaboración de la Hipótesis y Metodología											X									
Elaboración del Presupuesto y Bibliografía												X								
Presentación del Proyecto de Investigación													X							
Investigación de Campo, utilizando las Encuestas														X	X					
Análisis de los resultados de las Encuestas															X					
Verificación de Objetivos y Contrastación de Hipótesis																X				
Desarrollo y Ejecución del Borrador del Informe Final																X				
Presentación del Borrador del Informe Final																	X			
Socialización del Informe Final																			X	

10. BIBLIOGRAFIA

- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Heliasta, Edición 14, Buenos Aires, 2000.
- COELLO, Enrique, *Sistema Procesal Civil*, Talleres Gráficos de la U.T.P.L., Loja, Ecuador, 1997.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
- LÓPEZ, Arévalo William, *El Juicio Ejecutivo, Estudio Doctrinal y Procesal con Jurisprudencia*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2007.
- LÓPEZ, Arévalo William, *El Juicio Ordinario Posterior Al Juicio Ejecutivo*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2009.
- NOBOA, Baquerizo Gonzalo, *El Juicio Ejecutivo es un proceso de conocimiento*, Editorial Santander, Quito, Ecuador, 2009.
- VELAZCO, Emilio, *Sistema de Práctica Procesal Civil*, Editorial Pudelpco, Quito, Ecuador, 1994.
- VILLAGRÁN, José Ricardo, *El Juicio Ejecutivo*, 2001.
- GARCÍA José, *Las Varias Clases De Juicios*.
- ANDRADE, Santiago, *Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano*, Quito – Ecuador, Fondo editorial del Colegio de Jurisprudencia – USFQ, 2002.
- DE PINA, Rafael, *Instituciones De Derecho Procesal Civil*, 1ª Edición.
- NOBOA, Gonzalo, *El Juicio Ejecutivo Es Un Proceso De Conocimiento*.
- GUZMÁN, Aníbal, Caución, 2005

Internet:

- <http://www.aciprensa.com>
- <http://www.derechoecuador.com>
- <http://www.iabogado.com>

- <http://www.revistajudicial.com>
- <http://derechodedefesansa.galeon.com/>

Cuerpos Legales:

- CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
- CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO
- CODIGO DE COMERCIO ECUATORIANO
- CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA
- CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL CHILENO
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL PERUANO
- LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA.

INDICE GENERAL

	Pág.
CAPÍTULO I	
TÍTULOS EJECUTIVOS	1
Concepto	2
Obligaciones que se pueden demandar ejecutivamente	3
Clases	5
Letra de cambio	6
Evolución	6
Definición	6
Características	7
Requisitos	8
Pagaré a la orden	8
Evolución	8
Concepto	10
Requisitos	10
Cheque	11
Evolución	11
Concepto	13
Requisitos	14
Requisitos Intrínsecos	14
Requisitos Extrínsecos	15
Confesión Judicial	15
Sentencia Pasada en Autoridad de Cosa Juzgada	17
La Copia y la Compulsa Auténticas de la Escritura Pública	18
Los Documentos Privados Judicialmente Reconocidos	20
El Testamento	20

	Pág.
Actas Judiciales de Remate o Las Copias	
de los Autos de Adjudicación debidamente Protocolizados	21
Las Actas de Transacción	23
Instrumentos a los que las Leyes Especiales	
le dan el carácter de título Ejecutivo	24
Condiciones para que la obligación sea ejecutiva	24
Calificación de la demanda	26
Auto de pago	27
CAPÍTULO II	
MEDIDAS CAUTELARES EN JUICIO EJECUTIVO	30
Concepto	31
Clases	31
Secuestro	32
Retención	32
Prohibición de enajenar	33
Embargo	35
Orden de embargo por título hipotecario o sentencia ejecutoriada	39
Mandamiento de ejecución	40
CAPÍTULO III	
EL ESTADO DE INDEFENSIÓN Y GARANTÍA BÁSICA DEL DERECHO DE DEFENSA	42
Indefensión Jurídica	43
La Indefensión como Limitante del Debido Proceso	43
Derecho de Defensa	44
Garantías vinculadas al derecho de defensa y al debido proceso	45
El Alcance del Derecho de Defensa	47

	Pág.
Inobservancia del Debido Proceso	
en Los Procedimientos Ejecutivos	48
El Principio de Igualdad ante la Ley	48
El Principio de Igualdad de las partes	
frente a los actos procesales	49
Igualdad entre las partes en el proceso civil	50
Principio de Proporcionalidad en las Medidas Cautelares	52
CAPÍTULO IV	
DE LA CAUCIÓN SUSTITUTIVA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN JUICIO	
EJECUTIVO	54
Caución	55
Caución Personal	55
Caución Procesal	55
Caución Real	55
Fianza	56
Fianza Convencional	56
Fianza Legal	56
Fianza Judicial	56
Obligados a dar fianza	57
Extinción	57
Prenda	57
Bienes susceptibles de Prenda	58
Características	58
Contrato de Prenda	59
Extinción	59
Hipoteca	59

	Pág.
Características	60
Extinción	61
Caución Sustitutiva	61
Medida Sustitutiva	61
Generalidades	62
Que es la caución sustitutiva?	62
Concepto	63
Objeto	63
Formas	64
Excepciones	64
Fundamento Jurídico	64
Fumus Bonis Iuris	64
Periculum in Mora	65
Solicitud	66
Procedimiento	67
CAPÍTULO V	
RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO	68
Exhibición de resultados de la encuesta	69
Verificación de Objetivos	74
CAPÍTULO VI	
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	76
Conclusiones	77
Recomendaciones	78
Propuesta Jurídica	79
BIBLIOGRAFÍA	81
ANEXOS	83

	Pág.
ÍNDICE	107