

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

EL PROCESO MONITORIO COMO MEDIO PARA
OTORGAR AL DERECHO DE CRÉDITO, TUTELA
EFECTIVA Y LA NECESIDAD DE SU
INTRODUCCIÓN A NUESTRA LEGISLACIÓN

JOSÉ LUIS CARRASCO ZURITA

2012



Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....
José Luis Carrasco Zurita.

16 de mayo de 2012

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

**EL PROCESO MONITORIO COMO MEDIO PARA OTORGAR AL
DERECHO DE CRÉDITO, TUTELA EFECTIVA Y LA NECESIDAD
DE SU INTRODUCCIÓN A NUESTRA LEGISLACIÓN**

JOSÉ LUIS CARRASCO ZURITA

2012

TUTOR: VANESA AGUIRRE GUZMÁN

AMBATO - ECUADOR

RESUMEN

Este trabajo analiza el proceso monitorio como mecanismo para revestir al derecho de crédito de tutela efectiva, así como la necesidad de su introducción a nuestra legislación, considerando que el mismo ha fluido con gran éxito en la legislación moderna, en especial en la europea; por lo tanto se ha partido de un análisis constitucional de la tutela efectiva con relación al derecho de crédito en especial en nuestro país, pasando por un estudio de nuestro vigente sistema procesal civil para el cobro de deudas dinerarias.

Se estudia al proceso monitorio en su concepto, naturaleza jurídica, clases, características, objetivos y finalidades, así como los elementos formales para su procedencia; se concluye que esta figura jurídica constituye una respuesta eficaz para garantizar el derecho de crédito, tanto más que desde hace algunos años se ha visto la posibilidad de su introducción, como es al caso, a través del proyecto del Código de Procedimiento Civil del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, y actualmente a través del proyecto propuesto por el Consejo de la Judicatura a través del Centro de Estudios de Justicia para las Américas (CEJA); de todo lo cual se establece la gran vitalidad de esta nueva institución y por lo tanto como verdadera tutela judicial para el derecho de crédito, siempre que se aplique en debida forma los principios de debido proceso, lealtad y buena fe procesal.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	4
CAPÍTULO I	6
TUTELA JUDICIAL Y EL DERECHO DE CRÉDITO	6
1.1.- La tutela judicial efectiva respecto al derecho de crédito.	6
1.2.- El sistema procesal civil ecuatoriano en relación con la tutela judicial efectiva del derecho de crédito.....	19
1.2.1.- El proceso preventivo.	22
1.2.2.- El proceso ejecutivo.....	24
1.2.3.- El proceso verbal sumario.....	33
1.2.4.- El proceso ordinario.....	36
1.2.5.- Procesos especiales o sumarísimos, contemplados en el Código de Comercio.	38
1.3.- Tutela judicial en relación al proceso monitorio.....	44
CAPITULO II.....	48
ASPECTOS PROCESALES DEL JUICIO MONITORIO.....	48
2. 1.- Concepto de proceso monitorio.....	48
2. 2.- Naturaleza jurídica.....	51
2. 3.-De las clases de proceso monitorio y sus etapas.	54
2. 3.1.-De las clases de proceso monitorio.	54
2.3.2.- Etapas del proceso monitorio.	57
2. 4. Características del proceso monitorio.	58
2. 5.-Objetivos y finalidades del proceso monitorio.	61
2. 6. Elementos formales: procedencia y admisibilidad.....	66
CAPÍTULO III	71
3.1.- Necesidad de introducir el proceso monitorio: una respuesta eficaz para garantizar el derecho de crédito.	71
3.2.- El proceso monitorio en el proyecto de Código de Procedimiento Civil del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal.	74
3.3.- Beneficios y vitalidad del proceso monitorio.....	83
3.4.- El proceso monitorio, verdadera tutela judicial para el derecho de crédito.	87
3.5.- Necesidad de introducir a nuestra legislación el proceso monitorio y su relación con el principio de buena fe procesal.....	88
CONCLUSIONES.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	96

**EL PROCESO MONITORIO COMO MEDIO PARA OTORGAR AL DERECHO
DE CRÉDITO, TUTELA EFECTIVA Y LA NECESIDAD DE SU INTRODUCCIÓN
A NUESTRA LEGISLACIÓN**

CAPÍTULO I

TUTELA JUDICIAL Y EL DERECHO DE CRÉDITO.

1.1.- La tutela judicial efectiva respecto al derecho de crédito.

La finalidad del Estado, cualquiera sea su denominación, llámese social de Derecho o Constitucional de Derecho, es la de garantizar y efectivizar al máximo los derechos de sus gobernados, con el fin de permitir su realización plena en todos los aspectos.

La categoría o denominación de un Estado Social de Derecho y ahora Constitucional de Derecho, como lo es el Ecuador, implica particularidades o características supremamente importantes, que influyen ostensiblemente en el reconocimiento y vigencia de principios o derechos básicos, a favor de todas las personas¹.

No debemos olvidar que el Estado sirve a sus asociados y procura el bien común, por tanto, “sirve a la persona humana, respetando, protegiendo y promoviendo los derechos fundamentales...”².

Los derechos individuales o colectivos pueden ser vulnerados por los particulares o por el propio Estado; de tal forma que se hace necesario el control de todas las conductas, ya sea activas o pasivas; frente a esa situación se instauran las garantías de los derechos

¹ Para una completa referencia sobre ese cambio, véase a Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila Santamaría (editor), *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 19-38.

² Rafael Oyarte Martínez, *Ruptura por la Legalidad*, Quito, F y R Gráficas, 2001, p. 17.

fundamentales que reconoce la Carta Suprema del Ecuador, cuyo gobierno tiene el deber de promoverlos y tutelarlos en forma eficaz, en caso de que se vean afectados.

Ahora bien, no sólo tiene ese deber, sino propiamente el de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales, porque el Estado, es “el llamado a crear ese sistema de protección jurídica por lo cual se da efectiva vigencia a esos valores esenciales y permanentes del hombre...”³, en una triple consideración: de respeto, protección y promoción de los derechos fundamentales.

Seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, pues, son términos que se encuentran íntimamente vinculados entre sí, que de manera constante serán mencionados en el desarrollo de nuestro trabajo.

La implantación de nuevos procesos que simplifiquen los caminos para alcanzar el imperio del derecho debe respetar principios y reglas mínimas que guarden armonía con los preceptos del Código Político; de tal manera que, a cualquier reforma o cambio en el aspecto procesal, corresponde acatar el fondo y la forma que exige la Constitución Política, respecto del ordenamiento secundario; cambio que también exige la transformación de la mentalidad de los abogados, de los usuarios y de los operadores de justicia, que deben buscar y contribuir a la efectividad de la tutela judicial⁴.

Todo proceso persigue la tutela de los derechos ya sean individuales o colectivos legítimos, y para poner en marcha a la administración de justicia, son los interesados o beneficiarios de esa tutela judicial quienes gozan de iniciativa procesal y al mismo tiempo

³ Rafael Oyarte Martínez, *Ruptura por la Legalidad...* p.18.

⁴ Sobre el tema, véase la interesante posición de Luis Fernando Ávila Linzán, para quien existe una interrelación innegable entre esos factores, como presupuesto para la realización de la tutela judicial: “El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas”, en *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 196.

determinan el objeto del proceso, imponiéndose las cargas procesales en el afán de conseguir convertirla en una realidad, y al mismo tiempo una garantía constitucional.

Hemos de entender que ante la colisión de derechos o ante las pretensiones jurídicas de las partes involucradas en una causa, el instrumento apropiado para resolver ese conflicto de orden judicial es el proceso, mecanismo que se ha instituido como “el medio para que el Juez, tercero no involucrado en el conflicto, realice la composición brindando la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses a las partes envueltas en tal conflicto.”⁵.

El objetivo del proceso —cuya finalidad es servir de medio para que el juez libre de intereses y hasta prejuicios, resuelva una causa— se encuentra entrelazado con la tutela efectiva, de tal manera que, cabe volver a insistir, el Derecho Procesal tiene como tarea primordial garantizar “la tutela del orden jurídico y por tanto la armonía y la paz sociales, mediante la realización pacífica, imparcial y justa del derecho objetivo abstracto en los casos concretos, gracias al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado a través de funcionarios públicos especializados.”⁶.

De lo antes indicado surgen una serie de términos que resulta de suma transcendencia desarrollar, para aclarar elementos importantes en aras de ubicar el manejo apropiado de las ideas ligadas con el tema de nuestro estudio.

Es así que nos encontramos que la tutela judicial debe ser efectiva, imparcial y expedita, frente a lo cual, se traduce en el derecho para acudir al “órgano jurisdiccional del Estado, para que éste otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión

⁵ Resolución No. 147-2002, Primera Sala de lo Civil de la ex Corte Suprema de Justicia, R.O.663, 16.IX.2002.

⁶ Hernando Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal, teoría general del proceso*, tomo 1, 14ª ed., editorial ABC, Bogotá, 1996, p. 7.

determinada —que se dirige a través de una demanda—, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión”⁷.

De lo enunciado hasta ahora se desprende que el derecho antes indicado, se presenta con el carácter de fundamental, pues permite el acceso a los tribunales de todas las personas sin distinción alguna con el fin de obtener una sentencia motivada que no necesariamente le otorgue razón a las pretensiones de uno de los justiciables, permitiéndoles interponer los recursos legalmente previstos.

El Estado, cualquiera que sea la denominación que en la Constitución Política se adopte, siempre encuentra a la justicia “como una de las finalidades primigenias”⁸ de éste, debiendo resaltar que dicha finalidad, únicamente se podrá alcanzar por medio de la tutela judicial efectiva, que es de su responsabilidad, dotándola de todos los mecanismos que aseguren su vigencia, para que no se presente como una simple referencia en el texto constitucional, porque al no ser efectiva, no es una tutela, ya que la necesidad de esa efectividad así lo exige; tarea que le corresponde a la función judicial⁹ que siendo elemento constitutivo del Estado debe cumplir y hacer cumplir las Leyes para una convivencia social que permita su propia existencia.

Debemos entender que la tutela judicial efectiva es elemento sustancial de la democracia, porque es el derecho de las personas que el Estado tiene la obligación de proteger, sin que se pueda aceptar ningún elemento que lo limite o lo deje huérfano de protección, ya que la materialidad para acceder al órgano jurisdiccional no debe tener

⁷ Vanesa Aguirre Guzmán, “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”, en *Foro, Revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar*, No. 14, Quito, CEN-Universidad Andina Simón Bolívar, segundo semestre 2010, p. 8.

⁸ Vanesa Aguirre Guzmán, “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”,... p. 6.

⁹ En similar sentido se dice: “La Frase ‘obtener tutela’ da una calificación especial al derecho, porque impone a jueces tribunales el deber de hacer lo posible para, en la actividad que desplieguen, colaboren con las partes para favorecer la defensa de sus derechos e intereses legítimos: en Vanesa Aguirre Guzmán, “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”... pp. 10, 11.

ninguna barrera; efectividad que no sólo está en manos de los jueces sino que requiere de un complemento que es un ordenamiento jurídico idóneo entrelazado con recursos suficientes para cumplir con esa meta de protección.

La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental porque se ha instituido para que toda persona acceda de manera gratuita a la justicia en procura de protección o resarcimiento de un derecho que considere está siendo violentado; es decir, la tutela tiene el carácter de fundamental, mismo que se completa con la calidad de efectiva, imparcial y expedita, sujeta a principios de inmediación y celeridad, sin que en ningún caso, la persona pueda quedar en indefensión.

Joan Picó i Junoy al referirse a este tema dice:

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene, en palabras del T.C. [español], un *contenido complejo* que incluye, a modo de resumen, los siguientes aspectos:

- El derecho de acceso a los Tribunales;
- El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente;
- El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y
- El derecho al recurso legalmente previsto¹⁰.

Ya en lo que concierne a la tutela del derecho de crédito, es imprescindible la implementación de todo un conjunto de mecanismos que en buena parte garanticen al acreedor, simplificar o acortar la vía judicial para conseguir su realización plena; tarea en la cual se van introduciendo modalidades distintas a las que tradicionalmente conocemos, todo aquello en aras de evitar la rigurosidad de meras formalidades, que en el fondo

¹⁰ Joan Picó I Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1997, p. 40. En igual sentido se recoge estos argumentos al analizar las Jurisprudencias Españolas: “Así dicha jurisprudencia ha agrupado esos contenidos en cuatro grandes ‘vertientes’: el derecho de acceso a la justicia, a la defensa en el proceso, el derecho a una resolución motivada y congruente y el derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales, con especial énfasis en el derecho a la ejecución de la sentencia.” en Vanesa Aguirre Guzmán, “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”...pp. 13,14.

entorpecen o atentan a la economía y la celeridad tanto de los procesos de conocimiento como de las causas ejecutivas en nuestro medio.

Se busca, pues, instituir alternativas judiciales ágiles que posibiliten la reclamación de ciertas cantidades de dinero, con procedimientos simples y rápidos que en efecto hagan realidad el cobro oportuno de una deuda.

En un Estado Constitucional de Derechos y Justicia interesa sobremanera el contenido de las actividades estatales en el ejercicio del poder, y no solamente las formalidades insoslayables, porque la materialización del derecho es su objetivo primordial en aras de proteger los derechos fundamentales de los asociados; por ello, el Estado debe establecer las formas de controlar el poder, neutralizando actos ilegales y arbitrarios provenientes de su propio accionar o de personas naturales.

Los términos antes mencionados tiene su sustento en el reconocimiento que realiza el Estado en la Constitución Política; cabe entonces señalar que:

Una de las instituciones que en el fondo siempre ha existido, aunque poco legislada, es la seguridad jurídica; y una de las que han sido connaturales a otra, es la tutela judicial efectiva: no debe existir una Función Judicial en ningún país del mundo que no tenga como patrón esencial de su existencia y gestión institucionales la tutela efectiva de los derechos de las personas en todos los casos sometidos a su conocimiento y resolución¹¹.

Conviene mencionar que “Lo primero que debemos subrayar al comenzar el estudio de esa institución es que toda tutela debe ser efectiva, sino no es tutela; tal vez califique como buena voluntad, como buena fe o cualquier otra figura afín. Si la tutela se refiere a *derechos* es todavía más clara la idea de la necesidad de la efectividad de la tutela.”¹².

¹¹ Miguel Hernández Terán, *La tutela judicial efectiva como instrumento esencial de la democracia*, Guayaquil, Offset Graba, 2005, p.19.

¹² Miguel Hernández Terán, *La tutela judicial efectiva como instrumento esencial de la democracia...* p.20.

Todo bien jurídico tutelado tiene un sistema de protección que contempla la forma de conseguir o asegurar su respeto o resarcimiento, en caso de haber sido vulnerado. De tal manera, nada puede estar aislado o divorciado del sistema de administración de justicia, peor aún sujeto a intereses particulares; al contrario, siempre debe prevalecer el interés general para garantizar la seguridad de todas las personas, sin discrimen alguno.

Cuando hablamos de medios de protección o tutela del derecho de crédito, se presenta ante nosotros la idea de que constituyen las facultades o acciones que reconoce la ley a una persona determinada que goza de legitimación para reclamar el cumplimiento de una obligación impaga o satisfecha indebidamente ante un juez, para obtener la condena del deudor, tanto para el cumplimiento del crédito como también, de ser procedente, para la condena al pago de daños y perjuicios y costas procesales.

Por consiguiente, sobre el tema en cuestión debemos coincidir con Hernández Terán en que:

(...) la efectividad de la tutela judicial no sólo es una cuestión que compete a los jueces. Éstos necesitan de un ordenamiento jurídico idóneo para ello y de recursos permanentes que permita hacer realidad su rol institucional. La no efectividad de la tutela judicial puede poner en grave riesgo la institucionalidad de la Función Judicial en cualquier país del mundo, y por ende en cualquier Democracia¹³.

Ya aún más en que:

La tutela judicial efectiva es un derecho que siendo natural de la Democracia es y debe ser también exigible fuera de la Democracia. Es un derecho de la persona, que el Estado protege. No un Derecho del Estado, que la persona protege. No debe importar para la efectividad de la tutela a exigirse por el administrado el grado o intensidad de la organización democrática que viva una sociedad.¹⁴

Es pertinente mencionar que la preocupación por revestir de suficientes garantías al derecho de crédito, obliga de alguna manera la implantación de todo tipo de mecanismos

¹³ Miguel Hernández Terán, *La tutela judicial efectiva como instrumento esencial de la democracia...* p.21.

¹⁴ Miguel Hernández Terán, *La tutela judicial efectiva como instrumento esencial de la democracia...* p.21.

judiciales, que en efecto permitan alcanzar aquella protección, por ello el mismo autor dice que:

La necesidad de la materialidad de la tutela judicial desprecia cualquier situación o concepto que pueda afectarla. Al igual que a la seguridad jurídica, a la tutela judicial efectiva no le importa que el régimen que se viva sea democrático o no. Claro que lo ideal es que las acciones necesarias para el logro de la tutela judicial efectiva se enmarquen dentro de la gestión de un Estado que cumple su rol sobre la base de un acceso legítimo de las autoridades públicas al Poder.¹⁵

Cualquier derecho civil, económico, político, etc., reconocido por el Estado a los asociados, tiene como fundamento los principios rectores que se consagran en el Código Político, que “desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivos del orden jurídico...”¹⁶.

El derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra consagrado en el Artículo 75 de nuestro Código Político, que establece “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ninguna caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la Ley.”

Dentro del derecho a la tutela judicial efectiva encontramos inmersos otros derechos de carácter procesal, que tienen la calidad de fundamentales, y por tanto de cumplimiento obligatorio, porque no sólo protegen el interés individual de los asociados, sino que además satisfacen el interés común, y, obviamente aquello genera seguridad jurídica para todas las personas.

El acceso a la tutela judicial efectiva y por ende la vía expedita para concurrir ante los tribunales de justicia, sirve para que una persona, ante los jueces y tribunales, pueda

¹⁵ Miguel Hernández Terán, *La tutela judicial efectiva como instrumento esencial de la democracia...* pp. 21 y 22.

¹⁶ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia*, Madrid, Editorial Trotta S.A, 2005, p.110.

plantear su pretensión jurídica, en igualdad de condiciones que la otra parte, con libertad para agotar todos los medios procesales oportunos y admisibles para dicho fin. Como consecuencia de aquello, se garantiza la obtención de una resolución judicial fundamentada en derecho sobre el fondo del problema, sin que dicha resolución deba necesariamente guardar conformidad absoluta con la pretensión jurídica formulada por el accionante¹⁷.

Sin margen a discusión alguna cabe indicar que la tutela efectiva implica, por lógica jurídica, “(...) que los concurrentes sean oídos y tengan derecho a una decisión, fundada en Derecho, ya sea favorable o adversa, y también que la igualdad entre las partes, propia de todo proceso en que éstas existan, sea asegurada de forma que no se produzca desigualdad ante los mismos y consiguientemente indefensión”¹⁸.

En este punto, se hace necesario indicar que la idea de indefensión debe ser analizada desde el punto de vista constitucional y legal, de regulación de los procesos; también conviene indicar que la indefensión no se genera si la situación de desventaja de una persona responde a su propia omisión voluntaria, en cuyo caso su propia actitud pasiva será la que genere repercusiones negativas con gran trascendencia jurídica, actitud que responde a un querer propio, mas no a la reserva de un proceso en su contra o por imposición de ley, que ocasione desventajas.

¹⁷ Este carácter autónomo del derecho a la acción, que experimenta su “constitucionalización” en el derecho a la tutela judicial efectiva, según José Garberí Llobregat, *Constitución y derecho procesal. Los fundamentos constitucionales del derecho procesal*, Cizur Menor, Navarra, Civitas, 2009, p. 115, explica el hecho de que la respuesta del órgano jurisdiccional no deba ser, necesariamente, favorable a la pretensión del actor. En el mismo sentido se ha pronunciado nuestra ex Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 147 de 11 de junio de 2002, publicada en el registro oficial 633 de 16 de septiembre del mismo año, que trata exclusivamente sobre la tutela efectiva, al respecto dice: “El derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses, de ninguna manera puede entenderse en el sentido de que es un deber ineludible del juez a dar la razón a la parte que formula su queja siempre y en toda circunstancia, aunque no acredite tenerla (...)”

¹⁸ Enrique Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, Barcelona, Editorial Tecnos, 2002, p.427.

Además conviene referirse a ciertos puntos de vista jurídicos que orienten nuestra idea, en forma clara y diáfana, sobre un factor que consideramos afecta a la tutela judicial efectiva y, que podría considerarse como el lado opuesto de la otra cara de la moneda; nos referimos a la indefensión que supone:

(...) una privación o limitación del derecho a la defensa. Si se produce por vía legislativa, se viola el contenido esencial del derecho. Si se produce por vía ejecutiva, se viola el contenido del derecho. Si produce por actos del órgano jurisdiccional se viola el derecho de intervenir en el proceso a realizar alegatos pertinentes y a utilizar medios probatorios de prueba. Ahora bien no hay indefensión cuando a la persona se ha dado a conocer la existencia de un proceso y ha podido intervenir en él, ni aquella otra que conociéndola ha dejado de intervenir en él por un acto voluntario.¹⁹

Nuestra ex Corte Suprema de Justicia²⁰, al pronunciarse sobre el tema materia de nuestro estudio, dijo:

Respecto de la finalidad de las nulidades procesales, la Corte Suprema ha recogido el criterio de varios autores, así: `El tratadista Alberto Luis Maurino en su obra Nulidades Procesales dice: <<La finalidad de las nulidades procesales es asegurar la garantía constitucional de la defensa en juicio. Con suma claridad ALSINA nos da esta fórmula: donde hay indefensión hay nulidad; si no hay indefensión no hay nulidad. PODETTI, puntualiza que el objeto y fin de las nulidades del procedimiento 'es el resguardo de una garantía constitucional'. PALACIO, sostiene que 'esta noción debe interpretarse con criterio teleológico', subsumiendo en definitiva a las finalidades particulares en la genérica de asegurar la defensa en juicio de la persona y sus derechos>> (Nulidades Procesales, Editorial Astrea. Buenos Aires. 1992. Pág. 33'). (Resolución No. 507-99 de 11 de octubre de 1999, dictada en el juicio No. 18-99 y publicada en el R. O. de 7 de diciembre de 1999). La violación de trámite como causa de nulidad `...supone seguir un procedimiento distinto del que corresponde a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando. No es una omisión; en una actitud procesal positiva pero equivocada, distinta de la pertinente...` (GACETA JUDICIAL. Año LXX. Serie X. No. 15. Pág. 4139. Quito, 7 de marzo de 1966). Tal como ocurre en el presente caso, en el que además la violación produjo la indefensión de la demandada.

Toda legislación en procura de encontrar una tutela judicial verdadera y efectiva, busca simplificar o crear trámites y recursos ágiles que permitan, en virtud de la relación costo-resultado, una respuesta pronta y eficiente a la solución de todo problema que involucra una confrontación de un derecho individual o colectivo.

¹⁹ Enrique Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional...* pp.430, 431.

²⁰ Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, resolución No. 335-07, R. O. 626, 3-VII-2009.

Para alcanzar el propósito antes señalado deben existir las llamadas garantías básicas, que en nuestro caso se contemplan en el artículo 76 de la Constitución de la República, que al hablar del debido proceso instituye varias garantías, que van desde el numeral 1 al 7 con sus respectivos literales; es decir, son condiciones mínimas para asegurar un debido proceso.

Nuestra Carta Magna garantiza y asegura que la administración de justicia sea eficiente, inmediata y de economía procesal, conforme lo proclama el artículo 169, sin que puedan obviarse o simplificarse aquellas garantías básicas, degenerando en una indiscutible indefensión. Lo cual en definitiva se traduce en una tutela judicial efectiva, cuya finalidad es la garantizar "...las actividades de las partes como método para obtener una sentencia justa..."²¹.

La efectividad de un proceso o procedimiento se traduce en la calidad del contenido de sus sentencias o resoluciones, que al mismo tiempo constituyen precedentes jurisprudenciales obligatorios cuando han sido emitidas por el máximo tribunal de justicia ordinaria o por la Corte Constitucional, con observancia de los artículos 185 y 436, numeral 6 de la Constitución, respectivamente.

El éxito de un ordenamiento jurídico eficaz no está en dilatar las causas; al contrario, los litigios por créditos deben tener una vía ágil que no encuentre trabas en meros formalismos para alcanzar una salida jurídica efectiva al problema y para alcanzar una respuesta coherente con las pretensiones y el derecho, se debe propender a producir cambios reales en la conducta de todas las personas naturales o jurídicas, así como de los tribunales de justicia, en el afán de contribuir además a fomentar la confianza en los operadores de justicia.

²¹ Joan Picó I Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, (...) p. 11.

La tutela judicial efectiva es reconocida como el derecho que tiene toda persona a fin de que concurra a los órganos jurisdiccionales en procura de solucionar un conflicto de interés individual o social, mediante la resolución o sentencia que permita la realización material del derecho.

En la idea de una tutela judicial efectiva gravita la actitud que tengan los operadores de justicia como encargados por mandato constitucional y legal, para administrar justicia en nombre de la República. Conviene recordar que la justicia es un servicio público, que imperativamente debe ser efectivo y eficiente.

El término “efectividad” se encuentra identificado con la “competencia” o “capacidad de obrar” que tiene el Estado o sus instituciones para brindar un servicio público a los justiciables; y, en el caso concreto, la tutela judicial efectiva se encuentra en manos de la Función Judicial²², que al mismo tiempo necesita de un ordenamiento jurídico lógico y coherente que respete los derechos o garantías básicas de las personas, sin distinción alguna.

Debemos aceptar que conforme a la nueva corriente del pensamiento jurídico²³ el acceso a la justicia tiene como sinónimo el “**acceso a la solución real de los conflictos** (...)”²⁴, solución que no necesariamente implica acceder a la Función Judicial, porque

²² Al respecto la autora Vanessa Aguirre en su obra anteriormente citada, página 12 refuerza estos conceptos en el siguiente sentido: “Se acude de esta manera a un fenómeno de ‘ensanchamiento’ de la tutela judicial efectiva, que requiere una intervención más intensa del accionar estatal que la requerida para otros derechos, como la concientización del juez, quien debe considerarse a sí mismo como el primer llamado a hacer del derecho una realidad (...) por el cual la tutela judicial efectiva actúa como un paraguas que refuerza la protección de otras garantías de naturaleza procesal, en caso de que no tengan cobertura constitucional”.

²³ Sobre la constitucionalización del derecho, véase: Louis Favoreau, *Legalidad y constitucionalidad, la constitucionalización del derecho*, Bogotá, Departamento de publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 11, que en lo principal aclara que en el Estado de Derecho se evidencia la noción de constitucionalidad; además explica que en el Estado legal, la constitucionalidad no era más que un componente accesorio de la legalidad, en cambio en la actualidad el Estado de Derecho, la legalidad no es más que un componente de constitucionalidad. En igual sentido sobre el constitucionalismo moderno véase: Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, 2009, pp 65-68 y 152-158.

²⁴ Miguel Hernández Terán, *La tutela judicial efectiva como instrumento esencial de la democracia* (...) p.52.

puede alcanzarse, por ejemplo, en niveles administrativos o utilizando métodos alternativos de solución de disputas, con el fin de remediar un conflicto individual o social.

Resulta importante mencionar, que la tutela judicial efectiva puede ser: temporal o permanente, situaciones que se hacen presente en el proceso monitorio conforme pasaremos a explicar.

La tutela judicial efectiva es temporal “cuando la respectiva providencia que se dicta y se cumple en la correspondiente causa, tenga efectos temporales o transitorios, como en el caso de las medidas cautelares (...)”²⁵.

La tutela judicial efectiva es permanente “cuando en la respectiva causa en la que se plantea la pretensión de tutela, se obtiene una sentencia [resolución] judicial pasada en autoridad de cosa juzgada que se cumple efectivamente (...)”²⁶

Para concluir este punto de nuestro trabajo coincidimos con Hernández Terán en que la tutela judicial efectiva presenta las siguientes características:

- a) Es un derecho y a su vez un bien jurídico superior, y como tal prevalece sobre otros de menor rango.
- b) Es una institución que en el Ecuador exige intenso desarrollo jurisprudencial por la desatención del legislador desde su nacimiento constitucional en la nueva Carta Política de Agosto de 1998.
- c) Es y debe ser el concepto rector, la misión y el desafío esenciales de la Función Judicial y de todo juez o magistrado individualmente considerado; y por consiguiente el patrón esencial de la gestión de todo órgano gubernativo de la Función judicial, y por ello, del Consejo Nacional de la Judicatura Ecuatoriano.
- d) Es un derecho-garantía que, por ser el elemento esencial de la gestión institucional de la Función Judicial y de todos los jueces y magistrados individualmente considerados, cada día pone a prueba su eficiencia y eficacia. Constituye, pues, un indicador permanente del éxito o del fracaso de la Función Judicial desde el punto de vista del administrado.

²⁵ Miguel Hernández Terán, *La tutela judicial efectiva como instrumento esencial de la democracia...* p.57.

²⁶ Miguel Hernández Terán, *La tutela judicial efectiva como instrumento esencial de la democracia...* p.56.

- e) Debe ser uno de los patrones de gestión institucional de la Función legislativa y de los legisladores individualmente considerados. La Función Legislativa debe nutrir a la Ley de tal manera que facilite la realización de los derechos de las personas y de sus intereses.
- f) Por su nivel de incidencia en el ejercicio de los derechos ciudadanos, y por ende en el ejercicio de la Democracia y del Estado de Derecho, es necesario el involucramiento y preocupación ciudadanas permanentes por su materialización.²⁷

1.2.- El sistema procesal civil ecuatoriano en relación con la tutela judicial efectiva del derecho de crédito.

Para tratar cualquier institución jurídica debemos invocar al Derecho Romano, que sin discusión alguna fue la mayor fuente de inspiración del derecho civil y comercial en muchos países; claro está que en la actualidad cada sistema ha adoptado determinadas características propias, pero aquello no significa que se encuentran indiferentes a un antecedente histórico innegable, como es el aporte del derecho romano.

Por lo tanto, cuando hablamos del derecho de crédito, aquello implica el derecho del acreedor para exigir su cumplimiento; y en contraparte la existencia de una persona obligada a cumplir aquello. Más aún, en caso de incumplimiento de una obligación, desde remotas épocas se ha creado un procedimiento con la finalidad de obtener una condena que restituya el derecho de crédito que se ha visto afectado por el incumplimiento.

El acreedor de una obligación, para hacer efectivo su derecho, se vale de varios mecanismos franqueados por el propio ordenamiento jurídico; y, remontándonos al Derecho Romano se establece que en aquel entonces una vez obtenida una sentencia, se determinaba que el deudor cumpla la obligación en un determinado tiempo, caso contrario

²⁷ Miguel Hernández Terán, *La tutela judicial efectiva como instrumento esencial de la democracia...* pp.58, 59.

el acreedor previa comparecencia al magistrado “tomaba posesión de la persona del deudor”²⁸.

Ya en el período denominado “formulario”²⁹ frente al incumplimiento del pago de una deuda, el acreedor, en caso de querer hacer efectivo su derecho contenido en una sentencia al deudor “debía valerse de una nueva *actio* denominada *iudicati*, por lo que debía iniciar una nueva relación procesal con el fin de alcanzar coactivamente la sentencia, a través del exsecutor. Aquí, el acreedor que quería satisfacer su derecho debía servirse de dos relaciones procesales distintas, sucesivas y complementarias...”³⁰.

El derecho de crédito debe ser entendido como la herramienta prevista en la ley, con el fin de garantizar el cobro de una obligación líquida, pura, determinada y de plazo vencido.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico el derecho de crédito encuentra una serie de alternativas para exigir su cumplimiento, porque existen varias vías creadas para el efecto; lo que supondría que el sistema es bastante completo, pero en la propia ley se encuentran las falencias que impiden que en la práctica esa protección no se concrete, en especial para el cobro de deudas dinerarias de pequeña cuantía.

Esto obviamente atenta a la tutela judicial efectiva, sobre todo en la ejecución misma de la sentencia que debería ser de aplicación inmediata, como en el caso de los juicios ejecutivos, cuyo trámite se ha configurado defectuosamente en el vigente Código

²⁸ Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Tomo V, Buenos Aires, Ediar Soc. Anon. Editores, 1962, p. 27, quien explica que en la época de las *legis actiones* el deudor respondía con su persona y no con sus bienes; además sobre este tema, desarrolla ampliamente Darci Guimaraes Ribeiro, “*La tutela judicial del crédito en el Código procesal Civil modelo para Ibero América, desde la perspectiva del proceso de ejecución, cautelar y monitorio*,” en <http://www.uv.es> (fecha de consulta: 12/1/2009).

²⁹ Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico del derecho procesal...* p. 28.

³⁰ En este orden de ideas, pues, se manifiesta desde antiguo el carácter sustitutivo de la actividad jurisdiccional en el ámbito de la ejecución según menciona el autor y la obra antes indicada: Darci Guimaraes Ribeiro: “*La tutela judicial del crédito en el Código procesal Civil modelo para Ibero América: desde la perspectiva del proceso de ejecución, cautelar y monitorio*,”

de Procedimiento Civil, pues al permitir dicho cuerpo legal la presentación de excepciones relativas a la relación material, puede dar pie a que se sostenga que constituye un proceso de conocimiento, aunque sumario.

Lo cual también ha motivado que la Corte Suprema dicte fallos contradictorios, o, lo que es más grave, que dependiendo de la clase de excepciones propuestas en el juicio ejecutivo, admita a trámite el recurso de casación deducido en contra de la sentencia dictada en el proceso, al considerarlo como de conocimiento.

Además, la posibilidad de que en la fase de ejecución se propongan toda clase de incidentes; que no estén debidamente establecidos los motivos por los cuales cabe deducir tercerías; las falencias en la configuración del derecho a la impugnación *del ejecutado*, que retardan la pronta satisfacción del derecho del ejecutante, incide también en la violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

De igual manera, está la posibilidad de deducir una acción ordinaria posterior, que en principio no estaría mal, porque si en el juicio ejecutivo no puede discutirse sobre la causa de la obligación (en teoría), es necesario otorgar una defensa al ejecutado en este sentido; pero, como en éste se puede alegar prácticamente lo que sea, el juicio ordinario posterior, estaría destinado únicamente a tratar sobre la causa de la obligación, lo que se convierte en un motivo más de demora y de denegación de tutela efectiva para el ejecutante. De estas cuestiones se tratará con más detalle enseguida.

Conforme se deduce al revisar nuestro derecho procesal Civil, encontramos varias alternativas que están destinadas en principio a garantizar el derecho de crédito, a saber:

- 1.- El proceso ejecutivo que consta en la Sección 2ª, del Título II, del libro Segundo del cuerpo legal antes invocado.

2.- El proceso preventivo que se basa exclusivamente en la aplicación de medidas cautelares, que consta en la Sección 27ª, del libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

3.- El proceso verbal sumario que consta en la Sección 23ª, del Título II, del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

4.- El proceso ordinario que consta en la Sección 1ª, del Título II, del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

5.- Procesos especiales o sumarísimos, contemplados en el Código de Comercio.

1.2.1.- El proceso preventivo.

Invirtiendo el orden en que han sido mencionados los procesos antes señalados, por lógica partiremos estudiando lo relativo a las llamadas providencias preventivas, que bien podemos} identificarlas como procesos cautelares; es así que el artículo 897 de nuestro Código Adjetivo Civil, dice que una persona “antes de presentar su demanda y en cualquier estado del juicio...”, a fin de garantizar o asegurar un crédito puede pedir “el secuestro o la retención de la cosa sobre que se va a litigar o se litiga, o de bienes que aseguren el crédito”.

Dentro de los procesos cautelares se establecen dos condiciones básicas para la procedencia del secuestro o la retención (artículo 899 Código de Procedimiento Civil), a saber: a) que mediante prueba instrumental se justifique la existencia del crédito; y, b) que

se pruebe que los bienes del deudor se encuentran en mal estado, que no alcanzarán a cubrir la deuda o que puedan ser distraídos, desaparecidos o enajenados³¹.

También se faculta solicitar al juez la prohibición de que el deudor enajene bienes raíces, y ordenar a los notarios que no otorguen escritura pública de enajenación de los bienes comprendidos en la prohibición, así como disponer la no inscripción en el Registro de la Propiedad del título (artículo 900 C.P.C.). Se reitera en las disposiciones legales que regulan las providencias preventivas (artículos 901 y 902 C.P.C), que debe demostrar de manera documentada la existencia del crédito, pudiendo también presentarse una sentencia que sustente la medida, sin importar si sobre ella existe o no algún recurso pendiente.

Dentro de la modalidad del proceso preventivo se permite al juez que decrete provisionalmente la aplicación de medidas cautelares y que en el mismo auto se abra la causa a prueba por el término común de tres días, luego de lo cual el juez debe dictar la resolución correspondiente.

La ley establece que el deudor puede hacer cesar el secuestro, la retención o la prohibición de enajenar, dando hipoteca o fianza que a criterio del juez asegure el crédito.

En otro pasaje de los llamados procesos preventivos (artículo 912 C.P.C.), se concede al acreedor el derecho de solicitar que al deudor se prohíba ausentarse del país³²,

³¹ Sobre las características y presupuestos de las medidas cautelares véase ampliamente en Manuel Ortells Ramos, *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, 2000, pp. 125-181.

³² En materia civil y las subdivisiones que dentro de aquella comprende, la medida de arraigo se puede disponer en los siguientes casos: a los obligados de pensiones alimenticias, medida cautelar que se encuentra desarrollada en el título V, sustituido por el artículo Único de la Ley s/n, R.O. 643-S, 28-VII-2009, artículos innumerados 20, 24 y 25; de igual manera esta medida cautelar se puede ordenar dentro del trámite de concurso de acreedores, en caso de insolvencia del deudor, según lo dispuesto en el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil; según lo dispuesto el artículo 594 del Código de Trabajo además puede disponerse el arraigo con sentencia condenatoria, aun que no se encuentre ejecutoriada; por último la Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 308 establece que los jueces están facultados a ordenar esta medida cautelar para la protección de los derechos reconocidos en esa ley, siempre que el demandado no tuviere domicilio o establecimiento en el Ecuador. Es necesario que se desarrolle en forma más amplia el arraigo como medida cautelar a que se refiere el artículo 912 del Código de Procedimiento Civil, para que no sea aplicable

conocido en el lenguaje jurídico como arraigo, bajo la condición de: 1.- Que se justifique la existencia de un crédito; 2.- Que el deudor sea un extranjero y que no tenga bienes raíces, y 3.- Que exista el temor que el deudor se ausente del país para eludir el cumplimiento de una obligación.

La prohibición de salida del país del deudor extranjero alcanza hasta la conclusión del juicio, particular que lo hará conocer mediante auto o resolución el juez al deudor en el sentido de “que no debe ausentarse del lugar hasta que se concluya el juicio y sea pagado el acreedor...”, dice el artículo 913 del Código de Procedimiento Civil; pudiendo incluso ser aprehendido el deudor “en cualquier lugar en que se encuentre, y puesto a disposición del juez competente...”, señala el artículo 914 del cuerpo legal antes invocado.

Hay que tomar muy en cuenta que caducarán las providencias preventivas (provisionales o definitivas) si dentro de quince días de dispuestas o de que se haya hecho exigible la obligación, el acreedor no propone la demanda en lo principal, así como si la demanda “dejare de continuarse” en un periodo de treinta días, con la condena además de pagar los daños y perjuicios que se ocasionaren al deudor (artículo 923 C.P.C.).

1.2.2.- El proceso ejecutivo.

En el juicio ejecutivo se busca alcanzar la condena del demandado al pago de una cantidad determinada de dinero; y, para el efecto, se debe presentar el título ejecutivo anexo a la demanda como base de la ejecución.

Se define a los títulos ejecutivos como aquellos:

(...) instrumentos a los que la ley les reviste de una vehemente presunción de autenticidad, presunción que solamente puede ser decidida, mediante la prueba que debe rendir el que impugne en el juicio, una letra de cambio o un pagaré a la orden,

únicamente para extranjeros, pues tiende a ser atentatorio contra el principio de igualdad de las personas; debería generalizarse a todas las personas que no tengan domicilio o establecimiento fijos en el país.

por vía de falsedad; y por esa razón la ley enumera los títulos ejecutivos y determina las condiciones que deben reunirse para que sean considerados como tales³³.

De tal forma que la ley es la encargada de enunciar taxativamente los títulos ejecutivos, mas no la voluntad de los particulares o de persona alguna³⁴, a diferencia de lo que sucede en el proceso monitorio, como lo veremos posteriormente.

El artículo 413 de nuestro Código de Procedimiento Civil señala a los títulos ejecutivos, como instrumentos que garantizan el derecho de crédito. Se suma a lo consignado en el mismo artículo invocado, “(...) los demás instrumentos a los que leyes especiales dan el carácter de títulos ejecutivos...”.

A manera de ejemplo, citaremos algunas leyes especiales que dan origen a un título de crédito a favor de una persona natural o jurídica, así tenemos la Ley Orgánica de Aduanas (artículo 75, último inciso), Ley Orgánica del Banco Nacional de Fomento (artículo 153), Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional (artículo 55), Ley de Cámaras de Comercio (artículo 12, inciso octavo), Ley de Cheques (artículo 57), Ley de Propiedad Horizontal (artículo 13, 15 numeral 2), Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (artículo 52), Ley de Mercado de Valores (artículos 147, último inciso, 160 inciso segundo, 233 inciso primero, en relación con el artículo 2 de la misma ley), entre otras.

Dentro del juicio ejecutivo, aparte del tiempo que se utiliza para resolver la situación jurídica en primera y segunda instancia, nos enfrentamos a incidentes que se presentan respaldados por la misma ley y en el curso del litigio; así tenemos, por ejemplo que cabe presentar tercerías coadyuvantes o excluyentes hasta en la etapa de ejecución de la

³³ Emilio Velasco, *Práctica Procesal Civil, teoría y práctica del juicio ejecutivo*, Tomo III, Quito, Pudeleco, 1994, p. 19.

³⁴ Sobre la creación de ciertos documentos a títulos ejecutivos puede consultarse a Juan Montero Aroca y José Flores Matíes, *El proceso de ejecución. Ley 1/200*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 30 – 33.

sentencia, que se consideran un incidente del juicio principal y deben ser conocidas y resueltas por el mismo juez.

Es necesario aclarar que, conforme al artículo 502 del Código de Procedimiento Civil, las tercerías excluyentes de dominio se deben proponer presentando el título que justifique la pretensión, o en su defecto, el tercerista debe protestar con juramento que va a presentar aquél dentro del término probatorio, lo cual puede motivar que se mal utilice esta *facultad* con el fin de provocar incidentes en la ejecución de la sentencia; aunque la mencionada norma legal dispone que en caso de que la tercería fuere maliciosa, el juzgador la debe desecharla sin recurso alguno.

Pero también cabe comentar que en el mismo caso de las tercerías excluyentes de dominio en el evento de haber sido aceptada la demanda, no sería aplicable la limitación que señala el artículo 502 de nuestra ley procesal civil y por consiguiente, en esta circunstancia, cabría perfectamente que cualquiera de las partes procesales interponga el recurso pertinente, esto es apelación.

En estos momentos cabe dilucidar que, si bien es necesario otorgar el derecho a los terceros perjudicados por la ejecución, se debe regular de mejor manera su intervención, porque se admite con suma facilidad a trámite las tercerías excluyentes, convirtiéndose de esta manera en un incidente injustificado en gran medida, afectándose al derecho del ejecutante. Por lo tanto, quien deduzca una tercería injustificada debe ser objeto de sanción por la mala fe de su actuación, situación que actualmente es sancionada por el artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial, en armonía con el artículo 174 de la Constitución de la República.

Vale la pena hacer una breve referencia a la última reforma que modificó el artículo 201 del Código de Comercio, mediante ley s/n, del R. O. 498, de 31 de diciembre del

2008, en la cual se instituye como títulos ejecutivos a las facturas comerciales que “contengan una orden incondicional de pago, cuya aceptación sea suscrita por el comprador de bienes o su delegado, con la declaración expresa de que los ha recibido a su entera satisfacción...”, otorgándoles la calidad de títulos valores, es decir documentos susceptibles de ser negociados en el tráfico comercial; y, al mismo tiempo, dispone la aplicación de las normas jurídicas del pagaré a la orden que se contemplan en el Código de Comercio, en cuanto no sean incompatibles con su naturaleza.

Respecto al punto en comentario, el Dr. Santiago Andrade, en su obra titulada *Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano*, cuando trata sobre la factura cambiaria dice que “facilita enormemente las operaciones de factoring que realizan las instituciones bancarias, o sea el mecanismo financiero...”³⁵, ubicando a la factura —como en efecto lo es— dentro de los llamados títulos valores.

Además, cabe mencionar, que el mismo autor establece que la factura cambiaria genera beneficios como:

a) una simplificación de las formalidades o diligencias necesarias para perfeccionar la transmisión por valor recibido o en prenda según la modalidad de factoring que se adopte, de los créditos incorporados o la operatoria, ya que no será necesaria la cesión ordinaria, sino que bastará el endoso; y,

b) una mejora en la posición jurídica del acreedor (factor), (...) ³⁶.

Como vemos esa inclusión de la factura comercial, dentro de los llamados títulos ejecutivos, la convierte en una vía para garantizar el derecho de crédito y por ende, la ejecución de una obligación dineraria, facilitando su utilización en el tráfico comercial.

Conviene ratificar que el cobro de las facturas comerciales negociables, se debe realizar por la vía ejecutiva, en atención a que la ley le da la calidad de título ejecutivo.

³⁵Santiago Andrade, *Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano*, 3ª ed. Quito Abya – Yala, 2006, p. 616.

³⁶ Santiago Andrade, *Los Títulos Valores en el Derecho Ecuatoriano*,...p. 617.

Según la reforma, se establece que la factura negociable debe emitirse en tres ejemplares físicos; se permite la transferencia únicamente de la primera copia, entretanto el original y la segunda copia por disposición legal, deben llevar impresas la frase “no negociable”. Para el cobro y pago se debe presentar la primera copia, instrumento ejecutivo que es negociable o transferible por vía de endoso, sin necesidad de notificación al deudor o la aceptación de éste.

La reforma de ley en mención condiciona la acción a que la factura negociable haya sido aceptada por el deudor o su mandatario, y que contenga todos los requisitos establecidos en el Código de Comercio y en las normas tributarias, constituyendo prueba plena de la obligación y de los derechos en ella contenido.

Cuando hablamos de los juicios ejecutivos, al revisar nuestra legislación a partir del artículo 419 del Código de Procedimiento Civil, nos encontramos con un proceso que se identifica, formalmente, como de ejecución; pero esta calificación se desvirtúa porque el juicio ejecutivo se transforma, como veremos, en un verdadero juicio de conocimiento.

Al momento que el juez califica la demanda ejecutiva en el auto respectivo³⁷, dispone que el demandado cumpla la obligación o proponga excepciones en el término de tres días de citado.

Nuestra legislación no establece ninguna limitación en cuanto a la formulación de excepciones que puede proponer el deudor en esta clase de procesos, pudiendo presentar las dilatorias o perentorias que considere le asisten; por lo tanto, por la amplitud con la cual se puede ejercer el derecho a la defensa, motiva la apertura de una discusión sobre la obligación que antecede al título ejecutivo que lo cobija o al amparo de la cual nació éste.

³⁷ De acuerdo a lo establecido en los artículos 430 y 432 del Código de Procedimiento Civil se le define como “auto de pago”; sobre el mismo véase ampliamente en: Emilio Velasco, *Práctica Procesal Civil, teoría y práctica del juicio ejecutivo*, ... pp. 313-322.

En tal caso, se discute tanto los hechos como el derecho que afecta a la mencionada obligación que se demanda con respaldo en un título ejecutivo; lo cual, al final, determinará que en sentencia el juez reconozca o no el derecho, condenando al deudor o declarando “que no tiene el actor el derecho invocado”.³⁸

Frente a esta situación vemos que, en el fondo, si bien se habla de juicio ejecutivo por la naturaleza, ante la serie de argumentos provenientes de la defensa del demandado, podría llegar a convertirse en un proceso de conocimiento, ya que aquellas le obligan al juez a indagar o investigar los fundamentos de hecho de la demanda que son impugnados por el demandado; distinto sería si habláramos de un proceso de ejecución forzosa como contempla la legislación española, dentro de libro III, de la Ley de Enjuiciamiento Civil a partir del artículo 517.

En efecto, la legislación española posee un proceso de ejecución que se puede calificar de inmediato, en donde no existe la variedad de opciones procesales que contempla nuestra legislación en los juicios ejecutivos, pero sí motivos de oposición muy específicos, dependiendo del título de que se trate, cualquier otro tipo de obstáculo que no se encuadre en lo que señalan esa normativa simplemente se rechaza.

No se quiere decir que se esté propugnando que la oposición sea inexistente, sino que debería reconducirse dentro de parámetros de racionalidad que permitan discutir únicamente sobre defectos del título (cuestiones formales), o bien, como es lógico, sobre cuestiones de carácter procesal (por ejemplo, ilegitimidad de personería), mas no de asuntos relativos a la relación causal o a la obligación que sustenta al título.

³⁸ Gonzalo Noboa Baquerizo, “El juicio ejecutivo es un proceso de conocimiento”, en *Revista Jurídica*, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil [recurso informático], disponible en http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=427&Itemid=101 (fecha de acceso: 3 de agosto de 2012).

Situación que una vez más, conforme lo que venimos manifestando, demuestra que el juicio ejecutivo se desnaturaliza por la posibilidad de que, a través de las excepciones, se pueda discutir respecto al negocio jurídico que dio lugar al título.

Para evitar estos inconvenientes, sería necesario establecer limitaciones en cuanto a las excepciones o medios de oposición que pueda plantear el demandado, para permitir que en efecto un título ejecutivo sea de ejecución “inmediata” y no se permitan defensas contrarias a la naturaleza de esta clase de procesos, como contempla por ejemplo la legislación española cuando en el capítulo IV, del título III, del libro III, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el acápite relativo a la oposición de la ejecución y de la impugnación de los actos de ejecución contrarios a la ley o al título, establece qué, éstas pueden únicamente fundarse en las causas previstas en forma expresa en dicho articulado.

La limitación de los motivos de oposición conduciría a la reducción del material probatorio, porque la discusión se circunscribiría únicamente al análisis de los defectos del título o de los impedimentos para incoar el juicio ejecutivo. Pero, en la actualidad, el Código de Procedimiento Civil en el artículo 429 faculta proponer excepciones, sean dilatorias o perentorias, sin limitación alguna, a lo cual se suma la solemnidad sustancial del juicio ejecutivo —que en caso de incumplimiento sería motivo de nulidad—, por la cual el juez deba sustanciar todas las excepciones propuestas dentro del término legal conforme así lo dispone el artículo 347 del mencionado cuerpo legal.

De lo anotado anteriormente, además, se puede establecer que como en el juicio ejecutivo no se establece qué medios probatorios específicamente habrán de presentarse, se puede en efecto, presentar “todos” los que se quiera³⁹ porque no hay una regla específica; el

³⁹ Son muy conocidas las típicas pruebas que se piden y no sirven para nada, como por ejemplo la confesión judicial al gerente de una cooperativa de ahorro y crédito, la inspección a la contabilidad, la inspección judicial a la compañía, inspección a los títulos, la exhibición de documentos que no tienen ninguna relación con el

demandado abre todo un abanico de opciones procesales para sustentar su defensa, esgrimiendo la prueba que mas considere apropiada, misma que debe ser valorada por el juez conforme a las reglas de la sana crítica para dictar su fallo, permitiendo incluso averiguar el origen del título ejecutivo aparejado a la demanda.

Todo esto, al final, puede determinar que se rechace la acción, no por cuestiones atinentes al título ejecutivo (que es el documento que da lugar al juicio del mismo nombre), sino a la obligación que le dio origen, como sería, por ejemplo, el caso de una letra de cambio que se derive de un juego de azar, en donde por más que al comienzo el juez hubiere aceptado a trámite ejecutivo la acción, ésta no tendría cabida porque la obligación en cuanto a su origen se encontraría viciada.

En definitiva, estimamos que la discusión sobre el negocio jurídico que amparó la generación del título debe dejarse para otro proceso, y es el contemplado en el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil, que se traduce en la llamada acción causal a favor del deudor, en donde se puede discutir ampliamente el fundamento que dio origen al título.

La norma legal manifiesta “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...”. La acción ordinaria debe ser planteada por el deudor vencido dentro de treinta días contados desde que se verificó el pago. En caso de no plantear la acción conforme se menciona, prescribe la misma y se mandará a cancelar la fianza.

Esta acción provoca que el derecho de crédito termine condicionado a la eventualidad de que el deudor vencido en el juicio ejecutivo, interponga o no la acción

origen del título, testimonios para obligaciones que superan los ochenta dólares; todo esto incluso contrariando lo establecido en el artículo 116 del Código de Procedimiento Civil y 1725, 1726, 1727 del Código Civil.

ordinaria para dejar sin efecto o valor jurídico el título de crédito utilizado en el juicio ejecutivo en la eventualidad que exista falsedad ideológica, falsificación de firmas, entre otras cuestiones a modo de ejemplo; lo que demuestra que en el juicio ejecutivo no se puede hablar en forma absoluta de cosa juzgada material.

De esta manera, en el fondo vemos que tal como se encuentra planteada la institución del juicio ejecutivo en nuestro medio, por las excepciones que sin límite puede proponer el demandado, por la posibilidad de intervención de terceros, por el material probatorio que podría introducirse, etc., es un verdadero proceso de conocimiento, porque en nuestro caso el título ejecutivo no permite entrar directamente a la fase de ejecución como en cambio contempla la propuesta del proceso monitorio, que se recogen tanto en la versión presentada por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal y por Consejo de la Judicatura en el Código Procesal Unificado, que en los actuales momentos se encuentra en discusión.

Incluso la actual Corte Nacional a través de de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia ha resuelto sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de casación en procesos ejecutivos, pues se dice que si bien es cierto en los títulos ejecutivos, se presume salvo prueba en contrario, su autenticidad, así como la licitud de su causa y su provisión de fondos, estos presupuestos deben ser establecidos en sentencia y que por lo tanto, por excepción, estos procesos se convierten en juicios de conocimiento⁴⁰ impidiendo su ejecución inmediata; casación que anteriormente no se concedía por parte de la ex Corte Suprema de Justicia.

⁴⁰ Al respecto ampliamente puede verse en: Rodrigo Jijón, “La casación en los juicios ejecutivos”, *en* Revista Iuris Dicto, No. 1, Quito, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Volumen 1, enero 2000, pp. 77-82, donde además de analizar los diferentes pronunciamientos de las Salas de la ex Corte Suprema de Justicia sobre la admisión o no del recurso de casación en los juicios ejecutivos, lo define “tal como está regulado en el país, es un proceso sumario de conocimiento”, añadiendo además que “(...) es la estructura del juicio ejecutivo en el Ecuador la que lo revela como un juicio de conocimiento”.

Vemos entonces que el acreedor que ha obtenido sentencia favorable en un juicio ejecutivo, tiene que sortear varios momentos y procesos judiciales conexos o alternativos, que pueden llegar a plantear terceras personas y hasta el mismo vencido (demandado condenado al pago), para acceder al cobro efectivo de su crédito, lo cual en gran medida entra en franca oposición con el fin que entraña el derecho a la tutela judicial efectiva en esta materia.

Frente a las posibilidades dilatorias admitidas por la misma ley, también encontramos las actuaciones maliciosas y temerarias provenientes del demandado y hasta de su propio abogado, que dinamitan el trayecto del juicio con el afán evidente e indiscutible de dilatar la causa y angustiar el derecho de la parte actora, como por ejemplo, deducir excepciones contradictorias entre sí, provocar incidentes en la fase de ejecución como el muy utilizado “error esencial”, pedir nulidades por formalismos intrascendentes, lo cual va en contra del principio de la buena fe y lealtad procesal, que es exigible a todos quienes intervienen en un litigio, como son los justiciables y sus defensores, situación en la cual el juzgador debe aplicar lo dispuesto en el artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial, en relación con el artículo 174 de la Constitución de la República.

1.2.3.- El proceso verbal sumario.

Otra de las alternativas legales que posee una persona para perseguir el cobro de una deuda dineraria es el juicio verbal sumario, que se lo ha “denominado así, por cuanto reviste características de simplicidad, de agilidad, de oralidad y de rápida resolución, por parte del Juez”⁴¹.

⁴¹ Emilio Velasco, *Práctica Procesal Civil, los juicios sumarios y verbal sumarios*. Tomo V, Quito, Pudeleco, 1998, p. 22.

Esta modalidad de juicio es aplicable respecto a “(...) *las demandas que, por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban sustanciarse verbal y sumariamente; las de liquidación de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenadas en sentencia ejecutoriada; las controversias relativas a predios urbanos entre arrendador y arrendatario o subarrendatario, o entre arrendatario y subarrendatario, y los asuntos comerciales que no tuviesen procedimiento especial.*”, dice el artículo 828 del Código de Procedimiento Civil.

De manera que el objetivo que persigue esta modalidad de proceso o juicio, es la declaración de un derecho con rapidez, simplificación de elementales formalidades, en donde se entiende predomina la oralidad⁴² y, que de alguna forma guarda analogía con el juicio ordinario “(...) porque puede ser un juicio de cognición o declarativo; y, viene a ser un procedimiento intermedio entre el ordinario y el ejecutivo con autonomía procesal(...)”⁴³. En este tipo de juicios cualquier incidente no suspende el trámite y en caso de existir se resuelve al dictar la sentencia respectiva, conforme contempla el artículo 844 del Código de Procedimiento Civil.

Entre las ventajas que se puede resaltar en este tipo de juicios tenemos que:

1) Luego de la citación con la demanda, el juez señala fecha para realización de la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, dentro de un período no menor de dos días ni mayor de ocho días, con lo cual se aspira a economizar tiempo, sin que sea posible diferir la fecha excepto por solicitud conjunta de las partes, particular que la

⁴² Al respecto cabe manifestar que lo único oral dentro de esta clase de juicios es la contestación a la demanda que se da en la respectiva audiencia de conciliación, para ser considerado un juicio “*verbal*” debería realizarse un proceso por audiencias, conforme se está realizando en los juicios laborales (artículo 575 del Código de Trabajo) o en materia de menores y adolescentes (artículo 37 innumerado de la Ley s/n reformativa del Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y Procedimiento Contencioso General establecido, en la Sección Segunda, Capítulo IV, Título X, Libro Tercero del mencionado cuerpo legal)

⁴³ Emilio Velasco, *Práctica Procesal Civil, los juicios sumarios y verbal sumarios*, ..., p. 24.

mayoría de las veces no se cumple, porque los jueces atendiendo un pedido unilateral, proceden con el diferimiento de la fecha señalada para la audiencia, lo cual viola la disposición legal del artículo 831 del Código de Procedimiento Civil.

2) En la audiencia respectiva el juez debe buscar la conciliación de las partes y para buscar la agilidad y economía de tiempo, no se permite la reforma de la demanda ni la reconvencción, que bien puede ser ejercitada por cuerda separada.

3) Cuando se trata de liquidación de intereses, frutos, daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada, en la cual consta las bases y modos de practicarla, el juez tiene la obligación de llevarla a cabo en la misma audiencia de conciliación; o en su defecto, notificar a las partes para realizarla dentro de los tres días siguientes, pudiendo contarse con un perito nombrado por el operador de justicia.

4) Si lo planteado en el proceso trata de cuestiones de puro derecho, dice el artículo 835 del Código de Procedimiento Civil, el juez “expedirá sentencia en el mismo acto o dentro de los tres días siguientes”; de lo contrario, se abre la causa a prueba en la misma audiencia por el término de seis días.

5) El juez debe dictar sentencia dentro del término de cinco días posteriores a la culminación de la prueba, particular que por regla general no se cumple y constituye otra de las formas de dilación del proceso. Así, por ejemplo, en el caso de cobro de daños y perjuicios dispuesto en sentencia firme —que se trata de un crédito— al emitirse el informe pericial de liquidación de capital e intereses, no es extraño encontrarse con pedidos de solicitud de error esencial de dicho peritaje; todo lo cual, en definitiva atenta a la tutela judicial efectiva porque se dilata la causa y se angustia al actor del proceso, que busca cobrar en el menor tiempo posible su crédito.

De todo lo indicado se presenta un desfase en la realidad que responde a la carga de trabajo que experimentan los operadores de justicia⁴⁴ y, hasta por la costumbre procesal que al final determina la postergación de las diligencias, contrariando los términos señalados en la ley, siendo lo único relevante en cuanto a la economía procesal, la realización de la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, en lo demás, este tipo de trámite — verbal sumario— guarda similitud con los otros procesos ya indicados y en particular con el ordinario.

1.2.4.- El proceso ordinario.

Sin entrar en mayores detalles sobre la esencia, naturaleza y características del proceso ordinario⁴⁵, debemos indicar que “es aquel, donde se trata de cuestiones jurídicas en forma extensa, sin limitaciones a las manifestaciones de las pretensiones y de las defensas, de manera que, sean resueltos todos los puntos del litigio, por parte del juez mediante declaración inequívoca al respecto (...)”⁴⁶.

Nuestra legislación procesal civil señala que todos aquellos procesos que no tienen señalado un trámite específico, imperativamente deben ser sustanciados por la vía ordinaria.

Cabe indicar que bajo ciertas circunstancias, cuando nos encontramos frente a una deuda dineraria que no tiene sustento en un título ejecutivo —ni le es aplicable el proceso verbal sumario— o estas acciones han prescrito, la vía que debe implementarse para el

⁴⁴ Sobre la sobrecarga de trabajo de los jueces y crítica a los mismos por la tardanza en la tramitación de los juicios puede verse en: Daniel Herrendorf, *El poder de los jueces, como piensan los jueces que piensan*, 3ª ed. actualiza, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, pp. 71-97.

⁴⁵ Sin embargo puede verse todas estas particularidades por ejemplo en: Emilio Velasco, *Sistema de Práctica Procesal Civil teoría y práctica del juicio ordinario*, Tomo IV, Quito, Pudeleco, 1996, pp. 11-36.

⁴⁶ Emilio Velasco, *Sistema de Práctica Procesal Civil, teoría y práctica del juicio ejecutivo*, ..., p. 22.

cobro, es la ordinaria⁴⁷; salvo que por disposición expresa de la ley se tenga que aplicar otro tipo de trámite, como es el caso de los asuntos comerciales, conforme hace referencia el artículo 828 del Código de Procedimiento Civil.

Es necesario aclarar, que la vía ordinaria puede utilizarse también, cuando por la inercia del beneficiario de un crédito ha permitido que prescriba la vía ejecutiva, la verbal sumaria o, cualquier otra especial —como la acción cambiaria, aprehensión y entrega en la venta con reserva de dominio, el embargo y remate de la prenda— lo que termina, desembocando imperativamente en el juicio ordinario, como opción general y última para discutir una contienda legal respecto a una deuda dineraria⁴⁸.

Nuestro Código Civil al tratar de la prescripción como modo de extinguir las acciones judiciales, en el artículo 2414, expresa que el tiempo para que opere aquella se “cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible...”, es decir, desde su vencimiento, obviamente, si algún acreedor no ejerce la acción dentro del tiempo máximo que la ley contempla.

Además, el artículo 2415 del mismo cuerpo legal, manifiesta que “Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias. La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertidas en ordinaria, durará solamente otros cinco”, excepto que el deudor no alegue prescripción al contestar la demanda, pues no se la puede declarar de oficio.

⁴⁷ Cabe formular una observación oportuna sobre el tema en comentario, y es aquella relativa a los efectos que genera la desnaturalización del cheque como orden incondicional de pago, particular que se contempla en el artículo 56 de la ley de la materia, que impone una multa del veinte y cinco por ciento del importe del cheque a la persona, que ha utilizado éste como instrumento de crédito (pos datado) o cuando no se lo ha presentado al cobro dentro de los 20 días de girado, en dicho caso el beneficiario o tenedor en caso de falta de pago solo puede hacer efectivo su cobro mediante acción ordinaria, porque dicho instrumento ya no tiene la calidad de título ejecutivo, por contrariar su naturaleza.

⁴⁸ Al respecto ampliamente se puede encontrar en: Santiago Andrade, *Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano*,... pp. 476-478

La vía ordinaria es la más amplia de las acciones del ordenamiento legal porque le concede al demandado el término de quince días para contestar la demanda y proponer excepciones dilatorias o perentorias; sumado a lo cual existe también la posibilidad jurídica de que al mismo tiempo de contestar la demanda pueda “formular reconvencción”, concediendo para el efecto el término de quince días a fin de que el actor, que se convierte en demandado por la reconvencción, conteste dicha contrademanda; en definitiva, es el prototipo del proceso de conocimiento en el Ecuador porque es la vía que permite discutir en forma amplia el derecho y faculta asimismo al demandado para que se defienda en igual forma⁴⁹.

En el proceso ordinario, por ser de conocimiento, sin olvidar ciertos juicios verbales sumarios, como el de divorcio que también tiene dicha naturaleza, procede el recurso de casación, lo cual implica una sumatoria de tiempo y de recursos económicos, que origina el apareamiento de una serie de incidentes, que en el fondo terminan afectando la tutela judicial efectiva del derecho de crédito, porque la posibilidad jurídica de entrar en la fase de ejecución de un título de crédito obtenido en virtud del juicio ordinario, se alcanzaría luego de cuatro años —en el mejor de los casos— con el consiguiente costo que aquello representa para el litigante.

1.2. 5.- Procesos especiales o sumarísimos, contemplados en el Código de Comercio.

Otra forma de garantizar el derecho de crédito la encontramos ya sea en el contrato de compraventa con reserva de dominio, en el contrato de prenda y sus diversas modalidades, instituciones que, para efectos de nuestro trabajo, las hemos denominado procesos especiales y que pasamos revisión a continuación.

⁴⁹ Para referirse en forma más amplia con respecto de los procesos de conocimiento se puede acudir a: Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, pp. 9,10.

La Sección V del Código de Comercio agregada por el artículo 1 del Decreto Supremo 548-CH, R.O. 68, de 30 de septiembre de 1963, instituye la figura jurídica de la venta con reserva de dominio, aplicable a bienes muebles que se venden a plazos hasta cubrir la totalidad del precio, generándose un crédito cuyo beneficiario es el vendedor; entre tanto, el deudor asume el riesgo del bien mueble desde el momento en que “recibe de poder del vendedor...”, y sólo es mero tenedor del bien adquirido.

El contrato con reserva de dominio debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Sección V, agregado a continuación del artículo 202 del Código de Comercio.

Si el comprador no cumple con los pagos establecidos en el contrato, el bien mueble materia de la reserva de dominio debe volver a poder del vendedor conforme el trámite establecido en el artículo innumerado 14 de la Sección antes referida a la venta con reserva de dominio, es decir, se dispondrá por el juez correspondiente su aprehensión y entrega, existiendo la facultad para el acreedor de solicitar, si así lo prefiere, el remate del bien conforme lo establece el artículo 596 del Código de Comercio relacionado al trámite de la prenda agrícola e industrial o de acuerdo al trámite de pública subasta de la prenda comercial contemplado en el artículo 573 del mencionado cuerpo legal.

La protección del crédito que se concede en este caso al vendedor, le permite intervenir en forma directa, sin limitación alguna, en los procesos o juicios iniciados en contra del comprador del bien con reserva de dominio, para dejar sin efecto el embargo o secuestro del bien o cualquier otra resolución que hubiere expedido el juez, debiendo las cosas volver al estado anterior.

Como consecuencia de la violación a las disposiciones del contrato de venta con reserva de dominio, se contempla que el vendedor puede exigir de terceros la entrega de la

cosa vendida con reserva de dominio y, además demandar al comprador del bien el pago inmediato de la totalidad del precio (artículo 8 innumerado de la Sección referente a la Venta con Reserva de Dominio).

Es decir, otorga una vía rápida y expedita para el cobro y, en caso de oposición de una tercera persona al derecho del vendedor, el comprador tiene la obligación de constituir garantía suficiente para asegurar la entrega del bien y, el pago de daños y perjuicios generados por alguna medida decretada —en caso de no aceptarse alguna caución— con una multa adicional por haber actuado de mala fe, misma que determinará el juez.

La protección del derecho de crédito que reconoce el procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad del adquirente en la compraventa de muebles con reserva de dominio, en caso de haberse realizado una permuta, venta, arriendo del bien adquirido mediante esta modalidad sin haber pagado la totalidad del precio —salvo el caso de autorización expresa del vendedor—, radica en la nulidad de dichos contratos, los cuales no generarán, en tal evento, ningún derecho a favor de terceros; así como también cabe señalar que en caso de incumplimiento parcial o total del pago de las cuotas por el comprador del bien, opera la devolución del bien al vendedor siguiendo el procedimiento que contempla el artículo 14 de la reforma introducida al Código de Comercio.

En cuanto al contrato de prenda, el Código de Comercio contempla tres clases, a saber: prenda comercial ordinaria, prenda especial de comercio y prenda agrícola e industrial, modalidades de contratos que deben celebrarse por escrito pues, caso contrario, no surten efecto alguno respecto de terceros.

Cabe advertir que en lo relativo a la prenda comercial ordinaria se confiere al acreedor el derecho de pago, con privilegio sobre el valor de la cosa constituida en prenda, dice el artículo 571 del Código de Comercio, privilegio que subsiste en tanto en cuanto la

cosa dada en prenda haya sido entregada al acreedor y permanezca en su poder o, en poder de una tercera persona, elegida por las partes que han celebrado el contrato⁵⁰.

En lo que tiene que ver con la prenda especial de comercio se presenta una particularidad, que demuestra el esmero que existe, al menos en esta materia, por proteger el derecho de crédito y tiene que ver con la potestad del acreedor para dar por terminado el contrato, en caso de que la prenda no fuere exhibida en el plazo de 48 horas o a su vencimiento contractual, con el derecho a pedir que la prenda se venda al martillo, siguiendo todo el procedimiento que se contempla en la Sección II, de la Prenda Especial de Comercio, añadida y reenumerada por el artículo 5 del D. S. 548-E, R. O., 99, 8, XI, 1963.

Por último, la prenda agrícola e industrial también goza de un procedimiento especial, que protege el derecho de crédito; incluso con la exigencia de constituir una póliza si el acreedor lo exigiere, a su nombre, para asegurar el cobro en caso de daños, así como también para el reembolso del monto del préstamo entregado, los intereses y gastos ocasionados; incluso establece que los bienes prendados no deben ser removidos del lugar de explotación.

Los objetos dados en prenda que por negligencia del deudor hayan desaparecido o hayan sufrido deterioro, abandono, o se hubieren dado en garantía, quedan sometidos a lo

⁵⁰ Sobre este particular ampliamente explica la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex Corte Suprema de Justicia, en la Resolución No. 515-2000, publicada en el Registro Oficial No. 285 de 15 de marzo del 2001, al decir que el contrato de prenda comercial ordinaria tiene como únicos requisitos para su plena eficacia que: a) “Que se celebre por escrito, ‘en dos ejemplares...’; y, b) “Que el bien pignorado sea físicamente entregado al acreedor o al tercero elegido por las partes”. Además en la mencionada resolución se explica que en el evento que no se haya entregado el bien prendado al acreedor o al tercero elegido, “...el contrato de prenda es válido para las partes, aunque imperfecto, es un vínculo jurídico que genera obligaciones, o sea deberes de comportamiento, pero no se constituye el derecho real y, por lo tanto no es oponible erga omnes...”. Además dice la mencionada jurisprudencia que “El acreedor prendario, goza de los siguientes derechos: a) el derecho de retención, b) el de vender la cosa en pública subasta, c) el de persecución, y, d) del de preferencia.”

dispuesto en el artículo 574 del Código Penal, esto es que el deudor debe responder por un delito contra la propiedad, pues dichos actos constituyen una forma de defraudación.

Se ha discutido sobre la constitucionalidad o no del procedimiento de embargo y venta en pública subasta de un bien bajo la modalidad de prenda agrícola e industrial, porque algunas opiniones expresan que se viola el principio de legítima defensa, derecho de igualdad, seguridad jurídica, cuyo afectado es el deudor.

Sus argumentos principales se resumen en el hecho de no permitir que el ejecutado ejerza una mínima defensa, porque el embargo y remate opera ipso facto, argumentación que sirvió de fundamento para que en su oportunidad se llegase a presentar una demanda de inconstitucionalidad, que conoció el ex Tribunal Constitucional, mismo que mediante resolución No 052-2001-TP, en el caso No 348-99-TC. de fecha 20 de marzo del 2001, publicado en el Registro Oficial No 301, de fecha 6 de abril del 2001 —existiendo un voto salvado del Dr. Hernán Rivadeneira Játiva— desechó dicha alegación manifestando en concreto, que no lesiona los principios constitucionales ya invocados, porque permite el ejercicio de la defensa en cualquier momento, ya sea justificando el pago de la obligación o la cancelación de la deuda para impedir el remate, porque se reconoce que la prenda responde a un contrato que es ley para las partes, y cada una de ellas conoce sus límites y efectos sean positivos o negativos.

Una figura jurídica muy particular que existía en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, se encontraba entre los artículos 98 al 108, que permitía a las instituciones financieras acreedoras de obligaciones garantizadas con hipotecas o prendas, el remate directo e inmediato de bienes por el incumplimiento total o parcial de la obligación, sin que estuviere vencido el plazo de la misma, en caso de que el deudor

hubiere efectuado alguna venta o constituido nuevo gravamen sobre el inmueble, sin cumplir ningún requisito previo, peor aún el requerimiento judicial.

Para el efecto antes indicado se contaba con el avalúo del inmueble por un perito designado por el juez de la causa, para fijar la fecha del remate con las publicaciones respectivas. En este trámite no se brindaba ninguna oportunidad de defensa al deudor, lo cual violentaba abiertamente el derecho a la defensa de las personas, como lo señaló el Tribunal de Garantías Constitucionales.

El convenio para la aplicación del sistema indicado debía constar por escritura pública, o por documento privado reconocido judicialmente las firmas y rúbricas.

Frente a esta situación que establecía privilegios a favor de las instituciones del sistema financiero, el Tribunal de Garantías Constitucionales (hoy Corte Constitucional) mediante resolución 158-96-CP, publicada en el Registro Oficial No 32 de 24 de septiembre de 1996, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 98, letra b; 99, 100, 101 y 102 del texto original de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, por ser notoriamente contrarios a garantías básicas del debido proceso.

El pronunciamiento del órgano estatal en aquella época expresó que en efecto, se producía la vulneración o afectación de los principios de igualdad ante la ley —que se reconoce a favor de todas las personas—, así como también la libertad de contratación privada, por la imposición de un sistema rígido a favor de personas jurídicas, dando margen al abuso del poder económico de los particulares, lo cual obviamente resulta inconstitucional por afectación de los principios de igualdad y generalidad de la ley, porque entre particulares —acreedor y deudor del sistema financiero— no podía aceptarse un desequilibrio en sus relaciones, peor aún privilegios como el indicado.

1.3.- Tutela judicial en relación al proceso monitorio.

La tutela judicial se encuentra emparentada de manera indisoluble con la actividad de la función judicial, es decir con los operadores de justicia y constituye un elemento primordial en el ejercicio de la democracia y, al mismo tiempo se convierte en uno de los principios rectores de la administración de justicia, conforme contempla el artículo 169 de la Constitución de la República.

De tal forma que el acceso a la justicia, comprende el derecho a recibir una respuesta oportuna sobre la pretensión jurídica formulada, como resultado de la materialización del derecho, convirtiéndose en un bien jurídico superior para cuyo ejercicio el Estado, debe instrumentar todos los mecanismos más apropiados para asegurar su efectiva realización.

El proceso monitorio, en cualquiera de sus modalidades, procura encontrar la solución jurídica más oportuna, en atención al tiempo razonable que se debe emplear para cristalizar o materializar el requerimiento de pago de una obligación dineraria o de especie, sujeta a un procedimiento sencillo y económico, en el afán de que el derecho de crédito hasta cierto monto de dinero, reciba la tutela judicial efectiva, como obligación que tiene todo Estado moderno de garantizar su plena realización.

Es hora de cambiar viejos esquemas jurídicos, que han sido superados por el tiempo, así como por el constante y múltiple tráfico de relaciones interpersonales, frente a un mundo globalizado.

Los tradicionales procedimientos han cumplido ya su cometido, lo cual obliga a ubicarnos en otros escenarios de la modernidad jurídica, para aprovechar de nuevas y novedosas instituciones implementadas en otras latitudes, que tiene como fin la solución pronta de los conflictos ya sea individuales o colectivos; es así, que surge la figura del

proceso monitorio como alternativa de economía material y procesal, para solucionar determinadas deudas sin permitir las dilaciones que encontramos en las legislaciones tradicionales como la nuestra, que debe ser renovada para que guarde armonía con los cambios que se han instituido en la actual Constitución de la República.

De lo indicado en los puntos anteriores, vale la pena señalar que, confrontando los procesos actuales con el proceso monitorio documentado (el cual será analizado posteriormente), encontramos una particularidad y, es aquella relativa al requerimiento inicial de pago al presunto deudor, a fin de que haga pleno uso de su derecho a la defensa, esto es, que conteste al requerimiento con las pruebas que tenga a su favor y, en el supuesto de que el deudor, luego de notificado con el requerimiento guarde silencio, no podrá posteriormente argumentar violación de la tutela judicial efectiva, porque, en este caso, el proceso monitorio se encuentra plenamente identificado con el llamado “debido proceso”, porque le otorga a una persona la oportunidad de conocer sobre el requerimiento para el cumplimiento de la obligación dineraria impaga.

Entonces, no se puede posteriormente argumentar violación del derecho a la tutela judicial efectiva, si habiendo sido requerido por una autoridad para que cumpla una obligación, guarda silencio, porque ninguna persona puede ser beneficiario de su propia negligencia o dolo.

Por consiguiente el proceso monitorio, en su primera etapa o fase habla de un requerimiento, que va ligado a la imposición de una obligación de hacer conocer sin limitación alguna al presunto deudor, para que conteste y exprese: a) Si ha cancelado o no la deuda requerida; b) para que origine un proceso de conocimiento en caso de negativa sobre la existencia de la presunta obligación; y, c) para que en todo caso, si así lo considere

reconozca parcialmente la deuda requerida y, por la diferencia de origen a la inversión del contradictorio.

Ahora bien, de lo ya mencionado en líneas precedentes se puede decir que al momento de hacerse conocer al sujeto requerido con el mandato de pago, cuando el juez al dictar el auto, dispone al pago o dimisión de bienes en el término de diez días, si el presunto deudor no comparece al proceso o, compareciendo no expresa oposición alguna, el auto dictado contiene, a no dudarlo, una “tutela judicial efectiva temporal”, porque ante la inercia procesal o extra procesal del requerido con el pago, el auto alcanza los efectos de cosa juzgada, queda firme y se procede a la ejecución; es decir, se transforma en tutela judicial efectiva permanente.

El instituir el proceso monitorio en nuestra legislación implica otro beneficio que se traduce en el descongestionamiento de la sobrecarga del trabajo en los operadores de justicia, cuyo funcionamiento representa una seria dificultad que en gran medida conspira con la tutela judicial efectiva, porque se suma a la lentitud “propia del proceso judicial”⁵¹ en la historia, que desemboca en la falta de una expedita labor de los tribunales de justicia.

El proceso monitorio busca romper aquel mito de que la justicia es y ha sido lenta, conminada a una lentitud eterna, procurando borrar de la mente de la sociedad aquel criterio de que la lentitud es patrimonio propio del sistema de justicia que viene arrastrando por siglos; es entonces que existen varias razones para desterrar toda esa apreciación y mediante un procedimiento sencillo, instituir la agilidad en el cumplimiento de una obligación dineraria hasta cierto monto, con la aspiración de que esta nueva vía que se presenta como una gran alternativa, se expanda y alcance otros espacios del propio derecho.

⁵¹ Daniel Herrendorf, *El poder de los jueces, como piensan los jueces que piensan,...* p. 71.

De las ideas expuestas, cabe entonces preguntarse, ¿sirve el procedimiento monitorio para solucionar deudas dinerarias?, ¿otorga o no tutela judicial efectiva al acreedor? Las respuestas a estas interrogantes la obtendremos a lo largo de nuestro trabajo.

CAPITULO II

ASPECTOS PROCESALES DEL JUICIO MONITORIO.

2. 1.- Concepto de proceso monitorio.

Previo a establecer el concepto de la institución en comentario, conviene recordar y hasta insistir que el proceso es “un método de debate dialéctico y pacífico que sigue reglas establecidas y se desarrolla entre dos partes que actúan en condición de perfecta igualdad ante un tercero imparcial e independiente (...)”,⁵² cuyo objeto es resolver un litigio.

Las aspiraciones y los debates que sustentan las instituciones jurídicas que adopte una sociedad en procura de encontrar la forma rápida y eficiente para administrar justicia, determinan y condicionan que las legislaciones se vayan transformando y adecuando a dicho fin, que tiene como propósito simplificar los procesos o procedimientos, todo ello con el firme objetivo de alcanzar en corto tiempo la solución de los conflictos individuales o colectivos; es así que, mediante el proceso monitorio se encuentra una salida rápida y eficaz al impago de las obligaciones dinerarias, en el menor tiempo posible, particular que los justiciables aspiran alcanzar.

El legislador ecuatoriano, empeñado en el objetivo de economizar tiempo y dinero para la solución de los conflictos o contiendas judiciales, en aplicación a los principios de celeridad y economía procesal⁵³, consagrados actualmente en nuestra Constitución en los artículos 75 y 169, con el devenir del tiempo ha ido introduciendo cambios en su legislación, para conseguir dichos propósitos; por ejemplo, en la legislación penal se contempla el procedimiento abreviado (artículo 369 del Código de Procedimiento Penal), el procedimiento simplificado (agregado por el Art. 114 de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-

⁵²Adolfo Alvarado Velloso, *Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, Rosario (Argentina), Editorial Zeus, 2003, p.234.

⁵³ Véase lo que al respecto de la economía procesal dice: Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, pp. 72,73.

2009), como forma particular de reducir los pasos o etapas y brindar una solución ágil al caso en el menor tiempo posible.

En materia laboral, con este mismo fin, el procedimiento es oral (artículo 575 del Código de Trabajo); en materia de alimentos se ha establecido el procedimiento para la fijación y cobro de pensiones alimenticias y de supervivencia (agregado por el artículo único de la Ley s/n, R.O. 643-S, 28-VII-2009); en tanto, en materia civil, además de la reforma dada al artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, en marzo del año 2009, que trata sobre los juicios ordinarios de ínfima cuantía, no se han dado otras modificaciones, pese a que por mandato constitucional (artículos 86, literal a y 167 numeral 6° de la Constitución) se dispone la oralidad en los procedimientos judiciales; en tanto que otras legislaciones han adoptado ya el proceso monitorio como solución de aplicación a los principios procesales y constitucionales antes señalados.

La pretensión de una demanda para el cobro de un crédito se traduce en el propósito de alcanzar la condena del deudor, para que el acreedor pueda hacer efectivo el pago de una deuda dineraria; en el proceso monitorio, al contrario, se busca crear un título ejecutivo de ejecución inmediata, que transforme en realidad efectiva el derecho de crédito.

Para desarrollar el concepto es importante que se empiece por la etimología de la palabra “monitorio”, la cual “deriva de la voz «monición» que significa «intimación, amonestación o advertencia». La definición del Diccionario de la Lengua Española es esclarecedora de la función del proceso monitorio, ya que el mismo se basa, precisamente, en una amonestación que hace el juzgador al deudor.”⁵⁴.

⁵⁴Martha Gisbert Pomata y Otros, *El proceso para el cobro de deudas: Monitorio,...*, Pamplona, Editorial Aranzadi S.A., 2010, p. 41.

El proceso monitorio puede definirse como aquel “proceso especial plenario rápido que tiende, mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, a la rápida creación de un título ejecutivo con plenos efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la ley...”⁵⁵.

También se considera que la técnica monitoria representa:

(...) un proceso jurisdiccional carente de fase declarativa, destinado a tutelar aquellos derechos de crédito de índole pecuniaria y de mediana cuantía que se encuentren debidamente documentados, y cuya esencial finalidad radica en obtener, en el menor tiempo, con el menor costo posible y sin más garantías que la derivada de la propia intervención judicial, un título que permita abrir el procedimiento de ejecución forzosa del derecho de crédito impagado, o en el mejor de los casos, el propio pago de dicho crédito a cargo del deudor.⁵⁶

La tutela del derecho de crédito en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, cuando trata de la ejecución definitiva en su artículo 313 numerales 3 al 7, en su parte pertinente sobre la naturaleza del proceso ejecutivo, en relación con la técnica monitoria dice lo siguiente:

La estructura del proceso ejecutivo es la misma del proceso monitorio, es decir, el proceso ejecutivo tiene estructura monitoria, en la medida en que “*presentada la demanda (acompañada, necesariamente, del título ejecutivo) el Tribunal realiza un examen preliminar de su admisibilidad y de fundabilidad; y, de concluir que se cumplen con los presupuestos exigibles, dicta inaudita altera parte, sentencia despachando ejecución, mandando trabar embargo y citar de excepciones al deudor. La eficacia del mandato de ejecución queda librada a la actitud que asuma el deudor: firmeza y consecuente ejecución, si no se oponen excepciones admisibles; no adquisición de esta firmeza y apertura de una etapa de cognición, si se oponen tales excepciones, debiéndose, entonces, estar a lo que se resuelva en la sentencia sobre el excepcionamiento, luego de la sustanciación del caso (art. 313.3 a 7)*”⁵⁷.

Por lo tanto se dice muy acertadamente que el proceso monitorio:

(...) consiste en una intimación judicial de pago a petición del solicitante, requirente o actor. La intimación la emite el órgano jurisdiccional sin oír al

⁵⁵Juan Pablo Correa Delcasso, *El Proceso Monitorio de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2000, p.37.

⁵⁶José Garberí Llobregat, *El Proceso Monitorio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Editorial Bosch S.A, 2008, p.33.

⁵⁷Ribeiro Guimaraes Darci: “*La tutela judicial del crédito en el Código procesal Civil modelo para Ibero América: desde la perspectiva del proceso de ejecución, cautelar y monitorio*”,....,

requerido o demandado. Dependiendo de los distintos ordenamientos se exige o no una acreditación de crédito que se hace valer (ello es normalmente sin que el órgano jurisdiccional conozca sobre el mérito y la fundabilidad de la pretensión). Existiendo oposición es entonces cuando se habilita una etapa probatoria y de conocimiento pleno de mérito.”⁵⁸.

Se podría concluir entonces, que el proceso monitorio es una forma muy particular de iniciar y culminar una contienda legal de una obligación dineraria impaga, que posee una vía elemental y sumarísima, que se ha desarrollado e instituido en varias legislaciones —especialmente europeas—, como la española, alemana, italiana, entre otras⁵⁹, con el afán de resolver en el menor posible el pago de una deuda, reduciendo costos tanto para la administración de justicia, como para los justiciables, bajo la aspiración de agilizar la obtención de una resolución jurídica con fuerza de cosa juzgada.

2. 2.- Naturaleza jurídica.

El proceso monitorio es una figura de antigua data, que apareció en Italia a finales de la Edad Media; lugar desde el cual —con matices propios pero manteniendo su esencia— se ha difundido por casi toda Europa conforme se manifestó anteriormente, institución que ha sido ampliamente estudiada por varios teóricos connotados entre los cuales se cuenta a Juan Pablo Correa Delcasso, en la obra enunciada.

Mucho se discute si el proceso en mención contribuye con condiciones suficientes, para la efectiva administración de justicia en las épocas actuales, esto es, si otorga o no seguridad jurídica, por su forma *sui generis* de iniciar y concluir un litigio, en corto tiempo, creando un título de ejecución, con la obvia economía procesal.

⁵⁸Martha Gisbert Pomata y Otros, *El proceso para el cobro de deudas: Monitorio,...*, pp. 41, 42.

⁵⁹ Véase un análisis profundo acerca del proceso monitorio en la legislación europea en: Juan Pablo Correa Delcasso, *El Proceso Monitorio de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...* pp. 23-35.

El proceso monitorio por su particularidad así como por su agilidad e inversión de la iniciativa del contradictorio, tiende “a la rápida creación de un título ejecutivo con plenos efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la ley»⁶⁰”

Además estableciendo como consecuencia que:

(...) el carácter jurisdiccional del proceso monitorio y, más concretamente del proceso monitorio, finalizado *inaudita altera parte* que representa, por así decir, la forma de finalización para la cual está precisamente ideado este proceso, puesto que si el deudor paga, el proceso monitorio “muere” sin más en dicho momento y, por el contrario, si se opone, se inicia un declarativo ordinario como otro cualquiera que finaliza mediante sentencia⁶¹.

Hay quienes consideran⁶² que al instituir el proceso monitorio se termina invadiendo terrenos propios del proceso ejecutivo, llegando hasta a neutralizarlo, imponiéndose como la gran solución al letargo judicial.

Esta modalidad monitoria se considera como un proceso “en el que la iniciativa del contradictorio se desplaza del actor al demandado; del mismo modo que se puede tener en nuestro proceso ordinario una sentencia de declaración de mera certeza o una sentencia constitutiva pronunciadas en ausencia del demandado...”⁶³, en donde prima la reserva del juez sobre la primera fase del proceso monitorio, en cuyo caso al dictar la orden de pago, ésta puede terminar adquiriendo el carácter de cosa juzgada ante el silencio del sujeto requerido.

⁶⁰ Juan Pablo Correa Delcasso, *El Proceso Monitorio de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...* p.45.

⁶¹ Juan Pablo Correa Delcasso, *El Proceso Monitorio de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...* p.45.

⁶² Puede observarse en: Darci Guimaraes Ribeiro: “*La tutela judicial del crédito en el Código procesal Civil modelo para Ibero América: desde la perspectiva del proceso de ejecución, cautelar y monitorio*”, ..., que siguiendo el estudio de Vescovi se dice: “a) la estructura del proceso ejecutivo es la misma del proceso monitorio, es decir, el proceso ejecutivo tiene estructura monitoria, en la medida en que...”. De igual manera se hace un estudio en: Augusto Morello, *El Proceso Civil Moderno*, La Plata – Argentina, Librería Editora Platense S.R.L, 2001, pp. 445-454, en donde luego de analizar a ilustrados autores como Greif y el anteproyecto de Código Modelo propiciado por el Instituto de Derecho Procesal, establece entre otras cosas que la estructura monitoria “...viene a *sincesar* la funcionalidad del proceso ejecutivo” así como se analizan unas ligeras diferencias y características entre éste y el proceso ejecutivo.

⁶³ Piero Calamandrei, *El Proceso Monitorio*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1953, pp. 27 y 28.

Para tratar esta institución jurídica materia de nuestro trabajo, necesariamente debemos analizarla bajo los parámetros de constitucionalidad y, con ello imperativamente también cabe mencionar aquello que implica el *debido proceso*, en el afán de establecer con claridad, si se trata de un proceso o un procedimiento, señalando sus límites para conocer si presta o no mayor efectividad que el juicio ejecutivo y, si su implementación en nuestro ordenamiento jurídico contribuiría a mejorar el servicio de administración de justicia en el país, en el ámbito del cobro de deudas dinerarias de pequeña cuantía.

No debemos dejar de mencionar que los Estados buscan con gran esfuerzo establecer instituciones jurídicas que, de manera práctica, brinden una respuesta ágil y eficiente a la sociedad, contrarrestando así en gran medida la serie de trabas de orden legal en nuestro medio, a lo cual se suma también la serie de dilaciones que en forma infructuosa y hasta maliciosa se presentan por las partes o sus abogados, lo cual genera dilatación procesal; por ello, conviene analizar de manera ponderada el proceso monitorio y conocer si contribuye a la celeridad en la solución de las controversias o si al contrario conspira contra ella.

En gran medida se dice que el proceso monitorio tiene por objeto crear un verdadero título ejecutivo de manera rápida, que se inicia con una orden de ejecución directa, emanada de una autoridad judicial que conmina al requerido al pago de determinada cantidad de dinero.

En algunas legislaciones como la alemana, regulada en los artículos 688 a 703d de la Ley Procesal Civil o Zivilprozessordnung(ZPO), no se exige la presentación de ningún documento como respaldo a la petición de inicio del proceso monitorio; entre tanto, en otras, como la española (artículo 812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) se exige la presentación de documentos, que no siendo títulos ejecutivos viabilizan el procedimiento

monitorio; de manera que en este caso la autoridad que conoce la causa, debe realizar un análisis preliminar para disponer el inicio o no del proceso monitorio.

Variados y de diversa índole son los razonamientos que se han dado respecto a la naturaleza jurídica del proceso monitorio, llegando incluso a manifestar que ni siquiera es un proceso⁶⁴, sin embargo me parece que el más acertado estudio que se ha dado respecto a este tema, es el que lo define, como un proceso de cognición, declarativo, especial, plenario y facultativo⁶⁵.

2. 3.-De las clases de proceso monitorio y sus etapas.

2. 3.1.-De las clases de proceso monitorio.

Según la doctrina mayormente imperante, como enseguida se verá, el proceso monitorio presenta dos clases o tipos, a saber⁶⁶:

1.- Proceso monitorio puro o indocumentado.

2.- Proceso monitorio documentado.

El proceso monitorio puro, llamado también indocumentado o de *inyuccion* se caracteriza porque prescinde de la presentación de algún documento anexo al

⁶⁴ Al respecto se dice en: José Garberí Llobregat, *El Proceso Monitorio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ... p.36, que es “una especie de *diligencia, expediente o procedimiento jurisdiccional preliminar de naturaleza puramente ejecutiva*; como una modalidad, en definitiva, de «requerimiento de pago de origen judicial»”; además el autor pone mucho énfasis en la forma en que termina el proceso monitorio en cualesquiera de los casos: si se paga el requerimiento finaliza en ese momento, en el supuesto de que ni se pague ni se oponga, se convierte en proceso de ejecución, y, si existe oposición, finaliza este proceso y comienza un declarativo ordinario.

⁶⁵ Véase ampliamente en: Martha Gisbert Pomata y Otros, *El proceso para el cobro de deudas: Monitorio*,... pp. 49-54; quien además establece que “(...) el proceso monitorio, en sentido estricto, termina tan pronto como el órgano jurisdiccional emite la resolución por la que decide despachar ejecución.”, así mismo nos enseña que sí es un proceso “(...) por cuanto interviene un juez en el ejercicio de su función jurisdiccional, ya que satisface una pretensión actuada por un sujeto (acreedor) frente a otro en su calidad de deudor (...).”

⁶⁶ Los más elementales e importantes criterios y estudios sobre la clase o tipos de procedimiento monitorio los ha desarrollado: Piero Calamandrei, *El Proceso Monitorio*,... pp. 26-33; además en base a los estudios de este autor se puede encontrar también en: Juan Pablo Correa Delcasso, *El Proceso Monitorio de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*... p. 24; y, en: Martha Gisbert Pomata y Otros, *El proceso para el cobro de deudas: Monitorio*,...p. 44.

requerimiento, que avizore la existencia de un crédito impago, bastando únicamente la presentación del petitorio del interesado que exija el cumplimiento de una obligación.

Esto significa que en el proceso monitorio puro tan solo basta presentar una petición escrita de quien manifiesta ser acreedor, ante lo cual el juez dicta una orden condicionada de pago⁶⁷, bajo la advertencia de que el presunto deudor haga oposición a dicha orden; de manera que, ante la conducta pasiva del deudor requerido, la orden de pago dictada por el juez puede impregnar carácter y obviamente generar cosa juzgada.

En el proceso monitorio puro se deja sin argumentos al sujeto requerido para desvanecer la pretensión jurídica del acreedor; y, por esas circunstancias, la prueba con sus alegaciones respectivas en el proceso monitorio encuentra una limitante, que impide su discusión en la misma causa, sino que se realiza en otra posterior, en donde en igualdad de condiciones y bajo los mismos presupuestos procesales, sean escuchadas las partes.

Entonces, vemos la gran diferencia que se presenta entre el proceso monitorio que da origen a un título de crédito, y el proceso ejecutivo tradicional de reconocimiento de un crédito, que presenta un trámite largo y de elevado costo tanto para el Estado como para el actor, que busca que se cumpla una deuda dineraria a su favor en el menor tiempo posible.

El proceso monitorio documentado, de igual manera que el monitorio indocumentado busca crear en forma rápida un título ejecutivo de ejecución inmediata; pero, a diferencia de éste, “el medio de que se vale para alcanzar esta finalidad no consiste

⁶⁷ Al respecto véase: Martha Gisbert Pomata y Otros, *El proceso para el cobro de deudas: Monitorio,...*, p. 44; quien siguiendo la doctrina de Calamandrei dice que esta orden condicionada de pago se dicta con la sola afirmación, unilateral y no probada del acreedor y que la simple oposición no motivada del deudor deja sin efecto la orden de pago.

ya en la inversión de la iniciativa del contradictorio, sino que consiste en el carácter incompleto de la cognición (...)⁶⁸.

Esto significa que en el procedimiento monitorio documentado, en una primera fase se limita a “excepciones de rápida solución, con reserva de las otras de más amplia investigación para una fase ulterior...”⁶⁹; en definitiva, permite la creación de un título ejecutivo, cuyo fin último es la ejecución; pero con una particularidad: que dicho título tiene el carácter de ‘provisorio’, según lo califica el maestro Calamandrei.

A lo indicado, debemos añadir que este tipo de proceso monitorio genera una declaración provisional respecto al título, que se encuentra pendiente de ser o no aceptada al final de todo el proceso, gracias a las pruebas que aporte el acreedor como sustento de su requerimiento o pretensión jurídica, en donde gravita sobremanera la presencia de un documento que vuelve creíble o de apariencia verdadera respecto de la existencia de una obligación dineraria.

Es decir, hablamos de un principio de prueba por escrito, como presupuesto indispensable de este tipo de proceso monitorio; de ahí que, toma el nombre o calificativo de documentado, que le diferencia del puro, conforme ya hemos detallado en líneas precedentes. Más adelante, sin embargo, volveremos a retomar esta clasificación.

Entonces, el proceso monitorio documentado cuando permite escuchar al justiciable en contra de quien se pone en marcha la acción, requiriendo el pago de una obligación dineraria, permite la defensa sin obstáculo alguno; esto es, no contribuye al secretismo procesal porque desde el inicio da la oportunidad de que el requerido adopte una actitud, ya sea activa o pasiva, y por ende sabe perfectamente los resultados o repercusiones jurídicas

⁶⁸Piero Calamandrei, *El Proceso Monitorio...* pp. 34 y 35.

⁶⁹Piero Calamandrei, *El Proceso Monitorio...* p. 35.

de cualquier actitud que asuma, ya sea cumpliendo la obligación total o parcialmente o contrariando la misma; lo mismo ocurre en el indocumentado o puro, con la diferencia que primero se dicta la orden de pago y, luego se hace conocer para que cumpla con la obligación o impugne la orden.

No resulta conveniente aceptar ciegamente el procedimiento monitorio puro, sobretodo sin requisitos o condiciones elementales que permitan respetar las garantías básicas del debido proceso para los justiciables, en cuyo caso los límites establecidos deben operar en virtud de ciertos títulos o documentos como presupuestos de respaldo a una sentencia.

2.3.2.- Etapas del proceso monitorio.

Para el efecto antes indicado debemos empezar desde la observación del trámite que se aplica al proceso monitorio, ya sea puro o documentado, en donde encontramos dos etapas⁷⁰ perfectamente definidas; a saber:

1.- La etapa de admisión, que se inicia con la petición que formula el interesado o con el documento que se exige anexar al petitorio. En el primer caso, cuando se trata de un procedimiento monitorio puro, solo interesa la formulación planteada por el interesado; y, en el caso de un proceso monitorio documentado, se exige que además de la petición, se acompañe el documento que acredite la existencia de la deuda. La autoridad, en ambos

⁷⁰ Para el desarrollo de las etapas del proceso monitorio hemos tomado principalmente a la legislación española, en donde se aplica al monitorio documentado, es decir de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 815, en razón de que la mencionada legislación, es una de las que más comulga con la nuestra, además tomando en consideración lo que dice Juan Pablo Correa Delcasso en la obra antes citada, -en las páginas 50 a 54- que se ha contado con importantes estudios como de los Profs. Tomás y Valiente, Gutiérrez-Alviz Condradí, Gutiérrez de Cabiedes, Lorca Navarrete, por lo que concluye que “(...) la normativa reguladora del proceso monitorio español puede globalmente calificarse de satisfactoria (...)”; y, también, -en consideración y por referirnos al proceso monitorio puro- el trámite “MAHNVERFAHREN” de la legislación alemana, analizado por el mismo autor, en la misma obra, pp. 33 y 34.

casos, debe examinar si resulta procedente la vía requerida para dictar la resolución respectiva.

2.- La etapa de requerimiento que se formula al presunto deudor a través de la notificación con la resolución, aunque algunos la califican de sentencia monitoria, en donde se pueden presentar tres circunstancias posibles, a saber:

2. 1.- Que ante el requerimiento, el presunto deudor abone o deposite la suma requerida, con lo cual finaliza el trámite con el cumplimiento de la obligación.

2. 2.- Que no se atienda al requerimiento, ni se presente oposición a tiempo, en cuyo caso el procedimiento monitorio termina y comienza la ejecución del título *creado* mediante un procedimiento *sui generis*, en donde gravita sobremanera el silencio del requerido.

2. 3.- Que ante el requerimiento se formule oposición en cuyo caso el procedimiento monitorio concluye, dando inicio a un proceso declarativo en donde la naturaleza del instituto varía ostensiblemente.

2. 4. Características del proceso monitorio.

En gran medida históricamente el proceso monitorio encuentra sus raíces en el preceptum o mandatum⁷¹, que fue creado, como se señaló, por los juristas de la Alta Edad Media italiana, particular que lo hicieron con el afán de superar la extrema lentitud y alto costo de un proceso ordinario aplicable a deudas de poca monta, que hasta resultaban incontrovertidas.

⁷¹ Al respecto Juan Pablo Correa del Caso, en su obra tantas veces citada, al hablar sobre el origen y evolución histórica, pp. 21 y 22 y estudiando a Chiovenda establece que fue en la Edad Media Italiana en la que se unió, entrelazó o fusionó la “tradicón romana” con la vida presente y preparó “(...) al mundo la nueva Ciencia Procesal creando, entre sus instituciones más relevantes, el *proceptum o mandatum de solvento cum clausula iustificativa*, (...)”

De lo señalado en líneas precedentes se puede concluir que el proceso monitorio presenta las siguientes características básicas:

1.-Una *cognición* plena, por cuanto dicha característica tiene sustento en la presunción de que el sujeto requerido o demandado, visto el carácter incontrovertido de la deuda requerida, ve restringidas sus posibilidades de alegar en su defensa algún argumento, salvo el caso de solución o pago efectivo, falsificación del documento, entre otros, sujeto a demostración; ante lo cual se termina creando un título de inmediata ejecución, gracias a un proceso ágil que simplifica o reduce las etapas para la realización efectiva de un crédito. Por ello se dice que:

En primer lugar, y como principal aspecto básico, **el proceso monitorio es un procedimiento que tiende a la rápida creación de un título ejecutivo con plenos efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la ley**, esto es, en aquellos casos en los que el legislador estima que el carácter aparentemente incontrovertido de la deuda reclamada por el acreedor hace presumir que la resolución dictada *inaudita altera parte* por el órgano jurisdiccional no será contestada por el deudor, (...) ⁷².

Mediante al procedimiento monitorio se crea un título ejecutivo a través de un mecanismo de simplificación de etapas, para entregar al acreedor un instrumento apropiado que le permita en corto tiempo hacer efectivo el derecho de crédito constante en un documento —en aquellos casos en que el proceso es documentado—, al que la ley le otorga plena efectividad y cobro inmediato, gracias a un proceso de “cognición especial” ⁷³.

2.-El proceso monitorio presenta la alteración de la carga del contradictorio y, en este caso, le corresponde al sujeto pasivo de la relación procesal, “mediante la cual **se desplaza o invierte la iniciativa del contradictorio del actor al demandado** (...)” ⁷⁴.

⁷² Juan Pablo Correa Delcasso, *El Proceso Monitorio de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*... p.38.

⁷³ Juan Pablo Correa Delcasso, *El Proceso Monitorio de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*... p. 43.

⁷⁴ Juan Pablo Correa Delcasso, *El Proceso Monitorio de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*... p. 40.

Bajo estas circunstancias vemos que en el proceso monitorio “(...) el título ejecutivo nace por el solo hecho de que el demandado no demuestre, haciendo oposición dentro del término establecido, la utilidad, de la cual él es el mejor juez, de abrir el contradictorio (...)”⁷⁵.

En el proceso monitorio se invierte el orden de las actuaciones de prueba, de manera que al demandado o requerido se le concede la eventualidad del contradictorio, mediante la prueba documental que haga uso, que puede o no tener éxito, pues la contundencia del petitorio del acreedor torna irrelevante cualquier argumento que pueda esgrimir a su favor el deudor.

Vemos entonces, que mediante el procedimiento monitorio se busca encontrar una vía rápida de orden legal al incumplimiento de una deuda, en el menor tiempo posible; así como también se aspira alcanzar la tutela efectiva de un derecho de crédito. Es decir, se entrega el mejor instrumento para que el acreedor convierta en realidad el derecho que le asiste a exigir al deudor, el pago de una obligación.

Conforme los antecedentes históricos relatados, hemos visto que este procedimiento monitorio fue creado para ciertas demandas “que se planteaban ante los órganos jurisdiccionales existentes en aquel entonces y que, por su carácter presumiblemente incontrovertido, no requerían de un largo y dispendioso *solemnes ordo iudiciarius...*”⁷⁶.

⁷⁵ Piero Calamandrei, *El Proceso Monitorio...* p. 25

⁷⁶ Pablo Gutiérrez de Cabiedes, *Aspectos Históricos y Dogmáticos del Juicio Ejecutivo y del Proceso Monitorio en España*, Pamplona, Estudios de Derecho Procesal 1974, p. 416.

3.- Por último, otra característica que presenta el proceso monitorio, es la que lo define como un “**proceso especial**, (...), es decir, porque especial es su estructura procedimental con respecto al proceso declarativo ordinario tipo (...)”⁷⁷.

La forma tradicional de estructurar un proceso y el correspondiente procedimiento, frente a la técnica monitoria, sufre una alteración legal ostensible que resulta conveniente para el cobro rápido de una deuda dineraria⁷⁸, bajo ciertos presupuestos que permiten crear un título de ejecución inmediata, eliminando la confrontación jurídica en una primera fase del proceso monitorio puro, que constituye al mismo tiempo el origen y esencia del nacimiento de un título de ejecución inmediata.

2. 5.-Objetivos y finalidades del proceso monitorio.

La doctrina española y la italiana consideran que el objeto del procedimiento monitorio no es resolver un litigio, sino crear “**un título ejecutivo que produce plenos efectos de cosa juzgada.**”⁷⁹, que posibilita la ejecución inmediata de una obligación impaga. Por ello, también se entiende que el trámite monitorio puro, jamás puede considerarse un verdadero proceso como tal, porque no cumple con todos los requisitos que para el efecto se exige en una contienda de orden jurisdiccional, por ejemplo, la contradicción procesal.

Ahora bien, la rápida creación de un título ejecutivo, permite: “(...) obtener directamente del juez la orden de la prestación que abría la ejecución, es decir el

⁷⁷ Juan Pablo Correa Delcasso, *El Proceso Monitorio de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*,... p. 43.

⁷⁸En la legislación española que es la que hemos utilizado como fuente de nuestro estudio, específicamente en el artículo 812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se establece como requisito indispensable el carácter de deuda “dineraria” para acudir al proceso monitorio; y es así que en: Juan Pablo Correa Delcasso *El Proceso Monitorio de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*... p. 64, citando al Prof. Lacruz dice al referirse de este particular que: “(...) se expresa en dinero en sentido estricto, esto es, en aquella medida admitida como signo de valor en el comercio jurídico y, concretamente, por el sistema monetario de cada país.”

⁷⁹ Véase, al respecto, el resumen de estas posiciones en: Juan Pablo Correa Delcasso, *El Proceso Monitorio de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*... p. 46.

mandatum o praeceptum de solvendo”,⁸⁰ sobre un título por el cual se accede al cobro oportuno de una deuda, de cuantía determinada de dinero, criterio al cual nos sumamos.

No cabe duda alguna que el proceso monitorio es

(...) como hemos dicho, un proceso especial concebido para que a través del mismo pueda obtenerse con celeridad un título ejecutivo con base en unos créditos que no prestan *a priori* un carácter controvertido y que, dicho sea de paso, son la gran mayoría de los que llegan a nuestros tribunales. Nadie le negará, por ejemplo, a un concesionario BMW de Munich que si un comprador no ha pagado la última letra de su descapotable recién estrenado se debe, en un noventa por ciento de los casos, a que el deudor se ha negado sin más a pagar la suma que debía. Por este motivo, la mayoría de reclamaciones que se formulan en Francia por los cauces del proceso monitorio (y seguramente también el resto de Europa) son fruto de «un desarrollo desordenado de los créditos al consumidor, que lleva por corolario un aumento del volumen de los impagados».⁸¹

Los múltiples problemas que se generan a lo largo de todo un proceso judicial han provocado que varias legislaciones busquen salidas cortas a los conflictos de orden legal⁸², pues tiene enorme relevancia para dicho fin la fórmula costo-resultado que representa una contienda legal, en una sociedad que necesita simplificar los caminos para acceder a la justicia y garantizar la seguridad jurídica de todos sus miembros.

El derecho como instrumento de control que busca solucionar de manera racional los conflictos individuales y sociales, sobre todo de orden económico, encuentra en el proceso monitorio, un mecanismo apropiado y rápido, expedito para la creación de un título ejecutivo; proceso que presenta dos momentos perfectamente diferenciados, a saber:

⁸⁰ Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen I, trad. el italiano y notas por E. Gómez Orbaneja, México D.F., Cárdenas Editor, 1989, pp. 295,296.

⁸¹ Juan Pablo Correa Delcasso, *El Proceso Monitorio de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...* p. 48.

⁸² Legislaciones como la uruguayaya, no han buscado reformas superficiales, sino la introducción de un nuevo sistema procesal, como es el nuevo Código General del Proceso, el cual desde el año 1998 que se encuentra en vigencia, ha dado resultados totalmente positivos, con una verdadera reforma a la justicia civil de dicho país, recogiendo la solución propiciada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; sobre el tema véase: Santiago Pereira Campos, “La reforma de la justicia civil en Uruguay. Los procesos ordinarios civiles por audiencias” en Andrea Cabezón P. (Coordinadora Edición), *Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, Alfabetas Artes Gráficas, 2008, pp. 181-280.

a) Uno relativo al instante en que se formula el requerimiento con la petición de pago, de la persona legitimada para el efecto; y,

b) Otro que tiene relación con el momento en que se notifica al presunto deudor con el título que ya ha sido creado en la primera fase del proceso monitorio, que puede fenecer ipso facto, en el evento de ser cancelada la deuda requerida.

En caso de oposición del presunto deudor que ha sido requerido con la orden de pago dictada por el juez, se inicia un proceso declarativo, porque se ha generado una controversia que ha de dilucidarse, la cual finaliza mediante sentencia, en la que las partes procesales —peticionario y requerido— pueden hacer uso pleno del derecho a la defensa en igualdad de condiciones, con el material probatorio que se consideren asistidos, sin importar si al final sus pretensiones jurídicas resulten o no aceptadas, ya sea en su totalidad o en parte.

Así, en atención al objetivo y fin del proceso monitorio se considera que:

(...) constituye, por así decir, una auténtica “vía rápida”, que cumple una función parecida a la de una autopista de circunvalación de una gran ciudad, por la que puede rápidamente accederse al punto de destino sin tener que superar, etapa por etapa, las múltiples barreras que de no existir esta vía alternativa se interpondrían en una gran urbe. Así, mediante este proceso, «el acreedor (...) consigue obtener con celeridad aquel título ejecutivo que la cognición ordinaria le proporcionaría solamente después de mucha dilación; pero, una vez que ha conseguido obtener rápidamente (...) el título para pasar a la ejecución, se encuentra, frente a la misma, en la misma condición que se encontraría si su crédito hubiera sido declarado por una sentencia de condena», creándose en él un título ejecutivo con plenos efectos de cosa juzgada y, por consiguiente, totalmente equiparable en sus efectos a los de una sentencia de condena dictada en un proceso de cognición ordinario⁸³.

El desarrollo económico que experimenta toda sociedad y sobre todo en un mundo globalizado como el que vivimos, impone la necesidad de fijar regulaciones que propenda

⁸³ Juan Pablo Correa Delcasso, *El Proceso Monitorio de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*,... p. 39.

a disipar cualquier traba de orden legal⁸⁴, en el afán de asegurar el cobro efectivo de un crédito en el menor tiempo posible.

Mediante el procedimiento monitorio se busca alcanzar la celeridad en la tutela del derecho de crédito; y, constituye la nota relevante que imprime su identidad jurídica en esta novedosa institución adoptada por la legislación española (que como manifestamos anteriormente, es la base o fuente principal de nuestro estudio); celeridad que no implica ausencia de garantías subjetivas de las personas, porque éstas son inherentes al propio mandato de pago, que surge como consecuencia de la estructura monitoria que tan solo elimina las dilaciones procesales indebidas.

En virtud del proceso monitorio se crea un mandato de pago cuyo objetivo es hacer efectivo el cobro de cierta cantidad de dinero en un corto plazo, dentro del cual se plantean tres posibilidades para el deudor, a saber: a) Paga la cantidad requerida de dinero; b) Guarda silencio ante el requerimiento, lo cual genera que la orden de pago adquiera carácter de ejecutividad; y, c) Plantea una oposición, formulando las razones que le asisten para no cancelar la suma de dinero requerida. (artículos 816, 817 y 818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española)

La necesidad de tutelar un derecho subjetivo de índole económico que entraña la técnica monitoria busca, entre otras cosas, evitar las formalidades exageradas del procedimiento judicial tradicional, ya sea en vía ordinaria o ejecutiva⁸⁵.

⁸⁴El Banco Mundial ha realizado investigaciones entre otras a nuestra legislación, en parte de sus resultados a determinado que en un rango del 1 al 10, nuestra legislación alcanza apenas un 3, sobre leyes bien diseñadas y tolerables para aumentar acceso a créditos; disponible en: <http://espanol.doingbusiness.org/MethodologySurveys/EnforcingContracts.aspx>(fecha de consulta: 13/9/2011)

⁸⁵Es importante recalcar lo que establece la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España al referirse a los beneficios del proceso monitorio, para lo cual citaremos expresamente la parte pertinente: “La Ley simplifica al máximo la tramitación de la oposición, cualquiera que sea la clase de título, remitiéndola, de ordinario, a lo dispuesto para el juicio verbal.... Por otra parte, dado que la oposición a la ejecución sólo se abre por causas tasadas, la Ley dispone expresamente que el auto por el que la oposición se

La autoridad judicial, dentro de la estructura monitoria, dicta un mandato de pago para hacer efectivo el cobro de una deuda de dinero, en un determinado plazo; lapso dentro del cual el deudor puede plantear su oposición; de lo contrario, al no existir contradicción, se inicia la vía del apremio, es decir, la ejecución inmediata del título creado bajo la modalidad del proceso monitorio.

Bajo esta modalidad, cabe mencionar que en una primera etapa del proceso monitorio la nota relevante es la falta del contradictorio, ya que la autoridad judicial emite un mandato de pago, el mismo que no puede ser alterado por la parte deudora; la “oposición deberá entonces desarrollarse con todas las garantías del contradictorio...”⁸⁶ pero en otra fase, que es posterior a la orden de pago que dicta el juez.

Cabe advertir que dentro del llamado procedimiento monitorio puro, el mandato de pago no tiene justificación o respaldo en la existencia de una prueba escrita o principio de prueba por escrito, tan solo la afirmación del acreedor; incluso, en determinados casos puede ser “apreciada de modo incontestable y que se resuelve por ello, básicamente en la vía atractiva de la citación del deudor...”⁸⁷.

En cambio, en el procedimiento monitorio documental o de “prueba” que se aplica en las legislaciones de Bélgica, Francia, Grecia, Luxemburgo, Italia y España,⁸⁸ el

resuelva circunscribe sus efectos al proceso de ejecución. Si se piensa en procesos declarativos ulteriores a la ejecución forzosa, es obvio que si ésta se ha despachado en virtud de sentencia, habrá de operar la fuerza que a ésta quepa atribuir... En cuanto al proceso monitorio, la Ley confía en que, por los cauces de este procedimiento, eficaces en varios países, tenga protección rápida y eficaz el crédito dinerario líquido de muchos justiciables y, en especial, de profesionales y empresarios medianos y pequeños.”

⁸⁶ Antonio María Lorca Navarrete, *El Proceso Monitorio Regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil con Particular Referencia al Proceso Monitorio en Materia de Propiedad Horizontal*, Madrid, Dyllinsón, 2000, p. 38.

⁸⁷ Antonio María Lorca Navarrete, *El Proceso Monitorio Regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil con Particular Referencia al Proceso Monitorio en Materia de Propiedad Horizontal ...*p. 38.

⁸⁸ Véase el LIBRO VERDE SOBRE EL PROCESO MONITORIO EUROPEO Y LAS MEDIDAS PARA SIMPLIFICAR Y ACELERAR LOS LITIGIOS DE ESCASA CUANTÍA, realizado por la Comisión Europea; disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0746:ES:NOT> (fecha de consulta 14/09/2011)

mandato de pago emana de la autoridad judicial teniendo como base o sustento de la existencia de su crédito, algún documento, con “apariencia de verosimilitud”⁸⁹.

De esta manera, se garantiza al máximo el derecho de crédito y al mismo tiempo se exige, para dicho fin, el soporte de un documento que no brinde opción de contrariarlo en su fuerza probatoria; viéndose el deudor obligado a cumplir porque frente a la claridad del soporte no tiene ninguna excusa valedera de orden procesal para su oposición, lo que genera la formación de una convicción judicial respecto de la existencia de la obligación demandada y gracias a ello se emite el mandato de pago.

2. 6. Elementos formales: procedencia y admisibilidad.

Para la procedencia de la técnica monitoria conforme lo indica Antonio María Lorca, se aspira implantar un sistema dúctil⁹⁰, libre de engorrosos procedimientos que permita la concreción en la vía jurídica del derecho de crédito a través del proceso.

La forma excepcional de su procedencia permite la simplificación de la vía de ejecución, cuando pone de manifiesto el carácter inobjetable de un crédito, bajo los presupuestos previstos en la ley y por lo tanto hemos de recordar que la “rapidez y la simplicidad”⁹¹ son condiciones para la procedencia del proceso monitorio.

Respecto de las bases o cimientos sobre los cuales ha de estructurarse la institución materia de nuestro trabajo en primer término encontramos “*al derecho que se puede hacer valer* mediante aquélla y, en segundo término, a la *prueba* en base a la cual el Derecho se

⁸⁹Antonio María Lorca Navarrete, *El Proceso Monitorio Regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil con Particular Referencia al Proceso Monitorio en Materia de Propiedad Horizontal* ...p. 41.

⁹⁰Antonio María Lorca Navarrete, *El Proceso Monitorio Regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil con Particular Referencia al Proceso Monitorio en Materia de Propiedad Horizontal* ...p. 76. El mencionado autor establece que “...las condiciones de admisibilidad deberán ser lo más ampliamente flexibles y plenamente automatizadas”

⁹¹Antonio María Lorca Navarrete, *El Proceso Monitorio Regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil con Particular Referencia al Proceso Monitorio en Materia de Propiedad Horizontal* ...p. 76.

puede hacer valer...”⁹², como condiciones de admisibilidad; en suma, el proceso monitorio busca proteger en forma expedita el “derecho de crédito” es decir, un derecho económico en su más amplia significación.

Es importante reiterar que para la procedencia de la técnica monitoria, el derecho de crédito necesariamente debe tener características tales como: 1.- Exigibilidad; 2.- Que constituya una suma de dinero; 3.- Que esa suma de dinero sea determinada y vencida, por lo tanto líquida y pura, condiciones que resultan más que necesarias para la aplicación del proceso monitorio, diferenciándolo del los títulos ejecutivos, cuya exigencia fundamental es que previamente éstos estén reconocidos como tales en la respectiva legislación⁹³.

La liquidez y determinación de una suma de dinero implican que el monto a exigirse ha de estar debidamente precisado, sin ambigüedad o indeterminación porque aquello afecta a la propia naturaleza del instituto materia de nuestro trabajo. De tal forma que el juez al calificar la demanda o petición inicial, podrá conocer perfectamente la pretensión constituida por el monto de dinero que se exige y, que al final motivará la expedición del mandato de pago, permitiendo la ejecución inmediata de una deuda que goza de verosimilitud.

La expedición del mandado de pago, luego de haber verificado los requisitos para su procedencia, deja la vía expedita para el apremio, porque tiene el carácter de ejecución directa e inmediata.

⁹²Antonio María Lorca, *El Proceso Monitorio Regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil con Particular Referencia al Proceso Monitorio en Materia de Propiedad Horizontal* ...p. 76.

⁹³ Entre otras normas, los artículos 413 del Código de Procedimiento Civil y 233 de La ley de Mercado de Valores, reconocen en forma expresa cuáles son los títulos ejecutivos. Debemos también recalcar que sólo pueden ser títulos valor los reconocidos por la ley, por las consecuencias que de tal reconocimiento se derivan, conforme lo señalan Juan Montero Aroca y José Flors Maties, en la obra *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 88, quienes destacan que “Instada la ejecución y comprobada la regularidad formal del título, el tribunal tendrá el deber de despacharla y de realizar todos los actos ejecutivos. El ejecutante no precisa más que presentar el título, sin que deba probar nada”

Todo aquello responde a la necesidad de contar con un procedimiento simple, concreto y preciso, que en buena parte altere la estructura tradicional del proceso judicial, en respuesta al evidente e incuestionable derecho de crédito.

Frente a esta situación tiene gran importancia la clasificación de proceso monitorio en puro y documentado, en respuesta a la existencia o no de una prueba por escrito que lo respalde, pues da margen para el mandato de pago que emita el juez al momento de admitir a trámite la petición.

Con la admisibilidad del proceso monitorio se efectiviza “la constitución de mora del deudor (...)”⁹⁴, que no resuelve la cuestión de fondo, sino que abre la vía de ejecución inmediata o de apremio y que es puesta a conocimiento del deudor, para su defensa ulterior respecto de los documentos presentados por el acreedor que acreditan la obligación impaga.

Resulta oportuno recordar que bajo ciertas condiciones y presupuestos jurídicos señalados en líneas anteriores, la emisión del mandato de pago no tiene por qué apoyarse siempre en una prueba escrita incontestable, sólo interesa que los documentos que respaldan la deuda, aunque sean considerados como “no cualificados, es decir sin suficientes garantías,” estén “acreditados, [con] visos de ser válidos (buena apariencia jurídica)”⁹⁵, y aquello resulta suficiente para que motive la viabilidad de la técnica monitoria.

Debemos comprender que la técnica monitoria gira sobre la existencia de un mandato de pago que emite el juez, cuyo fin es hacer posible la cancelación de una cierta

⁹⁴Antonio María Lorca, *El Proceso Monitorio Regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil con Particular Referencia al Proceso Monitorio en Materia de Propiedad Horizontal* ...p. 82.

⁹⁵Juan-Luis Gómez Colomer, “Comentarios Prácticos a los art. 812 a 818 el Capítulo I del Título III del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Del Procedo Monitorio”, en Esteban Solaz Solaz (Director), *Ejecución Judicial de Títulos Extrajudiciales. Juicio Cambiario y Monitorio*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 339.

cantidad de dinero que consta decretada en la orden de pago, misma que debe gozar de efectividad que permita la realización de su cobro en un tiempo fijo, en que el deudor pague una cantidad determinada de dinero o en su defecto, formule oposición razonada.

En la técnica monitoria para elaborar un mandato de pago se debe tomar en cuenta los dos modelos o tipos de procedimiento monitorio ya descritos, el puro y el documentado.

Esto quiere decir que, en el primer caso, la elaboración del mandato de pago no necesita del soporte o respaldo de algún documento, porque basta con la petición y el carácter incontestable del crédito que se exige para su procedencia; este tipo de procedimiento es aplicado en Austria, Finlandia, Alemania, Suecia y Portugal⁹⁶.

Entre tanto, con respecto al procedimiento monitorio documentado, el mandato de pago se encuentra sujeta a la existencia de una prueba escrita del crédito, que obviamente también debe tener el carácter de credibilidad; lo que implica que la exigencia de ese documento es gravitante para generar la verosimilitud de la deuda.

Conforme se ha venido mencionando en nuestro trabajo la existencia o no de un principio de prueba por escrito, determina el modelo que se utiliza en la técnica monitoria, de tal forma que la presencia de un testimonio instrumental sirve al juez para tener certeza al momento de dictar el mandato de pago.

Es necesario mencionar que el juez, al expedir el mandato de pago en el procedimiento monitorio puro, realiza una actividad de cognición con el fin de declarar el carácter incontestable del requerimiento de crédito, pues tiene la obligación de examinar

⁹⁶Véase la relación sobre la situación de cada uno de estos países en EL LIBRO VERDE SOBRE EL PROCESO MONITORIO EUROPEO Y LAS MEDIDAS PARA SIMPLIFICAR Y ACELERAR LOS LITIGIOS DE ESCASA CUANTÍA, realizado por la Comisión Europea; disponible en:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0746:ES:NOT> (fecha de consulta 14/09/2011), donde además se le conoce a este tipo de procedimiento como “sin prueba”

sobre el cumplimiento de elementales requisitos para la procedencia y si tiene o no razón jurídica el requirente, para luego de aquello emitir su pronunciamiento, sin necesidad de entrar a ningún tipo de examen sobre la cuestión de fondo.

Tanto al procedimiento monitorio puro como al documentado les es aplicable una característica común, que es aquella relativa al mandamiento de pago que se emite sin posibilidad de que el deudor intervenga en la expedición de tal orden.

CAPÍTULO III

3.1.- Necesidad de introducir el proceso monitorio: una respuesta eficaz para garantizar el derecho de crédito.

Visto lo referido en los capítulos anteriores creemos necesario adoptar un procedimiento que de alguna manera ahorre tiempo para garantizar en gran medida el derecho de crédito, que en definitiva se refiere a la protección del patrimonio; a lo cual también se sumaría el ahorro del presupuesto estatal que se invierte en los operadores de justicia, llámense jueces, fiscales, defensores e inclusive los abogados y auxiliares de la administración de justicia, para resolver los problemas de orden judicial que por el incumplimiento de obligaciones dinerarias se instauran constantemente.

Conforme hemos observado, el tiempo que se emplea para resolver una causa de cualquier naturaleza que fuese para la realización efectiva del derecho, se ha convertido en el peor obstáculo que incluso le genera angustia en el acreedor, quien ve como su derecho de crédito tiene que atravesar por una serie de filtros, varios de los cuales responden a dilaciones absurdas provenientes del propio ejecutado o demandado. A ello puede sumarse el aporte de un mecanismo idóneo para la generación de seguridad jurídica al adoptarse un trámite efectivo que respalde en gran medida el derecho de crédito, lo que a la postre permitiría ir generando una alternativa nueva y expedita para exigir ante la justicia el cumplimiento de una obligación dineraria hasta cierto monto o techo, en aras de una economía procesal en doble sentido, tanto para el sistema judicial, como para los justiciables, procurado el cobro de una deuda bajo un esquema realmente eficiente.

Creemos hacer también, sin embargo, una reflexión sobre los niveles de protección que brindan determinadas instituciones jurídicas, porque, en el afán de simplificar etapas o fases de un proceso, para llegar a la materialización efectiva de un derecho, no resulta

enteramente justo y constitucional que se presente un desequilibrio en las relaciones jurídicas de los justiciables, a los que por mandato de la Constitución de la República debe garantizarse el debido proceso.

No debemos dejar de mencionar que el legislador busca con gran esfuerzo, establecer instituciones que de manera práctica brinden una respuesta efectiva a la sociedad ante sus problemas, contrarrestando así en gran medida la inseguridad jurídica.

Es por ello que se hace ineludible exponer ciertas ideas o reflexiones relativas al nivel de constitucionalidad que debe necesariamente respetar cualquier norma jurídica y aún más alguna nueva institución que se introduzca o se pretenda introducir dentro de la estructura de orden legal en nuestro medio, ante lo cual nos permitimos afirmar que la técnica monitoria permite el ejercicio amplio del derecho a la defensa, al concederle el tiempo esencial al sujeto requerido para oponerse, en cuyo caso se puede generar la contradicción, y la discusión seguirá el curso de un proceso ordinario.

Entendemos por debido proceso “el que se inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, los principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobadas previamente (...)”⁹⁷.

Se dice en gran medida que el proceso monitorio tiene por objeto crear de manera ágil, un verdadero título ejecutivo que se inicia con una orden de ejecución directa, sobre todo en el caso del proceso monitorio puro, cuya orden o mandato de pago emanada de una autoridad que dispone la cancelación de determinada cantidad de dinero, sin necesidad de presentar prueba de la existencia de la obligación.

⁹⁷ Jorge Zavala Baquerizo, *El debido proceso Penal*, Guayaquil, Edino, 2002, p. 25. Además puede verse en: Oswaldo Alfredo Gozaini: *Introducción al nuevo derecho procesal*, Argentina, Ediar, 1988, p. 123, que el debido proceso “*requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran eventualmente asistirle, y que dicho proceso concluya con el dictado de una sentencia fundada*”

Resulta oportuno mencionar que el derecho procesal es una disciplina que se ocupa del estudio del proceso y sus cuestiones conexas, entre las cuales obviamente encontramos el concepto de procedimiento, que tiene una gran diferencia en relación al proceso.

Para contrastar de mejor manera estas dos instituciones citaremos lo siguiente: “El proceso representa el conjunto de actos que son necesarios, en cada caso, para obtener la creación de una norma individual. El procedimiento, en cambio, constituye cada una de las fases o etapas que el proceso puede comprender (...)”⁹⁸.

Se dice además que el proceso es “un método de debate dialéctico y pacífico que sigue reglas establecidas y se desarrolla entre dos partes que actúan en condición de perfecta igualdad ante un tercero imparcial e independiente...”⁹⁹ llamado juez, cuyo objeto es resolver un litigio.

De lo mencionado en líneas precedentes se evidencia y se puede concluir que la idea bastante acentuada en la mayoría de los tratadistas, que consideran que la técnica monitoria no es un juicio ejecutivo sino un proceso especial, porque su naturaleza es distinta, habida cuenta que la institución materia de nuestro trabajo procura crear un título ejecutivo —entre tanto en el otro ya existe un título— que sirva de sustento para una ejecución inmediata, utilizando para dicho fin un procedimiento distinto al que tradicionalmente sigue el juicio ejecutivo, para en virtud de aquello conminar el pago de una obligación dineraria.

⁹⁸ Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, p. 53. Además en forma clara puede encontrarse las diferencias entre proceso y procedimiento en: Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Tomo I, Buenos Aires, Ediar Soc. Anon. Editores, 1963, p. 400, así como en: Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, pp. 16 y 17.

⁹⁹ Adolfo Alvarado Belloso, *Debido Proceso de la Garantía Constitucional*,..., p.234.

La implantación del procedimiento monitorio, en el fondo entraña la necesidad de hacer efectiva la tutela del derecho de crédito, evitando las excesivas formalidades y el elevado costo económico que entraña un juicio ejecutivo y peor aún, el proceso ordinario.

El proceso monitorio, tanto en la etapa de su admisión, esto es desde su aceptación o procedencia —que en primera instancia implica la existencia de un mandato de pago— como en la etapa de requerimiento, precautela el derecho de crédito, ya que dispone la cancelación de cierta cantidad de dinero, en un tiempo determinado.

La efectividad del mandato de pago en el proceso monitorio se traduce en la economía de recursos financieros, humanos y de tiempo y, por lo tanto la consecuente y oportuna protección del derecho de crédito.

3.2.- El proceso monitorio en el proyecto de Código de Procedimiento Civil del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal.

Recogiendo la tendencia para buscar mecanismos que brinden mayor efectividad para el cumplimiento de obligaciones de *dar*; se ha propuesto en el proyecto de Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano¹⁰⁰, el proceso monitorio regulado a partir de los artículos 347 al 353, institución nueva cuya concepción entraña un verdadero proceso, previsto de garantías mínimas para los sujetos que en él participan; es decir, garantizando el debido proceso, porque el sujeto requerido tiene oportunidad para ejercer su defensa, conforme se explica a continuación.

¹⁰⁰ Projusticia – Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, *Proyecto de nuevo Código de Procedimiento Civil*, Quito, Abya Yala, 2007.

Los artículos 348 (numeral 2) y 349 (numeral 2) del proyecto en mención, al tratar sobre la petición inicial y la admisibilidad del proceso monitorio, determinan, como no puede ser de otra manera, la singularidad del lugar, en donde se hará conocer al deudor el reclamo de pago, una vez que el Juez dicte auto interlocutorio disponiendo que en el término de diez días el deudor pague o dimita bienes suficientes para cubrir la obligación, los daños y perjuicios, costas y honorarios de los abogados defensores.

Es decir, una vez que ha sido admitido a trámite por cumplir con los requisitos que se exige, se hace conocer al sujeto requerido, a fin de que procesalmente asuma cualquier actitud, ya sea activa o pasiva, que obviamente generará efectos jurídicos relevantes dentro del proceso.

Lo mencionado permite que el requerido en forma oportuna ejerza su derecho a la defensa; es decir, sea informado para que, si así lo desea, asuma una actitud que genere el debate o dialéctica jurídica dentro de un debido proceso que permita el desarrollo amplio de la contradicción en la relación procesal.

Se dice que la tutela judicial efectiva es la “(...) *situación cierta de amparo jurídico y realización material del derecho o interés legítimo que, teniendo como antecedente, por regla general, una o más providencias judiciales, permite al titular del derecho o interés legítimo o a quien se encuentra en el ejercicio legítimo de los mismos, el disfrute de sus beneficios patrimoniales y/o extra patrimoniales, o prepara el camino para su realización permanente.*”¹⁰¹.

Entonces, como vemos el proceso monitorio documentado —tomado en la propuesta materia de este análisis—, cumple con los elementos de la tutela judicial

¹⁰¹ Miguel Hernández Terán, *La Tutela Judicial Efectiva como Instrumento esencial de la Democracia...* p. 58.

efectiva que garantiza el cobro de una deuda “determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de doscientos salarios básicos del trabajador en general...”, según dice el artículo 347 del proyecto del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano.

Esto quiere decir que en el proceso monitorio del proyecto en mención, si concurren los elementos subjetivos y objetivos de la tutela judicial.

En el primer caso, tenemos al órgano judicial y al requirente de la tutela judicial; y, en el segundo caso, tenemos el derecho de crédito que es el objeto de protección judicial¹⁰², sumado a lo cual encontraremos también que se contempla un tiempo razonable que debe emplearse para expedir la decisión judicial, todo ello en respuesta a la referida garantía constitucional.

Después de haber evacuado la mayoría de ideas de nuestro trabajo, nos parece conveniente transcribir el Título IV del libro III del Proyecto del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano propuesto por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, que a partir del Artículo 347 al 355 busca instituir la técnica monitoria, con el fin de tener una idea cabal sobre la posible introducción de esta institución jurídica, que resultaría bastante novedosa para nuestro medio:

“Art. 347.- Procedencia.

1. Quien pretenda cobrar una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de doscientos salarios básicos del trabajador en general, que no conste en título ejecutivo, podrá iniciar un proceso monitorio, cuando se pruebe el crédito en alguna de las formas siguientes:

a) Mediante documento, cualquiera sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentre, que aparezca firmado por el deudor o con su sello, impronta, marca o cualquier otra señal física o electrónica, proveniente de dicho deudor.

¹⁰² Miguel Hernández Terán, *La Tutela Judicial Efectiva como Instrumento esencial de la Democracia...* pp. 54, 55.

b) Mediante factura, comprobante de entrega, certificación, telegrama, telefax, documentos electrónicos o cualquier otro documento que sea de los que usualmente comprueban la existencia de créditos o deudas atentas las circunstancias de la relación entre acreedor y deudor.

2. Cuando el documento haya sido creado unilateralmente por el acreedor, para acudir al proceso deberá acompañar prueba que haga verosímil la existencia de una relación previa entre el acreedor y deudor.

En tratándose del cobro de cuotas de condominio, clubes, asociaciones u otras organizaciones similares, así como valores correspondientes a matrícula, colegiatura y otras prestaciones adicionales en el caso de servicios educativos, a la demanda se acompañará la certificación expedida por el administrador del condominio, club, asociación, establecimiento educativo u otras organizaciones similares o del representante legal de éstas, de la que aparezca que el deudor debe el pago de una o más obligaciones.

3. En tratándose del cobro de cánones vencidos de arrendamiento, siempre que el inquilino esté en uso del bien, se acompañará el contrato o la declaración jurada a que hace referencia la Ley de Inquilinato, así como una declaración jurada del arrendador de que el arrendatario se encuentra en mora del pago de las pensiones de arrendamiento por el término que señala la Ley.

Art. 348.- Petición Inicial.

El proceso monitorio se iniciará con la presentación del reclamo de pago formulado por el acreedor, que se contendrá en el formulario que para el efecto proporcionará necesariamente el órgano judicial, y que contendrá:

- 1°. La identificación del acreedor y de su domicilio;
- 2°. La identidad y el domicilio del deudor, y la determinación del lugar en que se le hará conocer el reclamo del pago;
- 3°. La especificación del origen y cantidad de la deuda;
- 4°. La firma y rúbrica del acreedor, o la huella digital estampada en presencia del secretario del juzgado, cuando no pudiere o no supiere firmar.

Al formulario se acompañarán, necesariamente, el o los documentos referidos en el artículo 347.

Art. 349.- Admisión de la petición y reclamo del pago.

1. Recibido en el juzgado el formulario a que se refiere el artículo anterior, el juez verificará que esté debidamente cumplimentado. De no estarlo, dispondrá que se lo cumplimente en el término de tres días. De no cumplimentarse en este término, el juez ordenará el archivo.

La citación con el petitorio y el mandamiento de pago del juez, interrumpe la prescripción.

2. Si la petición reúne los requisitos de ley, el juez dictará auto interlocutorio, disponiendo que en el término de diez días, el deudor pague o dimita bienes suficientes para cubrir la obligación, los daños y perjuicios, costas y honorarios.

3. Si el deudor no comparece o si lo hace sin manifestar oposición, el auto interlocutorio quedará en firme y se procederá a la ejecución, comenzando por el embargo de los bienes del deudor que el acreedor señale. El deudor podrá apelar de esta providencia con efecto no suspensivo.

Art. 350.- Oposición del deudor.

Si el deudor comparece y formula oposición, se considerará ésta como demanda y el juez dispondrá que se sustancie la causa por la vía abreviada, y correrá traslado al acreedor con dicha oposición para que la conteste.

El deudor deberá acompañar a su oposición la prueba que fundamente sus asertos.

Art. 351.- Cosa Juzgada.

El solicitante del proceso monitorio y el deudor no podrá pretender posteriormente en proceso ordinario la cantidad reclamada en el monitorio, o la devolución de la que, con la ejecución, se obtuviere.

Art. 352.- Intereses.

Desde que se dicte el auto interlocutorio, la deuda devengará el máximo interés convencional permitido por el competente organismo del Estado, más el recargo del cincuenta por ciento.

Art. 353.- Pago del deudor.

1. Si el deudor atendiere el reclamo de pago tan pronto como lo acredite, el juez dispondrá que se deje constancia en autos de que se ha cancelado la deuda, costas e intereses, y ordenará el archivo de la causa.

2. Si se hubiese dispuesto la adopción de medidas cautelares, conforme lo dispone el artículo 324, el juez las dejará sin efecto en la misma providencia¹⁰³.

Conviene a breve rasgos mencionar que en caso de oposición del deudor, éste debe acompañar la prueba en que sustenta su fundamento; con ello se busca evitar que se presenten dilaciones infundadas exigiéndose para el efecto una constancia razonable, de manera que el juez tenga los suficientes elementos para conocer el alcance de la acción y de la oposición.

Un caso que llama la atención es el que presenta el artículo 350 del Proyecto propuesto por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, en cuyo articulado se menciona que si el deudor al comparecer formula oposición, ésta se considera como *demanda* y el juez dispondrá que se sustancie la causa por una vía abreviada, corriendo traslado al acreedor inicial con esa oposición para que la conteste; es decir sigue una vía corta, sencilla, abreviada, que simplifica el desarrollo procesal y permite al mismo tiempo su economía evitando además que se genere un proceso de conocimiento que como hemos

¹⁰³ Projusticia – Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, *Proyecto de nuevo Código de Procedimiento Civil*, Quito, Abya Yala, 2007.

visto ofrece varias opciones de orden procesal que perennizan el conflicto conspirando con la agilidad y oportunidad de la justicia.

En cuanto a la procedencia o no de medidas cautelares en el proceso monitorio, por el objetivo que persigue dicha institución —que es proteger al máximo del derecho de crédito—, según nuestro parecer es conveniente que el juez pueda dictar medidas cautelares porque de esta manera el acreedor obtendrá la más eficaz protección de sus derechos y el deudor se vería obligado a ejercer su defensa exclusivamente dentro de los argumentos que en efecto le asiste, mas no crear o generar incidentes o proponer dilaciones para procurar el no pago de la obligación o la demora en la resolución de la causa; medida cautelar que como su naturaleza lo define, aspira conceder tutela efectiva al acreedor y constreñir al deudor para que en un corto tiempo cumpla una obligación impaga sin esperar todo un extenso y dilatado proceso porque se busca la efectividad en el sistema de justicia y el proceso monitorio tiene en su esencia dicho fin.

En abril de 2012, el Consejo de la Judicatura de Transición y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas han presentado a consideración del público un borrador de Código Procesal Unificado, en cuyo texto a partir del artículo 343 al 347, se habla del llamado procedimiento monitorio; figura nueva para nuestro medio que se propone como una alternativa para garantizar el llamado derecho de crédito.

El artículo 343 del Proyecto empieza manifestando que esta nueva institución es un procedimiento declarativo especial, para posteriormente establecer un límite en cuanto a la cuantía que no supere el equivalente de cinco mil dólares americanos y además se exige como sustento un antecedente escrito suficiente que permita determinar al juez la obligación a la que debe condenar al demandado.

En primer lugar, cabe hacer mencionar que si hablamos de procedimiento declarativo especial, esta situación nos traslada a la modalidad de un juicio ordinario, en donde por dicha particularidad se debe entrar a conocer los fundamentos de hecho de una situación jurídica, que bajo la verdadera naturaleza del proceso monitorio, tal como se encuentra contemplado en las legislaciones que ya lo han adoptado, no son siempre materia de discusión, pudiendo únicamente discutirse en el momento que haya oposición al mandato de pago, pues en este caso se convertiría en un juicio declarativo, situación ya mencionada que va en contra de la naturaleza del proceso monitorio que en resumen es la

creación de un título ejecutivo de ejecución inmediata mas no de una declaración especial de procedimiento.

En cuanto a la cuantía cabe reflexionar, ¿qué sucedería en el evento de que en el tiempo se cambiase la moneda de curso legal en nuestro país y se adopte otra distinta al dólar americano? Esta particularidad nos invitará a pensar que el limitante de orden económico debería regularse mediante unidades de valor o salarios básicos vigentes al momento de aplicar el procedimiento monitorio, como bien lo hace, por su parte, el proyecto del Instituto de Derecho Procesal antes analizado.

Además, el monto de la cuantía de cinco mil dólares fijados en el mencionado borrador creemos que es insuficiente, por lo tanto, a nuestro parecer, debería instituirse un tope máximo de cien salarios básicos unificados o su equivalente, en razón de que de acuerdo a lo sucedido en países que han instaurado esta figura es recomendable fijar cuantías medianamente altas o incluso sin tope como sucede con la legislación española y la de Costa Rica, que establecen que se aplicará el procedimiento monitorio en reclamaciones de cualquier valor¹⁰⁴.

Otro reparo que necesariamente debemos hacer sobre este mismo proyecto es aquel que contempla en la parte final del artículo 343, que en su parte pertinente dice de que el Consejo de la Judicatura, sin importar la cuantía de la obligación puede resolver que ciertas materias sean incorporadas o excluidas del procedimiento monitorio, lo que invita a pensar que esta facultad representa un riesgo porque al utilizar el término “podrá” abre una puerta a la discrecionalidad del Consejo para que, según su parecer, declare cuándo opera o no el referido procedimiento; lo que a su vez significaría que se invada atribuciones estrictamente jurisdiccionales, porque si revisamos el artículo 181 de la Constitución de la República en ninguna parte se señala que este órgano tenga la facultad para crear o modificar procedimientos aplicables al ámbito jurisdiccional, lo cual está reservado exclusivamente para el órganos legislativo que en nuestro caso es la Asamblea Nacional, como así lo señala claramente el artículo 124 del la Constitución de la República.

¹⁰⁴ En efecto, estos países no han limitado la cuantía de las reclamaciones que podrían acceder a esta vía. España modificó tal aspecto mediante Ley 36/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE No. 245 de 11 de octubre de 2011); y la Asamblea Legislativa de Costa Rica promulgó la Ley de Cobro Judicial el 20 de noviembre de 2007, que entró en vigencia seis meses después.

Necesariamente, tenemos que referirnos a la particularidad que el proyecto hace mención cuando habla de la sentencia del proceso monitorio entre los artículos 346, 347, motivando reparos que debemos poner a consideración del lector.

Se habla de que el juez, si estima suficientemente fundada las pretensiones del demandante, las acogerá de inmediato y dictará sentencia que debe ser notificada al condenado, quien debe manifestar al momento mismo de dicha notificación si acepta o no y si ejercerá o no su derecho a audiencia, siguiendo una serie de reglas.

El proyecto señala que en caso de no ser recurrida la sentencia, por el condenado obtendrá mérito ejecutivo; es decir, la calidad de ejecutividad del fallo queda condicionada a la aceptación o silencio del demandado, mas no del poder jurisdiccional del juez así como del transcurso del tiempo que se exige para que un fallo adquiera fuerza ejecutoria.

Entonces, vemos que el concepto de sentencia en el proceso monitorio en la propuesta señalada, no resulta tan acertado. Por dicha razón consideramos que debería constar en su lugar que el juez dicte auto interlocutorio ordenando el pago, pues por la naturaleza de la situación no se resuelve lo esencial de la causa, ya que en atención al artículo 269 de nuestro Código de Procedimiento Civil, sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio y resultaría un contrasentido que habláramos de fallo en el proceso monitorio que en un momento determinado podría quedar relativizada en cuanto a su poder de ejecución por una ulterior decisión de un “tribunal” como así se menciona en el literal c) del artículo 347 del proyecto.

Cabe anotar, finalmente, que el borrador trabajado por el Consejo de la Judicatura ha sido modificado, y en la actualidad se ha presentado un documento con el nombre final de “Proyecto de Código General del Proceso”. En este texto se elimina el nombre, como tal, del proceso monitorio, empleándose en cambio el de “procedimiento especial”, aunque, en lo sustancial, no cambian los planteamientos ya mencionados¹⁰⁵.

En Chile se encuentra en discusión para ser incorporado dentro del Código de Procedimiento Civil de ese país, dentro del libro quinto, en los llamados procedimientos especiales en el Título I, la figura del procedimiento monitorio. En el referido proyecto a partir del artículo 539 se empieza señalando que esta institución sólo se puede utilizar para

¹⁰⁵ El documento en cuestión se puede ubicar en <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/material-descargable.html?task=finish&cid=136&catid=4&m=0> (fecha de acceso: 20 de agosto de 2012).

reclamar el pago de obligaciones que no consten en título ejecutivo, exigiendo a su vez cuatro requisitos para su procedencia.

Una ventaja de este proyecto es que no define qué debe entenderse por el procedimiento monitorio, a diferencia de lo que ocurre en nuestro medio con el borrador del Código Procesal Unificado que en su artículo 343 empieza por establecer la definición de dicha figura, lo cual ya fue analizado en líneas anteriores.

Es importante también exponer que proyecto chileno establece un monto máximo para la reclamación monitoria, esto es quinientas Unidades Tributarias Mensuales, las mismas que en ese país equivalen a un monto de dinero expresado en pesos y determinado por la ley, que se actualiza en forma permanente por el “Índice de Precios al Consumidor” y que regularmente se utiliza como medida tributaria¹⁰⁶.

Retomando el hilo central de la propuesta chilena, se exige además que la demanda cumpla, a más de los requisitos esenciales, con otras exigencias que se encuentran consignadas en el artículo 540 del proyecto; se resalta también que no cabe recurso alguno en cuanto a la resolución que dicta el juez declarando inadmisibile la demanda monitoria salvo la figura de reposición.

Conforme la mayoría de legislaciones que regulan el procedimiento monitorio, en el proyecto chileno se establece que si la demanda reúne los requisitos exigidos en la ley, previo análisis del juez, se dictará una “resolución” ordenando el pago dentro del plazo de quince días, más los intereses y costas respectivos; además se establece que aquella tendrá la fuerza de “sentencia definitiva firme”, valiendo de suficiente título para la ejecución.

Como excepción a lo manifestado en el párrafo anterior hay que recalcar que el artículo 548 del proyecto establece que en caso de presentarse la oposición, el tribunal decretará la terminación del procedimiento monitorio “quedando sin efecto de pleno derecho, la resolución” dictada al admitirse la demanda; por lo tanto no existe la *firmeza*, no se podría hablar de *sentencia definitiva*, como se estipula en el artículo 542 del mencionado proyecto.

¹⁰⁶ Sobre el tema puede verse en: <http://www.sii.cl/pagina/valores/utm/utm2012.htm> (fecha de consulta: 20 de agosto de 2012).

Un referente del proceso monitorio más cercano a nuestro medio lo encontramos en Costa Rica, cuya Ley de Cobro Judicial, de 2007, contempla que los documentos con fuerza ejecutiva o sin ella deben cobrarse mediante dicho procedimiento, esto es que cualquier documento resulta útil, exigiéndose para el efecto ciertos requisitos dentro de los cuales están: que el documento sea original para que permita tener certeza de la existencia de la obligación o una copia certificada firmada cuando así lo reconozca la ley; que se encuentre firmado por el deudor o firma a ruego con dos testigos instrumentales o cualquier otro signo que exprese la voluntad inequívoca del deudor respecto a la obligación; también se exige que la pretensión sea referida a obligación dineraria líquida y exigible claramente determinada; para concluir, se establece que el documento sea suficiente para viabilizar el procedimiento sin requerir de otro documento complementario que acredite la existencia de la deuda.

El procedimiento resulta sencillo; en efecto, el acreedor debe relatar sucintamente los hechos, acompañando a la pretensión la prueba que la sustente; una vez admitida a trámite la demanda, se dicta una “*resolución*” disponiendo el pago de lo reclamado y concediendo quince días de plazo, pudiendo oponerse, con el “*ofrecimiento de prueba admisible, pertinente y útil*”.

Se establece limitaciones a las excepciones, así como se contempla una audiencia oral en donde las partes procesales pueden conciliar; caso contrario, se practicará la prueba que hubiere sido admitida en la calificación de la petición, pudiendo el proceso pasar a la etapa de la ejecución respectiva.

Conforme se puede constatar, existe una simplificación del procedimiento, es decir se busca una salida pronta, ágil, oportuna, aplicable a las deudas dinerarias para contribuir a garantizar el derecho de crédito, sin importar la cuantía conforme lo establece el artículo 1.2., del Capítulo I de la Ley de Cobro Judicial, que instituye el proceso monitorio, con lo cual se busca economizar tiempo y recursos y evitar la dilación procesal así como contribuir a la ejecución pronta de la resolución del juez.

3.3.- Beneficios y vitalidad del proceso monitorio.

El proceso monitorio en definitiva es considerado un instrumento que protege el derecho patrimonial, particular que tiene una deducción obvia porque mediante un sistema

ágil se crea un título de ejecución inmediata que permite el cobro en el menor tiempo posible de una deuda dineraria; lo que a su vez posibilita la reclamación de ciertas cantidades de dinero líquidas, bajo específicos presupuestos que responden a su finalidad y funcionalidad, porque su aplicación es muy simple y práctica y no se encuentra sujeto a largos procesos que en muchos casos conspiran con la tutela expedita que el derecho de crédito requiere.

La celeridad para alcanzar el pago de una deuda hasta cierto monto de dinero se refleja en la regulación del procedimiento que para el efecto se emplea, todo aquello en procura de un importante aporte a la solución de controversias de tipo civil o mercantil.

El proceso monitorio entraña la aplicación de una técnica jurídica que permite el acceso rápido y seguro a la vía del apremio, sin que sea menester la presentación de un título ejecutivo, porque su vía es específica y concreta, la cual a su vez le diferencia del proceso ordinario (cognición), en cuanto la función del contradictorio o sujeto requerido queda neutralizada para un segundo orden procesal, en caso de hacer uso del mismo y en atención a la actitud que asume el deudor monitorio.

Por otro lado, debemos entender que la vía nueva y expedita que se presenta mediante la técnica monitoria, contribuiría para que deudas de pequeñas cantidades de dinero, efectivamente se cumplan, permitiendo que el derecho de crédito encuentre un mecanismo idóneo que permita su vigencia plena, que de una u otra manera contribuya también a alcanzar la realización de la tutela judicial efectiva.

La técnica monitoria es una vía procesal de orden judicial directa e inmediata que, en función de su estructura y finalidad ya mencionada, constituye un instrumento que persigue la declaración de una orden de pago por un monto determinado de dinero y la ejecución práctica del mandato de pago por sobre todas las cosas, que sirve para descargar

el trabajo represado de los operadores de justicia para la solución de un problema, lo cual se traduce también en la garantía de economía procesal, en todos los niveles.

Entonces, la regulación del proceso monitorio conlleva ahorro de tiempo y dinero para el Estado y los particulares, en la solución de una controversia de tipo dineral hasta cierto monto; todo esto con el afán de contribuir al acceso efectivo a la justicia de manera oportuna y sin dilaciones que garantice al derecho de crédito de las personas naturales o jurídicas.

Incluso, de conformidad con lo que dispone el artículo 348 del proyecto propuesto por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, se contempla la posibilidad de emplear formularios para el uso de la técnica monitoria, en donde se indica el modo de llenar los datos, los documentos que se deben anexar o aparejar y la autoridad ante quien se debe presentar; todo lo cual contribuye con la economía procesal, cuyos beneficiarios directos sin duda alguna son el usuario y el propio Estado en su estructura judicial que economiza tiempo y recursos materiales¹⁰⁷.

La propuesta referida se encuentra en armonía con los lineamientos que la mayoría de la doctrina acepta, a la cual me sumo; pues incluso de alguna forma la posibilidad de emplear formularios, tiene cierta similitud —guardando las obvias distancias— con los que se emplean en los actuales momentos, para requerir alimentos o declaratoria de paternidad regulados en materia de la niñez y adolescencia, a los cuales ya nos hemos acostumbrado quienes ejercemos la profesión de abogado e incluso los particulares.

¹⁰⁷ En países como España existe formularios para que cualquier persona realice los requerimientos a través del proceso monitorio; disponible en: <http://www.fit-europe.org/vault/badpayers/Monitorio-es.pdf>, (Fecha de consulta: 19/10/2011); también el Consejo General del Poder Judicial ha puesto a disposición de la ciudadanía española estos formularios para reclamaciones sin la asistencia de un profesional del derecho; disponible en: <http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/ATENCI%C3%93N%20CIUDADANA/FICHERO/Proceso%20monitorio.%20Impreso%20normalizado.pdf>. (Fecha de consulta: 25/10/2011)

Debiendo aclarar que, en todo caso, en la propuesta de este nuevo procedimiento, amerita regularse celosamente el fiel cumplimiento de los principios rectores del debido proceso que se desarrollan en el Código Orgánico de la Función Judicial, entre los cuales mencionamos la verdad y lealtad procesal para que no se convierta en un instrumento de enriquecimiento ilegal e injusto por la distorsión de su naturaleza, puesto que en nuestro medio en los actuales momentos todavía predominan la perspicacia y la audacia tendientes a ocultar la realidad de los hechos en los procesos.

Más allá de los resultados económicos que persigue el proceso monitorio así como de su simplificación para la aplicación, cabe reiterar que procura reducir el abarrotamiento de las causas en los tribunales de justicia, que aspiran ser resueltos en el menor tiempo posible, con ello también mejorará la calidad de justicia, evitando que los Jueces se conviertan en “magistrados reducidos a la función casi manual de fabricantes de sentencias en serie...”¹⁰⁸.

Es oportuno recordar que el abarrotamiento de juicios conspira con la calidad de justicia que debemos recibir y, hasta el propio juez o tribunales se ven imposibilitados físicamente, para elaborar una sentencia o resolución con suficiente razonamiento y motivación que genere seguridad jurídica y se convierta al mismo tiempo en un referente jurídico para casos análogos.

Es decir, al instituir la técnica monitoria, se busca disminuir el trabajo de los operadores de justicia para hacer fácil, simple y hasta económica la vía judicial para el cobro de una deuda dineraria hasta cierto monto, garantizando la tutela del derecho de crédito.

¹⁰⁸ Piero Calamandrei, *El Procedimiento Monitorio*,...p. 188.

3.4.- El proceso monitorio, verdadera tutela judicial para el derecho de crédito.

El desarrollo y tráfico de actividades ante un mundo globalizado impone una visión nueva sobre los mecanismos para resolver la serie de problemas de orden jurídico, todo lo cual se encuentra íntimamente relacionado con la economía, en su más grande expresión.

Para el efecto, uno de aquellos mecanismos que se utiliza en varias legislaciones, como la española, es la técnica monitoria que apuesta, por así decirlo, a la celeridad de la tutela del derecho de crédito, teniendo como base para alcanzar esta vía expedita el mandato de pago que elabora el juez ante la certidumbre generada por el conjunto de documentos y demás medios presentados por el acreedor, vía que impregna dinamismo al cobro de una deuda dineraria impaga, en aras de proteger el derecho de crédito sin dilación alguna.

Para tener clara la situación hay que entender que, el derecho subjetivo sustancial protegido en la técnica monitoria es el derecho de acción que le asiste a toda persona y que pone en marcha la actividad del órgano judicial para alcanzar dicho propósito, que se encuentra reservada para garantizar la efectividad en la exigibilidad y ejecución del derecho de crédito y que identifica perfectamente a los sujetos o partes de la relación procesal, como son: acreedor, o sujeto que inicia el proceso y deudor, o aquel contra quien se dirige el requerimiento de pago.

Entonces, debemos entender que el proceso monitorio es la vía judicial ágil para reclamar el pago de una deuda dineraria; luego, no es aplicable respecto a derechos no pecuniarios. La técnica monitoria genera una protección rápida y eficaz por su ejecución inmediata de un monto definido de dinero, reclamación que según la jurisprudencia citada por Joan Picó I Junoy, en su obra La Tutela Judicial del Crédito, opera respecto a reclamos

dinerarios derivados del incumplimiento de contratos de préstamo, siempre y cuando la deuda sea líquida.

Siendo necesario transcribir parte de la jurisprudencia que menciona:

(...) el AAP de Jaén de 24 de octubre de 2003, f.j. 2º(AC 2003/ 2250) considera que nos encontramos ante una deuda dineraria, vencida y exigible, acreditada a través del documento que recoge el art. 812 de la citada ley procesal, sin que para la fijación de la deuda sea precisa más que una simple operación matemática, siendo exigible desde la firma del contrato, a pesar de que el pago se difiere en cuotas periódicas [...] que la documentación aportada se deduzca la buena apariencia de la deuda que se reclama, y que ésta sea vencida, líquida y exigible, requisitos que concurren en el supuesto ahora examinado, toda vez que junto al importe principal por el descubierto derivado de disposiciones de la tarjeta de crédito por el presunto deudor, se reclaman los intereses vencidos a la fecha de la liquidación [...] la LEC establece que podrá acudir a dicho proceso quien pretenda el pago de deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada, de cuyo tenor cabe razonablemente deducir que también habrá de ser líquida, es decir, de cuantía y objeto perfectamente determinado¹⁰⁹.

Conviene concluir diciendo que el proceso monitorio garantiza la tutela efectiva del derecho de crédito pues tiene como función conseguir la vía de apremio real para una pronta ejecución procesal de una deuda mediante el mandato de pago, que no es resultado de una actividad declarativa porque prescinde del contradictorio, conforme hemos visto ampliamente en líneas anteriores.

3.5.- Necesidad de introducir a nuestra legislación el proceso monitorio y su relación con el principio de buena fe procesal.

Como forma de viabilizar el cobro ágil y oportuno de una obligación dineraria que permita hacer realidad la tutela judicial efectiva del derecho de crédito, conforme así lo reconoce nuestro Código Político, resulta conveniente introducir una nueva institución jurídica que permita alcanzar el propósito antes señalado.

¹⁰⁹Joan Picó I Junoy, *La Tutela Judicial del Crédito*,..., pp. 28-30.

Frente a la aspiración de una eficiente vía judicial para el cobro de una deuda, resulta menester que miremos la realidad de lo que ocurre en nuestro alrededor en los juicios ejecutivos, algunos de los cuales nacen viciados en su origen por el antecedente ilícito que los cobija, dando la opción al vencido en juicio ejecutivo para iniciar un juicio ordinario de falsedad de letra de cambio, que antes de que el acreedor sea pagado, pueda utilizar dicha acción, por medio de la cual quedaría afectada la sentencia.

Pero también sería conveniente desbrozar las observaciones sobre una efectiva protección jurídica de la persona requerida para el pago, frente a la primera fase de la técnica monitoria, porque no debemos olvidar que la mentalidad de los pueblos gravita sobremanera en el uso y hasta abuso de ciertas instituciones jurídicas.

En nuestro medio el gran reto que se impone es socializar la idea del proceso monitorio, en un primer momento, para luego en una segunda fase hacer una propuesta ya condensada y consensuada sobre su implantación; teniendo presente que el principio de buena fe procesal, constituye una herramienta primordial que permitiría el uso correcto de la técnica monitoria.

De suerte que todas las pretensiones jurídicas que se desarrollan para el propósito antes indicado en nuestro medio, deba ser analizada con rigurosidad, teniendo como referencia el tipo de conducta que adopten los abogados, las partes y los operadores de justicia, en todas las etapas del proceso.

Un trasplante jurídico que se encuentre de espaldas a la realidad circundante del medio en el cual va a ser adoptado, representa un riesgo de insospechadas consecuencias.

Por consiguiente, nuestro país tiene el compromiso de adoptar las medidas más convenientes y aconsejables, para colocar en el tapete de los debates en los foros de orden

jurídico, tanto lo favorable como lo desfavorable de la técnica monitoria, para luego de una seria y dilatada discusión, con tesis jurídicas efectivas llegar a la más acertada decisión de modo que el proceso a instituirse, brinde una efectiva tutela jurídica a la sociedad, garantía constitucional que no admite excepción alguna.

Ha resultado imposible encontrar bibliografía nacional sobre el tema para nuestro trabajo por ello los autores extranjeros han sido citados en forma permanente en varios pasajes del mismo, que dicho de paso aspiramos encontrar en los lectores, la debida comprensión con nuestros criterios consignados, varios de los cuales pueden o no tener una aceptación de su parte; mas, nuestro trabajo pretende contribuir a generar el interés suficiente para abordar la técnica monitoria, como elemento que pueda simplificar la vía jurídica para el cobro de una cierta cantidad de dinero con un mecanismo diferente al que tradicionalmente hemos utilizado.

El artículo 174 de nuestra Constitución Política en relación con el artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial, por primera vez instituyen el principio constitucional y legal de la buena fe o lealtad procesal, exigible y aplicable a todas las causas jurisdiccionales.

Todo proceso judicial y hasta administrativo implica en su esencia una colisión de derechos, que deben ser resueltos por el operador de justicia, por lo que el litigio malicioso y temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, debe ser sancionados de acuerdo con la ley, porque dicha actitud implica mala fe procesal y no se puede permitir que ésta impere en un proceso jurisdiccional, siendo importante resaltar que dicho principio procesal no es exclusivo del ámbito civil, escenario en el cual ha alcanzado su máximo desarrollo, sino que es aplicable a todas las áreas del derecho.

Es entonces apropiado decir que la buena fe procesal para el reconocimiento de un derecho presupone el imperio de un nuevo modelo ético que, mediante reglas sociales aceptadas por la mayoría, obligue a los sujetos que intervienen en el proceso a adoptar una conducta apropiada, sancionando la malicia o temeridad que contamina al proceso jurisdiccional, afectándolo en su naturaleza.

Recogiendo lo manifestado por la Constitución Política, el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 26, consagra como principio legal y constitucional de todo proceso, la buena fe y lealtad procesal, que debe exigirse a los jueces, las partes y a sus abogados defensores, en procura de conseguir que “observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética”, por lo que se sancionará especialmente “la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimiento de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis (...)”.

El proceso monitorio no puede ser utilizado como un mecanismo solapado o disimulado para crear una obligación dineraria pues resultaría enteramente repudiable, razón por la cual con preferencia consideramos que se debería aceptar la técnica monitoria documental y, en virtud de un principio de prueba por escrito se pueda inicialmente avizorar la existencia de una deuda inobjetable y con ello dar paso al mandato de pago, alcanzando cierto grado de certeza en el operador de justicia.

Por lo tanto, hemos de reiterar que no conviene adoptar una técnica monitoria pura. Mas, en el caso del proceso monitorio documentado, nos atrevemos a sugerir que para su adopción en nuestra legislación, sería conveniente establecer requisitos sumamente rigurosos en aras de procurar la tutela judicial efectiva de un derecho de crédito.

Lamentablemente debemos aceptar que en los actuales momentos, vivimos en una apatía e indiferencia respecto de la buena fe y lealtad procesal; más aún cuando se adopta

conductas contrarias a la ética y la moral, por lo que resulta imperativo luchar sin tregua para desterrar aquellos actos contrarios a la conducta socialmente aceptada por la mayoría, en procura de evitar que en los procesos jurisdiccionales impere la vileza en lugar de la razón y la justicia; tarea que es obligación de todos y es el compromiso que debemos asumir con entereza.

CONCLUSIONES

El proceso monitorio, conforme hemos visto, tiene por objeto crear un título de ejecución inmediata para brindar una tutela judicial efectiva a aquellos créditos que no tienen sustento en títulos ejecutivos. Puede sostenerse que a través de ésta vía se obliga a pensar en el cambio necesario de la mentalidad de los operadores de justicia, de los justiciables y de los abogados, frente a los antiguos o tradicionales procesos que tienen como fin el cobro de determinadas pretensiones económicas; trámites judiciales que se han convertido en deficientes.

Es así que, la simplificación de etapas o pasos para permitir la efectiva vigencia del derecho de crédito, encuentra en el proceso monitorio uno de los instrumentos más apropiados para dicho fin, obviamente sin perder de vista, los principios rectores del debido proceso.

Hemos tenido la oportunidad de establecer que en el derecho comparado existe la aplicación del proceso monitorio de un monto máximo de deuda impaga, que permite para economizar dinero y tiempo en atención a su cobro, lo que contribuye en gran medida a la protección más adecuada de aquellos derechos de índole patrimonial.

Una gran particularidad que sobresale en el proceso monitorio es aquella relativa al silencio proveniente del sujeto requerido con la orden de pago, que ante su inacción en la primera fase, determina que opere la cosa juzgada respecto a la disposición de pago dictada por el juez, lo cual da margen a la ejecución inmediata para el cobro efectivo de la deuda.

También resaltamos que el proceso monitorio es exclusivo para constreñir jurídicamente al cumplimiento de una obligación dineraria y, por ende no opera, al menos en las legislaciones extranjeras analizadas, respecto a otras modalidades de obligaciones, conforme se ha tenido la oportunidad de establecer en nuestro trabajo; de tal suerte que la

agilidad, la ejecución inmediata bajo esta modalidad de proceso, opera para el cobro de dinero en montos establecidos previamente en la ley.

Cuando nos encontramos frente a la técnica monitoria cualesquiera sea su modalidad, así como frente a todo tipo de procesos, es menester que impere el recto proceder, la hombría de bien, la honradez, la buena fe y lealtad procesal, con el fin no sólo de alcanzar una justicia ágil y eficiente sino de evitar que procesos tan expeditos como el analizado puedan llegarse a convertir en instrumentos de abuso procesal por parte de algunos usuarios del sistema. Conviene, de manera general, desterrar las argucias, las dilaciones, las pruebas deformadas y las manías en los procesos judiciales.

Es urgente conseguir que todas las personas que intervienen en un juicio o proceso, actúen bajo el patrón de conducta socialmente imperante, porque los deberes de integridad, plenitud y veracidad son aplicables a todos los procesos.

El proceso judicial no es un escenario de pelea o pugna absurda en el orden legal; al contrario, debe ser considerado como el medio más apropiado para exponer y sustentar tesis jurídicas, en el afán de permitir la dialéctica jurídica que contribuya a encontrar la respuesta lógica y justa de los problemas, sustentados para ello en la Constitución, la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

El proceso monitorio constante en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil y propuesto por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, que también ha sido materia de análisis en nuestro estudio, tiene como finalidad solventar en forma efectiva, ágil, económica y sin mayor movilidad del aparato judicial, conflictos dinerarios de pequeña cuantía, por lo tanto proveer de protección o tutela jurisdiccional más potente al derecho de crédito, razón por la cual, considero que es muy valedera la institución plasmada en este proyecto.

Por lo tanto, a fin de posibilitar el cobro ágil y oportuno de una obligación dineraria de determinado monto y efectivizar la tutela judicial efectiva del derecho de crédito, torna conveniente introducir esta institución jurídica analizada durante el desarrollo de nuestro trabajo.

Actualmente se está preparando por parte del Consejo de Judicatura, un proyecto de código procesal unificado, elaborado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), en el cual se incluye también el juicio monitorio, que está en línea con el proyecto del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, pero ampliando un poco más su ámbito de acción, proyectos que a la fecha no se sabe si irán a convertirse en leyes definitivas, pero constituyen propuestas válidas para la materia que, puntualmente, se ha analizado durante el desarrollo de nuestro trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes Bibliográficas:

- Álvarez Conde, Enrique. *Curso de Derecho constitucional*. Tomo I, Barcelona, Editorial Tecnos, 2002.
- Aguirre Guzmán, Vanesa. “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”, en *Foro, Revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar*. No. 14, Quito, CEN-Universidad Andina Simón Bolívar, segundo semestre 2010, pp. 4-40.
- Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*. Tomo I, Buenos Aires, Ediar Soc. Anon. Editores, 1963, 2ª ed.
- _____. *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*. Tomo V, Buenos Aires, Ediar Soc. Anon. Editores, 1962.
- Ávila Linzán, Luis Fernando. “El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas” en Ramiro Ávila (editor) *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. pp. 162 - 215.
- Andrade, Santiago. *Los títulos valor en el Derecho ecuatoriano*. Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados/ Abya – Yala, 2006, 3ª ed. actualizada y ampliada.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia”. En Ramiro Ávila Santamaría (editor), *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 19-38
- Alvarado Velloso, Adolfo. *Debido proceso de la garantía constitucional*. Rosario (Argentina), Editorial Zeus, 2003.
- Calamandrei, Piero. *El proceso monitorio*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1953.
- Correa Delcasso, Juan Pablo. *El proceso monitorio de la nueva ley de enjuiciamiento civil*. Barcelona, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2000.
- Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de Derecho procesal civil*, trad. al italiano y notas por E. Gómez Orbaneja, Volumen I, México D.F., Cárdenas Editor, 1989.
- Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho procesal, teoría general del proceso*. Tomo I, Bogotá, Editorial ABC, 1996. 14ª edición.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías, la ley del más débil*. trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

- Favoreau, Louis. *Legalidad y constitucionalidad, la constitucionalidad del derecho*. Bogotá, Departamento de publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Gómez Colomer, Juan-Luis. “Comentarios prácticos a los art. 812 a 818 del capítulo I del título III del libro IV de la ley de enjuiciamiento civil: Del proceso monitorio”, en Esteban Solaz Solaz (Director), *Ejecución judicial de títulos extrajudiciales, juicio cambiario y monitorio*, Madrid, Lerco Print, S.A., Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 385-435.
- Gutiérrez de Cabiedes, Pablo. *Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España*. Pamplona, Estudios de Derecho Procesal, 1974.
- Guasp, Jaime. *Derecho procesal civil*. Tomo II, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, 3ª ed. (corregida)
- _____. *Derecho procesal civil*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, 3ª ed. (corregida)
- Garberí Llobregat, José. *Constitución y Derecho procesal. Los fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Pamplona, Civitas, 2009.
- _____. *El proceso monitorio en la ley de enjuiciamiento civil*. Barcelona, Editorial Bosch S.A, 2008.
- Gozaini, Oswaldo Alfredo. *Introducción al nuevo derecho procesal*. Argentina, Ediar, 1988.
- Gisbert Pomata, Martha, y otros. *El proceso para el cobro de deuda: monitorio, cambiario, monitorio europeo y europeo de escasa cuantía*. Pamplona, Editorial Aranzadi S.A., 2010.
- Herrendorf, Daniel. *El poder de los jueces, como piensan los jueces que piensan*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, 3ª edición actualiza.
- Hernández Terán, Miguel. *La tutela judicial efectiva como instrumento esencial de la democracia*. Guayaquil, Offset Graba, 2005.
- Jijón, Rodrigo, “La casación en los juicios ejecutivos”, en *Revista Iuris Dicto*, No. 1, Quito, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Volumen I. Enero 2000, pp. 77-82.
- Lorca Navarrete, Antonio María. *El proceso monitorio regulado en la ley de enjuiciamiento civil con particular referencia al proceso monitorio en materia de propiedad horizontal*. Madrid, Editorial DYKINSON, año 2000.
- Montero Aroca, Juan y José Flors Maties. *El proceso de ejecución. Ley 1/2000*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

- _____. *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Morello, Augusto. *El proceso civil moderno*. La Plata – Argentina, Librería Editora Platense S.R.L, 2001.
- Oyarte Martínez, Rafael. *Ruptura por la legalidad*. Quito, F y R Graficas, 2001.
- Ortells Ramos, Manuel. *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, 2000.
- Palacio, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, 18ª ed. actualizada.
- Pereira Campos, Santiago. “La reforma de la justicia civil en Uruguay. Los procesos ordinarios civiles por audiencias” en Andrea Cabezón P. (Coordinadora Edición), *Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, Alfabetas Artes Gráficas, 2008, pp. 181-280.
- Picó I Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1997.
- Velasco, Emilio. *Práctica procesal civil, teoría y práctica del juicio ejecutivo*. Tomo III, Quito, Pudeleco, 1994.
- _____. *Práctica procesal civil, teoría y práctica del juicio ordinario*. Tomo IV, Quito, Pudeleco, 1996.
- _____. *Práctica procesal civil, los juicios sumarios y verbal sumarios*. Tomo V, Quito, Pudeleco, 1998.
- Zavala Baquerizo, Jorge. *El debido proceso penal*. Guayaquil, Edino, 2002.
- Zagrebel'sky, Gustavo. *El Derecho dúctil, ley, derechos, justicia*. Madrid, Editorial Trotta S.A, 2005.

Fuentes Legales:

Constitución de la República del Ecuador;
Ley General de Instituciones del Sistema Financiero;
Ley de Propiedad Intelectual;
Ley de Mercado de Valores;
Código Civil;
Código de Procedimiento Civil;
Código de Comercio;
Código Orgánico de la Función Judicial;

Código de Trabajo;
Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia;
Código Penal;
Código de Procedimiento Penal;
Ley de Enjuiciamiento Civil de la República de España;
Ley de Cobro Judicial de Costa Rica;
Borrador - Código Procesal Unificado - Consejo de la Judicatura – Centro de Estudios de
Justicia de las Américas;
Proyecto de Código Procesal Civil de Chile.

Fuentes Electrónicas:

Guimaraes Ribeiro, Darci, “*La tutela judicial del crédito en el Código procesal Civil modelo para Ibero América, desde la perspectiva del proceso de ejecución, cautelar y monitorio,*” en <http://www.wuv.es>

Noboa Baquerizo, Gonzalo. “El juicio ejecutivo es un proceso de conocimiento”, en *Revista Jurídica*, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=427&Itemid=101

Libro verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía, realizado por la Comisión Europea; disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0746:ES:NOT>

Investigaciones del Banco Mundial; disponible en: <http://espanol.doingbusiness.org/MethodologySurveys/EnforcingContracts.aspx>

Formularios para los requerimientos a través del proceso monitorio; disponible en: <http://www.fit-europe.org/vault/badpayers/Monitorio-es.pdf>.

Formularios del Consejo General del Poder Judicial de España; disponible en: <http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/ATENCI%C3%93N%20CIUDADANA/FICHERO/Proceso%20monitorio.%20Impreso%20normalizado.pdf>.

Proyecto de Código General del Proceso, disponible en <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/material-descargable.html?task=finish&cid=136&catid=4&m=0>.

Unidades Tributarias Mensuales, disponible en <http://www.sii.cl/pagina/valores/utm/utm2012.htm> (fecha de consulta: 20 de agosto de 2012)

Fuentes Jurisprudenciales:

Resolución No. 515-2000, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex Corte Suprema de Justicia, Registro Oficial No. 285 de 15 de marzo del 2001;

Resolución No. 147-2002, Primera Sala de lo Civil de la ex Corte Suprema de Justicia, R.O.663, 16.IX.2002;

Resolución No. 335-07, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, R. O. 626, 3-VII-2009;

Resolución 158-96-CP, ex Tribunal de Garantías Constitucionales, Registro Oficial No. 32 de 24 de septiembre de 1996;

Resolución No 052-2001-TP, ex Tribunal Constitucional, caso No 348-99-TC., de 20 de marzo del 2001, Registro Oficial No 301 de 6 de abril del 2001.