



El juicio ejecutivo

José Ricardo Villagrán

Diciembre del 2001

Derechos Reservados
Prohibida la reproducción sin previa autorización del autor

CONTENIDO

Capítulo I

La vía ejecutiva

1. Definiciones.-
2. Títulos Ejecutivos.-
 - 1.- Concepto y definición.-
 - 2.- La letra de cambio, el cheque y el pagaré.-
 - 2.1.- La Letra de Cambio.-
 - 2.2.- El cheque.-
 - 2.3.- El pagaré a la orden.-
 - 2.4.- Los tipos de vencimiento.-
3. Obligación ejecutiva.-
4. Prescripción y acción cambiaria.-
5. Convalidación.-

Capítulo II

La demanda

1. Generalidades.-
2. Requisitos de la demanda.-
3. Documentos que deben acompañarse.-
4. Qué se puede exigir en la demanda.-
5. El auto de pago.-

Capítulo III

Las diligencias preventivas

1. Generalidades.-
2. Acciones del actor previas a la citación.-
 - 1.- La Retención o el secuestro.-
 - 2.- La prohibición de enajenar.-
 - 3.- El embargo.-
3. Bienes no embargables.-
4. Bienes situados en otro lugar.-
5. Tiempo hábil para realizar diligencias.-

Capítulo IV

La Citación

1. Generalidades.-
2. Citación a personas naturales.-
3. Citación a personas jurídicas.-
4. Citación por la prensa.-
5. Citación a herederos.-
6. Citaciones al Estado.-
7. Citaciones fuera de la jurisdicción territorial del Juez.-
8. Citación tácita.-

Capítulo V

La contestación a la demanda

1. El allanamiento.-
2. Incumplimiento del auto de pago.-
3. Las excepciones.-
4. Término para proponer excepciones.-
5. Clases de excepciones.-
6. Calificación de las excepciones.-
7. Excepciones más comunes.-
 - 1.- Inejecutividad del título.-
 - 2.- Inejecutividad de la obligación.-
8. Excepciones contradictorias.-

Capítulo VI

La conciliación

1. Junta de conciliación.-
2. Acuerdo Extrajudicial.-
3. Desistimiento y abandono.-
 - 1.- El desistimiento.-
 - 2.- Desistimiento transaccional.-
 - 3.- Desistimiento de recursos o instancias.-
 - 4.- El abandono.-
 - 5.- Tiempo para verificar el abandono.-

Capítulo VII

La etapa probatoria

1. Generalidades.-
2. Medios de prueba.-
 - 1.- Definición.-
 - 2.- Impugnación.-

Capítulo VIII

La alegación

1. Generalidades.-
2. Fuentes de sustentación.-
 1. La ley.-
 2. La jurisprudencia.-
 3. La doctrina.-
 4. La costumbre.-
 5. La prueba de la contraparte.-
 6. La alegación en estrados.-

Capítulo IX

La sentencia

1. Generalidades.-
2. Puntos que debe considerar la sentencia.-
3. Una mala costumbre.-
4. Ejecutoria de la sentencia.-

Capítulo X

La fase de ejecución

1. Generalidades.-
2. Bienes inmuebles.-
3. Avalúo pericial.-
4. Posturas y calificación.-
5. Adjudicación.-
6. Quiebra del remate.-

Capítulo XI

Conclusiones

1. Factores para la defensa.-

2. Opinión.-

- 1.- Limitación.-
- 2.- Fracaso de la ejecutividad.-

Capítulo XII

Recomendaciones

1. Reflexión.-

2. Propuesta de reformas.-

Al Código de Procedimiento Civil

A la Ley de Cheques

A la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero

Disposición Transitoria

Capítulo XIII

Bibliografía

1. Textos citados.-

2. Otros textos consultados.-

Introducción

Quizás la primera vez que escuché el término “juicio ejecutivo” fue aproximadamente a la edad de 9 años. Como me gustaba acompañar a mi padre en su trabajo, cada vez se me hacían más familiares los términos jurídicos, y sin darme cuenta, éstos iban formando parte de mi vida cotidiana, aun desde niño. Así fueron surgiendo mis amor, gusto y vocación por la abogacía, carrera de la cual finalmente hice mi profesión. Por ello siempre lamento disposiciones en que se prohíbe el ingreso de los niños a las Judicaturas, que constituyen un rechazo a la presencia de pensamientos puros, libres de toda malicia, como si la honestidad de los niños fuese una epidemia peligrosa que hay que prevenir, aislándolos, para que los abogados no corran peligro de contagiarse.

Desde entonces, como todo niño, admiré a mi padre. Con el transcurso de los años, pude percatarme de que mi admiración y mi respeto eran compartidos por muchas otras personas, y comprendí que es un honor y un privilegio ser hijo de un hombre de sus dimensiones, tanto como ser humano, como padre y como jurista.

Paradójicamente, en determinado punto su presencia se convirtió en un inconveniente, porque su luz opacaba la mía. Entonces tenía que decidir entre quedarme a su lado y conformarme con ser su hijo, o

tomar mi propio rumbo para crecer, y que algún día mi hijo pueda sentir el mismo orgullo de mí.

No me conformé, y tomé rumbo propio; pero tampoco me aislé, sino que decidí intentar algo que él querría: superarlo. He aprendido y aprendo siempre mucho de él, al punto de que siempre le digo, con mucho orgullo, que cada día me parezco más a él. Aunque hemos tenido muchas divergencias, algunas muy tenaces, nunca faltaron un beso y un abrazo muy cálidos al final de la jornada. Ojalá logre algún día superarlo; y ojalá también mi hijo me supere.

De todo lo que he aprendido de mi padre, siempre he destacado que lo más importante es su bondad (que comprende su honestidad, su honradez, y su espíritu de justicia). La bondad me ha permitido que al analizar una situación sea neutral, como puede observarse en esta tesis. La bondad me ha permitido admitir mis errores para no perjudicar a otra persona. Si antes de nacer, Dios me hubiese dado la oportunidad de elegir papá, habría escogido a *Héctor Villagrán Lara*. Él ha sido mi inspiración.

Como amante de su profesión, para mi padre tiene que haber sido más que una razón de orgullo, que sus tres hijos seamos abogados. Soy el único que se consolidó en la misma rama general de su especialización: el procedimiento civil. Desde un mes antes de mi graduación del colegio comencé a trabajar como asistente legal, y fui adquiriendo experiencia sobre todo en el campo procesal civil, al punto que recuerdo que cuando tenía 19 años, en un juicio verbal sumario,

hice mi primer borrador de sentencia en un juicio civil, y osado me acerqué al entonces juez Germán Lynch Requena† para pedirle que considere mi redacción de lo que en mi opinión podría ser el fallo. Magno como muy pocos, Germán Lynch sonrió, la recibió, y me dijo que la leería. Días después leí la notificación de la sentencia, exactamente igual a la que yo había redactado.

Pero fue el juicio ejecutivo el que más llamó mi atención, sobre el que aprendí que fue diseñado para ser el más expedito para la recuperación de una deuda, y que cuenta con la ventaja de que el acreedor puede iniciarlo solicitando al juzgador que ordene providencias preventivas para asegurar el valor del crédito. Mas, habiendo la posibilidad de que el demandante obre de mala fe, por ejemplo, exagerando su reclamación, el demandado puede ejercer su derecho universal de defensa, a través de las excepciones.

Lamentablemente, para la administración de justicia, como el juicio ejecutivo es sólo un trámite más para demandar un derecho, descubrí que aquél suele ser objeto de dilaciones por parte de los demandados, perjudicando sobremanera a los acreedores, sobre todo al comprobar que habían algunos juicios de ese tipo, que se habían extendido inclusive a más de diez años.

Aunque no es regla general, en la mayoría de juicios ejecutivos el actor es económicamente sólido y el accionado es carente, lo que causa una evidente competencia desigual, desde que la comparación de los profesionales de cada parte, da lugar a que el juez sea propenso a

aceptar el pensamiento del más antiguo o más renombrado, aunque la contraparte exponga disposiciones legales expresas; como si el *magister dixit* fuese un principio inexpugnable.

Sabemos que nadie es dueño absoluto de la verdad. En la antigua Grecia, Sócrates dedicaba su pensamiento a buscar definiciones exactas. Cuando se le preguntó ¿qué es virtud?, la única definición que se aventuró a hacer, fue equiparar la virtud con el conocimiento, por lo que afloró la pregunta: ¿qué es el conocimiento?, que conllevaba implicaciones políticas porque, en consecuencia, como cualquier tipo de conocimiento, la virtud podría ser enseñada, y a nadie podría negársele la posibilidad de formar parte del gobierno; ni siquiera a la plebe. Pero Sócrates utilizó el ángulo opuesto, explicando que el verdadero conocimiento sólo podía obtenerse mediante la definición absoluta, caso contrario no se podría verdaderamente saber, manifestando que ese conocimiento era imposible obtener, inclusive para él. Sobre ese fundamento y en ese sentido fue que proclamó “sólo sé que no sé”^{1[1]}, frase que repetía a sus discípulos para menospreciar cualquier conocimiento que ellos hayan adquirido, cuando discrepaban con él, repudiando la posibilidad de que alguien pudiese tener virtud. Como podemos ver, al contrario de lo que a través de muchas generaciones ha sido enseñado en instituciones educativas, esa frase no fue humilde, sino más bien arrogante. Ese es un ejemplo de *magister dixit*.

Aunque discrepo de la equiparación entre virtud y conocimiento, comparto la definición de que el conocimiento debe ser absoluto. En el

^{1[1]} I. F. Stone, *The trial of Socrates* (el juicio de Sócrates), 2ª Edición, pág. 39.

desarrollo de esta obra será fácil entender esa definición, por lo que lo aquí expuesto está circunscrito al conocimiento sobre el juicio ejecutivo, adquirido sobre todo mediante intervención forense representando unas veces a la parte actora y otras a la parte accionada. Es mi intención, en lo posible, ser práctico y puntual, y por ello exprofesamente he excluido de su contenido aspectos muy doctrinarios, como la diferencia entre competencia y jurisdicción, o la eficacia del derecho en el tiempo y en el espacio, o filosóficos como la lucha entre el derecho y la justicia, o de la verdadera definición de la moral, que sólo desviarían al lector, o lo confundirían del punto central, que es el desarrollo de la acción ejecutiva en sí, como proceso. Sería un gran orgullo para mí el enterarme de que algún estudiante de derecho o abogado en el albor de su carrera -a quienes en definitiva va dirigida la obra- tome esta obra como guía de consulta o manual para manejar un juicio ejecutivo, pues entonces sentiría que mi trabajo cumplió con su fin didáctico. Adicionalmente, razón fundamental para escoger este tema ha sido el que he podido, con desazón, atestiguar el desconocimiento de muchos profesionales y jueces sobre el trámite de este juicio.

Buscar la manera más apropiada para hacer el trámite del juicio ejecutivo más expedito, sea la sentencia favorable a uno u otro, es una tarea muy difícil, en la que es necesaria la demostración de las falencias actuales. Pero estimo que gran parte de la solución a la lentitud de los procesos civiles existe ya en las leyes, que lamentablemente no son bien aplicadas, debido a la poca estructura con que cuenta la Función Judicial.

Abreviaturas.-

Con el fin de facilitar la lectura, este tratado contiene las siguientes abreviaturas que son comunes en el ámbito del derecho, con sus respectivos significados:

CPC Código de Procedimiento Civil

CCv.....Código Civil

CCm Código de Comercio

LOFJ.....Ley Orgánica de la Función Judicial

Art.Artículo

GJ..... Gaceta Judicial

Capítulo I

La vía ejecutiva

1. Definiciones.-

Para poder lograr un mejor entendimiento de una materia es importante primero definir el tema del que vamos a tratar. Para ello, debemos primero conocer y entender claramente el significado del vocablo “ejecutivo”, que el Diccionario^{2[2]} define así: “*Que no da espera ni permite que se difiera a otro tiempo la ejecución*”.

De aquí podemos concluir que *ejecutivo* significa inmediato, sin dilación.

El mismo texto define la *vía ejecutiva* 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*”.

Esta definición, si bien es jurídicamente inexacta en relación a lo que nuestro derecho prescribe, conlleva de manera contundente el espíritu de lo que es el juicio por vía ejecutiva; es decir, una manera de obtener el pago del deudor de la manera más rápida posible, inmediata, puesto que dicha vía se sigue, en la mayoría de los casos, para cobrar créditos cedidos al deudor bajo su firma, firma que éste debe honrar.

^{2[2]} Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Decimonovena edición, Editorial Espasa-Calpe, 1970.

Por otro lado tenemos las definiciones que nos da el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas:

Ejecutivo.- “que no admite espera ni consiente dilación”^{3[3]}.

Juicio ejecutivo.- “Aquel juicio donde, sin entrar en la cuestión de fondo de las relaciones jurídicas, se trata de hacer efectivo lo que consta en un título al cual la ley da la misma fuerza que a una ejecutoria. Se ha dicho que este procedimiento sumario no constituye en rigor un juicio, sino un medio expeditivo para efectividad de sentencias y documentos que hacen fe y tienen fuerza compulsiva especial”^{4[4]}.

Vía Ejecutiva.- “Expedito procedimiento judicial de pago, que busca la conversión en dinero de los bienes del deudor reacio, mediante el previo embargo de bienes bastantes”^{5[5]}.

Es importante destacar que las obligaciones pueden tener diferentes fuentes, como lo establece el Art. 1480 CCv; es decir, que pueden estar contenidas en las leyes, como la de proveer alimentos a un hijo; o pueden ser resultado de un contrato -sea éste verbal o escrito- como las del patrono con el trabajador; también por el hecho de encargarse de un negocio ajeno, sin autorización del dueño; o pueden ser producto de la conducta delictiva o negligente de un individuo, como la obligación de indemnización que tiene el dueño del semoviente que causa daños a otra persona.

^{3[3]} Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, 10ª Edición. Tomo II, pág. 23.

^{4[4]} Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, 10ª Edición. Tomo II, pág. 459.

^{5[5]} Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, 10ª Edición. Tomo IV, pág. 391.

Sin perjuicio de esas fuentes, Ortega Moreira^{6[6]} expone: *“presentado un caso de abuso del Derecho o enriquecimiento injusto, el Juez, si se atiende a los preceptos escritos de nuestro Derecho, que determinan las fuentes de las obligaciones, no podría dictaminar nada en una demanda, pero en virtud del Art...^{7[7]} sí podría declarar obligaciones, basándose en los principios universales del Derecho, principios en los cuales está incluido el abuso del derecho y el enriquecimiento injusto. Por tanto, es mi opinión que se debe ampliar la clasificación que de las fuentes de obligaciones ha hecho el Art. (1.428) del Código Civil”*.

La sentencia ejecutoriada es un título ejecutivo, cuya causa está contenida en los considerandos (parte motiva), lo que demuestra la importancia de las fuentes de las obligaciones, porque antes de la sentencia, la obligación es una mera expectativa, que se convierte en título ejecutivo una vez ejecutoriada la sentencia. La vía ejecutiva no se la puede pactar, sino que solamente procede en virtud de un título ejecutivo. Por ejemplo, si se tratase de un contrato verbal de mutuo, el pago de dicha obligación no podría ser demandado en juicio ejecutivo, debido a la inexistencia física de un título que la respalde; o inclusive, si la obligación estuviese respaldada por asientos contables, o por documentos privados en los que conste la celebración del mutuo, no podría demandarse en juicio ejecutivo, a menos que el documento haya sido reconocido judicialmente, o que se encuentre entre los que la ley reconoce como títulos ejecutivos.

^{6[6]} Leonidas Ortega Moreira, La Fuente de las Obligaciones, tesis doctoral, pág. 59.

^{7[7]} Código Civil: Art. 18, 6a.”... se interpretarán los pasajes más oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

Es por lo anteriormente expuesto que, al contrario de otros trámites, como el verbal sumario, o el arbitraje, la vía ejecutiva no puede pactarse entre las partes, sino que es procedente única y exclusivamente cuando existe físicamente el título que reúna las condiciones de tal.

2. Títulos Ejecutivos.-

1.- Concepto y definición.-

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 de ejecutivo a nuevos instrumentos, podría alterar cualquier definición. Así se demuestra la imposibilidad del conocimiento absoluto.

Por ejemplo, el concepto general de un título ejecutivo, es de un instrumento contundente para demandar el pago de una obligación; pero también constituye título ejecutivo una “*sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada*” que niega una exhibición; así que no siempre un título ejecutivo sirve para una demanda.

El Art. 423 CPC señala que son títulos ejecutivos;

“la confesión de parte, hecha con juramento ante juez

competente; la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; la copia y la compulsa auténticas de las escrituras públicas; los documentos privados reconocidos judicialmente; las letras de cambio; los pagarés a la orden; los testamentos; las actas judiciales de remate o las copias de los autos de adjudicación debidamente protocolizados, según el caso; las actas de transición u otras que contengan obligaciones de dar o hacer alguna cosa; y los demás instrumentos a los que las leyes especiales dan el carácter de títulos ejecutivos”.

Además de estos instrumentos, las leyes reconocen también otros títulos ejecutivos, en casos determinados, como por ejemplo, los cheques protestados por insuficiencia de fondos, y la copia microfilmada del sobregiro bancario, junto con la liquidación del sobregiro.

En consideración a los conceptos y las características generales anotadas, en mi opinión podríamos definir al título ejecutivo como el *instrumento manifiesto superior sobre la realidad de una pretensión.*

2.- La letra de cambio, el cheque y el pagaré.-

No pretendo un análisis exhaustivo de los títulos valores, porque para ello sería necesario escribir un libro para cada uno de ellos; pero sí destacar características fundamentales:

El cheque y el pagaré son títulos valores esencialmente diferentes; pero la letra de cambio se sitúa en el medio entre ellos, con características comunes con ambos. Estos tres tipos de título reflejan

un valor pecuniario específico, y pueden ser canjeados por dinero, según sus respectivas reglas.

2.1.- La Letra de Cambio.-

En la letra de cambio básicamente intervienen tres partes:

- 1) El que da la orden de pago, llamado girador;
- 2) El que paga, llamado girado; y,
- 3) El beneficiario del pago, o portador.

sin perjuicio de lo cual es común que en una letra de cambio, además de estos intervinientes fundamentales, puede encontrarse la presencia de avalistas.

Más allá de los intervinientes, la letra de cambio contiene un elemento fundamental: la aceptación por parte del girado, para que éste pueda enterarse y dar su aprobación a la obligación que contrae.

Como la letra de cambio es un instrumento de crédito cuyo pago sólo puede exigirse una vez vencido, esa aprobación o *aceptación* puede efectuarse hasta el mismo día del vencimiento^{8[8]}.

Imaginemos que por sus negocios con una fábrica de clavos, una ferretería le entrega una letra de cambio, girada contra una compañía constructora. En términos generales, esa letra deberá ser presentada ante la constructora para que la acepte. En ese contexto, tanto la ferretería (girador) como la constructora (girado) son solidariamente

^{8[8]} En teoría, el librador tendría derecho a prohibir la presentación de la letra para su aceptación, salvo que la letra sea pagadera en un domicilio que no es el del librado, o girada a cierto plazo de vista; pero en la práctica no es común tal prohibición.

responsables ante la fábrica (beneficiario).

La misma responsabilidad tendría quien haya avalizado el pago; y si se hubiese endosado la letra a otra persona, la fábrica sería también solidariamente responsables con el portador; y así sucesivamente, todos los endosantes son solidariamente responsables. En consecuencia, en un juicio ejecutivo el portador de una letra de cambio puede obtener medidas precautelatorias y ejercer sus acciones para el pago contra cualesquiera, girador, girado, avalistas y endosantes.

2.2- El cheque.-

El cheque es un instrumento muy similar a la letra de cambio, porque es un título valor circulante^{9[9]} en que intervienen un girado, que en este caso siempre es un banco; el girador, que es el cuentacorrentista^{10[10]}, y el beneficiario o portador, con la diferencia fundamental de que el cheque no es un título crediticio.

Al no ser un instrumento de crédito, el girador debe tener la certeza de que el beneficiario podrá cobrarlo inmediatamente, sea por haber provisto al banco girado de los fondos necesarios, sea por la existencia de acuerdo para el giro sin previa provisión.

En vista de las formalidades exigidas para un cheque, su giro significa presunción legal de su aceptación por parte del banco y da fe pública de será pagado inmediatamente a su presentación. Por ello, la institución del cheque no requiere de una aceptación específica por

^{9[9]} Lamentablemente, nuestra legislación actual prohíbe el endoso, lo que desnaturaliza la institución del cheque como título valor circulante. Esto lo anoto como simple comentario, porque tengo la esperanza de que el cheque recupere su esencia como título circulante.

^{10[10]} Salvo un cheque de gerencia u otros casos excepcionales.

parte del girado; y el girador adquiere responsabilidad penal si ha faltado a la fe pública, o a la propiedad de otro, si el cheque no puede ser cobrado.

La acción de cobro del cheque, puede ser ejercida por su beneficiario o portador contra el girador y los endosantes, pero no contra el girado, porque la presunción de su aceptación fue refutada por la ausencia de fondos suficientes o acuerdo para el pago. No hay posibilidad de existencia de avalistas, por no tratarse de un crédito.

No obstante, es común el giramiento de cheques a fecha futura, como si fuesen instrumentos de crédito, lo que la ley prohíbe expresamente sancionando con el 20% del importe del cheque a quien lo admite. A simple vista, sería innecesario el giro de cheques posfechados, existiendo la posibilidad de girar una letra de cambio.

Lamentablemente, tal práctica se adoptó para aprovechar la presunción de aceptación de los cheques, y con la malsana intención de atribuir connotaciones penales a las deudas, sobre todo desde que la prisión por deudas fue abolida en nuestro país.

2.3.- El pagaré a la orden.-

Es el título de crédito de pago directo, en que el suscriptor ofrece el pago al beneficiario, sin que intervengan terceros, ni que sea necesaria una aceptación, puesto que la sola firma del deudor constituye obligación.

Como instrumento de crédito, admite la presencia de terceros como codeudores, o garantes, quienes comparten la responsabilidad del

pago de la obligación, en los términos que se fijen.

Las reglas del pagaré son las mismas que las de la letra de cambio sobre el endoso, aval, vencimiento, pago, acciones para el pago, prescripción, etc., y los requisitos que debe contener son casi los mismos:

- 1) denominación (sea letra de cambio o pagaré a la orden)
- 2) orden incondicional de pago
- 3) fecha de vencimiento
- 4) lugar de pago
- 5) nombre del beneficiario
- 6) fecha y lugar de suscripción.
- 7) firma del deudor

pero cambia el concepto sobre quien da creación al título, que en la letra de cambio el que emite el título es definido como girador.

En el pagaré, el causante de la obligación es definido como suscriptor; con la curiosidad de que la indicación de su nombre no es requisito ni para el girador ni para el suscriptor, sea respectivamente en el pagaré o en la letra de cambio, en la que, además de los requisitos anotados, debe constar sí el nombre del girado.

2.4.- Los tipos de vencimiento.-

Existen dos parámetros para establecer la fecha de vencimiento de una obligación:

- 1) los concretos; y,

2) los indeterminados.

Son vencimientos concretos los que están especificados en el título, sin necesidad de acción adicional alguna, como cuando designan el vencimiento para después del transcurso de un lapso invariable, por ejemplo: “de esta fecha en dos meses”, o señalan un día fijo, por ejemplo: “el 17 de noviembre del año 2002”.

Los vencimientos indeterminados son los que dependen de que el título sea presentado a la vista del deudor para su pago, sea en el momento mismo de la vista, o que concedan un plazo después de vistos, como por ejemplo: “después de 30 días de la vista”.

Al respecto, la primera parte del Art. 441 Ccm prescribe:

“Una letra de cambio podrá ser girada:

A día fijo;

A cierto plazo de fecha;

A la vista;

A cierto plazo de la vista”.

Para efectos del cálculo de intereses es necesario conocer tres factores: el monto de capital, la tasa de interés, y el tiempo.

Es evidente que tanto en un título suscrito a día fijo o a cierto plazo de fecha, el tiempo transcurrido hasta el vencimiento es posible conocerlo de un modo concreto desde el mismo momento de nacimiento del título, lo que permite el cálculo inmediato de los intereses.

Por ello, en los casos de títulos a día fijo o a plazo de fecha,

implícitamente se presume de derecho que los intereses causados desde la suscripción hasta el vencimiento están incluidos en el monto del título, y para evitar el anatocismo desconsidera su estipulación. Eso no afecta los intereses que en caso de incumplimiento o mora pudiesen devengarse desde el vencimiento hasta el pago.

3. Obligación ejecutiva.-

El hecho de que el título sea ejecutivo no basta para que éste sea demandado en juicio ejecutivo, sino que es necesario que la obligación sea también ejecutiva. Al respecto el Código de Procedimiento Civil prescribe:

“ Art. 425.- Para que las obligaciones fundadas en algunos de los títulos expresados en los artículos anteriores sean exigibles en juicio ejecutivo, deben ser claras, determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido cuando lo haya. Cuando alguno de sus elementos esté sujeto a/o expresado en un indicador económico o financiero de conocimiento público, contendrá también la referencia de éstos.

Se considerarán también de plazo vencido las obligaciones cuyos vencimientos se hubieren anticipado como consecuencia de la aplicación de cláusulas de aceleración de pagos, que hubieren sido pactados.

Cuando se haya cumplido la condición o ésta fuere

resolutoria, podrá ejecutarse la obligación condicional y, si fuere en parte líquida”(sic).

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

1.- Claras.- Que no tengan que ser sujeto de interpretación.

2.- 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. Por ejemplo, ha habido quienes consideran que en un documento en que se pacta intereses debe expresarse con exactitud la tasa de interés que se está fijando, estableciéndola con una cifra determinada, digamos “18%”. Pero que al contrario, si la tasa de interés fijada está sujeta a un indicador económico, por ejemplo “la que establezcan las Regulaciones de la Junta Bancaria”, dicha obligación no es ejecutiva por cuanto no es determinada. Este aspecto fue solucionado por las reformas que la Ley de Mercado de Valores incorporó al CPC, aceptando la sujeción a un indicador económico de dominio público. Sin embargo, considero que dicha reforma solamente aclaró el panorama para quienes sostenían dicha tesis, puesto que aún cuando se indica de manera expresa una tasa, es imposible determinar cuál es el valor real del documento, puesto que es imposible determinar en qué fecha será pagado. Inicialmente existe la expectativa de que éste sea pagado en la fecha de su vencimiento, pero en este caso poco

importaría si la obligación es ejecutiva o no. La importancia de que la obligación sea ejecutiva es para efectos de que sea factible demandarla por esa vía. Por ello debemos entender que toda obligación cumple con este requisito, siempre y cuando exprese con precisión cuál es la obligación.

3.- Líquidas.- Significa que debe ser tangible, valorable, apreciable en numerario, por lo general dinero. Por ejemplo, en una escritura pública consta una promesa de compraventa sobre un inmueble específico, pero el bien es vendido a un tercero. Si bien una escritura pública es título ejecutivo, no comprende una obligación ejecutiva, por cuanto no está establecido en numerario y no hay manera inmediata de hacer una liquidación sobre la obligación. Además, no puede exigirse el cumplimiento de la compraventa.

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 sea demandada por separado^{11[11]}.

Siguiendo con el mismo ejemplo, si en la escritura pública consta una indemnización pecuniaria como cláusula penal (arras), entonces sí sería líquida la obligación, exclusivamente en cuanto se refiere al pago de la indemnización, mas no sobre la venta del inmueble.

Aunque son muy inusuales los casos, pueden cobrarse en vía

^{11[11]} Rafael de Pina y J. Castillo Larrañaga, Instituciones de Derecho Procesal Civil, 1ª Edición, pág.364.

ejecutiva cosas que, sin ser dinero, se cuentan por número, peso o medida; es decir, son susceptibles de liquidación.

Utilizando el mismo ejemplo del inmueble, si la indemnización no fuese dinero, sino “cien quintales de arroz y diez quintales más por cada mes de mora”, dicha obligación no perdería su calidad ejecutiva, pues consta en numerario. Cuando esto ocurre, debe observarse lo siguiente:

I. Si no se designa la calidad de la cosa y existieren de varias clases en poder del deudor (por ejemplo, la variedad del grano de arroz), se embargarán las de mediana calidad;

II. Si hubiere sólo calidades diferentes a la estipulada, se embargarán si así lo pidiere el actor. Cuando sea embargo preventivo, se lo hará sin perjuicio de que en la sentencia definitiva se hagan los abonos recíprocos correspondientes.

III. Si no hubiere en poder del demandado ninguna calidad, se despachará ejecución por la cantidad de dinero que señale el actor, debiendo prudentemente moderarla el juzgador, de acuerdo con los precios corrientes en plaza, sin perjuicio de lo que se señale por daños y perjuicios.^{12[12]}

Por supuesto, toda ejecución, de cualquier tipo de juicio y por cualquier obligación, inclusive los casos de daño moral^{13[13]}, es practicable en dinero.

^{12[12]} Rafael de Pina y J. Castillo Larrañaga, Instituciones de Derecho Procesal Civil, 1ª Edición, pág.365.

^{13[13]} Todo juicio por daño moral pretende indemnización pecuniaria. El ejemplo está dado para evidenciar que inclusive lo etéreo puede ser cuantificado en dinero, para su resarcimiento.

4.- Puras.- Esto significa que no estén sujetas a condición ni restricción algunas, y que la obligación haya nacido de manera natural, no forzadamente. No hay obligación pura cuando se la ha condicionado al cumplimiento de otra; por ejemplo, un pagaré que expresa : “Debo y pagaré \$300 a la orden del Banco Grande, siempre y cuando a la fecha de vencimiento de este documento, el Gerente sea el señor Castillo.”.

No habría en dicho caso obligación ejecutiva, porque la obligación no es pura.

Por otro lado, sí existen casos en que la obligación condicional puede llegar a ser ejecutiva. El caso más común es la promesa de compraventa de inmuebles, que debe constar en escritura pública. Si una de las partes incumple la promesa, paga arras (indemnización). En este caso, la obligación del pago de arras depende del incumplimiento del contrato.

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, como determinar que “el señor Castillo sea gerente”. Viceversa, la extrema pureza afecta a la determinación, como si se expresara “pagaré la deuda con el interés que el Gerente a su arbitrio decida aplicar”.

5.- De plazo vencido.- Si no ha terminado el plazo para el pago de la obligación, mal puede exigirse su cumplimiento. Como salvedades tenemos lo que dispone el Art. 1539 CCv, cuando el deudor está en quiebra o notoria insolvencia; o si por culpa del deudor, sus cauciones

se han extinguido o disminuido de valor.

Cuando por convenio el actor declara de plazo vencido la obligación, ésta se vence, y por lo tanto es “de plazo vencido”. Es importante tomar en cuenta que cuando existe declaración anticipada de plazo vencido, la fecha del vencimiento es la de la declaración. Por ejemplo, si por un instrumento de vencimientos sucesivos de 24 cuotas, se presenta demanda declarando el vencimiento anticipado de las cuotas 11 a la 24, la fecha de presentación de la demanda será considerada como la fecha de vencimiento de tales cuotas (11 a 24), lo que es particularmente importante para efectos de liquidación.

4. Prescripción y acción cambiaria.-

La prescripción es un modo de adquirir cosas o extinguir derechos y acciones ajenos. En el contexto del juicio ejecutivo es pertinente entender la prescripción para extinguir derechos y acciones ajenos.

Los títulos ejecutivos por excelencia son el cheque, la letra de cambio, y el pagaré a la orden. El primero goza de fe pública que presume su cumplimiento; y a los dos últimos, nuestra legislación concede un valor casi tan importante como la cosa juzgada.

Tanto la letra de cambio como el pagaré gozan de presunción de autenticidad, que obligan a quien pretende alegar su falsedad a aportar una prueba igual de contundente.

Textualmente, el último inciso del Art. 117 CPC prescribe que:

“...impugnados en juicio una letra de cambio o un pagaré a la orden, por vía de falsedad, la prueba de ésta corresponderá a quien la hubiere alegado”,

es decir, que no será obligación del acreedor probar que el título es verídico, sino del deudor probar la falsificación.

En compensación a esa fuerza, dichos títulos tienen como debilidad el tiempo en que pueden ser exigidos, sobre el que el Art. 479 CCm establece que:

“todas las acciones que de la letra de cambio resultan contra el aceptante, prescriben en tres años, contados desde la fecha del vencimiento...”

Entonces, aunque por regla general las acciones ejecutivas prescriben en cinco años, la prescripción para el cobro de una letra de cambio, o de un pagaré a la orden, es reducida a tres años, desde el vencimiento hasta la citación.

La salvedad a esta rápida prescripción la encontramos en el tercer inciso del Art 461 CCm:

“...en caso de caducidad o prescripción, subsistirá la acción cambiaria contra el girador que no haya hecho provisión o contra un girador o aceptante que se haya enriquecido injustamente; así como, en caso de prescripción, contra el aceptante que hubiere recibido provisión o se hubiere

enriquecido injustamente”.

Cuando se demanda en estas condiciones, la demanda debe indicar expresamente que se ejerce la acción cambiaria por el enriquecimiento injusto o por la falta de provisión, porque caso contrario será rechazada. El actor tendrá también la obligación de probar en el proceso la falta de provisión o el enriquecimiento injusto.

La regla para la prescripción en estos casos, y para todas las demás las acciones ejecutivas, está fijada por el Código Civil, que determina hasta cinco años de prescripción, tiempo computado siempre desde el vencimiento hasta la citación de la demanda.

Básicamente hay dos tipos de acciones: ordinarias y ejecutivas. En términos generales, además de las acciones ejecutivas, también existen las acciones ordinarias. Cualquier derecho puede ser exigido por vía ordinaria, La regla de prescripción para estas acciones es de diez años.

En otras palabras, el portador de un título ejecutivo tiene derecho a exigir el pago del mismo en la vía ordinaria hasta por diez años, desde el vencimiento de la obligación; entendiéndose que durante los primeros cinco años puede hacerlo en vía ejecutiva.

No es muy común exigir el pago de un título ejecutivo por vía ordinaria durante los cinco primeros años, porque el actor siempre preferirá la vía ejecutiva, por ser más expedita; sin embargo, cuando la vía ejecutiva prescribe, la vía ordinaria es el último recurso del acreedor. Al igual que lo expresado sobre la letra de cambio y el pagaré

a la orden, cuya acción prescribe a los tres años, pero subsiste la acción cambiaria, estos títulos pueden también ser demandados hasta diez años después del vencimiento, en la vía ordinaria, especificando que se ejerce la acción cambiaria por la falta de provisión o enriquecimiento injusto.

Después de transcurridos los diez años que dan lugar a la prescripción de la acción ordinaria, la obligación civil se convierte en obligación natural; es decir, la obligación subsiste, pero no otorga derecho a exigir su cumplimiento.

El Código Civil es claro al respecto, al calificar que son obligaciones *“naturales, las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que, cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas. Tales son:... 2o.) Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción”*^{14[14]}.

Para que opere la prescripción de la acción civil, es necesario que el demandado lo alegue como excepción.

El Código de Comercio, en su salvedad de prescripción para letras de cambio y pagarés, expresa que *“subsistirá la acción cambiaria”*. Esa frase no significa que por la falta de provisión o por el enriquecimiento injusto, surge el derecho a la acción cambiaria, craso error de concepto cometido por algunos profesionales. El término *“subsistirá”* evidencia su previa existencia, y significa que seguirá existiendo, en los términos establecidos.

^{14[14]} Art. 1513

¿Qué significa acción cambiaria? Mucho se ha dicho y ha sido escrito sobre este tema, pero su definición es sumamente simple: “acción de cambiar”.

Existe falta de provisión cuando el girador no le ha proporcionado al girado los fondos suficientes para el pago de una letra de cambio; y enriquecimiento injusto si el el aceptante y/o el girador de una letra, o el suscriptor de un pagaré, se hubiesen beneficiado económicamente de la falta de pago.

Salvo casos muy excepcionales, esa acción cambiaria por falta de provisión, o por enriquecimiento injusto, no podrá ejercerse contra un fiador, sino solamente contra un deudor principal, pues es éste quien puede enriquecerse injustamente de la retención del dinero que recibió. Asimismo, si se trata de una letra de cambio, quien tendría obligación de hacer provisión, es el girador.

Eso es la acción cambiaria; la acción de cambiar el título por el dinero. Reiterando la manifestación de que los títulos ejecutivos por excelencia son la letra de cambio y el pagaré a la orden y el cheque, este último es el título de acción cambiaria por excelencia, porque el portador lo “cambia” inmediatamente por dinero; mientras que la letra de cambio y el pagaré son instrumentos de crédito, y pueden circular, pero sólo pueden cambiados una vez vencido su plazo. Es fácil concebir una ineludible similitud entre el cheque y la letra de cambio girada *a la vista*, porque ambos son de pago inmediato de un tercero, salvo cuando el girado es el mismo girador.

5. Convalidación.-

Ciertas transformaciones, alteraciones o acciones tardías no implican nulidad, por la posibilidad de convalidación contenida en la ley. Un caso de posibilidad de convalidación es el determinado en el Art. 447 del CPC, que prescribe:

“La ejecución propuesta por el pago de pensiones periódicas, o por el cumplimiento de obligaciones que debían satisfacerse en dos o más plazos, podrá comprender las pensiones y obligaciones que se hubiesen vencido en los períodos o plazos subsiguientes, aun cuando el juicio se hubiese contraído al pago de sólo una pensión, o a la que debió darse o hacerse en uno de los plazos.”

Eso significa que al demandar el pago de una pensión periódica, como amortizaciones hipotecarias, títulos independientes de una misma serie, vencimientos sucesivos, u otros, se puede proceder al cobro de las pensiones periódicas que vencieron en el transcurso de la litis, aunque no se las haya demandado.

Encontramos concordancia en el Art. 492 ibídem:

“Aun cuando el juicio ejecutivo no hubiere podido seguirse por razón del título, de la obligación o de las personas, si dicha razón desaparece en el curso de la litis, continuará el juicio como si desde el principio hubiese sido ejecutivo, sin necesidad de repetir el auto de pago.”

Aunque el alcance de esta norma legal suele confundir a muchos,

incluyendo juzgadores, en nuestro criterio ésta significa que cualquier causa circunstancial que pudiera remediarse durante el proceso no obsta la ejecución. Por ejemplo, si se ha demandado un pagaré aún no vencido, y dicho pagaré vence durante el juicio, aún después de haberse propuesto excepción al respecto, el juicio podrá continuarse.

Si hemos apreciado que la ejecución puede comprender dividendos vencidos pero no demandados, aun cuando el juicio se hubiese contraído al pago de sólo un dividendo, con mayor razón es procedente la ejecución de los dividendos que no estando vencidos sí fueron demandados, si es que están vencidos a la época de la ejecución, claro está.

La razón es que cuando existen obligaciones periódicas a largo plazo, el acreedor sufriría el riesgo de prescripción de las más antiguas si tuviese que esperar al vencimiento de todas para demandar; y resultaría ilógico, y sumamente oneroso para las partes y para la administración de justicia, el tener que demandar las obligaciones periódicas una por una.

Otro caso podría darse si una persona presenta su demanda en representación de una persona jurídica en base a un nombramiento que no ha sido inscrito. Si durante el juicio se inscribe dicho nombramiento, la litis deberá continuar normalmente. Resultaría imposible citar todas las posibilidades de convalidación, pero es importante anotar que nuestro derecho contiene normas que permiten y protegen la institución de la convalidación, en beneficio de la economía procesal, siempre y

cuando no afecten los derechos fundamentales de las partes.

Capítulo II

La demanda

1. Generalidades.-

Cuando hablamos de la demanda, según el expreso texto del Art. 70 CPC, nos referimos al:

“acto en el que el demandante deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo”,

lo que significa que el Juez deberá decidir específicamente sobre lo que se ha reclamado, no pudiendo en el fallo ordenar el pago de valores no reclamados en la demanda, con las excepciones antes anotadas. Es por ello que muchos autores sostienen que la demanda debe ser un prospecto de sentencia, especialmente en el juicio ejecutivo, en el que generalmente es muy sencillo liquidar los valores demandados, ya que todo juicio ejecutivo se basa en un título cuya obligación es específica en cuanto al valor adeudado.

Si bien es cierto que en algunos casos pueda ser necesario practicar una liquidación de la deuda, como cuando ésta ha tenido abonos en distintas fechas, para lo cual será necesario hacer los cálculos respectivos, en el juicio ejecutivo, para fijar la cuantía de la

demanda, no es necesario considerar dichos abonos para hacer el cálculo. Sin embargo, las características del juicio dan para que el ejecutado pueda explicar que ha habido pagos parciales, y que en el fallo el Juez pueda ordenar el pago total de la obligación, descontando los abonos realizados, los cuales deben ser liquidados después de la sentencia.

2. Requisitos de la demanda.-

Todo juicio comienza por la demanda, que especifica lo exigido y bajo qué fundamento se lo exige. Todas las demandas deben cumplir requisitos comunes, que están contenidos en el Art.71 CPC:

“La demanda debe ser clara y contendrá:

1° La designación del juez ante quien se la propone;

2° Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado;

3° Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión;

4° La cosa, cantidad o hecho que se exige;

5° La determinación de la cuantía;

6° La especificación del trámite que debe darse a la causa;

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

8° Los demás requisitos que la Ley exija para cada caso.”

Esto se desglosa así:

1.- Designación del Juez.- Significa ante qué Juez se propone dicha demanda; es decir, de qué tipo y localidad, para establecer así jurisdicción y competencia de una manera inequívoca.

2.- Datos del actor y demandado.- Esto tiene la finalidad de que no existan casos de homónimos, o confusión en cuanto a la identidad de las partes y por ello la norma requiere que la identificación de las partes sea lo más completa posible.

Además, el requisito de dar a conocer la edad del actor, sirve para comprobar en general su capacidad legal para demandar. Para este efecto, bastaría con referir la mayoría de edad, pero algunos jueces son muy estrictos y exigen conocer la edad específica.

3.- Fundamentos de hecho y de derecho.- Los fundamentos de hecho constituyen un breve relato de lo acontecido; es decir, del origen del derecho que se demanda; y la indicación de la falta de pago del demandado de la obligación fundada en título ejecutivo. En los fundamentos de derecho, se hace referencia a los textos legales que amparan el derecho de la reclamación; así, por ejemplo, si el título ejecutivo no consta entre los enumerados en el Art. 423 CPC, sino en una ley especial, como es el caso del sobregiro en cuenta corriente bancaria, debe hacerse referencia a dicho cuerpo legal, y el artículo pertinente; en este caso a la Ley General, de Instituciones del Sistema

Financiero, Art. 52.

El juicio ejecutivo no exige por lo general mucho relato sobre acontecimientos, puesto que en la mayoría de los casos, el fundamento de hecho de la obligación consta inequívocamente en un instrumento, y el fundamento de derecho está en la disposición que otorga carácter de ejecutivo a ese instrumento. Es por ello que, en los casos más comunes, las demandas se fundamentan simplemente en los Arts. 423 y 425 CPC.

4.- Lo que se demanda.- El actor debe especificar qué es lo que demanda, y no esperar que el Juez lo deduzca. Esto podría, en el juicio ejecutivo, constar así: “demando el pago del valor del capital, que es de cien mil dólares, más los intereses a la tasa legal vigente, y los intereses de mora pactados, desde la suscripción hasta el día del pago, las costas procesales y el honorario de mi abogado defensor...”.

Nótese que es necesario ser claro en lo que se demanda. Por ejemplo, si el actor no expresa claramente que demanda el valor de los intereses, estaría demandando únicamente el capital. Asimismo, debe expresar que los intereses que demanda son los producidos hasta el día del pago de la deuda, caso contrario podría interpretarse que se refiere únicamente a los producidos hasta el día de presentación de la demanda, y expresar desde cuándo pretende que le sean reconocidos los intereses, es decir, si desde el nacimiento de la obligación o desde su vencimiento.

Lo anterior es especialmente importante porque el Juez no puede ordenar el pago de algo que no ha sido demandado, aunque haya sido

legalmente pactado entre las partes, salvo lo que la ley expresamente ordena.

5.- Cuantía.- La cuantía de la demanda es el cálculo deducido de la suma del capital adeudado, más los intereses, hasta el día de presentación de la demanda^{15[15]}.

Hay algunos casos en que la cuantía de una demanda puede ser indeterminada, mas si el juicio ejecutivo es por dinero, no existe dicha posibilidad, porque la obligación en tal caso perdería su calidad de ejecutiva.

Con el tiempo, dicho requisito se tornó obsoleto e innecesario. La intención del cálculo de la cuantía era para establecer si en el juicio cabe la posibilidad de tercera instancia para lo cual era necesario que la cuantía sea superior a cincuenta mil sucres. En ese tiempo, la administración de justicia era *gratuita*.

Mas la tercera instancia fue derogada y sustituida por la casación; la cantidad de cincuenta mil sucres se convirtió prácticamente en dinero de bolsillo, debido a la pérdida del valor adquisitivo de nuestra moneda; y, por último, adoptamos como unidad monetaria al dólar, aunque nuestra Constitución reconoce como unidad monetaria al sucre^{16[16]}, norma que no ha sido derogada y que, por ser constitucional, sigue vigente.

^{15[15]} CPC: “Art. 494.- La cuantía se determinará por el valor del capital y los intereses adeudados, según el título con que se demande, sin consideración de los pagos parciales.”

^{16[16]} Constitución: “Art. 264.- La emisión de moneda con poder liberatorio ilimitado será atribución exclusiva del Banco Central. La unidad monetaria es el Sucre, cuya relación de cambio con otras monedas será fijada por el Banco Central”.

La determinación de la cuantía volvió a tener importancia desde que la administración de justicia se tornó onerosa; y el 18 de octubre de 1999, fueron fijadas las tasas por servicios judiciales, que dependen de la cuantía.

6.- Trámite de la causa.- El actor debe hacer conocer al juez qué trámite va a seguir una acción. En nuestro caso, el Juez tiene la potestad de no admitir al trámite una demanda, si considera que el título y/o la obligación no son ejecutivos. Para especificar que se trata del juicio ejecutivo, bastaría decir: “demando en juicio ejecutivo...”. Puede también hacerse referencia al Art. 429 y siguientes del CPC.

7.- Citación y Notificaciones.- El actor debe indicar el número de casilla judicial^{17[17]} donde desea ser notificado de las actuaciones procesales. En los lugares donde no existen casilleros judiciales, el demandante puede expresar una dirección, que generalmente es su habitación, o la oficina de su abogado patrocinador.

Por otro lado, no es admitido señalar una casilla judicial para citar al demandado, aunque éste fuese abogado y se pruebe que le corresponde esa casilla, sino que en todos los casos, la demanda debe indicar la dirección donde deba citarse al demandado para que éste comparezca a juicio.

En ocasiones no es posible establecer la residencia del deudor, en cuyo caso el actor deberá hacer esa afirmación bajo juramento no solemne, para efectos de una citación por la prensa.

^{17[17]} Art. 79 CPC

El mismo procedimiento se sigue si no es posible establecer la individualidad o identidad del demandado. Los casos más comunes son cuando el deudor original ha fallecido, y se demanda a los herederos, a quienes el acreedor desconoce. También podría darse el caso de un deudor cuyo nombre no conste en el instrumento, y su firma no sea legible.

8.- Demás requisitos para cada caso.- En el caso del juicio ejecutivo, sólo podría agregarse el protesto de reconocer pagos parciales que, aunque no es un requisito propiamente dicho, es de suma importancia para demostrar la buena fe del actor.

Además de estos requisitos, hay dos que el Art. 71 CPC ha pasado por alto, y que son de fundamental importancia, como son:

- a) la firma del actor, o de su representante; y,
- b) la firma un abogado legalmente matriculado en uno de los Colegios de Abogados de la República.

La importancia de estos requisitos es tal que, en el primer caso, sin la firma del actor, o de su representante, simplemente no hay demanda; y en el segundo caso, dicha demanda aunque exista, no tiene efecto legal, pues es la firma del abogado la que debe autorizarla.

3. Documentos que deben acompañarse.-

Debe observarse el Art. 72 *ibídem*, que dice:

“A la demanda se debe acompañar:

1° El poder para intervenir en el juicio, cuando se actuare por medio de apoderado;

2° La prueba de representación del actor si se tratare de persona natural incapaz;

3° La prueba de la representación de la persona jurídica, si ésta figurare como actora;

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

5° Los demás documentos exigidos por la Ley para cada caso.”

Los conceptos aplicables a estos requisitos son:

1.- Poder.- Para intervenir en juicio, ese poder se denomina procuración judicial, que generalmente sólo puede ser otorgado a un abogado, aunque la ley permita salvedades específicas^{18[18]}. Es obligación del abogado cerciorarse de que el poder sea suficiente para intervenir; es decir que debe en él incluirse la facultad del apoderado para demandar y/o contestar demandas, asistir a juntas, entre otras. Es importante anotar que esa procuración tiene la limitación de que sólo está concebido para autorizar los actos inherentes a los abogados en el ejercicio de su profesión, salvo que expresamente se le confiera potestad para otros actos, como celebrar transacciones, someterse al

^{18[18]} Según el inciso final del Art. 44 CPC, en los casos de procuración provenientes del exterior está admitido que los procuradores judiciales no sean abogados, lo que también se aplica en los cantones o lugares en que no hubiere por lo menos cinco abogados establecidos.

arbitraje, rendir confesión judicial o testimonio, desistir, aceptar la palabra de la contraparte para efectos de la resolución, y acoger lo disputado, lo que está detallado en el Art 48 CPC¹⁹[19].

2.- Prueba de representación de persona natural incapaz.- Esto significa la designación hecha por el Juez al actor como representante de dicha persona natural. Hay que tomar en cuenta que hay tres tipos de incapacidades: absoluta, relativa y accidental, que están determinadas en el Art. 1490 CCv²⁰[20], lo que es fundamental para la validez de la representación, que en algunos casos es determinada por la ley, y en otros casos por las personas.

3.- Prueba de representación de persona jurídica.- Esto es, el nombramiento otorgado por dicha persona jurídica, debidamente inscrito en el Registro Mercantil del cantón de origen de la misma, cuando así la ley lo determine. En ciertos casos, especialmente en personas jurídicas sin fines de lucro como fundaciones o cleros, la ley no exige la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil.

4.- Documentos y pruebas de carácter preparatorio.- En nuestro

¹⁹[19] “Art. 48.- El procurador judicial debe atenerse a los términos del poder, y necesita de cláusula especial para lo siguiente:

1o.- Transigir;

2o.- Comprometer el pleito en árbitros;

3o.- Desistir del pleito.

4o. Absolver posiciones y deferir al juramento decisorio; y,

5o.- Recibir la cosa sobre la cual verse el litigio o tomar posesión de ella.

²⁰[20] Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no surten ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

caso, el Art. 429 CPC, prescribe que *“la demanda se propondrá acompañada del título que reúna las condiciones de ejecutivo”*^{21[21]}. Podrían además acompañarse diligencias, previas, informaciones sumarias, exhibiciones, según cada caso. Cuando la obligación ha sido condicional, será necesario acompañar prueba del cumplimiento de la condición.

5.- Demás documentos.- El juicio ejecutivo es el único que permite asegurar el pago de la deuda, gravando los bienes del deudor desde el auto inicial. Cuando se solicita la imposición de un gravamen, son necesarios ciertos documentos para probar que los bienes sobre los cuales se van a ejercer las acciones preventivas son de propiedad del demandado, como certificados de registro de la propiedad, de un banco, prueba testimonial, etc..

4. Qué se puede exigir en la demanda.-

El profesional está en la obligación de defender a su cliente en todos los aspectos, y en un juicio ejecutivo, en especial el ámbito económico. Por lo tanto, debe tomar en cuenta todo lo que está en disputa y ser muy meticulado para exigir el cumplimiento de cada obligación que se pueda demandar. Asimismo, el abogado que representa al demandado debe estudiar cada pretensión del accionante,

^{21[21]} CPC: “Art. 423.- Son títulos ejecutivos: la confesión de parte, hecha con juramento ante Juez competente; la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; la copia y la compulsión auténticas de las escrituras públicas; los documentos privados reconocidos judicialmente; las letras de cambio; los pagarés a la orden; los testamentos; las actas judiciales de remate o las copias de los autos de adjudicación debidamente protocolizados, según el caso; las actas de transacción u otras que contengan obligaciones de dar o hacer alguna cosa; y los demás instrumentos a los que las leyes especiales dan el carácter de títulos ejecutivos.

analizar su procedibilidad y preparar la contestación a las mismas.

Lo más común que se puede demandar en un juicio ejecutivo es lo siguiente:

1.- Pago del capital.- Que es la base de la deuda, la obligación principal. En muchos casos, es recomendable asesoramiento financiero, para la correcta liquidación de las obligaciones, para evitar que un cálculo equivocado pueda significar pérdida de dinero para el cliente, por no conocer correctamente el alcance de la obligación.

2.- Pago de los intereses.- Los intereses pueden siempre ser exigidos en la demanda, inclusive cuando no han sido pactados, puesto que la ley protege al acreedor en este sentido, considerando los intereses como una indemnización, en los términos del Art. 1600 CCv^{22[22]}, concordante con el Art. 1602, regla 2a.)^{23[23]} del mismo cuerpo legal.

Cuando los intereses han sido pactados a una tasa determinada, debe el acreedor expresar dicha tasa; y cuando han sido pactados en base a algún indicador económico, como el informe que emita alguna institución sobre la inflación; a una tasa a determinarse, como las de Regulación de Junta Bancaria; por circunstancias de tiempo, como en los períodos de gracia, o cualesquiera otras, debe expresarse la base sobre la cual se han pactado los intereses.

^{22[22]} “Art. 1600.- Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora...”

^{23[23]} “Art. 1602.- Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios está sujeta a las reglas siguientes: ... 2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses. En tal caso basta el hecho del retardo; ...”

Cuando los documentos que se demandan son varios, con diversos tipos de interés, éstos deben desglosarse en la demanda, de manera que no se preste a confusiones.

El asesoramiento financiero recomendado para el cálculo del capital es simétrico. Una estimación equivocada de la obligación puede causar que se impute incorrectamente dinero al capital, cuando primero correspondía imputarlo a los intereses. En ese sentido, la disminución del capital también significa disminución de los intereses;

3.- Pago de intereses adicionales por mora.- Estos intereses, al contrario de lo expuesto en el párrafo precedente, deben ser pactados en el documento a ejecutarse, a manera de cláusula penal de la obligación, como lo establece el Art. 1578 CCv. Por lo tanto, sólo pueden demandarse cuando han sido libremente acordados por las partes, con las limitaciones que impone la ley.

En ambos casos en que se demanda los intereses, debe exigirse el pago de aquellos que se devengaren hasta el día del pago total de la obligación. Las cambiantes normas jurídico-financieras han hecho imposible establecer una norma para el cálculo de intereses moratorios, aunque desde las dos décadas finales del siglo XX, prevaleció su determinación en el 1,1 de la tasa original. Esa norma, bastante razonable, ha sido derogada y reimpuesta en varias ocasiones ;

4.- Los gastos o expensas judiciales, cuando los hubiere, en los términos del Art. 951 CPC, que establece que *“cuando uno de los litigantes hubiese suplido gastos o expensas judiciales, tendrá derecho a*

ser reintegrado con una tercera parte más de tales gastos o expensas”, como cuando el actor debe publicar la demanda por la prensa, o contratar una grúa para la ejecución de un embargo;

5.- La comisión del 1/6 sobre el capital, cuando se trata de pagarés y/o letras de cambio; y,

6.- Las costas procesales, de las cuales en las sentencias y autos se condenará al pago *“a la parte que hubiere litigado con temeridad o procedido de mala fe”*, teniendo la contraparte derecho a las mismas en *“la cantidad que el deudor de ellas ha de satisfacer al acreedor, por honorarios del defensor o defensores de éste”*, en los términos de los artículos 287 y 288 CPC.

5. El auto de pago.-

Una vez presentada la demanda, ésta se sortea^{24[24]} para ver a qué Juzgado corresponde su competencia.

La demanda, ya sorteada, es enviada al Juzgado de lo Civil al cual correspondió en sorteo, y debe ser calificada por el Juez. Al respecto, el Art. 430 CPC establece que:

“Si el juez observare que la demanda no está clara o no reúne los requisitos determinados en este Código, dispondrá, antes de dictar el auto de pago, que sea aclarada o completada en la forma determinada en el Art. 73 ...”

Si la demanda está completa, una vez que el Juez considera

^{24[24]} Esta disposición constaba en el Art. 105 de la anterior Constitución Política de la República, pero desapareció a raíz de la Asamblea Constituyente de junio de 1998. Ahora es sólo una disposición legal, y no hay regla fija que determine si su omisión es causal de nulidad.

ejecutivos el título y la obligación, la califica y ordena que el deudor cumpla la obligación o proponga excepciones en el término de tres días, que se cuentan a partir de la citación al demandado. Es por esta razón que a la calificación de la demanda en el juicio ejecutivo se la conoce como “auto de pago”.

El auto de pago, está compuesto básicamente de cuatro partes:

1) Calificación y admisión de la demanda al trámite.- El Juez, para iniciar el juicio partiendo de la demanda, debe considerarla clara, precisa y completa.

2) Orden de cumplimiento.- El Juez ordena que la obligación demandada sea cumplida en el término de tres días, o que en su defecto, el demandado proponga excepciones a la demanda.

3) Caucciones.- Puede ordenarse, a solicitud del actor, que se instauren acciones preventivas para garantizar el pago de la obligación, tales como prohibición de enajenar de bienes raíces y otras medidas cautelares.

4) Comunicación.- Para que el demandado pueda conocer las pretensiones del actor, y cumplir su obligación o ejercer su legítimo derecho de defensa, el Juez ordena que sea citado, haciéndole conocer el contenido de la demanda y del auto de pago. Asimismo, se notifica al actor de la providencia emanada.

Como ejemplo de un auto de pago, veamos el siguiente:

“Guayaquil, enero 10 de 2000; las 10h23.-

La demanda que presenta el señor Franklin Cortés contra Néstor Negrete y María Lasso, como deudores principales, y Carmen Mosquera, como fiadora solidaria, por reunir los requisitos de los Arts. 71, 72 y 1.066 del Código de Procedimiento Civil, y en vista de que tanto el título como la obligación tienen carácter ejecutivo, se la califica de clara y completa, y se la admite al trámite del juicio ejecutivo. En lo principal, en conformidad con el Art. 431 ibídem, se ordena a los accionados que, dentro del término de 3 días, cumplan con el pago de la obligación demandada, o propongan excepciones, con apercibimiento de sentencia. Cítese a los demandados en las direcciones indicadas en el libelo inicial, y notifíquese al actor en la casilla señalada. Se dispone el desglose y la devolución de los documentos aparejados a la demanda, dejando copia de los mismos en autos, a costa del desglosante”.

Hay quienes sostienen que el Juez, en el auto de pago debe indicar de manera expresa el monto de la obligación. Sin embargo, esto se torna innecesario, por cuanto en la demanda está claramente establecida la pretensión del actor, además de que la ley simplemente dispone que el Juez ordene que el *deudor “la cumpla o proponga excepciones”*, sin establecer obligatoriedad alguna del Juez de fijar un monto determinado.

Si se ha solicitado la ejecución de alguna medida preventiva, es necesario ordenarlo también en el auto de pago. Para seguir con el ejemplo anterior, a continuación éste podría agregarse:

“En mérito del certificado del Registro de la Propiedad que se ha

agregado al proceso, se prohíbe la enajenación, hipoteca o cualquier otro gravamen sobre el bien ahí descrito, de propiedad de la señora María Lasso, disposición que deberá notificarse al respectivo registrador, para su inscripción”.

Por rutina, casi todo auto inicial termina expresando “cítese y notifíquese”, frase que es por lo general fútil, cuando la citación y la notificación han sido dispuestas en líneas anteriores. Asimismo, usualmente los autos (sea el auto inicial u otros en el transcurso del juicio), comienzan con la expresión “VISTOS”, que sin ser una solemnidad, es uso habitual para diferenciar autos de decretos.

Capítulo III

Las diligencias preventivas

1. Generalidades.-

Las diligencias preventivas, son conocidas también como medidas conservativas, precautelatorias, precautorias, cautelares, y otros nombres afines. Son providencias que dicta un juez para asegurar el pago de la deuda, precautelando de que el deudor no disponga de dichos bienes.

Estas medidas, de manera muy general, pueden definirse como el conjunto de disposiciones tendientes a mantener una situación jurídica o a asegurar una expectativa o derecho futuro.

2. Acciones del actor previas a la citación.-

En el juicio ejecutivo, el Código de Procedimiento Civil contempla tres acciones similares en su concepto como cauciones que el actor puede solicitar para asegurar su crédito, pero 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 la intención de que el accionado no esté alerta de las mismas. Son las siguientes:

- 1.- Retención o secuestro
- 2.- Prohibición de enajenar
- 3.- Embargo

2.1.- La Retención o el secuestro.-

El secuestro se lleva a cabo solamente sobre bienes muebles de propiedad del deudor, estén dichos bienes sujetos o no a inscripción registral. También puede solicitarse sobre bienes inmuebles, cuando éstos los son por accesión, como por ejemplo la cosecha de una siembra. En los casos de secuestro, los bienes son retenidos por un depositario judicial, sobre quien recae la responsabilidad de los mismos.

La retención se verifica sobre las rentas, créditos o bienes que pueda tener el deudor en poder de un tercero; es también una forma de secuestro, en la cual se prohíbe al poseedor o tenedor que entregue al ejecutado el bien sobre el cual se ha impuesto el gravamen, y quien retiene ejerce la misma función que un depositario. 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 cualesquiera 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. Cuando la prueba es testimonial, no es necesaria tal citación previa, y se puede efectuar el secuestro o la retención antes de que el ejecutado tenga conocimiento.

Generalmente, a los profesionales nos resulta ilógico que pruebas instrumentales clarísimas, como el certificado de la Policía o Comisión de Tránsito, no sean suficientes para que el juzgador disponga el secuestro, sino que requiera una prueba testimonial, para proceder al secuestro sin notificar a la parte contraria. Sin embargo, lo que hace esta disposición es conferir más valor a la palabra que al papel.

En muchas ocasiones, el Juez exige ambos, la prueba testimonial y el certificado para ordenar el secuestro. Es indignante contemplar el menoscabo del valor de la palabra, tanto para los profesionales que consideran más valioso el papel, como para los jueces que exigen ambas cosas.

En los casos de secuestro, el Juez designa un Alguacil Mayor, que será el encargado de llevar a cabo la diligencia preventiva, y un Depositario Judicial, que deberá tomar bajo su responsabilidad dichos bienes. Al momento de la diligencia se emite un acta que la deben firmar ambos, Alguacil y Depositario.

En los casos de retención, no es necesaria la designación de estos funcionarios, ya que simplemente se ordena a la persona en cuyo poder se encuentran los valores, que los mantenga en su poder y no los entregue a su beneficiario. Puede sin embargo la persona en cuyo poder

está el dinero, excusarse de retenerlo en su poder, para lo cual debe entonces designarse un depositario judicial que lo mantenga en su custodia. Ni en la retención ni en el secuestro, es necesaria la inscripción de dichas diligencias.

2.2.- La prohibición de enajenar.-

Esta prohibición es limitante del derecho de disposición del bien, mas no limita los derechos de posesión, uso y goce; la ordena el Juez cuando el actor presenta, junto con la solicitud, un certificado del Registro de la 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, mas no cuando han sido objeto de embargo.

En su providencia, el 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, y no requiere de la intervención de Alguacil Mayor ni de Depositario Judicial.

En la práctica, hemos sido testigos de algunos jueces que proveen prohibiciones de enajenar sobre automotores, y mandan inscribir dichas prohibiciones en la respectiva Jefatura de Tránsito. Este caso, que lamentablemente es muy común, es completamente ilegal, por

cuanto la ley no prevé en ninguna parte la posibilidad de prohibición de enajenar sobre bienes muebles. El único caso en que la ley establece algo similar, es la inscripción en el Registro de la Propiedad, Registro Mercantil o Jefatura de Tránsito, según el caso, de las demandas que versan sobre dominio o posesión de inmuebles o de muebles sujetos a registro, como lo prescribe el Art. 1053 CPC. Sin embargo, el mismo artículo indica en su segundo inciso, que la inscripción de la demanda no impide que los bienes se enajenen válidamente en remate forzoso y aun de modo privado.

En resumen, si bien consideramos que sería idóneo que la ley permitiera a un acreedor con título ejecutivo solicitar la prohibición de enajenar de un bien mueble sujeto a inscripción, no por esto podemos desconocer que la ley no prevé tal medida preventiva.

2.3.- El embargo.-

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, y 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.

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, el Juez ordena el embargo, haciendo constar en el auto de pago la superficie, linderos y dimensiones del inmueble a embargarse, designando Alguacil Mayor y Depositario Judicial para la traba de la diligencia.

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 preferente. Para estos efectos debe considerarse el capítulo que sobre la prelación contiene el Código Civil.

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, 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.

3. Bienes no embargables.-

Es preciso recordar que no todos los bienes pueden ser sujetos de embargo. Así lo estatuye el Código de Procedimiento Civil^{25[25]}, en concordancia con el Art. 1661 CCv, 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.

^{25[25]}“Art. 451.- No son embargables los bienes designados en el Art. 1661 del Código Civil, sino en los términos fijados por la Ley.”

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 veinte mil sucres, 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;

7o.- 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;

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

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

10o.- 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;

11o.- El patrimonio familiar; y,

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

4. Bienes situados en otro lugar.-

Si los bienes del demandado sobre los que se planea ejercer las antedichas diligencias preventivas, se encuentran fuera de la jurisdicción del Juez de la causa, éste depreca al Juez de lo Civil de la jurisdicción en que se encuentren dichos bienes, para que éste, por su lado, designe Alguacil Mayor y Depositario Judicial, en los casos de secuestro, retención o embargo; o cumpla con ordenar al Registrador de la Propiedad de dicha localidad la inscripción de las prohibiciones de enajenar.

Para el efecto de medidas preventivas extraterritoriales, o de otras diligencias que deban realizarse fuera del lugar del juicio, la Ley Orgánica de la Función Judicial establece:

“Art. 204.- Cuando deban practicarse diligencias judiciales fuera del lugar del despacho del Tribunal o Sala, podrán éstos deprecar o comisionar a tribunales o jueces, o a cualquier abogados, para que los practique: Igual facultad tendrá en su caso, el Presidente del Tribunal. El deprecado o comisionado no podrá excusarse, ni aceptar recurso alguno o solicitud de recusación o cualquier otra que tienda a entorpecer la ejecución del deprecatorio o despacho, ni dejar de cumplirlos con la prontitud y exactitud debidas, bajo su responsabilidad personal”(sic).

Obviamente, en las diligencias que demanden inscripción registral, debe también el Juez deprecado ordenar la inscripción de dichas diligencias en el respectivo Registro.

5. Tiempo hábil para realizar diligencias.-

Generalmente, las diligencias judiciales pueden realizarse todos los días, a excepción de los feriados, pero solamente *“desde las ocho de la mañana hasta las seis de la tarde”*; es decir, de 08h00 a 18h00, según lo dispone el Art. 183 LOFJ, que además establece que:

“Fuera de los días y horas hábiles, no se podrán practicar ninguna diligencia judicial, sino habilitándolos previamente, de oficio o a petición de parte y con justa causa, salvo los casos en que la Ley disponga lo contrario...”

De esto se desprende que, si un demandante quisiera realizar una diligencia preventiva (retención, secuestro o embargo) a las 07h00, o a

cualquier otra hora no comprendida entre las determinadas por la ley, no podría hacerlo, salvo que en su petición al Juez solicite la habilitación del tiempo inhábil para la realización de dicha diligencia. El Juez está obligado a proveer al respecto, sea positiva o negativamente.

Al habilitarse todo tiempo inhábil, se entiende que la diligencia puede practicarse a cualquier hora y en cualquier día, inclusive en los días feriados determinados por el Art. 64 del Código del Trabajo.

Capítulo IV

La Citación

1. Generalidades.-

Proveído el auto de pago por el Juez, y cumplidas las diligencias preventivas, cuando sea del caso, el siguiente paso en el juicio es la citación de la demanda.

La citación de la demanda, según el Art. 77 CPC,

“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”.

Según Cabanellas, citación es la *“Diligencia por la cual se hace saber a una persona el llamamiento hecho de orden del juez para que comparezca en juicio a estar a derecho”*^{26[26]}.

La citación produce los siguientes efectos: a) previene el juicio, es decir, que el citado por un juez no puede serlo después por otro por la misma causa; b) interrumpe la prescripción; c) hace nula la enajenación que de la cosa demandada ejecutare maliciosamente el reo después de emplazado; d) perpetúa la jurisdicción del juez delegado, aunque el que delega muera o pierda el oficio antes de la contestación; e) sujeta al

^{26[26]} Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, 10ª Edición. Tomo I, pág. 389

emplazado a comparecer y seguir el pleito ante el juez que le emplazó siendo competente, aunque después por cualquier motivo se traslade al territorio de otro juzgado; f) pone al emplazado en la necesidad de presentarse al juez que lo cita.

La citación es común de la jurisdicción contenciosa. Es el exhorto al demandado para que comparezca a un juicio. Es por ello que en la jurisdicción voluntaria, como un requerimiento, un procedimiento de remate, etc., no procede la citación, sino una simple notificación. La citación y la notificación tiene el mismo fin de comunicar el avance procesal, pero su diferencia formal radica en que la notificación se realiza mediante una boleta, pero la citación debe hacerse a través de tres, salvo que sea personal.

El encargado de llevar a cabo la citación es, según el Art. 117 LOFJ, el Secretario del Juzgado.

Sin embargo, según Decreto Supremo 3070 publicado en el Registro Oficial 735 del 20 de diciembre de 1978, a dicha ley se agrega un artículo innumerado, a continuación del Art. 125, que establece lo siguiente:

“Sin perjuicio de las atribuciones de los secretarios respectivos, en las ciudades de Quito, Guayaquil y en donde la Corte Suprema considere conveniente, habrán empleados especiales encargados de practicar las citaciones de los asuntos radicados en uno o más juzgados, según la distribución que para el efecto realizará la Corte Superior.

En lo concerniente a las citaciones estos empleados sentarán las actas pertinentes en los juicios y estarán sujetos a las responsabilidades señaladas por la ley y los reglamentos para los actuarios”.

Es por ello que en dichas ciudades las citaciones están a cargo de la Oficina de Citaciones, mas no de los Secretarios.

2. Citación a personas naturales.-

Esta citación puede hacerse personalmente, entregando al demandado una boleta en que conste el contenido de la demanda y de las providencias recaídas en dicha demanda. La citación personal se la puede realizar en cualquier lugar en que se localice al demandado.

Otra manera de realizar esta citación es por 3 boletas en el lugar del domicilio del demandado, si éste no se encontrare presente. Al respecto, el Art. 97 CPC dispone:

“En todo juicio, la citación se hará en la persona del demandado o de su procurador; mas si no pudiese ser personal, según el Art. 81, se hará por tres boletas, en tres distintos días, salvo los casos de los Arts. 86 y 90.

El actuario o citador dejará la primera boleta en la habitación del que deba ser citado, cerciorándose de este particular. Si éste cambiare de habitación, o se ausentare, las otras dos boletas pueden dejarse en el mismo lugar en el cual

se dejó la primera.”

Esta forma de citación tiene la intención de evitar que el demandado, en conocimiento del juicio, se esconda o pretenda haber cambiado el lugar de su residencia, para evadir la citación. Así, aun cuando sea verdadero el cambio de domicilio del demandado, si a la fecha de la primera boleta tenía su habitación en el lugar en que ésta fue entregada, las dos boletas restantes pueden -y deben- ser dejadas en el mismo lugar.

Sin perjuicio de la citación personal, el lugar de trabajo no es aceptable para citación por boletas, ya que por negligencia, enemistad u otra causa podría ocurrir que el demandado nunca llegue a tener conocimiento de la citación, lo que atentaría contra su derecho a la defensa. Sin embargo, si se trata de un comerciante matriculado o el representante de una compañía de comercio, la citación se puede hacer en el respectivo establecimiento, en horas hábiles, y sólo en caso de que dicho establecimiento de comercio esté abierto.

Puede así también darse el caso de citación a ministros plenipotenciarios y otros agentes diplomáticos extranjeros, cuando el conocimiento de la causa le corresponde a la Corte Suprema, en cuyos casos deberá estarse a lo dispuesto por el Art. 82 CPC, que establece que dicha citación debe hacerse a través del Ministro de Relaciones Exteriores, que es el encargado de emitir un oficio, transcribiendo la providencia dictada, y los antecedentes; siendo la fecha de emisión de dicho oficio, el momento en que comienzan a transcurrir los términos.

3. Citación a personas jurídicas.-

Las personas jurídicas son citadas a través de su representante legal o procurador, haciendo constar en la demanda el nombre de éste y la función que desempeña o cargo que ostenta.

La diligencia de citación se hace en la misma manera que a las personas naturales, pudiendo hacerse , como está indicado, en la oficina de la persona jurídica, así como en la residencia de su representante legal, personalmente o mediante tres boletas.

4. Citación por la prensa.-

Según el Art. 86 CPC, si al actor es imposible determinar el lugar de residencia del demandado, debe expresar dicho desconocimiento bajo juramento, y solicitar que se lo cite por la prensa, mediante 3 publicaciones que deben hacerse en fechas distintas en uno de los periódicos de amplia circulación del lugar. Si en dicho lugar no circula periódico alguno, debe hacerse entonces en uno de amplia circulación de la capital de la provincia. Finalmente, si no lo hubiere, el Juez designa uno de amplia circulación nacional para que se publiquen las referidas citaciones. Dicha publicación debe contener un extracto de la demanda y de la providencia respectiva. Cuando la citación de una demanda ejecutiva se realiza por la prensa, el accionado tiene un término de veinte días, además de los tres iniciales, para cumplir el auto de pago.

5. Citación a herederos.-

Básicamente, la citación a los herederos es en la misma manera que hemos detallado; es decir, personalmente o por 3 boletas, y a aquellos cuya individualidad sea imposible determinar (herederos desconocidos), o cuya residencia se desconozca y sea, así también, imposible determinar, se los citará por la prensa, en los mismos términos del Art. 86 antedicho, concediéndose, así también, veinte días adicionales de término para pagar o proponer excepciones.

6. Citaciones al Estado.-

Cuando el juicio se propone contra cualquier entidad del Estado, debe tomarse en cuenta lo prescrito por el Art. 83 CPC, que dice:

“Toda demanda contra el Estado se citará en la forma legal al Procurador General del Estado, quien podrá contestarla directamente o dar instrucciones para la defensa al respectivo Ministro o Agente Fiscal del lugar en donde se hubiere propuesto la demanda”.

Existen muchos aspectos variables en las citaciones al Estado, que dependen de las circunstancias, en lo que no es nuestra intención profundizar. Sin embargo, soy de la opinión de que las citaciones al Estado deberían simplificarse para permitir que el ciudadano tenga acceso a la justicia en términos menos onerosos.

Entre las reformas que estimo necesarias, debería existir la posibilidad de que las citaciones al Estado sean practicadas en la persona del Delegado Distrital de la Procuraduría de la provincia respectiva, para evitar el costo que significa trasladarse hasta la capital, para quienes no habitan en ella.

7. Citaciones fuera de la jurisdicción territorial del Juez.-

Cuando el demandado tiene su residencia o habitación en un cantón extraño a la jurisdicción del Juez de la causa, pero dentro de la República, se aplica la anteriormente mencionada disposición del Art. 204 LOFJ, en concordancia con el Art. 91 CPC; es decir, debe deprecarse la diligencia de citación. Generalmente, cuando se va a realizar una diligencia preventiva en otro cantón, y luego citar al demandado en ese mismo cantón, el deprecatorio puede ser uno solo. Esto, sin embargo, no impide que pueda haber deprecatorios independientes para las diligencias preventivas y para la citación.

Si la citación debe realizarse a una persona que tenga su domicilio fuera de los límites de la República, ésta debe hacerse por exhorto. El trámite de citación por exhorto es muy similar al del deprecatorio, con la diferencia de que éste se realiza directamente, y aquél con mediación del Ministerio de Relaciones Exteriores, y puede, en la práctica, realizarse solamente a aquellos Estados con los cuales nuestro país mantenga relaciones diplomáticas.

En todos los casos de citación en un lugar ajeno al del proceso, el

Juez concede un término adicional al establecido por la ley, en razón de la distancia. Así, mientras más distante esté el lugar donde deba realizarse la citación, mayor será el término concedido por el Juez de la causa.

8. Citación tácita.-

La citación puede también ser tácita cuando el demandado *“manifiesta que conoce determinada petición o providencia, o se refiere a ella en escrito o en acto del cual quede constancia en el proceso”*.

Este caso, contenido en el Art. 88 CPC, se aplica también para las notificaciones. Así, la parte que realiza dicha manifestación o referencia, se considera citada (en el caso del demandado) o notificada (sea el demandado o el actor), *“en la fecha de presentación del escrito o en la del acto a que hubiere concurrido.”*

Con este antecedente, estaría de más explicar lo irrazonable que constituye cuando el demandado comparece al proceso con frases como: “no me considero legalmente citado en este juicio...”, o, “espero que la citación a mi persona se cumpla en forma legal...”; puesto que, al comparecer, está legalmente citado, o notificado, cualquiera sea el caso. Estos casos no son muy comunes actualmente, pero hubo una gran cantidad de ellos cuando nuestra legislación procesal incluyó la norma jurídica de la citación tácita.

En el caso del demandado que comparece, dando lugar a la citación o notificación tácitas, se debe suspender inmediatamente la

diligencia pendiente de citación o notificación, según sea el caso, puesto que son innecesarias, y debe sentarse razón en el proceso de que dicha citación o notificación está cumplida en los términos del precitado Art. 88.

Pese a que la ley no es totalmente clara al respecto, la manifestación de conocimiento de “determinada petición o providencia” debe ser hecha directamente por la parte, dentro del proceso. Por ejemplo, si para que surta el efecto entre los Arts. 88 y 440 CPC, el actor incorpora un documento en que el demandado hace referencia al juicio, pero que ha sido presentado en una actuación judicial ajena, no existe citación tácita.

La citación tácita sólo puede darse cuando el demandado sabe y está consciente de que ha intervenido en el proceso, sea por voluntad, sea por negligencia; pero no es posible “hacerlo intervenir”, porque se atentaría contra el derecho a la defensa. Para mejorar la redacción de la ley sobre la comunicación tácita, bastaría con trasladar un segmento del artículo, que podría quedar así: *“si una parte manifiesta que conoce determinada petición o providencia, o se refiere a ella ^en el proceso,^ en escrito o en acto del cual quede constancia,≈ se considerará citada...”*

Capítulo V

La contestación a la demanda

1. El allanamiento.-

Si bien es poco común, existen casos en los cuales la parte demandada reconoce expresamente su obligación para con la parte actora. Sin embargo, el abogado patrocinador del actor debe ser muy cuidadoso en estos casos, puesto que podrían presentarse allanamientos aparentes, que provocan la pérdida de derechos de los clientes, e incluso podría significar la pérdida del juicio.

Además, el allanamiento puede asemejarse al desistimiento, porque la parte se declara vencida judicialmente, antes de sentencia; pero aquél debe ser aprobado mediante sentencia, mientras que en el desistimiento sólo hará falta el reconocimiento de firma. Sin embargo, por esta similitud, los juzgadores suelen ordenar el reconocimiento de firma en un allanamiento, antes de proveer al respecto. En ocasiones, esto puede ocurrir especialmente cuando el demandado comparece antes de ser citado y el juicio podría quedarse estancado mientras no se cumple el reconocimiento de firma; y por último, al no poder confirmarlo, el juez podría dejar sin efecto tal allanamiento y ordenar que se cumpla con la citación judicial, lo que significaría un gran

desperdicio de tiempo procesal.

En las circunstancias antedichas, otra posibilidad es que el juez pronuncie sentencia aprobando el allanamiento, y después el demandado alegue la nulidad de la sentencia, por falta de citación.

Por ello, cuando se trata de un juicio ejecutivo, la forma más efectiva de allanamiento es el silencio durante el término para proponer excepciones, y cualquier declaración durante ese término, aunque sea allanamiento, debe ser cuidadosamente analizada.

2. Incumplimiento del auto de pago.-

En el 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.

En caso de cumplir con la orden del Juez, pagando la obligación demandada, a menos que el actor requiera de una liquidación actualizada de la deuda, el juicio debe terminar, por cuanto se ha extinguido la obligación.

La tercera opción del demandado es proponer excepciones a la demanda. Esto significa que si el demandado considera que las

pretensiones del actor no son legales, o son exageradas, tiene el derecho de contradecirlas. Es en dicho momento cuando comienza el juicio propiamente dicho, trabándose la litis entre los fundamentos expresados en la demanda y la respuesta a dichos fundamentos, contenidos en las excepciones. Es sobre estos puntos que el Juez debe tomar su decisión.

3. Las excepciones.-

En el Derecho Procesal, conocemos como excepciones los títulos o motivos que como medio de defensa, contradicción o repulsa, alega el demandado para excluir, dilatar o enervar la acción o demanda del actor; por ejemplo, el haber sido juzgado el caso, el estar pagada la deuda, el haber prescrito la acción, el no ser él la persona contra la cual pretende demandarse, etc.

En el juicio ejecutivo, ciertas excepciones podrían no ser efectivas, por ejemplo “falta de causa” de un título valor. Por lo general, las admisibles son la incompetencia de jurisdicción; falta de personería en el demandante, en el demandado o en sus procuradores o apoderado; litis pendencia en otro juzgado o tribunal competente; falsedad; inejecutividad del título o de la obligación; prescripción; fuerza o miedo de los que, con arreglo a la ley, hacen nulo el consentimiento; pago; compensación de crédito líquido que resulte de documentos que traiga aparejada ejecución; quita, espera o remisión; novación; y, transacción. También podrá el deudor alegar la nulidad de la ejecución por violación

de las normas que para ella han sido establecidas en la ley procesal.

Los fundamentos de hecho y de derecho con que el demandado ejerce su derecho de defensa en una controversia judicial, son conocidos con el nombre de excepciones

Las excepciones, al ser una contestación a la demanda, deben hacerse solamente como respuesta a las pretensiones del actor, y no pueden abarcar otros campos no propuestos por el actor.

Debemos recordar que el actor o demandante es la parte activa del juicio, y es quien lleva la iniciativa y realiza una propuesta al Juez para que obligue a la parte pasiva, que es el demandado, teniendo éste la oportunidad de defenderse. Dentro de este contexto, si bien el accionado puede presentar alternativas para la propuesta -como por ejemplo una fórmula de pago, transacción o novación para la solución de una obligación vencida- no debe plantear excepciones a asuntos que no sean materia de la litis; es decir, que no hayan sido propuestos por el demandante.

Por ejemplo, imaginemos que por incumplimiento de un contrato de compraventa de un inmueble, el frustrado comprador demanda al vendedor el pago de arras; y el accionado se excepciona aduciendo que tomó la decisión de vender el inmueble a otra persona, y por lo tanto existe una imposibilidad jurídica para contraer la compraventa.

Evidentemente, como la reclamación no ha sido que el juez disponga la celebración del contrato de compraventa, sino el pago de arras, sería totalmente incongruente que el demandado se excepcione

sobre un punto no controvertido.

Otro ejemplo podríamos encontrar en la demanda del saldo de una deuda, en cuyo texto el actor hace fiel y expresa referencia a todos los abonos que ha recibido del deudor, con indicación de las fechas. En ese caso, la excepción de pagos parciales sería improcedente, puesto que la demanda constan reconocidos, y por lo tanto no hay controversia sobre los mismos. Es más, una excepción de pagos parciales en ese caso sería indicio de mala fe por parte del demandado.

4. Término para proponer excepciones.-

Una vez citado el demandado, debe transcurrir el término fijado por el Juez en el auto de pago para que el demandado pague el valor de la deuda. Este término es de tres días, término que puede ser mayor en determinados casos, como cuando el demandado reside en un lugar distante al del Juzgado, para cuyo efecto se le concede un término especial por la distancia; o como cuando la citación se la realiza por la prensa.

Pero en muchos casos, el término podría pasar desapercibido y extinguirse sin que se haya propuesto excepciones. Al respecto, el abogado que defiende el caso debe ser muy meticulado sobre el transcurso de los términos, porque si el litigio es perdido por un descuido de su parte, podría verse obligado al pago de indemnización pecuniaria a su cliente y/o otras sanciones, por mala práctica jurídica.

Los errores más comunes que ocurren en estos casos, se

relacionan, en su mayoría, por la relación causa-efecto entre los Arts. 88 y 440 CPC que hemos anteriormente analizado. Podría parecer exagerado afirmarlo, pero éstos sí ocurren, y son:

1.- La comparecencia del demandado, dentro del término, señalando casilla judicial para notificaciones, pero sin proponer las excepciones. Esto suele ocurrir cuando el profesional confunde al juicio ejecutivo con otros tipos de trámite.

2.- Es también nefasto cuando el demandado comparece, dentro del término legal, para solicitar se le confieran copias certificadas del proceso, y decide esperar a que le lleguen las boletas de citación.

3.- Cuando comparece el demandado para expresar que la citación no ha sido realizada correctamente, y que por lo tanto no está legalmente citado. Si no propone excepciones dentro del término legal, el Juez debe pronunciar sentencia.

4.- Si el demandado propone excepciones dentro del término, pero no firma el escrito mediante el cual las propone, o su abogado no ofrece poder o ratificación. El escrito así presentado no tiene validez alguna; es como si no existiera.

5.- Se considera no ser hábil un día que sí lo es, como por ejemplo, los días de fiesta de Carnaval, o el 12 de octubre, por lo que al pensar que dispone de mayor tiempo, se presenta el escrito de excepciones extemporáneamente^{27[27]}.

^{27[27]} Código del Trabajo: “Art. 65.- Días de descanso obligatorio.- Además de los sábados y domingos, son días de descanso obligatorio, los siguientes: 1o. de enero, viernes santo, 1o. de

6.- La intervención de palabra por parte del demandado en una diligencia preventiva, si en el proceso queda constancia de dicha intervención. En este caso, el demandado está considerado citado desde la fecha de dicha diligencia. Aunque esto es imposible de remediar, el abogado debe verificar inmediatamente el proceso, para proponer excepciones dentro de los 3 días hábiles subsiguientes. Los profesionales del derecho deben exhortar a sus clientes a no tomar acciones sin previa asesoría legal, que debe ser práctica común y no excepcional, para prevenir efectos legales irreparables.

7.- Se ha dado que las excepciones no son presentadas por ausencia del Secretario, o del Oficial Mayor autorizado por el Juez, que reciba los escritos. Si tal ausencia ocurre, el escrito de excepciones debe ser presentado ante cualquier otro Secretario, en los términos del Art. 121 LOFJ, que en lo pertinente, dispone que:

“en caso de falta del secretario que actúe en una causa, durante las horas de despacho, la fe de presentación podrá ser puesta por cualquier secretario de otro juzgado del lugar...”

8.- No presentar las excepciones, al encontrar cerrado el Juzgado, por ser más tarde de las 18h00. En este caso, el abogado debe tratar de localizar al Secretario del Juzgado en su domicilio, para que éste reciba el escrito de excepciones, tomando en cuenta lo ordenado por el Art. 309 CPC, que expresa que:

mayo, 24 de mayo, 10 de agosto, 9 de octubre, 2 de noviembre, 3 de noviembre, y 25 de diciembre.

Lo son también para las respectivas circunscripciones territoriales y ramas de trabajo, los señalados en las correspondientes leyes especiales”

“todos los términos se cuentan desde que se hizo la última citación o notificación; han de ser completos y correrán, además hasta la media noche del último día...”,

sin perjuicio de su facultad de presentar el escrito ante el Secretario de otro Juzgado.

9.- La interposición de excepciones dentro del término legal, pero, equivocadamente en otro juicio, o en otro Juzgado.

10.- Si el demandado comparece para apelar del auto de pago, cae también en un craso error, puesto que, por disposición del Art. 446 CPC, éste sólo puede apelar de la sentencia. Por lo tanto, si el demandado cree que el Juez cometió un error al dictar el auto de pago, puede solicitar la revocación del mismo, o proponer excepciones al respecto; mas no apelarlo.

11.- Un caso sui géneris ocurre si el demandado, con su firma, propone excepciones dentro del respectivo término, pero sin el patrocinio de un abogado. Hay quienes consideran que esa comparecencia no surte los efectos de citación tácita, porque la falta de firma de un abogado nulita el escrito.

Mas el sentido común indica que al proponer excepciones, aunque no tenga firma de un abogado patrocinador, el demandado deja constancia en el proceso de que conoce de la demanda y su calificación. Aunque no haya sido citado regularmente, existiría citación tácita; y como efecto de la falta de patrocinio profesional, ese documento no constituiría un “escrito” propiamente dicho, pero sí sería un *“acto del*

cual quede constancia en el proceso”.

En consecuencia, no tienen valor jurídico las excepciones, pero es indiscutible la citación tácita. El requisito de patrocinio profesional es una medida de protección a los abogados, contra el tinterillaje.

12.- Ha habido casos en que el demandado, conociendo de la demanda, y sin haberse dictado el auto de pago, propone excepciones. En este caso, las excepciones no tienen validez, puesto que éstas sólo pueden proponerse en cumplimiento del auto de pago, y si éste no ha sido dictado, es una mera expectativa, que no constituye derecho, y mal puede el demandado cumplir con una providencia que no existe.

Lo anterior podría darse sin problemas en otro tipo de juicios, en que el demandado comparece sólo para señalar casilla judicial para notificaciones. En el juicio ejecutivo, el demandado debe esperar que se dicte el auto de pago para luego proponer excepciones. No pueden existir excepciones sin auto de pago.

Para proponer excepciones, es importante considerar desde cuándo deben contarse los términos. Al respecto, el Art. 309 CPC, establece que *“los términos corren desde la última citación o notificación practicada.”*

Esta disposición, que se aplica para toda clase de procesos, nos da, en algunos casos, un espectro mucho más amplio, no sólo para proponer excepciones, sino también para cualquier acto otro procesal para el cual se haya fijado un término. Por ejemplo, si en un juicio se ha demandado a dos personas, digamos, deudor principal y garante. Al

deudor principal se lo citó personalmente, un 12 de marzo; pero al garante se lo citó mediante tres boletas, la última de ellas entregada el 16 de abril. El término para proponer excepciones dentro de ese juicio comenzará a discurrir desde el 16 de abril, inclusive para el deudor principal.

La extemporaneidad significa “fuera de tiempo”; y en conclusión, las excepciones serán extemporáneas si son propuestas antes de la notificación del auto de pago, o después de vencido el término.

5. Clases de excepciones.-

Según nuestro Código de Procedimiento Civil, existen dos clases básicas de excepciones:

a) Dilatorias, que son excepciones de puro derecho. En los juicios ejecutivos encontramos, por lo general, excepciones relativas a la falta de competencia del Juez; a la falta de poder, falta de personería o incapacidad legal del actor; inejecutividad del título o de la obligación, entre otras; y,

b) Perentorias, que son excepciones que se refieren a hechos, debiendo por lo tanto probarse la existencia de dichos hechos. Las más comunes, en los juicios ejecutivos son: Plus petitio, pagos parciales, litis pendencia, pago total de la deuda, novación, cosa juzgada y en general, las que el IV Libro del Código Civil establece como modos de extinguirse las obligaciones.

En el juicio ejecutivo, estos dos tipos de excepciones deben ser propuestas conjuntamente, dentro del término legal. Cuando la demanda se basa en sentencia ejecutoriada, sólo se admiten las excepciones que hubieren surgido después de la ejecutoria de dicha sentencia.

Las excepciones deben ser concretas y en lo posible enumerarse, debido a que son la contradicción a la demanda sobre lo cual se va a trabar la litis. Así, no cabe que, por ejemplo, si un demandado ha propuesto como única excepción la inejecutividad del título, presente posteriormente prueba de pagos parciales; ya que aunque éstos se demuestren legalmente, no tendrán validez alguna por no haber sido propuestos como excepción, y no podrán ser considerados por el Juez para el fallo; en términos más sencillos, el deudor tendría que pagar nuevamente.

Lo que sí procede hacer es proponer cualquier excepción de tipo perentoria, antes de abrirse la causa a prueba; es decir, se puede proponer cualquier excepción que sustente alegar la extinción parcial o total de la obligación, sea novación, prescripción, pago, confusión, o cualquiera otra que implique extinción de la obligación.

Nuestra legislación divide también a las excepciones en “*de hecho*” y “*de derecho*”. Las excepciones de hecho se refieren a lo ocurrido en la relación entre el acreedor y el deudor, por ejemplo, ampliación del plazo, remisión, abonos.

Las excepciones de derecho acuden a las razones jurídicas que

hacen improcedente la demanda, sin que necesariamente afecten a la existencia de la obligación, sea por incompetencia, inejecutividad, falta de poder.

En términos generales, podríamos decir que las excepciones de hecho son equivalentes a las excepciones perentorias; y las de derecho a las dilatorias, aunque pueden darse casos en que no coinciden esos conceptos, como cuando simplemente se enuncia “inexistencia de la obligación”.

6. Calificación de las excepciones.-

Una vez que el demandado ha propuesto excepciones dentro del término legal concedido para el efecto, el Juez debe analizar dichas excepciones, manifestando si éstas son solamente de derecho, o si contienen hechos que deban justificarse.

Si las excepciones son de puro derecho, el Juez debe correr traslado de ellas al demandante, en el mismo día de propuestas, por el término de tres días. El ejecutante debe contestar el traslado en el término indicado, emitiendo un pequeño alegato al respecto de las excepciones propuestas. Una vez transcurrido dicho término, haya o no contestado el accionante al traslado de las excepciones, el Juez debe pronunciar sentencia.

Si entre las excepciones se encuentran relacionados hechos que deban justificarse o probarse, el Juez debe conceder el término de seis

días para que se practiquen las pruebas pertinentes^{28[28]}.

Pueden haber casos en que las excepciones propuestas no sean concretas; no sean claras; o se refieran a hecho imposibles. Por ejemplo, si un demandado propone como excepción la “inejecutividad de la demanda”, el Juez debe considerar que no ha habido excepción alguna, ya que la demanda no puede, obviamente, ser ejecutiva; y por lo tanto, dicha excepción es un hecho imposible. En este caso, el Juez debe pronunciar sentencia conforme al Art. 440 CPC.

Previo a la concesión del término de prueba, el Juez está obligado, en los términos del Art. 1065 CPC, a convocar a las partes a una junta de conciliación, señalando día y hora^{29[29]} para la celebración de la misma. En este caso, el Juez debe procurar “por todos los medios aconsejados prudentemente por la equidad”, que los litigantes lleguen a un acuerdo. Si se logra el acuerdo, el Juez debe aprobarlo y declarar concluida la litis, teniendo dicho acuerdo autoridad de cosa juzgada, y debiendo procederse a su ejecución. Lamentablemente, es preciso decirlo, los jueces no cumplen con su obligación de procurar la conciliación, sino que, al contrario, muchas veces ni siquiera forman parte de la junta, sino hasta el momento de firmar.

Si la junta de conciliación es infructuosa, el juicio se sigue sustanciando de manera normal, debiéndose entonces sí, conceder término de prueba.

^{28[28]} Art. 443 CPC.

^{29[29]} Código de Procedimiento Civil: “Art. 1.059.- Cuando se señale hora para que tenga lugar una diligencia judicial, se entenderá que considerará que ha incurrido en rebeldía por falta de comparecencia la parte que no ha concurrido transcurridos diez minutos después de la hora fijada”.

7. Excepciones más comunes.-

La cantidad de excepciones que se pueden proponer a una demanda por vía ejecutiva es muy amplia; más aún cuando las excepciones se refieren a hechos que necesitan comprobación.

En algunos casos, la cantidad de leyes que se emiten, y la gran velocidad con que cambia nuestra legislación, pueden volver infinito este número de excepciones posibles.

1.- Inejecutividad del título.-

Esta excepción debe entenderse pertenecer intrínsecamente al título con que se demanda. Generalmente, los títulos a los que la ley otorga carácter de ejecutivos, requieren de elementos esenciales. Por ejemplo, las letras de cambio son un instrumento ampliamente utilizado comercialmente, pero que sin embargo, debido a la escasa asesoría legal solicitada para cuestiones de trámite, generalmente es objeto de errores en su emisión, que pueden desvirtuar su carácter de letra de cambio, y en consecuencia, de título ejecutivo.

Uno de los errores más comunes que encontramos respecto de la emisión de la letra de cambio, es cuando el deudor suscribe el documento en el anverso, donde debe ir la firma del emisor, pero no la firma al reverso, donde debe constar la aceptación. Este es solamente uno de los innumerables casos que podrían darse.

Otro caso muy común es un pagaré en el que no se ha indicado la

ciudad en que fue suscrito, elemento esencial de ese título. Por la ausencia de ese requisito, el instrumento conserva su calidad de prueba de la obligación, pero deja de ser pagaré, perdiendo por lo tanto su calidad de ejecutivo y su posibilidad de demandarse en juicio ejecutivo.

Cuando se demanda el pago de una deuda, el actor debe justificar causa y objeto. En un juicio ejecutivo, la causa es el título mismo, y el objeto es la obligación contenida.

Aparentemente, no sería procedente alegar falta de causa ante la presencia del título; pero sí es posible objetar *la causa de la causa*, por la cual el accionado debe demostrar que no existió causa alguna para la emisión del título ejecutivo. Si no existe causa alguna para la existencia del título, entonces éste no produce causa.

En términos más sencillos, el Art. 1510 CPC establece que “*la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa*”. Si esa promesa consta en un título ejecutivo, entonces el título carece de causa.

Esa excepción, aunque implica la *falta de causa de la causa*, por lo general es simplemente propuesta como “falta de causa”.

2.- Inejecutividad de la obligación.-

Observamos en el Capítulo I que para ser ejecutivas, las obligaciones deben ser claras, determinadas, líquidas, puras y en términos generales, de plazo vencido. La falta de cualquiera de estos requisitos puede inhabilitar la acción ejecutiva.

Sin embargo, a esos requisitos debemos añadir el concepto general de que el objeto debe ser moral y humanamente posible; y así como el título se asemeja a la causa, la obligación constituye su objeto.

Las obligaciones ejecutivas son líquidas, es decir, en numerario. Por ello, el cumplimiento de una obligación ejecutiva sólo podría ser humanamente imposible si se tratase de algo contrario a las leyes de la naturaleza.

Mas sí podría ser moralmente imposible, es decir, *“prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o el orden público”*.

Imaginemos la ejecución de un préstamo usurero: Es muy posible que el título portado por el acreedor sea uno de los que la ley señala como ejecutivo, y que la obligación contenida en ese título reúna los requisitos de ejecutividad. Sin embargo, al pretenderse el cobro de intereses a una tasa agiotista contenida en el título, se estaría contraviniendo el derecho público, que prohíbe y castiga la usura, por lo que el objeto sería ilícito.

En la misma línea, la licitud del objeto es requisito sine qua non *“para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad”*. En consecuencia, esa declaración de voluntad del demandado no produciría obligación para con el actor.

La anterior conclusión podría resultar exagerada y extrema, porque la persona que recibió el préstamo debe pagarlo, y parecería en definitiva injusta para el prestamista. Análogamente, también sería injusto para un mercenario que el autor intelectual de un asesinato no

le pague por su trabajo.

Otros ejemplos de imposibilidad moral sería la venta de esclavos y el narcotráfico. El vendedor no tiene derecho alguno para el cobro del precio, sin que esto signifique condonación de la deuda para el comprador, quien tampoco adquiere derecho alguno sobre lo comprado.

8. Excepciones contradictorias.-

Hay muchas excepciones que pueden ir de la mano, como pagos parciales con plus petitio, inejecutividad del título y obligación, o falta de causa con objeto ilícito; pero otras que por su naturaleza son contradictorias, como plus petitio con la falsedad del instrumento, novación con ampliación de plazo, o pagos parciales con falta de legítimo contradictor.

La falta de preparación, o la premura para contestar a una demanda puede producir que la defensa sea endeble. El actor debe saber aprovechar esa circunstancia, y el accionado procurar no cometer tales errores.

En muchos procesos civiles encontramos la práctica reiterada de proponer la excepción de “negativa simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda”, fundamentalmente porque la misma significa que será el actor quien tenga la responsabilidad de la prueba; pero en el juicio ejecutivo, generalmente basta con el título para probar la obligación, lo que ha obligado a quienes utilizan la dilación como su principal elemento de defensa, a añadir unas cuantas más excepciones

que, debido a su fin dilatador, generalmente no tienen sustento jurídico, ni forman parte de un plan estratégico de defensa, sino que simplemente son enunciadas repetitivamente, lo que se conoce como “excepciones de cajón”.

La familiaridad adquirida con las excepciones de cajón, ha hecho que la mayoría de los juzgadores consideren que es normal su presencia, y muy pocas veces las relacionan con las otras, como debe ocurrir, puesto que las excepciones son la versión del demandado; y si existe contradicción entre las excepciones, la versión del demandado es contradictoria.

Aunque generalmente se estima que la negativa simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda son relleno en las excepciones, debe valorarse su significado: una negativa que en la forma más simple, es: “nada de lo que consta en la demanda es cierto”; por ejemplo, el padre que en un juicio de alimentos alega la negativa simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda, está expresando que él no es el padre del menor. Como ejemplo de contradicción de excepciones en un juicio ejecutivo, veamos la siguiente resolución tomada en mayo de 1944, publicada en la GJ, 6ª Serie, N° 14, pág. 808, en lo pertinente:

*“Demandado el pago de una suma de dinero, el demandado dice:
1º Alego prescripción de las letras de cambio en que se basa la demanda;
2º No debo la cantidad por la que se me ha demandado; y 3º Niego en el hecho y en el derecho los fundamentos de la demanda; y, por*

consiguiente, el derecho del actor para demandarme en la forma que lo ha hecho... La negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda contradice las otras dos excepciones, ya que no se extinguen por la prescripción sino los derechos que han existido, ni se debe sólo parte de una obligación que no se ha contraído.”

En el caso aludido, la demanda se funda en dos letras de cambio aceptadas por el demandado, quien, al negar los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, niega haber aceptado esas letras de cambio.

Mas, al alegar que las letras de cambio en que se basa la demanda están prescritas, el demandado reconoce que aceptó esas letras de cambio que dieron lugar a la acción de pago; es decir, acepta la existencia de la obligación, pero alega que esta acción ha prescrito.

La prescripción o no de una acción es intrascendente si la obligación nunca nació; en otras palabras, si no hubo aceptación, no puede existir prescripción de una obligación que nunca ha existido. En consecuencia, así propuestas, estas dos excepciones resultan contradictorias.

Asimismo, resultan contradictorias la excepción de negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y la de que no se debe la cantidad por la que se ha demandado, porque esta última reconoce deber, aunque sea una suma menor a la demandada.

No habría tal contradicción, si las excepciones hubieran sido

deducidas subsidiariamente^{30[30]}, ya que las excepciones deben formar un todo en la defensa y aunque pudiesen lucir esparcidas, no deben afectar la credibilidad entre una y otro.

Volviendo al ejemplo de que quien alega negativa simple de los fundamentos en un juicio de alimentos, está negando su calidad de padre, esta conclusión se obtiene del vocablo principal de esa excepción: “fundamentos”.

Fundamento significa la base, el cimiento de la obligación. La obligación de alimentos proviene de la calidad de padre, porque si no fuese el padre, no existiría tal obligación, y en consecuencia el fundamento de la obligación, es su calidad de padre.

Por otro lado, la manera más simple de una negativa es decir “no”, lo que en conjunto con lo anterior significaría decir “no soy el padre”.

Para contrarrestar esta interpretación, podría alegarse que el fundamento para la demanda no es su calidad de padre, sino la renuencia a costear los alimentos; y que esa excepción significa “no hay renuencia en mí a costear alimentos”, o “no hay fundamento para el monto que es pretendido”, o “no voy a pagar alimentos (porque mi capacidad económica no me lo permite)”; pero en todo caso, las excepciones que se planteen deberán ser congruentes y guardar armonía entre ellas.

^{30[30]} Juan Isaac Lovato, Programa Analítico del Derecho Procesal Civil Ecuatoriano, V Tomo, pág. 227.

Capítulo VI

La conciliación

1. Junta de conciliación.-

La sección del Código de Procedimiento Civil que trata sobre los juicios ejecutivos no hace referencia alguna a la celebración de una junta para buscar un acuerdo entre las partes litigantes. Sin embargo, en el Art. 1065 ibídem entre las Disposiciones Comunes a este Código, se establece que:

“en el ejercicio de la jurisdicción contenciosa, el juez de primera instancia o el de segunda en su caso, hallándose la causa en estado de prueba y antes de conceder término para ésta, convocará a las partes a una junta de conciliación, señalando día y hora; junta que no podrá postergarse ni continuarse por más de una vez. Procurará el juez, por todos los medios aconsejados prudentemente por la equidad, hacer que los contendientes lleguen a un avenimiento. De haberlo, aprobará el Juez y terminará el pleito; de otra manera, continuarán sustanciando la causa.”

Aquí encontramos uno de los fines de la administración de justicia, tan venido a menos, que es el acuerdo entre las partes.

En el juicio ejecutivo, que fue ideado para exigir el pago de numerario, encontramos siempre dos partes, que son acreedor y deudor. El acreedor está obligado desde el inicio a justificar su crédito, por lo cual generalmente se considera que éste ha lugar, y por lo tanto se ordena que el deudor pague, o proponga excepciones, de haberlas. Lamentablemente, la falta de una verdadera sanción para el demandado que inventa excepciones, produce que el juicio de dilate de una manera extremadamente perjudicial para el acreedor. La condena en costas actual es una invitación a dilatar los procesos, debido al poco monto que ellas representan, llegándose al punto de que en algunos juicios es más alto el honorario del perito que liquida los intereses que el valor de las costas procesales, lo cual no sólo ha venido causando perjuicio económico al accionante, que no puede recuperar su crédito, sino también al estado, que subsidia la administración de justicia.

Con todas estas facilidades para la dilatación de un proceso, más la intervención en muchos procesos de profesionales inescrupulosos, poco interés puede tener un demandado en llegar a la junta de conciliación para buscar un acuerdo que quede establecido en el juicio, cuando resulta más conveniente dilatar el proceso para debilitar la posición del acreedor y obligarlo a aceptar cualesquiera condiciones que quiera imponerle el deudor, bajo la conocida frase de “del ahogado el sombrero”, lo cual no siempre es exacto.

Además, a las juntas de conciliación generalmente nunca asisten actor y demandado, sino los abogados de éstos, lo cual torna aún más

remota la posibilidad de un acuerdo cuando los profesionales tienen un límite para negociar, y éstos límites no encajan entre sí, o simplemente no tienen autorización para negociar.

Por otro lado, si las partes tuviesen voluntad de llegar a un acuerdo, no sería necesario para el efecto la celebración de una junta en presencia del juez de la causa. Las partes podría en cualquier momento y estado de la causa dejar el juicio sin efecto y llegar a un acuerdo que convenga a sus intereses. Es por ello que considero que la junta de conciliación, lejos de ser un instrumento para la celeridad de la administración de justicia, no cumple con su cometido de culminar procesos por acuerdo entre las partes, sino que, por el contrario, entorpece la fluidez del juicio, presentado un obstáculo más en el camino del acreedor para recuperar su crédito. ¿Cuántos juicios conocemos que hayan concluido por acuerdo en la junta de conciliación?

Por lo anotado anteriormente, considero que la junta de conciliación debe ser reformada dentro del esquema del juicio ejecutivo, para procurar una mayor celeridad a este tipo de juicios. Para el efecto, en mi opinión debería reformarse la ley para que el Juez convoque a las partes a junta de conciliación sólo cuando ambas así lo deseen, expresa o tácitamente; debiendo además establecerse que si cualquiera de las partes solicita al Juez abrir la causa a prueba sin celebrar la Junta, el Juez provea en ese sentido, salvo que la otra parte anticipe una fórmula de conciliación.

Ahora, dentro del contexto de la junta de conciliación, cuando las partes llegan a un acuerdo, el Juez debe aprobarlo y terminar el pleito, con lo cual el acuerdo alcanzado entre las partes adquiere calidad de cosa juzgada. Esto podría considerarse apropiado para el caso de un pago total de la obligación, lo cual obviamente lo extinguiría; pero ¿qué ocurre en el caso de una novación, o una mera ampliación del plazo para el pago de una obligación?

Si en dichos casos termina el pleito y el deudor incumple el acuerdo, sería necesario nuevamente que el acreedor demande el pago de la obligación, y podría el deudor nuevamente proponer excepciones, y así sucesivamente, causando un perjuicio aún mayor al acreedor, cuando lo más recomendable sería que el pleito no concluya sino que, por el contrario, a menos que las partes expresamente acuerden en la terminación del juicio, éste se suspenda hasta la completa extinción de la obligación, teniendo el Juez la facultad de pronunciar sentencia sobre la base del acuerdo, en caso de incumplimiento del mismo.

2. Acuerdo Extrajudicial.-

Como he anotado previamente, la conciliación entre las partes litigantes no tiene necesariamente que darse en una junta dentro del juicio, sino que puede ocurrir extrajudicialmente. El efecto suele ser el mismo que si se hubiese alcanzado durante la junta; es decir, termina el juicio, ya que por lo general los acuerdos alcanzados entre acreedor y deudor extinguen la obligación, sea por pago, por transacción o por

novación, que son las maneras más comunes, o por cualquiera de las otras formas de extinción de las obligaciones que presenta el Art. 1610 CC. Si la obligación se ha extinguido, el Juez debe terminar el pleito y ordenar el archivo de la causa.

Sin embargo, nuevamente encontramos la posibilidad de que el acuerdo -cuando no sea solución o pago efectivo- sea incumplido por el deudor y sea necesario nuevamente demandar judicialmente el pago. La única manera de evitar de que un juicio termine con un acuerdo, es haciendo que la obligación demandada subsista como principal, pese al acuerdo, lo que es factible cuando el acuerdo significa una extensión del plazo de la misma deuda, pero que no la extingue, conforme a lo prescrito en el Art. 1692 CCv^{31[31]}; opción recomendable para efectos de asegurar los resultados del juicio.

El efecto es simple: el acreedor ha otorgado un nuevo plazo para el pago. En virtud de eso, la obligación ha perdido una de las principales características que la hacen ejecutiva: ser de plazo vencido. En consecuencia, teóricamente no puede exigirse su pago por vía ejecutiva.

Como la obligación no extingue, no hay motivo para que el juicio termine. Si el juicio no puede continuar su tramitación, pero tampoco puede terminar, entonces se suspende; y su modo de continuación depende de los términos del acuerdo, y de si éste fue alcanzado antes o

^{31[31]} Art. 1692.- La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituídas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación.

después de la citación del demandado.

Si el acuerdo de ampliación de plazo es alcanzado antes de que el demandado sea citado, y queda constancia del mismo en autos, ocurre el presupuesto del Art. 88 CPC; es decir, la citación tácita, lo cual podría, dependiendo del texto del acuerdo, traer como consecuencia el pronunciamiento de sentencia por falta de excepciones, prescrito en el Art. 440 ibídem, en caso de incumplimiento del acuerdo.

Para graficar mejor este caso, veamos un ejemplo de acuerdo extrajudicial en la manera antes indicada:

“Señor Juez Primero de lo Civil de Guayaquil:

Carlos Pérez, en el juicio ejecutivo 001-A-96 que he propuesto contra el señor Pedro Jiménez, a usted digo:

Extrajudicialmente, hemos llegado a un acuerdo con el demandado en esta causa, para brindarle facilidades para el pago de la deuda materia del presente juicio. El acuerdo consiste lo siguiente:

El accionado declara no tener excepción alguna a la demanda planteada en su contra.

El demandado se compromete a pagar al acreedor la cantidad de \$6.000, mediante abonos de \$500 los días 15 de cada mes desde septiembre de 1996 hasta agosto de 1997, inclusive.

Las partes dejamos constancia de que el acuerdo alcanzado no significa en modo alguno novación, sino simplemente facilidad para el pago de la misma deuda, a tenor de lo dispuesto en el Art. 1692 del

Código Civil.

Asimismo, las partes convenimos en que el acuerdo de facilidades para el pago de la deuda sólo tendrá validez en cuanto sea cumplido por el deudor. En caso de que el deudor incurriese en mora del pago de una cualquiera de las cuotas aquí establecidas por más de treinta días, este juicio deberá continuarse como inicialmente fue planteado, y los pagos realizados hasta esa fecha constarán como abono a la deuda.

En constancia de lo acordado, suscribe también el presente escrito el señor Pedro Jiménez.

Atentamente,

f) Actor f) Demandado f) Abogado ”

En el ejemplo arriba anotado, apreciamos que el demandado expresamente declara no tener excepción alguna a la demanda, al momento de comparecer a juicio, lo cual no obsta de que pueda, dentro del término concedido para el efecto, proponer alguna excepción.

Sin embargo, si se mantiene este esquema y el deudor no presenta excepción alguna, tendríamos las siguientes consecuencias:

1.- El Juez no podría pronunciar sentencia mientras el acuerdo esté siendo cumplido, porque al ampliar el plazo para el cumplimiento de la obligación, si bien no se produce novación, la obligación deja de ser de plazo vencido, lo que trae como consecuencia que ésta pierda temporalmente su calidad de ejecutiva. En consecuencia, el juicio debe detenerse en ese instante.

2.- Dado que en dicho escrito se deja expresa constancia de que no ha habido novación, ni intención de novar, sino una mera ampliación del plazo, habría lugar a que el Juez pronuncie sentencia en caso de que la ampliación del plazo haya fenecido y el deudor no la haya satisfecho, puesto que la obligación volvería a ser ejecutiva, y podría proseguirse el juicio en los términos del Art. 492 CPC, sin necesidad de repetir el auto de pago,

3.- La sentencia pronunciada dentro de este esquema no podrá ser materia de apelación, por cuanto la falta de excepciones causa inmediata ejecutoria, como lo dispone el Art. 440 CPC.

Amén de la realización de un acuerdo como el ejemplificado, quedó explicado que, aunque al momento de comparecer a juicio, el deudor haya expresamente declarado no tener excepción alguna a la demanda, tal declaración no conculcaría su derecho de proponer alguna excepción, dentro del respectivo término, pero tales excepciones solamente tendrían validez en subsidio del acuerdo; es decir, el demandado no podría impulsar el juicio y sustentar su defensa con sus excepciones, mientras está vigente el acuerdo.

En este caso, el escrito de excepciones podría ser así:

“Señor Juez Primero de lo Civil de Guayaquil:

Pedro Jiménez, en el juicio ejecutivo 001-A-96 que contra mí ha propuesto el señor Carlos Pérez, a usted digo:

Sin perjuicio del acuerdo extrajudicial que hemos celebrado las partes, propongo en subsidio las siguientes excepciones:

1. *Pagos parciales*

2. *Inejecutividad de la obligación*

3. *Plus petitio*

4. *Etc., etc.*

Atentamente,

f) Demandado f) Abogado ”

Igualmente habrá suspensión si el acuerdo fuese alcanzado después de que el demandado ha propuesto excepciones, en cualquier estado del juicio antes de que se pronuncie sentencia, pero la diferencia radica en que en caso de incumplimiento del acuerdo por parte del deudor, el juicio debe continuar desde el momento en que se suspendió, puesto que el acuerdo no significa renuncia a las excepciones. Por ejemplo, si el acuerdo que suspende el juicio ha tenido lugar después de la conclusión del término de prueba, la reanudación del juicio por incumplimiento del acuerdo debe hacerse con la solicitud al Juez de conceder término para que las partes aleguen, por haber sido aquél el estado de la causa. La sentencia que finalmente se llegue a pronunciar en un caso así, será susceptible de todos los recursos permitidos por la ley.

Por no ser habitual, esta forma de ampliación de plazo puede causar incertidumbre. Debemos considerar que el solo hecho de que el deudor conceda *esperas* durante el desarrollo de la acción judicial, significa que hay una ampliación del plazo. Por lo tanto, variar la

periodicidad de los plazos de pago, e incluso la tasa de intereses no significa novación, a menos que las partes así lo expresen, para lo que sería necesaria la extinción de la obligación antigua, que sería sustituida por la nueva obligación. No obstante, vale aclarar que en el supuesto referido, no hay novación porque las partes expresamente declaran que esa no es su intención, y la vigencia de la ampliación del plazo de pago pendería de una condición que, de no ser cumplida, se suprimiría, dándole vigencia al modo de pago original, como expresamente se ha determinado.

Al respecto, el Código Civil, en su Art. 1676, prescribe que

“si la antigua obligación es pura, y la nueva pende de una condición suspensiva, o si, por el contrario, la antigua pende de una condición suspensiva, y la nueva es pura, no hay novación, mientras está pendiente la condición; y si la condición llega a fallar, o si antes de su cumplimiento se extingue la obligación antigua, no habrá novación....”

La norma precitada es clara, aunque para nuestro ejemplo su redacción sea inexacta, puesto que si no hay novación, entonces no hay *nueva obligación*, sino una ampliación del plazo de pago de la misma obligación original.

Han existido reparos de índole moral sobre la estrategia de utilizar este tipo de acuerdos, antes de que el demandado proponga excepciones, para asegurar la sentencia a favor del acreedor en caso de incumplimiento del mismo. No concordamos con tales reparos, puesto

que toda persona tiene la facultad de consultar con un abogado cualquier demanda planteada en su contra o cualquier obligación que suscriba; y este tipo de acuerdos solamente es posible dentro del juicio ejecutivo, ya que en éste, la falta de contestación a las pretensiones del actor significan aceptación tácita de las mismas, al contrario de los demás tipos de procesos, donde el silencio del demandado significa negativa simple de los fundamentos de la demanda, en cuyo caso el juicio debe continuar y la carga de la prueba correspondería exclusivamente al actor

Es lícito también acordar la ampliación de plazo, sin perjuicio de la continuación del proceso, pero esta posibilidad no sería justa para el demandado, que muy difícilmente aceptaría un acuerdo tan perjudicial para sus intereses. Sin embargo, no podría iniciarse la etapa de ejecución mientras el plazo extendido no venza.

3. Desistimiento y abandono.-

1.- El desistimiento.-

Al escuchar desistir, inmediatamente vislumbramos una persona moviendo ligeramente su cabeza de un lado a otro, diciendo “mejor no”. ¿Por qué podría una persona pensar que es “mejor no” ejercer su derecho, o es “mejor no” negar la obligación que se le imputa, después de haberse dado el trabajo de contratar a un abogado para que lo represente en una acción judicial?

La respuesta sólo podría conocerse analizando cada caso particular y sus circunstancias; mas lo innegable es que -por una u

otra razón- quien desiste está admitiendo haber obrado mal, presunción en derecho, que no admite prueba en contrario. En otras palabras, quien desistió reconoce que, a sabiendas, estaba litigando solamente para violentar las normas de derecho que rigen a nuestra sociedad. Esta realidad es tan contundente que, con semántica imperativa, la normativa procesal civil establece que la parte que desiste “*debe ser condenada en costas*”, porque su arrepentimiento demuestra que nunca debió iniciar la acción judicial, y en el ámbito adjetivo penal, “*el desistimiento sólo cabe si el acusado consiente en ello dentro del proceso*”, disposición esta última para mantener al acusador particular vinculado al proceso, con la posibilidad de declaración de temeridad y hasta malicia en su acusación.

Volviendo al campo procesal civil, éste también prohíbe el desistimiento a quienes quieran por su medio eludir la acción de la justicia, además de aquellos a quienes esté prohibido comprometer la causa a arbitraje, esto para impedir que se desista de lo ajeno.

Particularmente, considero deshonroso un desistimiento, y la ley, para proteger a quien aparece desistiendo, exige tres requisitos:

- 1.- Que sea voluntario y hecho por persona capaz.
- 2.- Que conste en autos y reconozca su firma el que lo hace; y,
- 3.- Que si es condicional, conste el consentimiento de la parte contraria para admitirlo.

De esta manera, el juez podrá conocer personalmente a quien desiste, y percatarse si no está siendo obligado a ello, porque el

principal elemento del desistimiento es la voluntad que, por mandato de la ley, solamente queda confirmada con la comparecencia personal al reconocimiento de firma.

No es aplicable en estos casos la disposición del Art. 198 CPC, que otorga a los instrumentos privados *“tanta fe como un instrumento público”* cuando *“el autor del documento se niega a reconocerlo... dentro de tres días”*, porque esa disposición se refiere a los instrumentos privados, y todo escrito, desde que forma parte del proceso, es un instrumento público. El desistimiento es una declaración de voluntad que consta en un instrumento público al que la ley, para conferirle validez, exige de manera específica el requisito sine qua non del reconocimiento, otorgando al causante el derecho de oponerse mediante su simple silencio, e inclusive la posibilidad de dejarlo sin efecto.

Sobre el tercer requisito consta explicación en la siguiente sección, del desistimiento transaccional.

No existe en la ley una definición del desistimiento, pero sí están puntualizados sus efectos, que son:

- 1.- Volver las cosas al estado inicial, como si fuese una nulidad.
- 2.- Anular la posibilidad de cualquier demanda del actor, o de sus herederos, sobre el accionado, por la misma obligación.
3. Cuando el desistimiento se circunscribe a una instancia o recurso, éstos causan ejecutoria.
- 4.- Condena en costas para quien desistió.

2.- Desistimiento transaccional.-

Los desistimientos transaccionales son una de las prácticas más insensatas que podemos presenciar en un litigio, pero que se han hecho muy usuales, sobre todo por parte de los actores en juicios ejecutivos - en gran número instituciones financieras- cuando los litigantes llegan a un acuerdo para el pago de la deuda, sea por una remisión parcial, o por mejora de las garantías; o incluso por sustitución de deudor, dación en pago o cualquier otra circunstancia que implique que no será necesario para el actor continuar el impulso de la acción judicial para obtener el pago de la obligación.

Podría ser cierto que “un mal arreglo es mejor que un buen juicio” (frase que no comparto totalmente), pero someterse a la deshonra de un desistimiento para llegar a una transacción, es completamente impúdico e incoherente. Si las partes han dado solución a la obligación o al modo de pago de la misma, de modo que puedan prescindir de la acción judicial, significa que el deudor reconoce su obligación y el derecho del acreedor, siendo en consecuencia contradictorio que éste desista.

Nadie debe desistir cuando le asiste el derecho.

No obstante, cuando se llega a una transacción que involucra un desistimiento como parte de la misma, debe considerarse que la acción de desistir es una condición, por lo que, conforme al tercer requisito para la validez de un desistimiento, es necesario *“que si es condicional, conste el consentimiento de la parte contraria para admitirlo”*.

Estos casos son muy evidentes cuando las partes comparecen conjuntamente (o incluso mediante escritos separados), declarando una parte que desiste de la acción, a la vez que la otra parte renuncia a las costas procesales. En casos de esta naturaleza, la renuncia a las costas también constituye condición de la transacción, aunque no se lo manifieste expresamente. El elemento condicional consta a simple vista: “si no renuncias a las costas, no desisto”; y por otro lado, “si no desistes no renuncio a las costas”^{32[32]}.

Por eso, un desistimiento transaccional en términos iguales o similares a los anteriores, solamente podrá ser válido mediante el reconocimiento de firmas de ambas partes, en aprobación de la transacción.

En líneas anteriores, al referirme al acuerdo extrajudicial, cité un ejemplo que posibilitaría realizar el acuerdo, sin necesidad de terminar el juicio, ni de seguir impulsándolo, mediante la ampliación del plazo, sin que constituya novación. Si la intención de las partes es dar fin al litigio, lo procedente es solicitar al juez el archivo de la causa porque la obligación se extinguió, sea por transacción, por pago o por cualquier otra forma, sin necesidad de precisar detalles.

3.- Desistimiento de recursos o instancias.-

Este tipo de desistimiento es menor grave. En algunos casos, una de las partes puede interponer un recurso ante una decisión judicial que le pareció injusta o ilícita, pero después decide aceptarla porque le

^{32[32]} Cabe aclarar que sólo es posible la renuncia universal a las costas, porque la renuncia específica a las costas causadas por el desistimiento es imposible sin la verificación de éste.

es más conveniente para no dilatar más el proceso, o porque se percató de haberse equivocado. Por ejemplo, si un juez ha ordenado el pago de capital e intereses, y costas, pero no del reintegro de las expensas judiciales, podría el actor interponer el recurso de apelación de dicha providencia, y promover así la segunda instancia. Sin embargo, podría después desistir de ese recurso de apelación para agilizar la ejecución, o por darse cuenta de que en su demanda no constaba la exigencia de tal rubro.

El efecto, como está señalado en líneas anteriores, es que la decisión que fue objeto de la apelación, queda ejecutoriada.

4.- El abandono.-

Podríamos decir que el abandono es la versión inferior del desistimiento. Hemos dicho que quien desiste está admitiendo haber obrado mal; de la misma manera, el que abandona demuestra actuar negligentemente, y también será condenado en costas.

El abandono no afecta la facultad de demandar nuevamente la misma obligación, que el accionante conservará, siempre y cuando no haya prescrito su acción; y si el abandono operase sobre una instancia, quedará ejecutoriada el fallo que se recurrió, pero podrá continuarse el juicio. En todo lo demás, los efectos son los mismos que los del desistimiento.

5.- Tiempo para verificar el abandono.-

Las disposiciones de carácter procesal civil en que se hace referencia a tiempo, siempre han sido concebidas sobre la base de

términos, cuyo período no comprende los días inhábiles. El transcurso de un término comienza a las 0h00:00 del día siguiente a la notificación; así, un término de tres días concedido un día jueves, comienza el viernes a las 0H00:00, y expira el día martes, a las 23h59:59.

El tiempo requerido para que opere el abandono ha sido siempre establecido en 3 años para la primera instancia, y 2 años para la segunda instancia, período que al ser calculado en días hábiles, prácticamente se duplica, pero para estos casos siempre es necesario solicitar expresamente al juez que declare el abandono.

En 1971, se introdujo una reforma en nuestro sistema procesal en orden a la declaración de abandono de oficio, que vino a llenar una impostergable necesidad para evitar que en las judicaturas permanezcan suspensos muchísimos juicios civiles que, por falta de petición de parte, no podían declararse en abandono^{33[33]}. Esta disposición que consta en el Art. 397 CPC:

“Los juicios civiles que hubieren permanecido en abandono durante ocho años, contados desde la última diligencia que en el juicio se hubiere practicado, en la primera instancia, o cinco en la segunda (o tercera), quedan abandonados por el ministerio de la Ley.

Los ocho o cinco años se contarán como plazo”.

Muy importante es en esa reforma, no sólo su concepción para

^{33[33]} Héctor F. Orbe, *Páctica Procesal Ecuatoriana*, 1ª Edición, pág. 86.

evitar la aglomeración de procesos realmente abandonados, sino también que especificó que el tiempo para el abandono de derecho sería contado como plazo, lo que vino de la mano con el tiempo de abandono para el abandono legal, que también fue establecido como plazo, ya que en el desarrollo de nuestro derecho adjetivo, el Código de Enjuiciamiento Civil no hacía especificación, por lo que el tiempo de abandono solía ser calculado como término.

Capítulo VII

La etapa probatoria

1. Generalidades.-

Si no se ha alcanzado acuerdo alguno entre las partes litigantes en la junta de conciliación, el Juez debe -sea a petición de parte o de oficio- recibir la causa a prueba durante el término de seis días, para que se justifiquen los hechos que han alegado.

No existe etapa de prueba cuando las excepciones son de puro derecho, sino que el Juez corre traslado al actor para contestarlas, previo a pronunciar sentencia con la contestación, o en rebeldía. Aunque sea redundante, lo que las partes tienen que justificar y probar son los hechos alegados; mas no la normativa legal para sustentar sus posiciones. Es absurdo solicitar como prueba: “lo que dice el Art. X del Código ABC”, porque las leyes no son hechos, sino derecho. La obligación de aportar pruebas surge por la afirmación de un hecho, pero no por la simple negativa, porque es imposible probar la inexistencia, conforme a lo dispuesto por los Arts. 117 y 118 CPC:

“Art. 117.- Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo.

El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.

El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

Impugnados en juicio una letra de cambio o un pagaré a la orden, por vía de falsedad, la prueba de ésta corresponderá a quien la hubiere alegado.”

A continuación explicaremos cada uno de los incisos del artículo transcrito, en aplicación directa al juicio ejecutivo:

El primer inciso es claro, y reafirma lo dicho que lo que deben las partes probar, son los hechos. En este caso, se refiere al actor, y establece la obligación que tiene éste de probar todo lo que haya afirmado, cuando no haya sido aceptado por el deudor; es decir, cuando éste lo haya negado expresamente, por cuanto, como sabemos, en el juicio ejecutivo no existe la excepción tácita de negación, como ocurre en otros juicios. Por lo tanto, cualquier hecho afirmado por el actor, que no haya sido negado por el ejecutado, se entiende que ha sido aceptado por éste. Es por ello que al referirnos a las excepciones, que es la etapa del juicio donde corresponde al demandado la aceptación o negación de los fundamentos de la demanda, expresamos que la litis se traba justamente entre ellas -demanda y excepciones- y que el Juez sólo podrá decidir basado en las mismas, y no incluir elementos de juicio que no estén allí contenidos.

En el segundo inciso encontramos que ante una excepción de negativa simple por parte del demandado, corresponde al ejecutante la carga de la prueba de los hechos afirmados. Esto debe resultar simple para el actor, entendiendo que tiene preparados todos los elementos procesales necesarios

El tercer inciso prescribe la obligación del deudor de probar su negativa, cuando ésta incluye afirmación expresa o tácita sobre el hecho, el derecho sobre la cosa litigada, o la calidad de la misma. Por ejemplo, si en una ejecución hipotecaria niega simplemente los fundamentos de la demanda, corresponderá al ejecutante demostrar, con la presentación del título ejecutivo y de la escritura pública, la existencia del crédito y de la hipoteca. Mas, si el demandado argumenta que la hipoteca no tiene validez por cuanto a la fecha de su suscripción no se encontraba dentro del país, debe necesariamente demostrar con documentos tal aseveración.

Finalmente, el cuarto inciso contiene una disposición específica para efectos de pagarés a la orden y letras de cambio, dándoles una calidad especial mediante la cual existe presunción de que éstos son legítimos, como fue referido en el primer capítulo. Por razón de esta disposición, es a quien alega la falsedad de los mismos a quien le corresponde probarla, lo cual guarda conformidad con el Art. 118 CPC que más adelante reproducimos; al contrario de otros instrumentos que cuando son impugnados por falsedad, corresponde a quien los presentó el demostrar que éstos son legítimos. Nótese aquí que en este inciso la

ley no hace referencia al demandado, sino a quien hubiere alegado la falsedad. Esto se debe a que, además del ejecutado, pueden alegar falsedad de dichos documentos otras partes procesales, como el actor, cuando se argumenta compensación, o en los casos de reconvención; e inclusive terceristas coadyuvantes o excluyentes.

Hemos observado y analizado las disposiciones del Art. 117 CPC, que detallan la obligación específica para cada parte, en cuanto a las pruebas. El artículo siguiente, en cambio, contiene disposiciones generales que atañen a cualesquiera de las partes procesales:

“Art. 118.- Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la Ley.

Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario.”

Podemos observar que una vez más se reafirma que el objeto de la prueba es demostrar la veracidad de los hechos afirmados. Por supuesto, cuando la ley impone una presunción, no es necesario probar dicho hecho, como cuando se presume la muerte de una persona después de un tiempo determinado de no tener conocimiento de dicha persona.

El segundo inciso de este artículo confiere a las partes la facultad de presentar pruebas, inclusive contra las pruebas de la contraparte, lo cual es reconocimiento lógico y natural del derecho de defensa contra pruebas que puedan ser forjadas o ilegítimas.

2. Medios de prueba.-

1.- Definición.-

Definimos prueba como el elemento recurrido por las partes en el proceso para demostrar la veracidad de sus aseveraciones

El Artículo 125 CPC define cuáles son estos elementos, al enumerar los medios de prueba que son admitidos legalmente, para efectos judiciales. Éstos consisten en *“confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes... las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica...”* y *“las reproducciones del original, debidamente certificadas, que se hicieren por cualquier sistema”*.

Considerando esta disposición, y recordando que lo que se intenta probar son hechos, no es procedente que se quiera utilizar como prueba lo expresado por sí mismo en determinado escrito. Por ejemplo, cuando el actor señala como prueba lo que dijo en su demanda; o el demandado pide se tenga como prueba su escrito de excepciones, lo cual sería el equivalente a decir “porque yo lo digo es verdad, y es prueba”. Lo que sí es procedente es señalar como prueba lo expresado por la contraparte, haciendo referencia al conocido aforismo: “a confesión de parte, relevo de prueba”, como por ejemplo, cuando el demandado niega la existencia de la deuda, pero sostiene también como excepción haber realizado abonos a la misma.

Otro error es pretender como prueba “todo lo que de autos me sea favorable”, e impugnar “todo lo que de autos me desfavorezca”. Por un lado, esto resulta lato e inútil, por cuanto deja en el Juez el “encargo” de “adivinar” qué le es favorable a cada parte, y qué no; además de que habría aceptación expresa de que hay elementos desfavorables en el proceso.

2.- Impugnación.-

A excepción de los hechos que se presumen de derecho, toda prueba que una de las partes haya practicado es impugnable por la contraparte.

Por ejemplo, es impugnable una confesión judicial, o las declaraciones de testigos, por no haberse rendido dentro del proceso, por falta de idoneidad de los declarantes, y otros motivos.

También podrían impugnarse instrumentos públicos o privados, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Es un error usual la impugnación extemporánea de instrumentos privados, puesto que tal impugnación debe hacerse dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se notificó o citó a la parte contra quien se han presentado, caso contrario adquieren fuerza probatoria de instrumentos públicos, como lo prescribe el anteriormente citado Art. 198 CPC. Sin embargo, esa extemporaneidad suele pasar desapercibida, inclusive para la contraparte y el juez de la causa, quienes -por costumbre- estiman suficiente la impugnación hecha durante el término probatorio, cuando lo procedente es que cualquier imputación de falsedad u

objeción de legitimidad a un instrumento privado presentado en juicio ejecutivo, se lo haga al momento de proponer excepciones.

La importancia de los instrumentos públicos radica en que *las obligaciones y descargos contenidos en él hacen prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular*. Por lo tanto, la ley limita su valor, indicando que sólo constituye *prueba respecto de los otorgantes y de las personas*, puntualizando además que el instrumento público no constituye prueba *en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados*; por lo que, en conclusión, el instrumento público admite prueba en contrario.

También son impugnables las traducciones. Por ejemplo, un intérprete que desconoce el significado de las siglas *I.O.U.*, o que traduce *“promissory note”* como *“nota promisoría”*^{34[34]}.

Cuando la prueba consiste en inspección judicial y/o en dictamen de peritos, tales actos se basan en la limitada información a que ha tenido acceso el juzgado y/o el perito, como la contabilidad de las empresas que no mantienen asientos contables por escrito, sino por computador. En consecuencia, esas actuaciones nunca dejan de ser una apreciación, que serán siempre susceptibles de impugnación.

Los medios audiovisuales tecnológicos de prueba, son también impugnables. Toda grabación debe hacer expresa referencia al asunto

^{34[34]} Tanto *IOU* como *promissory note*, jurídicamente traducidos significan “pagaré”. En muy escasos textos es posible encontrar la explicación de que las siglas *IOU* es una alegoría, por su equivalencia fonética de “I owe you” (yo te debo).

sobre el que se litiga, porque de lo contrario no tienen valor. Asimismo, es motivo de oposición a que sean admitidos como prueba, que la parte que los presente no facilite las herramientas necesarias para la apreciación de las grabaciones.

La falta de autorización también es motivo de impugnación, cuando la grabación se realiza sobre actos entre terceros, o de las partes con terceros,

Lamentablemente, el derecho de impugnación ha sido motivo de abuso, y se han dado resoluciones absurdas declarando la inadmisibilidad de este tipo de pruebas, porque una de las partes la ha preparado. Como ejemplo, veamos la transcripción de un auto de casación, en lo pertinente:

“... sirven perfectamente como medios probatorios las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas y cuanto otro medio se hayan inventado y se llegue a inventar para recoger y conservar registradas la figura y la voz humana, así como los hechos de la naturaleza y de las personas, sus actos y negocios jurídicos, a condición de que sean veraces, no fraguados, que si contienen la figura o la voz de la persona en contra de la cual se utiliza, esas grabaciones o registros los haya realizado la misma persona o terceros con su consentimiento expreso o tácito o con su conocimiento sin que haya mediado protesta o que hayan sido actuaciones públicas... de lo contrario... se estaría atentando contra un bien mayor, esto es contra los derechos a la intimidad, al honor, a la buena reputación, a la imagen

y a la voz, así como contra la garantía de inviolabilidad y secreto de la correspondencia y de cualquier otro tipo... La conclusión de la inadmisibilidad de las grabaciones magnetofónicas no es arbitraria, ya que la actora no acreditó que las obtuvo en forma legal y lícita. Es una práctica viciosa muy extendida el realizar grabaciones clandestinas, sea de conversaciones o de grabaciones telefónicas, las que se pretenden ulteriormente emplear contra quienes intervinieron en ellas con protervos fines...”

Como está indicado, lo anterior consta en un auto de casación^{35[35]}, lo que es preocupante porque pese a haber sido dictado en contra de expresas normas jurídicas, no admitirá recurso adicional alguno.

Por ejemplo, una persona que acostumbra tener una cámara filmadora en su lugar de trabajo, recibe la visita de un acreedor, a quien paga la totalidad de su deuda, pero el acreedor no le entrega un recibo ni le devuelve su título valor, sino que ofrece hacérselo llegar al siguiente día; quedando grabado ese evento, sin que el acreedor haya dado su consentimiento para tal filmación, ni se percate de la presencia de la cámara. Justamente por la tranquilidad y seguridad que el deudor siente por la grabación de ese evento, no presenta reparos a la promesa de que el documento *cancelado* le sea enviado al día siguiente, promesa que no es cumplida.

Después de un tiempo, el acreedor demanda al deudor, quien

^{35[35]} Ediciones Legales, Colección de Jurisprudencia 1999, 1ª Edición. Tomo I, págs. 110-111.

propone como excepción “pago total de la obligación”, y durante la etapa probatoria presenta como prueba el vídeo de la filmación, en que aparecen acreedor y deudor juntos, el acreedor cuenta el dinero y dice estar completo, ofrece enviar el documento al día siguiente y se pone a las órdenes para cualquier negocio futuro.

Pero en sentencia, el Juez resuelve que es inadmisibile esa filmación como prueba y ordena el pago de la obligación, fundamentándose en el fallo de casación antes transcrito.

Si bien es norma constitucional la protección del nombre, la imagen, y la voz de la persona, es también norma constitucional el derecho a la propiedad. En el ejemplo existe un evidente atentado contra el derecho a la propiedad del deudor, su dinero; y ese atentado está filmado.

No comparto el criterio de que una grabación de ese tipo necesariamente viole los derechos a la intimidad, honor, buena reputación, imagen y la voz, inviolabilidad y secreto de la correspondencia y de cualquier otro tipo. Si eso llegase a ocurrir, sería un caso de abuso de derecho, y sería una excepción, mas no la regla general.; y en el evento no consentido de que así fuese, debemos considerar que todos los derechos constitucionales referidos constan en el Código Penal, y que las penas que éste impone son mucho más altas para los delitos contra la propiedad.

Las grabaciones de cualquier tipo (de voz, imagen, etc.) tienen importante valor probatorio, pese a la errónea decisión que pudo tener

algún tribunal de Magistrados, porque tales fallos no están por encima de la ley, sino en casos específicos. Dice un conocido refrán que “el ladrón no deja recibo”, lo que enaltece la importancia de las grabaciones para probar la existencia o extinción de una obligación.

Capítulo VIII

La alegación

1. Generalidades.-

En general, se conoce como alegato al escrito donde hay controversia, esto es, demostración de las razones de una parte para debilitar las de la contraria.

El alegato forense constituye una exposición completa de los fundamentos de hecho y de derecho favorables a una de las partes. Puede ser oral o escrito, y en él se pide, al juez o tribunal, a modo de conclusión, lo que a los hechos invocados y al derecho consiguiente haga.

Es norma constitucional en nuestro país que la sustanciación de los procesos, incluyendo la presentación y contradicción de las pruebas, sea mediante el sistema oral. Mas, no obstante que para la implantación del sistema oral fueron previstos cuatro años, luego de transcurridos más de tres años desde el inicio del mencionado plazo constitucional, nuestro derecho procesal continua igual, y -salvo una norma que permite el alegato verbal- seguimos presentando alegatos por escrito.

Habíamos expresado que en la etapa de prueba las partes se

remiten a exponer los *hechos* que demuestran su posición procesal. Pues bien, en el alegato, las partes deben invocar las normas legales que, junto con los hechos expuestos durante la prueba, fundamentan su derecho. Es aquí justamente donde se ve la capacidad del abogado para conjuntar todos los elementos conque cuenta a su favor y hacerlos valer procesalmente.

Al igual que la prueba, los alegatos deben concretarse únicamente a los puntos sobre los cuales se ha trabado la litis. Como hemos anotado en líneas anteriores, en el juicio ejecutivo no cabe la excepción tácita, sino que la falta de excepción sobre cualquiera de los fundamentos de la demanda significa aceptación de los mismos. Así, por ejemplo, si la única excepción es ilegitimidad de personería, no es necesario alegar sobre la ejecutividad del título, ya que esto no será materia de decisión, puesto que ya ha sido aceptado tácitamente por la parte demandada.

El juicio ejecutivo es el único donde encontramos una etapa definida para alegar. En otros juicios, las partes pueden presentar informes en derecho (juicio verbal sumario) o manifiestos en derecho (juicio ordinario) dentro de un lapso no específico que transcurre desde la culminación de la etapa de prueba hasta antes de la expedición del fallo.

Podemos observar aquí que, por ejemplo, en el juicio verbal sumario, el juez debe dictar sentencia dentro de cinco días desde la

terminación de la etapa de prueba^{36[36]}; pero en el juicio ordinario no se establece en cambio el término para pronunciar sentencia^{37[37]}, por lo que en este caso se considera que el término debe ser de doce días, conforme lo establece el Art. 292 CPC. Sin embargo, este término es indefinido, puesto que el juez no tiene que pronunciar sentencia después del término otorgado, sino que puede hacerlo en cualquier momento dentro del mismo, lo cual naturalmente reduciría el tiempo para alegar, e inclusive podría dejar a cualquiera de las partes con el alegato en las manos, sin poder llegar a presentarlo. Asimismo, las partes podrían gozar de un tiempo larguísimo para alegar ante el juez, si éste no decide con rapidez, como generalmente ocurre.

En cambio, el juicio ejecutivo incluye el alegato como una etapa definida dentro del juicio, y otorga un término específico de cuatro días para que éste sea presentado^{38[38]}. Naturalmente, cualquier alegato presentado fuera de este término debe considerarse como no escrito para los efectos de tachas, citas doctrinales o jurisprudenciales, o referencia a hechos externos circunstanciales, aunque pudiesen ser de importancia para la decisión de la causa; y el juez podría en su decisión pasar por alto tales argumentaciones; pero cuando el alegato, aunque fuese extemporáneo, hace referencia a la ley o a hechos que constan del proceso, el juez no podría ignorarlo.

Más allá del alegato escrito, las partes cuentan con una última oportunidad para sus enunciados, aun concluido el término para

^{36[36]} Art. 852 CPC.

^{37[37]} Art. 415 CPC.

^{38[38]} Art. 444 CPC.

alegar. Hemos observado que el alegato puede escrito u oral; este último, llamado también audiencia en estrados, es una posibilidad que la ley considera en forma independiente, para que las partes puedan demostrar su derecho de una manera más personal y directa. El Art. 1.069 CPC prescribe que

“en los juicios contenciosos que se siguen ante los jueces de lo civil, pedidos autos para sentencia, o concluido el término probatorio en lo principal, cualquiera de las partes tiene derecho a solicitar que se le permita alegar, verbalmente, en estrados...”.

Como podemos observar, este artículo es muy amplio en cuanto al lapso durante el cual se puede solicitar esta audiencia en estrados; la experiencia nos demuestra que, aún pedidos los autos para sentencia, es imposible determinar qué tiempo tomará el juez para pronunciarla, así que en definitiva, la audiencia en estrados se puede solicitar en cualquier momento antes de la sentencia, después de la prueba.

2. Fuentes de sustentación.-

Para Cabanellas, alegar^{39[39]} es “citar el abogado leyes, jurisprudencia, casos, razones y otros argumentos, en defensa de la causa a él encomendada”; en definitiva, podemos decir que el abogado debe acudir a todos los elementos legalmente utilizables para fundamentar el derecho de su defendido, y en algunos casos *jugar* con

^{39[39]} Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, 10ª Edición. Tomo II, pág. 155.

la lógica jurídica para demostrar la legalidad, legitimidad y justicia de su posición.

Para estos efectos, será muy común ver en un alegato la cita de los artículos de la ley aplicable al caso, conjuntamente con la opinión de renombrados y conocidos autores de obras jurídicas. También podremos apreciar en muchos casos que los abogados recurren a decisiones de otros jueces sobre casos similares y a referir usos y hábitos comunes, como argumentos para sustentar el alegato.

Las principales fuentes de sustentación de los alegatos son la ley, la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre, las mismas que a continuación detallamos.

1. La ley.-

El sustento más sólido para un alegato en derecho, es la cita de normas legales aplicables al caso, porque nuestro sistema procesal se basa en el derecho romano -derecho escrito- y nos regimos a normas preestablecidas de procedibilidad, que están establecidas en códigos, leyes, reglamentos, etc.. No hay manera en que un argumento debidamente sustentado sobre fundamentos legales pueda ser rebatido por otro, a menos que este último también tenga tales fundamentos.

Ampliamente, podemos definir ley como “todo reglamento, ordenanza, estatuto, decreto, orden u otro mandamiento de una autoridad en ejercicio de sus atribuciones”. Citando al Código Civil, tenemos que *“la ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o*

permite”.

Estas últimas palabras nos demuestran la contundencia de la ley en nuestro sistema procesal. Cuando la ley “manda”, entendemos claramente que no existe opción alternativa, como la obligatoriedad de inscribir la transferencia del dominio de un inmueble en el respectivo registro de la propiedad. Su incumplimiento traería efectos negativos para su contraventor, y en algunos casos podría acarrear la imposición de una sanción.

Igualmente ocurre con la expresión “prohibe”, que indica que no se podrá hacer; es decir, es un equivalente negativo a “manda”, como la imposibilidad de los alguaciles de comisionar a otra persona los embargos de bienes, ni otras diligencias.

Finalmente, el vocablo “permite” nos demuestra que hay casos en que las leyes proveen alternativas, o dejan al arbitrio de la persona la utilización o no de una norma legal, como la facultad del deudor de librar sus bienes antes del remate, pagando la deuda, intereses y costas. Considero que a la referida definición del Código Civil debió agregarse también la palabra “sanciona”.

Consideramos que en el alegato es especialmente importante citar, además de los artículos específicos pertinentes a los puntos materia del litigio, las reglas para la interpretación de la ley y de interpretación de los contratos, contenidas en el Código Civil, aunque lamentablemente en un gran número de ocasiones, la interpretación de ley y de contratos depende de las muy particulares reglas que tienen

algunos juzgadores.

En el juicio ejecutivo es normal que la gran mayoría de las normas legales, favorezcan al actor. Tanto así que, por ejemplo, el actor puede ejercer medidas preventivas sin conocimiento del ejecutado. Además, el actor puede apelar de todo auto, pero el demandado solamente puede apelar de la sentencia, cuando ha propuesto excepciones oportunamente. Tampoco puede apelar de la sentencia cuando su única excepción ha sido pago total o parcial, y no ha presentado prueba del mismo. Esta parcialización procedimental es apropiada, porque esta vía no busca el discernimiento, sino la ejecución. Por ello, sería perfectamente lícito que un Juez otorgue razón a todos los argumentos del actor, que tengan sustento jurídico.

Sin embargo, muchas veces, el recelo de hacer cumplir una disposición legal que pudiese resultar muy drástica lleva a jueces a tomar lo que ellos consideran decisiones “salomónicas”, tratando así de demostrar *su sentido de equidad y su imparcialidad*. Mas, los jueces civiles son llamados a decidir sobre las leyes, y no sobre la equidad o justicia. La única manera en que el Juez demuestra su imparcialidad es aplicando la ley en todo su rigor, aunque por esto tenga que, durante el transcurso del juicio, dar la razón a una sola de las partes, admitiendo el principio *dura lex sed lex* (la ley es dura, pero es la ley), que indica que la ley ha de ser respetada en todo caso, por severa que se estime en su letra o en sus consecuencias, para no socavar su autoridad ni el

orden legal todo, lo que consagra nuestro Código Civil, en el Art 18^{40[40]}. Por ello, los jueces deben cumplir y hacer cumplir siempre la ley, por dura y cruel que parezca. Si bien no siempre lo legal será lo más justo, no hay otra manera de asegurar que la justicia sea administrada para todos por igual, y de que puedan las partes saber a qué atenerse.

La ley hay que aplicarla, incluso con amenaza penal para el juez que no falla escudándose en su oscuridad o inexistencia, y al no haberlas en todos los casos ni ser todas las leyes de meridiana claridad para su interpretación, pues las partes disienten precisamente en cada litigio sobre ellas, esa decisión es el sentido de la ley, que dará lugar, posteriormente, con su permanente aplicación, a otra fuente del derecho, que es la jurisprudencia.

2. La jurisprudencia.-

Nuestra legislación reconoce la jurisprudencia como fuente de derecho, y por lo tanto reconoce también su validez legal en el sustento de un alegato.

La jurisprudencia, en sentido jurídicamente estricto, es la serie de fallos uniformes dictados por la Corte Suprema de Justicia sobre un mismo punto de derecho. También conocemos como jurisprudencia la norma dirimente que dicta la Corte Suprema, en pleno, en caso de fallos contradictorios de las distintas salas de la Corte Suprema sobre un mismo punto de derecho, norma dirimente que adquiere carácter

^{40[40]} “6a.- Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”

obligatorio, mientras la ley no determine lo contrario^{41[41]}.

El reconocimiento de la jurisprudencia no es más que el resultado de la utilización del sentido común. Dentro de este contexto, podemos inclusive afirmar que ni siquiera es necesario tal reconocimiento, y que hasta resultaría ilógico y absurdo el intentar desconocerla, puesto que significaría desconocer la razón y autoridad de los jueces en sus decisiones.

La jurisprudencia tiene fundamental importancia en el sentido de que no es muy posible que todos los jueces se equivoquen sobre un mismo punto de derecho; pero es incompleta por cuanto no todos los puntos de derecho que tienen que ser decididos llegan a la Corte Suprema, y por lo tanto no siempre habrá jurisprudencia sobre tal o cual caso; o podría encontrarse una resolución fundamentada en una norma que haya variado con el tiempo. Por ejemplo, a inicios del siglo XX, el Código de Comercio prohibía el libramiento de letras de cambio con vencimientos sucesivos, cosa que ahora expresamente permite.

Entre otras diferencias, podemos anotar que el Código de Procedimiento Civil prevé ahora la citación tácita, cuando antes, aunque el demandado compareciera a juicio, era igualmente necesario que se lo citara; el término de prueba tenía una duración de diez días, que ahora es de seis; el término de alegación era de tres días, actualmente de cuatro; y muchas otras diferencias, entre las que podemos destacar que en las disposiciones comunes a los juicios

^{41[41]} Art. 130 Constitución.

ejecutivos se establecía la prisión por deudas, actualmente prohibida de manera expresa en nuestra Constitución.

Por esas diferencias, existen fallos jurisprudenciales que son incompatibles con el desarrollo de la humanidad, como el siguiente, publicado en la GJ#100, 2ª Serie, Año IX, de 28 de enero 8 de 1911:

“Mayo 24 de 1892, á las tres:

La licencia judicial dada á Rosa Escudero para que comparezca en juicio como demandante ó demandada, no subsana la nulidad de las actuaciones anteriores, ni puede decirse que la querellante ha ratificado lo hecho por ella con la presentación de tal licencia. Ya porque no hay cómo darle efecto retroactivo; ya porque la ratificación de los actos ejecutados por la mujer casada es propia y exclusiva del marido...”(sic).

Actualmente, además de absurda y ridícula, una resolución como la anterior es inconstitucional, y provocaría un escándalo de inimaginable magnitud a nivel mundial. Pero en su tiempo, fue la decisión que con convicción adoptó la Corte Suprema de Justicia, confirmando las decisiones de la Corte Superior y del Juez original. Era algo tan normal que, consciente de ello, para prescindir de la autorización de su marido, la recurrente obtuvo una licencia judicial, pero fue extemporánea.

Obviamente, ese fallo es fácil discernir como inadmisibile, por lo afrentoso que resulta en nuestro tiempo, y podría alegarse que tal ejemplo no viene al caso.

Pero existen resoluciones sobre puntos de derecho que no son de

conocimiento público, o materia de miles de reportajes alrededor de todo el mundo, como el referido caso de discriminación por motivo de sexo; sino que sus puntos de derecho son referentes a normas procesales -que pasan más desapercibidas- y que a pesar de ser absurdas aparecen, no porque el derecho se haya transformado, sino porque nunca falta la opinión de magistrados irresponsables, que pretenden convertirse ellos en la ley, sin importarles el efecto que sus fallos pudiesen surtir, como el que consta publicado en la GJ#59, 2ª Serie, Año VII, de 27 de febrero de 1907:

“Diciembre 2 de 1905, á las dos de la tarde... la litis pendencia no es excepción admisible en juicio ejecutivo, desde que la sentencia no causa instancia ni excepción de cosa juzgada para la vía ordinaria”.

En ese fallo, en flagrante violación de la ley, la Corte Suprema introdujo el concepto de inadmisibilidad de la excepción de litis pendencia en juicio ejecutivo, y nada extraño sería -aunque muy lamentable- encontrar ahora una sentencia en ese mismo sentido, sustentada en ese fallo.

Estos ejemplos nos demuestran que la importancia y obligatoriedad de la jurisprudencia dependen siempre de la ley, y no pueden estar sobre ella. Es cierto que al reflejar el modo en que los jueces piensan, la jurisprudencia podría ser considerada como el mejor comentario, el más autorizado para la genuina interpretación e inteligencia de la ley. Se entiende que quien tiene la jurisprudencia a su favor, tiene prácticamente a los jueces a su favor, o, en caso contrario,

conoce el pensamiento de los mismos, para eludirlo o enfocar el caso desde otra dirección. Por ello resulta muy útil la inclusión de jurisprudencia en un alegato, siempre que el ordenamiento positivo no se modifique. El abogado debe ser muy cuidadoso en la selección de la jurisprudencia que va a utilizar, para asegurarse de que ésta no se refiera a leyes derogadas o reformadas, y el juzgador debe recordar que, pese a todo, la jurisprudencia es la interpretación que otros jueces han dado a la ley. Ésta puede servir como indicio, pero en ningún momento debe considerarse como argumento decisivo para el fallo, puesto que el Juez podría caer en el error de interpretar una interpretación; esto naturalmente, sin perjuicio de la anotada obligatoriedad de las normas dirimentes dictadas por la Corte Suprema, que tienen carácter de ley, mientras la ley no disponga lo contrario.

Por ello, nunca debe sustentarse una defensa sobre la base de fallos jurisprudenciales, sino estrictamente sobre la ley, para lo cual servirá como ejemplo las decisiones de jueces anteriores.

Para que la jurisprudencia referida en un alegato sea eficaz, la decisión debe ser exactamente sobre el mismo punto de derecho que se litiga, caso contrario, no estaríamos hablando de aplicación de jurisprudencia, sino de derecho análogo o de la aplicación de principios de derecho universal, que generalmente los vemos contenidos en la doctrina.

3. La doctrina.-

Como doctrina conocemos a la *opinión* de uno o más autores o

tratadistas respecto de la aplicación de importantes cuestiones de Derecho. La doctrina es reconocida como fuente de Derecho en nuestra legislación, cuando ésta se refiere a los principios de derecho o de justicia universal, por lo que no podemos dejar de reconocer su importancia como referencia, como analogía, y para la explicación y aplicación de tales principios.

No obstante, tampoco es apropiado fundamentar un alegato sobre doctrina, o considerarla como argumento decisorio en una causa. Recordemos que la doctrina no es más que la opinión de un autor, y que esta opinión puede haberse visto afectada por varios factores circunstanciales, como la legislación de ese entonces, el país en el cual el autor ejerció la abogacía, e inclusive, el cliente y la posición que en determinado momento tuvo el autor que defender. Obviamente, si un tratadista doctrinario, al momento de publicar su obra, está defendiendo firmemente un principio, no podría darse el lujo de exponer en su obra una opinión distinta a la que defiende.

Es por ello que encontramos que muchas veces los autores difieren en sus opiniones acerca de determinados puntos de Derecho, razón por la que la doctrina no es más que otro alegato, con la única diferencia de que aquella no se publica dentro de un juicio, sino en un libro. Podemos así sostener que cada vez que un jurista expone su alegato, está creando su propia doctrina.

Por lo tanto, así como hemos definido a la jurisprudencia como la serie de fallos uniformes sobre un mismo punto de derecho, sostenemos

que, para poder utilizar doctrina dentro de un alegato, solamente será útil cuando ésta sea el resultado de una serie de opiniones uniformes de diversos autores o tratadistas, sobre un mismo punto de derecho, siempre y cuando estas opiniones no contravengan disposiciones expresas de nuestra legislación.

Por ejemplo, tal como lo expresáramos al comienzo de esta obra, Cabanellas define a la vía ejecutiva como: “*expedito procedimiento judicial de pago, que busca la conversión en dinero de los bienes del deudor reacio, mediante el previo embargo de bienes bastantes*”. Sin embargo, podemos notar que el juicio ejecutivo generalmente no siempre comienza con un embargo, que es una medida de ejecución, sino con una medida preventiva, como la prohibición de enajenar o el secuestro, e inclusive, hasta sin medida alguna para proteger el crédito.

Otro error de la citada definición es que se limita a especificar el cobro de dinero, pese a que, como hemos anotado, pueden también ejecutarse el pago de otras cosas que se cuentan por número, peso o medida. Notamos consecuentemente que la intención del acreedor podría ser el cobro de “litros de leche”, y no necesariamente “la conversión en dinero de los bienes del deudor reacio”, aunque exista tal posibilidad como último recurso de ejecución.

Si bien la doctrina es ilustrativa para obtener un concepto general de una materia, ésta resulta totalmente ineficaz en algunos casos, sobre todo existiendo ley expresa.

Es importante anotar que los textos jurídicos acuden mucho a

citas de autores anteriores, algo que intento evitar al máximo en esta obra, porque siempre insisto en que la doctrina está generalmente influenciada en la ley de ese entonces, la opinión del autor y su intervención en algún caso, que no puede retractar. Y a su vez, el autor ha recogido conceptos de otros autores, cuyas obras han tenido los mismos factores influyentes.

La doctrina es útil para ampliar el espectro del abogado, quien así tiene acceso a otras opiniones, pero consideramos que bajo ningún concepto debe ser decisiva para una decisión judicial. Dentro de este contexto, en nuestra opinión resultan absurdas las resoluciones que se sustentan en la doctrina, muchas veces contradictorias a lo que establece la ley.

4. La costumbre.-

Según el Art. 2 de nuestro Código Civil, *“la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”*.

Visto desde otro ángulo, la costumbre si constituye fuente de derecho, pero solamente cuando la ley hace expresa referencia de la misma.

Encontramos que la costumbre es muy utilizada como fuente de derecho, sobre todo en el ámbito mercantil, de donde podemos inmediatamente inferir su importancia con respecto al juicio ejecutivo, ya que la mayoría de demandas por esta vía se dan por actos de comercio, y en algunos casos será necesario probar la costumbre para sustentar el derecho.

Por ejemplo, imaginemos que una persona ha demandado el pago, por vía ejecutiva, de un cheque por mil dólares, protestado por insuficiencia de fondos, girado el 8 de enero de 2000. El girador opone la excepción de pago total de la obligación, y presenta un recibo del 15 de enero, que expresa que el actor recibió de parte de aquél la cantidad de mil cien dólares, sin especificar el concepto del recibo. En este caso, el actor podría utilizar como prueba de su derecho la costumbre mercantil, fundamentándose en el argumento de que es lo habitual que cuando una persona paga la totalidad del valor de un cheque protestado, exige la devolución del mismo, siendo por lo tanto imposible que el recibo corresponda a dicha obligación. Este fundamento, agregado al hecho de que en el recibo no se especifica la razón por la cual fue emitido, consideramos que desvirtuaría tal excepción, y obligaría al ejecutado a demostrar la legitimidad de tal recibo como fundamento de su excepción.

En general, la costumbre no referida por la ley es improductiva para el inicio de una acción ejecutiva, puesto que las condiciones de ejecutividad del título y de la obligación son taxativas; pero podría tener valor importante en la alegación de su aplicación o de su omisión, para la decisión de la causa.

5. La prueba de la contraparte.-

Es particularmente hermoso e impresionante un alegato fundamentado en la prueba de la contraparte, por cuanto requiere de un profundo estudio y análisis del proceso y demuestra el nivel de

preparación del abogado.

Según quien fuese el fiscal de distrito en el famoso juicio penal contra Charles Manson, Vincent Bugliosi, en su libro sobre el juicio penal contra O. J. Simpson por el asesinato de su cónyuge y su correo, “*la arrolladora mayoría de abogados tribunales en tribunales penales ante jurados son ya sea incompetentes o trabajan a un nivel muy bajo de competencia*”^{42[42]}. Eso lo dice refiriéndose a abogados estadounidenses, sobre quienes el mundo -incluyéndonos- tiene por lo general la impresión de que son verdaderas luminarias.

Aunque no puedo opinar sobre abogados en otro país, concuerdo con Bugliosi en lo fundamental. Es común encontrar inconsistencias en pruebas presentadas en juicios. Por ejemplo, si nos encontramos con un título que tiene más de cinco años de vencido, y la parte demandada ha opuesto la excepción de “prescripción de la acción”. A simple vista es evidente que la obligación prescribió. Pero el demandado quiere demostrar que, pese a alegar la prescripción, siempre actuó de buena fe, quiso pagar, y fue por culpa del actor que prescribió el título. Para demostrarlo, el demandado presenta una comunicación enviada un año atrás al actor, pidiéndole una fórmula de solución a la deuda.

Esa comunicación, en que el deudor reconoce la obligación, interrumpe *naturalmente* la prescripción. En otras palabras, el deudor “mata” su propia excepción y se pone en posición de perder un juicio

^{42[42]} Vincent Bugliosi, *Outrage (Ultraje)*, 2º Edición, pág. 28. El texto original en inglés de lo citado, es: “the overwhelming majority of trial lawyers in criminal jury trials are either incompetent or operating at a very low level of competence”.

prácticamente ganado; siempre y cuando el actor sea lo suficientemente diligente para examinar cada prueba meticulosamente, sea lo suficientemente competente para entender el efecto de una carta así, y que el juez tenga también el mismo nivel de preparación.

Imaginemos otro caso en que se ha demandado el pago de un cheque protestado por insuficiencia de fondos, y el demandado ha opuesto la excepción de inejecutividad del título. Para justificar la excepción, se presenta como prueba una escritura pública en la que consta que el demandado se presentó ante un Notario y firmó el cheque en su presencia, diez días antes de la fecha que aparece en el cheque; es decir, “posfechó” el cheque.

Una vez más, podríamos hablar de un caso perdido para el actor. Pero toda prueba de la contraparte debe estudiarse. Estuve en una situación similar, y al ver el testimonio de la escritura, noté que en la página final constaba la firma del demandado, en fotocopia, y la firma del Notario, en original, con su sello.

Obviamente, el testimonio es un copia de la matriz de la escritura, y por lo tanto, al ser una xerocopia -prácticamente una fotografía- debe constar la firma de ambos, el compareciente y el Notario.

Pero si en la xerocopia no hay rastro alguno de que el Notario haya suscrito la matriz, a falta de tal requisito, no habría escritura pública. No puede existir una escritura pública cuya matriz no haya sido firmada por el Notario. La Ley Notarial, en el Art. 29, es taxativa al determinar, sobre lo pertinente:

“La escritura pública deberá redactarse en castellano y comprenderá:...

...11. La suscripción de los otorgantes o del que contraiga la obligación si el acto o contrato es unilateral, del intérprete y los testigos si lo hubiere, y del notario, en un solo acto...”

En adición a que la falta de firma del Notario significa inexistencia jurídica de la matriz , la presencia de la firma *en original* del Notario, otorgando testimonio de escritura pública, no constituye convalidación, sino que, al contrario, es evidencia de que el Notario da fe pública de una matriz inexistente, lo que lo hace civil y penalmente responsable por ese acto.

Es difícil ilustrar estos casos, ya que son muy variados e impredecibles, pero sí ocurren comúnmente, y pueden ser el elemento decisiva para la victoria procesal. Es importante también procurar porque este tipo de errores no ocurran en nosotros.

La ley es la mejor fuente de derecho en que podemos sustentar un alegato; y los dichos de la contraparte son el mejor sustento factual para el mismo.

6. La alegación en estrados.-

El alegato en estrados es el único escenario en nuestro derecho que otorga majestuosidad al monótono proceso civil. Conjuntamente con las predeciblemente infructíferas juntas de conciliación, son las únicas actuaciones orales. Lamentablemente los juicios están llenos de

las inútiles juntas en que nunca se logra la conciliación, pero muy rara vez contienen alegatos en estrados.

Parece que una gran mayoría de los profesionales del derecho no considera que alegar de palabra ante el juez pueda significar un elemento de triunfo en la litis. Sin embargo, solamente basta reflexionar en que cada juzgado debe atender más de un millar de juicios al año, para reparar en porqué muchas veces son desatendidas pruebas concluyentes. A eso se debe la búsqueda del sistema oral.

Por la cantidad de juicios, y el poco tiempo disponible para ellos, no es novedad saber que los jueces generalmente sólo se ocupan directamente de las sentencias o de los incidentes, y reciben el apoyo de los demás judiciales para las providencias de mero trámite, incluyendo las que ordenan la práctica de pruebas, o las que mandan a agregar los alegatos escritos.

Generalmente los jueces no llegan a leer todo el juicio, ni advertir completamente cada una de las pruebas para compararlas entre sí, y con cada alegación, sino que observan lo que más destaque a sus sentidos y forman un concepto general para resolver.

Pero al alegar en estrados, el solicitante puede hablar ininterrumpidamente, aunque la contraparte tenga después oportunidad para replicar. La ley establece que en el juicio solamente es necesario dejar constancia de que se realizó la audiencia, pero no de lo expuesto; lo que se debe a la dificultad que significaría tomar registro de todo lo que se argumente en los alegatos. Esa disposición es arcaica,

puesto que actualmente existen muchos métodos que podrían utilizarse, que podría ser un computador que reconozca la voz y convierta lo dicho en escrito, o una simple grabadora para posterior transcripción. Y habrá mejores métodos.

La alegación en estrados es la oportunidad para plantear el caso ante el juez, y hacer referencia de un modo más directo a los principales puntos de defensa en la litis. La explicación verbal es mucho más fácil, más entendible y más contundente que la explicación escrita, y en estrados, el profesional tiene la oportunidad no sólo de explicar de palabra, sino también de utilizar tonos de voz, gestos, y hasta espacios de silencio

Otra gran ventaja es que el disertante puede ayudarse con elementos visuales, y que al ser una audiencia pública, puede asistir cualquier persona a presenciarla.

La audiencia en estrados está prevista para antes de sentencia, para que el juez recuerde lo expresado verbalmente por las partes. Por ello, los sistemas orales buscan que el juicio se desarrolle en el menor tiempo posible, para que el juzgador nunca deje de identificar el proceso, y sus actuaciones. Se requiere que el proceso oral sea concentrado todo lo posible, en una audiencia o en el menor número de ellas, puesto que cuanto más próximas a la decisión del juzgador sean las actividades procesales, tanto menor es el peligro de que la impresión recibida por éste se borre y de que la memoria le engañe, y tanto más

fácil resulta mantener la identidad del Juez^{43[43]}.

No puedo terminar este capítulo sin anotar el lamentable desconocimiento que me ha tocado presenciar sobre el alegato en estados, inclusive por jueces que han pretendido que la exposición no se la realice en su presencia, sino ante la amanuense; o que han pretendido prohibir que la audiencia -que es pública- pueda ser registrada por medios magnéticos (sea filmación, grabación, etc.) por cualquiera de las partes, pero que sí han permitido el acceso, filmación y hasta transmisión de audiencias, cuando ha existido presencia de la prensa.

^{43[43]} Rafael de Pina y J. Castillo L., Instituciones de Derecho Procesal Civil, 1ª Edición, pág. 145.

Capítulo IX

La sentencia

1. Generalidades.-

La palabra sentencia proviene del latín *sentiendo*, que equivale a *sintiendo*; por expresar la sentencia lo que siente u opina quien la dicta. Por ella se entiende la decisión que legítimamente dicta el juez competente, juzgando de acuerdo con la observación de la ley o norma aplicable. Es el mandamiento que el juzgador hace a una de las partes en razón del pleito sostenido ante él.

Lo peor que puede ocurrir es que una sentencia sea producto de interpretaciones. Eso significaría que la resolución refleja lo que al juzgador le ha parecido, que podría ser correcto, o podría ser incorrecto; pero la sentencia no debe ser pronunciada sobre el parecer del juzgador, sino sobre lo que la ley manda.

Es un caso de ser o deber ser. El *deber ser* es etéreo, depende de opiniones, de culturas y de tiempos, como la obligatoriedad de la mujer de pedir permiso al marido. En cambio el *ser*, al tratarse de la ley, es taxativo: manda, prohíbe o permite (y sanciona). Por ejemplo, en un juicio ejecutivo, el accionado propone la excepción de pago total de la obligación. Como prueba, incorpora al proceso el recibo de pago

otorgado por el accionante; pero por motivos indeterminados, lo hace al día siguiente de extinguido el período de prueba, es decir, extemporáneamente. Aparentemente estaría probada la excepción, pero en términos generales, la sentencia sólo puede considerar las pruebas practicadas dentro del término respectivo; por lo que cabría declarar con lugar la demanda, y ordenar el pago de la obligación.

Una interpretación podría, sin embargo, ordenar que sea agregada como válida una prueba extemporánea, aduciendo fundamentación en el Art. 122 CPC:

“Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de sentencia...”

En un caso como el planteado, no podría saberse a ciencia cierta si es un acto de justicia, pero sería incuestionablemente ilegal. No es lícito para el Juez ordenar de oficio la práctica de una prueba a falta de prueba, porque la afirmación de cualquier hecho debe demostrarse dentro del término de prueba, de cuya inobservancia no se puede obtener beneficio, y el Juez no tiene atribución alguna de indulgencia.

Jurídicamente, si la etapa probatoria muestra un título valor, pero sin rastro alguno de su pago, la verdad es la vigencia de la deuda. Las pruebas de oficio son solamente para *esclarecer* un hecho que se ha vuelto incierto por la confrontación entre las pruebas de las partes. Los jueces solamente pueden pedir pruebas de oficio como refuerzo para ayudarse a esclarecer la verdad; pero el Juez no puede adoptar la

posición de defensor, practicando pruebas a favor de una de las partes; o por otro lado solapar el incumplimiento de los términos que la ley designa.

Un ejemplo de oscuridad sería si en las excepciones se aduce inexistencia de la obligación, y en la prueba se aporta el oficio remitido por un hospital extranjero (con todas las formalidades) que certifica que el demandado estuvo asilado en dicho hospital el día de suscripción de la obligación demandada. Nos encontraríamos entre la firma impuesta en un instrumento, contra la imposibilidad de que se haya impuesto esa firma. Obviamente sería necesaria una prueba esclarecedora -cuya práctica debe siempre notificarse a las partes, antes de sentencia- que podría ser un oficio a la Oficina de Migración para certificar si es verdad que el demandado estuvo fuera del país, o de cualquier otra prueba que se haya actuado, para esclarecerla, sin desconocer que una resolución debe fundamentarse en la manera en que las normativas legales se aplican a la posición jurídica de cada una de las partes.

El factor de mayor importancia para una resolución es el derecho adjetivo, es decir, el procedimiento. A continuación sigue el derecho sustantivo. Por ello, la violación del derecho procesal significa en la mayoría de las veces la pérdida de derechos civiles.

El Art. 273 CPC define la sentencia como:

“la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio”,

Esta definición, si bien es precisa en cuanto a especificar el

ámbito que la sentencia abarca, no lo es al expresar “el juez”, puesto que -como sabemos- en algunos casos las sentencias no son pronunciadas por jueces, sino por tribunales; es decir, por conjuntos de jueces o magistrados.

Asimismo, resulta inexacta al relacionarla exclusivamente con un juicio, puesto que la sentencia no solamente puede ser pronunciada en juicios, sino también en procesos de jurisdicción voluntaria. Como el mismo CPC lo define,

“juicio es la contienda legal sometida a la resolución de los jueces”;

así, conociendo que hay procesos en los cuales no existe contienda, como los divorcios por mutuo consentimiento, la posesión efectiva, y otros casos, es erróneo limitar la definición de la sentencia a los juicios. En términos muy generales, consideramos que se puede definir la sentencia como “el fallo o decisión sobre la cuestión expuesta al juzgador”.

2. Puntos que debe considerar la sentencia.-

La litis se traba entre la demanda y las excepciones. Por ello, la sentencia solamente podrá resolver sobre estos puntos. Si bien la norma general en nuestra legislación procesal es que la falta de contestación de la demanda significa negativa simple, en el juicio ejecutivo es lo contrario; es decir, el silencio significa allanamiento a la misma. En este caso, el que calla, otorga.

Para decidir, el juez toma en consideración todos los puntos de demanda y los confronta a los puntos de excepción. Todo punto de demanda que no haya sido opuesto se entiende aceptado. De la misma manera, un mismo punto de demanda puede ser objeto de varias excepciones; y ese punto debe entenderse como aceptado por parte del demandado en todo cuanto no haya oposición. Naturalmente, este enfrentamiento entre aceptación y excepción siempre se asienta sobre la base de que no se quiebre el contexto de la obligación, así como del modo de exigir su cumplimiento. Por ejemplo, la excepción de “pago total” supone incluir la excepción de “pagos parciales”; pero la excepción “pagos parciales” no necesariamente incluye la de “plus petitio”, ni viceversa.

Lo que no puede hacer el juzgador es -por un lado- exceder la pretensión del acreedor, ni -por otro- menguarla sin que haya habido excepción justa para ello. Lo único que el juez puede considerar sin necesidad de excepción es si el título y/o la obligación son ejecutivos, pero eso forma parte del auto de pago, y no puede “reconsiderarlo” en sentencia, salvo cuando se plantee excepción al respecto.

Para ilustrar este tema, imaginemos que se demanda el pago de un título vencido hace más de diez años. El juez lo acepta al trámite y el demandado propone la excepción de “inexistencia de la obligación”. Durante el proceso, el demandado dice que la obligación no existe porque prescribió. En este caso, si bien es cierto que la prescripción extingue la obligación civil, ésta subsiste como obligación natural.

Aunque sea cierto que la obligación habría prescrito civilmente, el juez no puede considerar ese aspecto, porque la excepción no ha sido de prescripción, y por lo tanto debe ordenar al deudor el pago.

Si la excepción hubiese sido inexistencia civil de la obligación, o prescripción, entonces la sentencia debe favorecer al actor.

¿Cómo es posible que ocurra lo anterior? Fácil: Basta con recordar que en el juicio ejecutivo, ante la falta de excepciones, el juez debe ordenar el pago de la obligación. Si nunca hubo excepciones, el juez nada debe considerar. Cuando el accionado ha propuesto excepciones, el juez sólo puede considerar tales excepciones, y no puede decidir sobre otros puntos. Esto lo confirma el CPC, en el Art. 277.-

“La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis”.

Casos de esta índole pueden producir que el vencido reclame con indignación y cuestiona la honestidad y honorabilidad del juez respectivo; aunque no sería culpa de él, sino del patrocinador del vencido, el resultado de la causa, ya que pese a que en la sentencia los jueces expresan dictaminar *administrando justicia*, en un juicio ejecutivo tal afirmación es inexacta, puesto que la decisión debe fundamentarse en derecho, mas no en justicia.

La sentencia está conformada básicamente de tres partes: expositiva, motiva (también conocida como considerativa), y resolutoria.

La parte expositiva contiene un resumen de la demanda del actor y de la contestación que se le haya dado.

La parte motiva, manifiesta los considerandos de la decisión, comenzando con que en el proceso no se ha violado solemnidad sustancial alguna, y que el juicio es válido. Aunque la cantidad de considerandos y su orden dependen de la voluntad del juez, es obligación de éste hacer mención de las pruebas que se estimen decisivas para la resolución, con un razonamiento que sostenga dicho criterio.

Toda sentencia debe expresar cuáles son las normas legales aplicables, y la explicación jurídico-científica de tal aplicación al caso específico. La omisión de este requisito es indicio de negligencia o de mala fe del juzgador.

Una vez expuestos los considerandos, corresponde la resolución de la causa, que debe especificar la decisión sobre cada uno de los puntos materia de demanda que sean aprobados, mas no necesariamente sobre cada excepción; entendiéndose que una expresión como “se declara con lugar la demanda”, sin especificación, o “se rechaza la demanda” serán absolutas.

Para la parte resolutive, el Art. 179 LOFJ establece la solemnidad -no sustancial- de expresar “*Administrando justicia, en nombre de la Republica y por autoridad de la ley*”.

3. Una mala costumbre.-

A pesar de que en los juzgados existen costumbres adquiridas por

el diario trajín, como si se tratase de liliputienses^{44[44]} muchos funcionarios judiciales ni siquiera conocen *por qué* existen.

Consciente a las sentencias, hay una mala costumbre que, por ser sumamente perniciosa, merece ser tratada en un título aparte.

El manoseo de la ley por parte de ciertos abogados y juzgadores ha ocasionado que se tergiversen o se corrompan valiosas normas jurídicas. Por ejemplo, para que evitar que la práctica de pruebas redundantes produzca una exagerada dilación en el pronunciamiento de la sentencia, el Art. 119 CPC, segundo inciso, establece que:

“el juez no tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren decisivas para el fallo de la causa”.

De esa manera se sustituyó a la prelación sobre prueba plena, semiplena o incompleta que antes constaban en nuestros enjuiciamientos civiles, y que solamente a falta de prueba plena impedían la referencia a una prueba semiplena o incompleta; es decir, que si la prueba plena no era suficiente, no podían considerarse las semiplenas. Esa disposición desapareció por confusa y prestarse a muchas interpretaciones.

Actualmente, podemos claramente entender que si en el proceso constan múltiples elementos de prueba sobre un mismo hecho, el juez

^{44[44]} En “Los Viajes de Gulliver”, los liliputienses se habían fragmentado y desarrollaron una enemistad inmemorial, al punto de que nadie recordaba su motivo. Gulliver descubrió que se debía a la forma de romper los huevos.

no tiene que referirse a cada elemento, sino que podrá bastar con uno de ellos, que sea suficiente para rebatir todas las pruebas de la contraparte.

En otras palabras, es suficiente expresar la valoración de la prueba decisiva, pero la parte motiva deberá hacer referencia a todas las pruebas del vencido, para que le sea posible a cualquier ciudadano común, sin instrucción forense alguna, y que no ha tenido previo conocimiento del juicio, entender por qué el Juez tomó su decisión. Es suficiente referirse a una prueba decisiva del vencedor, pero debe hacerse referencia a todas las pruebas del vencido.

Por ejemplo, un actor aporta como pruebas una declaración de confeso, varias letras de cambio, una escritura pública de hipoteca, y una carta del deudor refiriéndose a la deuda, todos ellos en referencia a la misma deuda. Por su parte, el demandado, con la excepción de extinción total de la obligación, presenta como pruebas una fotografía de ambos -demandante y demandado- saludándose con un apretón de manos, un contrato de trabajo a prueba entre su hijo con el acreedor, celebrado hace un año, y un certificado del IESS sobre la afiliación actual de su hijo como empleado del acreedor. ¿Qué debería decidir el Juez?

Podemos inferir que en sentencia, al Juez podría bastarle solamente expresar la valoración del pagaré, como decisiva para declarar con lugar la demanda, considerando las demás pruebas del actor como redundantes, y que las pruebas del demandado son

improcedentes, por ser extrañas a la litis.

Pero si en el contrato de trabajo a prueba del hijo, constara como cláusula que si éste demuestra suficiente diligencia, el demandante seguirá contando con él, en contrato a tiempo indefinido, y que además condonará la deuda del demandado y se tomarán una foto para festejarlo, sería evidente que el Juez no atendió debidamente el caso.

Si bien el ejemplo anterior fue extremo, muchas veces podemos encontrar jueces limitados que no tienen la capacidad suficiente de discernimiento, o en el mejor de los casos, no disponen del tiempo suficiente, para el análisis de un proceso, que declara sin lugar la demanda o las excepciones, según corresponda, aduciendo falta de prueba, o pruebas insuficientes, sin realizar un análisis de las mismas.

Lamentablemente, la costumbre de considerar las pruebas como plena, semiplena o incompleta, o la negligencia para el estudio de todas las pruebas, provoca que ciertos juzgadores incumplan su obligación de analizar la totalidad del proceso para su resolución.

4. Ejecutoria de la sentencia.-

Paradójicamente, la sentencia ejecutoriada es un título ejecutivo, lo que será analizado más adelante. Primero veamos los casos de ejecutoria de una sentencia en juicio ejecutivo, que son:

- a) cuando al pronunciarse, no es apelada dentro del término (3 días);
- b) por resolución de segunda instancia;

- c) por desistimiento de la apelación o abandono de segunda instancia;
- d) cuando se pronuncia por no haber excepciones;
- e) cuando habiéndose propuesto únicamente excepción de pago total o parcial, éste no ha sido probado;
- f) cuando aprueba la conciliación en junta; y,
- g) cuando resuelve el allanamiento a la demanda.

La ley atribuye a las sentencias definitivas la ficción de que lo resuelto por ellas es lo verdadero, justo y equitativo, con el fin de asegurar la eficacia de la función judicial y la vigencia del orden jurídico, buscando de ese modo impedir la eternización de los procesos y la incertidumbre de los derechos. Es lo que conocemos como *cosa juzgada*.^{45[45]}

Este tipo de juicios que, como refiriera al inicio de esta obra, está llamado a ser el más expedito, no tiene posibilidad de casación, ya que la realidad general del derecho que se exige consta en el título de ejecución. Es por eso que se considera título ejecutivo a la sentencia ejecutoriada.

Lo anterior no significa, claro está, que haya que demandar en juicio ejecutivo una sentencia ejecutoriada. La sentencia es título ejecutivo porque está listo para su ejecución.

Si bien el título ejecutivo está por sí solo previsto para ser

^{45[45]} Héctor Villagrán Lara, Autoridad de la Cosa Juzgada, tesis doctoral, pág. 1.

ejecutado sin trámites, la ley reconoce la posibilidad de que *algo* no esté correcto; y por ello lo somete a un procedimiento especial. Pero una vez que ya ha sido resuelto ante la autoridad judicial correspondiente, este título ejecutivo está listo para iniciar la etapa de ejecución.

Asimismo, las sentencias ejecutoriadas en otro tipo de juicios, que adquieren carácter de títulos ejecutivos, están también listas para iniciar la etapa de ejecución. Naturalmente, no necesitan atravesar la etapa del juicio ejecutivo, puesto que tienen autoridad de cosa juzgada. Esto está expresamente determinado por el CPC:

Art. 498.- Los fallos expedidos en los juicios sumarios o en los ordinarios, que no se ejecuten en la forma especial señalada por la Ley, se llevarán a efecto del mismo modo que las sentencias dictadas en el juicio ejecutivo, siguiendo éste desde ese punto de partida

Art. 500.- No es necesario iniciar juicio ejecutivo para llevar a ejecución la sentencia recaída en juicio ordinario.

Como podemos observar, la ejecución del juicio ejecutivo es común para prácticamente todos los demás juicios; o dicho de otra manera, casi todo juicio, una vez que ha sido sentenciado y su sentencia ha adquirido autoridad de cosa juzgada, se convierte en juicio ejecutivo, para su ejecución.

La sentencia ejecutoriada solamente puede ser enmendada cuando contiene un error de cálculo; por ejemplo, si el Juez declara con lugar la demanda y ordena el pago de \$1.000 por capital, \$200 por

intereses y \$120 por costas procesales, en total \$.1.220. Sería evidente que ha existido un error de cálculo, que no pasa en autoridad de cosa juzgada y para cuya rectificación no es menester por lo mismo acudir al recurso de apelación, ya que el mismo Juez u otro llamado a la ejecución tiene facultad de hacer la debida rectificación.

La inalterabilidad de la sentencia ejecutoriada, por la ficción de que es lo verdadero, justo y equitativo, tiene su pilar fundamental en la confianza depositada en quienes ejercen la administración de justicia. Sin embargo, si una sentencia fuese dictada contra expresas disposiciones de la ley, podría causar que esta confianza disminuya o desaparezca, en cuyo caso resultaría atemorizante tal ficción.

En un caso así, ante una sentencia ejecutoriada que viola expresamente la ley, debe tomarse en cuenta que el Código Civil, Art. 9, establece que *“los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor”* y por lo tanto, si bien tal sentencia ejecutoriada no podría ser susceptible de alteración alguna por quien la dictó, el afectado podría interponer el recurso de nulidad de la misma; pero tal derecho sólo puede ser ejercido mientras la sentencia no está ejecutada.

Capítulo X

La fase de ejecución

1. Generalidades.-

Una vez que la sentencia se encuentra ejecutoriada, se inicia la fase de ejecución de la misma, cuyo trámite de ejecución está contenido entre los artículos 448 y 489 CPC. Este trámite de ejecución de la sentencia en el juicio ejecutivo es particularmente importante, puesto que -como ha sido dicho- es el común para la ejecución de sentencias en otro tipo de juicios; e inclusive contiene normas 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.

Una costumbre errónea es ordenar que el deudor “pague o dimita bienes”. La ley no dispone que el deudor pague, sino que señale bienes equivalentes a la deuda, para que tales bienes sean objeto de embargo, debiendo pagarse al acreedor con el producto del remate de dichos bienes. La ley ni siquiera otorga al acreedor la facultad discrecional de tomar los bienes en pago. Lo que sí puede ocurrir es que el deudor señale dinero -que es también un bien. En ese caso, la ley^{46[46]} expresamente dispone que se utilice ese bien -el dinero- para el pago de la deuda.

Es el único caso en que el acreedor recibe directamente el bien dimitido por el deudor, ya que resultaría ilógico rematar el dinero.

Lógicamente, el deudor conserva la potestad de pagar la deuda, inclusive hasta antes de cerrarse el remate, tal como lo dispone el Art. 471 CPC.

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, el 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, cualesquiera medidas preventivas que hayan sido dictadas con anterioridad por otros jueces no impiden el mismo, aunque dichas medidas seguirán teniendo efecto

^{46[46]} Art. 453 CPC

hasta verificarse el remate o el levantamiento de las mismas 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. Para aclarar: si en un juicio Ángel ha conseguido prohibición de enajenar sobre un bien de Carlos, no es impedimento para que -por una deuda diferente- Patricia obtenga el embargo de ese mismo bien, en otro juicio. En ese caso, el juez del caso Patricia vs. Carlos notifica al juez del caso Ángel vs. Carlos, para que a su vez se notifique a Ángel del embargo. De esa manera, Ángel tendrá conocimiento y podrá presentarse como tercerista en el juicio Patricia vs. Carlos.

Obviamente, al persistir las medidas preventivas sobre el bien embargado, en caso de cancelarse el embargo -por cualquier motivo- 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.

En términos más sencillos, si el bien de Carlos es rematado, se cancelan todas las prohibiciones; pero si Carlos extingue su deuda con Patricia, el bien no es rematado, aunque subsiste la prohibición impuesta en el juicio Ángel-Carlos.

Cuando se trata de bienes muebles que están en poder de un depositario, éste debe entregarlas al depositario que designe el juez que

ordenó el embargo.

2. Bienes inmuebles.-

Si el bien a rematarse es inmueble, el acreedor está en la obligación de presentar el correspondiente certificado del Registro de la Propiedad y el del avalúo catastral. El certificado del Registro de la Propiedad debe expresar que el bien pertenece al ejecutado, detallar sus linderos, y especificar que no está embargado.

En ciertos casos, un bien inmueble a embargarse podría estar en poder de tercer poseedor o tenedor inscrito, como arrendatario, acreedor anticrético, etc.. En ese caso, el embargo se practica respetando dichos contratos, a menos que éstos hayan sido celebrados después de la inscripción de la escritura de hipoteca, o de la medida preventiva o de ejecución, según sea el caso. Todo embargo de bien inmueble debe inscribirse en el Registro de la Propiedad correspondiente.

3. Avalúo pericial.-

Una vez que el bien ha sido embargado, es sometido a un avalúo pericial para determinar el precio base del remate. Al avalúo debe concurrir el depositario de los bienes, y suscribirlo, con la posibilidad de hacer cualesquiera observaciones que creyere convenientes, tomando en cuenta su responsabilidad en la buena conservación de dichos bienes. Una vez realizado el avalúo, el juez, a petición de parte, debe

señalar fecha para el remate.

Hay casos en que podría embargarse títulos: tratándose de títulos valores, o de cualquier otro tipo de créditos, se embargan notificando al tercero deudor del ejecutado. En estos casos, no hay necesidad de avalúo, puesto que el remate tiene como base el valor del mismo crédito.

Cuando se rematan títulos de acciones, participaciones u otros títulos nominativos, existen criterios diversos en los juzgadores sobre si debe o no realizarse un avalúo para determinar el valor real de dichos títulos. En nuestra opinión, sí debe realizarse un avalúo, puesto que los títulos nominativos constantemente suben y bajan de valor, por lo que una liquidación actual “congelada” para el remate, evitaría disputas entre las partes por el precio de las mismas.

Una vez que el Juez ha señalado fecha para el remate, se publica el señalamiento por periódico, debiendo mediar por lo menos 8 días hábiles entre cada publicación, y desde la última hasta el día del remate. La ley también establece la publicación de 3 carteles en tres de los parajes más frecuentados de la cabecera de la parroquia donde están los bienes, disposición que consideramos ser obsoleta, pero que está en rigor.

En algunas ocasiones ha ocurrido que, pese a haberse ordenado la publicación de los anuncios por la prensa, ha habido interrupciones imprevistas de las actividades normales, a consecuencia de lo cual no se ha cumplido el número de días hábiles entre aviso y aviso y el remate, circunstancia que causa contraposición de criterios sobre si ello

impide el remate o lo torna nulo.

Considero que tal circunstancia no afectaría al remate, a menos que la suspensión ocurra el día del remate, aplicando el principio constitucional de celeridad y economía procesal, porque; a) la fijación de los 8 días intermedios es una medida que no implica acción durante tales días; b) resulta muy oneroso para la parte actora, para la parte demandada y para la administración de justicia, repetir las publicaciones; c) la incertidumbre de cuándo puede existir un paro o suspensión, podría tornar eterno el proceso de publicación de señalamientos de remate; y, d) sobre todo, la ley no establece dicha circunstancia como causal de nulidad para el remate.

La omisión de meras formalidades no debe afectar la administración de justicia.

Sin embargo, otra corriente considera que se debe aplicar la regla del segundo inciso del Art. 314 CPC, según la cual se suspende el término si se ha suspendido el despacho por algún acontecimiento extraordinario. En realidad no existe suspensión alguna del despacho, puesto que el juicio permanece prácticamente inactivo, a menos que se interprete la suspensión del despacho como la suspensión global de las actividades del juzgado. Esta corriente es muy respetable y por ser la circunstancia anotada propensa a interpretaciones, advierte la necesidad de una reforma.

4. Posturas y calificación.-

Cualquier persona puede presentar posturas con la obvia excepción del ejecutado, pues cualquier dinero que éste introduzca en el proceso se imputará a la deuda. Para que una postura sea válida debe ser presentada en el día señalado para el remate, entre las 14h00 y las 18h00^{47[47]}, ofrecer por lo menos las 2/3 partes del avalúo del bien y consignar por lo menos el 10% del valor total de la oferta, en dinero efectivo o cheque certificado.

En el caso del acreedor, éste puede posturar sin necesidad de consignar el 10% de la oferta, imputando la postura al valor de su crédito, salvo existir tercerías coadyuvantes. Aunque no sea inherente al juicio ejecutivo, esa salvedad no obsta en casos laborales sino cuando el avalúo de los bienes embargados es superior al crédito en cuyo caso debe consignarse el 10% de lo que la oferta excede el crédito.

Una vez realizado el remate, el juez debe revisar las posturas, examinar cuáles son válidas, admisibles y calificarlas en orden de preferencia, que debe inclinarse hacia las posturas que cubran de contado el crédito, intereses y costas del ejecutante, debiendo describir detalladamente cada postura.

Si el juez considera que dos o más ofertas tienen igual valor, notifica a quienes las propusieron y los convoca a una subasta exclusiva.

Tanto el ejecutante como los terceristas pueden apelar del auto de calificación de posturas. El ejecutado solamente puede apelar si la

^{47[47]} Art. 468 CPC

postura es inferior a los dos tercios del avalúo.

Las posturas a crédito no son aceptables sobre bienes muebles, salvo pacto en contrario entre ejecutante y ejecutado. Las posturas a crédito sobre bienes inmuebles, son admisibles siempre que el plazo no exceda de cinco años contados desde el día del remate, debiendo ofrecerse el pago de por lo menos el interés legal, pagadero por anualidades adelantadas.

En caso de no haberse presentado postores al remate, puede fijarse un nuevo día para el remate, siguiendo el mismo procedimiento y en las mismas condiciones, con la esencial diferencia de que las ofertas podrán partir desde la mitad del avalúo; es decir. que por un bien valuado en \$12.000, podría ofrecerse desde \$6.000, sin perjuicio de que pueda ordenarse el embargo y remate de otros bienes. En mi opinión, el acreedor no debería tener la oportunidad de comparecer a la segunda convocatoria a remate, o no debería tener la oportunidad de ofrecer un monto menor a las dos terceras partes del avalúo, para evitar un mayor perjuicio económico al ejecutado.

Muchos bienes muebles, especialmente automotores, pueden resultar ser más costosos que algunos bienes inmuebles. Por otro lado, las anualidades adelantadas era una fórmula utilizada por la banca desde tiempos remotos, y que desapareció en el cuarto final del siglo XX. Por ejemplo, otorgaban un préstamo de quinientos mil sucres, pero descontaban adelantadamente el interés de un año, deduciéndolo del valor del crédito, por lo que el deudor recibía una cifra inferior

Si nos referimos a tasas de interés de comienzos de la década del 70, encontraremos que dicho crédito de S/.500.000, a una tasa del 6% anual significaría S/.30.000 de interés anual. En esos casos, si bien el crédito concedido habría sido de S/.500.000, el banco habría entregado solamente S/.470.000, por haber descontado anticipadamente los intereses. Ese tipo de procedimientos enriqueció inmensamente a la banca, pero empobreció extremadamente a la población productiva promedio, lo que, paradójicamente, terminó afectando a los banqueros, pues no podían cobrar sus acreencias y se vieron en la necesidad de hacer condonaciones y de recurrir a la justicia. La población perdió el temor a ser demandada, y la banca tuvo que buscar otros objetivos otorgando préstamos de consumo a la población de menor productividad, en montos muy pequeños, y que generalmente no contaban con una garantía de respaldo.

Mientras tanto, las clases socio-económicamente altas se desprendieron también de la vergüenza de una demanda, y contrataron a renombrados procesalistas para su defensa, que fácilmente opacaban a los bisoños abogados de los bancos, más acostumbrados a trámites que a litigar, o que litigaban a un nivel muy bajo de competencia. por lo que las acciones judiciales se multiplicaron y ante la demanda de la sociedad, se llenaron las aulas de las Facultades de Jurisprudencia, y proliferaron abogados e incluso tinterillos, y la abogacía dejó de ser la profesión de los presidentes, para convertirse en un negocio de volumen.

A finales del siglo XX, como producto del aumento del costo del riesgo crediticio, las tasas de interés llegaron a guarismos inimaginables, que sobrepasaron el 100% anual. Bajo esas condiciones, una postura a un año plazo, en el remate judicial de un inmueble de S/.500.000, a una tasa -supongamos- del 80% anual, significaría que el adjudicado habría tenido que pagar S/.400.000 inmediatamente, y pagar S/.500.000 después de un año, para adquirir el inmueble. Se hizo entonces evidente que la disposición del Art. 477 CPC con respecto a las posturas a plazos era totalmente obsoleta e irreal. Si bien se aliviaría esta situación utilizando al dólar como divisa, no deja de resultar leonina la disposición del pago de los intereses por anualidades adelantadas.

Favorablemente, en la actualidad la legislación financiera prohíbe el cobro por anualidades adelantadas; pero esa figura se mantiene en la legislación procesal, causando perjuicio tanto al actor como al ejecutado.

5. Adjudicación.-

Una vez que se ejecutoria el auto de calificación referido, el juez adjudica los bienes al mejor postor, describiendo la cosa adjudicada, y dispone que se protocolice e inscriba una copia de esa providencia, para que sirva como título de propiedad.

Antes de que se dicte el auto de adjudicación referido, puede alegarse la nulidad del remate, solamente si a) se realiza en día feriado o diferente al señalado; b) no se han publicado los avisos de remate; y,

c) se han admitido posturas extemporáneas.

Una vez ejecutoriado el auto de adjudicación, el juez dispone que el ganador del remate consigne el resto del valor ofrecido de contado, en un término de diez días. El bien es entregado al adjudicado por parte de un alguacil o teniente político, según sea el caso, con intervención del depositario y de conformidad al inventario elaborado al tiempo del embargo.

6. Quiebra del remate.-

Cuando el postor ganador no consigna la cantidad que ofreció de contado, en el término concedido por el juez, se dice que el remate “*quiebra*”. En este caso, el juez manda a cobrar el valor por apremio real, o notifica al postor que quedó segundo en la calificación de posturas, para que consigne dicho valor. La diferencia entre el postor ganador y el segundo postor se llama quiebra del remate, y así sucesivamente. Por ejemplo, imaginemos que Ernesto posturó \$1240, Raquel posturó \$1190 y David posturó \$850. Cuando el juez ordena a Ernesto consignar, éste no lo hace. En consecuencia, el Juez notifica a Raquel para que consigne el valor que ella ofreció. En este caso, la quiebra del remate es de \$50, valor que debe ser pagado por Ernesto.

Mas si Raquel tampoco consigna, el Juez puede notificar a David, quien consigna \$850, conforme a su oferta. En este caso, la quiebra del remate es de \$390, monto del que Ernesto debe pagar \$50, y el resto, \$340 por Ernesto y Raquel, solidariamente.

La protección a la institución del remate es muy sólida en nuestra legislación. La quiebra del remate es un caso sui géneris que ocurre muy poco pero que está prevista. En caso de darse la quiebra del remate se utiliza el dinero consignado como el 10% del avalúo del bien, para el pago de la quiebra. En caso de no ser suficiente ese valor, puede el juez ordenar el remate y embargo de los bienes del postor que sean necesarios para el pago de la quiebra del remate, incluyendo las indemnizaciones a que haya lugar.

Capítulo XI

Conclusiones

1. Factores para la defensa.-

Aunque he recorrido el juicio ejecutivo, y lo que podría ocurrir en su decurso, lo expuesto siempre será poco, porque la gama de posibilidades es tan grande como la imaginación.

Para la elaboración de esta obra, no he utilizado ningún libro específico sobre el juicio ejecutivo, sino varios sobre derecho civil y procesal, en general, de donde he obtenido conceptos inherentes para la materia, y en lo posible he intentado emitir conceptos muchos más frescos, e independientes -no necesariamente contradictorios- de otros anteriores sobre el mismo tema, porque creo firmemente y asumo la responsabilidad por los hechos, ideas y doctrinas aquí expuestos, amparado en mi principio de irreverencia hacia convicciones erradas que por su uso resulta blasfémico objetar, como lo fue en su tiempo decir que la tierra es redonda, o como lo es actualmente aseverar que un juez no tiene facultad legal para ordenar el pago de dinero en el mandamiento de ejecución; pero respetando los conocimientos acumulados durante siglos por juristas en cada generación, que constituyen peldaños que debemos continuar las actuales y a su vez las

futuras.

Nunca debemos despreciar una fuente de conocimiento, pero tampoco admitirla como absoluta. Como todo humano, también cometo errores y tengo la esperanza de que no consten muchos de ellos en esta obra; pero aunque yo emita un criterio que ahora es correcto, mañana podría ser inexacto o totalmente erróneo, porque la ley se transforma constantemente. Recomiendo al lector que no considere irrefutable el *magister dixit*, sino que mantenga sus criterios jurídicos, y los sustente en la ley, sin impresionarse ni doblarse ante quienes son considerados eminencias. Nunca temer.

Bugliosi, en sentido figurado, afirma que “*si la mayoría de los prominentes abogados tribunos se encontrasen en la calle con sus reputaciones, no se reconocerían el uno al otro*^{48[48]}”.

Tal manifestación nos lleva a la reflexión de que una gran cantidad de legistas no merecen la reputación y el prestigio que ostentan, sino que pueden muchas veces ser producto del mediocre desempeño de importantes funciones públicas y/o privadas en que sus amistades los han situado, y en el tiempo que ha desempeñado una función, o el tiempo transcurrido desde su graduación de la Facultad de Jurisprudencia, que no necesariamente significa tener la razón.

Nunca es extraño encontrar a alguien proclamar: “tengo veinte años cumpliendo esta función y nadie me va corregir o a enseñar a desempeñarla”, cuando la realidad es que tiene veinte años

^{48[48]} El texto original en inglés, es: “if most prominent trial lawyers met their reputations out on the street, they wouldn’t recognize each other”.

desempeñando mal su función.

Es así también funesto un Juez que se niegue a contemplar la posibilidad de que tenga muchos años causando perjuicios, por aplicar incorrectamente la ley.

Desde otro ángulo, aunque pudiese parecer contradictorio, es importante también escuchar atentamente las palabras de quienes son considerados rústicos y silvestres, porque cuando surge una discusión, lo importante no es ganarla, sino entender la razón, y por lo tanto no necesariamente ganará un litigio quien tiene la razón, sino más bien quien sea capaz de analizar ese litigio de modo neutral, como un todo, porque así no sólo preparará los argumentos para la defensa de su cliente, sino que también vislumbrará los argumentos de su adversario, y estará listo para rebatirlos.

Hay que escuchar a todos por igual.

2. Opinión.-

1.- Limitación.-

En esta obra apenas he referido la existencia de una de las manifestaciones del derecho adjetivo civil; pero además del juicio ejecutivo existe el ordinario, el verbal sumario, el de exhibición, el de partición, el de consignación y muchos más, aparte de procedimientos de remate, divorcios consensuales, posesión de bienes, restituciones y otros que sin llegar a ser juicios, son parte del derecho adjetivo civil.

Igualmente, el derecho adjetivo civil es diferente al derecho adjetivo penal, al derecho adjetivo administrativo, al derecho adjetivo deportivo, al derecho adjetivo internacional.

Y el derecho adjetivo es diferente al derecho sustantivo. El derecho adjetivo contiene al sustantivo como elemento vital, porque éste define quién tiene la razón sobre lo que se disputa, pero muchas veces el derecho sustantivo puede resultar inútil, porque no sólo es importante qué es lo que se pide, sino también, cómo se lo pide. Es aquí donde el derecho adjetivo puede imponerse al sustantivo. Volviendo a nuestro caso, he intentado emitir ciertos conceptos sobre el juicio ejecutivo; pero el juicio ejecutivo puede darse por un cheque protestado, por un testamento, un pagaré, una letra de cambio, la compraventa de un inmueble, un contrato reconocido judicialmente y muchos casos más.

Adicionalmente, en cada caso habrán elementos comunes, otros especiales, y hasta impredecibles. Para cualquier abogado es una tarea ardua estudiar a fondo un juicio específico; y misión imposible asegurar un resultado, no sólo porque la ley así lo prohíbe, sino también porque en la contraparte también hay un legista; y claro, en medio está un juez.

Es mucho más fácil a estas alturas del texto entender las palabras de Sócrates, y la mejor conclusión que podemos obtener es que nuestro conocimiento jurídico siempre será insuficiente, y por lo tanto, siempre deberemos estar estudiando para obtener conocimientos

que nos hagan menos imperfectos.

2.- Fracaso de la ejecutividad.-

En más de una ocasión me han preguntado a qué le tengo miedo, e invariablemente he manifestado que sólo tengo miedo a tener miedo, declaración que admito que podría carecer de humildad; como tampoco hubo humildad en Sócrates al declararse convencido de su ignorancia. El temor es el factor que más retrasa el avance de la humanidad.

Pero existe una delgada línea que separa la tenacidad de la obstinación, aunque estas dos características se manifiestan del mismo modo. Una persona tenaz, por más humilde que sea, luchará con todas sus fuerzas, aunque tenga que enfrentar al mundo, como Cristóbal Colón, cuando el mundo pensaba que la tierra era plana, y sostuvo su teoría de que la tierra es redonda; pero también podría enfrentar al mundo una persona obstinada, como Adolfo Hitler, para imponer su opinión de que la raza aria es superior a las demás. En conclusión, nadie debe ser extremadamente tenaz, ni extremadamente obstinado, sino que deberán siempre escuchar las opiniones ajenas, aunque estén equivocadas, porque podríamos ser nosotros los equivocados. Como el gran romanista Ortolán decía: “las buenas costumbres llevadas a extremo degeneran en vicio, y el vicio, casi siempre termina en crimen”.

La obstinación de muchos abogados ha sido exitosa en su afán de demorar los procesos, en lo que tiene especial inherencia el sopor de nuestros legisladores, que no han implantado sanciones adecuadas. Nuestra ley manda “rechazar con multa de quinientos a dos mil sucres”

para quien presente una “solicitud que tienda a entorpecer el curso del juicio o a suscitar incidentes que propendan al mismo fin”^{49[49]}, o “devolver los escritos injuriosos... con multa de hasta trescientos sucres”^{50[50]}.

Como agravante, los juzgadores no han defendido con tenacidad el principio de celeridad de la administración de justicia. Del desarrollo de esta obra, he llegado a la conclusión de que la intención de un juicio ejecutivo no ha sido exitosa en toda su extensión, puesto que si bien en él los términos son más cortos que los de un juicio ordinario, suponiéndose una menor demora en la tramitación, no tiene diferencia ostensible, ya que en la práctica los términos han siempre sido radicales para las partes, pero no para los juzgadores.

Por ejemplo, es común y lamentablemente aceptado con resignación, que nada ocurrirá si el Juez no califica la demanda en 3 días; o no pronuncia sentencia en 24 horas en un juicio ejecutivo sin excepciones ni pago; o, cuando hay excepciones de puro derecho, no da traslado de las mismas en el mismo día, o las tramita como si hubiesen hechos que justificarse. En ocasiones, los juzgadores son más bien “premiados” por juicios de recusación, que les “quita el peso de encima”. Son muy excasas las quejas ante órganos superiores; y cuando las hay, resulta difícil obtener justicia de magistrados que alguna vez fueron jueces, o que comparten el mismo círculo.

En cambio, si un actor no completa su demanda en 3 días, ésta

^{49[49]} Art. 297 CPC

^{50[50]} Art. 202 LOFJ

es devuelta; si el demandado no cumple con el auto de pago en 3 días, la sentencia será en su contra, sin apelación; o si las partes aportan con pruebas extemporáneamente, éstas no tendrán valor. Es claro que las partes son sancionadas por no observar los términos.

Concuerdo plenamente en que los términos deben cumplirse, porque forman parte de “las reglas del juego”; pero deben ser cumplidos por todos, partes y juzgadores. Cuando hablo de “las reglas del juego”, me refiero a que tenemos normas invariables, escritas, que debemos cumplir; y en definitiva, nos guste o no, sabemos a qué atenernos. Pero todos, contendores y juzgadores, debemos cumplir con esas reglas.

En el campo profesional, me ha tocado presenciar muchos casos de excesiva dilación por culpa de los jueces; por ejemplo, cuando un juicio ejecutivo sin pago ni excepciones demoró un año para que se pronuncie sentencia y el juez resolvió que no procedían costas procesales. En ese mismo juicio, para la operación aritmética del cálculo de intereses, el Juez designó a un economista, fijó sus honorarios en el 3% de la cuantía y ordenó al actor que los pague.

En ese juicio no sólo se demoró la sentencia, sino también la designación del perito, el tiempo que tomó el perito para elaborar el informe, la providencia del Juez fijando el honorario, el escrito del actor impugnando tamaño honorario, la providencia del Juez corriendo traslado al perito, la contestación del perito, la providencia del juez confirmando el honorario del perito, el escrito del actor diciendo que el perito cobre sus honorarios cuando se ejecute la sentencia, la

providencia del juez ordenando al actor que pague inmediatamente los honorarios. Eso vemos comúnmente en juicios ejecutivos.

Por ello, aunque los términos de un juicio ejecutivo son más cortos, en realidad la diferencia entre esos términos no resulta decisiva. Sabemos que el juicio ordinario concede un término de 10 días hábiles para proponer excepciones, lo que representa dos semanas. Un juicio ejecutivo concede 3 días, pero es inútil la diferencia en el término, si el juzgador se demora 5 ó 6 semanas para proveer. Todos las vías tienen modos similares de proceso, lo que ha convertido a la litigación en una actividad prácticamente repetitiva, tanto para defensores como para juzgadores; y que en lugar de facilitar la litigación, ha dado lugar a que se confunda la tramitación.

Tampoco tiene total eficacia la inclusión de providencias preventivas. El ejercicio de tales medidas es posible solicitarlo por cuerda separada, aunque no sea a través de un juicio ejecutivo, mientras se prosigue con la acción principal; pero cuando son ejecutadas en un juicio ejecutivo, éste generalmente se detiene hasta que se cumpla la medida, lo que en muchas ocasiones ha causado prescripción de los títulos.

Dentro del mismo contexto, la dilación puede causarse por la ignorancia de ciertos juzgadores, como la negativa a disponer la prohibición de enajenar sobre el único bien del demandado, aduciendo que las preventivas solicitadas son para asegurar el crédito y no para presionar al deudor en busca del pago. Providencias de ese tipo

provocan que el actor pida su revocatoria, perdiéndose más tiempo hasta esperar la nueva respuesta, o resignadamente se abstenga de pedir una medida preventiva, y proceda a la citación, para poder continuar con la sustanciación del proceso.

He sido testigo también de la concesión de un recurso de apelación solicitado por el demandado sobre un auto, y de un recurso de apelación concedida a un postor sobre el auto de adjudicación.

La lentitud procesal no era extraña a mis conclusiones sobre el juicio ejecutivo desde antes del desarrollo de esta tesis; sin embargo, impredeciblemente encontré una preocupante ignorancia tanto en abogados y jueces, no sólo sobre el juicio ejecutivo, sino también sobre el procedimiento civil en general.

La ignorancia del derecho sólo podemos solucionarla estudiando diariamente, y para eso debemos amar a nuestra profesión. La exigencia, por ejemplo, de asistir a un curso preuniversitario y aprobarlo, solamente será aceptada por quien tenga convicción de que, al igual que el matrimonio, su decisión es firme. Esa persona seguirá estudiando su profesión, aun después de graduado.

Estudiando podemos mejorar la imagen que ante la sociedad tenemos todos quienes nos desenvolvemos en el mundo del derecho: maestros, estudiantes, abogados, jueces y otros. Para la lentitud de la administración de justicia, tengo ideas que como recomendaciones constan en el siguiente capítulo.

Capítulo XII

Recomendaciones

1. Reflexión.-

Básicamente, estoy muy convencido de que las leyes actuales son adecuadas y suficientes para la administración de justicia. Los problemas que existen se deben a que las leyes no son aplicadas correctamente, ya por negligencia, ya por ignorancia, ya por dolo.

Comúnmente, los seres humanos somos muy proclives a perder nuestros privilegios, y hasta nuestros derechos, por negligencia o por abuso. Por ejemplo, una persona que conduce en estado de ebriedad, posiblemente perderá su privilegio de conducir, y hasta su derecho a la libertad. Lo mismo ha ocurrido en otros niveles. Para citar un caso atinente a la función judicial, antes era posible acudir ante cualquier juez para solicitar una confesión judicial, pero el abuso de ese derecho provocó la supresión del mismo, por lo que ahora es necesario demandar mediante sorteo.

Antes, cuando los abogados interveníamos en las juntas, no era necesario identificarnos, y si lo hacíamos, basta con la sola referencia de nuestros nombres. Ahora, siempre nos piden la credencial.

El incumplimiento de la ley es el factor más contundente para la

creación de nuevas leyes, generalmente coercitivas. Nuestros legisladores, en su gran mayoría incompetentes, son expertos en política, pero no en derecho, sociología, economía; y cuando emiten leyes, lo hacen con las limitaciones propias de su ineptitud, lo que se refleja en las constantes reformas que hacen sobre un mismo punto, en las reformas a esas reformas, y en la dificultad que tienen para llegar a decisiones.

Esa ineptitud es en gran parte culpable del fracaso de nuestro sistema judicial, pues quienes deben velar por las leyes, las acomodan a los intereses de quienes los regentan, o de sus clientes. Propio de ello es el acumulamiento y dilación de las causas en los juzgados, mal en el cual tenemos culpa todos: jueces, magistrados, auxiliares, abogados, legisladores.

2. Propuesta de reformas.-

Nuestra actual Constitución, prácticamente igual que la colombiana, refleja el fracaso que ha tenido el actual sistema procesal escrito, y establece la necesidad de implantación del sistema oral para acelerar la sustanciación de los procesos.

En vista de que todavía no ha sido atendida esa necesidad para modernizar la administración de justicia, y de los demás factores que producen la dilación del juicio ejecutivo, como ha sido analizado en el desarrollo de esta obra, considero de importancia que se introduzcan las siguientes reformas:

Al Código de Procedimiento Civil

El Art. 83, dirá:

Art. 83.- Toda demanda contra el Estado se citará en la forma legal al Procurador General del Estado, quien podrá contestarla directamente o dar instrucciones para la defensa al respectivo Ministro o Agente Fiscal del lugar en donde se hubiere propuesto la demanda.

En las provincias donde existan Delegaciones Distritales de la Procuraduría General del Estado, esta citación podrá practicarse en uno cualquiera de los Delegados Distritales de la correspondiente provincia, sin perjuicio de que el Juez fije término extraordinario para la contestación.

El Art. 297, dirá:

Art. 297.- Los jueces deberán rechazar toda solicitud que tienda a entorpecer el curso del juicio o a suscitar incidentes que propendan al mismo fin. En caso de reincidencia, los jueces impondrán multa *del 0,5% al 1% de la cuantía de la demanda. La multa se impondrá en un 75% de la misma al abogado que firme la solicitud respectiva, y en el resto a la parte.* Si el juez deja de imponer la multa o de rechazar la solicitud o el incidente, el superior le impondrá juez una multa *equivalente a la mitad de la que omitió imponer.* En caso de *persistencia*, en el mismo juicio, el juez impondrá el máximo de la multa y comunicará el hecho a la Corte Suprema de Justicia, para los efectos establecidos en la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional.

La falta de despacho a la solicitud de parte de imponer la sanción, se considerará como negativa para imponerla.

Las sanciones impuestas en conformidad con las disposiciones de este artículo, no serán susceptibles de recurso alguno, *pero las partes podrán apelar de la negativa para imponer la multa, sin perjuicio de la continuación del proceso.*

El Art. 431 dirá:

Art. 431.- Si el juez considerare ejecutivo el título así como la obligación correspondiente, ordenará que el deudor la cumpla o proponga excepciones en el término de tres días.

Si el ejecutante acompaña a la demanda certificado del Registrador de la Propiedad en el que conste que el ejecutado tiene bienes raíces *o bienes muebles sujetos a inscripción registral* que no están embargados, el juez, al tiempo de dictar la providencia de que habla el inciso anterior, prohibirá que el ejecutado venda, hipoteque o constituya otro gravamen o celebre contrato que limiten el dominio o goce de los bienes que, determinados por el juez, alcancen para responder por el valor de la obligación demandada. La prohibición se notificará a los respectivos Registradores de la Propiedad *o Mercantiles, según el caso*, para los efectos legales.

La citación al demandado se hará después de cumplirse lo ordenado en el inciso anterior.

El Art. 440, dirá:

Art. 440.- Si el deudor no paga ni propone excepciones dentro del respectivo término, el juez, previa notificación, pronunciará sentencia, dentro de veinticuatro horas, mandando que el deudor cumpla inmediatamente la obligación. La sentencia causará ejecutoria *para el demandado, pero el actor podrá apelar con efecto devolutivo, sin perjuicio de la ejecución.*

El Art. 443, dirá:

“Art. 443.- Si las excepciones versan sobre hechos que deban justificarse, *el Juez inmediatamente convocará a una junta de conciliación, que deberá realizarse dentro de un término no inferior a cinco días, ni mayor de diez, contados desde la presentación de las excepciones.*

En la junta, procurará el juez que las partes lleguen a un avenimiento. Esta junta no podrá postergarse, y de no haber conciliación, o en rebeldía de las partes, en el mismo día se recibirá la causa a prueba, por el término de seis días.

El juez podrá recibir la causa a prueba, sin necesidad de que se celebre la junta de conciliación, si una de las partes así lo solicita. La otra parte podrá oponerse dentro del término de tres días, exponiendo con precisión la propuesta de conciliación que va a proponer, que no podrá ser retirada ni modificada, sino por acuerdo entre las partes”.

El Art. 444 dirá:

Art. 444.- *Vencido el término de prueba, el juez convocará a junta de contradicción de pruebas, en la que se recibirán las deposiciones de*

los testigos y peritos que las partes hayan solicitado, y las alegaciones verbales.

La junta de contradicción concluirá cuando todas las declaraciones y alegatos hayan sido evacuados, pero no podrá postergarse por más de dos veces. Si fuese necesario suspenderla, en la misma audiencia se fijará término para su continuación, que no podrá exceder de dos días, sino por causa extraordinaria comprobada, a discreción del Juez.

A continuación del Art. 444, agréguese los siguientes:

Art.....- Todas las partes tendrán derecho de interrogar directamente a los testigos y peritos, pero la parte que solicitó su comparecencia tendrá el derecho de ser el primero en preguntar y el último en repreguntarlo.

Si un testigo no comparece a declarar en las fecha y hora fijados, o se negare a hacerlo, el juez, a petición de parte, ordenará su apremio personal. El testigo sufragará las costas causadas por su negativa, salvo que demuestre tener motivo legal para no comparecer.

Art.... .- No existe obligación de hacer conocer al juez el texto de las preguntas a realizarse, pero al momento de ser formuladas, éste podrá prohibirlas, de ser impertinentes, capciosas, sugestivas, o si contienen más de un hecho.

Art.... .- Cada parte tiene derecho a presentar en cualquier momento de la audiencia hasta un testigo o perito cuya comparecencia no haya sido solicitada en el término de prueba, para refutar los dichos de otro testigo o perito.

Art.... .- Durante las exposiciones verbales de las partes, testigos, peritos u otros, se tomará registro de las mismas en el juzgado, para que quede constancia escrita de las mismas en el proceso.

Art.... .- Al concluir la audiencia, en la misma, el juez pedirá autos para sentencia y fijará día y hora para que las partes comparezcan al pronunciamiento de la sentencia, en un término no mayor a diez días.

Art.....- Todas las partes tendrán derecho de interrogar directamente a los testigos y peritos, pero la parte que solicitó su comparecencia tendrá el derecho de ser el primero en preguntar y el último en repreguntarlo.

Si un testigo no comparece a declarar en las fecha y hora fijados, o se negare a hacerlo, el juez, a petición de parte, ordenará su apremio personal. El testigo sufragará las costas causadas por su negativa, salvo que demuestre tener motivo legal para no comparecer.

Art.... .- No existe obligación de hacer conocer al juez el texto de las preguntas a realizarse, pero al momento de ser formuladas, éste podrá prohibirlas, de ser impertinentes, capciosas, sugestivas, o si contienen más de un hecho.

Art.... .- Cada parte tiene derecho a presentar en cualquier momento de la audiencia hasta un testigo o perito cuya comparecencia no haya sido solicitada en el término de prueba, para refutar los dichos de otro testigo o perito.

Art.... .- Durante las exposiciones verbales de las partes, testigos, peritos u otros, se tomará registro de las mismas en el juzgado, para que

quede constancia escrita de las mismas en el proceso.

Art.... .- Al concluir la audiencia, en la misma, el juez pedirá autos para sentencia y fijará día y hora para que las partes comparezcan al pronunciamiento de la sentencia, en un término no mayor a diez días.

El Art. 468, dirá:

Art. 468.- Las posturas se presentarán ante el secretario del juez que ordenó el remate, desde las catorce hasta las 18h00 inclusive, del día señalado para el remate. En ellas se indicará con claridad los términos de la oferta y, cuando sea parcial, deberá determinar con precisión los bienes pretendidos. No se admitirán posturas parciales sobre un mismo bien universal, como las puertas de una casa, o el tomo de una colección.

El Art. 471, dirá:

Art. 471.- Antes de cerrarse el remate, el deudor puede librar sus bienes, pagando la deuda, intereses y costas. Una vez cerrado el remate, de oficio, el Actuario elaborará un Acta en que hará constar cada una de las posturas, con indicación de todos los puntos referidos en el artículo anterior. El incumplimiento de esta disposición acarreará será causal de destitución.

El Art. 477, dirá:

Art. 477.- Si se presenta una postura a plazo, éste no podrá exceder de tres años, tratándose de un bien mueble, ni de ocho, cuando el bien rematado sea un inmueble; y deberá ofrecerse el pago de, por lo

menos, el interés legal, especificando la forma de determinación de los dividendos y su periodicidad, que no podrá ser mayor que semestral. Los plazos podrán incluir un período de gracia de hasta seis meses para los inmuebles, y tres, para los muebles, sin perjuicio del pago de los intereses.

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. *Cuando los bienes rematados sean muebles, mientras no se cancele el precio del remate, la prenda se conservará en poder del acreedor prendario, salvo que éste acceda a que le sea entregada al postor vencedor en el remate, o que en la postura éste hubiese condicionado dicha entrega, de lo cual deberá quedar constancia en el proceso”.*

El Art. 481, dirá:

Art. 481.- De no haberse presentado postores, se fijará nuevo día para el remate, sobre la base de la mitad del precio del avalúo, *a excepción del acreedor, quien no podrá hacer posturas inferiores a los dos tercios.*

En el caso de que no hubiere postores, podrá también el acreedor pedir que se embarguen y rematen otros bienes.

Si el valor ofrecido de contado no alcanza a cubrir el crédito del ejecutante, o el de éste y el del tercerista en el caso del Artículo 456 podrán aquel o éste pedir, a su arbitrio, que se rematen como créditos,

los dividendos a plazo, o que se embarguen y rematen otros bienes del deudor.

A continuación del Art. 495, agréguese:

Art.... .- Los Alguaciles podrán citar a los demandados que se encuentren presentes en las diligencias que se les ha encomendado, cuando les sea posible cerciorarse de su identidad. En este caso, entregarán las respectivas boletas con el auto de pago y la demanda, y sentarán razón del acto.

A la Ley de Cheques

El Art. 57, dirá:

“Art. 57.- El cheque 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.

En los demás casos, salvo disposición legal en contrario, podrá demandarse en juicio verbal sumario.

La acción civil intentada para el pago de un cheque, no perjudica la acción penal correspondiente”.

A la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero

El Art. 52, dirá:

“Art. 52.- Los bancos podrán conceder a sus clientes sobregiros ocasionales en cuenta corriente sin que sea indispensable la suscripción de un contrato. La liquidación de estos sobregiros en

cuenta corriente efectuada por el banco, junto con el estado de cuenta corriente del deudor, será considerada como título ejecutivo exigible por esta vía. *La misma calidad tendrá el estado de cuenta de tarjeta de crédito, junto con la respectiva liquidación de intereses, que deberá indicar la fecha desde la cual éstos han sido calculados, y la tasa utilizada.*

Estos títulos devengarán la máxima tasa de interés permitida y la comisión respectiva a la fecha de la concesión, más la máxima indemnización moratoria vigente a la fecha de pago”.

Disposición Transitoria

La disposición contenida en el cuarto artículo innumerado agregado después del Art. 444 del Código de Procedimiento Civil, se aplicará tan pronto la Función Judicial cuente con las herramientas necesarias para la rápida transcripción de las exposiciones verbales. Mientras tanto, se seguirá utilizando el mismo método para los testigos, y las partes podrán presentar escritos reproduciendo sus alegaciones verbales. Se admirará también para su registro, los medios señalados en el segundo inciso del Art. 125.

En la reformas sugeridas, he preferido mostrar el contenido entero de la norma, para su inmediata comprensión. El texto de las modificaciones que he planteado es el que consta en letra itálica (inclinada), para mejor identificación.

Capítulo XIII

Bibliografía

1. Textos citados.-

Las citas de este texto refieren los aspectos más generales del procedimiento civil y específicamente el juicio ejecutivo como instituciones, en sus fundamentos esenciales. Los libros que he consultado son:

I. F. STONE,

The trial of Socrates (El juicio de Sócrates), 2ª Edición (1989).

LEONIDAS ORTEGA MOREIRA

Las Fuentes de las Obligaciones, tesis doctoral (1937).

JUAN ISAAC LOVATO

Programa Analítico del Derecho Procesal Civil Ecuatoriano, V Tomo (1962).

VINCENT BUGLIOSI,

Outrage (Ultraje), 2º Edición (1997).

HÉCTOR VILLAGRÁN LARA,

Autoridad de la Cosa Juzgada, tesis doctoral (1957).

HÉCTOR ORBE C.

Práctica Procesal Ecuatoriana, Primera Edición (1974),

RAFAEL DE PINA Y JOSÉ CASTILLO L.,

Instituciones de Derecho Procesal Civil, Primera Edición (1946)

EDICIONES LEGALES

Colección de Jurisprudencia 1999, 1ª Edición. Tomo I.

Gacetas Judiciales desde 1.906

Código de Enjuiciamiento Civil (codificación de 1.912).

Código de Procedimiento Civil.

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

Ley del Mercado de Valores.

Código de Comercio.

Código del Trabajo.

Constitución de la República.

Ley de Cheques.

Código Penal.

2. Otros textos consultados.-

Los textos que, pese a no ser citado en forma expresa, han sido materia de consulta, son los siguientes:

FERNANDO ALESSANDRI

Curso de Procedimiento Civil, Segunda Edición (1938).

MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA

Las obligaciones y los contratos ante la Jurisprudencia, Primera Edición (1939).

EDUARDO COUTURE

Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera Edición (1958).

Dedicatorias:

Héctor Villagrán Lara

mi padre, mi primer maestro, la persona más importante y de mayor influencia en mi vida.

Mimí

mi *esposita*, la mujer con quien comparto mi vida en un matrimonio lleno de amor y comprensión.

José Mauricio

hasta ahora mi único hijo, quien me ha provocado sentir la importancia y el orgullo de ser padre.

Mi escuela

la Universidad de Guayaquil, en gratitud por los conocimientos que en ella obtuve, y valiosas personas que en ella conocí.