



Escuela de la  
**Función Judicial**  
¡Un solo camino, la excelencia!

# **EL PROCESO ORDINARIO POSTERIOR AL PROCESO EJECUTIVO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS - COGEP**

**GABRIEL ANDRÉS REINA VANEGAS**

**Concurso de ensayos jurídicos en conmemoración del primer  
aniversario de vigencia del Código Orgánico General de Procesos,  
COGEP**

# EL PROCESO ORDINARIO POSTERIOR AL PROCESO EJECUTIVO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS - COGEP

**Autor:**

**Reina Vanegas, Gabriel Andrés**

**Fecha:**

**1 de Marzo de 2017**

**2ª Edición:**

**18 de Diciembre de 2017**

## RESUMEN

El proceso ordinario posterior al proceso ejecutivo (también conocido como proceso de conocimiento posterior, proceso ordinario de repetición, o proceso revisivo) es una institución del derecho procesal recogida en la mayoría de las leyes adjetivas iberoamericanas. Dicha institución no se encuentra considerada dentro del articulado del nuevo Código Orgánico General de Procesos (COGEP). El objeto del presente trabajo consiste en un análisis investigativo y en la resolución de este vacío legal o laguna normativa; en definitiva: *¿Tiene la parte vencida en el proceso ejecutivo la facultad de iniciar un proceso ordinario posterior con el fin de revisar la sentencia dictada en el proceso ejecutivo?* Para resolver este vacío, se acude y se aplican las reglas concernientes a la integración de la ley procesal, en concreto, se utilizan los principios generales del derecho procesal, mismos que se encuentran implícitos en las fuentes primarias y secundarias del derecho procesal ecuatoriano.

**PALABRAS CLAVES:** *COSA JUZGADA FORMAL Y MATERIAL, INTEGRACIÓN DE LA LEY, PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, PROCESO EJECUTIVO, PROCESO ORDINARIO POSTERIOR, PROCESO REVISIVO.*

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>DESARROLLO</b>	<b>1</b>
<b>1. UNA LAGUNA EN LA LEY PROCESAL</b>	<b>1</b>
<b>2. EL PROCESO EJECUTIVO</b>	<b>2</b>
2.1. GENERALIDADES.-	2
2.2. CONCEPTO.-	2
2.3. CARACTERÍSTICAS.-	2
2.4. NATURALEZA.-	3
2.5. SENTENCIA.-	4
<b>3. EL PROCESO ORDINARIO POSTERIOR</b>	<b>5</b>
3.1. CONCEPTO.-	5
3.2. OBJETO.-	5
3.3. NATURALEZA.-	6
<b>4. DOCUMENTOS LEGISLATIVOS</b>	<b>6</b>
4.1. PROYECTO.-	6
4.2. INFORME PARA PRIMER DEBATE.-	6
4.3. INFORME PARA SEGUNDO DEBATE.-	7
<b>5. DERECHO COMPARADO</b>	<b>7</b>
5.1. ARGENTINA.-	7
5.2. URUGUAY.-	7
5.3. ESPAÑA.-	8
5.4. IBEROAMÉRICA.-	8
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>8</b>
<b>REFERENCIAS</b>	<b>9</b>

## INTRODUCCIÓN

El *proceso ordinario posterior al proceso ejecutivo* es una institución procesal que se encuentra contemplada en la mayoría de legislaciones procesales iberoamericanas (Jijón Letort, 2000); los códigos adjetivos de países como Argentina, Uruguay, y España lo demuestran. La facultad de iniciar un proceso ordinario posterior al ejecutivo es considerada por la doctrina como un "principio general en el derecho de nuestros países" (Couture, 2007, p. 339).

Hasta antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos (R.O. 506-S, 22-V-15) el 22 de Mayo de 2016, esta institución estuvo prevista en todas y en cada una de las codificaciones procesales en materia civil que han regido en la República. La última vez que el proceso ordinario posterior estuvo contemplado en el ordenamiento jurídico nacional fue dentro de la última codificación del Código de Procedimiento Civil (R.O. 58-S, 12-VII-05):

Art. 448.- El acreedor no podrá ser pagado antes de rendir fianza, de conformidad con la ley y a satisfacción del juez, por los resultados del juicio ordinario, siempre que lo solicite el deudor, manifestando que tiene que intentar la vía ordinaria. En este caso, no se admitirán las excepciones que hubieren sido materia de sentencia en el juicio ejecutivo.

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

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

En cuanto al Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP), este guarda silencio sobre el *cómo y ante quién* se puede iniciar el proceso ordinario posterior: no se refiere a él en absoluto. Se creó un vacío legal, una laguna normativa que la ciencia del derecho está llamada a llenar. Este silencio ha dejado en total incertidumbre la otrora certera facultad de iniciar un proceso ordinario posterior al ejecutivo.

Entonces, en el sistema normativo del COGEP, ¿es factible la iniciación de un proceso ordinario posterior al ejecutivo? Esta interrogante es la que se desarrollará en el presente trabajo, la cual será resuelta a través de un análisis investigativo de las fuentes que informan al Derecho procesal privado nacional. La

síntesis de todo lo indagado permitirá entrever si la inexistencia de esta institución en el texto del COGEP tiene como consecuencia, o su prohibición, o su permisón.

## DESARROLLO

### 1. UNA LAGUNA EN LA LEY PROCESAL

No es inverosímil que una ley, sustancial o procesal, calle en absoluto. Como afirman Enneccerus, Kipp, y Wolff (1953), "el derecho, tal como se manifiesta estructurado en la ley y en la costumbre, no está exento de lagunas, antes bien deja muchos problemas sin respuesta" (p. 211). En la legislación patria, las lagunas normativas se resuelven a través de la aplicación de los principios y reglas que gobiernan la integración de la ley procesal.

Según el Art. 2 del COGEP, todo lo referente a la actividad procesal está tutelado por los principios rectores contenidos en distintas normas, entre ellas, las contenidas en el Código Orgánico de la Función Judicial (R.O. 544-S, 09-III-09). El Art. 29 (§3) de este cuerpo normativo prevé que "cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal."

Asimismo, el Art. 18 (7°) del Código Civil (R.O. 46-S, 24-VI-05) dispone que "a falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal." Aunque el primer artículo refiera a lo procesal y el segundo a lo sustancial, ambos contienen el mismo principio normativo: a falta de ley se aplicará la analogía; si no existen casos análogos, se aplicarán los principios generales del derecho.

Como ya fue mencionado anteriormente, el COGEP no se pronuncia ni hace alusión alguna respecto a la posibilidad de que la parte procesal vencida en el proceso ejecutivo pueda iniciar un proceso ordinario posterior. El COGEP tampoco contiene disposiciones que regulen instituciones o casos análogos; en definitiva, esta laguna normativa solamente puede ser resuelta a través de la aplicación de los principios generales del derecho.

Según De Ruggiero (1929-1931), los principios generales del derecho no son sino los principios del derecho positivo nacional. Estos principios "se obtienen precisamente mediante la inducción de los preceptos legales consuetudinarios" (Guasp, 1968, vol. 1, p. 51). Un estudio a fondo del COGEP, en conjunto con sus antecedentes legislativos y demás fuentes secundarias del derecho procesal, permitirá

descubrir el principio general aplicable en este caso (Alsina, 1956-1965).

En consecuencia, previo al análisis de la institución del proceso ordinario posterior y de su hipotética aplicación, es necesario la realización de un análisis al proceso ejecutivo, tal y como está regulado en las disposiciones del COGEP, a la luz de las explicaciones y aclaraciones que se obtienen de los documentos legislativos, la jurisprudencia, la doctrina, y las legislaciones de países que pertenecen a la tradición jurídico-procesal iberoamericana.

## 2. EL PROCESO EJECUTIVO

### 2.1. GENERALIDADES.-

El proceso ejecutivo, legalmente denominado *procedimiento ejecutivo*, se encuentra normado en el Capítulo I del Título II ("PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS") del Libro IV ("PROCESOS") del COGEP, desde el Art. 347 al 355. Según su sustanciación, esta clase de proceso está dividido en seis fases o etapas: i. *Demanda ejecutiva*; ii. *Calificación de la demanda*; iii. *Citación del auto de pago*; iv. *Contestación a la demanda*; v. *Audiencia única*; y, vi. *Sentencia*.

En los casos ordinarios, el proceso ejecutivo empieza, pues, con una demanda y termina con una sentencia. El COGEP, a diferencia de otras legislaciones, distingue claramente al proceso ejecutivo de la *fase de ejecución* (también conocida como la *vía de apremio*), reglada en su Libro V ("EJECUCIÓN"). En principio, todos los procesos que acaban con una sentencia (e.g. el ordinario y el sumario) pasan a esta fase de ejecución.

### 2.2. CONCEPTO.-

En palabras de Palacio (2003), el proceso ejecutivo es un "proceso especial, sumario (en sentido estricto) y de ejecución, tendiente a hacer efectivo el cumplimiento de una obligación documentada en alguno de los títulos extrajudiciales (convencionales o administrativos) legalmente dotados de fehaciencia o autenticidad" (pp. 701-702). En los documentos preparativos del COGEP, por su parte, aparece la siguiente definición:

[El proceso ejecutivo es] la actividad procesal jurídicamente regulada, mediante el cual el acreedor, fundándose en la existencia de un título ejecutivo que hace plena prueba contra el deudor, demanda la tutela del órgano jurisdiccional a fin de que éste, coactivamente, obligue al deudor al cumplimiento de una obligación insatisfecha. (*Informe para Segundo Debate*, p. 26)

El objeto de este proceso es "la pretensión de la condena al demandado" (Velasco Célteri, 1996, p. 14).

Precisamente, en la *Exposición de Motivos* del COGEP se reconoce que el fin de este proceso consiste en "el cobro de títulos ejecutivos, en el que se admite únicamente excepciones taxativas a través de una audiencia y un trámite expedito que amerita este tipo de controversias" (*Proyecto*, p. 16). De lo dicho se colige que los elementos que mejor definen a este proceso son:

- i. El título ejecutivo; y,
- ii. El sistema de excepciones taxativas.

### 2.3. CARACTERÍSTICAS.-

"La base del procedimiento es la existencia de un título ejecutivo" (Alsina, 1956-1965, vol. 5, p. 189). El título ejecutivo es, en efecto, el presupuesto indispensable para que proceda el proceso ejecutivo: "sólo es viable el juicio ejecutivo siempre que en virtud de un título que traiga aparejada ejecución (...) siendo, por consiguiente, condición inexcusable de este tipo de proceso la existencia de un título ejecutivo" (Palacio, 2003, p. 705; cf. Velasco Célteri, 1996, p. 40).

Los títulos ejecutivos tienen reserva de ley (Velasco Célteri, 1996). Estos se encuentran enumerados, de manera no taxativa (*numerus apertus*), en el Art. 347 del COGEP. Otras leyes que presentan títulos ejecutivos son, por ejemplo, la Ley de Compañías (R.O. 312, 05-XI-99), la Ley General de Seguros (R.O. 403, 23-XI-06), la Ley de Mercado de Valores (R.O. 215-S, 22-II-06), y el Código Orgánico Monetario y Financiero (R.O. 332-S, 12-IX-14).

Según el citado Art. 347 del COGEP, estos títulos deben consignar una obligación de dar o hacer. En otros países, como en Argentina o Uruguay, los títulos ejecutivos solo pueden contener obligaciones de dar en metálico, es decir, se limitan a la dación de una suma de dinero; esta normativa extranjera "no autoriza el procedimiento tratándose de obligaciones de dar cosas, de hacer o de no hacer" (Alsina, 1956-1965, vol. 5, p. 189). En España aplica el mismo principio.

Los títulos ejecutivos, dice la doctrina, son instrumentos "a los que la ley les reviste de una vehemente presunción de autenticidad" (Velasco Célteri, 1996, p. 19). La autenticidad del título alcanza a la obligación contenida en el mismo. Como explica el legislador, en los procesos ejecutivos "no se busca la declaración del derecho pues éste ya está contenido en un título valor o en cualquier documento que preste mérito ejecutivo" (*Informe para Segundo Debate*, p. 26).

La obligación (derecho subjetivo) contenido en el título ejecutivo goza de una presunción legal de autenticidad, que admite prueba en contrario (i.e. *iuris tantum*). Subsiguientemente, en el proceso ejecutivo

no busca que se declare el derecho, pues este ya se encuentra provisionalmente declarado en el título ejecutivo; en este tipo de proceso se busca la ejecución de este derecho sin que se analice la existencia del mismo.

• • •

Luego del título ejecutivo, el elemento que más caracteriza al proceso ejecutivo es el sistema de excepciones taxativas que impone la ley procesal para este tipo de procesos. Como lo señala Véscovi (1998), en "el juicio ejecutivo, en el cual naturalmente hay una cognición sumaria en virtud del título ejecutivo, que constituye su presupuesto esencial, también hay en general una limitación de las defensas (excepciones)" (p. 452).

Según el Art. 353 del COGEP, el deudor demandado en el proceso ejecutivo solo puede oponer un número limitado de excepciones: i. *Título no ejecutivo*; ii. *Nulidad formal o falsedad del título*; iii. *Extinción total o parcial de la obligación*; iv. *Existencia de auto de llamamiento a juicio por delito de usura o enriquecimiento privado no justificado*; y, v. *Las excepciones previas* del Art. 153 del COGEP. El Art. 352 del COGEP contempla la consecuencia jurídica del uso de excepciones ajenas:

...si las excepciones propuestas son distintas a las permitidas en este Código para este tipo de procesos, la o el juzgador en forma inmediata pronunciará sentencia mandando que la o el deudor cumpla con la obligación. Esta resolución no será susceptible de recurso alguno.

Todas las excepciones previstas en la ley son de índole formal, excepto la relativa a la extinción (total o parcial) de la obligación ejecutiva. Según la doctrina, estas excepciones "son procesales o sustanciales; pero, estas últimas, según hemos visto al estudiar la teoría de la acción ejecutiva, sólo pueden fundarse en hechos posteriores al título constitutivo de la obligación" (Alsina, 1956-1965, vol. 5, pp. 267-268).

En Argentina, la legislación procesal también contiene un sistema de excepciones taxativas, admisibles en el proceso ejecutivo. En Uruguay, por su lado, solamente se admiten las excepciones taxativas previstas en las leyes especiales. En España, por remisión expresa, la ley procesal da licencia únicamente al uso de las excepciones prescritas en la ley cambiaria del país. Es propio del proceso ejecutivo que la ley limite las defensas oponibles en el mismo.

En todos los casos existe una prohibición tácita de discutir (en el proceso ejecutivo) la relación jurídica

sustancial que presuntamente antecede al título ejecutivo. El fin de este número limitado de excepciones es, sin lugar a dudas, que se impida el conocimiento sobre la relación jurídica sustancial que, en virtud del título ejecutivo, se presume existente; en otras palabras, su fin es limitar la cognición del juez sobre la obligación contenida en el título ejecutivo (Véscovi, 1988).

#### 2.4. NATURALEZA.-

La doctrina procesal iberoamericana distingue a los procesos, según su objeto, en procesos de conocimiento y procesos de ejecución. Proceso de conocimiento (de cognición o declarativo genérico) es aquel en el que se busca la declaración o determinación de un derecho; proceso de ejecución, por otro lado, es aquel en el que se busca la efectividad de un derecho ya reconocido (Devis Echandía, 2002; cf. Couture, 2007).

El legislador define a los procesos de conocimiento como "aquellos que resuelven una controversia sometida por las partes al órgano jurisdiccional y que se tramita sobre derechos y pretensiones contrapuestas, que debe resolver el juez declarando a quien pertenece el derecho cuestionado o la cosa litigiosa" (*Informe para Segundo Debate*, p. 25). *A contrario sensu*, los procesos de ejecución son aquellos en los que, sin resolverse una controversia sustancial, se ejecutan derechos reconocidos.

El proceso ejecutivo es, por naturaleza, un proceso de ejecución. En efecto, en este tipo de proceso no existe conocimiento ni pronunciamiento sobre el aspecto de fondo, la relación jurídica entre acreedor y deudor. La acción ejecutiva "es independiente de la relación jurídica sustancial y se acuerda al poseedor de un título ejecutivo, con prescindencia de toda consideración sobre la legitimidad del derecho que se pretende hacer valer" (Alsina, 1956-1965, vol. 5, p. 37).

En el proceso ejecutivo, la falta de conocimiento sobre la relación jurídica sustancial, sobre la existencia de la obligación contenida en el título ejecutivo, resulta de la combinación del título ejecutivo con el sistema de excepciones taxativas, pues "el conocimiento del juez debe eventualmente circunscribirse al examen de un número limitado de defensas" (Palacio, 2003, p. 702). De manera más precisa, la falta de conocimiento se debe a las siguientes razones:

1º) Su objeto no consiste en obtener un pronunciamiento judicial que declare la existencia o inexistencia de un derecho sustancial incierto, sino en lograr la satisfacción de un crédito que la ley presume existente en virtud de la peculiar modalidad que reviste el documento que lo comprueba; 2º) A diferencia de lo que ocurre, en general, con

las pretensiones de conocimiento, el efecto inmediato de la pretensión ejecutiva consiste en un acto conminatorio (intimación al pago) y en un acto coactivo sobre el patrimonio del deudor (embargo). (Palacio, 2003, p. 702)

El proceso ejecutivo, entonces, no es más que "un modo de ejecución forzada en base a la presunción de la existencia de un derecho, en el que sólo son admisibles las excepciones posteriores al título, sin que se permita discutir la existencia de la obligación" (Alsina, 1956-1965, vol. 5, p. 379). Por esta razón y por todo lo dicho, es correcto concluir que el proceso ejecutivo es un proceso de ejecución, tanto para la doctrina como para la ley.

## 2.5. SENTENCIA.-

La sentencia dictada en el proceso ejecutivo tiene como objeto principal, no el resolver una controversia o el declarar la existencia de un derecho subjetivo, sino el admitir o denegar la ejecución del presunto crédito contenido en el título ejecutivo (Alsina, 1956-1965).

En los procesos de ejecución, como en el ejecutivo, el juzgador no se pronuncia acerca la relación jurídica sustancial entre las partes litigantes (i.e. no existe cosa juzgada sobre la relación jurídica sustancial) porque, en primer lugar, este nunca conoció ni pudo conocer la mencionada relación jurídica sustancial. Entonces, respecto la relación jurídica sustancial, la sentencia "no es declarativa y sólo produce cosa juzgada formal" (Alsina, 1956-1965, vol. 5, p. 379).

Esto es natural, debido a que las "sentencias dictadas en los procesos de ejecución no producen, como principio, efectos de cosa juzgada en sentido material, sino meramente formal" (Palacio, 2003, p. 767). Como explica Palacio (2003), el proceso ejecutivo "carece de aptitud para el examen y solución total del conflicto, y la sentencia que en él se dicta sólo produce, en principio, eficacia de cosa juzgada en sentido formal" (p. 702).

• • •

La distinción entre la cosa juzgada formal y la cosa juzgada sustancial se encuentra reconocida universalmente reconocida por la jurisprudencia y la doctrina procesal. Alessandri y Somarriva, en versión de Vodanovic (1945), ilustran esta distinción de la siguiente manera:

[La cosa juzgada formal] refiere a la imposibilidad de reabrir la discusión en el mismo proceso. Significa la imposibilidad de anular la sentencia por medio de los recursos, sea porque la última instancia ha dicho la

palabra final, o porque ha transcurrido el tiempo para interponerlos, o porque se ha desistido o renunciado a ellos. Pero nada impide que la revisión de la discusión se haga en otro juicio, en uno posterior.

La cosa juzgada material, en cambio, existe cuando a la condición de inimpugnable en el mismo proceso, se une la imposibilidad de cualquier nuevo examen del negocio y de cualquiera resolución nueva distinta sobre la misma relación jurídica frente a los que han sido partes, sea por el mismo tribunal que dictó la primera, sea por otro diferente. (p. 154)

Couture (2007) sintetiza esta distinción de la siguiente manera: existe cosa juzgada formal cuando una decisión judicial solo goza de inimpugnabilidad; por otra parte, existe cosa juzgada material cuando una decisión judicial goza de inimpugnabilidad y de inmutabilidad. De tal manera, no puede haber "cosa juzgada sustancial sin cosa juzgada formal, porque a ésta no se llega sin la preclusión de todos los medios de revisión" (Couture, 2007, p. 341).

• • •

Dicho esto, cabe aclarar que en el caso de la sentencia dictada en el proceso ejecutivo, esta hace solo cosa juzgada formal respecto a la existencia de la obligación. Existe cosa juzgada material, sin embargo, para todo aquello que fue "objeto de amplio debate en la vía ejecutiva" (Couture, 2007, p. 342). Por ello se considera que "el principio de inexistencia de cosa juzgada material no es absoluto" (Jijón Letort, 2000, p. 146).

El proceso ejecutivo del COGEP, al tener la misma estructura de los procesos ejecutivos de los sistemas del derecho comparado, recoge implícitamente estos principios. La jurisprudencia, así mismo, lo confirma. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, dictó la siguiente resolución de triple reiteración, que constituye precedente jurisprudencial obligatorio según el Art. 182 del Código Orgánico de la Función Judicial:

El recurso de casación únicamente procede en caso que se haya dictado una providencia que ponga fin al proceso, produciendo el efecto de cosa juzgada formal y sustancial y que tal providencia se haya dictado dentro de un proceso de conocimiento. (G.J. XVI-S, No. 13, p. 3442)

El recurso de casación, dice la jurisprudencia nacional, es una acción entablada en contra de la autoridad de la cosa juzgada material. Lógicamente, como el proceso ejecutivo no hace cosa juzgada material, el

Art. 354 (§4) del COGEP declara: "No será admisible el recurso de casación para este tipo de procesos." Desde otro punto de vista: el recurso de casación no procede en el proceso ejecutivo puesto que, por no ser un proceso de conocimiento, este no hace cosa juzgada material.

Por todo lo expuesto, aunque no lo esté previsto explícitamente en la ley, la jurisprudencia y la doctrina claramente establecen que la sentencia del proceso ejecutivo, con respecto al derecho sustancial contenido en el título ejecutivo, carece de cosa juzgada material. Analizado el fondo y la esencia del proceso ejecutivo del COGEP, procede continuar con el análisis del objeto principal de esta tesis, el proceso ordinario posterior.

### 3. EL PROCESO ORDINARIO POSTERIOR

#### 3.1. CONCEPTO.-

El proceso ordinario posterior, dice Couture (2007), encuentra sus antecedentes más remotos en los preceptos de los glosadores, primordialmente de los trabajos y obras de Juan Fasolus (1223-1286) y Bártolo de Sassoferrato (1313-1357). Esta institución procesal, además, está recogida en las inmemoriales recopilaciones de jurisprudencia, en el siguiente precepto latino:

*EXCEPTIONES, QUE NON POSSUNT ADMITTI IN IUDICIO EXECUTIVO RESERVANTUR AD ORDINARIUM. ~ Decisio CXXI. DECISIONUM ROTÆ LUCANÆ, L. 2 (Venecia, 1718).*

Esencialmente, esta institución consiste en un proceso ordinario destinado a revisar la sentencia dictada en el proceso ejecutivo. En la legislación patria, el proceso ordinario está regulado en el Capítulo I del Título I ("PROCESOS DE CONOCIMIENTO") del Libro IV del COGEP. Palacio (2003) opina que la expresión "proceso ordinario" debe ser entendida como equivalente a "proceso de conocimiento."

El derecho iberoamericano moderno le ha atribuido distintas denominaciones a esta institución: *proceso ordinario posterior* (Couture, 2007), *proceso ordinario de repetición* (Alsina, 1956-1965), *proceso de conocimiento posterior* (Palacio, 2003), *proceso revisivo* (Véscovi, 1988), etc. Todos los términos son aceptables, pues cada uno resalta uno de sus aspectos.

El proceso ordinario posterior, en principio, consiste en un proceso de conocimiento destinado a revisar la sentencia dictada en el proceso ejecutivo. Es un proceso autónomo, que se sigue ante el mismo juez de instancia que sustanció el proceso ejecutivo (principio de conexidad/competencia por conexión), que "puede ser iniciado por la parte que resultare vencida

en el juicio ejecutivo, sea aquella ejecutante o ejecutada" (Jijón Letort, 2000, p. 145).

#### 3.2. OBJETO.-

El fundamento del proceso ordinario posterior es la inexistencia de cosa juzgada material en la sentencia dictaminada en el proceso ejecutivo: como lo decidido en el proceso ejecutivo solo hace cosa juzgada formal respecto a la relación jurídica sustancial, la ley procesal permite su revisión en el proceso posterior. Como explica la doctrina argentina:

La sentencia de remate no es declarativa y sólo produce cosa juzgada formal, en cuya virtud la ley permite su ejecución provisional, pero no impide su revisibilidad en juicio ordinario, porque no tiene fuerza de cosa juzgada sustancial. (Alsina, 1956-1965, vol. 5, p. 379)

De lo citado resulta que la razón de ser del proceso ordinario posterior sea, según Couture (2007), que la "sumariedad de éste priva de las garantías necesarias para la defensa. La revisión tiene por objeto, pues, reparar las consecuencias de un debate apresurado" (p. 385). La doctrina española, por su parte, explica con más detalle la razón por la cual el derecho positivo admite esta institución:

...si bien en el desarrollo de un juicio ejecutivo llega un momento en el que se cierran las impugnaciones posibles contra el mismo, esto es, en que la sentencia que lo resuelve queda firme y no admite ningún ataque directo, siempre es susceptible de reproducirse el litigio en juicio declarativo ulterior, en el que, planteando análogo tema, puede conseguirse una resolución distinta, no vinculada con el pronunciamiento obtenido en el juicio ejecutivo. (Guasp, 1968, vol. 2, pp. 186-187)

En el proceso ejecutivo, las excepciones sustanciales anteriores al título "no pueden oponerse en la ejecución, porque la ley presume la legitimidad del crédito, y deben, por ello, quedar reservadas al juicio ordinario" (Alsina, 1956-1965, vol. 5, p. 39). Entonces, están reservadas para el ordinario las excepciones destinadas a desvirtuar la legitimidad de la obligación.

El objeto de proceso ordinario posterior es, por tanto, todo asunto sobre el cual no exista cosa juzgada material. En otras palabras, su objeto primordial consiste en la discusión de todo "aquello que naturalmente queda afuera del juicio anterior" (Véscovi, 1988, p. 452). "Lo que debería discutirse en el juicio posterior es, por lo tanto, la obligación sobre la que versó el juicio ejecutivo" (Jijón Letort, 2000, p. 145).



Entonces, la finalidad del proceso ordinario posterior no es la de revisar el objeto del proceso ejecutivo; su objeto es relativamente independiente, aunque sea complementario a este (Véscovi, 1988). Esto se debe a que, "aunque no se debatieran cuestiones idénticas, se tratará de la misma relación jurídica" (Jijón Letort, 2000, p. 146). La jurisprudencia española es de igual criterio (Guasp, 1968).

### 3.3. NATURALEZA.-

La función revisiva del proceso ordinario posterior apunta solamente a los efectos de lo resuelto en el proceso ejecutivo anterior (i.e. el admitir o no la ejecución del crédito contenido en el título), mas no a su objeto. Como ya fue visto, sobre este existe cosa juzgada material, por lo que su revisión sería improcedente conforme los principios de la cosa juzgada.

Debido su función revisiva, la doctrina considera que el proceso ordinario posterior es una vía impugnativa. Por este motivo, Véscovi (1988) considera que, en principio, la ley debería expresamente permitirlo, pues "los medios impugnativos surgen solamente a texto expreso" (p. 451). Esto concuerda con el COGEP, que en su Art. 250 (§2) dice: "Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley."

Sin embargo, el mismo autor reflexiona lo siguiente: "si el objeto es totalmente diferente cabría entender que, al no haber cosa juzgada, no hay ningún impedimento" (p. 455). El proceso ordinario posterior, en consecuencia, puede ser planteado a falta de ley expresa; solamente deben existir asuntos sobre los cuales la sentencia dictada en el proceso ejecutivo no haya resuelto.

## 4. DOCUMENTOS LEGISLATIVOS

Una lectura rápida de los antecedentes legislativos del COGEP permite ver que la institución del proceso ordinario posterior estuvo considerada en los primeros borradores del proyecto, pero no se vio incluida en el último borrador ni en el texto final del mismo.

### 4.1. PROYECTO.-

En el *Proyecto* de COGEP, de Enero de 2014, el proceso ordinario posterior estuvo contemplado en el Art. 497 ("Pago previa fianza"), dentro del Capítulo III del Título I ("DE LA EJECUCIÓN") del Libro V ("EJECUCIÓN"). Su texto era el siguiente:

Artículo 497.- Pago previa fianza.- Tratándose de la ejecución de una sentencia dictada en juicio ejecutivo el acreedor no podrá ser pagado antes de rendir fianza, de conformidad con la ley y a satisfacción de la jueza o del juez, por los resultados de la acción ordinaria, siempre que lo solicite el

deudor, manifestando que tiene que intentar dicha acción. En este caso, no se admitirán las excepciones que hubieren sido materia de la sentencia en el juicio principal.

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

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

Este artículo, en primer lugar, no se encontraba en el título del proceso ejecutivo, sino en el Libro V. Llama la atención que su redacción es por poco exactamente igual a la del anteriormente referido Art. 448 del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC), palabra por palabra (Se habla de "juicio" y no de "proceso" ejecutivo). Ambos artículos refieren a una fianza, y a un tiempo de caducidad.

### 4.2. INFORME PARA PRIMER DEBATE.-

En el *Informe para Primer Debate* del COGEP, de Julio de 2014, el artículo que regula al proceso ordinario posterior permaneció sin cambios sustanciales. Con respecto a su numeración, este artículo pasó de ser el 497 a ser el 476. Su texto reza:

Artículo 476.- Pago previa fianza.- Tratándose de la ejecución de una sentencia dictada en juicio ejecutivo la o el acreedor no podrá ser pagado antes de rendir fianza, de conformidad con la ley y a satisfacción de la jueza o del juez, por los resultados de la acción ordinaria, siempre que lo solicite el deudor, manifestando que tiene que intentar dicha acción. En este caso, no se admitirán las excepciones que hayan sido materia de la sentencia en el juicio principal.

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

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

Tal y como consta en el texto del *Proyecto*, esta institución permanece entre las disposiciones del Libro V. En cuanto a su redacción, la del Art. 476 del *Informe para Primer Debate* del COGEP es igual a la

del Art. 448 del CPC y a la del Art. 497 del *Proyecto*. No existe mayor cambio fuera de detalles insignificantes, como la introducción de lenguaje "inclusivo" (e.g. "la o el acreedor").

#### 4.3. INFORME PARA SEGUNDO DEBATE.-

En el *Informe para Segundo Debate* del COGEP, de Febrero de 2015, toda referencia a los artículos mencionados (Art. 497 en el *Proyecto* y Art. 476 en el *Informe para Primer Debate*) desapareció. Desde entonces, el ropaje positivo de esta institución fue eliminado en la redacción de los posteriores textos legislativos. Este hecho es la causa directa que origina la problemática planteada en el presente trabajo.

• • •

No obstante, aunque no exista texto expreso que lo contemple, todo lo dicho demuestra que la institución del proceso ordinario posterior, en principio, es compatible con la estructura del proceso ejecutivo del COGEP, puesto que el texto que regula al proceso ejecutivo dentro del *Proyecto* o el *Informe al Primer Debate* del COGEP no difiere en lo sustancial con el del texto publicado en el Registro Oficial.

### 5. DERECHO COMPARADO

Como fue indicado anteriormente, la mayoría de las legislaciones iberoamericanas contemplan esta institución. En estos países, dice Jijón Letort (2000), "el juicio posterior está limitado a las cuestiones que "legalmente" no pudieron debatirse en el juicio ejecutivo por causa de la limitación en las excepciones admisibles en este tipo de juicios" (p. 145).

#### 5.1. ARGENTINA.-

En la República Argentina, el proceso ordinario posterior está regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPN):

##### JUICIO ORDINARIO POSTERIOR.

Art. 553. - Cualquiera fuere la sentencia que recaiga en el juicio ejecutivo, el ejecutante o el ejecutado podrán promover el ordinario, una vez cumplidas las condenas impuestas.

Toda defensa o excepción que por la ley no fuese admisible en el juicio ejecutivo podrá hacerse valer en el ordinario.

No corresponderá el nuevo proceso para el ejecutado que no opuso excepciones, respecto de las que legalmente pudo deducir, ni para el ejecutante, en cuanto a las que se hubiese allanado.

Tampoco se podrá discutir nuevamente las cuestiones de hecho debatidas y resueltas en el juicio ejecutivo, cuya defensa o prueba no tuviese limitaciones establecidas por la ley, ni las interpretaciones legales formuladas en la sentencia, ni la validez o nulidad del procedimiento de la ejecución.

La falta de cumplimiento de las condenas impuestas podrá ser opuesta como excepción de previo y especial pronunciamiento.

El juicio ordinario promovido mientras se sustancia el ejecutivo no produce la paralización de este último.

Como puede apreciarse, el derecho positivo argentino considera que la sentencia dictada en el proceso ejecutivo no hace cosa juzgada material (con respecto a la relación jurídica sustancial), y que, por lo tanto, puede iniciarse un proceso ordinario posterior con el fin de que se puedan oponer todas las excepciones que no hayan podido ser usadas en el proceso ejecutivo.

En el sistema procesal argentino es necesario haber cumplido todas las condenas impuestas, es decir, es necesario que se haya ejecutado la sentencia dictada en el proceso ejecutivo. Adicionalmente, el artículo enfatiza el valor de cosa juzgada material que gozan todos los asuntos que, habiendo sido y pudiendo haber sido discutidos en el proceso ejecutivo, recibieron pronunciamiento en sentencia.

#### 5.2. URUGUAY.-

En la República Oriental del Uruguay, el proceso ordinario posterior se encuentra regulado en el Código General del Proceso (en adelante, CGP):

Art. 361. Juicio ordinario posterior.-

361.1 Podrán tratarse en juicio ordinario posterior, exclusivamente, las defensas que la ley considera inadmisibles en el juicio ejecutivo, si no hubiesen sido examinadas, en su mérito, en aquél. Toda defensa que hubiere podido ser deducida en el proceso ejecutivo no habilitará la promoción de juicio ordinario posterior.

361.2 Para conocer en este proceso, será competente el mismo tribunal que entendió en la primera instancia del proceso ejecutivo, cuyo titular no será recusable por pre-juzgamiento fundado en dicha circunstancia.

361.3 El derecho a promover este proceso caducará a los noventa días de ejecutoriada

la sentencia pronunciada en el proceso ejecutivo.

(Art. 1. Ley No. 19.090, D.O. 26-VI-13)

La disposición uruguaya es más sobria y austera. Este artículo va directo al punto: lo que no pudo ser legalmente discutido en el proceso ejecutivo, podrá serlo en el ordinario. Como en el caso argentino, lo que pudo ser discutido en el ejecutivo no podrá serlo en el proceso posterior. A diferencia del caso argentino, este artículo establece expresamente cuestiones de competencia y de caducidad.

### 5.3. ESPAÑA.-

En el Reino de España, el proceso ordinario posterior está regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC):

Art. 827. Sentencia sobre la oposición. Eficacia.

1. En el plazo de diez días, el tribunal dictará sentencia resolviendo sobre la oposición. Si ésta fuera desestimada y la sentencia fuere recurrida, será provisionalmente ejecutable conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. Si la sentencia que estimare la oposición fuere recurrida, se estará, respecto de los embargos preventivos que se hubiesen trabado, a lo que dispone el artículo 744.

3. La sentencia firme dictada en juicio cambiario producirá efectos de cosa juzgada, respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente.

En la legislación de la madre patria, primero se habla de los efectos de cosa juzgada material de la sentencia dictada en el proceso ejecutivo-cambiario sobre las cuestiones que fueron y pudieron haber sido discutidos en el mismo. Acto seguido, el artículo refiere a la posibilidad de entablar el proceso posterior sobre las cuestiones restantes. Su redacción no ofrece más que la argentina o la uruguaya.

### 5.4. IBEROAMÉRICA.-

En un plano más internacional se encuentra el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (en adelante, CPM). Este documento de 1988 contiene al proceso ordinario posterior, lo que demuestra su carácter como principio universal dentro de los sistemas procesales iberoamericanos. El artículo que regula a esta institución es el siguiente:

Art. 315. (Proceso Ordinario posterior).

Dentro de los seis meses de cumplida o ejecutada totalmente la sentencia, cabrá el proceso ordinario de revisión de lo decidido en el proceso ejecutivo, el cual se tramitará ante el mismo Tribunal que entendió en la primera instancia del referido proceso.

El CPM, como el código argentino, requiere que se cumpla la sentencia del proceso ejecutivo previo a la iniciación del ordinario. Como el uruguayo, establece los principios en materia de competencia relevantes para este tipo de proceso, y añade un tiempo de caducidad. En todos los casos comprueba los principios básicos que norman a esta institución.

• • •

De todos los países comentados, Uruguay es el más importante. Esto se debe a una sola razón: el COGEP, manifiesta el legislador, posee "una gran influencia del Código de Procesos de Uruguay" (*Informe para Segundo Debate*, p. 15). En vista a ello, la redacción del Art. 361 del CGP, por ser la más cercana a la del COGEP, aunque no pueda aplicársela *verbatim*, da las luces para construir los parámetros necesarios para la aplicación del proceso ordinario posterior en el COGEP.

Todos los códigos citados dan una idea general de cómo y bajo qué términos se aplicaría el proceso ordinario posterior en el sistema del COGEP. Al mismo tiempo, todos confirman el principio general del derecho procesal implícito en el texto del COGEP: **las excepciones que no son admisibles en el proceso ejecutivo, lo son en el ordinario.**

## CONCLUSIONES

1. El proceso ejecutivo del COGEP tiene dos características esenciales: el título ejecutivo y el sistema de excepciones taxativas. El primero, el título ejecutivo, es el presupuesto indispensable para su tramitación. Este es un instrumento que contiene una obligación, crédito, o derecho reconocido. Tanto el crédito como el título ejecutivo en sí, gozan de una presunción legal de legitimidad y autenticidad.
2. La presunción de autenticidad que recubre a la obligación contenida en el título ejecutivo, no puede ser opuesta en el proceso ejecutivo, puesto que este tipo de proceso presenta un sistema de excepciones taxativas en el que solo se admiten excepciones procesales y sustanciales posteriores al título ejecutivo. Cualquier otro tipo de excepción es inoponible en el proceso ejecutivo.
3. Dicho de otro modo, la ley procesal prohíbe que las partes discutan y el juzgador conozca la

inexistencia de la relación jurídica sustancial relativa al título ejecutivo (falta de causa de la obligación ejecutiva). La conjugación de estas circunstancias legales (la autenticidad del título y la defensa limitada) constituyen al proceso ejecutivo en un proceso de ejecución.

4. En virtud de su naturaleza jurídica (proceso de ejecución), la sentencia dictada en el proceso ejecutivo no contiene un pronunciamiento relativo al derecho contenido en el título ejecutivo, pues este nunca se pudo discutir. Como no hubo conocimiento ni pronunciamiento acerca de la relación jurídica sustancial, no existe cosa juzgada material con respecto al mismo.
5. Respecto a aquello sobre lo cual la sentencia dictada en el proceso ejecutivo no hizo cosa juzgada material (la existencia del crédito contenido en el título ejecutivo), procede el proceso ordinario posterior; por eso no es necesario que la ley lo permita o lo conceda de manera expresa. Existe, entonces, este principio general del derecho: **las excepciones que no son admisibles en el proceso ejecutivo, lo son en el ordinario.**
6. Los antecedentes legislativos del COGEP permiten concluir que el espíritu de esta ley procesal no se opone de ninguna forma con la aplicación de esta institución bajo las disposiciones del mismo COGEP, al contrario, la acogen. Asimismo, los análisis del CPN, del CGP, del LEC, y del CPM permiten concluir que los postulados básicos del proceso posterior se encuentran en total armonía con la normativa procesal nacional. En lo sustancial:
  - i. El proceso ordinario posterior puede ser iniciado el vencido en el proceso ejecutivo, sea actor o demandado;
  - ii. Este proceso se tramita ante el mismo juez de instancia que sustanció el ejecutivo;
  - iii. Su objeto está limitado a lo que no pudo ser legalmente discutido en el ejecutivo;
  - iv. Su iniciación no suspende la ejecución de la sentencia dictada en el proceso ejecutivo; y por último,
  - v. A falta de norma especial, la prescripción de la acción ordinaria se rige por las reglas del Art. 2415 del Código Civil.
7. El análisis del COGEP a la luz de los principios procesales encontrados en su espíritu normativo, en los documentos legislativos, en la jurisprudencia, en la doctrina, y en los sistemas de derecho comparado, permite concluir que la sentencia dictada en el proceso ejecutivo no hace cosa juzgada material y que, con base en los princi-

pios generales del derecho, su revisión en un proceso ordinario posterior está permitida, bajo los parámetros indicados.

## REFERENCIAS

### DOCTRINA

- ALSINA, H. (1956-1965). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* (2da ed., Vols. 1-7). Buenos Aires: Ediar.
- COUTURE, E. (2007). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (4ta ed.). (J. C. Faira, Ed.) Montevideo: B de F.
- DE RUGGIERO, R. (1929-1931). *Instituciones de Derecho Civil* (Vols. 1-2). (R. Serrano Suñer, J. Santa-Cruz Teijeiro, Edits. & Trads.) Madrid: Reus.
- DEVIS ECHANDÍA, H. (2002). *Teoría General del Proceso* (3ra ed.). Buenos Aires: Universidad.
- ENNECCERUS, L., KIPP, T., & WOLFF, M. (1953). *Tratado de Derecho Civil: Vol. 1. Parte General* (2da ed.). (H. C. Nipperdey, J. Puig Brutau, Edits., B. Pérez González, & J. Alguer, Trads.) Barcelona: Bosch.
- GUASP, J. (1968). *Derecho Procesal Civil* (3ra ed., Vols. 1-2). Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- JIJÓN LETORT, R. (2000). La acción de nulidad contra sentencias dictadas en juicio ejecutivo. *Iuris Dictio*, 1(2), 144-152.
- PALACIO, L. E. (2003). *Manual de Derecho Procesal Civil* (17ma ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- VELASCO CÉLLERI, E. (1996). *Sistema de Práctica Procesal Civil: Vol. 3. Teoría y Práctica del Juicio Ejecutivo* (2da ed.). Quito: Pudeleco.
- VÉSCOVI, E. (1988). *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.
- VODANOVIC, A. (1945). *Curso de Derecho Civil: Vol. 1. Parte General y las Personas* (2da ed.). Santiago: Nascimento.

### DOCUMENTOS LEGISLATIVOS

PROYECTO, Código Orgánico General de Procesos (Enero de 2014). Consejo de la Judicatura & Corte Nacional de Justicia.

INFORME PARA PRIMER DEBATE, Código Orgánico General de Procesos (Julio de 2014). Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, Asamblea Nacional.

INFORME PARA SEGUNDO DEBATE, Código Orgánico General de Procesos (Febrero de 2015). Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, Asamblea Nacional.

#### JURISPRUDENCIA

SÍNTESIS DE LOS FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN VII-A, VII-B, VII-C. Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia. (Gaceta Judicial, Año XCVIII, Serie XVI, No. 13, Septiembre-Diciembre, 1998, pp. 3442-3446).

- VII-A. Resolución No. 0711-1997 (Juicio No. 0332-1997). Suplemento del Registro Oficial No. 265 del 27 de Febrero de 1998.
- VII-B. Resolución No. 0757-1997 (Juicio No. 0347-1997). Suplemento del Registro Oficial No. 265 del 27 de Febrero de 1998.
- VII-C. Resolución No. 0758-1997 (Juicio No. 0341-1997). Suplemento del Registro Oficial No. 265 del 27 de Febrero de 1998.

#### LEGISLACIÓN DEROGADA

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Codificación No. 2005-011, Suplemento del Registro Oficial No. 687 del 12 de Julio de 2005.

#### LEGISLACIÓN VIGENTE

CÓDIGO CIVIL. Codificación No. 2005-010, Suplemento del Registro Oficial No. 46 del 24 de Junio de 2005.

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. Ley s/n, Suplemento del Registro Oficial No. 544 del 9 de Marzo de 2009.

CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS. Ley s/n, Suplemento del Registro Oficial No. 506 del 22 de Mayo de 2015.

#### LEGISLACIÓN COMPARADA

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (República Argentina). Ley No. 17.454, Boletín Oficial del 7 de Noviembre de 1967. Texto ordenado por el Decreto No. 1042/1981, Boletín Oficial del 27 de Agosto de 1981.

CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO (República Oriental del Uruguay). Ley No. 15.982, Diario Oficial del 14 de Noviembre de 1988.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (Reino de España). Ley No. 1/2000, Boletín Oficial del Estado No. 7 del 8 de Enero del 2000.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Montevideo, 1988.